



Arbeids- og administrasjonsdepartementet
v/KPA
Pb. 8004 Dep
0030 Oslo

Dato: 6. september 2002

■ Høring – utkast til lov om elektronisk kommunikasjon

1. Bakgrunn

Konkurransetilsynet viser til brev av 26. juni 2002 fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD) vedlagt brev datert 19. juni 2002 fra Samferdselsdepartementet (SD). I brevet ber AAD tilsynet om å utarbeide høringsuttalelse til høringsnotat (høringsnotatet) om og forslag (utkastet) til lov om elektronisk kommunikasjon. Frist for tilbakemelding til AAD er 6. september 2002. Konkurransetilsynets merknader vil i hovedsak rette seg mot de områdene i utkastet som har berøringspunkter mot konkurranseretten og/eller mot Konkurransetilsynets kompetanse.

2. Generelt om utkastet til lov om elektronisk kommunikasjon

Sett fra et konkurranserettslig synspunkt vil Konkurransetilsynet innledningsvis peke på to forhold. For det første merker tilsynet seg at bakgrunnen for utkastet er EUs nye regelverkspakke for elektronisk kommunikasjon.¹ Konkurransetilsynet merker seg samtidig at et av formålene bak denne regelverkspakken er å legge forholdene bedre til rette for en gradvis overgang fra en sektorbasert regulering til en regulering basert på de generelle konkurransereglene. Som det vil fremgå mener tilsynet at dette bør få betydning for utformingen av enkelte av bestemmelsene, blant annet lovens formålsbestemmelse. På den annen side vil Konkurransetilsynet understreke at det er av avgjørende betydning for Konkurransetilsynet at konkurransemyndighetene ikke på noen måte skal være bundet av vurderinger og/eller beslutninger/vedtak truffet av myndigheten med hjemmel i lov om elektronisk kommunikasjon.

Konkurransetilsynet er dessuten av den generelle oppfatning at hensynet til språklig og innholdsmessig sammenheng både i den nye loven om elektronisk kommunikasjon og i forhold til konkurranseloven tilsier at begrepsbruken både i lovteksten og i forarbeidene revurderes. Entydig begrepsbruk bør tilstrebes. Blant annet foreslår tilsynet at uttrykket ”bærekraftig konkurranse” i sin helhet erstattes med det mer innarbeidede uttrykket ”virksom konkurranse”.

¹ Se om regelverkspakken:

http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm

3. Merknader til utkastet kapittel 1 – Innledende bestemmelser

3.1 Merknader til utkastet § 1-3 Formål

Det fremgår av utkastet § 1-3 at lovens formål er å bidra til å sikre brukerne gode, billige og fremtidsrettede tjenester på området for elektronisk kommunikasjon. I høringsnotatet skriver SD at lovforslaget blant annet skal bidra til ”effektiv ressursutnyttelse”.² Videre skriver SD at “[f]ormålet med det nye regelverket er at det skal bidra til å skape bærekraftig konkurranse slik at tilsynet etter hvert kan ivaretas gjennom konkurranseretten”.³ Dessuten fremheves det at regelverket på området for elektronisk kommunikasjon ”bør tilrettelegges for en gradvis overgang til generell konkurranserett”.⁴

Etter konkurransereglene er formålet å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse, jf konkurranseloven⁵ (krnl.) § 1-1. Virksom konkurranse er ikke i seg selv et mål, men er et middel for å nå målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Konkurransetilsynet vil opplyse om at i forbindelse med revisjonen av konkurranseloven drøftes spørsmål knyttet til konkurranselovens formål, men slik arbeidet står nå synes lovens formål videreført uten realitetsendringer.

