

Kontroll med tilgang til elektroniske nettverk

Sterk markedsstilling og regulering av tilgang til offentlige
mobilkommunikasjonsnett

Kandidatnummer: 128

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 15. Januar 2006

Til sammen 35134 ord

10.01.2006

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	4
1.3	Oppbygning av oppgaven	6
2	<u>RETTSKILDESITUASJONEN</u>	7
2.1	Lovteksten og EØS-avtalen	7
2.2	Andre organers retningslinjer og praksis	9
2.3	Nasjonal rettspraksis	11
2.4	EFD og konkurranserettens betydning	11
3	<u>GRUNNLEGENDE PRINSIPPER FOR REGULERING ETTER § 4-1</u>	14
3.1	Innledning	14
3.2	Formålet i ekomloven og EU-direktivene	14
3.3	Forholdsmessighet	16
3.4	Minimumsregulering	18
3.4.1	Tilstrekkelige etableringshinder	20
3.4.2	Utilstrekkelig konkurranse i markedet	21
3.4.3	Konkurransereglers effektivitet	22
3.5	Ladder of investment	23
3.6	Bærekraftig konkurranse	26

3.6.1	Særskilt regulering på sikt	28
3.6.2	Samfunnsøkonomiske ønskelige endringer i produksjonsprosesser og produkter	29
4	<u>HOVEDVILKÅR FOR REGULERING: STERK MARKEDSSTILLING</u>	32
4.1	Innledning	32
4.2	Sterk markedsstilling contra dominerende stilling	34
4.3	Det relevante marked	35
4.4	Relevante momenter ved markedsanalysen etter § 3-3 - enkel dominans	38
4.4.1	Markedsandeler	39
4.4.2	Fremvoksende markeder	43
4.4.3	Etableringshinder	44
4.5	Sterk markedsstilling i tilgrensede markeder	49
4.6	Kollektiv dominans	50
4.6.1	Kriterier for kollektiv dominans	53
5	<u>”NØDVENDIG TILGANG” I HENHOLD TIL § 4-1 2.LEDD</u>	57
5.1	Markedsutviklingen	57
5.2	Tekniske og bedriftsøkonomiske muligheter for å anlegge konkurrerende nettverk	58
5.3	Bruk av konkurrerende nettverk	64
6	<u>VURDERINGSELEMENTER I § 4-1 2.LEDD SISTE PKT</u>	66
6.1	Konkurransen og kapasitetsbegrensninger	68
6.1.1	Nettverkskapasitet og effektiv regulering	68
6.1.2	Oppsummering	77
6.2	Tilbyders investeringer i forhold til risiko	78
6.2.1	Innledning	78

6.2.2	Investering og/eller innovasjon ihht. § 4-1 2. ledd siste pkt, nr 2	79
6.2.3	Statisk og dynamisk effektivitet	81
6.2.4	Investeringsincentiver og risiko	85
6.2.5	Vertikal integrering	88
6.2.6	Oppsummering	89
6.3	Virkningsvurderingen	90
6.3.1	Innledning	90
6.3.2	Nasjonal roaming	91
6.3.3	Mobile virtuelle nettverksoperatører	92
6.3.4	Tjenesteleverandører	94
6.3.5	CPA og SMS-C tilgang	95
7	<u>SÆRLIG OM IMMATERIELLE RETTIGHETER</u>	96
7.1	Innledning	96
7.2	Samfunnsøkonomiske ønskelige endringer	99
7.3	Effektiv ressursanvendelse og ”Exceptional circumstances”	102
7.4	Objektiv nektelsesgrunn og ”new product test”	107
7.5	Avhjelp og ”forholdsmessig dekning”	110
7.6	Oppsummering	112
8	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OG VEIEN VIDERE</u>	114
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	118
9.1	Litteratur	118
9.2	Lover	118
9.3	Forarbeider	118
9.4	Traktater	118

9.5	Forskrifter	119
9.6	EU rettspraksis	119
9.7	Norsk rettspraksis	120
9.8	Artikler	120
9.9	Retningslinjer og anbefalinger fra aktuelle organisasjoner	120
9.10	Post og Teletilsynets dokumenter	121
9.11	Andre dokumenter	121
<u>10</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Avhandlingen vil ta for seg tilgangsforskriftene i den nye lov om elektronisk kommunikasjon av 04.juli 2003 nr 83, § 4-1.

Ekomloven kom i stand som et resultat av utviklingen i telekom sektoren og andre sektorer som tilbyr kommunikasjon gjennom elektronisk nettverk. Man måtte innse at det ikke lenger var noen klare skiller mellom it sektoren, mediesektoren og telesektoren. Den økte konvergens gjennom utviklingen av ny teknologi, samt økt liberalisering som fant sted i overgangen fra monopol til virksom konkurranse, førte til behov for en ny lov og nye reguleringsprinsipper som tok hensyn til likhetene i sektorene og behovet for et regelverk som i større grad var egnet til å regulere de tidligere atskilte sektorer under ett. Et sentralt formål var å sikre etablerte aktører samt nye eller potensielle aktører i disse markeder en lov som gjorde det mulig for disse å kunne forutse sine handlinger i markedet på en tilfredsstillende måte gjennom forutsigbare rammebetingelser. Utvikling og konvergens har også ført til et økt innslag av internasjonal konkurranse, som et resultat av dette er loven harmonisert med EUs regulatoriske prinsipper, dette skulle sikre norske og utenlandske bedrifter en likebehandling i den europeiske sektoren, og imøtekomme deres incentiver til innovasjon og nytenkning i stadig voksende markeder.

Ekomlovens § 4-1 er sentral i videreutviklingen fra monopol til virksom konkurranse som gjennomføres i markedet, og skal være et virkemiddel for å oppnå en stabil og bærekraftig konkurransesituasjon. En bærekraftig konkurransesituasjon er i henhold til forarbeidene en markedssituasjon hvor det ikke finnes aktører med sterk markedsstilling. For å oppnå en god utnyttelse av samfunnets resurser, en høyere verdiskapning innen elektronisk kommunikasjon, samt en tilgjengelighet på rimelige kommunikasjonstjenester over hele landet, presiseres det i forarbeidene at virksom og bærekraftig konkurranse skal være det viktigste virkemiddelet for å oppnå disse målene. Forøvrig i sin innstilling til odelstinget ved behandlingen av loven, bemerker komiteens flertall prinsippet om minimumsregulering, og at sektorspesifikk regulering gradvis skal avvikles og markedet i større grad reguleres gjennom vanlig konkurranserett.

Dersom denne konkurransen ikke i tilstrekkelig grad kan etableres gjennom foretningmessige forhandlinger, hjemler § 4-1 myndighetenes adgang til å pålegge aktør(er) med sterk markedsstilling å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang i et definert produkt og tjenestemarked innen elektroniske kommunikasjonsnett. Reguleringen er søkt holdt teknologinøytral slik at det er de samme regler som gjelder uansett type elektronisk nettverk.

Tilgangsforsiktelser for aktører som innehar sterk markedsstilling under § 4-1, er derfor under riktige omstendigheter et virkemiddel som skal skaffe nye aktører tilgang til nettverk slik at de får muligheten til å etablere seg i markedet, og på denne måte skape ytterligere konkurranse i disse. Myndighetene må her balansere tilgangsforsiktelserne i Kap 4 mot hensynet til en effektiv utnyttelse av samfunnets resurser, samt incentiver til investering, innovasjon og utvikling, ikke minst netteiers rett til å utnytte sin egen infrastruktur mot den eventuelle rett andre tilbydere har til fasiliteter som anses som essensielle.

Problemstillingen for denne avhandlingen er i hvilken grad aktører uten egne mobile telekommunikasjonsnettverk skal gis tilgang til eksisterende nettverk for å kunne drive salg av egne tjenester i disse. Avhandlingen skal søke å gi en oversikt over hva som skal til for å

pålegge disse nettverkseiere tilgangsforsiktelser til fordel for nye aktører under ekomlovens § 4-1, med forbehold om at slike forpliktelser skal gis på en måte som ivaretar en god balanse mellom utnyttelse av stordriftsfordeler og en bærekraftig konkurranse med mange aktører.

Det har vært en stor utfordring å samle og relatere rettskilder for anvendelse i oppgaven. Det har ikke lyktes å fremskaffe spesifikke norske utredninger av ekomlovens § 4-1 i litteratur eller artikler. Det har heller ikke lyktes å fremskaffe spesifikke artikler eller litteratur ved behandling av de likeartede vurderinger i Access Direktivets art. 12 a-e. Det er for tiden ingen norsk rettspraksis på bakgrunn av ekomlovens bestemmelser. Dette har da skapt en vesentlig utfordring i utredningen av de opplistede skjønnsmomenter som skal vurderes etter § 4-1 2 ledd siste pkt. Utgangspunktet har derfor vært å forsøke å redegjøre for en forståelse av disse vurderingselementer i lys av konkurranseretten, der disse i tilstrekkelig grad samsvarer med vurderingene i § 4-1.

Opgaven søker å gi en generell betraktningssvinkel for de vurderingselementer regulator vil måtte inkludere i sine analyser under de enkelte vedtak i praktiseringen av bestemmelsen. De blir ikke anledning til foreta en dybdeanalyse for de ulike problemstillinger som presenteres. I stedet fokuseres det på en forenkling og en bearbeiding av sentrale problemstillinger og avveininger som bør inkluderes under de enkelte vurderingselementer i bestemmelsen. Selv om ikke det blir anledning til en dybdeanalyse under hvert eneste punkt i drøftelsene, mener jeg fortsatt at avhandlingen vil kunne være nyttig gjennom å presentere viktige og sentrale prinsipper for regulator og andre aktører.

1.2 Avgrensning

Avhandlingen skal behandle tilgang til mobile telekommunikasjonsnett i medhold av § 4-1. Den nærmere utredning av tilgangsforpliktelsene i avhandlingen vil ta utgangspunkt i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett, marked 15, slik dette er definert av EFTA Surveillance Authority (heretter ESA) og Kommisjonen i henhold til Ramedirektivets art 15¹, samt Post og Teletilsynets varsel om vedtak i marked 15².

En tilbyder med ”sterk markedsstilling” skal i henhold til ekomlovens § 3-4 pålegges minst en særlig forpliktelse for å oppnå formålet om en bærekraftig konkurranse. Myndighetene skal vurdere hvilke virkemidler som er egnet til å avhjelpe situasjonen i det enkelte tilfellet, og skal i henhold til § 3-4 1.ledd pålegge en eller flere særskilte plikter som følger av §§ 4-1, 4-2, 4-4, 4-5, 4-6, 4-7, 4-8, 4-9.

Som tittelen på oppgaven tilsier, begrenses behandlingen til å omfatte tilgang til mobile telekommunikasjonsnett hvor netteier innehar sterk markedsstilling. Behandling av ”støttefunksjoner” for tilgangsreguleringen, som tilgang til informasjon, ikke-diskriminering, strukturelt eller regnskapsmessig skille, pris og regnskapsregulering, vil ikke bli behandlet. Tilgangsforpliktelser for aktører uten sterk markedsstilling, for å sikre alle-til-alle kommunikasjon i § 4-1 4. ledd behandles således heller ikke. Tilgang til mobilnettverk avgrenses derfor til behandling av tilgangsformer som skal vurderes i tråd med lovens § 4-1 annet ledd.

¹ Ramedirektivet (Directive 2002/21/EC, on a common regulatory framework 15), presiserer at: “the recommendation shall identify in accordance with annex 1 hereto those product and service markets within the electronic communications sector, the characteristics of which may be such as to justify the imposition of regulatory obligations set out in the specific directives”.

² Se varsel om vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Tilgjengelig på www.npt.no.

En avgrensning av vurderingselementer som av hensyn til oppgavens omfang eller som ikke er forholdsmessige i henhold mobile telekommunikasjonsnett vil gjøres innledningsvis i hvert kapittel underveis.

Det avgrenses videre mot avtaler eller atferd som strider imot generelle konkurranseregler og som må vurderes ut ifra et ex-post utgangspunkt. De eventuelle implikasjoner vedrørende fastlagte prinsipper i konkurranseretten vil behandles fortløpende i den grad de får betydning for forståelsen av likeartede uttrykk eller prinsipper innenfor rammene ekomloven setter.

1.3 Oppbygning av oppgaven

I avsnitt 2 redegjøres det kort for den spesielle rettskildesituasjonen som gjør seg gjeldende for ekomloven.

I avsnitt 3 redegjøres kort for generelle prinsipper for ex-ante regulering, som formålet i ekomloven og EU-direktivene, forholdsmessighet, minimumsregulering, ”ladder of investment”, og bærekraftig konkurranse.

I avsnitt 4 redegjøres det for vilkåret sterk markedsstilling, kollektiv dominans og for hvordan disse begrepet skal forstås i samsvar med det konkurranserettlige begrepet dominerende stilling

I avsnitt 5 redegjøres det for det ”nødvendig tilgang” i henhold til § 4-1 2.ledd.

I avsnitt 6 redegjøres det for forholdsmessighetskriteriene i § 4-1 2.ledd siste pkt. Det redegjøres her for kapasitet, forholdet mellom kapasitetsbegrensninger og objektive nektelsesgrunner. Forholdet mellom tilbyders investeringer i forhold til risiko med hensyn til innovasjon og effektivitet i markedene, samt avveiningen av risiko og gevinst på lang sikt.

I avsnitt 7 blir det foretatt en vurdering av immaterielle rettigheter og deres innvirkning på mulige tilgangsfpliktelse.

I avsnitt 8 kommenteres noen av de viktigste elementer i de ovenstående vurderinger og mulige problemstillinger i den videre regulering.

2 Rettskildesituasjonen

2.1 Lovteksten og EØS-avtalen

Det gjeldende regulatoriske rammeverk er i hovedsak utformet for møte og tilpasses den liberaliseringen som har funnet sted i sektoren, samt videreføre formålet i teleloven og de fastlagte telepolitiske målene i sektoren³. Ekomloven av 4.7.2003 nr 83, samt ekomforskriften av 16.2.2004 nr 401, utgjør det regulatoriske rammeverket for regulering av elektronisk kommunikasjonsnettverk og tjenester.

EØS-avtalen består av en hoveddel og av vedlegg med rettsakter (direktiver og forordninger) med tilhørende ”Soft Law ” som anbefalinger og retningslinjer. Disse vedlegg til EØS-avtalen er ikke direkte gjennomført i norsk rett, i og med gjennomføringsloven, og i stedet er det påkrevd en egen gjennomføringsakt for hvert enkelt tilfelle. Det vil si at når regelverk i EU/EØS gis i form av et direktiv, betyr det at det er opp til statene å tilrettelegge for hvordan de skal oppfylle de krav direktivene stiller til nasjonal rett. EUs ”The new regulatory package”, bestående av 5 direktiver⁴ med tilhørende anbefalinger er inntatt i EØS avtalen av 1. November 2004. De viktigste direktivene i denne avhandlingen vil være Rammedirektivet og Aksessdirektivet. Rammedirektivet er utarbeidet i et ledd for å søke konforme og likelydende reguleringer i hele EU/EØS-området. Aksessdirektivet tar mer for seg spesielle vurderingselementer knyttet til tilgang og samtrafikk.

At direktivene er gjort til norsk rett ved innføringen av ekomloven, innebærer at rettslige tolkninger ved anvendelse av loven må ta utgangspunkt i den generelle, juridiske

³ Se Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) pkt.1.1 og 2.1.

⁴ Directive 2002/21/EC, on a common regulatory framework, Directive 2002/19/EC, on access and interconnection, Directive 2002/20/EC, on the authorisation of electronic communications networks and services, Directive 2002/22/EC, on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC, on privacy and electronic communications

metodelære. Det er allikevel et anerkjent prinsipp at man må foreta en direktivkonform fortolkning av en harmonisert norsk lov. Ved anvendelse av ekomloven vil derfor direktivtekstene få en betydelig innflytelse som konsekvens av de ønskede integrasjonshensyn som gjør seg gjeldende i denne sektoren. Det fremheves at harmoniseringen ikke bare gjelder selve regelverket slik direktivene har fått gjennomslag i de enkelte staters lovgivning, men at også vedtatte virkemidler i medhold av loven skal ha som et overordnet formål å harmoniseres⁵;

National regulatory authorities should have a harmonised set of objectives and principles to underpin, and should where necessary, coordinate their actions with regulatory authorities of other member states in carrying out their tasks under the regulatory framework.

Det er allikevel ikke en automatikk i å sette tilside den norske regel om man skulle mene denne ikke er i samsvar med EØS direktivene. Forarbeidene vil således utgjøre et sentralt dokument for å avgjøre om motstrid er tilsiktet eller ikke. I Finnanger 1⁶, konstaterer førstvoterende at; ”dersom lovgiver har ment å gjennomføre EØS-reglene, verken mer eller mindre, kan ikke lovgivers missforståelse av hva denne skal gå ut på ha særlig betydning som rettskilde”⁷. Med dette menes at dersom gjeldende lov ikke harmonerer med hva som er en riktig forståelse av direktivenes regler på området, må de avvikende synspunkt slik de fremstår i loven ikke være særlig tungtveiende som rettskildefaktor, siden vi må kunne gå ut ifra at lovgiver har ment å oppfylle avtalen lojalt. For å oppfylle lovgivers ønske og vilje til en effektiv og ekvivalent håndhevelse av direktivene, skal loven derfor tolkes i samsvar med de tilsvarende direktivene i EØS-avtalen.

I den grad ekomlovens regler vil være en regulering av et fellesskapsrettslig område, må derfor utgangspunktet på bakgrunn av ovenstående være at motstrid i den aktuelle regel tolkes slik at denne motstriden unngås, med mindre det er klare holdepunkter for at stortinget bevist har vedtatt en regel som strider mot fellesskapsrettlige regler.

⁵ Se Rammedirektivets fortale art 16.

⁶ Se Rt. 2000.s 1811, Finnanger-dommen.

⁷ Se, Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, s 475

I den anledning vises det til Finnanger dommen⁸ hvor dommer Flock presiserer at

Medlemsstatene etter EØS-avtalen har en plikt til å utvise lojalitet overfor Fellesskapets bestemmelser. Både presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning må vurderes på denne bakgrunn. Det er særlig grunn til å fremheve artikkel 3 om at avtalepartene ”skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale”, og at de ”skal avholde seg fra alle tiltak som, kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare”. Lojalitetsplikten er sammen med hensynet til rettsenhet dessuten fremhevet i avtalens fortale. Her fremgår at plikten også er rettet mot domstolene, jf. bemerkningene om at ”avtalepartens formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale...”.

2.2 Andre organers retningslinjer og praksis

For å oppnå en enhetlig og konsistent praktisering av regelverket i de ulike medlemsland slik dette er slått fast i Rammedirektivet⁹ og i forarbeidene¹⁰, har ERG (European Regulators Group) bestående av medlemsstatene i EU og EU-kommisjonen, utarbeidet et dokument om virkemiddelbruk¹¹. Dokumentet skal stimulere utviklingen av det indre markedet for elektroniske kommunikasjonsnett og –tjenester, ved å legge til rette for felles rammebetingelser i den sektor spesifikke reguleringen i EU/ EØS-området som vil bidra til å skape et større marked og like rammebetingelser for nasjonale og internasjonale aktører. ERGs virkemiddeldokument er metodisk bygget opp rundt en gjennomgang av og en beskrivelse av generelle konkurranseproblemer i sektoren. Dokumentet gir en generell redegjørelse for aktuelle virkemidler og medlemsstatenes felles synspunkt for løsning av de aktuelle konkurranseproblemer, dokumentet er ikke uttømmende. Post og Teletilsynet har på bakgrunn av dette dokumentet utarbeidet sitt eget dokument som skal angi overordnede

⁸ Se Rt. 2000.s 1811, Finnanger-dommen.

⁹ Se Rammedirektivets art 7 nr. 2, 2 setning og artikkel 8 nr 3. bokstav (d).

¹⁰ Se Ot.prp. nr. 58 pkt.11.1

¹¹ Se ERG (03)30rev1, ERG Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework.

retningslinjer som vil bli lagt til grunn ved pålegg om forpliktelser for tilbyder som har sterk markedsstilling¹².

Begge dokumenter vil på bakgrunn av relevante integrasjons og harmoniseringshensyn få rettskildemessig betydning. For øvrig følger utarbeidelsen av disse dokumenter de prinsippene som presiseres i tilgangsdirektivets art 8 nr 2, 3 og 4 som nærmere fastlegger hovedformålene for nasjonale myndigheter, som er å fremme konkurransen, bidra til utviklingen av det indre marked, samt å fremme interessene til innbyggerne i EU¹³.

For å oppnå en slik harmonisering innen forvaltningen av virkemiddelbruk er det fastslått en konsultasjonsprosedyre i § 9-3. Denne konsultasjonsprosedyren skal sørge for en konform anvendelse av virkemidlene der myndighetene utarbeider enkeltvedtak som kan få innvirkning på det indre marked for elektronisk kommunikasjon. Konsultasjonsprosedyren kommer således til anvendelse der hvor myndighetene treffer enkeltvedtak som gjelder

- markedsavgrensning
- utpeking eller ikke-utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling
- pålegg, tilbaketrekking eller opprettholdelse av forpliktelser for tilbyder med sterk markedsstilling
- tilgang og samtrafikk eller
- revisjon av omfanget av leveringspliktige tjenester.

¹² Se Post og Teletilsynets; prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbyder med sterk markedsstilling, s 5. Tilgjengelig; www.npt.no.

¹³ Se PTs virkemiddeldokument s 6, samt ERGs virkemiddeldokument s 10.

2.3 Nasjonal rettspraksis

Post og Teletilsynet er satt til å forvalte regelverket innenfor forvaltningslovens rammer. Praksis som vil være aktuelt i så hensende er forvaltningspraksis i form av markedsanalyser, varsel om vedtak, og vedtak. I en overgangsperiode inntil prosessen er ferdig hva gjelder markedsanalyser, tilegnelse av aktører med sterk markedsstilling, samt påleggelse av forpliktelser i henhold til § 3-4, vil praksis fra det tidligere regelverket kunne få betydning hva gjelder forståelsen av vilkår i § 4-1 som er videreført fra den tidligere lovgivning. For tiden foreligger det ikke et formelt vedtak for marked 15, utover overnevnte varsel om vedtak av 24. mai 2005. Det foreligger heller ingen rettspraksis hos norske domstoler hva gjelder regulering i henhold til ekomloven. Aktuell rettspraksis vil da kunne være avgjørelser etter tidligere regelverk, herunder avgjørelser om pålegg om tilgang.

2.4 EFD og konkurranserettens betydning

Når det gjelder EF-domstolen og deres innflytelse på praktiseringen av ekomloven, er spørsmålet i hvilken grad likeartede begreper eller prinsipper opprettet i konkurranselovgivningen vil påvirke eller forme forståelsen av disse under ekomloven, der spesielt forarbeidene er uklare eller ikke presiserer en nærmere forståelse av de aktuelle begreper/prinsipper i det hele tatt. I teorien har Bavasso¹⁴ uttalt et illustrerende poeng i så henseende, hvor han poengterer at;

The position that the two bodies of law can be used in support of each other ultimately rests on the following contention.

There is no clear distinction between the regulation and general competition law. Most of the rules established in the NRF come from general comp. The links existing between the two bodies of law have become clearer since the acknowledgement, by the parliament and council, that the concepts of dominance and relevant markets are

¹⁴ Se Bavasso Antonio, Communications in EU Antitrust Law, Kap.V.

to be defined, and established using the same methodology. It can be submitted confidently that the rules established by regulation find their origin in prior decisions or rules established by the commission on the basis of general competition law.

EØS-avtalens kjerne er å sikre fri bevegelighet for kapital, varer og personer og fri etablering innenfor EØS, samt å sikre like konkurransevilkår i dette området. EUs regler om det indre marked sikrer tilsvarende prinsipper, således må tolkningen av EØS avtalen også baseres seg på de avgjørelser fra EF-domstolen på området. Denne forståelsen må også forstås ut ifra EØS-avtalens art 6. Selve artikkelen er ikke spesielt klar vedrørende dette, men den baserer seg på at bestemmelser i avtalen som er gjengivelser av fellesskapsrettslige bestemmelser, skal tolkes i samsvar med EF-domstolens tolkning av disse. Dette sikrer en effektiv gjennomføring i henhold til den ønskede harmonisering og praksis på området, som likeledes er et overordnet formål i den sektorspesifikke reguleringen gjennom prinsippet om minimumsregulering. Spesielt i forhold til begrepet sterk markedsstilling, som Bavasso presiserte, vil derfor praksis fra EF-domstolen bli relevant.

EU-direktivene som ekomloven bygger på er utviklet i tråd med rettspraksis fra konkurranseretten frem til vedtakelsen av disse. I den forbindelse vil rettspraksis fra EF-domstolen i alle fall frem til vedtakelsen av Rammedirektivet og Aksessdirektivet 7.3.2002, utgjøre relevant rettspraksis i forståelsen av likeartede begreper eller prinsipper, hvor ekomloven ved fastleggelse av innholdet legger opp til en tilnærming til den konkurranserettlige forståelsen av disse.

Når det gjelder praksis fra EF-domstolen må det nevnes at Høyesterett ikke har trukket noe skarpt skille mellom praksis før og etter undertegningen av EØS-avtalen¹⁵. Dette synspunktet er holdt fast ved i Høyesterett, selv om man ved undertegnelsen av EØS-avtalen, ikke ønsket å binde seg for fremtidig praksis, da dette kunne skape problemer med hensyn til forutberegneligheten og innrettelsen hos markedsaktørene. Man begrunner dette prinsipielle synspunktet med at EF-domstolen er en rettsskapende domstol, og således et

¹⁵ Se LoR 2003, Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, s 484

organ som i en viss grad vil påvirke vår tradisjon med hensyn til forholdet mellom stortinget og domstolene. Likevel må ikke disse problemer overdrives, da disse har blitt mindre etter hvert som EØS-rett har blitt en integrert del av norsk rett spesielt i private rettsforhold.

3 Grunnleggende prinsipper for regulering etter § 4-1

3.1 Innledning

Formålet med kapitlet er kort å redegjøre for noen generelle prinsipper og hensyn som må vektlegges av den regulatoriske myndighet når det iverksetter regulering i henhold til ekomlovens § 4-1. Disse generelle prinsipper må i særlig grad supplere de aktuelle vurderingskriteriene i § 4-1 2 ledd siste pkt.

3.2 Formålet i ekomloven og EU-direktivene

Myndighetene kan etter § 4-1 pålegge tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for mobilnettverk å imøtekomme ”enhver rimelig anmodning” om å inngå eller endre avtale om tilgang. I denne rimelighetsvurderingen må det tas hensyn til formålet med reguleringen, dette er i tråd med den interesseavveining som må foretas mellom ”tilbyders interesser i å disponere egen infrastruktur, mot behovet for å gi tilgang som er nødvendig for å kunne tilby konkurrerende tjenester”. Det grunnleggende formålet med regulering av ekomsektoren er nedfelt i formålsbestemmelsen § 1-1, den lyder;

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.

I PTs virkemiddeldokument¹⁶ presiseres det at ”de overordnede formålene i § 1-1 søker å ivareta flere formål og hensyn. Noen av formålene og hensynene vil derfor kunne ha større aktualitet for noen deler av reguleringen enn for andre. Ved pålegg om forpliktelser for

¹⁶ Se PTs virkemiddeldokument s 6.

tilbyder med sterk markedsstilling er dette aspektet synliggjort i loven § 3-4 3.ledd, ved at det er nedfelt eksplisitte krav til hva de foreslåtte forpliktelser skal være egnet til å oppnå”;

Pliker etter første og annet ledd som pålegges i det enkelte tilfelle skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet. Myndigheten kan endre pålagte plikter.

Denne oppbyggingen av loven vedrørende valg av virkemidler i henhold til nærmere spesifiserte formålsbetraktninger følger det likelydende systemet i Aksessdirektivet. En forpliktelse om tilgang hjemles her i Aksessdirektivets art. 12, som nærmere presiserer nødvendige avveininger for hva som innebærer en ”rimelig anmodning om tilgang”, likeledes ekomlovens § 4-1. Tilgangsforspliktelser etter Aksessdirektivets art.12 skal ta utgangspunkt i de overordnede formål fremholdt i Rammedirektivets art 8, likeledes ekomlovens § 3-4 3.ledd. I denne anledning bemerkes det at forarbeidene¹⁷ utfyller forståelsen av formålene i § 3-4 3.ledd, ved å fremholde at valg av virkemidler i henhold til 1.ledd skal være ”forholdsmessige, ikke diskriminerende, bygge på objektive og saklige kriterier og være offentlige tilgjengelige”.

Formålsparagrafens mål om en effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom en bærekraftig konkurranse fordrer en riktig allokering av tilgjengelige ressurser til fordel for forbrukere gjennom de særlige krav som er definert i lovens § 3-4 3. ledd. For at regulator skal kunne foreta særlige tilpassede inngrep i hvert enkelt tilfelle, i henhold til ekomlovens verktøykasse¹⁸ § 3-4 jfr. § 1-1, er tilgangsforspliktelser i henhold til § 4-1 derfor gjennomført i vedtaksform, eller nærmere bestemt gjennom enkeltvedtak, i henhold til fvl. § 2.b jfr. ekomloven § 9-1¹⁹. Dette skal sikre en rask regulering som skal fokusere på en ønsket

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 58 s 100.

¹⁸ En tilbyder med sterk markedsstilling skal i henhold til § 3-4 1.ledd tillegges en eller flere særlige forpliktelser, som etter 3.ledd skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet. (se over under kap. avgrensning).

¹⁹ Ingvald Falch, Rett til nett, konkurranse i nettbundne sektorer, 2004, s 59

utvikling av nye produkter, innovasjon og en effektiv utnyttelse av de ressurser som ligger til samfunnet, med nye tilbud til bruk i utdanning, yrkeslivet, omsorg og fritid²⁰.

I nær sammenheng med ovenstående formål er det videre nedfelt skjønnspregede vurderingselementer i lovtekstens § 4-1 2.ledd siste punktum, hvor det i vurderingen av hva som er en ”rimelig anmodning”, skal legges vekt på; tilgjengelig kapasitet, tilbyders investeringer i forhold til risikoen investeringene har vært forbundet med, bærekraftig konkurranse, behov for å ivareta nettets integritet, immaterielle rettigheter og etablering av felles-europeiske tjenester. Disse sentrale vurderingselementer kommer som nevnt til uttrykk i Aksess direktivets art. 12.2 a-e, hvor det konstateres at man skal vurdere tilgangsforsiktelser i lys av tilsvarende opplistede kriterier. De mest aktuelle vurderingselementer som får betydning for tilgangsforsiktelser i marked 15, i medhold av § 4-1 2.ledd siste pkt, jfr. Aksessdirektivets art. 12.2.a-e vil behandles senere i avhandlingen.

3.3 Forholdsmessighet

I norsk forvaltningsrett er det fastsatt et generelt forholdsmessighetsprinsipp, hvor myndighetene gjennom sine vedtak må sørge for at disse er egnet til å realisere det bakenforliggende formål, at vedtaket ikke går lenger enn det som er nødvendig, samt at myndighetene velger det alternativ som er minst tyngende for å fremme formålet ved vedtaket. Dette innebærer at det uavhengig av lovens formålbestemmelser i §§ 1-1 og 3-4 3. ledd ved tilgangsforsiktelser, så ville dette vært et alminnelig forvaltningsrettslig krav.

Ekomloven har allikevel nærmere avgrenset forholdsmessighetsprinsippet, hvor det med bakgrunn i de spesielle forhold som gjør seg gjeldende i denne sektoren presiseres at dersom en aktør(er) i det relevante marked innehar sterk markedsstilling, skal

²⁰ Se Ot.prp. nr. 58 s 16 pkt. 2.2.

tilgangsforspliktelser i henhold til § 4-1 oppfylle de formål som er nærmere presisert i § 3-4 3.ledd; forpliktelser skal etter denne bestemmelse;

Være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet.

For å oppnå en bærekraftig konkurranse og den ønskede utvikling i markedet er det i forarbeidene en nærmere presisering for hvordan man skal oppnå dette. Fra merknader til § 3-4 3. ledd bemerkes det at;

Med forholdsmessige menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd.

Med dette menes at myndighetene må avveie interessene til infrastruktureier på den ene side, og tjenesteleverandørs behov for tilgang/samtrafikk på den annen side²¹. Forholdsmessighetsvurderingen i ekomloven presiserer nærmere at avveiningen spesielt skal ta hensyn til forbrukerinteressen, dette går også frem av formålsbestemmelsen i § 1-1. Det kan derfor som et utgangspunkt hevdes at der avveiningen mellom netteier og tjenesteleverandør veies opp mot hverandre, vil hensynet til sluttbruker veie tyngst. At tilbyder påføres ulemper ved tilgangsforspliktelser egnet til å korrigere en begrenset konkurransesituasjon, kan da ikke tillegges avgjørende vekt så lenge de positive virkninger av pålegget gir tilstrebet effekt i sluttbrukermarkedet. Dette er også i tråd med våre forpliktelser i henhold til EØS-avtalen og ønske om homogene avgjørelser, i nær sammenheng med disse forpliktelser følger det av Retningslinjene²² punkt 118 at;

means used to attain a given end should be no more than what is appropriate and necessary to attain that end...the action must pursue a legitimate aim, and the means employed to achieve the aim must be both necessary and the least burdensome, i.e. it must be the minimum necessary to achieve the aim.

²¹ Se Ot.prp. nr. 58, til § 4-1, s 102.

²² Se Commission Guidelines 2002/C 165/03.

Forholdsmessighetsprinsippet i Retningslinjene er bygget på tildels sterke holdninger for et forholdsmessighetsprinsipp utviklet i fellesskapsretten, ”the principle of proportionality is well-established in Community law”²³. Den konsultasjonsprosedyre som er forlagt den regulatoriske myndighet under § 9-3, og kompetansen som er lagt til EFTA gjennom den aktuelle vurderingsprosedyre for forvaltningsavgjørelser som går utover de fastlagte retningslinjer og direktiver, underbygger også viktigheten av dette prinsippet. Dette vil få en sentral betydning i forhold til regulering av tilgang til mobilnettverk gjennom § 4-1.

Vurderingen av de opplistede vurderingskriterier § 4-1 2.ledd siste punktum, må avveies ikke bare på bakgrunn av hva som ”er nødvendig for å tilby konkurrerende tjenester”, men også i forhold til hva som vil være minst tyngende for netteier for å oppnå formålet med reguleringen. Kjernen i prinsippet er at man ikke skal ilegge mer tyngende pålegg enn nødvendig, prinsippet innebærer allikevel ikke at man er utelukket fra å ilegge en ”streng” tilgangsforskrift der dette er tyngende for netteier, men innebærer at dette bare skal pålegges der mindre tyngende forskrifter ikke anses tilstrekkelig for å nå målet om bærekraftig konkurranse.

3.4 Minimumsregulering

Som en del av en forholdsmessighetsvurdering vil tilgangsforskrifter etter § 4-1 bare kunne pålegges der konkurranseretten generelt ikke er i stand til å bøte på de aktuelle konkurranseproblemer, prinsippet om minimumsregulering er fastsatt i forarbeidene til ekomloven²⁴ hvor det presiseres at;

Regelverket og praktiseringen av dette tar sikte på at den sektorspesifikke konkurransereguleringen etter hvert kan avvikles og markedet i større grad overlates mer til generell konkurranseregulering. Som følge av dette bygges det nye regelverket

²³ Se Graver s. 185, samt Commission Guidelines pkt 118.

²⁴ Se Ot.prp. nr. 58, Kap 1, pkt.1.2.1.

på prinsippene om minimumsregulering, teknologinøytralitet og ikke diskriminering. Prinsippet om minimumsregulering innebærer blant annet at sektorspesifikk regulering ikke skal benyttes dersom målene i regelverket kan nåes gjennom alminnelig konkurranserett.

I henhold til kommisjonens anbefaling²⁵ innebærer en minimumsregulering at markedet kun skal reguleres etter en sektor spesifikk regulering dersom markedsforholdene oppfyller 3 fastsatte kriterier;

- Om det foreligger strukturelle eller regulatoriske etableringshindre i det relevante produktmarkedet
- Om markedet har egenskaper som gjør at det ikke i tilstrekkelig grad beveger seg mot bærekraftig konkurranse
- Om alminnelig konkurranserett ikke er tilstrekkelig til å ivareta hensynene bak den sektorspesifikke reguleringen.

Vilkårene presisert av anbefalingen er i samsvar med reguleringsformålet i § 3-4 3.ledd med utgangspunkt om en ”bærekraftig konkurranse” og ”nasjonal og internasjonal utvikling i markedet”. I utgangspunktet er vurderingen av disse 3 nødvendige betingelser allerede foretatt for de 18 markeder som er identifisert av kommisjonen gjennom Anbefalingen. At disse markeder, deriblant marked 15, er anbefalt regulert etter ex-ante regulering, innebærer at markedet oppfyller de 3 kriterier som er nødvendig for sektor spesifikk regulering. Dersom regulator da ikke fraviker de definerte markeder i henhold til anbefalingen, vil det ikke være nødvendig å gjennomgå kriteriene på nytt²⁶.

Identifikasjonen er basert på de til enhver tid gjeldende markedsforhold, og disse vil kunne endre seg over tid etter hvert som markedet utvikler seg i form av ny produksjon og nye produksjonsprosesser. I Explanatory Memorandum²⁷ presiseres det at markedet ikke nødvendigvis vil bli inkludert i den neste revisjon av anbefalingen;

²⁵ Se Commission Recommendation (11/02-2003) pkt. 9, samt EFTA Surveillance Authority Recommendation 14 July 2004, med Explanatory Memorandum (EU-dokument utarbeidet i tilknytning til Kommisjonens Anbefaling).

²⁶ Se PTs virkemiddeldokument s 31.

²⁷ Se Explanatory Memorandum s 30, samt PTs markedsanalyse (marked 15) pkt. 36.

The relevant wholesale market appears in general to be access and call origination on mobile networks. This market is still subject to entry barriers, because undertaking without spectrum assignments can only enter the market on the basis of future spectrum allocations and assignment, secondary trading of spectrum or by purchasing a licensed operator. While in principle this is not an absolute entry barrier since there are various possibilities to share spectrum including the development of national roaming or indirect access relationships, such structures have not evolved to date in this manner. However the level of competition generally observed in this manner at the retail level indicates that ex-ante regulatory intervention at a wholesale level may not be warranted. The commission does not at this stage anticipate that this market will be included in future revisions of the recommendation.

På bakgrunn av ovenstående forutsetninger vil det for fremtidige markedsanalyser og vedtak, være fordelaktig for aktørers fortuberegnelighet samt i samsvar med god forvaltningsskikk at regulator foretar en egen vurdering av disse aktuelle kriterier i henhold til de nasjonale omstendigheter²⁸, uavhengig om markedet identifiseres av anbefalingen eller ikke.

3.4.1 Tilstrekkelige etableringshinder

Den underliggende årsak for de fleste konkurranseproblemer forbundet med sterk markedsstilling innen markedet for mobile telekommunikasjonsnett er etableringshindringer. Etablering i markedet kan karakteriseres med til dels store ugjenkallelige kostnader, og store investeringsutgifter for etablering av konkurrerende mobilnettverk, samtidig som nye aktører ikke kan regne med å oppnå like store samproduksjonsfordeler og stordriftsfordeler som etablerte aktører. Det er i PTs virkemiddeldokument²⁹ allikevel presisert at duplisering av konkurrerende infrastruktur ikke nødvendigvis innebærer et krav om full ende til ende infrastrukturkonkurranse. Det

²⁸ Se Fvl § 25, Se for øvrig PTs analyse av marked 15 hvor de foretar en slik analyse, se også for øvrig Telenor sitt høringssvar for marked 15.

²⁹ Se PTs virkemiddeldokument s 20.

trenger heller ikke være tale om flere totalt uavhengige nett som kan levere samme tjeneste. Etter PTs oppfatning vil det foreligge konkurranse selv om operatører er avhengig av leie av overføringskapasitet. Dette er i samsvar med uthevingen over som fremhever at dette kan være en av grunnene til at markedet senere vil bli tatt ut av denne anbefalingen.

3.4.2 Utilstrekkelig konkurranse i markedet

I vurderingen om markedet utvikler seg mot bærekraftig konkurranse må man ta tilbøyelig hensyn til markedsandeler og etableringshindringer som vil utgjøre sentrale vurderingselementer om foretak er i stand til å operere uavhengig av sine konkurrenter, kunder eller forbrukere. Disse betingelser for det relevante marked er nærmere utredet i kapittel 4. I nær sammenheng med dette må man se nærmere på etableringen av konkurranse i det relevante marked, og om avtaler for leie av overføringskapasitet fungerer eller vil kunne fungere, med forbehold for incitament og eventuelle muligheter for missbruk av markedsstilling der aktører har statusen sterk markedsstilling. For at markedet skal indikere sektor spesifikk regulering må hindringene og markedsfunksjonen være såpass store at bærekraftig konkurranse dvs. et marked uten aktører med sterk markedsstilling, ikke vil kunne oppnås innen reguleringsperioden (normalt 2 år). I PTs vedlegg 1, marked 15³⁰ fremheves dette synspunktet ved at;

Markedet og analysen av det er imidlertid ikke fastlagt en gang for alle, men vil være gjenstand for jevnlig revurderinger. I markeder med hyppige og omfattende endringer vil slike revurderinger naturlig måtte gjennomføres relativt hyppig. Denne analysen har en tidshorisont på to til tre år. Markedsanalysen er derfor begrenset fremadskuende, jf Retningslinjene pkt.20.

Det bemerkes for øvrig i denne sammenheng at § 3-4 tredje ledd siste punktum gir adgang for regulator å endre pålagte plikter underveis.

³⁰ Se PTs Vedlegg 1, Marked 15 (24.mai 2005) pkt 1.4.

3.4.3 Konkurransereglers effektivitet

I vurderingen om markedet vil kunne reguleres av konkurransereguleringen for å løse de aktuelle markedsproblemer, må de foregående vurderinger tas i betraktning. Konkurranseloven kommer til anvendelse på det relevante marked uavhengig om det konstateres at markedet skal reguleres av ekomloven eller ikke. Det interessante er om markedet på grunn av dens beskaffenhet har behov for komplimenterende regulering i henhold til særbestemmelser i ekomloven. Når det gjelder tilgangsforpliktelser etter § 4-1, er spørsmålet om man kan oppnå en bærekraftig nettbasert konkurranse ved hjelp av ex-post regulering, gjennom forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i henhold til konkurranseloven § 11. Denne bestemmelse er vidt formulert, og det kan være vanskelig for nye aktører, spesielt mindre aktører aktive på sluttbrukermarkedene, å forutse utfallet av en anmodning om tilgang for å tilby sine mobiltjenester i henhold til konkurranseretten, enn tilfellet ved sektorspesifikk regulering.

Detaljert ex-ante regulering kan fremme bærekraftig konkurranse ved å fjerne slik usikkerhet i markedet. Dette er i tråd med anbefalingen som anser det særlig viktig for markedet at aktører har tilfredsstillende rettslig forutberegnelighet³¹. I tillegg vil tilgang til nettverk gjennom sektor spesifikk regulering, med tilhørende støttefunksjoner gjennom eksempelvis; tilgang på ikke-diskriminerende vilkår, offentliggjøring av standardavtaler, transparens, kostnadsorienterte priser, raskere bevege sektoren mot bærekraftig konkurranse enn etter konkurranseregelens pålegg om opphør i henhold til konkurranselovens § 12, slik dette bare kan pålegges først etter at overtredelsen har funnet sted.

Konkurranseloven krever også på bakgrunn av ex-post regulering at det faktiske har foregått et missbruk av en dominerende stilling, noe som innebærer en langt mer omfattende saksbehandling. Dette står i motsetning til en ex-ante regulering, som gjennom fremtidsrettede analyser skal avlegge markedsforhold som muliggjør slik missbruk. En

³¹ Se Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services, s 11.

konkurranserettslig analyse basert på konkurranselovens §§ 11 og 12 vil være til fordel for aktør som faktisk missbruker sin markedsposisjon, og til ytterligere skade for aktører som ønsker å etablere seg i det relevante markedet. Slike momenter gir derfor indikasjoner på at sektoren ikke i tilstrekkelig grad kan oppnå bærekraftig konkurranse på bakgrunn av regulering gjennom konkurranseloven alene. Situasjonen i markedet skal gjevnlige vurderes slik dette er fremholdt i ekomloven, og prinsippet om minimumsregulering må vektlegges i en selvstendig analyse under særlige pålegg i henhold til § 3-4, deriblant § 4-1. Det vil være optimalt å foreta en vurdering av konkurransereglers tilstrekkelighet under en egen virkningsvurdering på bakgrunn av aktørers ønskede tilgangsform og nivå. Et eksempel er hvordan konkurransereglene i en forholdsmessighetsvurdering vil fungere som reguleringsmiddel i markedet på bakgrunn av en tjenesteleverandørs anmodning, og om markedet her har andre forutsetninger for slik regulering enn for eksempel aktører som opererer på et MVNO nivå. En nærmere vurdering av dette utledes i kap 6.3. Et sentralt element i en slik vurdering er nivå regulering på bakgrunn av prinsippet om investeringsstigen.

3.5 Ladder of investment

For å sikre en ”bærekraftig konkurranse” samt legge til rette for en ”nasjonal og internasjonal utvikling” i henhold til § 3-4 3. ledd, er det nødvendig å tilgodese aktørers investering og innovasjonsincentiver, slik at den dominerende aktørs nettverksfasiliteter dupliseres der dette er ”teknisk mulig og bedriftsøkonomisk ønskelig” i henhold til § 4-1 2 ledd. Der slik duplisering antas for å være usikkert men ikke umulig, må regulator avveie fordeler ved en nettbasert infrastruktur konkurranse og ulønnsomme nettverksetableringer. Regulator må også ta hensyn til muligheten for verken nettverkskonkurranse eller tjenestekonkurranse, hvor slik duplisering ikke finner sted³².

³² Se ERGs virkemiddeldokument s 14.

For å sikre en god balanse mellom tilbyders interesser og en langsiktig virksom konkurranse, er det i PTs virkemiddeldokument fastsatt et prinsipp som vil være styrende for valg av virkemidler i henhold til lovens fjerde kapittel³³;

Regulering etter prinsipp 3;

I markeder der det er sannsynlig at duplisering av infrastruktur vil kunne oppnås over tid, vil valg av virkemidler innebære en avveining av flere forhold. Ett av de viktigste vil være en bærekraftig konkurranse. Videre vil det være sentralt at en økning i tjenestekonkurranse ikke skal svekke nettverkskonkurransen på sikt i samsvar med formålet i forarbeidene presisert over.

PT har fastslått at markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett skal reguleres etter prinsipp 3 regulering³⁴, det vil si at markedet antas å kunne få flere aktører med egne mobilnettverk på sikt. Dette vil innebære at ex-ante regulering i henhold til § 4-1, bare skal iverksettes der konkurranseretten ikke er tilstrekkelig for å oppnå formålet om bærekraftig konkurranse og en utvikling av flere mobilnettverk på sikt.

Det er et sentralt mål etter prinsipp 3 regulering at en kortsiktig tjenestekonkurranse ikke må redusere investeringsincentiver som på lang sikt kan gi nødvendig infrastrukturkonkurranse. For å opprettholde et slikt investeringsincentiv har ERG slått fast prinsippet som omtales som “ the ladder of investment ”³⁵. Dette går ut på at aktører som forsøker å etablere seg i sluttbrukermarkedet skal få nødvendig tilgang til essensielle fasiliteter innenfor nærmere bestemte vilkår. Vilkår som skal fremme investeringsincentivene til de nye aktører, men også beholde incentiver for utbedring, utvidelse og oppgradering hos netteier.

For å oppnå dette på best mulig måte og ivareta ovenstående hensyn med formålsparagrafen som utgangspunkt, vil man forsøke å få den nye aktør etablert i

³³ Se PTs varsel om vedtak i marked 15 pkt. 61 s. 16.

³⁴ Ibid

³⁵ For en mer utførlig fremstilling se ERGs virkemiddeldokument s 86-90.

markedet med en tilstrekkelig kundemasse, slik at videre investeringer og risiko forbundet med dette blir så lav som mulig. Begrunnelsen er etablerings hindringer i form av store ”sunc costs”. I ERGs oppdaterte virkemiddeldokument (Nov 2005), påpekes dette forholdet ved at;

As new entrants roll out more and more investment further down the network hierarchy, both the size of investment and the likely proportion of this that is potentially sunk increases. As a counter-balance to this however, the benefits that the new entrant obtains from further investment increases as it increases their control of their service offerings. In planning their investment strategy new entrants will, of course, benefit if the NRA has a consistent regulatory access philosophy that gives new entrants the confidence to make the incremental investments.

En ”step by step approach” blir løsningen, hvorav den opprinnelige tilgangen vil kunne falle bort etter en stund, evt. pris for tilgang på første nivå reguleres oppover innenfor et visst tidsperspektiv eller etter hvert som kundegrunnlaget utvides. På den måten vil man kunne bringe forutberegnelighet for nye aktører ved at de blir tildelt nødvendig tilgang, samtidig som disse aktører allikevel ikke kan basere sin langtidts investeringsmodell på opprinnelige tilgangsfordeler. Den oppdaterte versjonen av ERGs virekmiddeldokument har videre fremholdt en effektivitetsbetraktning for alle deler av investeringsstigen³⁶;

As infrastructure competition will not necessarily develop automatically, it will also be necessary to impose remedies that enable the new entrant to reach a point of the investment ladder which makes commercial sense and which tends to maximize the extent of economically efficient competing infrastructure.

Det er her vært å merke seg at forarbeidene har uttalt at man skal være forsiktig med en fremtidsrettet analyse av hva som innebærer et samfunnsøkonomisk fordelaktig investeringsprosjekt³⁷. I denne sammenheng fremholdes det videre i ERGs virkemiddeldokument³⁸ at det vil være vanskelig for regulator å avgjøre på hvilket nivå i investeringsstigen den enkelte aktør skal få tilgang. Dette fordi det er helt individuelt for de

³⁶ Se ERGs virkemiddeldokument (Nov 2005) s 62.

³⁷ Se Ot.prp. nr. 58 s 84.

³⁸ Se ERGs virkemiddeldokument (Nov 2005) s 62.

enkelte hva som innebærer et effektivt og bærekraftig investeringsprosjekt. En slik vurdering foretas derfor best av anmoder, og ikke av aktør med STM eller den regulatoriske myndighet. Dersom dette hensynet skal få gjennomslag, er det naturlig at det vil være anmoder som må dokumentere hvilket nivå som vil være det mest effektive, slik at man kan oppnå en videre investering i ”economically efficient competing infrastructure”. Slik den oppdaterte versjonen av ERGs virkemiddeldokument fremstår, kan det argumenteres for at denne er mer i samsvar med forarbeidenes målsetning om en effektiv utnyttelse av tilgjengelige ressurser og en optimal infrastrukturutvikling. Slik vil prinsippet om ”ladder of investment”, få betydning for vurderingen av markedets utvikling mot en bærekraftig konkurranse.

3.6 Bærekraftig konkurranse

Regulering av tilgangsforspliktelser under ekomloven § 4-1 2.ledd siste pkt nr 3, krever at den regulatoriske myndighet ivaretar hensynet til ”bærekraftig konkurranse”. I forarbeidene presiseres at ”dersom det ikke er virksomheter med sterk markedsstilling, skal konkurransen i dette markedet anses som virksom og bærekraftig³⁹. I nær sammenheng med de påkrevde analyser av sterk markedsstilling, er problemstillingen i hvilken grad en tilgangsforspliktelse vil bøte på aktuelle konkurranseproblemer, og når det vil være rimelig å gi tilgang i forhold til de øvrige hensyn i bestemmelsen 2. ledd.

Prinsippet om en forholdsmessig regulering i sektoren slik det presiseres over, er også spesifikt slått fast som et vilkår for sektor spesifikk regulering. § 3-4 3. ledd presiserer at regulering etter § 4-1 ”skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling”. Rekkevidden av disse vilkår er nærmere presisert i forarbeidenes kommentarer til § 1-1. Her fremholdes det at bærekraftig konkurranse, foruten å være et marked uten aktører med sterk markedsstilling, er ”et

³⁹ Se Ot.prp. nr. 58 s 26.

marked som legger til rette for en langsiktig virksom konkurranse⁴⁰. Dette presiseres videre i forarbeidene for å være en regulering som gir den gunstigste løsningen sett over tid, ved en ”effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Dette lar seg vanskelig definere presist fordi det avhenger av den utviklingen som finner sted i markedet. Slik regelverket er ment å regulere markedet må ikke bare situasjonen slik den fremstår pr i dag analyseres, men man må se kravet om ”effektivitet” i et ex-ante synspunkt. En tilgangsforskriftelse må derfor på denne bakgrunn være egnet til å bedre ressursbruken, eller sørge for at den blir mer effektiv, og gi en høyere verdiskapning ikke bare slik situasjonen er på analysetidspunktet men også for den nærmeste fremtid. En ren allokering av tilgjengelige ressurser, eller en ”enkel business stealing” er ikke en effektiv ressursanvendelse i denne bestemmelsens forstand.

Hvordan man skal nå målet om en effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom bærekraftig konkurranse, er nærmere fremholdt av forarbeidene⁴¹ hvor et utgangspunkt er at;

ingen aktører har sterk markedsstilling, og/eller kan utnytte sin posisjon til skade for konkurransen. Konkurransen vil i tillegg være bærekraftig om man får etablert markeder som på lengre sikt kan klare seg på egenhånd som ordinære markeder uten statlig særregulering. Dette krever at reguleringen må virke på en måte at den medvirker til å fjerne behovet for særskilt regulering på sikt..... Hensikten er at konkurransen i markedet også skal bestå etter at staten har avviklet den sektorspesifikke reguleringen. Dette må innebære at staten bare gjør inngrep i markedene som bidrar til utvikling av strukturer som vil bestå etter at staten går over til bare å anvende den generelle konkurransereguleringen.

Slik reguleringen er utformet, fokuserer derfor begrepet ”bærekraftig konkurranse” først å fremst på at det ikke er identifisert markedsaktør(er) med sterk markedsstilling. Dersom markedet kan defineres med slike aktører vil forholdene i markedet ligge til rette for denne aktøren(er) i å misbruke denne i henhold til de spesifiserte konkurranseproblemer opplistet av ERG⁴². Dette vil innebære muligheten i å øke prisene, redusere produksjon, kvalitet og valg av produkter, redusere innovasjon samt ellers påvirke de generelle omstendigheter for

⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 58 s 84.

⁴¹ Se Ot.prp. nr. 58 kap 4.

⁴² Se ERGs virkemiddeldokument s 31.

konkurransen i markedet. Gjennom tilgangsforsiktelser i § 4-1, vil man forsøke å stimulere konkurransen for å bedre utnytte de knappe ressurser i oppstrømsbaserte nettverksfasiliteter. Denne stimuleringen i konkurranse i medhold av formålet om en bærekraftig konkurranse, må sees i lys av en eliminering av ”behovet for særskilt regulering på sikt”, men samtidig som den må sikre at ”ressursene brukes til å skape et mangfold av gode og fremtidsrettede tjenester⁴³”.

3.6.1 Særskilt regulering på sikt

Som det presiseres avslutningsvis over, må reguleringen i fremtiden ikke føre til en økt avhengighet av statlig regulering. Som det fremholdes i forarbeidene⁴⁴ må ”pålagt tilgang som øker konkurransen på kort sikt ikke redusere konkurrentenes incentiver til selv å investere i alternative fasiliteter som vil sikre bærekraftig konkurranse på lang sikt”. Det vil derfor være viktig at enhver inngrepen på grunnlag av særregulering, forsøker å nærme seg eller bevege seg mot likeartede fortolkning av de aktuelle problemstillinger etablert av konkurranseretten⁴⁵. Til dette presiserer Larouche⁴⁶;

It is submitted that, even in the long term, sector-specific regulation will remain essential for the regulation of one of the dual roles of the telecommunications sector – namely as foundation for the whole of economic and social activity -, since it can deal with the issues arising in connection therewith more consistently and with greater legitimacy than competition law.

Det er en økt avhengighet som man forsøker å unngå. Spørsmålet er derfor om tilgang til det relevante marked gir en økt avhengighet, eller om dagens forpliktelser vil bestå, reduseres, eller økes i fremtiden. Det er derfor essensielt at reguleringen er i samsvar med

⁴³ Se Ot.prp. nr. 58 s 84.

⁴⁴ Se Ot.prp. nr. 58 s 29.

⁴⁵ Se ERGs virkemiddeldokument s17, samt Kap 1 vedrørende harmoniseringsprinsippet og innvirkning av regulering på EU/EØS nivå.

⁴⁶ Se Larouche s 402.

ERGs virkemiddeldokument som fremholder at, ”available remedies should assist in the transition process to a sustainable competitive market⁴⁷”. Det er viktig at de påfølgende valg av virkemidler for å oppnå slik konkurranse følger prinsippet om regulering etter ”investeringsstigen”(ladder of investment). Dette fordi man antar at denne reguleringen nettopp er en stimulering av investeringer i perioden frem mot en bærekraftig konkurranse⁴⁸. Der det antas at infrastruktur er dupliserbar, skal reguleringen søke å stimulere til en infrastrukturbasert konkurranse gjennom en gradvis etablering av alternativ infrastruktur. På denne måten vil reguleringen ikke direkte øke reguleringsbehovet på sikt, men i prinsippet føre til en redusert regulering der ytterligere infrastruktur vil gi en økt konkurranse i det relevante marked på sikt. Forutsetningen er at man gir klare signaler for at tilgang på et nivå i investeringsstigen blir begrenset ved en senere anledning i form av tidsbegrensning, prisøkning eller lignende. Dette fordi det er essensielt at aktører som får tilgang på denne bakgrunn virkelig stimuleres mot å etablere ny infrastruktur og derfor ikke får anledning til å basere sin langsiktige forretningsplan på bakgrunn av tilgang til tilbyders nettverk.

3.6.2 Samfunnsøkonomiske ønskelige endringer i produksjonsprosesser og produkter

En effektiv ressursanvendelse som del av en bærekraftig konkurranse, forutsetter i henhold til forarbeidene at det ”frembringes samfunnsøkonomisk ønskelige endringer i form av nye produkter og produksjonsprosesser”. Spørsmålet er hva som ligger i dette formålet. Er det fastsatt et vilkår om at dette er endringer som må forbedre mobile tjenesters kvalitet, kapasitet, og innebærer ”nye produkter” at tilgang skal gis for innhold som representerer et annet ”produkt” enn det som leveres i nettverket i dag. Dette problemet er ikke nærmere kommentert i forarbeidene. Ut ifra formålet om en ”bedring i utnyttelsen av samfunnets

⁴⁷ Se ERGs virkemiddeldokument s 12.

⁴⁸ For en nærmere presisering av dette, se Kap 3, samt ERGs virkemiddeldokument s 86-90.

ressurser”, må man kunne anta at formålet med tilgangsregulering ikke er å sette en skranke gjennom et ”innovasjonsvilkår” for tilgang.

Det er mulig at dette innovasjonsvilkåret kan komme til betraktning i større grad under vurderingen av immaterielle rettigheter, hvor vurderingen for ”effektiv utnyttelse”, må ta hensyn til den investering som har funnet sted og formålet om en ”optimal infrastrukturutvikling” i henhold til forarbeidenes kommentarer til § 1-1. Men for en tilgangsregulering fremheves det i § 4-1 2. ledd at avveiningen vil omhandle hva som er ”nødvendig for å kunne tilby konkurrerende tjenester”. Der markedet er dominert av en aktør med sterk markedsstilling, vil det kunne oppstå konkurranseproblemer som vertikal overføring av markedsrett, etableringshindrende atferd(eksklusivitetsavtaler), utnyttende atferd(overprising) og ineffektiv produksjon. Etter ekomloven er det ikke et krav om faktisk missbruk eller at disse mulige konkurranseproblemer har oppstått. Det er tilstrekkelig at det er fare for slike konkurranseproblemer og at aktører kan utnytte sin posisjon til skade for konkurransen. Slike markedsforhold vil ikke bevege sektoren mot en ”bærekraftig konkurranse” eller som presisert over, en ”effektiv utnyttelse av tilgjengelige ressurser og optimal infrastrukturutvikling”. Det vesentlige er da at tilgang i medhold av samfunnsøkonomisk ønskelige endringer i form av nye produkter og produksjonsprosesser, fokuserer på konkurranse i markedet, uavhengig av om dette innebærer konkurranse på tilgjengelig teknologi, kvalitet eller produkter. Dette synspunktet underbygges av forarbeidene hvor det presiseres at ”målet om samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk, ikke medfører lovmessige skranker mot etableringer som skulle vise seg verken å være samfunnsøkonomisk eller bedriftsøkonomisk lønnsomme”⁴⁹.

Med de ovenstående betraktninger som basisgrunnlag for regulering mot bærekraftig konkurranse, vil jeg bemerke Advocat General Jacobs presisering av en liknende problemstilling for tilgangsnektleser (refusal to deal) under Roma-traktatens art. 82, i den såkalte Bronner-saken⁵⁰, presiserer at;

⁴⁹ Se Ot.prp. nr. 58 s 84.

⁵⁰ Se Opinion of advocate general Jacobs, sak C-7/97 pkt 64.

”A dominant undertakings monopoly over a product, service or facility may in certain cases lead to permanent exclusion of competition on a related market. In such cases competition can be achieved only by requiring a dominant undertaking to supply the product or service or allow access to the facility. If it is so required the undertaking must however in my view be fully compensated by allowing it to allocate an appropriate proportion of its investment costs to the supply and to make an appropriate return on its investments having regard to the level of risk involved”.

4 Hovedvilkår for regulering: Sterk markedsstilling

4.1 Innledning

Som første punkt i § 4-1 er det et materielt vilkår at regulatorisk inngrep tar utgangspunkt i selskaper som innehar sterk markedsstilling i et definert marked. Det vil si at man må vurdere i form av en fremtidsrettet markedsanalyse⁵¹, i hvilken grad et selskap er i stand til å sette opp sine priser, uten at det fører til reaksjoner eksempelvis i form av nevneverdig kundeflukt eller tap av markedsandeler. Det materielle vilkåret om sterk markedsstilling for å pålegge en aktør tilgangsforspliktelse etter § 4-1, skal tolkes i samsvar med § 3-1 jfr. Rammedirektivets 14(2), som presiserer at et selskap innehar sterk markedsstilling;

når tilbyder alene eller sammen med andre har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere. Sterk markedsstilling i ett marked kan føre til at en tilbyder har sterk markedsstilling i et tilgrensende marked.

Denne formuleringen er lagt nær opp til formuleringen i den generelle konkurranserett ved vurdering av såkalt ”dominerende stilling”. Rammedirektivet karakteriserer ”sterk markedsstilling” som ”equivalent” til dominerende stilling i konkurranseretten, jfr. fortalen til Rammedirektivet pkt 25. Prinsippet er fastsatt i en rekke saker i EF-domstolen⁵², og videreført til lovens § 3-1.

I dette kapitlet analyseres det relevante markedet med utgangspunkt i kriterier for sterk markedsstilling i form av enkel dominans. I forarbeidene til ekomloven presiseres det at ved forståelsen av § 3-1 og vilkåret om sterk markedsstilling, så skal det legges vekt på

⁵¹ Ekomlovens § 3-2, jfr. Rammedirektivets §§ 15, 7.4, se også Retningslinjene Kap. 2 (market definition).

⁵² Sak 27/76 United Brands vs Commission [1978] ECR 207, se tilsvarende formulering i Sak 85/76 Hoffman La Roche v Commission.

kommisjonens Retningslinjer⁵³ for forståelsen av ”dominerende stilling” slik det har utviklet seg i rettspraksis fra EF-domstolen..