Tilsynet mener det bør vurderes å endre utkastets formål. Ordlyden i utkastet § 1-3 kan f. eks. lyde: ”Lovens formål er å sørge for effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser på området for elektronisk kommunikasjon, blant annet for å sikre brukerne gode, billige og fremtidsrettede tjenester.” Når Konkurransetilsynet går inn for at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser bør tas inn i lovens formålsbestemmelse, er nettopp den gradvise overgangen til generell konkurranserett på området for elektronisk kommunikasjon et sentralt moment. Hensynet til sammenheng og konsekvens mellom konkurranseloven og den nye loven om elektronisk kommunikasjon blir etter tilsynets mening bedre varetatt dersom formålsbestemmelsen endres i tråd med ovennevnte forslag. Konkurransetilsynet er usikker på om det i lovens formålsbestemmelse bør tas inn en henvisning til hvilket virkemiddel som best sørger for effektiv bruk av samfunnets ressurser på området for elektronisk kommunikasjon. Virksom konkurranse er – avhengig av hvordan begrepet forstås – normalt et egnet virkemiddel for å sørge effektiv bruk av samfunnets ressurser. På markedet kjennetegnet av betydelige stordriftsfordeler, herunder naturlige monopoler, vil konkurranse ikke nødvendigvis sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser. I disse tilfellene bør markedene reguleres.

Rammedirektivet artikkel 8 nr. 1 annet ledd og nr. 2 – sammen med nr. 3 og nr. 4 – bør dessuten vurderes å være mer styrende for selve utformingen av ordlyden i utkastet § 1-3. Under enhver omstendighet vil tilsynet påpeke at hensynet til virksom konkurranse bør presiseres og utdypes i merknadene til § 1-3, jf. bl.a. rammedirektivet artikkel 8 nr. 2.

Dersom SD velger å beholde utkastet § 1-3, slik at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser ikke eksplisitt nevnes, vil tilsynet peke på at gjennomslagskraften til dette hensynet ved tolkningen av den enkelte bestemmelse i loven kan være noe vanskelig å forutse. For ordens skyld bemerker tilsynet at det med dette ikke mener at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser nødvendigvis skal ha lik vekt i forhold til lovens ulike bestemmelser – spørsmålet om vekten av dette hensynet vil måtte løses etter vanlige prinsipper for tolkning av lover. Bakgrunnen for synspunktet er at hensynet til virksom konkurranse/effektiv bruk av ressurser er eksplisitt nevnt i utkastet §§ 3-4, 4-6, 6-1, 6-2, 6-4, 6-5 og 12-2, mens det ikke er direkte nevnt i andre bestemmelser hvor det kunne tenkes nevnt, som f. eks. §§ 2-3, 4-3 og 4-5. Som eksempel kan det spørres om hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser skal veie tyngre i forhold til § 4-6 enn i forhold

² Høringsnotatet side 24.

³ Høringsnotatet side 27.

⁴ Høringsnotatet side 31.

⁵ Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr. 65.

til § 4-5. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er disse bestemmelsene etter sin art såpass like at det ikke er tungtveiende argumenter mot å gi hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser tilnærmet like stor gjennomslagskraft overfor de begge. Vekten av hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser i forhold til de enkelte bestemmelsene i ny lov om elektronisk kommunikasjon bør etter tilsynets vurdering fremgå klarere av lovens forarbeider. Konkurransetilsynet mener de ovennevnte paragrafene bør gjennomgå for å vurdere om hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom virksom konkurranse skal fremgå direkte i samtlige av disse bestemmelsene eller bare i noen av dem.

I relasjon til formuleringen av ordlyden i utkastet § 1-3 er det dessuten etter Konkurransetilsynets oppfatning et selvstendig poeng at utkastet §§ 4-1 annet ledd og 4-2 annet ledd direkte henviser til utkastet § 1-3. Dersom utkastet § 1-3 etter sin ordlyd sier noe om hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser, ville dette hensynet lettere kunne bli et tyngre moment i vurderingen av spørsmålet om tilgang og samtrafikk. Hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser er etter tilsynets mening helt sentralt i forhold til spørsmål knyttet til tilgang og samtrafikk.

3.2 Merknader til utkastet § 1-4 Myndighet etter loven

Det fremgår av utkastet § 1-4 at "[m]yndighet etter loven er Kongen, departementet og Post- og teletilsynet." Konkurransetilsynet stiller spørsmål ved om ikke også Klagenemnda for elektronisk kommunikasjon, jf. utkastet § 11-7, burde vært nevnt i utkastet § 1-4. Tilsynet vil med bakgrunn i forholdet til informasjonsutvekslingsplikten og –adgangen etter utkastet § 9-4 dessuten presisere betydningen, både for aktørene og for konkurransemyndighetene, av at det klart fremgår hvilke organer som er myndighet etter loven.