I fortalen til Retningslinjene pkt. 24, presiseres det under overskriften “forholdet til konkurranseretten”, at SMP vil bli vurdert i henhold til gjeldende konkurranserettslige metode, og for å sikre en kontinuitet i tolkningen av dette begrepet vil Retningslinjene basere seg på; ”(1) existing case-law of the court of first instance and the European Court of Justice concerning market definition and the notion of dominant position within the meaning of art 82 of the EC Treaty and art 2 of the merger control regulation”. Harmoniseringsforpliktelser med hensyn til vurderingen av de enkelte vilkår i § 3-1 kan videre forankres i Oda art 3 og EØS-avtalen art. 6. For øvrig er gjennomføringsplikten etter EØS-avtalen art. 7 en resultatforpliktelse. Det er et alminnelig prinsipp at måten staten organiserer EØS-arbeidet på, ikke har betydning i forhold til statens plikt til å gjennomføre innholdet i direktivene på en korrekt måte, slik dette er lovfestet i EØS-avtalen art. 1⁵⁴.

Forøvrig hva gjelder rettspraksis fra konkurranseretten og dens betydning for en videre fastlegging av innholdet i sterk markedsstilling, påpekes det av forarbeidene at ”reguleringen på dette området skal være fleksibel. Den skal blant annet forholde seg til nye rettavgjørelser på konkurranseområdet og på området for elektronisk kommunikasjon fra EF-domstolen”⁵⁵. Dette synspunktet underbygges under kommentarer til de enkelte bestemmelser i forarbeidene, hvor det presiseres at fastleggingen av innholdet i begrepet sterk markedsstilling skal følge Retningslinjene men også senere reviderte utgaver av disse slik de er vedtatt av EFTAs overvåkningsorgan⁵⁶.

⁵³ EU-Kommisjonens Retningslinjer 2002/C 165/03 om markedsanalyser og beregning av sterk markedsstilling, (heretter Retningslinjene).

⁵⁴ Se Finnager II-saken, Høyesterett 28. Okt.2005, slik prinsippet må fastlegges etter pkt.76,” Selv om kravet etter EØS-retten er en resultatforpliktelse”, (i samsvar med statens påstander pkt.36), og i samsvar med mindretallets syn på dette i pkt.111.

⁵⁵ Se Ot.prp. nr. 58 s 34.

⁵⁶ Ibid s 98.

4.2 Sterk markedsstilling contra dominerende stilling

I følge Retningslinjene⁵⁷ og forarbeidene skal det således legges vekt på en konkurranserettslig metode når man skal utpeke aktør med sterk markedsstilling. Sammen med lovteksten vil da EF-domstolen praksis og anbefalinger på området danne rammen for de prinsipper som skal anvendes ved vurdering om en aktør innehar sterk markedsstilling. For øvrig presiseres det i Retningslinjene at perspektivet for den sektor spesifikke tildeling av sterk markedsstilling, til en viss grad kan avvike fra det konkurranserettlige utgangspunktet, hvor man analyserer markedet og inngrep først etter at en atferd er konstatert (ex-post), mens det sektor spesifikke reguleringen forsøker å analysere markedet på forhånd (ex-ante) regulering⁵⁸.

Det må nevnes at valg av begrepet ”sterk markedsstilling” i ekomloven, i motsetning til ”dominerende stilling” i konkurranseretten, er et bevist valg fra myndighetenes side. I innledende bemerkninger til Rammedirektivet⁵⁹ presiseres det at definisjonen av sterk markedsstilling var effektiv i åpningen av markedet fra monopol til virksom konkurranse, men må nå videreutvikles i henhold til den dynamiske konvergensen i markedet⁶⁰. En fortsatt bruk av begrepet sterk markedsstilling sikrer en fortsatt mulig differensiering mot den konkurranserettlige formuleringen, samtidig som det kan legges opp til en tilnærming, således kan man benytte seg av en innarbeidet rettslig praksis innen EF-domstolen som referanse for klarlegging av begrepet⁶¹.

På den måten unngår man å måtte skape en tidkrevende praksis for innholdet av begrepet sterk markedsstilling, og man kan oppnå en større rettslig sikkerhet, noe som vil være positivt for aktørene i markedet i tråd med formålbestemmelsen i loven⁶².

⁵⁷ Retningslinjene pkt 70, pkt, 5, pkt 24, disse retningslinjene viser til Rammedirektivets art 14(2) som tilsvarer ekomlovens § 3-1.

⁵⁸ Retningslinjene art 70

⁵⁹ Rammedirektivet (framework Directive, 2002/21/EC) innledende bemerkning note 25.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 58 s 30 pkt.5-3, se også innledende bemerkninger til Rammedirektivet note 25.

⁶¹ Retningslinjene art 70.

⁶² Se Paul Nihaul, EU Electronic Communications Law, 2004, Paul Nihaul & Peter Redford, kap 3, avsnitt 3.280- 3.285. Se også Lov om elektronisk kommunikasjon av juli 2003 nr 83, § 1.

Det vil bli et sentralt spørsmål i praktiseringen av begrepet, om denne ”likhet i prinsipp”⁶³, og som i praksis⁶⁴, i henhold til Retningslinjene skal kunne praktiseres i en viss grad forskjellig, vil bety en mulighet for motstridende bruk av rettspraksis i domstolene. I gitte situasjoner vil representantene kunne bruke EF-domstolens rettspraksis for å underbygge sitt syn, mens i andre vil man kunne hevde at denne praksis må anvendes forskjellig ut ifra et ex-ante synspunkt⁶⁵. Resultatet vil nok kunne føre til en del rettspraksis vedrørende likheter og forskjeller hva gjelder de to konsepter av ”sterk markedsstilling”.

4.3 Det relevante marked

Utgangspunktet for analysen av sterk markedsstilling skal bygge på avgrensningen av dette marked i henhold til § 3-2. På grunn av oppgavens omfang blir det ikke anledning til å foreta en nærmere redegjørelse for denne analyse av markedet, men det er allikevel nødvendig for den videre fremstilling å presisere nærmere hva marked 15 består av. Utgangspunktet for denne redegjørelse blir PTs vedlegg 1, marked 15⁶⁶ som gir en utførlig analyse og definisjon av dette marked.

PT konkluderer i sin analyse av det relevante produktmarkedet, at tilgang til mobilnett og utgående samtaler (samtaleoriginering) i utgangspunktet ikke er substituerbare tjenester på etterspørsels eller tilbudssiden. De presiserer videre at under de eksisterende tekniske løsninger tilbys disse samlet (bundlet) av nettverksoperatørene. Anbefalingen konkluderer derfor med at tilgang og samtaleoriginering er i samme marked på grossistnivå.

For den videre utredning av vilkår for sterk markedsstilling (enkel/kollektiv dominans), er det nødvendig å presisere hvilke aktører og hvilken form for tjenestenettverk som vil

⁶³ Retningslinjene art 5. “NRA`s will intervene to impose obligations on undertakings only where the market are considered not to be effectively competitive as a result of such undertakings being in a position equivalent to dominance within the meaning of art 82 of the EC treaty”

⁶⁴ Retningslinjene art 30, ” the designation of an undertaking as having SMP... for the purpose of ex-ante regulation does not mean automatically imply that this undertaking is....dominant for the purpose of art 82 EC Treaty.

⁶⁵ Se Paul Nihaul, EU Electronic Communications Law, Kap 3, avsnitt 3.285.

⁶⁶ Se PTs Vedlegg 1, Marked 15 (24.mai 2005) pkt 1.4

karakteriseres som mobile nettverk. I denne sammenheng er det vesentlig, slik det også ble fremholdt under generelle prinsipper for regulering i kapittel 3, at PT i sitt virkemiddeldokument⁶⁷ presiserer at det ikke er en forutsetning for nettverkskonkurranse at det foretas en faktisk duplisering av konkurrerende infrastruktur. Dette innebærer derfor at det ikke nødvendigvis er et krav om full ende til ende infrastrukturkonkurranse. Det trenger heller ikke være tale om flere totalt uavhengige nett som kan levere samme tjeneste. Etter PTs oppfatning vil det foreligge konkurranse selv om operatører er avhengig av leie av overføringskapasitet.

Tilbydere i GSM nettverket:

På tilbyder siden i grossist-/nettverksnivå i mobilmarkedet finner man i dag to tilnærmende landsdekkende GSM-nett (GSM 900/1800). Begge nettverksoperatører er vertikalt integrerte slik disse opererer som nettverksoperatører, tjenesteleverandører og innholdsleverandører.

UMTS konsesjon/tillatelse, (3G)

Det foreligger 3 konsesjoner av UMTS, hvorav 2 aktører allerede opererer i GSM nettverket. På bakgrunn av komplikasjoner i utbygging av disse nettverk, er det fastslått at tilbydere med konsesjon er forpliktet til å utbygge og tilby 3G-dekning til 30 % av befolkningen innen 6 år fra konsesjonsutdelingen. Det foreligger for øvrig ytterlig en ledig UMTS konsesjon.

450 MHZ båndet

Det foreligger en tildelt konsesjon av 450 MHZ. Nettet skal støtte tjenester som tilsvarer de som vanlig forbindes med mobiltelefoni, i tillegg til datatjenester. Nettet har forøvrig en dataoverføringskapasitet som tilsvarer 1,5 til 2 ganger UMTS og utbredelsen skal i hovedsak dekke de områder som normalt har dårlig kvalitet av GSM-dekning.

⁶⁷ Se PTs virkemiddeldokument s 20.

I pkt 93 i markedsanalysen fremholder PT i denne sammenheng hvilke tilgangsformer det kan bli snakk om på grossistnivå i dette markedet;

Det finnes ulike mulige former for tilgang til mobilnett på grossistnivå: tilgang kan tilbys gjennom prefiks og fast forvalg (disse tilgangsformene er imidlertid ikke tatt i bruk i mobilnett i Norge per i dag), tilgang til nett for aktører uten egen mobilinfrastruktur (tredjepartsoperatør som eksterne tjenesteleverandører/MVNO-aktører), tilgang til radionett for aktører med egen mobil infrastruktur (nasjonal roaming) og ulike former for deling av annen infrastruktur, for eksempel samlokalisering. Den vanligste formen for tilgang er imidlertid den tilgang som nettverksoperatøren gir eget tjenesteleverandørledd. For alle tilgangsformene er tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett en forutsetning for å nå sluttkundene og derigjennom tilby mobiltjenester i det alminnelige sluttbrukermarkedet.

I varsel om vedtak i marked 15⁶⁸, konkluderer PT videre med at samtrafikk også er en form for tilgangsforpliktelse, men at denne er mer aktuell i marked for terminering av tale i offentlige mobilkommunikasjonsnettverk(marked 16), og blir derfor ikke videre behandlet her.

Opplistet vil relevante tilgangsformer derfor omfatte⁶⁹:

- nasjonal roaming
- samlokalisering (§ 4-4 og behandles derfor ikke i den videre fremstilling)
- tilgang til mobilnett for virtuelle tilbydere (MVNO-tilgang),
- tilgang for tjenesteleverandører uten eget nett (videreselgere) og
- spesiell nettilknytning og SMS.C, CPA-tilgang

⁶⁸ Se varsel om vedtak marked 15, s 23.

⁶⁹ Ibid s 23.

4.4 Relevante momenter ved markedsanalysen etter § 3-3 - enkel dominans

§ 3-1 presiserer at et foretak har sterk markedsstilling dersom det kan opptre ”i stor grad” uavhengig av sine konkurrenter, kunder og forbrukere i det relevante marked. Innholdet i denne analysen presiseres nærmere i forarbeidene, som sier at denne vurderingen skal gjøres på bakgrunn av en rekke momenter presisert i EU-kommisjonens Retningslinjer⁷⁰. Retningslinjene pkt 78 oppstiller således de kriterier som er relevante for om et foretak har mulighet ” i stor grad” til å opptre uavhengig på det relevante marked⁷¹ i henhold til ekomlovens § 3-3.

De enkelte punkter kommenteres i denne rekkefølge uten at det er en forutsetning at man følger denne slik den er oppstilt, og det bemerkes at konklusjonen om en aktør innehar sterk markedsstilling kan baseres på en kombinasjon av de ulike kriterier som hver for seg ikke nødvendigvis er tilstrekkelige til å gi sterk markedsstilling⁷². Denne rekkefølgen og fremgangsmåte følges også av OFTEL og deres arbeidsdokument⁷³.

I det følgende skal de aktuelle momenter diskuteres i lys av de spesielle markedsforhold som gjør seg gjeldende i marked 15. I den anledning bemerkes det at selv om det pr i dag bare er to landsdekkende mobilkommunikasjonsnett, er det som sakt ikke en forutsetning for nettverkskonkurransen at det faktisk foretas en duplisering av konkurrerende infrastruktur. I prinsippet innebærer dette at selv med to oppstrømsbaserte nettverk så vil ikke nødvendigvis markedsandeler reflektere ”mangel” på nettverk som sådan. Drøftelsen vil i det påfølgende for øvrig bare ta for seg enkelte momenter som spesielt er aktuelle for dette markedet.

⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 58 s 98.

⁷¹ Se Wish s.179 ” The ability to restrict output and increase price derives from the independence or, to put the matter another way, freedom from competitive constraint, se også Notice on market definition ch1,p 29.se også Ingvald Falch, Rett Til Nett 2004, s 60.

⁷² Retningslinjene pkt 79, se også Post og Teletilsynets ”Metode for markedsanalyse” 24.mars 2004.

⁷³ Oftel’s market review og IRGs Common interpretation of the SMP concept.

4.4.1 Markedsandeler

Vurderingen om et foretak har sterk markedsstilling innebærer en fremtidsrettet analyse av aktørene i markedet og om en eller flere av disse er i stand til å handle uavhengig av sine konkurrenter, kunder og forbrukere. Markedsandeler vil være et godt utgangspunkt for en videre analyse fordi det vil være lite sannsynlig at selskaper som ikke har en vesentlig del av det relevante markedet vil være i en dominerende stilling, selv om markedsandeler alene ikke er nok for å statuere en sterk markedsstilling. Dets større markedsandeler et selskap har i markedet, dets større indikasjon på at dette kan operere uavhengig av sine konkurrenter, kunder og forbrukere. Med utgangspunkt i en vertikalt integrert tjenesteproduksjon og bare to landsdekkende mobilnettverk, vil man med stor sikkerhet stå i fare for at markedet til enhver tid er representert med en aktør som innehar en sterk markedsstilling. Unntaket vil være om disse sammen utgjør et kollektivt dominerende foretak, dette blir behandlet avslutningsvis i dette kapittel.

Allikevel med en reservasjon for konkurranse i markedet på bakgrunn av leid overføringskapasitet og tilgangsfpliktelse, ligger det allikevel til rette for en mer nyansert analyse for reelle markedsandeler. Markedsandeler kan måles i omsetning, antall kunder eller i de verdier selskapet har produsert i salgsmarkedet⁷⁴. PT har i sitt vedlegg 1, marked 15 vurdert markedsandeler på bakgrunn av antall kunder, trafikkvolum og omsetning⁷⁵.

Den tidligere regulering gjennom teleloven⁷⁶ opererte med en langt lavere standard for sterk markedsstilling som var effektiv for å åpne opp markedet for konkurranse. Terskelverdien var her lagt til en markedsandel på 25 %, selv om dette ikke representerte en absolutt grense. Den konkurranserettslige metoden vil heve denne presumpsjongrensen

⁷⁴ Retningslinjene pkt. 76, "As regards to the methods used for measuring market size and market shares, both volume sales and value sales provide useful information for market measurement". Se også pkt 77 for nærmere presisering.

⁷⁵ Se vedlegg 1, marked 15, pkt. 149.

⁷⁶ Telelovens §§ 2-1 og 2-3, opererte med en sterk markedsstilling for alle aktører med en markedsandel på 25 %, se Ot.prp. nr. 58 pkt.5.2.

for markedsrett betraktelig, i nær sammenheng med behovene i sektoren, som følge av mer komplekse og dynamiske konkurranseproblemer⁷⁷.

I følge Retningslinjene er det forutsatt at en markedsandel på under 25 % ikke kan føre til en antagelse om sterk markedsstilling for foretak alene i markedet⁷⁸. I den andre enden er det forutsatt at markedsandeler over 90 % i seg selv er tilstrekkelig for å konstatere en dominerende stilling i markedet⁷⁹. De ytterligere vurderingskriterier oppstilt i Retningslinjene pkt. 78 er derfor uaktuelle i slike situasjoner.

Markedsandeler og/eller en utviklingen av store andeler over tid vil kunne gi indikasjoner på en aktørs sterke markedsposisjon, likeledes slik reduksjon eller store svingninger i andeler vil kunne gi indikasjon på manglende markedsrett. I PTs analyse av markedsandeler fra 1993-2005 ser vi at markedsandeler for den tidligere monopolist har avtatt hele denne perioden, og har nå stabilisert seg på et nivå like under 60 %⁸⁰. Slik forholdene er i markedet i dag, vil det derfor være nødvendig for regulator i et ex-ante utgangspunkt å foreta en analyse av markedsandeler opp mot presumpsjonen for sterk markedsstilling. I den anledning har EF-domstolen gjennom den såkalte Akzo-saken⁸¹, fastslått at det foreligger en generell presumpsjon på sterk markedsstilling, dersom er foretak har en markedsandel på 50 % eller over, med mindre det foreligger spesielle omstendigheter som peker i motsatt retning⁸². Dette samsvarer med presumpsjonen i Retningslinjene pkt 75, der det presiseres at stabile markedsandeler på omlag 50 % gir en sterk indikasjon på en dominerende stilling, hvor unntaket er helt spesielle situasjoner⁸³. I

⁷⁷ Se fortalen til Rammedirektivet, avsnitt 25.

⁷⁸ Se også Retningslinjene pkt 75 og Paul Nihaul, EU Electronic Communications Law , Paul Nihaul & Peter Redford, kap 3, avsnitt 3.290.

⁷⁹ Se Sak 85/76 Hoffman La Roche.

⁸⁰ Se PTs vedlegg 1 marked 15, s 35-37.

⁸¹ Sak C-62/86 [1991] ECR I-3359 Akzo Chemie Bv v Commission, pkt. 60, se også Sak T-228/97 [1999] ECR II-2969, Irish Sugar v Commision pkt. 70.

⁸² Retningslinjene pkt. 75.

⁸³ Se Retningslinjene pkt. 75; "According to established case-law, very large market shares – in excess of 50% - are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position.

slike tilfeller vil det være opp til det enkelte foretak å bevise at de ikke innehar slik sterk markedsstilling som presumpsjonen forespeiler⁸⁴.

Et vurderingselement som må tas i betraktning hva gjelder utviklingen av markedsandeler, er indikasjon på en konsolideringsprosess i markedet. Det kan konstateres med at konkurransen stadig har blitt tøffere på grossist og sluttbrukermarkedene. De mange konkurser i sektoren i den senere tid underbygger dette synspunktet. TeliaSoneras AB oppkjøp av Chess/Sense underbygger for øvrig markedsaktørers interesser i å styrke sine andeler i markedet. Det er i denne sammenheng viktig i analysen av markedsandeler som indikasjon på markedsrett, at vekten av denne veies opp mot hvordan andeler hos de aktuelle aktører har utviklet seg. En sterk reduksjon i markedsandeler i form av en ren allokering gjennom fruktbar konkurranse må veie mer med hensyn til konkurransesituasjonen vs. markedsandeler, enn tilfellet vil være gjennom konsolideringer ved oppkjøp av konkurrenters andeler, selv om dette også må få betydning i et videre tidsperspektiv. Det sentrale ved slike konsolideringsprosesser er om de aktuelle aktørers markedsandeler vil reduseres slik at de går under 50 % presumpsjonen for markedsrett. Skulle dette være tilfellet vil regulator måtte vurdere rekkevidden av United Brands saken⁸⁵, og British Airways saken⁸⁶, som vil kunne gi en viss veiledning hvor markedsandeler er under denne Akzo-presumpsjonen.

I disse saker er det antatt at man kan inneha en dominerende stilling dersom man har en markedsandel i området rundt 40 %⁸⁷, men hvor man for øvrig er avhengig av ytterligere kriterier for å statuere en slik dominerende stilling. Man konstaterte i British Airways saken at BA hadde en dominerende stilling ved en andel på 39.7 %. Et viktig element i denne saken var at BA hadde en mulighet til å operere ”i stor grad” uavhengig av sine konkurrenter grunnet deres forholdsvis store markedsandel i motsetning til sine

⁸⁴ Se Wish s 181.

⁸⁵ Sak 27/76, [1978] ECR 207, United Brands v Commission, pkt. 113-117.

⁸⁶ Sak T-219/99 British Airways v Commission.

⁸⁷ Retningslinjene pkt 75, se også Wish, side 182.

konkurrenter som hadde en vesentlig mindre andel av markedet. Det presiseres i pkt. 210 i dommen at;

In that respect, account must be taken of the highly significant indicator which is the fact that the undertaking in question holds large shares of the market and of the ratio between the market share held by the undertaking concerned and that of its nearest rivals (Hoffmann-La Roche, cited in paragraph 182 above, at paragraphs 39 and 48), particularly since the nearest rivals hold only marginal market shares (see, to that effect, Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, paragraph 111).

Det må på bakgrunn av ovenstående være den reelle muligheten for å operere uavhengig av sine konkurrenter, kunder og forbrukere som er det sentrale ihht. ekomlovens § 3-1, jfr. rammedirektivets § 14-2⁸⁸, dette er også i tråd med den rettspraksis som er på området⁸⁹.

Det er forøvrig vert å bemerke at det ikke nødvendigvis vil si at en aktør som blir definert som innehaver av sterk markedsstilling også vil være et dominerende foretak i henhold til konkurranseloven. Et foretak utpekes med sterk markedsstilling i henhold til den sektor spesifikke reguleringen ut ifra en strukturell vurdering for en kortere reguleringsperiode. Denne perioden bør forøvrig gjentas jevnlig omtrent hvert 2 år, noe som får betydning for presumpsjonen ettersom virkningen av å statuere sterk markedsstilling vil kunne revideres jevnlig. I de tilfeller er markedsandeler alene ikke tilstrekkelige for å konstatere sterk markedsstilling, må regulator derfor foreta en videre analyse av andre mulige vurderingskriterier.

⁸⁸ Se Retningslinjene pkt 30.

⁸⁹ Se Sak C -62/86 [1991] ECR I-3359, Akzo Chemie Bv v Commission para 60, Hoffman-La Roche v Commission pkt 41. Aams and others v Commission [2001] ECR II-0000 pkt 51, Xth report on competition Policy(1980), pkt. 50, se også Wish s 182, Paul Nihaul, EU Electronic Communications Law, 2004, Paul Nihaul & Peter Redford, Kap 3, avsnitt 3.295.

4.4.2 Fremvoksende markeder

I vurderingen om det skal pålegges en tilgangsforspliktelse etter § 4-1, skal det foretas en vurdering om denne er egnet til å fremme ”bærekraftig konkurranse”, samt legge forholdene til rette for en ”nasjonal og internasjonal utvikling” i henhold til § 3-4 3.ledd. I denne sammenheng er det et spørsmål om store markedsandeler i det oppstrømsbaserte nettverksmarked i særlige tilfeller skal undras aktuelle tilgangsforspliktelser på bakgrunn av de spesielle markedsforhold som gjør seg gjeldende i fremvoksende markeder jfr. Rammedirektivets fortale pkt. 27. Det fremholdes her at; ”although de facto the market leader is likely to have a substantial market share, he should not be subject to inappropriate obligations”⁹⁰. Problemstillingen knytter seg derfor i hovedsak til defineringen av de aktuelle markeder og ikke til virkemiddelbruken⁹¹.

Fremvoksende markeder karakteriseres som innovasjonsdrevne markeder som stadig er i en teknologisk utviklingsprosess. Investeringer for å effektivisere, utbedre eller forbedre mobilnettverket vil ha positive effekter for sektoren generelt, og i utgangspunktet er det lettere for nye aktører å komme inn i dette markedet, gjennom de ytterligere muligheter som finnes for å kunne tilby nye og differensierte tjenester. På bakgrunn av dette vil ikke etableringshinder i slike markeder være like fremtredende. I PTs virkemiddeldokument⁹² presiseres det at vilkårene for ex-ante regulering (høye vedvarende etableringshinder, manglende dynamisk utvikling på tross av dette, og utilstrekkeligheten av en konkurranserettslig regulering) også i prinsippet skal gjelde for fremvoksende markeder. For øvrig ettersom disse er kumulative, og på bakgrunn av ovenstående usikkerhet rundt kriteriet etableringshindringer i innovasjonsdrevne markeder (fremvoksende markeder), vil dette få betydning om slike markeder bør reguleres etter ex-ante sektor spesifikk regulering. I fremvoksende markeder hvor det derfor antas å være et større innslag av potensiell konkurranse i form av nye produkter og produksjonsmuligheter er det derfor i

⁹⁰ Se ERGs virkemiddeldokument s 20, samt referanse til Rammedirektivets fortale pkt. 27

⁹¹ Ibid

⁹² Se PTs virkemiddeldokument s 29.

større grad sannsynlig at aktører vil miste sin sterke markedsposisjon. Tilgangsforsiktelser i henhold til § 4-1 vil derfor kunne være i strid med formålene i § 3-4 3. ledd 1 pkt om en ”bærekraftig konkurranse”, og ”nasjonal og internasjonal utvikling i markedet”, jfr også Rammedirektivets fortale pkt. 27, fordi en ”premature imposition of ex-ante regulation may unduly influence the competitive conditions taking shape”⁹³.

Det har vært stilt spørsmål om UMTS (3G) nettverket bør anses for å være et slikt emerging market. PT har i sine markedsanalyser⁹⁴ fremholdt at det til dels er en del usikkerhetsmomenter vedrørende dette. Men konkluderer på bakgrunn av substitusjon mellom tale i 2G og 3G-nett at markedet bør behandles som ett marked, og således ikke et alternativt fremvoksende marked. Skulle dette endre seg for fremtiden vil det kunne få betydning for den potensielle konkurranse i markedet.

4.4.3 Etableringshinder

Som presisert over vil ikke alltid markedsandeler alene være en tilstrekkelig indikasjon på dominans i markedet. Et selskaps posisjon i markedet vil måtte sees i lys av mulige potensielle konkurrenter til dette markedet. De følgende kriterier vil måtte sees i sammenheng når man skal vurdere den mulige konkurranse som eksisterer, og den eventuelle konkurranse som nye aktører eventuelt vil kunne føre med seg.

Et sentralt element i denne sammenheng er etableringshinder for nye potensielle konkurrenter. Disse etableringshinder kan deles inn i 3 generelle kategorier. regulatoriske, strategiske og strukturelle hinder.

I det følgende kommenteres og behandles kun de oppstilte vurderingselementer i retningslinjene pkt. 78 som er mest aktuelle for vurderingen av tilgang til mobile

⁹³ Se ERGs virkemiddeldokument s 20.

⁹⁴ Se vedlegg 1, marked 15, s 26-27.

telekommunikasjonsnettverk. Listen er ikke uttømmende og for mulig ytterligere kriterier se Oftel market Review og IRGs common interpretation of the SMP concept⁹⁵.

4.4.3.1 Kontroll over mobile kommunikasjonsnettverk og potensiell konkurranse

I marked 15 for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett, vil problemstillingen vedrørende kontroll over infrastruktur gjelde de landsdekkende mobilnett. Spørsmålet er om de selskaper som kontrollerer de aktuelle nettverk må anses å ha en særlig sterk posisjon i markedet, grunnet vanskeligheter i dupliseringen av disse, på bakgrunn av økonomiske eller tekniske årsaker.

Det har vært store kostnader forbundet med opprettelsen av de to landsdekkende mobilnett i Norge. Sammenlignet med annen infrastruktur for telekommunikasjon er allikevel kostnaden for utbygging av slike nett mindre sett i forhold til dekningsgrad, i alle fall hva gjelder tettbygde strøk som byer og større tettsteder. Det er forøvrig mulig med slik utbygging teknisk sett så lenge det er tilgjengelige frekvenser. En vesentlig faktor for at potensielle aktører skal kunne etablere seg i dette markedet, vil derfor være avhengig av muligheter for samlokalisering, nettverksdeling og nasjonal roaming i utbyggingsfasen.

Spørsmålet er allikevel om slik utbygging er vanskelig på grunn av økonomiske og markedsmessige forhold. Post og Teletilsynet konkluderer i sitt vedlegg. 1 til vedtak for marked 15, at dette vil være svært kostbart grunnet de topografiske forhold for Norge og tidsperspektivet for slik utbygging. Dette er et vesentlig etableringshinder som gjør at markedet i mindre grad tiltrekker seg nye aktører og derved ikke korrigerer seg selv⁹⁶. Slik

⁹⁵ Oftel's market review... pkt. 2.11 og IRGs Common interpretation of the SMP concept kap. 4 og 5.

⁹⁶ Se Wish s 688, "if normal market forces have their way, the fact that a monopolist is able to earn large profits should inevitably, in the absence of barriers to entry, attract new entrants to the market", se også; Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law, Massimo Motta and Alexandre de Streel, "in newly liberalised sector (like telecom industries). ...the view recently advocated by the Director General of DG Competition who stated that: "There can moreover be a legitimate interest to prosecute exploitative practices at least where they are not self-correcting,

det går frem av Bronner-saken⁹⁷, kan dette derfor gi en indikasjon på at selskapet har slik kontroll i markede at det ”i stor grad” kan opptre uavhengig av de andre aktører fordi disse vil kunne sette opp sine priser, redusere produksjon og fortsatt ha utsikt til å beholde sine markedsandeler på sikt. Slike markedsforhold indikerer derfor at nettverkseiere er innehavere av sterk markedsstilling i henhold til ekomloven § 3-3 jfr. Retningslinjene pkt 75⁹⁸.

4.4.3.2 Produktdifferensiering /Bundling av produkter

For mange bedriftskunder vil det kunne være viktig å ha en samlet pakkeløsning for sine kommunikasjonstjenester. Kobling av fast- og mobiltelefoni, internett, datakommunikasjon og brukerstyr vil kunne være viktig i kampen for kunder. Slik bundling av produkter kan gi et fortrinn for selskapet mot nye aktører som da må bruke betydelige ressurser eksempelvis innen reklame for å konkurrere i utgangspunktet, men nå også mot nye konsepter ved slike sammensetninger av produkter. Med tanke på de kostnader man da står ovenfor, (sunk costs) kan slike hinder være en betydelig barriere for inntreden, noe som må vurderes i henhold til den aktuelle markedsposisjon for den ”dominerende” aktør. Dersom selskapet har skapt betydelige sterke og differensierte produkter vil dette gjøre en inntreden i markedet for nye aktører betydelig vanskeligere. Dette kan da være en indikasjon på at det aktuelle foretak er dominerende, eventuelt slik situasjonen fremstår på analysetidspunktet, eller en faktor som må tas til betraktning for eventuelt å se om det vil kunne gi selskapet slik mulighet for å kunne operere ” i stor grad alene” i markedet. Problemstillingen blir diskutert i United-Brands saken⁹⁹. Her la domstolen vekt på ”exceptional large capital investments”, som var nødvendig for å etablere seg i markedet, basert på høye logistikk

namely where entry barriers are high or even insuperable. In particular in newly liberalised sectors, entry barriers remain high and supra-competitive profits will therefore not automatically attract new entrants. Moreover dominant firms in those sectors often obtained their position not through superior efficiency, but through State intervention”. (Lowe, 2003:9)

⁹⁷ Se Sak C-7/97, Bronner v mediaprint [1998] ECR I-7791, pkt 45-46

⁹⁸ Se Vedlegg 1, Marked 15 s 39.

⁹⁹ Se Sak 27/76 United Brands v Commission, para 122-123.

kostnader, opprettelse av produksjonsanlegg, store ”sunk costs” og vesentlige stordriftsfordeler. Disse elementer gjør seg særlig gjeldende i etablering av konkurrerende mobilkommunikasjonsnett.

4.4.3.3 Fordeler ved stordrift og samproduksjon¹⁰⁰

Stordriftsfordeler og samproduksjon er mulige etableringshinder som kan skape en dominanssituasjon i markedet. Eksempel på dette vil kunne være utnyttelse av nettverk til flere formål, for å kunne tilby ulike tjenester til sluttbruker, for slik å spare inn på kostnader for drift av nettet. Slike fordeler kan oppnås dersom det finnes aktører i markedet som eier nettverk både mobilt og andre nettverk som eksempelvis kringkastingsnettverk. Er man eier av ulik infrastruktur som kan benyttes i produksjon av mobiltelefoni, vil dette kunne senke kostnaden både i form av ønsket dekningsgrad, da disse kan være komplementære i visse områder, samt i form av kapasitet og eventuelt utvidelse av denne. UMTS nettverk er tidligere nevnt som komplementære nettverk i forhold til mobilkommunikasjon, og er derfor et eksempel på mulige samproduksjonsfordeler. For øvrig vil regulering gjennom ikke diskriminering i henhold til § 4-7 redusere muligheter for disse samproduksjonsfordeler. Allikevel vil deling av administrasjonskostnader, markedsføring og felles utnyttelse av konsernadministrasjon gi visse fordeler. Stordriftsfordeler foreligger når en økning i produksjonen medfører fallende enhetskostnad. Dette er karakteristikk for produksjon med teknologi som har høye faste kostnader og lave variable kostnader. Disse finnes i betydelig grad i nettverksvirksomheten for produksjon av mobiltelefoni, da det er betydelig kostnader for opprettelse av basestasjoner, master og radioutstyr¹⁰¹.

¹⁰⁰ Se tabeller, Gsm-modell for å kunne modellere kostnader ved alternative utbyggingsstrategier, ulike markedsandeler og trafikkvolum.

¹⁰¹ Se vedlegg 1, marked 15, figur 4 og 5, s 41 og 42.

4.4.3.4 Vertikal integrering

Vertikal integrering av sin foretningsdrift, ”nedstrøms” og ”oppstrøms”, kan være en faktor som må tas hensyn til ved bedømmelse av etableringshindring i markedet. Ved å ta kontroll over de ulike ledd frem til sluttbruker kan man holde konkurrenter ute eller operere konkurransbegrensende overfor nye aktører fra markedet. Det er flere eksempler på slike konkurransbegrensende handlinger slik som f. eks å gi sin egen integrerte part bedre forpliktelser en mulige konkurrenter. Spesielt er dette aktuelt der en aktør eier nettverket som benyttes for overføringsskapasitet (marked 13 og 14). For øvrig er disse markeder også relevante for ex-ante regulering, og muligheten for eventuelle vertikale betingelses fordeler reduseres dersom disse markeder reguleres på bakgrunn av denne problemstilling. I PTs vedlegg 1, marked 15 konkluderes det allikevel med at slik vertikal forretningsdrift er det vanlige i mobilsektoren, i forhold til etableringshindringen generelt presiserer det at;

PT vil imidlertid ikke konkludere med at denne formen for vertikal integrasjon er en vesentlig etableringshindring i det relevante markedet, altså på grossistnivå. Telenors eierskap i store deler av de underliggende innsatsfaktorer (leide linjer etc.) kan bety mer. Så lenge konkurransen er tilstrekkelig i markedene for disse innsatsfaktorene, eventuelt dersom de blir hensiktsmessig regulert, bør ikke dette fungere som hinder for etablering.

Aktuelle konkurranserettslige dommer vedrørende problemstillingen vertikal overføring av markedsrett og missbruk av denne er: Wanadoo¹⁰², UPS Europe SA v Commission¹⁰³, se også Notice on the application of the Competition rules to the Postal Sector¹⁰⁴.

¹⁰² Se Sak Comp/38.233 Wanadoo Interactive

¹⁰³ Se Sak T-175/99 [2002] ECR II-1915, para 61

¹⁰⁴ OJ [1998] C 39/2, [1998] 5 CMLR 108, pkt 3.3, se Wish s 710.

4.5 Sterk markedsstilling i tilgrensede markeder

Dersom et foretak anses som det dominerende i et marked gjennom en analyse som følger de ovenstående prinsipper, kan det også bli aktuelt å statuere foretaket med sterk markedsstilling i et tilgrenset marked, selv om de ikke oppfyller de relevante kriterier som tradisjonelt skal til for å statuere STM i sektor spesifikk forstand.

Årsaken til at ekomlovens § 3-1 jfr. FD art 14(3) innfører en ytterligere omstendighet for STM, er at man søker å opprettholde en konkurransesituasjon i det relevante marked som ikke skaper grobunn for fremtidig opprettelse av sterk markedsstilling. Retningslinjene presiserer vilkårene nærmere i avsnitt 83, der disse konstaterer at;

where an undertaking has significant market power on a specific market, it may also be deemed to have significant market power on a related market, where the links between the two markets are such as to allow the market power held in one market to be leveraged into the other, thereby strengthening the market power of the undertaking.

I etablert konkurranserettslig rettspraksis¹⁰⁵ konstateres ovenstående synspunkt ved at slik markedsstrategi forbys, der målet aktørene er å forbedre eller øke sine markedsandeler på bekostning av konkurrenter, kunder og forbrukere. En forutsetning er nære forbindelseslinjer imellom disse markeder, eller ”close associative links” omtalt i Tetra Pak II dommen¹⁰⁶. Slike forbindelseslinjer kan forekomme både for horisontale og vertikale markeder, det mest relevante markedet vil allikevel være det vertikale i vurderingen av STM, da slike forbindelser ofte er tilfellet i telekommunikasjonssektoren. Eiere av nettverk i mobilsektoren er ofte vertikalt integrert og tilstede også i nedstrømsmarkedet, hvor de tilbyr privat og bedriftsmarkedet tilgang til mobilnett og tjenester gjennom forhåndsbetalte kontantkort/abonnement eller etterbetalt abonnement ved bruk av sine oppstrømsbaserte nettverk. Regulator kan iverksette regulatoriske forpliktelser i henhold til ekomlovens

¹⁰⁵ Se saker: 322/81 Michelin v Commission, 6/73 Commercial Solvents, L61/32 De Post-La Post, 311/84 Tèlèmarketing, C-310/93 British Gypsum v Commission, C-333/94 Tetra pak II som er den mest sentrale på dette området. Se forøvrig også nyere praksis Case L-30/1 BA v Commission, se forøvrig Paul Nihaul & Peter Redford s 301-305.

¹⁰⁶ Se Sak C-333/94 Tetra pak II.

Kap.4 slik at man begrenser slik mulighet for overføring av markedsrett. Man bør derfor bare statuere sterk markedsstilling i tilgrensede markeder for vertikalt integrerte aktører der hvor slike regulatoriske forpliktelser ikke er tilstrekkelig for å etablere effektiv konkurranse.

4.6 Kollektiv dominans

Det blir for omfattende i denne avhandlingen å behandle utviklingen og den nærmere presisering av kollektiv dominans slik den er utformet gjennom rettspraksis i kommisjonen, Førsteinstansretten og EF-domstolen¹⁰⁷. Det nærmere innhold av denne formen for dominans vil derfor ta utgangspunkt slik den fremstår i dag. I praksis og teori anvendes begrepet kollektiv dominans synonymt med felles og oligopolistisk dominans, og også duopolistisk dominans hvor det gjelder to foretak¹⁰⁸.

I følge Forarbeidene til ekomloven skal det ved vurderingen av kollektiv dominans i henhold til § 3-1, legges vekt på relevante avgjørelser fra EF-domstolen¹⁰⁹ og på Retningslinjene pkt 97¹¹⁰, da disse vil være sentrale i denne vurderingen.

I ekomlovens § 3-1 Jfr. Rammedirektivets art. 14(2),(3), vedlegg 2, innehar en tilbyder sterk markedsstilling når tilbyder alene eller sammen med andre har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere. Flere aktører kan da per definisjon ikke inneha en "kollektiv dominant posisjon", når det allerede finnes en aktør som alene er i stand til å operere i et marked uavhengig av sine konkurrenter, kunder og til slutt forbrukere.

¹⁰⁷ For en nærmere gjennomgang av denne prosessen se Wish kap 14, samt Paul Nihaul & Peter Redford, EU Electronic Communications Law kap 3, avsnitt 3.324-3.340.

¹⁰⁸ Se Whish, s 518, note 66.

¹⁰⁹ Se Ot.prp. nr. 58 s 98-99.

¹¹⁰ Se Retningslinjene pkt.97 og Annex II i Rammedirektivet.

Det må kort kommenteres at Retningslinjene i pkt 3.1.2 og Ot.prp. nr.58 bruker begrepet ”kollektiv dominans” (collective dominance), og ikke begrepet ”kollektiv sterk markedsstilling”, noe som kanskje ville være naturlig om man ønsket å opprettholde det samme skillet mellom begrepene dominerende stilling og sterk markedsstilling, slik det er forutsatt i generell konkurranserett og den sektor spesifikke reguleringen kommentert over¹¹¹.

En av de dommer som det må tas betydelig hensyn til, og som vil være svært retningsgivende i vurderingen av kollektiv dominans er avsagt i Førsteinstansretten, ved den såkalte Airtours-dommen¹¹². Denne dommen er for øvrig ikke avsagt innen området for elektronisk kommunikasjon, og må da tas i betraktning så langt den passer. Dommen gjelder også et regelverk som har en fremanskuende karakter, uttalelsene i dommen vil derfor også kunne få betydning for vurderingene etter ekomloven. Dette fremgår også uttrykkelig av retningslinjene pkt. 103¹¹³ og i forarbeidene¹¹⁴. Dommen gjennomgår tidligere rettspraksis på området for kollektiv dominans, og gjennomgår betydningen og meningen med tidligere avgjørelser av hva som er det essensielle i kollektiv dominans. Dommen beskriver ganske tydelig hva som ligger i begrepet kollektiv dominans i para 61, hvor det hevdes at kollektiv dominans er tilfellet der

each member of the dominant oligopoly, as it becomes aware of common interests, consider it possible, economically rational, and hence preferable, to adopt on a lasting

¹¹¹ Det er ingen forklaring som med letthet utpeker seg når det gjelder hvorfor myndighetene i rammedirektivet og retningslinjene refererer til ”kollektiv dominans” kontra ”kollektiv sterk markedsstilling”. Den samme form for begrepsbruk er benyttet i de norske forarbeidene. Jeg viser forøvrig til tidligere kommentarer på valg av begrep i denne sammenheng. Det kan tenkes at man fortsatt ser muligheten ved at de to rettslige reguleringene vil utvikle seg forskjellig. Det er tatt høyde for denne utviklingen av dette begrepet gjennom å bruke retningslinjene som en sentral rettskilde faktor ved vurderingen, og på denne måte forenkle prosessen ved å endre innholdet i regelen. Paul Nihaul & Peter Redford, EU Electronic Communications Law kap 3, avsnitt 3.343, kommenterer kort denne forskjellen i valg av uttrykk som uproblematisk, og at man ikke skal legge mye i denne forskjellen hva gjelder valg av uttrykk i selve retningslinjene og den sektor spesifikke reguleringen.

¹¹² Se sak T-342/99 [2002] ECR II-2585, dette er en banebrytende dom, eller en ”landmark case” som Wish sier det, ettersom den går igjennom betydningen av tidligere rettspraksis og klargjør at essensen i kollektiv dominans er koordinert eller parallell atferd, se s 540.

¹¹³ **Se vedlegg 1, Marked 15, pkt 328 s 63.**

¹¹⁴ Se Ot.prp. nr. 58 s 99(kommentarer til den enkelte bestemmelse),” Airtours-dommen i denne forbindelse anses for å gi relevant retning for utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling”.

basis a common policy on the market with the aim of selling at above competitive prices, without having to enter into an agreement or resort to a concerted practice within the meaning of Article 81 EC (see, to that effect, *Gencor v Commission*, paragraph 277) and without any actual or potential competitors, let alone customers or consumers, being able to react effectively.

Det går frem av denne formuleringen at man går bort ifra tidligere forutsetninger om strukturelle eller økonomiske relasjoner for kollektiv dominans. Det presiserer her at kollektiv dominans er parallell eller koordinert atferd av disse aktører i markedet, ”Tacit coordination”¹¹⁵.

Det kan kanskje stilles spørsmål om EF-domstolen vil utvide betydningen ved en senere anledning slik at den fanger ”non Collusive Oligopoli”, altså en situasjon hvor et selskap egenrådig på grunnlag av få markedsaktører, vil kunne utnytte situasjonen for seg selv, uten å være avhengig av like reaksjoner fra de andre aktørene. Det er allikevel i juridisk teori tvilsomt at denne utvidelsen av kollektiv dominans vil komme¹¹⁶. Etter Førsteinstansretten sitt syn, kan denne forståelsen av begrepet ikke strekkes lenger.

Utgangspunktet i *Airtours*-dommen hva gjelder ”koordinerende atferd” presiseres for så vidt også i Retningslinjene pkt 87, hvor det vises til utviklingen av tilgangsdirektivet og den parallelle utvikling i rettspraksis på dette tidspunkt. Det slås fast at kollektiv dominans oppstår hvor de aktuelle selskaper har en posisjon vis-à-vis deres kunder og konkurrenter som eliminerer den effektive konkurransen mellom dem. Det presiseres også her at det tidligere krav til aktuelle strukturelle eller økonomiske relasjoner ikke lenger er en nødvendighet for å konstatere kollektiv dominans¹¹⁷.

I utgangspunktet skal den nasjonale reguleringsmyndighet i den sektor spesifikke vurderingen av § 4-1 jfr. § 3-1 vurdere markedet med tanke på tilgangsforsiktelser i et ex-

¹¹⁵ Se *Wish* s 538

¹¹⁶ Se *Wish* s 537

¹¹⁷ Se Retningslinjene pkt 87

ante utgangspunkt¹¹⁸. Allikevel vil denne fremgangsmåten være begrenset med tanke på vurderingen av kollektiv dominans i henhold til ekomlovens § 3-1. Dette fordi det blir vanskelig å tilstrekkelig kunne bevise i en fremtidsrettet analyse at koordineringer av markedsstrategi faktisk vil finne sted mellom aktørene i fremtiden.

Det er i Airtours-dommen i denne sammenheng satt en streng bevismessig standard for inngrep, hvor myndighetene må vise til tilstrekkelige bevis (convincing evidence thereof)¹¹⁹ ved slike fremtidsrettede vurderinger. Utgangspunktet vil da være at kollektiv dominans i henhold til § 3-1 må være basert på situasjonen i markedet slik den er ved analysetidspunktet¹²⁰.

4.6.1 Kriterier for kollektiv dominans

Det oppstilles særlig 3 vilkår i Airtours-dommen som må være oppfylt for å konstatere kollektiv dominans på markedet¹²¹. Dommen ble for øvrig avsagt av Førsteinstansretten den 6.6.2002, altså like før retningslinjene ble publisert 11.7.2002, og det er uklart i hvilken grad dommen vil innvirke på utviklingen av Retningslinjene fra Kommisjonen, og praktiseringen under ekomloven.

For det første er det et krav til gjennomsiktede markeder (market transparency), slik at foretakene er i stand til å koordinere sine handlinger. Samtidig må det være mulig for hver aktør på grunnlag av strukturen i markedet, presist og raskt på en tilfredsstillende måte ha en fullstendig oversikt hvorledes og om de andre aktører overholder de samme markedsstrategier. Norge er en av de land som har høyest markedskonsentrasjon i Europa, og med bare to landsdekkende nettverksoperatører ligger forholdene til rette for en

¹¹⁸ Se tidligere forklaring av denne forskjell over, se også Ot.prp. nr. 58. s 98 kommentarer til kap.3 sterk markedsstilling, samt s 32 om lovforslaget boks 5.2. Ex ante vs Ex post.

¹¹⁹ Se Sak T- 342/99 [2002] ECR II-2585 para 63.

¹²⁰ Se Paul Nihaul , avsnitt 3.363.

¹²¹ Se Sak T-342/99 [2002] ECR II-2585 para 62, min egen utheving og oversettelse.

situasjon med kollektiv dominans. En oversikt over pris og andre vilkår finnes i dag for aktører gjennom offentlignettforskriften §§ 3-3, 3-5, og 4-3, dette fører til en relativ enkel informasjonstilgang som er nødvendig for en koordinert atferd i det relevante marked. Offentliggjøring av standardavtaler og standardvilkår vil også kunne bli en del av reguleringen gjennom ekomloven jfr. §§ 4-6 og 4-9. Tilgang til slik informasjon medfører at aktørene i svært stor grad har tilgang på relevante opplysninger, som gjør det enklere for disse å få oversikt over andre aktørers handlinger i markedet.

For det andre må det stilltiende samarbeidet være av en varende karakter over tid, og det må være tilstrekkelige sanksjonsmekanismer som sikrer at aktørene ikke forlater den langsiktige markedsstrategi (sufficient retaliatory mechanisms).

For det tredje må resultatene av samarbeidet ikke kunne trues av reaksjoner fra konkurrenter, kunder eller til slutt forbrukere. I motsatt fall vil ikke foretaket oppfylle kravet om ”i stor grad” å kunne opptre uavhengig.

Når det gjelder vilkår 1 og 2 i dommen, så omhandler disse de viktigste krav som domstolen finner nødvendig for at man skal kunne konstatere en kollektiv selskapsform i det aktuelle markedet. Hva gjelder det siste alternativet regulerer dette i mindre grad selve vilkårene for at det skal kunne foreligge et kollektivt selskap, men sier mer om selve markedssituasjonen som må foreligge, nemlig muligheten for to eller flere aktører til å kunne etablere en ensartet atferd som medfører et hinder av effektiv konkurranse i et definert marked. Sammen med de vurderingskriterier som finnes i vedlegg II i Rammedirektivet, forøvrig de samme momenter som er opplistet i Retningslinjene i pkt. 97, utgjør disse de nødvendige elementer for å konstatere en eventuell kollektiv dominans. Det kan være fordelaktig å foreta en inndeling av de kriterier som er opplistet i retningslinjene pkt. 97, slik at de følger en lignende organisering som Airtours-dommen oppstiller i sine 3 kriterier¹²². Det bemerkes at kriteriene ikke er uttømmende eller kumulative, og andre kriterier kan tas i betraktning så lenge de er i stand til å kaste lys over vurderingen om et selskap er i stand til å ha en koordinerende atferd.

¹²² Se Paul Nihaul, avsnitt 3.347

Slik det bemerkes over må analysen av kollektiv dominans ta utgangspunkt i markedet slik dette fremstår i dag. Spørsmålet er om informasjonstilgang og markedsstruktur i disse markeder gir incitament til eller reduserer en effektiv konkurranse mellom aktørene slik at de i stedet inntar en felles og strategisk markedsatferd. I vedlegg 1 marked 15, konkluderer PT med at en strategisk atferd mellom de to største aktører er lite sannsynlig. Selv om forhold som høye etableringshindringer, liten eller fraværende potensiell konkurranse, liten markedsstyrke på etterspørselssiden og høy markedskonsentrasjon taler for at det ligger til rette for stilltiende samarbeid, uttaler PT at disse to aktører ”trolig har større incitament til å konkurrere mot hverandre på pris og å posisjonere seg i markedet enn til stilltiende samarbeid, både for sluttbruker- og grossistnivå”¹²³. En inngående begrunnelse for dette blir ikke gitt, men en usikkerhet vedrørende konkrete holdepunkter og tilstrekkelig dokumentasjon i henhold til den rekvirerte standard påpekt ovenfor må være den avgjørende grunn for konklusjonen.

Slik markedet allikevel er tenkt utviklet i medhold av regulering etter ekomloven og en indikasjon på posisjonering og konsolidering i markedet, må situasjonen allikevel revurderes gjevnlig. Konkurransetilsynet har pr. 31.10.05 vurdert foretakssammenslutningen mellom Telia Sonera AB og Vøllvik gruppen AS av 05.08.05 i medhold av konkurranseloven § 16, hvorav de skal gripe inn mot slik sammenslutning dersom tilsynet finner at denne vil kunne begrense konkurransen i strid med lovens formål, blant annet å hindre en effektiv bruk av samfunnets ressurser, tilsvarende formålet i ekomloven.

Konkurransetilsynet påpeker i sin vurdering at sammenslutningen vil føre til at store deler av origineringen av samtaler i Telenors nettverk vil overføres til Netcom. Dette vil kunne føre til at nettverkskonkurransen mellom de to aktører vil bli mer jevnbyrdig. Betydningen av sammenslåingen i forhold til kollektiv dominans vil eventuelt være den konsolidering som finner sted i sluttbrukermarkedet, hvor markedsandeler hos Telia Sonera vil øke fra 27 til 35 %, mot Telenor sine 56 %¹²⁴, samtidig som dette markedet mister en selvstendig og konkurransedyktig aktør. Konkurransetilsynet konkluderer med at konkurransen fra

¹²³ Se PTs vedlegg 1 marked 15(13.des 2005) pkt 415.

¹²⁴ Se konkurransetilsynet vedtak av 31.10.05.

etablerte eller mulige MVNO-aktører vil begrense muligheter og incitamenter for stilltiende samarbeid i sluttbrukermarkedet, samtidig som positive ervervsspesifikke effektivitetsgevinster vil øke konkurransen mellom de to landsdekkende nettverksaktører. Selv om konsolideringen vil føre til både positive og negative sider for konkurransen spesielt i sluttbrukermarkedet, konkluderer tilsynet med at usikkerheten rundt den samlede effekt er stor nok til at tilsynet ikke vil gripe inn.

Denne situasjonen vil kunne endre seg over tid. Spesielt signaler om en omstrukturering av det mobile nettverk slik vi ser det i dag, mot en mer flat nettverksstruktur som man anser som "ett nettverk" vil kunne få betydning for vurderingen av kollektiv dominans i fremtiden. Spesielt blir forholdene gunstig for stilltiende samarbeid om flere posisjonerings prosjekter iverksettes, og flere "lavprisselskaper" kjøpes og inkluderes som et segment hos de store aktører.

5 ”Nødvendig tilgang” i henhold til § 4-1 2.ledd

Foruten et hovedvilkår om ”sterk markedsstilling” ved anmodning om tilgang etter ekomlovens § 4-1 1.ledd, er det ett vilkår at en slik anmodning er ”rimelig”. For å avgjøre om en anmodning om tilgang er rimelig, må det foretas en vurdering av de opplistede vilkår i § 4-1 2.ledd siste pkt, som igjen vil legge grunnlaget for avveiningen i § 4-1 2.ledd 1.pkt, vedrørende ”tilbyders interesser i å benytte egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang som er nødvendig for å kunne tilby konkurrerende tjenester”.

Denne interesseavveiningen forutsetter allikevel at man faktisk først har vurdert behovet for å gi andre tilgang. Det er derfor oppstilt en objektiv ”nødvendighetsvurdering” i § 4-1 2.ledd, hvor man skal vurdere om det ”i lys av markedsutviklingen er teknisk og bedriftsøkonomisk mulig å anlegge eller bruke konkurrerende infrastruktur”.

Fremgangsmåten for å vurdere om en anmodning er rimelig etter 1.ledd, er derfor først å foreta den objektive nødvendighetsvurdering etter § 4-1 2.ledd 2.pkt, for således å vurdere på hvilke grunnlag det eventuelt vil være rimelig å gi tilgang til disse etter 1.pkt.

5.1 Markedsutviklingen

Problemstillingen i § 4-1 2 ledd er når det i lys av markedsutviklingen må anses ”nødvendig” å gi tilgang til mobilnettverket, på bakgrunn av reelle muligheter i å anlegge eller bruke konkurrerende mobilnettverk i et teknisk og bedriftsøkonomisk utgangspunkt. Av vesentlig betydning med hensyn til markedsutviklingen generelt, slik det kan oppsummeres fra forrige avsnitt, er at det pr. i dag er få aktører som er representert med eget produksjonsnett, og hvor det er antatt at nye aktører vil måtte ha tilgang til betydelig kapital for å kunne dekke de kostnader som er forbundet med etablering i markedet. Om man ser på utviklingen og liberaliseringen som er gjennomført i andre land, og tar de

norske topografiske og andre særegne forhold i betraktning, er det lite trolig at Norge vil kunne få et stort antall tilbydere med egen infrastruktur som vil kunne være lønnsomme over tid i dette markedet. Det store antallet konkurser i sektoren, og den konjunkturedgangen man har sett i perioden etter 1998 underbygger dette. Som det presiseres i kapittel fire, er mye av årsaken til dette de store kostnader som påløper ved etablering i et marked med få og store tilbydere, som i stor grad er preget av vesentlige stordriftsfordeler, og som igjen fører til en lav virksom konkurranse i en markedsstruktur som kan karakteriseres som oligopolestisk, og i noen nettfragmenter duopolistisk¹²⁵. I lys av markedsforholdene er det derfor lite sannsynlig at nye aktører vil kunne utbygge landsdekkende nettverk på private initiativ, uten en viss form for assistanse i innledende etableringsfase. I forarbeidene presiserer også departementet at det skal være en mulighet for etablering av flere større aktører enn det som er tilfellet i dag. Reguleringen av tilgangsfpliktelser skal i så henseende fortsatt være et mulig virkemiddel for å bidra til at det skal kunne etablere seg nye aktører i markedet for å øke konkurransen. Det er antatt at en grunnleggende forutsetning for etablering av konkurrerende nettverk, er tilgang til de oppstrømsbaserte nettverk, slik at man kan tilby sine tjenester i sluttbrukermarkedet

5.2 Tekniske og bedriftsøkonomiske muligheter for å anlegge konkurrerende nettverk

Tilgang til andres fasiliteter bør bare pålegges i den grad det er nødvendig, og § 4-1 2.ledd 2 pkt. presiserer i denne sammenheng at man skal foreta en objektiv vurdering av de tekniske og økonomiske muligheter for å anlegge konkurrerende mobilnettverk. Det nærmere innhold i denne vurderingen er ikke videre utredet i forarbeidene og det er derfor nødvendig å se nærmere på hvordan man har løst denne problemstillingen i konkurranseretten.

¹²⁵ Se Ot.prp. nr. 58 Kap.2 og 3. s 19, 23, 26. for en gjennomgang av Oligopol og deres innvirkning på virksom konkurranse for øvrig, se Wish kap.14 s 506-513.

EF-domstolen har behandlet aktuelle vurderingselementer for ”muligheter til å anlegge eller bruke konkurrerende nettverk”, under spørsmålet om leveringsforpliktelser i Roma traktatens art 82 b, c jfr. EØS-avtalens § 54 b, c.

Art 82 b) Et dominerende foretak i oppstrøms markedet forbys å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukere. Art 82 c) Et dominerende foretak i oppstrøms markedet forbys å anvende ovenfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen.

Når det gjelder leveringsnektelser er utgangspunktet Commercial Solvents saken¹²⁶, som har utviklet læren som i teorien omtales som; ”The Commercial Solvents Doctrine”. Denne doktrinen omhandler leveringsnektelser av eksisterende kunder i et nedstrøms marked, og hvor man gjennom slike nektelser oppnår en eliminasjon av all nedstrøms konkurranse. I Commercial Solvents-saken¹²⁷, kommer retten til at

an undertaking which has a dominant position in the market in raw materials and which, with the object of reserving such raw materials for manufacturing its own derivatives, refuses to supply a customer, which is itself a manufacturer of these derivatives, and therefore risks eliminating all competition on the part of this customer, is abusing its dominant position within the meaning of art 86 (nå art 82).

Med utgangspunkt i EFDs avgjørelse i Commercial solvents, er det utviklet en doktrine om ”nødvendige fasiliteter”, hvorav den ledende saken i Kommissjonen er Stena Sealink-saken¹²⁸. Dette var en ”interim measure” sak, men har allikevel statuert et rettslig utgangspunkt i tilnærmede saker. Saken omhandlet en dominerende aktørs forpliktelse til å gi tilgang til en fasilitet, for slik å åpne for konkurrerende tjenester i et tilhørende marked. Kommissjonen¹²⁹ forklarte at denne tilgangplikten kom til betraktning der en fasilitet var å anse som essensiell hvor;

¹²⁶ Se Sak, 6/73 & 7/73 Commercial Solvents Corp v. Commission

¹²⁷ Se Sak, 6/73 & 7/73 Commercial Solvents Corp v. Commission, pkt. 25

¹²⁸ Se Sak, EC 94/19, Sea Containers v. Stena Sealink

¹²⁹ Se L 15/8, pkt. 66

The owner of an essential facility which uses its power in one market in order to protect or strengthen its position in another related market, in particular, by refusing to grant access on less favourable terms than those of its own services, and thus imposing a competitive disadvantage on its competitor, infringes Art.82.

Selve signalene fra denne avgjørelsen, gjelder de vilkårene som må være tilstede for at en forpliktelse til å levere, eller gi tilgang til, skal bli aktuelle. I Sealink-saken, fastslås det 2 vilkår i denne anledning;

1. Det skal gis tilgang der hvor det antas at fasiliteten er essensiell. Det vil si der hvor konkurrentens tjenester ikke kan leveres i et tilhørende marked uten tilgang til oppstrøms fasilitet.
2. Utviklingen av et tilhørende marked, ”ancillary market”, for tjenester levert ved hjelp av gjeldende infrastruktur, vil stagnere dersom slik tilgang ikke gis.

Den videre anvendelse av ovenstående prinsipper i den sektor spesifikke reguleringen, kommer godt frem dersom man sammenligner disse med de aktuelle vilkår som presiseres nærmere i 1998 Competition Guidelines¹³⁰, hvor posisjonen vedrørende essensialitet og tilgang presiseres ved at;

1. Tilgang til fasiliteten er essensiell for å kunne tilby tjenester i et tilhørende marked.
2. Det er tilstrekkelig kapasitet til å kunne tilby tilgang.
3. Eier av fasiliteten er ikke i stand til å møte etterspørselen i det eksisterende produkt eller tjenestemarked, og således stagnerer utviklingen av nye produkt og tjenester, eller vrir konkurransen i disse markeder.
4. Anmoder er villig til å betale en rimelig og ikke-diskriminerende pris for tilgangen, samt godta de ikke-diskriminerende vilkår for tilgang.
5. Det finnes ikke objektive grunnlag for å nekte tilgang

¹³⁰ Se 1998 Competition Guidelines, pkt. 91, 89.

I den objektive vurderingen av de ”tekniske og økonomiske muligheter for å anlegge konkurrerende mobilnettverk” i henhold til § 4-1 2.ledd 2.pkt, er det vilkåret om ”essensialitet” i de ovenstående prinsipper som vil få størst betydning. Under Sealink-saken var det en forutsetning for ”essensialitet” at det ikke fantes et mulig alternativ til fasiliteten, og at den på dette grunnlag var å anse som en essensiell. I Retningslinjene utvides dette med vilkårene om kapasitet og etterspørselsbehov.

Et godt utgangspunkt for en videre analyse av disse vilkår, er de standpunkt EF-domstolen kommer frem til i den såkalte Oscar Bronner saken¹³¹. Bronner fremmet krav om tilgang til en distribusjonskanal på grunnlag av ”The Essential Facilities Doctrine”, ved at eier av denne hadde plikt til å gi anmoder tilgang til denne på vanlige markedsvilkår. Det bemerkes at saken i henhold til ovenstående prinsipper gjaldt en aktør som var tilstede i to markeder (publikasjon og distribusjon), og hvor anmoder var tilstede i ett av disse.

Anmoder argumenterte for en tilgangsförpliktelse basert på at nettverket var essensielt for å kunne tilby tjeneste i et tilhørende marked. EF-domstolen forankrer ikke sine synspunkter under en applikasjon av doktrinen om nødvendige fasiliteter, men benytter seg av gjeldende traktattekster og egen rettspraksis.

Dommen viderefører forøvrig de synspunkter som ble konstatert i de lavere rettsinstanser, gjennom Sealink-saken og Tiercé Ladbroke-saken¹³², og oppsummerer disse slik¹³³;

It is clear from the above rulings that a dominant undertaking commits an abuse where, without justification, it cuts off supplies of goods or services to an existing customer or eliminates competition on a related market by tying separate goods and services. However, it also seems that an abuse may consist in mere refusal to license where that prevents a new product from coming on a neighboring market in competition with the dominant undertaking's own product on that market.