4. Merknader til utkastet kapittel 2 – Generelle bestemmelser

4.1 Merknader til utkastet § 2-3 Bruk av standarder og samvirke

Se merknadene til utkastet § 4-3.

4.2 Merknader til utkastet § 2-11 Sikring av fortsatt levering ved konkurs hos tilbyder m.v.

Tilsynet vil bemerke at de planene som må utarbeides etter utkastet § 2-11 første ledd, avhengig av hvordan bestemmelsen praktiseres, kan tenkes å representere et etableringshinder. Dette kan tenkes å være tilfelle f. eks. dersom bestemmelsen praktiseres slik at det stilles omfattende krav om økonomisk sikkerhet. Så lenge det tas hensyn til at ordninger pålagt med hjemmel i utkastet § 2-11 ikke representerer et (betydelig) etableringshinder støtter Konkurransetilsynet forslaget.

5. Merknader til utkastet kapittel 3 – Sterk markedsstilling

5.1 Begrepet "sterk markedsstilling" og tilgrensende begreper

Begrepet sterk markedsstilling vil stå sentralt i lov om elektronisk kommunikasjon. Telemyndighetens vedtak om sterk markedsstilling vil være nødvendig for at aktøren skal kunne pålegges særlige forpliktelser etter loven § 3-4. Av høringsnotatet framgår det, slik som forutsatt i rammedirektivet, at det ved vurderingen av om det foreligger sterk markedsstilling skal benyttes en tilnærmet konkurranserettslig metode, dvs. om en aktør har dominerende stilling.

I rammedirektivet framgår dette av Artikkel 14 punkt 2 som angir at "*An undertaking shall be deemed to have significant market power if, either individually or jointly with others, it enjoys a position equivalent to dominance, that is to say a position equivalent to dominance, that is to say a position of economic strength affording it the power to behave to an appreciable extent independently of competitors, customers and ultimately consumers*". Begrepet har sin bakgrunn i EFD Case 27/76 (United Brands), hvor dominerende stilling ble beskrevet som "*a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition*".

being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers”.

I lovutkastet har dette kommet til uttrykk i § 3-1 første ledd som angir at “[e]n tilbyder har sterk markedsstilling når han alene eller sammen med andre har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at han i betydelig grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere”.

Konkurransetilsynet vil påpeke at det i lovutkastet er brukt begrepet ”betydelig” der rammedirektivet har benyttet begrepet ”appreciable extent”. Utrykket ”Appreciable” kan oversettes til ”anselig” eller ”merkbar”, som er et kvalitativt svakere krav en det som følger av en naturlig forståelse av ordet ”betydelig”. Konkurransetilsynet forslår derfor at ”betydelig” byttes ut med ”merkbar”.

Det følger av rammedirektivets retningslinjer for markedsanalyse at begrepet sterk markestilling ikke er identisk med begrepet dominerende stilling. Bl.a. vil behovet for en ex-ante regulering være av avgjørende betydning ved vurderingen av om det skal vedtas sterk markedsstilling. Dette innebærer blant annet at ex-ante reguleringen forutsettes bort ved avgjørelsen. Dominerende stilling vil i motsetning til sterk markedsstilling konstateres ut fra en vurdering ex-post.

Konkurransetilsynet vil påpeke at verken begrepet ”dominerende stilling” eller begrepet ”markedsrett” inngår som et begrep i gjeldende konkurranselov. Konkurransetilsynet vil imidlertid i sine vurderinger normalt avgjøre om en eller flere tilbydere har markedsrett i et eller flere relevante markeder. Dette bygger på at det i følge økonomisk teori normalt må forutsettes at en eller flere tilbydere må ha markedsrett for å kunne opptre konkurransebegrensende. Kriteriet Konkurransetilsynet benytter for at det skal foreligge markedsrett er avledet av økonomisk teori. I økonomisk teori blir markedsrett beskrevet som en tilbyders mulighet til å velge en pris over grensekostnad langs en fallende etterspørselskurve, dvs muligheten til å sette en pris høyere en frikonkurranseprisen uten å miste all etterspørsel. I Konkurransetilsynets vedtak har dette kommet til uttrykk ved at markedsrett er angitt som ”en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en ikke ubetydelig prisendring uten at dette får merkbar innvirkning på omsatt kvantum”.⁶ I realiteten vil begrepet markedsrett og dominerende stilling i det vesentlige omfatte det samme ettersom samme underliggende teori ligger til grunn⁷. Konkurransetilsynets bruk av begrepet markedsrett vil både innebære og forutsette at den som har markedsrett, i merkbar grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og konsumenter.