¹³¹ Se Sak, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co.KG

¹³² Se Sak T-504/93 Tiercé Ladbroke

¹³³ Se rådgivende uttalelse sak C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co.KG, pkt 43.

Det er først i vurderingen om hvilke fasiliteter som skal anses som ”indispensable”, hvor retten har begrenset doktrinenes anvendelse, ved å redusere anmoderens rettslige krav på tilgang til essensielle fasiliteter.

I Bronner-saken argumenterte anmoder at en fasilitet, og mulighet for duplisere en slik fasilitet, måtte basere seg på de forutsetninger som lå til anmoderens posisjon i markedet. Dette argumentet ble avvist, og det konstateres at konkurransereglene ikke er til for å beskytte konkurrenter og deres konkurransesituasjon seg imellom, men er til for å beskytte selve konkurransen i markedet. Dommen fastsetter at tilgangsforpliktelser kun skal vurderes hvor;

In order to demonstrate that the criterion of such a system is not a realistic potential alternative and that access to the existing system is therefore indispensable, it is not to argue that it is not economically viable by reason of the small circulation of the daily newspaper or newspapers to be distributed. For such an access to be capable of being regarded as indispensable, it would be necessary at the very least to establish that it is not economically viable to create a second home-delivery scheme for the distribution of daily newspapers with a circulation comparable to that of the daily newspapers distributed by the existing scheme¹³⁴.

EF-domstolen slår med dette fast at utgangspunktet for vurderingen om det er mulig å duplisere den aktuelle fasilitet, skal basere seg på den finansielle situasjon og omsetning til det kontrollerende selskap, og ikke anmoderens finansielle situasjon i det tilhørende marked.

Dette vilkåret har blitt kritisert hva det gjelder markedet for elektronisk kommunikasjon, fordi anvendelsen av doktrinen med et slikt utgangspunkt reduserer utgangspunktet for gjennomføringen av den liberalisering som skal gjennomføres i dette markedet¹³⁵. Det er presisert over at markedet er betegnet med sterk vertikal integrering og store stordriftsfordeler. Det er få aktører og store ”entry costs” i dette markedet. Dersom man tar et utgangspunkt i omsetningen til en kvasi monopolist i dette markedet, vil nye aktører ved anmodning om tilgang til eksisterende fasiliteter, stå ovenfor en ny og potensielt større

¹³⁴ Se Sak C-7/97 Bronner v Mediaprint

¹³⁵ Se Nihoul og Redford s 482, pkt 4.358

”etableringshindring”, og således et regulatorisk vilkår som strider mot formålet med liberalisering og åpning av dette markedet, slik at man får en samfunnsmessig effektiv utnyttelse av de gjeldende ressurser. En modifikasjon av ovenstående kan utledes av AG Jacobs i sin rådgivende uttalelse¹³⁶ hvor han presiserer at;

It seems to me that intervention of that kind, whether understood as an application of the essential facilities doctrine or, more traditionally, as a response to a refusal to supply goods or services, can be justified in terms of competition policy only in cases in which the dominant undertaking has a genuine stranglehold on the related market. That might be the case for example where duplication of the facility is impossible or extremely difficult owing to physical, geographical or legal constraints or is highly undesirable for reasons public policy. It is not sufficient that the undertaking’s control over a facility should give it a competitive advantage. The test.... must be an objective one:..... in order for a refusal of access to amount to an abuse, it must be extremely difficult not merely for the undertaking demanding access but for any other undertaking to compete. Thus, if the cost of duplicating the facility alone is the barrier to entry, it must be such as to deter any prudent undertaking from entering the market

Implikasjonen ad ovenstående, må være at forpliktelser i forbindelse med hva som regnes for “indispensable”, vil innebære hva et normalt effektivt selskap vil kunne være i stand til, når det gjelder mulighetene for duplikasjon av fasiliteter. Når det gjelder vilkåret i § 4-1 2.ledd 2.pkt og vurdering av de tekniske og økonomiske muligheter for å anlegge konkurrerende mobilnettverk, vil Bronner-sakens rammer om ”absolutt-nødvendighet” være retningsgivende. I det tilfellet hvor det ikke objektivt sett er rentabelt økonomisk å duplisere en fasilitet, vil den gjeldende konkurransen i det oppstrømsbaserte markedet ikke være særlig truet. Man antar derfor at incentiver for utbedring og innovasjon til dels er lavere. Dersom man etablerer en tilgangsforsikning hvor monopolet i mindre grad er truet, vil man ytterligere redusere slik økonomisk aktivitet i nettverket. Således vil man også i slike tilfeller stå ovenfor visse samfunnsmessige effektivitetstap. Det er allikevel grunn til å anta at dette effektivitetstapet ikke er like stort som tilfellet der fasiliteten er duplisert, fordi incentivene allerede ligger på et lavere nivå. Konklusjonen i Bronner-saken vedrørende den absolutte nødvendighet, vil da ut ifra ovenstående betraktninger forsvare

¹³⁶ Se rådgivende uttalelse AG.Jacobs, Case c-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co.KG, para 66

seg i situasjoner hvor det ikke antas at fasiliteten er dupliserbar. En reservasjon i forhold til konkurranseretten må allikevel bemerkes, og det er at ERGs/PTs virkemiddeldokument har fastslått prinsippet om "ladder of investment". Tilgangsspørsmålet skal her avgjøres på bakgrunn av ovenstående betraktninger, hvor fasiliteter vanskelig lar seg duplisere, men der det er antatt at dette kan oppnås over tid¹³⁷.

5.3 Bruk av konkurrerende nettverk

Slik markedet for mobiltelefoni har utviklet seg i liberaliseringsprosessen, er det fortsatt en absolutt nødvendighet at markedsaktører oppretter kontraktsmessige og fysiske forbindelser seg imellom for at konkurransen skal fungere optimalt. En ny aktør på markedet er avhengig av en betydelig kundemasse ikke minst for å kunne konkurrere, men også for å ha reelle muligheter for å etablere sin egen infrastruktur. For å opparbeide seg en slik kundemasse er det en forutsetning på bakgrunn av de ovenstående markedsforhold at denne får tilgang til etablerte nettverk. Post og Teletilsynet hevder i sitt utkast til vedtak i marked 15 at en reell eller potensiell tilgangsnektelse er an av de mest alvorlige konkurranseproblemer i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. En slik tilgangsnektelse vil direkte kunne hindre konkurrenter å komme inn i markedet eller tvinge allerede etablerte aktører ut. Videre hevder PT at også delvis nektelser gjennom annen indirekte diskriminering vil kunne forringe kvalitet eller kostnader for andre, samt føre til et kunstig vern for tjenesteleverandørens egen virksomhet i sluttbrukermarkedet¹³⁸. Som konsekvens av dette har Post og Teletilsynet i varsel om vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 15, kommet frem til at reguleringen i dette markedet skal ta utgangspunkt i prinsipp 3, som presiserer at formålsbetraktninger i tilgangsvurderingen må

¹³⁷ Se Kap. Om minimumsregulering og prinsippet om "ladder of investment".

¹³⁸ Se Post og Teletilsynets, Varsel om vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 15, pkt. 29-31.

basere seg på at markedet skal tilføyes ny infrastruktur på sikt. Dette vil være en styrende faktor for videre drøftelser.

Det må være en grunn til at en aktør som har som mål å tjene penger nekter å kontrahere med en aktør som er villig til å betale for denne. Når det gjelder tilgang til infrastrukturen ”eller bruk av konkurrerende infrastruktur” i mobilnettverket med mål om å tilføye ytterligere infrastruktur på sikt, er det forutsatt at tilgang bare skal pålegges aktører med sterk markedsstilling. Dette fordi det er antatt at bare aktører med sterk markedsstilling kan begrense målet om bærekraftig konkurranse, og fordi disse i særlig grad har optimale muligheter for og incitamenter til å begrense, uthale eller kontrahere på diskriminerende og urimelige vilkår for å begrense konkurransen. Dominerende aktørers rettslige forpliktelser for å inngå eller endre avtale om tilgang i nettverksmarkedet er derfor essensielt for å skape eller vedlikeholde konkurransen i markedet. I den forbindelse er det forutsatt en reke forholdsmessighetskriterier i § 4-1 2.ledd siste pkt, som må vurderes for å foreta den videre interesseavveining av ”tilbyders interesser i å benytte egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang som er nødvendig for å kunne tilby konkurrerende tjenester” i § 4-1 2.ledd 1.pkt.

6 Vurderingselementer i § 4-1 2.ledd siste pkt¹³⁹

Ekomloven har oppstilt ulike vurderingselementer i § 4-1 2.ledd siste pkt for når tilgang til nettverksfasiliteter kan være forholdsmessig, sett i relasjon til hvilke samfunnsmessige fordeler pålegget om tilgang skal ivareta¹⁴⁰.

Følgende vurderingselementer skal komme i betraktning om en anmodning er rimelig, listen er ikke uttømmende.

1. tilgjengelig kapasitet
2. tilbyders investeringer i forhold til risikoen investeringene har vært forbundet med
3. bærekraftig konkurranse
4. behov for å ivareta nettets integritet
5. immaterielle rettigheter
6. etablering av felles-europeiske tjenester.

I de påfølgende vil de hensyn som er mest hensiktsmessig for vurderingen av om tilgang er rimelig i forhold til marked 15 behandles. Disse vurderes som selvstendig vilkår i henhold til ekomloven og dens formål, samt etablerte felleseuropeisk synspunkt på området¹⁴¹. Ved vedtak fattet i medhold av § 4-1, vil de ulike hensyn måtte avveies opp mot hverandre og en helhetlig vurdering foretas for å avgjøre grunnlaget for hva som må anses for å være en rimelig anmodning om tilgang i henhold til bestemmelsen.

Hva gjelder punkt 4. nettets integritet, innebærer dette et spørsmål om sikkerheten i nettverket ved tilbud av mobile telekommunikasjonstjenester. Det er pr. i dag ingen

¹³⁹ Ot.prp. nr. 58 karakteriserer siste pkt i § 4-1 2.ledd som "retningslinjer for myndighetenes vurdering av om et pålegg er forholdsmessig sett i relasjon til hvilke politiske formål pålegget skal ivareta.

¹⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 58, til Kap 4 tilgang mv. s 101, se også ovenfor under kap. 2.2.

¹⁴¹ Dette gjelder da rettspraksis fra EF-domstolen, EFTA, samt synspunkter som kommer frem i juridisk teori og gjennom fortaler til "the new regulatory package" med tilhørende anbefalinger. NPT forutsetter i sitt arbeid også en bruk av dokumenter fra ERG og OFTEL, disse vil også få sin plass i disse vurderinger hvor det blir aktuelt.

spesifikke sikkerhetsregler utover det som gjør seg gjeldende i lovens kap. 2, hva gjelder tillatelser til etablering og drift i det mobile telekommunikasjonsmarked. Det presiseres i forarbeidene at alle elektroniske kommunikasjonsnett og tjenester skal kunne tilbys uten individuell tillatelse. Spesifikke bruksrettigheter i form av individuelle tillatelser skal begrenses til å omfatte frekvenstillatelser og nummer innenfor nasjonal nummerplan¹⁴². Inntil det ved forskrift vedtas egne regler for etablering og drift hva gjelder sikkerhetsspørsmål utover lovens kap. 2, som vil kunne få konsekvenser i vurderingen for om det bør gis tilgang til mobile telekommunikasjonsnettverk, avgrenses behandlingen av tilgang opp mot dette vilkåret.

Når det gjelder punkt 6. etablering av felles-europeiske tjenester, er det et sentralt moment at det finnes en rask og rimelig tilgang til elektronisk kommunikasjonstjenester for utviklingen av den europeiske økonomien. I forarbeidene presiseres det at tilgang til fremtidsrettede og rimelige kommunikasjonstjenester for næringsliv, offentlig forvaltning og forbrukere er viktig for å kunne realisere regjeringens målsetning i ”e-norge 2005” om at Norge skal bli et ledende land i informasjons- og kunnskapsøkonomien¹⁴³. Disse formålene understrekes også av sterke felles europeiske holdninger i OECD om slike felles målsetninger i utviklingen av denne sektoren.

I denne forbindelse har Rammedirektivets art. 8 spesielt fremhevet felles europeiske hensyn som må vektlegges ved en sektor spesifikk regulering. Særlig Rammedirektivets art. 8. 3. b, fremhever et ønske om ”the establishment and development of trans-European networks and the interoperability of pan-European services, and end-to-end connectivity”. I forarbeidenes kommentarer til § 1-1, presiseres det at man skal legge til rette for en effektiv bruk av samfunnets ressurser i denne sektoren, blant annet ved etablering av ”gode tjenester”. Dette fremheves for å være tjenester ”hvor brukerne kan kommunisere med brukere over landets grenser, og hvor det er formålstjenelig å etablere og utvikle harmoniserte regler for elektronisk kommunikasjon innenfor det europeiske økonomiske

¹⁴² Se Ot.prp. nr. 58 s 36.

¹⁴³ Ibid s 24.

felleskapet, samt i regi av verdens handelsorganisasjon WTO¹⁴⁴. Det er således et overordnet formål om en harmonert og lik regulering i denne sektoren for å skape en forutberegnelighet for aktører og forbrukere uavhengig av hvilket land de opererer i. Den generelle tilgangsbestemmelsen i § 4-1 er et ledd i denne felles europeiske målsetningen, og en del av verktøyet for å oppnå de hensyn som er nedfelt i formålsbestemmelsen § 1-1, og som nettopp tar hensyn til de nærmere presiserte formål i Rammedirektivet art. 8. Forøvrig vil disse målsetninger bli belyst i tilstrekkelig grad gjennom den påfølgende utredning av de øvrige kriterier i § 4-1 2.ledd siste pkt og det avgrenses derfor mot en særskilt behandling av dette vilkåret.

6.1 Konkurransen og kapasitetsbegrensninger

I vurderingen om tilgang skal gis til en fasilitet skal netteiers interesse i å disponere fasiliteten vurderes opp mot det som er nødvendig for å sikre konkurrerende tjenester. I denne interesseavveiningen skal det spesielt tas hensyn til den tilgjengelige kapasitet som er i nettet jf. § 4-1.2 ledd, siste pkt.

Sentrale spørsmål vil derfor være 1. I hvilken grad nettverkskapasitet vil være avgjørende for tilgang, og 2. I hvilken grad nettverkskapasitet vil påvirke tilgangsreguleringen og formålet om en effektiv regulering slik dette formuleres i § 1-1.

6.1.1 Nettverkskapasitet og effektiv regulering

En vurdering av effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser og bærekraftig konkurranse må vurderes på bakgrunn av muligheter til å duplisere de aktuelle mobilnett eller ikke. Utgangspunktet er at duplisering av mobilnettet antas å oppnås over tid. I medhold av

¹⁴⁴ Ibid s 83-84.

denne målsetningen, vil regulering innebære en avveining av flere forhold. Ett av de viktigste er bærekraftig konkurranse som kommenteres innledningsvis. Videre vil det være sentralt at en økning i tjenestekonkurranse ikke skal svekke nettverkskonkurransen på sikt.

Enhver bedrift vil stå ovenfor kapasitetsbegrensninger, også en dominerende aktør vil kunne møte en kapasitetsbegrensning i sitt nettverk. En profittmaksimerende aktør som søker maksimal utnyttelse av tilgjengelig kapasitet i sitt nettverk vil øke produksjonen så lenge maksimalprisen dekker grensekostnaden. Dersom man antar at den dominerende aktør står ved et skille for en eventuell utvidelse, må man anta at denne utvider så lenge maksimalprisen dekker bedriftens langtids grensekostnad. Spørsmålet er om den dominerende aktør er villig til å utvide sin kapasitet dersom han blir pålagt å dele den utvidede kapasitet som følge av regulering, og eventuelt om dette fører til tap i investeringsincentiver som overgår fordelene av kortsiktig konkurranse i tjenestemarkedet.

6.1.1.1 Tilgjengelig kapasitet

Som presisert over står en effektiv bruk av tilgjengelig ressurser sentralt. Dersom det ikke foreligger tilstrekkelige nettverk for en bærekraftig konkurranse i oppstrøms og nedstrømsmarkedet, er spørsmålet hvordan man skal fastsette bruken av disse slik at man kan etablere en ønsket konkurransesituasjon som beveger sektoren mot målet ”bærekraftig konkurranse”. Når det gjelder forholdet til aktuell kapasitet i dette nettverket, står man ovenfor to situasjoner, tilgjengelig kapasitet og begrenset kapasitet.

I ekomloven vil vurderingen av kapasitet på kort sikt, være avgrenset til de markeder hvor det er forhåndsdefinert kontraktmessig salg. Grunnen er at i telemarkedet vil kapasitetsbegrensninger forplante seg som en kø trafikk, og hvor det i tilfelle ved stor pågang i nettet vil være en risiko for linjebrydd. Slike kapasitetsproblemer vil på kort sikt kunne løse seg selv i form av en forbigående trengsel. Mens kapasitetsproblemer på lang

sikt, fordrer riktige investeringer av netteier over tid, i riktig teknologi og løsninger, slik at kapasiteten er i henhold til den etterspørsel som er i markedet.

Slik det presiseres innledningsvis er selskapers investeringsvilje en sentral del av vurderingen for effektiv bruk av markedets ressurser, der man har som mål at duplisering av mobilnettet skal oppnås over tid. Slike investeringer bærer med seg vesentlige kostnader i ekomsektoren, og netteier vil naturligvis ønske en avkastning av sine investeringer. Spørsmålet vedrørende netteiers vilje til å investere, kan sees i sammenheng med den reguleringsrisiko dette fører med seg. Man antar at incentiver til å forbedre eller utarbeide ytterligere kapasitet begrenser seg i sektorer hvor disse utvidelser er gjenstand for fremtidig regulering i form av en essensiell fasilitet¹⁴⁵.

Det er allikevel vanskelig å forutsi effekten av fremtidig regulering og resultatet av dette for investeringsincentiver og innovasjon i markedet. Enhver bedrift vil på grunnlag av den begrensede informasjon han har om fremtidige produksjonstekniske eller etterspørselsrelaterte forhold foreta en egen vurdering for investering. Ytterligere utenforstående faktorer basert på regulering, og påfølgende forpliktelser, vil kunne redusere investeringsincentiver og innovasjon i markedet. Et motargument for reduserte investeringsincentiver basert på reguleringsforpliktelser, er den innsikt netteier kan få vedrørende den fremtidige reguleringsinnhold og valg av virkemidler, samt regulators signaler om prisreguleringer i markedet. Man kan i prinsippet gi netteier sterke signaler på hvilke reguleringsplaner man kan forvente seg i markedet gjennom den konsultasjonsprosedyren som følger av ekomlovens § 9-2, og på den måten til en viss grad redusere usikkerheten for fremtidige investeringer.

¹⁴⁵ Se Falch s.188

6.1.1.2 Begrenset kapasitet

Når det gjelder et nettverk med begrenset kapasitet oppstår det en fordelings problematikk som får betydning for hvordan man eventuelt skal fastsette reguleringen slik at man kan oppnå en bærekraftig konkurranse. I denne vurderingen må man se på de eventuelle konkurranseproblemer som følger av et marked med dominerende aktører. Når det gjelder kapasitet så kan dette utgjøre et etableringshinder i markedet som hindrer nye aktører i å etablere seg og således utgjør et nødvendig påtrykk for effektiv konkurranse i markedet. Man må derfor vurdere om man ønsker å gi tilgang til nettverket og frekvensressurser kontrollert av andre for å gi nye aktører mulighet til å etablere seg i markedet, slik at disse med tiden skal kunne investere i egne nettverk.

Forarbeidene til ekomloven § 4-1 2.ledd, forutsetter at tilgangsforsiktelser ”må balansere netteiers rett til å utnytte sin infrastruktur til egen fordel og den retten andre tilbydere eventuelt anses å ha til fasiliteter som er essensielle for at de skal være i stand til å tilby konkurrerende tjenester”¹⁴⁶. Netteier må på denne bakgrunn godtgjøre at han ikke er i stand til å levere på grunn av en slik begrenset kapasitet i nettet, og hvor han på dette grunnlag skal ha en fortrinnsrett. Dette er samsvarende med utgangspunktet i § 4-1 3.ledd hvor aktører ved tilgangsnektelser skal ”dokumentere og begrunne” avslag på anmodninger om tilgang. Formuleringen må tolkes på bakgrunn av direktivene med tilhørende referanse til konkurranserettslig praksis så langt denne rekker.

I konkurranseretten er dette diskutert under EFT art. 82 jfr. EØS art. 54. Utgangspunktet for leveringsnektelser i henhold til ”refusal to deal” problematikken er at de må fremstå som saklige nektelsesgrunner (objective justifiable). Dette er samsvarende med utgangspunktet i § 4-1 3.ledd.

Det gjennomgående tema for i disse konkurranserettslige vurderinger er at den dominerende aktør ikke skal forlenge sin dominerende stilling i ett marked inn i et annet, sluttbrukermarkedet. Domstolene har i ulike ”havnesaker” vært kritiske til nektelsesgrunner på bakgrunn av kapasitetsbegrensninger. En sentral sak i denne anledning er Port of

¹⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 58 s 29

Rødby¹⁴⁷. Saken omhandlet markedsforhold som har visse likheter med markedsforhold i telesektoren, hvor duplisering av fasiliteter karakteriseres som vanskelig på bakgrunn av etableringshindringer av teknisk, økonomisk eller regulatorisk art. Disse fasiliteter karakteriseres ofte som essensielle fasiliteter, eller vanskelig dupliserbar fasiliteter. Retten presiserer i Port of Rødby at en netteier som nekter å gi tilgang til aktører som ønsker å tilby sine tjenester i tjenestemarkeder, hvor denne fasiliteten kan karakteriseres som en ”essensiell fasilitet”, og hvor slike fasiliteter innehar fysiske begrensninger, er i fare for å misbruke sin dominerende stilling fordi¹⁴⁸;

An undertaking that owns or manages and uses itself an essential facility, i.e. a facility or infrastructure without which its competitors are unable to offer their services to customers and refuses to grant them access to such facility is abusing its dominant position.

Retten presiserer videre i et obiter dictum i denne saken, at en reservering av kapasitet av netteier, i slike fasiliteter er i strid med konkurransereglene, hvor fasiliteten innehar ovenstående karakteristikker og kapasitetsbegrensninger. Dette går frem av pkt. 16 hvor det hevdes at¹⁴⁹;

Even on a saturated market, an improvement in the quality of products or services offered or a reduction in prices as a result of competition is a definite advantage for consumers; this could also lead to an increase in demand which, in the present case, could be met by expanding the port.

I ekomsektoren har man ikke et krav om faktisk missbruk av sterk dominerende stilling. Det er tilstrekkelig at aktører vil kunne få mulighet for slik missbruk. Dersom netteiere i ekomsektoren reserverer begrensede kapasitet til seg selv, kan man konstatere at netteier til dels beskyttes mot konkurranse i et tilhørende sluttbrukermarked. Målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser og bærekraftig konkurranse kan således vanskelig oppnås ved slik reservering. Man kan allikevel ikke se helt bort ifra den effekten hvor en konkurrent som

¹⁴⁷ Se Sak OJ L55/52, Port of rødby

¹⁴⁸ Se Sak OJ L55/52, Port of rødby, pkt 12

¹⁴⁹ Ibid pkt.16

opptar en mindre kapasitet i nettverket er i stand til å rekruttere kunder fra netteier, og således redusere hans behov i denne knappe kapasiteten. Men i et markedsbasert fordelingsregime, er fordelingen samfunnsøkonomisk optimal dersom man klarer å opprettholde størst mulig konkurranse i en situasjon med knapp kapasitet¹⁵⁰. Dette er fordi en aktør som kontrollerer en essensiell fasilitet, og som samtidig nyter en skjerming mot intermodal konkurranse, vil kunne utøve markedsrett ovenfor sluttbrukere, og således redusere de optimale samfunnsøkonomiske interesser¹⁵¹.

6.1.1.3 Kapasitet og langsiktig konkurranse

I vurderingen om det skal pålegges tilgangsforsiktelser i medhold av ekomlovens § 4-1, er det viktig at rettsanvender ikke bare tar utgangspunkt for konkurranse i et oppstrømsmarked, med også den interessen som må vektlegges hva gjelder sluttbrukere. Det er slått fast som et viktig prinsipp at forbrukerinteressen skal være sentral, i forarbeidene er det presisert at ved en avveining av hensyn ved tolkning av loven, vil hensynet til brukeren normalt veie tyngst, med mindre den enkelte bestemmelse gir uttrykk for noe annet¹⁵². Sluttbruker/forbrukerinteresser er også et viktig hensyn som kommer inn ved anvendelse av EUs regulatoriske prinsipper.

I Access direktivets art 12, presieres det i 1. ledd at en anmodning om tilgang skal pålegges hvor "Denial of access or unreasonable terms and conditions having similar effects would hinder the emergence of a sustainable competitive market at the retail level, or would not be in the end-user's interest". Hovedmålene som uttrykkes i formålsbestemmelsen utvides i en viss grad også gjennom de prinsipper som fastsettes i ekomlovens § 3-4 tredje ledd 1 pkt, som presiseres at tilgangsforsiktelser etter § 4-1 skal være egnet til å fremme

¹⁵⁰ Se Falck s 188-190.

¹⁵¹ se Access Dir. art 12, samt Konkurransetilsynet, Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse, 01/2002.

¹⁵² Se Ot.prp. nr. 58 s 84.

bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet. Disse hensyn må være i samsvar med de krav som oppstilles for bruk av virkemidler i Rammedirektivet art 8, hvor de overordnede formål med reguleringen vil være å

- Fremme konkurransen¹⁵³
- Bidra til utvikling av et indre marked¹⁵⁴
- Fremme interessene til innbyggerne i EU¹⁵⁵

I mobile telekommunikasjonsnettverk er det som sakt konstatert etableringshindringer som store ugjenkallelige kostnader ved å bygge alternativ infrastruktur, betydelige stordriftsfordeler og potensielt store kostnader ved å vinne kunder. Aktørene i det relevante marked er vertikalt integrerte og kontrollerer markedet helt frem til sluttbruker. Dersom man på bakgrunn av ovenstående hindringer vurderer å foreta en nærmere allokering av tilgjengelig kapasitet, må man foreta en vurdering om en vertikalt integrert monopolist begrenser utnyttelsen av den eksisterende kapasitet, som vil kunne gå ut over sluttbrukere i form av høyere priser, dårligere kvalitet o.l. i strid med formålene slik disse eksplisitt uttrykkes i ekomlovens § 3-4 jfr. Rammedirektivets art. 8.

Det er i denne forbindelse antatt at en aktør med sterk markedsstilling og som kontrollerer slike ”flaskehalsfasiliteter”, ikke ønsker å sitte med uutnyttet kapasitet, idet dette medfører tapt fortjeneste og kostnader dersom man sitter med ressurser som ikke benyttes. Allikevel vil nok enhver aktør kalkulere med en viss mulighet for økt etterspørsel over tid, og beregne seg en viss reservekapasitet for å kunne imøtekomme en slik økning. En annen problemstilling er om denne aktøren er i stand til å øke produksjonen nedstrøms på kort sikt i tilfelle denne etterspørselen øker. Dersom aktøren ikke er i stand til dette, taler dette for regulering slik at man oppnår en dekning for denne etterspørselen. En slik situasjon hvor netteier ikke er i stand til å dekke etterspørselen, og hvor man står ovenfor en knapp

¹⁵³ Se rammedirektivets art 8.2

¹⁵⁴ Ibid art 8.3

¹⁵⁵ Ibid art 8.4

ressurs, vil man lide et samfunnsøkonomisk tap, det er derfor ikke i slike situasjoner lønnsomt å gi fortrinn av kapasitet for netteier i en videre samfunnsøkonomisk forstand.

Videre blir det en sentral vurdering om en aktør som eier slike ”flaskehalsfasiliteter” i et slikt tilfelle hvor han ikke er i stand til å møte etterspørsel, må utvide kapasiteten for å kunne dekke behovet i markedet, enten for å dekke etterspørselen selv, eller for at andre aktører skal få dekke den økte etterspørsel. Slike investeringer innebærer en viss risiko, fordi de i utgangspunktet skal dekke et behov som kanskje ikke vil være der i fremtiden. Siden man ikke kan utelukke at nettverkseier ønsker å utnytte den tilgjengelige kapasitet så lenge det finnes etterspørsel, kan man på dette grunnlag muligens si at en dominerende aktør i dette markedet på lik linje med eventuelle konkurrenter i et samfunnsøkonomisk perspektiv utnytter en tilgjengelig kapasitet i like stor grad som dersom markedet var preget av sterk konkurranse¹⁵⁶.

Noen prinsipper vedrørende kapasitetsfordelinger kan til dels utledes av Bronner-saken, som i betydelig grad ivaretar netteiers interesser, også i et større samfunnsøkonomisk perspektiv, og således begrenser andre parters rettigheter til slik begrenset kapasitet¹⁵⁷.

Anmoder argumenterte for en tilgangsforsikling basert på at nettverket var essensielt for å kunne tilby tjeneste i dette tilhørende markedet. I forhold til den samfunnsøkonomiske vurderingen presiserer Advocate Jacobs i sin rådgivende uttalelse i denne saken at¹⁵⁸,

In the long term it is generally pro-competitive and in the interest of consumers to allow a company to retain for its own use facilities which it has developed for the purpose of its business. For example, if access to a production, purchasing or distribution facility were allowed too easily there would be no incentive for a competitor to develop competing facilities. Thus while competition was increased in the short term it would be reduced in the long term. Moreover, the incentive for a dominant undertaking to invest in efficient facilities would be reduced if its competitors were, upon request, able to share the benefits. Thus the mere fact that by retaining a facility for its own use a dominant undertaking retains an advantage over a competitor cannot justify requiring access to it.

¹⁵⁶ Se Konkurransetilsynet, Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse, 01/2002

¹⁵⁷ Se Bavasso, Communications in EU Antitrust Law, ch.v.

¹⁵⁸ Se rådgivende uttalelse, AG.Jacobs, Sak C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co.KG, pkt 57

For å understreke den konkurranserettslige vurderingen av tilgang på bakgrunn av ovenstående forutsetninger, hevder Temple Lang¹⁵⁹ i denne forbindelse at;

The commission has never said anything to suggest that a dominant company could not take advantage over genuine advantages of vertical integration either to give itself an advantage over its downstream competitors or to argue that it was not obliged to give the competitor access because the result would be less consumer welfare rather than more.

Denne uttalelsen må sees i sammenheng med ekomsektoren har hatt en begrenset konkurranse og at sektoren etter en innledende liberalisering nå skal bevege seg mot en markedssituasjon som til slutt kan basere seg på regulering gjennom generell konkurranserett. Markedet er allikevel ikke ennå på dette stadiet, og det er i forarbeidene presisert at konkurranse er det beste middelet for å oppnå målet med reguleringen og utviklingen av den europeiske e-plan. Derfor vil begrensningene presentert ovenfor få mindre vekt ved vurderingen av tilgang i henhold til § 4-1 i en ex-ante sektor spesifikk regulering, enn tilfellet er for en ex-post konkurranserettslig regulering.

Det gjennomgående formålet med den sektor spesifikke reguleringen, som er å sikre forbrukere rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser, må få en sentral betydning¹⁶⁰. Det er fremholdt at det er spesielt viktig for utviklingen av markedet, og for en bærekraftig konkurranse at man opprettholder markedsaktørers investeringsincentiver, denne viljen er en ressurs for samfunnet, vurderingen om effektiv utnyttelse av disse må ta høyde for dette i vurderingen om tilgangsforpliktelser i henhold til § 4-1. Det er nærmere presisert i forarbeidene¹⁶¹ at

Det er sentralt for en effektiv ressursanvendelse at det frembringes samfunnsøkonomisk ønskelige endringer både i form av nye produkter og produksjonsprosesser. Forholdene må legges til rette for å sikre at ressursene brukes til å skape et mangfold av gode og fremtidsrettede tjenester. Effektiv bruk og hensiktsmessig administrering av ressurser omfatter også så god utnyttelse som mulig

¹⁵⁹ *ibid* s 265, Temple Lang, fotnote IV-182, på side 302

¹⁶⁰ se § 1-1, jfr Framework Directive art 8, Rome Treaty art 2

¹⁶¹ Se Ot.prp. nr. 58, Kap 16 til § 1-1

av master, bygninger og andre flaskehalsfasiliteter. Hensynet til effektiv bruk skal også fremme effektiv investering i infrastruktur og valg av fremtidsrettet teknologi som fører til en samlet optimal infrastrukturutvikling, som igjen danner grunnlag for opprettholdelse og utviklingen av gode tjenester.