5.2 Høringsnotatets utredning av innholdet i begrepet sterk markedsstilling

I høringsnotatets generelle del er det gitt en beskrivelse av innholdet i begrepet sterk markedsstilling og forholdet mellom sterk markedsstilling og dominerende stilling.

Konkurransetilsynet vil bemerke at i høringsnotatets generelle del benyttes begrepet dominerende markedsrett. Dette er en sammenblanding av begrepene markedsrett og dominerende stilling. Konkurransetilsynet anbefaler derfor at en enten benytter begrepet markedsrett eller dominerende stilling.

I lovutkastet og i rammedirektivet forutsettes at to eller flere tilbydere kan ha sterk markedsstilling som følge kollektivt dominerende stilling (joint dominant position). I høringsnotatet beskrives kollektivt dominerende stilling som at to eller flere tilbydere samlet sett er i stand til å opptre uavhengig av øvrige konkurrenter og kunder.

For ordens skyld bemerkes det at det også her bør oppstilles et merkbarhetskrav framfor et absolutt krav, jf. ovenfor. Konkurransetilsynet mener også at den korte definisjonen av kollektiv

⁶ F.eks. vedtak V2002-55 (Mobilbonus)

⁷ Faull and Nickpay (1999), The EC Law of Competition, Oxford ss. 122 flg.

dominerende stilling i utkastet bør utdypes i lys av nyere rettspraksis fra EFD. Innholdet i begrepet kollektiv dominans kan være vanskelig tilgjengelig for aktørene. Forutberegnelighetshensyn tilsier at dette drøftes i forarbeidene.

Den særlige problemstillingen som reises er når en stilltiende koordinering⁸ (tacit coordination) utgjør grunnlaget for kollektiv dominans. Fra Case 342/99 (Airtours) kan det utledes tre nødvendige vilkår for kollektiv dominans ved et stilltiende koordinering.⁹ Vilkårene er basert på kjent og ikke spesielt omtvistet økonomisk teori. I økonomisk teori er det antatt at en av koordineringspartene vil finne det lønnsomt å jukse i koordineringen, så lenge de øvrige aktørene holder seg til avtalen, men at det er mer lønnsomt at alle holder seg til koordineringen enn at ingen gjør det. Vilkårene er dermed vilkår for at en koordinering skal kunne opprettholdes uten at noen har insentiv til å "jukse" i koordineringen, slik at koordineringen bryter sammen.

Vilkårene kan sammenfattes som følger:

i) Transparens

Et stilltiende samarbeid forutsetter gjennomsiktighet i markedet (transparens). Dette vilkåret er nødvendig for at samarbeidspartene skal kunne overvåke hverandre, slik at eventuelle avvik fra koordineringen kan oppdages og sanksjoneres. I Airtours-saken ble Kommisjonen kritisert for å ikke godt nok sannsynliggjøre at markedet var tilstrekkelig transparent.

I økonomisk teori brukes gjerne oversiktlige markeder med homogene produkter med en forholdsvis enkel prissetting som eksempel på markeder som er transparente. Markeder med typisk entreprisepreg hvor produktene tilvirkes spesielt for de ulike kundene hvor prisen avtales etter forhandlinger som markeder som er lite transparente. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at en stilltiende koordinering kan foregå med andre parametre enn pris, f.eks. som en geografisk markedsdeling. Transparens i slike markeder vil innebære at partene lett kan observere om noen driver virksomhet i hverandres markeder.