6.1.2 Oppsummering

Når det gjelder tilgang til mobilnettverk i sektoren for elektronisk kommunikasjon, som er nødvendig for å kunne opprettholde et tilbud i sluttbruker markedet. Kan man med utgangspunkt i ovenstående drøftelser slå fast at det i henhold til § 4-1 vil være en ”rimelig anmodning”, selv tatt i betraktning ”tilbyders interesse i å benytte seg av egen infrastruktur”, at en aktør får tilgang til dette mobilnettverket slik at man kan opprettholde en valgmulighet i sluttbrukermarkedet, jfr. §§ 1-1 og 3-4 3. ledd 1 pkt. Dette er essensielt for å kunne opprettholde en balanse og en konkurransesituasjon, men også for å kunne videreutvikle en konkurranse i oppstrømsmarkeder, eventuelt regulere mangel på sådan i disse. Drøftelsen har vist at rettspraksis og teori er tvilsom med hensyn til legitimiteten av kapasitetsbegrensninger for å begrense tilgang til slike fasiliteter. Men slår fast at man skal være forsiktig med hensyn til samfunnsøkonomiske vurderinger av utviklingspotensial i markeder¹⁶². Det er muligens fastlått et prinsipp om en avventende reguleringsholdning, hvor det er større usikkerhet vedrørende markedsutvikling, idet ”a great potential harm to welfare occurs when replication is feasible but not promoted”¹⁶³. Dette viser seg i ERGs virkemiddeldokument hvor det fastslås at man muligens er tjent med en mer ”neutral approach”. Hvor man ønsker å overvåke markedet i noe tid for senere se om det kan fastslås sikrere konkrete funn med hensyn til ex-ante regulering¹⁶⁴.

Med utgangspunktet i en avventende holdning for fremvoksende markeder og samfunnsøkonomiske vurderinger, skal det ligge til rette for en tilgangsregulering i oppstrømsmarkeder hvor netteier begrunner sine avslag på kapasitetsbegrensninger, men

¹⁶² Se f.eks om dette i PTs vedtak vedr. marked 15, 24.mai 2005, pkt. 62.

¹⁶³ Se ERGs virkemiddeldokument s 68.

¹⁶⁴ Ibid s 88.

innehar tilstrekkelig kontroll i henhold til kriteriet sterk markedsstilling redegjort for tidligere¹⁶⁵.

6.2 Tilbyders investeringer i forhold til risiko

6.2.1 Innledning

I henhold til § 4-1.2 ledd, siste pkt skal en tilgangsforsikning og vurderingen av rimeligheten ved en slik tilgang foretas en vurdering av ”tilbyders investeringer i forhold til risikoen investeringene har vært forbundet med”. Denne spesifikke avveiningen må også ivareta de hensyn som presiseres i lovens formålsbestemmelse om en ”effektiv bruk av samfunnets ressurser” jfr. § 1-1. Dette utdypes videre i § 3-4 3. ledd som understreker at forpliktelser etter § 4-1 skal være egnet til å fremme ”bærekraftig konkurranse” og ”nasjonal og internasjonal utvikling”. Dette er i samsvar med det felles europeiske utgangspunktet i Rammedirektivets art 8 para 2, som danner de overværende grunnlag og prinsipper for regulering videreført i Access direktivet, Rammedirektivets 8 para 2. C, presiserer at;

The national regulatory shall promote competition in the provision of electronic communications networks, electronic communications services and associated facilities and services by inter alia;

C. Encouraging efficient investment in infrastructure, and promoting innovation.

Spørsmålet er om de oppsatte formål med reguleringen ”bærekraftig konkurranse” og ”nasjonal/internasjonal utvikling” ikke kan oppnås dersom man pålegger tilgangsforsikning etter § 4-1, fordi slike forpliktelser muligens vil ha en vesentlig negativ påvirkning i selskapers investering og innovasjonsvilje.

¹⁶⁵ Se Nihoul Paul, pkt. 4.345 s 477, samt over kap. 3.

6.2.2 Investering og/eller innovasjon ihht. § 4-1 2. ledd siste pkt, nr 2

Innledningsvis ble det presisert at ekomloven ikke var en direkte omskrivning av direktivtekstene, noe som går frem av bestemmelsene over som er ment å dekke de samme områder vedrørende avveiningen for tildeling av sektor spesifikke reguleringsformer. Her ser vi at Rammedirektivets art. 8 ikke bare presiserer et ønske om økte investeringsincentiver i markedet, men også har et punkt vedrørende målsetninger om økt innovasjon. I ekomlovens pkt. 2 er dette til dels tatt bort, ved at det bare beholdes et presisert punkt om vurdering av netteiers investeringer i forhold til risiko. Det foreligger derfor et vesentlig spørsmål om innovasjon er investering i infrastruktur i lovens forstand, og om dette vil ha betydning for den avveining som skal foretas med hensyn til tilgangsfpliktigheter ihht § 4-1.

Denne forskjellen går ikke frem av behandlingen i forarbeidene under kommentarer til § 4-1. Forarbeidenes behandling av spørsmålet investering og innovasjon kommenteres kort under bemerkninger til formålsbestemmelsen § 1-1. Her presiseres det at i vurderingen av tilgang og forholdet til investeringsincentiver så skal det fremmes en ”effektiv ressursanvendelse”...gjennom ”effektiv investering i infrastruktur og valg av fremtidsrettet teknologi som fører til en samlet optimal infrastrukturutvikling”. Dette dekker da forholdet investeringsincentiver i bestemmelsens siste pkt.

Videre utledes det at ”loven tar sikte på å fremme fremtidsrettede tjenester. Loven legger dermed til rette for å støtte innovasjonspregede investeringer i markedet og fremtidsrettet drift”. Det ser da ut til at formålsparagrafen inkluderer innovasjonsincentiver under utvikling av ”fremtidsrettede tjenester”.

For at vi skal kunne utdype dette, er det viktig å få definert hva som menes med ”innovasjon” og hva som menes med ”investeringer”, den videre diskusjon vil ta et utgangspunkt i disse definisjonene når man skal vurdere forholdet investering og risiko i henhold til § 4-1 2 ledd siste pkt. nr 2.

Generelt kan man si at med investering så menes et avkall på tilgjengelige midler og ressurser i dag, med et utgangspunkt for tilegnelse av ytterligere ressurser og midler for fremtiden. Bohlin og Garrone definerer disse slik; "investment" typically means a sacrifice of consumption today with a view to obtain more resources in the future, i.e shifting consumption in time and assuming a risk of loss"¹⁶⁶. Med innovasjon menes en kombinasjon eller kreasjon av nye muligheter, hvorav investering er en nødvendig forutsetning. Bohling og Garrone presiserer; "innovation" is typically defined as the combination (or creation) of new opportunities. Generally, innovation is thought to involve some investment activity, i.e. investment is a necessary condition for innovation to take place"¹⁶⁷. Definisjonen slår da fast at det er en forskjell i begrepet investering og innovasjon, da investering er en måte å fremskaffe ytterligere ressurser, mens innovasjon er et mål om "nye muligheter", hvorav investering er nødvendig for å nå disse. Dette taler da muligens for at vurderingen i § 4-1 2. ledd siste pkt, nr 2 skal begrenses til investeringsincentiver.

For øvrig må man anta at lovgiver har ment å gjennomføre EU-direktivets bestemmelser, dette presiseres spesielt i forarbeidene "Gjennom lovforslaget her foreslås det at disse rettsaktene tas inn i norsk rett, og at det legges til rette for harmonisering med EU-lovgivningen både gjennom lov/forskrift og gjennom den løpende forvaltning av regelverket"¹⁶⁸. Dette virker også som lovgivers hensikt da lovgiver faktisk kommenterer en målsetning om innovasjon i markedet, selv om dette utledes av forarbeidene under "fremtidsrettede tjenester". Det går ikke spesifikt frem av forarbeidene til § 4-1 at innholdet i 2.ledd siste pkt. nr 2 skal ha et annet innhold enn Rammedirektivets art 8 para 2 C. Dersom dette er utilsiktet, noe man må kunne utlede ettersom behandlingen under § 1-1 begge dekker disse vilkår i samme avsnitt, kan ikke lovgivers utelatelse av begrepet "innovasjon" få vesentlig vekt i den vurdering som skal gjøres i samsvar med dette

¹⁶⁶ Se Dr. Erik bohlin, Dr. Paola Garrone, Investment, Innovation an Telecommunication Regulation: What is the role of the NRA, Report prepared for Post och Telestyrelsen, Sept 1. 2004. s 5. Tilgjengelig på: [www.pts.se/Archive/Documents/ SE/Bolin_PTS-investering-innovation-040901.pdf](http://www.pts.se/Archive/Documents/SE/Bolin_PTS-investering-innovation-040901.pdf)

¹⁶⁷ Ibid s 5.

¹⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 58 s 8.

punkt¹⁶⁹. Med dette menes at dersom de ikke-uttømmende vurderingselementer i siste pkt, ikke harmonerer med direktivets bestemmelse på området, må den avvikende begrepsbruken slik den fremstår i loven ikke være særlig tungtveiende som rettskildefaktor, siden vi må kunne gå ut ifra at lovgiver har ment å harmonisere loven med direktivene. Det vises for øvrig til rettskildesituasjonen som slår fast at forarbeider vil kunne være tilstrekkelig med tanke på en utfylling av våre forpliktelser i direktivene vedrørende innholdet av skjønnsmomenter i loven¹⁷⁰. Den videre avveining vil derfor inkludere innovasjon i ordlyden ved behandling av § 4-1 2. ledd siste pkt, nr 2.

6.2.3 Statisk og dynamisk effektivitet

Det sentrale med tilgangsforspliktelser under § 4-1 vil i henhold til kriteriet ”netteriers investeringer i forhold til risiko”, derfor utvilsomt være hvor viktig det er med innovasjon og investeringer i det definerte marked. Det vil være en avgjørende faktor om tilgang i oppstrømsmarkedet med mål om økt konkurranse i sluttbrukermarkedet, må nedprioriteres på bakgrunn ”effektiv investering i infrastruktur og valg av fremtidsrettet teknologi som fører til en samlet optimal infrastrukturutvikling, som igjen danner grunnlag for opprettholdelse og utviklingen av gode tjenester”¹⁷¹.

Tar man utgangspunkt i hva som må ligge i en ”effektiv investering” og utvikling av ”gode tjenester” er det presisert i forarbeidene at tilgang til fasiliteter således må føre til en økt valgmulighet for sluttbruker i et vidt perspektiv¹⁷². Tilfeller som kan karakteriseres som ”business stealing”, det vil si en allokering av tilgjengelige ressurser i oppstrømsnettverk, som ikke fører til økt konkurranse eller nye tjenester kvalitetsmessig/produktmessig, vil føre til reduserte investeringsincentiver hos netteier av essensielle oppstrømsfasiliteter. Det

¹⁶⁹ Se LoR 2003, Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, s 475

¹⁷⁰ Se kap 1, samt Kommisjonen mot Sverige, og Kommisjonen mot Danmark.

¹⁷¹ Se Larouche s.374, samt Ot.prp. nr. 58 s 84.

¹⁷² Se Ot.prp. nr. 58 s 83.

synes allikevel å være en viss enighet i teorien¹⁷³ om at tilgangsforsiktelser i et oppstrømsmarked skaper en større trygghet for nyetablerere, fordi det reduserer investeringsrisikoen på de ulike nivå i samsvar med prinsippet om ”ladder of investment”. Gjennom en slik forbedret etableringsmulighet skal det være mulig for disse nye aktører å konkurrere på markedet. Andre mener at slik tilgang gir unødvendig ressursallokeringer og en redusert investeringsvilje hos de etablerte aktører. Likeledes mener noen at denne reduksjon i investeringer også går utover kvaliteten som fastsettes i oppstrømsmarkedet og således overføres i sisteinstans til sluttbrukere i tjenestemarkedet.

At § 4-1 2.ledd pkt.2 krever en avveining av tilbyders investeringer og risikoen forbundet med disse, innebærer at vurderingen om tilgang og ønske om økt konkurranse i oppstrømsmarkedet på bakgrunn av slik tilgang, må sees i lys av de eventuelle tap som vil måtte komme i form av denne reduserte investeringsvilje. Det blir derfor viktig i de analyser som må foretas også å se nærmere på tiltaks betydning på et ”firm-level” nivå, eller med utgangspunkt i markedsaktørers holdninger til tilgangsforsiktelser gjennom den aktuelle konsultasjonsprosedyren som er fastlagt ihht. § 9-2. Bohling og Garrone¹⁷⁴ presiserer at;

Since access regulation is commonly regarded as a pro-competitive measure, entrants need to be brought into the framework.....after a period of service-based entry, entrants investments have to be examined, along with incumbent’s ones”.

En investeringsvilje hos netteiere og aktører i oppstrømsmarkedet baserer seg på klare forutsetninger om mulige inntjeningsmuligheter av de aktuelle investeringer. For å oppnå § 3-4 3.ledds forutsetninger om ”bærekraftig konkurranse” og nasjonal og internasjonal utvikling” implisitt utviklingen av fremtidsrettede tjenester gjennom innovasjonspregede investeringer, må man på bakgrunn av manglende norsk rettspraksis på området prøve å se

¹⁷³ Se remedies under the new Eu regulation of the communication sector, tilgjengelig på: <http://www.casecon.com/data/pdfs/ETNOfinalreport.pdf>

¹⁷⁴ Se Dr. Erik bohlin, Dr. Paola Garrone, Investment, Innovation an Telecommunication Regulation, s 29.

til aktuelle konkurranserettslige fortolkninger av hva de ovenstående hensyn innebærer. I den tidligere omtalte Bronner-dommen utledes det i så henseende at;

In the long term it is generally pro-competitive and in the interests of consumers to allow a company to retain for its own use facilities which it has developed for the purpose of its business. For example, if access to a production, purchasing or distribution facility were allowed too easily there would be no incentive for a competitor to develop competing facilities. Thus while competition was increased in the short term it would be reduced in the long term. Moreover, the incentive for a dominant undertaking to invest in efficient facilities would be reduced if its competitors were, upon, request, able to share the benefits.

Her ser man at EF-domstolen presiserer at de fordeler man oppnår på ”kort sikt” ikke må undergrave viktigheten av å opprettholde den langsiktige konkurranse. Dette synet forsterkes hos Bohling og Garrone som understreker at tilgangsforsiktelser som favoriserer nye aktører i markedet gjennom spesielt fordelaktige betingelser, fører til redusert investeringsvilje hos disse. Grunnen til dette er at en ny aktør i markedet vil kunne anta at tilgangsforsiktelser til særs fordelaktige priser fører til en økt aktivitet for etablering i markedet, en ”entry wave”. De nye aktører vil derfor avvende med sine investeringer da de lett vil miste sin ”first mover advantage” dersom for mange aktører etablerer seg. Dette taler mot tilgangsforsiktelser med hensyn til investering og innovasjonsincentiver. Det fremholdes i forarbeidene også at det er ”avgjørende å lage et reguleringsregime som verdsetter investeringsvilje og reflekterer balansen mellom risiko og gevinst i et lengre perspektiv¹⁷⁵.

Derimot vil disse aktørers investeringsinitiativ kunne øke om tilgangsforsiktelsene var av en mildere karakter. For eksempel der de ville være tidsbegrenset eller lignende. Dette er i tråd med de overordnede hensyn som ble presentert i kapittel 3 og prinsippet vedrørende ”ladder of investment”. I en slik situasjon ville de nye aktører lettere kunne oppnå ”first mover advantage”, og disse aktører ville på dette grunnlag være mer tilbøyelig til å satse

¹⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 58 s 25.

sine midler i håp om å senere oppnå fordeler¹⁷⁶. Dette utgangspunktet må også gjelde for den tidligere monopolist da slike tilgangsforsiktelser igjen vil kunne føre til en redusering av disse selskapers forpliktelser over tid;

If regulation is effective in removing entry barriers, competition will drive retail prices down and the market enlargement will imply that new capacity needs to be installed. In addition, they argue that the investment adjustment-costs are lowered by liberalization, since the “red-tape” and administrative burdens are likely to be lightened by “de-regulation”¹⁷⁷.

Med utgangspunkt i økt konkurranse i sluttbrukermarkedet, basert på en tilgang som tar hensyn til både den tidligere monopolist og nye aktørers investeringsvilje, vil det på bakgrunn av ovenstående være grunnlag for å hevde at tilgang på disse vilkår vil ta tilbøyelig hensyn til investeringsvilje og innovasjon hos begge parter. Det er allikevel på sin plass å nevne at synet på dette ikke er ensidig. I en utredning vedrørende investeringsincentiver Amerikanske markeder, har man sett nærmere på den mulige effekt av regulering med såkalte ”kortsiktige fordeler”. Konklusjonen i rapporten viser at man ikke kan se bort ifra at signaler fra reguleringsmyndigheter vedrørende tilgang til infrastruktur regulert på ikke-diskriminerende vilkår, vil kunne få betydelige negative virkninger i markedet med tanke på investeringsvilje, utbedring og oppgradering¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Se Dr. Erik Bohlin, Dr. Paola Garrone, Investment, Innovation and Telecommunication Regulation, s 30.

¹⁷⁷ Ibid s 35.

¹⁷⁸ Se financial effects of broadband regulation, George Bittingmayer og Thomas W. Hazlett oktober 26.2001

6.2.4 Investeringsincentiver og risiko

§ 4-1 2 ledd siste pkt nr 2 skal tilgangsforsiktelser vurderes i lys av ”den risiko investeringen har vært forbundet med”. Et sentralt poeng er derfor forholdet mellom risiko og gevinst, og en viktig faktor vil derfor være om de aktuelle nettverk er bygget på private initiativ og midler, eller om de i vesentlig grad er finansiert gjennom offentlige tilskudd?

Generelt kan det sies at der hvor det offentlige har vært sentral i utviklingen og finansieringen av nettverk, vil investeringsrisikoen hos netteier ha vært betydelig lavere enn tilfellet ville være ved finansiering gjennom private initiativ. Advocate Jacobs presiserer i sin rådgivende uttalelse i Bronner-saken¹⁷⁹ at;

I do not rule out the possibility that the cost of duplicating the facility might alone constitute an insuperable barrier to entry. That might be so particularly in cases in which the creation of the facility took place under non-competitive conditions, for example, partly through public funding.

Spørsmålet er derfor om en tilgangsforsiktelsetilstand således er en allokering av de allerede tilførte verdier fra det offentlige. Formålet med statelige tiltak og statelig virksomhet gjennom tilskudd av offentlige ressurser har vært å sikre og øke innbyggeres velferd. Dette formålet videreføres også i den nye ekomloven og presiseres kort i forarbeidene¹⁸⁰. Isolert vil derfor ikke målet med tilgangsforsiktelsetilstanden være å skape en konkurranse i oppstrømsmarkedet, men å stimulere til oppstrømskonkurranse der den vil utbedre eller ha positive virkninger i sluttbrukermarkedet.

Dersom markedsaktører med sterk markedsstilling i oppstrømsmarkeder nekter tilgang til knappe ressurser etablert i samarbeid med det offentlige, vil slik nektelse i utgangspunktet kunne være i faresonen for å være konkurransevridende, og i strid ekomlovens formålsparagraf der den vil kunne ha slike positive virkninger i sluttbrukermarkedene¹⁸¹.

¹⁷⁹ Se Opinion of advocate general Jacobs, Case c-7/97 pkt 66.

¹⁸⁰ Se ot.prp nr 58, kap 4, s 25.

¹⁸¹ Se remedies under the new eu regulation of the communication sector, ERGs virkemiddeldokument avsnitt 2. Dette presiseres også av Larouche, s 209; ”the analysis of the

Dette er basert på et utgangspunkt fra Larouche hvor¹⁸²;

A refusal to deal can create competitive harm when a firm with SMP controls an input or inputs which are essential for other players to be able to operate/compete in (downstream) markets. In particular, a firm which operates in two vertically related markets and which has SMP in the upstream market may (unfairly) strengthen its position in the downstream market if it refuses to supply downstream competitors.

Her er det klart fastsatt et ønske om å legge til rette for en effektiv bruk av samfunnets ressurser til beste for brukerne. En slik nektelse vil kunne hindre at aktører etablerer seg i et nedstrømsmarked der disse vil kunne tilby likeverdige eller ytterligere effektive tjenester i sluttmarkedet. Sentralt blir derfor den vurdering som må foretas i sammenheng med fastsettelse av slik tilgang; sluttbrukerkonkurransen, forbrukervalg og pris i sluttbrukermarkedet.

Sluttbrukerkonkurransen og forbrukervalg innebærer at økt tilgang i oppstrømsmarkedet må føre til en tilsvarende økning av konkurransen om kunder i sluttbrukermarkedet. En ren ”business stealing” vil som presisert over bare være en allokering av de allerede realiserte verdier, og vil ikke ha noen spesiell direkte virkning i dette markedet, i alle fall ikke med det første¹⁸³. Der hvor tilgang pålegges hvor slik økning av sluttbrukerkonkurransen ikke finner sted, eventuelt der det ikke er en merkbar økning i valg mellom aktører ut ifra en forbrukers standpunkt, vil sannsynligvis investeringsviljen reduseres grunnet mangel på realisasjon av kapital hos incentivtaker.

Et høyst sentralt poeng vil derfor videre være de reelle muligheter som eksisterer med tanke på å utbygge/duplisere den nødvendige fasilitet/”bottleneck”. Tar man utgangspunktet i praktiseringen av ”ladder of investment”¹⁸⁴, så vil selvfølgelig muligheten for å stige på denne investeringskalaen forutsette at det faktisk går an å utvikle konkurrerende fasiliteter

comission in bottleneck cases would imply that firms that control facilities are under a general duty to deal with third parties that require access to such facilities, and that independently of any behavioural consideration”.

¹⁸² Se Larouche

¹⁸³ Se remedies under the new eu regulation of the communication sector s. 24

¹⁸⁴ Se ERGs virkemiddeldokument s 59.

innenfor den rekvirerte standard fastsatt gjennom rettspraksis og i teorien¹⁸⁵. En tilgang til fasiliteter med ovenstående begrensingsforhold vil være essensielt for å oppnå en virksom konkurranse. Som det går frem av utredningen i kap. 5.1 er det allikevel viktig å være klar over at en for enkel tilgang vil kunne minske viljen til effektivisering og investering, slik at markedet vil kunne påføres et dynamisk effektivitetstap. Det er derfor nødvendig å følge prinsipp 3 reguleringen som man antar løser problemstillingen på best mulig måte hva gjelder incentiver og forbedringer i de to markedet. I tilfeller hvor slik konkurranse på sikt lar seg etablere blir det sentrale å etablere størst mulig konkurranse i sluttbrukermarkedet, og samtidig avveie denne fordelene opp imot en tilbøyelig investeringsvilje for oppgradering og utvidelse hos netteier.

I denne sammenheng kan det være greit å nevne at jo nærmere en tilgangsregulering er sluttbrukermarkedet, jo mindre margin vil man ha for ytterligere effektivitet og forbedringer utover de allerede realiserte ressurser som ligger til markedet gjennom netteiers evt. samarbeidspartneres tilbud i nedstrømsmarkedet. Dette presiseres også av Post og Teletilsynet hvorav en regulering av Mobile Virtual Network Operators¹⁸⁶ vil kunne føre til besparelser grunnet de nødvendige investeringer som følger med en slik operatør i "ladder of investment" systemet. En MVNO operatør kan produsere sine egne SIM kort og således produsere egne tjenester, fakturere egne kunder samt selv sette termineringspriser. I motsetning til SMS-C operatører, en tilgangsforpliktelse her innebærer en installasjon av en trafikkentral i netteiers nettverk som fungerer som et fordelingspunkt i nettet og som kan frakte meldinger fra en bruker til en annen. En slik tilgang vil utelukkende fungere som en trafikkentral med SMS. Sannsynligheten for å stige innenfor systemet "ladder of investment" vil her være mindre sannsynlig, i og med at disse aktører utelukkende produserer denne tjenesten. En økning i antall tilbydere i dette markedet vil muligens ikke ha stor effekt i sluttbrukermarkedet verken på pris eller kvalitet¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Se over kap 3.1 og kap 5.1

¹⁸⁶ Se PTs vedtak vedr. marked 15, 24.mai 2005, pkt. 149-158.

¹⁸⁷ Ibid pkt.159-167.

6.2.5 Vertikal integrering

Det påberopes ofte av netteiere i besittelse av oppstrøms fasiliteter nødvendig for nedstrømskonkurransen, at de på bakgrunn av å være vertikalt integrerte aktører har en større mulighet for utnyttelse av slike fasiliteter, idet de vil kunne ha store fordeler av ”business of scale and scope”. Disse aktører hevder at en inngripen i slike situasjoner ikke bare fører til reduserte investeringsincentiver, men også til samfunnsøkonomiske tap, i form av manglende vilje til oppgradering, utvidelser, kvalitet og pris i sluttbrukermarkeder. Dette er også påpekt av konkurransetilsynet i sin rapport om effektiv konkurranse i markedene;

Hvis aktørens beveggrunner for å delta i flere markeder er å realisere effektivitetsgevinster vil det i liten grad være avvik mellom privatøkonomisk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet av deltakelse i flere markeder. Det vil derfor ikke være økonomifaglig grunnlag for et inngrep. Hvis derimot aktørens beveggrunn er å styrke sin markedsposisjon, så er det samfunnsøkonomisk kostbart selv om det er privatøkonomisk lønnsomt¹⁸⁸.

Denne holdningen til vertikalt integrerte aktører videreføres også i et argument senere kjent som ”the chicago critique of foreclosure”¹⁸⁹. Utgangspunktet her er at vertikalt integrerte aktører kan tilby sitt produkt på en måte som gjør det mulig å ta ut profitten helt frem til sluttbrukermarkedet. Motargumentet i vårt tilfelle er at dersom en aktør i de aktuelle markedet betegnes som aktør i en posisjon med sterk markedsstilling, som da er første krav for regulering i henhold til § 4-1, vil ikke denne aktøren nødvendigvis inneha slik frihet hva kommer til fastsettelse av pris på produktet eller de nærmere betingelser for tilbud av dette produktet frem til sluttbrukermarkedet. Der hvor denne aktøren er pålagt en eller flere tilgangsobligasjoner evt. reguleringsforpliktelser i henhold til § 3-4, vil f. eks en sterkt regulert tilgangspris innebære at faktiske muligheter ”to extract all profits” frem til sluttbrukermarkedet ikke i like stor grad være tilstede. Således vil utgangspunktet i ”the

188 Se Rapport 2003-84, s 62. Effektiv og bærekraftig konkurranse i tele- og mediemarkedene, tilgjengelig på www.npt.no/pt_internet/nyheter/Econ_teleogmedie.pdf

189 Se ERGs virkemiddeldokument s 78.

chicago critique of foreclosure” nødvendigvis ikke være riktig. En nærmere analyse av konsekvensen ved vertikal integrering må da vurderes fra sak.

6.2.6 Oppsummering

I lys av de ovenstående diskusjoner er det presisert flere nødvendige avveininger som må foretas av den regulatoriske myndighet hva gjelder netteiers investeringer i forhold til risiko jfr. § 4-1 2.ledd pkt.2.

En grunnpilar i den sektorspesifikke reguleringen vil være funksjonen av det elektroniske markedet nå og for fremtiden. Det er fastlagt at ex-ante regulering ikke bare fokuserer på konkurranseforholdet partene seg imellom pr i dag, men også fokuserer på utviklingen av et slikt konkurranseforhold, i tillegg til ytterligere politiske og samfunnsøkonomiske forutsetninger i fremtiden. Innenfor denne målsetningen ligger et ønske om at intervensjon i de aktuelle markeder søker å rette opp eller å forebygge et samfunnsmessig tap i velferd på bekostning av forbrukere i strid med formålet med regulering etter ekomloven. Med et slikt utgangspunkt må investeringer foretatt av netteier avveies mot slike velferdsmessige tap. Ovenfor ble det nevnt flere forhold som kan komme inn under denne vurderingen, blant annet muligheter for innovasjon og generelle investeringer i markedet, duplisering av slik infrastruktur, offentlige midler i investeringsfasen og omfordeling av slike midler i dag eller for fremtiden. Isolert sett vil enhver tilgang til fasiliteter underlagt privat eiendomsrett være et betydelig innhogg i aktørers foretningsforhold og utsikter.

I Post og Teletilsynet varsel om vedtak for marked 15¹⁹⁰ er det foretatt en vurdering av en tilgangsforsikning og dens innvirkning på tilbyders investeringer under dette punkt i loven, hvor det konstateres at netteiers interesser må vike for andre tungtveiende grunner, i tillegg så ble det vektlagt at netteier har mulighet til å få ”en forholdsmessig dekning” i sine investeringer gjennom betaling av tilgang til disse fasiliteter. Et spørsmål som må komme

¹⁹⁰ PTs vedtak vedr. marked 15, 24.mai 2005, s.27

opp i en slik situasjon, er om incentiver til utbygging, oppgradering o.l foreligger for netteier dersom man bare forutsetter en ”forholdsmessig dekning”. En nærmere utredning av dette punkt vil komme avslutningsvis i kap 7.5, hvor det blir foretatt en vurdering av hva forholdsmessig dekning innebærer. Med bakgrunn i dette er det særdeles viktig at regulator drøfter inngående de ulike fordeler og ulemper som kan få innvirkning i ethvert marked som reguleres i henhold til § 4-1, spesielt i den skjønnspregede delen av paragrafen. I de tilfeller hvor myndigheter på bakgrunn av ovenstående mål og prinsipper kommer frem til at tilgang bør gis, må fordeler i sluttbrukermarkedene overgå ulemper i oppstrømsmarkedet i tilstrekkelig grad og til en tilstrekkelige bevismessige standard¹⁹¹.

6.3 Virkningsvurderingen

6.3.1 Innledning

Pt har i sine markedsavgrensninger påpekt at konkurransesituasjonen i nettverksmarkedet må ses i sammenheng med konkurransesituasjonen i sluttbrukermarkedet fordi;

I merknaden til Anbefalingen pkt. 7 legges det til grunn at identifisering og definisjon av relevante markeder skal ta utgangspunkt i en beskrivelse av sluttbrukermarkedene over tid. Når markedene som omfatter tilbud til og etterspørsel fra sluttbrukere er identifisert, vil disse danne bakgrunn for identifisering av grossistmarkedene, som er markeder for etterspørsel etter og tilbud av produkter som tredjeparter benytter i sine tilbud i sluttbrukermarkedene. Dette innebærer at også ved analysering av grossistmarkedene har PT sett hen til de tilhørende sluttbrukermarkedene.

I disse markeder opererer de vertikalt integrerte nettverkseiere, tjenestetilbydere, samt videreselgere og/eller MVNO. En tilgangsforskrift skal i henhold til § 3-4 3.ledd føre til en ”bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for en ”nasjonal utvikling i

¹⁹¹ Se sakT-342/99 [2002] ECR 11-2585 *Airtours v commission*, “ pkt 63, “ to produce convincing evidence thereof”.

disse markeder”. En tilgangsforsikning skal derfor føre til reduserte markedsandeler i sluttbrukermarkedene, samt bedre utnyttelsen av samfunnets ressurser og gi en høyere verdiskapning i medhold av kriteriet ”bærekraftig konkurranse” slik dette fremholdes i forarbeidene¹⁹².