Fluktuasjoner i markedet kan også bidra til å redusere transparensen.

ii) Effektiv sanksjonsmekanisme

En stilltiende koordinering forutsetter også en effektiv sanksjonsmekanisme mot "juks". Ettersom koordineringspartene ikke har noen formell avtale som kan håndheves for domstolene, må partene kunne sanksjonere brudd på samarbeidet gjennom markedet. På dette punktet ble Kommisjonen kritisert i Airtours-saken, ved at Kommisjonen ikke hadde betraktet en streng sanksjonsmekanisme som en nødvendig betingelse.

I økonomisk teori blir det fokusert på at en sanksjonsmekanisme skal være troverdig. Det må være troverdig at et brudd på koordineringen faktisk leder til at koordineringen bryter sammen og at et mindre attraktivt alternativ oppstår for den som bryter ut av koordineringen. Et slikt alternativ kan være en priskrigliknende tilstand.

iii) Det må være lønnsomt å delta i koordineringen

Det tredje kravet for kollektiv markedsrett ved stilltiende koordinering er at konkurrenters og etterspørers reaksjon på koordineringen ikke resulterer i virkninger som undergraver gevinstene ved samarbeidet.

⁸ I konkurranselovens forarbeider benyttes begrepet stilltiende forståelse

⁹ Dom avsagt 6. juni 2002 av the Court of First Instance i sak Case T-342/99 (Airtours v Commission).

Dommen finnes på

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61999A0342&lg=EN.

I dette ligger det at de koordinerende aktørene samlet sett kan utøve markedsrett. Dette vilkåret innebærer i realiteten en tradisjonell konkurranseanalyse, men hvor de koordinerende aktørene betraktes som en enhet. De typiske forholdene som må undersøkes, er aktuell konkurranse fra de som ikke deltar i koordineringen og den potensielle konkurransen, herunder etableringshindringer.

5.3 Virkning av vedtak om sterk markedsstilling for Konkurransetilsynet

Som redegjort for ovenfor er ikke innholdet i begrepet ”sterk markedsstilling” identisk med innholdet i begrepet ”dominerende stilling” i EF-konkurranseretten eller innholdet i begrepet ”markedsrett” slik Konkurransetilsynet bruker begrepet.

Det kan derfor oppstå tilfeller hvor Konkurransetilsynet har definert relevante markeder som er identisk eller nær identisk med de markedene som defineres definert etter direktivet, men hvor Konkurransetilsynet finner at det foreligger markedsrett uten at telemyndigheten har vedtatt sterk markedsstilling eller omvendt.

Konkurransetilsynet anser det derfor som viktig at det i lovteksten, eller subsidiært gjennom forarbeidene til loven, klart kommer fram at et vedtak fra reguleringsmyndigheten om at en eller flere aktører har sterk markedsstilling, er uten rettslig bindende virkning for konkurransemyndighetenes vurdering av om aktørene har markedsrett eller dominerende stilling.

5.4 Merknader til utkastet § 3-2 Relevante markeder

5.4.1 Relevante markeder

Begrepet relevante markeder er et sentralt begrep i den nye loven om elektronisk kommunikasjon og i rammedirektivet med de tilhørende direktivene som loven gjennomfører. I rammedirektivet art. 15 punkt 1 er det angitt at Kommisjonen skal definere markedene i samsvar med konkurranseretten. Utgangspunktet i direktivet er at Kommisjonen definerer de relevante produktmarkedene, mens de nasjonale reguleringsmyndighetene foretar de geografiske avgrensningene. De relevante produktmarkedene definert av Kommisjonen kan fravikes etter en konsultasjonsprosedyre dersom nasjonale hensyn tilsier det. Reguleringsmyndigheten er derfor gitt en viss rolle når det gjelder definering av markeder. Det er i liten grad omtalt i høringsnotatet hvordan markeder skal avgrenses. Konkurransetilsynet vil derfor utdype dette noe.

Relevante markeder i konkurranserettslig sammenheng referer seg til de markeder som er gjenstand for de konkurransemessige vurderingene, enten det dreier seg om bedriftserverv eller vurdering av konkurransebegrensende atferd. Definering av relevante markeder er oppfattet som en sentral del av den konkurransefaglige metodikken som brukes i konkurranseanalyser. Argumentet er at markedsrett eller dominerende stilling ikke kan konstateres uten at det defineres et marked først.