Videre skal tilgangsforsikninger for de ulike operatører gi incentiver for anmoder om å stige på ”investeringsstigen” i medhold av kriteriet ”nasjonal utvikling, slik at man oppnår en effektiv ressursanvendelse i form av ”samfunnsøkonomisk ønskelige endringer i form av nye produkter og produksjonsprosesser”¹⁹³. Tilgangsforsikninger skal med tiden derfor føre til utvikling av ny infrastruktur på sikt, slik at oppstrøms markedsandeler reduseres, slik at man kan oppnå en ”bærekraftig og virksom konkurranse” også i dette markedet.

Som det også presiseres innledningsvis vil det grunnleggende prinsippet for regulering i valg av virkemidler at disse er forholdsmessige. Det innebærer at tilgangsforsikninger i oppstrøms markedet må være det minst byrdefulle av effektive forsikninger som kan oppnå de ovenstående formål.

6.3.2 Nasjonal roaming

Tilgangsformen nasjonal roaming slik dette spesielt er nevnt i ekomforskriften § 2-2, er en avtale mellom operatører som sikrer at en abonnent kan bruke en annen operatørs mobilnett der denne selv ikke har dekning¹⁹⁴. Siktemålet med nasjonal roaming er å gjøre inntreden for nye aktører i markedet lettere og skal fungere som en etableringsassistanse.

Denne type tilgang vil kunne redusere etableringsrisikoen betraktelig, da en anmoder vil kunne bygge seg opp en kundemasse uten risiko momentet med store ”sunk costs” (ugjenkallelige kostnader), ettersom han i denne etableringsfasen kan benytte seg av eksisterende mobilnettverk. Alternativet er utbygging på egenhånd, hvor det tidligere er

¹⁹² Se Ot.prp. nr. 58 s 84.

¹⁹³ Ibid

¹⁹⁴ Se vedlegg 1, marked 15 pkt 105.

presisert at dette i stor grad er vanskelig og heller ikke bedriftsøkonomisk forsvarlig¹⁹⁵. På dette grunnlag kan man derfor anta at anmoder mye raskere kan tilby en konkurransedyktig tjeneste i medhold av formålet med reguleringen.

Som det også presiseres i vurderingen av vilkårene i § 4-1 2.ledd siste pkt, vil investeringsincentiver muligens påberopes som ”objektive nektelsesgrunner” i medhold av bestemmelsens 3. ledd der netteier nekter å tilby tilgang til mobilnettverket. For å ivareta innovasjon og investeringsincentiver, er det vesentlig at tilgangsforskriftene følger prinsippet om ”ladder of investment” slik dette fremholdes innledningsvis. Både konkurransetilsynet og Telenor har påpekt dette i høringsrunden til varsel om vedtak i marked 15¹⁹⁶. I prinsippet bør derfor nasjonal roaming tidsbegrenses, eventuelt ha en økende kostnadskurve slik at de langsiktige forretningsplaner om å utbygge et eget mobilnettverk ikke reduseres eller fjernes ved at man har en ubegrenset adgang til andres infrastruktur. Dette er også i samsvar med AG Jacobs rådgivende uttalelse i Bronner¹⁹⁷;

For example, if access to a production, purchasing or distribution facility were allowed too easily there would be no incentive for a competitor to develop competing facilities. Thus while competition was increased in the short term it would be reduced in the long term.

6.3.3 Mobile virtuelle nettverksoperatører

Nettverkstilgang for virtuelle nettverksoperatører slik denne eksplisitt er nevnt i ekomforskriften § 2-2, innebærer at MVNO får tilgang til radionettet. Denne aktøren har for øvrig foretatt visse investeringer i egen infrastruktur, slik at disse aktører ellers har alle andre tekniske systemer som er nødvendig for samtrafikk og roaming¹⁹⁸. PT hevder i sitt varsel om vedtak i marked 15 at MVNO direkte knyttet til teorien om ”ladder of

¹⁹⁵ Ibid pkt 109

¹⁹⁶ Se www.npt.no, Høringssvar marked 15, Konkurransetilsynet s 2-3, og Telenor s 27.

¹⁹⁷ Se AG.Jacobs rådgivende uttalelse sak C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co.KG, para 57

¹⁹⁸ Se vedlegg 1, marked 15 pkt 149-150

investment”. Selv om det er kostnader forbundet med å være MVNO operatør, er disse langt mindre en for å etablere eget nettverk. Allikevel er det vesentlig at disse aktører stiger på denne investeringsstigen slik at man ikke oppretter en ressurs allokering uten vesentlige verdiøkninger i markedet. Det er i denne forbindelse vært å bemerke seg at Temple Lang har hevdet at tilgangsforsiktelser på bakgrunn av ”essensielle fasiliteter”, bør tilegnes ett ytterligere vilkår for tilgang gjennom et krav om ”added value competition”. Lang presiserer¹⁹⁹;

In my view, there is another pre-requisite for applying the essential facilities principle, which has not been brought out by the case-law so far. To justify imposing a duty to contract, there must be substantial scope for added-value competition in the market for which access is required (the downstream market). If this is correct, it is extremely important: it means that access to a product for mere distribution or re-sale, without substantial added-value services, can never be an essential facility.

Dette ytterligere vilkåret viser at det vil være sentralt for en bærekraftig og virksom konkurranse at tilgang gir merkbare fordeler, foruten å være en ren “ressurs allokering” til beskyttelse for konkurrenter. MVNO tilgang må derfor i første omgang utgjøre en effektiv ressursanvendelse ved å forbedre ressursbruken og gi en høyere verdiskapning i markedet. PT har derfor bemerket at om MVNO tilgang utgjør en særlig ”fordelaktig” tilgangsform, vil muligens incentiver for disse aktører til å utbygge egne radionett reduseres. Konkurransetilsynet kommenterer også tilgangsvurderingen for disse aktører, og hvor de presiserer;

Selv om det ikke legges opp til en særskilt prisregulering av MVNO-tilgang, kan de andre særskilte forpliktelsene som ikke-diskriminering i realiteten føre til en slags kostnadsorientert tilgang. Det kan derfor diskuteres om regulert MVNO-tilgang gir redusert eller økt incentiv til å klatre opp til toppen av investeringsstigen, dvs. bygge ut egne mobilnett. Det er viktig at reguleringen av tilgang ikke går så langt at nye aktører kun vil benytte seg av nasjonal roaming / samlokalisering. Det bør bygges ut egne nettverk i områder der det er tilstrekkelig befolkningsmessig og topografisk

¹⁹⁹ Se The principle of essential facilities in European community competition law- the position since Bronner, John Temple Lang, notes for a lecture in Copenhagen Sept 2000, tilgjengelig; lawcourses.haifa.ac.il/antitrust_s/index/main/syllabus/lang_article.pdf

grunnlag. Det er viktig at forpliktelsene må innrettes slik at egne nettverk på sikt bygges i økonomisk drivverdige områder.

En begrenset tilgangsregulering fremholdt av "ladder of investment" systemet er derfor en sentral nøkkel for videre utvikling.

6.3.4 Tjenesteleverandører

Tilgang for tjenesteleverandører (også kalt videreselgere eller service providers), tilbyr sluttbrukere tilgang til mobilnett og tjenester. Disse selger egne Sim-kort med egne priser, kundeservice og fakturering, men tjenesteproduksjonen foretas av nettverksoperatøren. Disse leverandører har etter etableringen i 1999-2000 øket betraktelig og er av vesentlig betydning for konkurranse på pris og produktmangfold i sluttbrukermarkedene. De har derfor tjent et vesentlig formål med hensyn til en utvikling mot en "bærekraftig konkurranse" i medhold av § 3-4 3.ledd, gjennom en effektiv ressursanvendelse i form av samfunnsøkonomisk ønskelige endringer i utvikling av nye produkter og produksjonsprosesser²⁰⁰.

Slik de ble fremholdt markedsutviklingen i kap. 5 er en reell eller potensiell tilgangsnektelse en av de mest alvorlige konkurranseproblemer i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. En slik tilgangsnektelse vil direkte kunne hindre konkurrenter å komme inn i markedet eller tvinge allerede etablerte aktører ut. Videre hevder PT at også delvis nektelser gjennom annen indirekte diskriminering vil kunne forringe kvalitet eller kostnader for andre, samt føre til et kunstig vern for tjenesteleverandørens egen virksomhet i sluttbrukermarkedet²⁰¹. Det kan stilles spørsmål om tilgang til disse aktører er egnet til å stimulere til infrastrukturutvikling. PT hevder at man vil kunne stimulere til infrastrukturutvikling i form av incentiver til å stige

²⁰⁰ Se innledning og Ot.prp nr 58 s 84

²⁰¹ Se Post og Teletilsynets, Varsel om vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 15, pkt. 29-31.

på ”investeringsstigen”, og at forutsetningene slik de ble påpekt ovenfor ikke skal gå på bekostning av viljen til å investere selv²⁰².

I høringsrunden er det kommet til dels sterk kritikk mot forpliktelsen for å gi disse aktører tilgang i medhold av § 4-1²⁰³. Det har blitt fremholdt at rettsgrunnlaget for tilgangsforsiktelser ikke er tilstede på bakgrunn av en etablert og velfungerende konkurransesituasjon i markedet. Videre presiseres det i høringsrunden at det er så lønnsomt å etablere seg på dette nivå i markedet, at et videre steg på investeringsstigen til etablering som MVNO-aktør ikke fremstår som ønskelig for disse aktører, dette underbygges med de fordelaktige priser disse aktører kan operere med. PT har i sine vurderinger sett seg enige med vurderingene av markedsaktørene på dette punkt, og konkluderer med at markedssituasjonen slik de er i dag er tilfredsstillende nok til at avtaler om tilgang for tjenesteleverandører kan etableres på kommersielt og frivillig grunnlag. Dette er i tråd med hovedformålet i ekomloven, nemlig en målsetning om at konkurransen på sikt skal være bærekraftig, og hvor praktiseringen etter hvert skal bidra til å fjerne behovet for særskilt regulering²⁰⁴. En slik markedskonform tilpasning for delmarkeder vil være til fordel for forbruker og mest effektivt for å oppnå de samfunnsmessige målsetningene om bærekraftig konkurranse og et ønske om infrastrukturbasert konkurranse på sikt.

6.3.5 CPA og SMS-C tilgang

I lys av formålsbestemmelsene og generelle prinsipper for regulering av tilgang slik de presenteres over, konkluderer PT i sine analyser at tilgang for CPA og SMS-C operatører ikke vil stimulere til investering av ny infrastruktur. Pt konkluderer med at man ”her beveger seg utenfor kjernen for vedtak i dette markedet”²⁰⁵.

²⁰² Se vedlegg 1, marked 15 pkt.143.

²⁰³ Se PTs vedlegg 2 marked 15(13.Des 2005) pkt.5.2.3

²⁰⁴ Se Ot.prp nr. 58 s 25, samt kap 3 ”grunnleggende vilkår for regulering”.

²⁰⁵ Ibid s36

7 Særlig om immaterielle rettigheter²⁰⁶

7.1 Innledning

Ekomlovens § 4-1 2 ledd siste pkt nr 5, krever at regulator foretar en avveining mellom et tilgangspålegg og dette pålegges forhold til netteiers eventuelle immaterielle rettigheter (heretter IMR). IMR og dette vurderingskriteriet er ikke nærmere utredet i forarbeidene, og må derfor tolkes i lys av formålsbestemmelsen, EU-direktivene og tilhørende anbefalinger. Ekomlovens formålsbestemmelse § 1-1 presiserer at, inngrep skal være egnet til å sikre ”fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser”. I forarbeidene²⁰⁷ er det fastslått at en sikring av effektiv bruk er å ”frembringe samfunnsøkonomiske ønskelige endringer både i form av nye produkter og produksjonsprosesser”. I denne sammenheng er det viktig å presisere at loven er teknologinøytral, dvs at loven skal sørge for at myndighetene ikke favoriserer den ene eller den andre teknologi, i målet om å oppnå en effektiv utnyttelse av de tilgjengelige ressurser i henhold til § 1-1.

Et illustrerende eksempel på slike immaterielle rettigheters betydning er de tekniske standarder i ulike sektorer som sørger for en nødvendig kompatibilitet gjennom en ”interconnection” av ulike nettverk/kommunikasjonsplattformer. For at de ulike nettverk skal være kompatible og fungere optimalt for forbruker slik dette formålet i særlig grad er uthevet i forarbeidenes bemerkninger til § 1-1, er det sentralt at en utvikling i nye produkter eller produksjonsprosesser i mobile nettverk ikke skal føre til større vanskeligheter for sluttbruker eller hans eventuelle valgmuligheter i disse. Det er i denne sammenheng fastsatt diverse standarder i sektoren som muliggjør teknisk kompatibilitet mellom ulike tekniske nettverk i sektoren, slik at de ulike aktører har en mulighet til å tilby sine tjenester uavhengig av valg av operatør.

²⁰⁶ Se note 138.

²⁰⁷ Se Ot.prp. nr. 58 s 84.

En teknisk standard som muliggjør denne kompatibiliteten defineres av ISO som;

”a document, established by consensus and approved by recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for activities or their result, aimed at the achievement of the optimum degree of order in a given context”²⁰⁸.

Denne “consensus” for hvorledes nettverkene skal fungere optimalt for alle brukere innebærer at rettighetene til disse standarder er tilgjengelig til alle på et grunnlag som fører til en effektiv utnyttelse av de til enhver tid tilgjengelige ressurser. I de tidligere kapitler ble det foretatt en gjennomgang for hvordan generelle fasiliteter optimalt kan fordeles i samfunnet basert på ulike kriterier som kapasitet, bærekraftig konkurranse og eventuelt deres nødvendighet i produksjon av varer og tjenester. Det vil for den videre fremstilling av aktuelle standarder være fornuftig å foreta en funksjonell inndeling²⁰⁹;

1. Kompatibilitet og integrasjon (allow technical compatibility and interoperability across technical networks)
2. Kvalitet (uniform products produce greater ”externalities”).

Standarder vil som et utgangspunkt bare fungere effektivt dersom de er fritt tilgjengelig (dvs. adgang ved et minimum av forpliktelser), vidt akseptert, og på et grunnlag som ikke bryter imot deres formål i egenskap av å være en ”standard”.

Selv hvor en standard angivelig vil være beskyttet av IMR, vil markedet bare kunne akseptere disse de facto standarder dersom disse ikke er eksklusivt kontrollert. Den videre fremstilling vil fokusere på nødvendige vurderingselementer for tilgang til disse tekniske standarder som er utviklet gjennom ”de facto, de jure, or soft law development”²¹⁰.

²⁰⁸ Se Ian Walden, *Telecommunications Law and Regulation*, 2005, Ian Walden og John Angel

²⁰⁹ Ibid s 344.

²¹⁰ For en gjennomgang av hvordan slike standarder har utviklet seg, se Walden og Angel s 348-352.

Et sentralt og viktig moment vedrørende ekomsektoren er den utviklingen som ville finne sted i fremtiden hva gjelder forskning og utvikling av nye produkter og plattformer. Det er nå en sektor som har gått fra å være basert på statlige monopoler, og som nå beveger seg mot en konkurransedyktig sektor. Det er sentralt for den videre utvikling i denne sektoren at man høster frukter av det arbeidet som blir nedlagt i å utvikle nye produkter og plattformer for kommunikasjon. Dersom slike tekniske standarder, om disse baserer seg på kompatibilitet eller kvalitetsmessig utvikling gjennom innovasjon i produkter, software, kvalitet i overføring (hastighet/kapasitet) eller lignende blir utsatt for en reguleringspolitikk som ikke ivaretar interessene til utvikler, vil man kunne stå over for en problemstilling som innebærer mindre vilje til innovasjon og utvikling i sektoren til skade for forbruker²¹¹. Det er derfor viktig at slike rettigheter også respekteres, og hvor en for lett tilgang til slike rettigheter vil undergrave utviklingen av slike, da en lett tilgjengelighet fører til en slags ”free-rider” problemstilling hvor en part bærer all risk, men samtidig må dele alle de oppnådde fordeler.

Det sentrale ved immaterielle rettigheter er at de søker å beskytte den utviklende part samtidig som de søker å sørge for at de oppnådde fordeler skal brukes til samfunnets beste.

I den anledning presiseres det at;

If IP exclusively controlled by one individual, the possibility of that important innovation becoming unreasonably lost to society is high. In response to this, the grant of an IP right is limited in time and remit. It is argued that this provides a balance between the exclusivity required for people to create, and the freedom required for society to benefit from the creation. This conflict within IP, between “the desire for the widespread diffusion of new products and processes and the need to create sufficient incentives for firms to engage in innovation, is reflected in the conflict between standards and IP²¹².

²¹¹ Jeg viser til Kap 6. vedrørende investering og innovasjon i sektoren på det generelle grunnlag. Det vil i den videre fremstilling også se nærmere på innvirkningen av IMR.

²¹² Ibid s 355.

Problemstillingen i den videre fremstilling, vil være å utrede om det er grunnlag for å hevde at man har et spesielt ansvar i markedet dersom man har kontroll på immaterielle rettigheter som er nødvendig for produksjon av tjenester i det mobile kommunikasjonsmarkedet, og hvor grensen eventuelt vil måtte settes i forhold til regulatoriske inngrep og deres formål om regulering til fordel for effektiv ressursanvendelse til fordel for forbrukere. Den videre fremstilling vil fokusere på de rettslige avveininger i denne prosessen, og ikke gå inn på soft-law, som for øvrig kan få en vesentlig betydning i denne prosessen²¹³.

7.2 Samfunnsøkonomiske ønskelige endringer

Dersom det skal pålegges en tilgangsforsikring i henhold til § 4-1 2. ledd siste pkt, skal dette vurderes i forhold til aktuelle immaterielle rettigheter. I denne forbindelse oppstår det et utvidet vurderingselement i henhold til formålet om en ”effektiv ressursanvendelse” i § 1-1. Der mulige regulatoriske inngrep omfatter en fasilitet som er underlagt immaterielle rettigheter, skal inngrep ikke bare på generelt grunnlag være særlig begrunnede, fordi dette er inngrep i eiendomsretten og i avtalesfriheten, men inngrep må i disse tilfeller også ta hensyn til en del av formålet med beskyttelse under IMR, ”the freedom required for society to benefit from the creation”, nemlig det forhold at eiendomsretten avkortes av samfunnsøkonomiske hensyn. Den nærmere utredning av dette vil måtte ta utgangspunkt i de spesielle omstendigheter som gjør at inngrep vil være ”rimelig” i lovens forstand, og på linje med de ovenstående formål presisert i formålsparagrafen. I § 4-1 2 ledd presiseres det at slike inngrep må begrenses til situasjoner hvor alternative fasiliteter ikke er av en slik karakter at det vil være mulig å konkurrere med aktør som har sterk markedsstilling. Det er her viktig å få med seg at denne ”karakter” vil kunne basere seg på ovenstående hensyn som ”kapasitet” og/eller kompetabilitet/integrasjon.

²¹³ For en gjennomgang av soft-law og dens eventuelle innflytelse, se Walden og Angel s 361-367.

Denne vurderingen er ikke nærmere presisert utover vurderingselementene i 2. ledd siste punktum, og det er nødvendig å se denne vurderingen i lys av den konkurranserettslige vurderingen av ”exceptional circumstances” som har utviklet seg i europeisk konkurranserett, evt. om slik tilgang kan argumenteres under ”compulsory licensing”²¹⁴.

I et konkurranserettslig utgangspunkt vil ”compulsory licensing” oppstå i to mulige situasjoner. I det ene tilfellet vil tilgangsforsiktelser kunne vurderes ut ifra et tilfelle der hvor rettighetshaver innehar en dominerende stilling i oppstrømsmarkedet og nedstrømsmarkedet og hvor regulator vil vurdere forpliktelser under såkalt ”vertical leveraging”, altså overføring av markedsrett som minsker konkurranse i nedstrømsmarkedet til skade for forbruker. Slike situasjoner oppstår blant annet der tidligere monopolist er eier av det mobile telekommunikasjons nettverk, og hvor man samtidig er aktiv i nedstrømsmarkedet. Problemstillingen er fremholdt i PTs virkemiddeldokument hvor de presiserer det som et av flere mulige konkurranseproblemer i forbindelse med nettverkskonkurranse i marked 15²¹⁵.

I det andre tilfellet vil tilgang under ”compulsory licensing” innebære en vurdering av tilgang til nødvendig informasjon e.l (fasiliteter) som er nødvendig for utviklingen av et konkurrerende produkt, altså der hvor produktinnovasjon ikke kan anvendes uten tilgang til den opprinnelige immaterielle rettighet. Denne skiller seg fra det første eksempelet idet den nye aktør vil kunne konkurrere med rettighetshaver også i et oppstrømsmarked. Hovedpoenget i denne analysen vil være at innovasjonsmangelen i markedet på bakgrunn av redusert tilgang til essensielle immaterielle rettigheter er til skade for samfunnet generelt gjennom såkalte ”deadweight losses”.

I et europeisk perspektiv vil tilfellet av missbruk av dominerende stilling i ekomsektoren også innbefatte tilfeller hvor det er snakk om IMR rettigheter, da det ikke skilles sterkt på missbruk av dominerende stilling basert på markedsandeler generelt sett, eller om slike markedsandeler er basert på forhold som innbefatter IMR. Allikevel er det i henhold til

²¹⁴ Det rettsgrunnlag som vil benyttes i argumentasjonen er gjennomgått i Kap. 9 hos Walden og Angel fra s 368-375, og i en nyere artikkel av Francois Lévêque, Innovation, leveraging, and essential facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, World Competition, 28(1) 71-91, 2005. Tilgjengelig på http://www.microeconomix.com/documents/pdf/05_01_WorldComp.pdf

²¹⁵ Se PTs virkemiddeldokument s 15

rettspraksis i EU avklart at fordi en tilgangsforskrift i slike rettigheter, innebærer et inngrep i selve hovedsubstansen av rettigheten, er det klart at ”compulsory licensing” bare skal finne sted der hvor helt spesielle forhold gjør seg gjeldende (exceptional circumstances) i vurderingen om det har funnet sted et missbruk²¹⁶.

Skulle man ha skilt på dominerende stilling basert på IMR i motsetning til vanlig markedsrett ville man skape en objektiv nektelsesgrunn for missbruk av dominerende stilling i situasjoner der denne skapes i form av IMR. Således ville dette utgjøre en objektiv nektelsesgrunn i medhold av ekomlovens § 4-1 3 ledd. Selv om løsningen i seg selv ikke er gitt slik som diskusjonen under vil vise, vil et slikt utgangspunkt i alle fall ikke være en optimal løsning, som vil bevege denne sektoren mot en bærekraftig konkurranse med en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser til fordel for forbrukere.

Det er allikevel et krav om at man må konstatere en dominerende posisjon i markedet da immaterielle rettigheter i seg selv ikke innebærer en dominerende stilling²¹⁷. Faktisk så er ikke IMR rettigheter noe som konkurransemyndighetene vurderer som et eget felt i konflikt med konkurransereglene, men et felt som heller vurderes som komplimenter til disse regler. I denne sammenheng er det viktig å påpeke at nasjonale immaterielle rettigheter må innvilges innenfor begrensningene av de europeiske konkurranseregler, da Roma-traktatens art. 295 ikke presiserer et unntak for immaterielle rettigheter under disse. Den eksplisitte og konkrete ivaretagelse av IMR på et selvstendig grunnlag skal derfor reguleres av de enkelte medlemsstater²¹⁸. Det er allikevel ikke uvanlig at dette vurderingselementet vurderes under andre vilkår i traktatteksten. For å finne løsninger og elementer som vil måtte gjøre seg gjeldende i tolkningen av ekomlovens § 4-1 2. ledd siste pkt vil man kunne se hen til missbruk av en dominerende stilling i henhold til Roma-traktatens art. 82, men også art. 81 som regulerer tilfeller med traktatsstridende avtaler mellom selskaper, vil kunne gi veiledning. Her vil eventuelle ”patent pooling or cross-licensing activities” mellom selskaper i standardiseringsprosessen og under andre former for fasiliteter i sektoren kunne rammes. Jeg avgrensner mine vurderinger til en fortolkning av ”missbruk” i henhold til art.

²¹⁶ Se Sak 238/87 Volvo, pkt 8, samt sak C-241 Magill pkt 49.

²¹⁷ Se sak 78/80 ECR 487 CLMR 631 1971, Deutsche Gramophon GmbH v. Metro-SB-Grossmarkte GmbH, ”the ownership of a patent or a copyright does not create a dominant position”.

²¹⁸ Se Roma-traktatens art 295 som sier at systemer vedrørende eierrettigheter skal fortsatt bli overvåket av de enkelte medlemsstater og ikke av EU.

82, ”refusal to deal” problematikken, som er mer i retning av ekomlovens § 4-1 bestemmelse om tilgangsforsiktelser.

I den videre fremstilling vil fokuset ligge på tilgang som et avhjelpende middel til fordel for samfunnet som helhet og til beskyttelse av forbrukerinteresser. Tidligere rettspraksis på området gir en viss veiledning i de mulige vurderinger som må foretas i slike tilfeller, og sentrale momenter i disse vil bli referert i det påfølgende. De sentrale utgangspunkt blir ”The EU Microsoft Case²¹⁹, IMS Health²²⁰, Bronner²²¹.

7.3 Effektiv ressursanvendelse og ”Exceptional circumstances”

Som det ble konstatert i tidligere drøftelser skal markedet for mobile telekommunikasjonsnett reguleres etter PTs virkemiddeldokuments prinsipp 3. Dette innebærer da at fasiliteter skal kunne la seg duplisere over tid. Problemstillingen vil da være hva som er en rimelig anmodning om tilgang der fasiliteter omfatter immaterielle rettigheter, og hvordan dette forholder seg til formålet om effektiv ressursanvendelse?

I henhold til § 3-4 3. ledd skal regulering være egnet til å fremme ”bærekraftig konkurranse” og ”nasjonal og internasjonal utvikling”. Dette formålet kan videre utledes av § 1-1, hvor det i forarbeidene kommentarer til denne presiserer at ”bærekraftig konkurranse, foruten av å være et marked uten aktører med sterk markedsstilling, fremholder at dette også innebærer en ”effektiv og hensiktsmessig administrering av knappe ressurser”²²². Slik markedet er definert er ikke markedsforholdene pr. i dag optimale, og nye nettverk må bygges. I denne forbindelse er det presisert at konkurranse er det fremste virkemiddel for å oppnå den ønskede utvikling, og hvor nye aktører i

²¹⁹ Se Sak C-3/37.792, Ec Commission v Microsoft.

²²⁰ Se Sak C-418/01, ECJ 2004, IMS Health GmBh & Co v NDC Health GmBh & Co KG

²²¹ Se Sak C-7/97 Oscar Bronner v Mediaprint,

²²² Se Ot.prp. nr. 58 s 84

”rimelige” tilfeller skal få tilgang til oppstrømsbaserte nettverk slik at de kan danne seg en kundemasse og stige videre på investeringsstigen(ladder of investment).

I denne forbindelse er det av vesentlig betydning at ”effektiv ressursanvendelse” i henhold til § 1-1, skal fremme ”effektiv investering i infrastruktur og valg av fremtidsrettet teknologi”, slik dette også presiseres i § 3-4 3. ledd om nasjonal og internasjonal utvikling, og at de i denne sammenheng fokuseres på ”nye produkter og produksjonsprosesser”. Dette punktet blir sentralt i den videre vurdering for hva som er en ”rimelig” anmodning om tilgang.

Et utgangspunkt for denne vurderingen hva gjelder ”effektiv ressursanvendelse” av tilgjengelige fasiliteter i samsvar med immaterielle rettigheter er Magill-saken²²³, som for øvrig ble avsagt før Bronner-saken, men som inneholdt en vurdering av immaterielle rettigheters betydning ovenfor konkurransereglene.

Saken innbefatter tre ”television broadcasters” i Irland. Hvert av selskapene publiserte en ukentlig tv-guide som var underlagt IMR. Et annet selskap, Magill; forsøkte å publisere program informasjon fra alle aktørene i en samlet tv-guide. Dette ble hevdet å være et brudd på de aktuelle immaterielle rettighetene som informasjonen var underlagt. Magill tok den aktuelle saken til kommisjonen som statuerte at en nektelse av denne informasjonen til Magill var brudd på konkurransereglens ”a Refusal to supply by a dominant undertaking”, jfr. Roma-traktatens art. 82. Denne avgjørelsen ble opprettholdt av Førsteinstansen og EF-domstolen som i denne sammenheng presiserte at ”the exercise of an exclusive right by the proprietor may, in exceptional circumstances, involve abusive conduct”²²⁴. Blandt disse ”exceptional circumstances”, fastsatte EF-domstolen 2. vilkår: ”the prevention by the refusal to licence of users getting a new kind of products and the elimination competition”. Det som er vert å merke seg i denne saken er at den ikke inneholdt noen øvrige elementer av missbruk enn selve leveringsnektelsen. En slik forståelse av hva ”exceptional circumstances” innebærer, er senere reformulert i IMS Health-saken, hvor EF-domstolen presiserer at;

²²³ Se kombinerte saker C-241/91 P, RTE and ITP v Commission [1995] ECR I-743.

²²⁴ Ibid pkt 50.

It is clear from the case-law that, in order for the refusal by an undertaking which owns a copyright to give access to a product or service indispensable for carrying a particular business to be treated as abusive, it is sufficient that three cumulative conditions to be satisfied, namely, that refusal is preventing the emergence of a new product for which there is potential consumer demand, that it is unjustified, and such as to exclude any competition on a secondary market²²⁵.

Flere spørsmål reiser seg i denne forbindelse, blant annet hva et nytt produkt innebærer i forbindelse med § 1-1, slik effektiv utnyttelse av tilgjengelige ressurser er presisert over, og hvor sannsynlig må en faktisk produksjon av et slikt nytt produkt være? Videre er det et spørsmål om tillegget fra IMS Health i motsetning til Bronner-saken hva gjelder ”etablering av et nytt produkt”, har tilført et vilkår som bare gjelder IMR saker, da Bronner-saken ikke gjaldt spesifikke immaterielle rettigheter?

Som det ble nevnt innledningsvis er ikke rettspraksis innen EU eksplisitt på et skille mellom fasiliteter basert på IMR og andre former for fasiliteter. Tar man utgangspunkt i Roma-Traktatens art 82.b som presiserer at leveringsnektelsen må føre til en stagnering i produksjon eller markedsutvikling på bekostning av forbrukere, er vilkåret om et nytt produkt i tråd med forbeholdet i å beskytte forbrukere, ”end-users”, og ikke konkurrentene i markedet²²⁶. Dette er også i tråd med ekomlovens syn på konkurransen slik det fremholdes som et sentralt element i forarbeidene til ekomlovens § 1-1, hvorav avveiningen fremholder at ”hensynet til brukeren normalt veier tyngst”²²⁷. Det er derfor grunn til å anta at dette ”new product” vilkåret, må bringes inn under en analyse om en tilgang til en fasilitet basert på IMR eller ikke, er ”rimelig” i henhold til § 4-1 jfr. §§ 3-4 3. ledd og 1-1, hvor det i forarbeidene eksplisitt refereres til at en ”effektiv ressursanvendelse må frembringe samfunnsøkonomiske endringer i form av nye produkter og produksjonsprosesser”.

I et økonomisk perspektiv vil en redusering av ”output” av en monopolist, da også muligheten for produksjon av et nytt produkt, redusere ”social welfare and consumer

²²⁵ Se sak C-418/01 ECJ 2004, IMS Health GmbH & Co v NDC Health GmbH & Co KG.

²²⁶ Dette er også i linje med forarbeidene i Ot.prp nr. 58 s. 84, som eksplisitt presiserer at det er beskyttelse av selve konkurransen som er et hovedmål, samt interesser til forbrukere.

²²⁷ Se Ot.prp nr. 58 s 84.

surplus”. Isolert vil årsaken være at prisen på det aktuelle produkt settes høyere enn marginal kostnaden, noe som igjen kan føre til at noen forbrukere vil være ekskludert fra å benytte seg av godet, ”a deadweight loss occurs”²²⁸. En balansegang må foretas i vurderingen om tilgang skal gis til de aktuelle kommunikasjonsplattformer, hvor det er viktig å se at dersom den opprinnelige utvikler eksklusivt mottar all profitt, vil det kanskje utelukke videre innovasjon vedrørende det aktuelle produkt. Mens dersom den utfordrende/rettighetsseekende part vil motta en overstigende verdi fordelt på kostnaden av å utvikle produktet, i konjunksjon med verdien av videreutviklingen av dette, vil en tilgang føre til at selve utviklingen i utgangspunktet ikke ville ha vært iverksatt i det hele tatt²²⁹.

En nyere sak som vil kunne få betydelig innflytelse på forståelsen av de ovenstående punkter er Microsoft-saken, allikevel vil det muligens ta flere år før en endelig avgjørelse foreligger i denne saken. På en annen side vil den allerede nå kaste lys på hvordan kommisjonen anser forståelsen av de punkter som eventuelt må vurderes hva gjelder IMR og tilgang på bakgrunn av en ”effektiv ressursanvendelse” og i samsvar med konkurranserettens forståelse av disse ”exceptional circumstances”.

I 1998 oversendte Sun Microsystems en klage på Microsoft til kommisjonen som hevdet at Microsoft ved sine markedshandlinger brøt de Europeiske konkurranseregler ved å utstede lisenser på diskriminerende vilkår, samt å nekte å gi tilgang til essensiell informasjon innen sine Windows operativ system. Sun Microsystems hevdet at de trengte tilgang til disse systemer for å kunne produsere produkter som var kompatible med Microsoft sine systemer, som for øvrig siden 2000 har hatt en markedsandel i markedet for ”new client PC operating system licences” på over 90 %²³⁰. I følge kommisjonen har Microsoft i denne saken brutt Romatraktatens art 82, ved å ikke gi tilgang til denne informasjonen e.g ” a refusal to supply”. Ved å statuere at 1. Den aktuelle informasjon er en essensiell fasilitet. 2.

²²⁸ Se Francois Lévêque s 76-77.

²²⁹ Ibid s 77.

²³⁰ Se sak C-3/37.792, Ec Commission v Microsoft pkt 430-447, se tabell i pkt 434 som viser Microsoft sine markedsandeler i konjunksjon til de andre aktører.

at tilgangsnektelsen innebærer en overføring av markedsmakt (leveraging), og en utestenging av nye aktører i markedet (forclosure).

Kommisjonen valgte i Microsoft-saken å følge en egenartet analyse som ikke direkte baserte seg på de vilkår som var oppstilt i Bronner-saken eller IMS Health saken for å se om det var brudd på konkurransereglene ”a refusal to supply”, og de konstaterte med dette således at hver sak må analyseres ”on a case-by-case basis”. Dette utgangspunktet er i tråd med Ims-Health saken, hvor retten kommer frem til at den objektive nektelsesgrunn og vurderingen av disse må vurderes av de enkelte nasjonale retter ”on a case-by-case basis”²³¹. Dette synspunktet kan underbygges av førsteinstansen syn på vilkårene i Magill-saken, hvor de gir indikasjoner på at selv om vilkårene i Magill-saken var kumulative, var disse ikke i prinsippet ”exhaustive”. Retten hevder at ”It is sufficient” i motsetning til ”necessary” at man oppfyller kriteriene til ”the exceptional circumstances” i anledning leveringsnektelser²³². På denne måten drar man vilkåret vedrørende manglende innovasjon til skade for forbrukere et skritt videre, man begrenser det ikke til eventuelle særegne tekniske forhold basert på Magill-saken. Kommisjonen kom så frem til at betingelsene oppstilt i Bronner-saken og IMS-Health-saken var oppfylt ved at kravene vedrørende ”indispensability”, ”elimination of competition”, og ”absence of objective justifications” var tilfredsstillt²³³. Det slås med dette fast at immaterielle rettigheter i utgangspunktet ikke utelukker en tilgangsforpliktelse verken etter ekomloven eller etter konkurranseretten, og hvor det er den nærmere avveining av de enkelte forhold i hver enkelt sak, samt de enkelte formålsprinsipper slik de fremstår i ekomloven som er det avgjørende. I det påfølgende skal disse forhold nærmere kommenteres slik de fremstår i ekomloven og slik tilsvarende vurderinger er fremholdt i konkurranseretten.

²³¹ Se sak C-481/01 IMS Health pkt 51.

²³² Ibid pkt 38.

²³³ Ibid pkt 554, som bekrefter standpunktet som videre analyseres i de påfølgende paragrafer i dommen.

7.4 Objektiv nektelsesgrunn og ”new product test”

Når det gjelder IMR og deres innvirkning på tilgangsforsiklinger foretar kommisjonen en analyse av denne betydningen gjennom å inkorporere betydningen av IMR under kravet om ”objective justifications”. På denne måten bekrefter kommisjonen en forståelse at IMR sin rolle i konkurransereglene er nettopp gjennom en slik inkorporering, og ikke en analyse av deres betydning på et selvstendig grunnlag. I ekomloven vil dette fremstå som en del av vurderingen etter § 4-1 2. ledd siste punktum, eventuelt av den enkelte aktør under § 4-1 3. ledd som en objektiv nektelsesgrunn som må begrunnes og dokumenteres.

I Microsoft-saken fastslår Kommisjonen i sin vurdering av brudd på Roma-traktatens art. 82 vedrørende ”a refusal to deal”, at IMR rettigheter ikke er en objektiv nektelsesgrunn i denne sammenheng. De presiserer at det ikke er grunnlag for å forutsi at incentiver i industrien som en helhet blir redusert gjennom en ”compulsory licencing” av disse kommunikasjonsplattformene, tvert imot hevder kommisjonen at Microsoft ved å nekte å tilby tilgang reduserer den tekniske utviklingen i bransjen²³⁴.

Kommisjonen konkluderer med at en ren nektelse av tilgang vil kunne hindre utviklingen av nye produkter i markedet, selv om disse produkter er ukjent i dag. Dette svarer i så fall til dels på spørsmålet over, for hvor sannsynlig produksjonen av et nytt produkt i markedet eventuelt må være. Analysen av dette vilkåret bærer etter mitt syn preg av forståelsen som var opprettet i IMS-Health saken vedrørende forståelsen av betydningen av ”det sekundære marked”. Retten kommer frem til at det ikke faktisk er nødvendig med to faktiske separate markeder, det vil si der hvor det ene markedet preget av den nødvendige fasilitet pr. definisjon innebærer et monopol, og der det finnes et sekundært marked hvor denne oppstrømsfasiliteten er en nødvendighet for den aktuelle konkurranse. I sakens anledning presiserte retten at et slikt sekundært marked vil kunne eksistere selv i tilfeller hvor det er snakk om et hypotetisk marked men hvor; ”The products or services are indispensable in order to carry on a particular business and where there is an actual demand for them”²³⁵.

²³⁴ Se Francois Lévêque s 75, med referanse til pkt 693-700.

²³⁵ Se sak, C-481/01 IMS Health pkt 44.

Her fremmes et interessant synspunkt som kan få betydning for vurderingen i ekomloven og det aktuelle nettmarked. Innledningsvis viste jeg også til at IMR kan få betydning i forhold til kapasitet. Dette er interessant fordi det kan stilles spørsmål om overføring i nettet basert på frekvens (kvalitet og mulig overføringskapasitet), vil kunne få betydning for tilgangsspørsmålet. Markedet og tilgangsspørsmålet må ses i sammenheng med utviklingen som finner sted. Det må taes et ex-ante utgangspunkt hvor det må bli en sentral vurdering for de aktuelle konkurranseforhold mellom aktører hvor denne tilgangen skal settes kvalitets/og kapasitetsmessig. Vil det være mulig for nye aktører å konkurrere med den/de som har sterk markedsstilling dersom denne aktører får tilgang til nettet men på et annet nivå kapasitetsmessig, og hvor netteier nekter tilgang til en ”høyere frekvens” basert på nyutviklet teknologi beskyttet av immaterielle rettigheter?

I Microsoft konkluderer kommisjonen med at den negative innvirkning på innovasjon gjennom ”compulsory licensing” må sees i lys av de positive virkninger dette vil ha for hele industrien, og konkluderer med at sistnevnte må veie tyngst. Kommisjonen presiserer at;

In view of these exceptional circumstances [indispensability of the input, risk of elimination of competition and negative impact on technical development to the prejudice of consumers], Microsoft’s refusal to license cannot be objectively justified merely by the fact that it constitutes a refusal to license intellectual property. It is therefore necessary to assess whether Microsoft’s arguments regarding its incentives to innovate outweigh these exceptional circumstances²³⁶.

Dette er i tråd med antakelsen nevnt over med at konkurranse i markedet prioriteres foran immaterielle rettigheter i markedet. For øvrig er det ikke alltid riktig å antesipere at innovasjon reduseres ved en fordeling av IMR. En viktig notis her er at kommisjonen i stedet for å bygge videre på en ”new product test” som presisert i IMS Health, så velger kommisjonen å vurdere dette punktet ut ifra effekten av tilgangsnektelsen og betydningen denne får for innovasjon både for markedet generelt men også hos Microsoft. Dette er i tråd med presiseringen i kap. 5, hvor det eksplisitt kommenteres at det er viktig for regulator å

²³⁶ Se sak C-3/37.792, Ec Commission v Microsoft pkt 712.

foreta en vurdering ved dette punktet et større samfunnsøkonomisk perspektiv i henhold til de fastsatte formål med reguleringen²³⁷.

På denne måten vinkles vilkåret om et "new product" i Microsoft sin avgjørelse, slik at det blir en test for hvorledes en tilgangsnektelse "prevents the development of the secondary market to the detriment of consumers"²³⁸. I sammenheng med IMS Health-saken så kan det være på sin plass å nevne Advocate General Tizzano og hans rådgivende uttalelse, hvor han presiserer nærmere sin forståelse av vilkåret om et nytt produkt;

More specifically, I consider that the refusal to grant a licence may be deemed abusive only if the requesting undertaking does not wish to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on the secondary market by the owner of the intellectual property right but intends to produce goods or services of a different nature which, although in competition with those of the owner of the right, answer specific consumer requirements not satisfied by existing goods or services.

Således konkluderes det med at vilkåret er oppfylt, selv om produktet er konkurransedyktig i markedet hvor den immaterielle rettighet stammer fra. Dette er helt sentralt i forhold til problemstillingen som kan gjøre seg gjeldende hva gjelder kapasitet. Det er således i henhold til § 1-1 forbrukers synspunkt og valgmuligheter for om dette produktet er ønskelig som skal veie tyngst, og om det opprinnelige produkt er subsidierbart i denne sammenheng. Samtidig kan det ut ifra ovenstående prinsipper konkluderes med at det vil være en "uforholdmessig" tilgang i henhold til § 4-1 2. ledd siste pkt. nr 5 dersom en rettighetshaver beskyttet av IMR vil måtte dele sine eksklusivitetsrettigheter utelukkende på bakgrunn av at de nye aktører presumerer å være tilsvarende mer effektivt i markedet.

²³⁷ Vurderingen av alle disse elementer presiseres i dommens pkt 693-712, spesielt pkt 712.

²³⁸ Se Francois Lévêque s 76. Hvor det presiseres i denne sammenheng at det er tapet i verdien av det uproduerte/uoppgraderte produktet i markedet som er det sentrale.

7.5 Avhjelp og ”forholdsmessig dekning”

Tar man utgangspunkt i tilfellet der man vil måtte vurdere tilgang til en essensiell immateriell rettighet på bakgrunn av de fordeler som ønskes oppnådd til beste for utviklingen i markedet og for forbrukere, så må rettighetshaver bli kompensert slik at den generelle innovasjon på deres vegne men også markedet ikke blir svekket. I den anledning presiseres det at resultatene for hvilken pris som innebærer en forholdsmessig dekning vil være svært følsomme ovenfor hvilke antakelser som legges til grunn, det er derfor ikke grunnlag for å utlede generelle resultater²³⁹. I de seneste vedtak fra post og teletilsynet hva gjelder marked 15 og 16 i henhold til anbefalingen, er det i spørsmålet om kompensasjon snakk om en ”forholdsmessig dekning”²⁴⁰ som PT mener vil kunne inkorporeres av rettighetshaver gjennom de enkelte avtaler.

Det kan være greit å skille mellom en slik forholdsmessig dekning hva gjelder tilgang til en fasilitet som søker å opprettholde tilstrekkelig innovasjon i markedet, og der tilgang kreves for å opprettholde en tilstrekkelig konkurranse i nedstrømsmarkedet. De kort omtalte kompensasjonsmodeller som presenteres under vil kunne gi en god illustrasjon av de avveininger som må foretas mellom allokeringer og kostnadseffektivitet. Med utgangspunkt i det første alternativet argumenteres det i teorien for en pris som er rimelig, men ikke nødvendigvis optimal slik som man oftest opererer med i et økonomisk utgangspunkt. Prinsippet om forholdsmessig dekning kan kanskje stamme fra USA hvor dette utgangspunktet ofte benyttes i saker vedrørende brudd på patent rettigheter. Prinsippet innebærer at man ser for seg en hypotetisk forhandling mellom rettighetshaver og parten som ønsker tilgang og hvordan dette utfallet ville kunne blitt dersom man forutsatte en foretningmessig forhandling vedrørende tilgangen. Utgangspunktet i forhandlingen blir tidspunktet for det eventuelle traktatbrudd. Den forholdsmessige prisen vil være, ”the minimum the licensor would have been willing to accept and the maximum the licensee would have been willing to pay”. Deretter introduseres ytterligere 15 vilkår som vil avgjøre ytterpunktet og det mest sannsynlige utfallet, disse vilkår refereres til som den såkalte

²³⁹ Se Konkurransetilsynets rapport, Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse s.38.

²⁴⁰ Se vedtak marked 15, 5. august 2005, og vedtak marked 16, 24. mai 2005.

”fifteen Georgia-Pacific factors”²⁴¹. Systemet fokuserer på tidligere erfaringer som er sammenlignbare. En problemstilling som oppstår ved slik tilgang i ekomsektoren, er at aktører opprinnelig var statlige monopoler, og hvor sammenligning kan være vanskelig eller umulig. En spesiell faktor som gjør seg gjeldende for denne sektoren er de statlige midler som er benyttet ved finansieringen av de aktuelle IMR. Hvordan skal man forholde seg til denne verdien?, og vil disse eventuelt måtte trekkes ut av analysen?

I Microsoft saken stod man ovenfor noe av den samme problemstilling hvor Microsoft tidligere hadde gitt tilgang til fasilitetene uten krav på ”en forholdsmessig dekning” av sine investeringer, som et ledd av markedsstrategi. Uten å måtte presentere et konkret svar på dette, konstateres det at problemstillingen er vanskelig. Et mulig utgangspunkt dersom man har et spesifikt krav om tilstrekkelig konkurranse i nedstrømsmarkeder, vil være å holde auksjoner for tilgang til de aktuelle fasiliteter for således å sette prisen i henhold til den høystbydende, med forbehold om videresalg dersom innovasjonsplaner skulle strande.

Et annet utgangspunkt vil også kunne være Baumol and Willig’s ECPR formula²⁴². Dette utgangspunktet er at tilgangsprisen settes til den marginale produksjonskostnad pluss et rimelig tillegg for det tap som rettighetshaver lider i nedstrømsmarkedet grunnet den økte konkurransen. Altså en pris som sikrer at nedstrøms produksjon foregår på en best mulig effektiv måte. Det minnes her om at man generelt ikke ønsker å allokere allerede realisererte verdier i sektoren gjennom en omfordeling av markedsandeler, men at inngrep må innebære et positivt skift i innovasjonsaktivitet. ECPR formularet sørger derfor for at rettighetshaver kommer like godt ut ved å tilby tilgang, som dersom han hadde nektet å gi tilgang til sine immaterielle rettigheter²⁴³. I den store sammenheng vil det være viktig å ivareta de immaterielle rettigheter, da en for sterk tilgangsregulering på urimelige vilkår

²⁴¹ Se Francois Lévêque s 88.

²⁴² Se Pierre Règebeau and Katherine Rockett, University of Essex and CEPR, The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach, June 2004, tilgjengelig på; <http://www.essex.ac.uk/economics/discussion-papers/papers-text/dp591.pdf>

²⁴³ Se Konkurransetilsynets rapport, Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse fra s 38 - 42 for en grundigere gjennomgang av mulige kompensasjonsteorier og konkurransetilsynet syn på fastsettelse av kompensasjon i et tilfelle som omhandler essensielle fasiliteter.

sett fra rettighetshavers side, vil innebære en ex-post omgjøring av immaterielle rettigheter som opprinnelig er tilkjent.

7.6 Oppsummering

I ekomsektoren vil utgangspunktet være ex-ante regulering, hvor man ser på den sannsynlige utviklingen av sektoren i fremtiden. Det er i slike tilfeller nødvendig å presisere at inngrep vil måtte basere seg på en viss standard av sannsynlighet, men at denne standarden vil kunne være lavere enn i et ex-post utgangspunkt med begrenset muligheter for regulering. Immaterielle rettigheter er gitt med forbehold av gjeldende konkurranseregler i samfunnet, og som vurderingen over viser vil rettighetshaver måtte dele disse under spesielle omstendigheter. Det viktigste for regulator er å foreta en vurdering i henhold til en ”effektiv ressursanvendelse” slik formålsparagrafen presiserer dette, og se til aktuell veiledning i konkurranseretten, eksempelvis IMS-sakens standard for slike omstendigheter. Med forbehold for førsteinstansen og eventuelt EF-domstolen sine synspunkter vedrørende kommisjonens vurderinger under Microsoft-saken, vil prinsippene i denne saken, spesielt forholdene vedrørende objektive nektelsesgrunner og innovasjonsincentiver i markedet som en helhet, innebærer viktige analysepunkter som regulator må vurdere under vilkåret hva gjelder immaterielle rettigheters betydning ved tilgangsforsiktelser. Dessuten vil man kunne legge betydelig vekt på forbruker valg og generelle fordeler for forbrukere i sluttbrukermarkeder. Steven Andermann²⁴⁴ oppsummerer utgangspunktet ved å legge vekt på at;

“IPRs may be viewed therefore as a form of “licence” or leasehold conferred by the state to innovators for a limited period to pursue the ends dictated by the legislation that give them

²⁴⁴ Frodham University Conference, International Intellectual Property Law and Policy, New York 15.04.04, Professor Steven Andermann; Compulsory Licences under EC Competition Law: Microsoft and IMS and the “exceptional Circumstances” Test, tilgjengelig på; http://www.intellectual-property.gov.uk/ipac/pdf/wkshp_anderman.pdf.

their protected status. This licence has certain checks and balances within it but those exercising the license are still bound by regulatory legislation such as environmental laws, health and safety laws, product liability and drug safety laws that restrict the free exercise of intellectual property rights in the public interest. It is true that there is an important public interest in the incentive effects of IPRs but this must be reconciled with, and cannot automatically trump, these other public interest concerns”.

8 Avsluttende bemerkninger og veien videre

Oppgavens sentrale problemstilling knytter seg til vurderingen av hva som er en rimelig anmodning om tilgang til mobile telekommunikasjonsnettverk i henhold til ekomlovens § 4-1, spesielt i lys av de skjønnsprege vurderingselementer i § 4-1 2. ledd siste pkt.

Det fremholdes ingen konkret konklusjon i forhold til det relevante marked, men oppgaven utdyper de aktuelle vurderingselementer som gjør seg gjeldene i spørsmålet om ”rimelig anmodning om tilgang”. Disse vurderingselementer er ikke uttømmende og sektorens utvikling, konvergens og eventuelle konsolidering vil få en vesentlig betydning for vekten av de enkelte elementer.

Oppgavens drøftelser viser at det sentrale elementet for reguleringen, er å sikre forbrukere rimelige og fremtidsrettede løsninger i sektoren. Det er fremhevet at det er en utfordring for sektoren å nå frem til slike fremtidsrettede løsninger som er avhengig av en effektiv ressursanvendelse. På bakgrunn av vesentlige regulatoriske, strategiske og strukturelle etableringshindringer, er det stilt spørsmålsteget om sektoren er i stand til å løse tilhørende konkurranseproblemer gjennom foretningmessige forhandlinger uten en videre regulering.

Det er presentert til dels sterke holdninger for at sektoren slik den fremstår i dag, ikke vil kunne oppnå oppsatte målsetninger foruten en sektor spesifikk regulering. Konkurranseretten setter uavhengig av den sektor spesifikke reguleringen skranker for foretningdriften, men det viser seg på bakgrunn av sektorens særegne forhold vedrørende mulighet for duplisering av konkurransedyktig infrastruktur, at det er nødvendig med ytterligere regulering for å stimulere til en ytterlig konkurranse i denne sektoren.

Det er fremholdt et sterkt ønske om en effektiv og harmonisert anvendelse av regelverket mellom EU og EØS landene, hvorav en utvidet konsultasjonsprosedyre påkreves der hvor vedtak fattes hvor det er snakk om definering av nye markeder, aktører med sterk

markedsstilling eller tilegnelse av særlige forpliktelser hvor dette kan påvirke handelen mellom EØS-landene.

Tilgangsbestemmelsen er tilpasset den utvikling i teknologi og konvergens som har funnet sted i markedet. Det er fremholdt at denne bestemmelsen er meget sentral for stimulering av konkurransen i markedet og for å få etablert flere aktører som vil sikre et konkurransedyktig og bærekraftig marked i fremtiden. I PT forum okt.2006²⁴⁵ ble det fra den dominerende aktør ”Telenor”, fremlagt selskapets visjoner fremover i markedet. Det konstateres at mobil og nomadisk brukeratferd utvides, og hvor det i særlig grad pekes på en endring av hvordan man ser på markedet frem mot 2010. Det ble fremholdt at de ulike markeder og deres forbindelseslinjer i samsvar med brukeratferd i større grad skal sees på som ”ett marked”, altså ett nett og en tjenesteplattform for alle segmenter, tjenester og aksess. Det ble fremholdt at man vil bevege seg fra mange vertikale tjenestenett til ett nett som bærer alle tjenester, altså en stor konsolidering av nett. Dette vil få, og har fått en sentral betydning i vurderingen av de vilkår som er diskutert i § 4-1 2. ledd siste punktum.

Det ble fremholdt at kapasitet vil kunne være en aktuell etableringshindring, som får betydning for en riktig fordeling/allokering mellom netteier og nye/etablerte aktører. Det ble påpekt at en anmodning om tilgang i de fleste tilfeller ville kunne være rimelig på bakgrunn av en avgjørende vekt på konkurranseutvikling i markedet. Den videre utvikling og konsolidering av markedet vil komplisere denne fordelingsproblematikken i et juridisk perspektiv, men som det ble påpekt så forutsetter dette allikevel at det er en mangel på kapasitet eller frekvensressurser. En fremtidig problemstilling hva gjelder kapasitet vil kunne gjøre seg gjeldende, og det er på hvilket nivå kapasitetsmessig en tilgangsforsikring må settes. Vil man kunne yte ”nødvendig konkurranse” på et lavere nivå kapasitetsmessig, og vil prinsippet om ”ladder of investment” være en objektiv nektelsesgrunn i medhold av 3.ledd for ”den øvre kapasitet” i slike tilfeller?

²⁴⁵ Se Npt.no under aktuelt, PT-forum, forfatter var tilstede og refererer etter egen oppfatning.

Det ble videre fastlagt at ex-ante regulering ikke bare fokuserer på konkurranseforholdet partene seg imellom pr i dag, men også fokuserer på utviklingen av et slikt konkurranseforhold, i tillegg til ytterligere politiske og samfunnsøkonomiske forutsetninger i fremtiden. Investeringer og innovasjon vil være sentral i den ønskede utvikling av markedet. Det ble presisert at offentlige tilskudd i den tidlige etableringsfasen må få betydning for tilgangsforsiktelser og eventuelle omfordelinger av slike rettigheter i dag. Eventuelle velferdsmessige tap for forbrukere må oppveies mot innhogg i private aktørers eiendomsrett.

Det konstateres også at bærekraftig konkurranse er en av de viktigste formål med inngrep etter sektor spesifikk regulering. En minimumsregulering slik dette også fremgår av forholdsmessighetsprinsippet må få vesentlig vekt. Det bemerkes at dette prinsippet vanskelig lar seg presist definere, fordi det avhenger av den utvikling som finner sted i markedet, og at tilgangsforsiktelser derfor må være egnet til å bedre ressursbruk, eventuelt effektivisere denne, samt gi en høyere verdiskapning ikke bare slik situasjonen er på analysetidspunktet men også for den nærmeste fremtid. Slik prinsippet om ”investeringsstigen” igjen gjør seg gjeldende, vil det sentrale være at man ikke ”øker” reguleringen, men utvikler tilgangsforsiktelser slik at de tilfører markedet noe i fremtiden i form av ytterligere nettverkskonkurranse.

Til slutt påpekes det i sammenheng med investeringer og innovasjon, ulike implikasjoner ved eventuelle immaterielle rettigheter i sektoren. Denne problemstillingen er kanskje ikke like aktuell slik det relevante marked fremstår i dag, men med tanke på utviklingen av markeder slik det ble fremstilt på PT-forum, vil en konsolidering av markedene kunne føre til ytterligere utvikling av nye produksjonsprosesser i denne sektoren, som igjen kan bli gjenstand for beskyttelse i form av immaterielle rettigheter. Det ble i denne sammenheng påpekt at den eksklusive utnyttelse av slike ressurser må avveies mot, “the exclusivity required for people to create, and the freedom required for society to benefit from the creation”. I denne sammenheng ble formålsparagrafens kommentarer for en effektiv utnyttelse og utvikling av nye produkter og produksjonsprosesser fremholdt som særlig

viktige der duplisering av tilgjengelige produksjonsfasiliteter er vanskelig slik sektoren fremstår i dag.

Slik bestemmelsen fremstår i forhold til det relevante marked i dag, og så lenge det finnes aktører med vesentlige markedsandeler, sterk markedsstilling, samt vedvarende etableringshindringer, skal det nok mye til for at en anmodning om tilgang ikke er rimelig i forhold til ekomlovens § 4-1.

9 Litteraturliste

9.1 Litteratur

Alison Jones, *Ec Competition Law, Text, Cases and Materials*, Alison Jones og Brenda Surfrin, 2004

Bavasso Antonio, *Communications in EU Antitrust Law*, 2003

Echoff, Torstein, *Rettskildelære*. 5 utgave ved Jan E. Helgesen. 2001

Falch Ingvald, *Rett til nett, konkurranse i nettbundne sektorer*, 2004

Graver Hans Petter, *Forvaltningsrett i markedsstaten*, 2002

Larouche Pierre, *Competition law and regulation in european telecommunications*, 2000

Nihaul Paul, *EU Electronic Communications Law*, Nihaul Paul og Redford Peter, 2004

Walden Ian, *Telecommunications Law and Regulation*, Walden Ian og Angel John, 2005

Whish, Richard: *Competition Law*, 5. utgave, 2003

9.2 Lover

Lov om elektronisk kommunikasjon, 4 juli 2003, nr 83

9.3 Forarbeider

Ot. Prp. Nr 58 (2002-2003) Om lov om elektronisk kommunikasjon

9.4 Traktater

Directive 2002/21/EC, on a common regulatory framework

Directive 2002/19/EC, on access and interconnection

Directive 2002/22/EC, on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services

9.5 Forskrifter

Ekomforskriften, 16. februar 2004, nr. 4001

Offentlignettforskriften 5. desember 1997 nr 1259 (opphevet)

9.6 EU rettspraksis

Sak 27/76, United Brands vs Commission

Sak T-342/99, Airtours v Commission

Sak C-30/95 France and others v Commission

Sak C-333/94 Tetra Pak v Commission

Sak 322/81, Michelin v Commission

Sak 6/73, Commercial Solvents

Sak L-61/32, De Post-La Post

Sak 311/84, Tèlèmarketing

Sak C-310/93, British Gypsum v Commission

Sak C-333/94, Tetra pak II

Sak L-30/1, BA v Commission

Sak T-219/99, British Airways v Commission

Sak T-228/97, Irish Sugar v Commission

Sak C-62/86, Akzo Chemie Bv v Commission

Sak 85/76, Hoffman-La Roche v Commission

Sak 6/73 & 7/73, Commercial Solvents Corp v. Commission sak,

Sak Sea Containers v. Stena Sealink, EC (94/19, note 153 fiks

Sak T-504/93 Tiercè Ladbroke

Sak 119/94/EC, Port of rødby

Sak C-3/37.792, Ec Commission v Microsoft

Forente saker C-241/91 P, RTE and ITP v commission
Sak C-143/83 Kommisjonen mot Danmark
Sak C-478/99 Kommisjonen mot Sverige
Sak C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co.KG, Opinion AG.Jacobs
Sak C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co.KG
Sak C -163/99 Portugal mot Kommisjonen
Sak C 265/2, [1998] 5 CMLR 821, OJ [2001]
Sak Aams and others v Commission [2001] ECR II-0000

9.7 Norsk rettspraksis

Rt. 2000.s 1811, Finnanger-dommen

9.8 Artikler

LoR 2004 nr 6, Hans Petter Graver, forbud mot missbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11

LoR 2003, Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde

LoR 1996, Olav Kolstad, samhandelskriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 og 54

Erasmus Law and Economics Review 1, no 3. Nov 2004, Gabrielle Stirati, the appraisal of collective dominance and efficiency gains under the substantive test of the new Eu merger regulation.

9.9 Retningslinjer og anbefalinger fra aktuelle organisasjoner

ERG (03)30rev1, ERG Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework.

ERG (05)70rev1, ERG Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework. (Oppdatert Nov.2005).

EU-kommisjonens retningslinjer 2002/C 165/03 om markedsanalyser og beregning av sterk markedsstilling.

Oftel's market review.

Commission Recommendation 11/02/2003, 2003/311/EC med Explanatory Memorandum.

ECON rapport nr. 2003-84. Prosjekt nr.37880.

IRGs Common interpretation of the SMP concept.

Konkurransetilsynets rapport, Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse, 01/2002.

9.10 Post og Teletilsynets dokumenter

Post og Teletilsynet, Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbyder med sterk markedsstilling, 14.okt. 2004

Post og Teletilsynets, Varsel om vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 15

Post og Teletilsynets, Metode for Markedsanalyse 24.mars 2004

Nasjonale høringer vedrørende Analyse av markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett, Telenor 2.2.2004

9.11 Andre dokumenter

Remedies under the new EU regulation of the communications sector, ETNO 20 June 2003, <http://www.casecon.com/data/pdfs/ETNOfinalreport.pdf>

Report prepared for Post och Telestyrelsen, Sept 1. 2004. Dr. Erik bohlin, Dr. Paola Garrone, Investment, Innovation and Telecommunication Regulation: What is the role of

the NRA, tilgjengelig: [www.pts.se/Archive/Documents/ SE/Bolin_PTS-investering-innovation-040901.pdf](http://www.pts.se/Archive/Documents/SE/Bolin_PTS-investering-innovation-040901.pdf)

Kjetil Anderson, Håkon Flage Brattsberg, Bjørn Hansen og Ole Christian Wasenden, Et mulig reguleringsregime for IP-telefoni, tilgjengelig: www.telenor.com/rd/pub/rep04/R_25_2004.pdf

World Competition 28(1) 71-91, 2005, Francois lèveque, Innovation, leveraging, and essential facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, tilgjengelig: http://www.microeconomix.com/documents/pdf/05_01_WorldComp.pdf

University of Essex and CEPR, June 2004, Pierre Règebeau and Katherine Rockett, The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach, tilgjengelig: <http://www.essex.ac.uk/economics/discussion-papers/papers-text/dp591.pdf>

Fordham University Conference, International Intellectual Property Law and Policy, New York 15.04.04, Professor Steven Andermann, Compulsory Licences under EC Competition Law: Microsoft and IMS and the “exceptional Circumstances” Test, tilgjengelig: http://www.intellectual-property.gov.uk/ipac/pdf/wkshp_anderman.pdf

10 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>