Begrepet har sin opprinnelse i amerikansk konkurranserett. US Merger Guidelines utleder følgende metode for å finne fram til de relevante markedene:

”A market is defined as a product or a group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test.”

Dette kalles gjerne "hypotetisk monopol-testen" og har også en rolle i norsk og europeisk konkurranserett. Konkurransetilsynet har i sin praksis ved flere anledninger eksplisitt tatt utgangspunkt i testen, bl.a. i V2002-55 (Mobilbonus) som angir at "et relevant marked er det mest avgrensede markedet hvor et monopol som ikke er utsatt for potensiell konkurranse, kan utøve markedsrett".

I praksis gjennomføres hypotetisk monopol-testen ved at det tas utgangspunkt i etterspørernes substitusjonsmuligheter. En etterspører vil velge sin leverandør på bakgrunn av pris, produktets egenskaper og leverandørens lokalisering. De relevante markedene har derfor både en produktmessig og en geografisk dimensjon. I EF-praksis og retningslinjer er det eksplisitte utgangspunktet i hypotetisk monopol-testen forlatt, slik at det tas direkte utgangspunkt i substitusjonsmulighetene. I Kommisjonens meddelelse om avgrensningen av det relevante marked¹⁰ som er tatt inn i EØS-tillegget for EFTA-statene gjennom kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan¹¹ defineres det relevante produktmarkedet ved at "[e]t relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukernes oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare utfra egenskaper, pris og bruksområde". Tilsvarende defineres det relevante geografiske markedet ved at "[e]t relevant geografisk marked omfatter et område der de berørte foretak tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensede områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige".

Markedsavgrensningen i konkurranseretten avgjøres konkret fra sak til sak. Markedsavgrensningen kan også til en viss grad være avhengig av hvilken type sak det gjelder. Dette vil særlig gjelde tidsperspektivet når det gjelder markeder som er under utvikling. I saker som gjelder bedriftsserverv kan det være nødvendig å legge et langsiktig perspektiv til grunn for markedsdefinisjonen hvor substitusjon på noe sikt tillegges vekt. Dette vil særlig være aktuelt i telemarkedene, hvor enkelte tjenester er konvergerende. I andre saker kan det være hensiktsmessig å legge et kort tidsperspektiv til grunn, selv om substituerbarhet kan tenkes over tid.

Selv om markedsdefinisjonen i rammedirektivet skal gjennomføres i samsvar med konkurranseretten, vil markedsavgrensningen påvirkes av at den ikke gjennomføres med bakgrunn i en konkret sak, og med bakgrunn i behovet for en ex-ante regulering.

Det må derfor legges til grunn at markedene ved konkurransemyndighetens konkrete vurdering i enkeltsaker i mange tilfeller bør defineres forskjellig fra de pre-definerte markedene etter rammedirektivet selv om det dreier seg om tilsvarende produkter.

5.4.2 Virkningen av markedsdefinisjonene etter teleloven for Konkurransetilsynet

Som det framgår av analysen ovenfor kan det være at markedene som omfatter tilsvarende produkter bør defineres noe annerledes under Konkurransetilsynets konkrete vurdering i enkeltsaker enn de markedene som defineres ut fra behovet for en ex-ante regulering. Muligheten for forskjellig avgrensning av markedene er forutsatt både i rammedirektivet og i Kommisjonens forslag til markedsavgrensninger.¹²

Dette kommer direkte til uttrykk i rammedirektivets artikkel 15 punkt 1 som angir "*The recommendation shall identify in accordance with annex I 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, without prejudice to markets that may be defined in specific cases under Competition law*".

¹⁰ EF-Tidende 1997 C 372

¹¹ EF-tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3

¹² Kommisjonens Working document av 17. juni 2002.

De relevante produkt markedene definert av Kommisjonen skal altså være uten rettslig binding (without prejudice) for konkurransemyndighetene ved anvendelse av konkurranseretten i konkrete saker. Konkurransetilsynet anser det som hensiktsmessig at dette transformeres til ny lov om elektronisk kommunikasjon, slik at det klart framgår av lovteksten at markedsdefinisjonene under lov om elektronisk kommunikasjon ikke er rettslig bindende for konkurransemyndighetens definering av markeder.

5.6 Merknader til § 3-3 markedsanalyse

Se kommentarer til § 3-1.

6. Merknader til utkastet kapittel 4 – Tilgang og samtrafikk

6.1 Generelt om tilgang og samtrafikk

Konkurransetilsynet vil på generell basis presisere at spørsmål knyttet til tilgang og samtrafikk er sentralt for effektiv bruk av samfunnets ressurser. Med unntak av utkastet §§ 4-3 og 4-8 vil vi likevel avgrense mot å kommentere de enkelte bestemmelsene i utkastet kapittel 4. Bakgrunnen er at spørsmål knyttet til tilgang og samtrafikk først og fremst hører inn under Post- og teletilsynet (PT). Utkastet kapittel 4 suppleres av de generelle konkurransereglene. Konkurransetilsynet vil understreke at den sektorspesifikke reguleringen av tilgang og samtrafikk bør være så streng at det i liten grad er nødvendig å benytte de generelle konkurransereglene.

6.2 Merknader til utkastet § 4-3 Tilgang til digital-fjernsyn

Utkastet § 4-3 første ledd om tilgang til digital-fjernsyn skiller seg fra de øvrige bestemmelsene om tilgang ved at tilbydere av adgangskontrollsystemer er underlagt et generelt påbud om å gi tilgang ved å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang. Det er en mulighet for individuelle unntak, jf. andre ledd. Plikten til å gi tilgang gjelder uavhengig av om tilbyderen har sterk markedsstilling eller ikke. Vilkårene for tilgang skal være objektive og ikke-diskriminerende, bygge på saklige kriterier og være offentlig tilgjengelige.

Utover dette kan reguleringsmyndigheten etter tredje ledd pålegge tilbyder med sterk markedsstilling ”på markedet for adgangskontrollsystemer” krav i samsvar med bestemmelsene i utkastet §§ 4-9, 4-10 og 4-12.

Konkurransetilsynet finner denne bestemmelsen noe uklar. Dette vil begrunnes under med forslag til hvordan bestemmelsen kan gjøres klarere.

6.2.1 Tilbydere av adgangskontrollsystemer

Loven pålegger etter første ledd en plikt rettet mot ”tilbydere av adgangskontrollsystemer”. Det fremgår ikke klart av lovforslaget eller høringsnotatet hvem dette omfatter, og hvem tilbyderne skal gi tilgang til. Utkastet § 4-3 gjennomfører aksessdirektivets art 6 jfr Annex I part I. Part I bokstav b angir at ”*all operators of conditional access services, irrespective by the means of transmission, who provide access services to digital television services and whose access services depend on to reach any group of potential viewers or listeners are to:*“. Under punkt 1 i bokstav b fortsetter bestemmelsen med ”*offer to all broadcasters [...]*”.

En naturlig forståelse av ovennevnte bestemmelser i aksessdirektivet er derfor at det er operatører av adgangskontrollerte tjenester som pålegges plikter overfor kringkastere som tilbyr digitale tjenester. Dersom dette også er ment til å være samsvarende med utkastet § 4-3 er det ønskelig at dette presiseres i lovteksten eller subsidiært i lovforarbeidene. Det vil da være klarere avgrensning mot hva som ikke omfattes, og som da eventuelt må behandles etter de generelle konkurransereglene.

6.2.2 Markedet for adgangskontrollsystemer

Utkastet § 4-3 andre ledd retter seg mot tilbydere med sterk markedsstilling ”på markedet for adgangskontrollsystemer”. Et spørsmål som oppstår er om det med slike tilbydere menes det samme som tilbydere av adgangskontrollsystemer i første ledd. Dette framgår ikke av høringsnotatet.

Utkastet § 4-3 andre ledd gjennomfører aksessdirektivets artikkel 6 punkt 3 og er i direktivet lovteknisk behandlet som en tillatelse for reguleringsmyndigheten til å gjøre unntak for reguleringsforpliktelsene. For en tilbyder med sterk markedsstilling kan det likevel bare gjøres unntak dersom utsiktene til virksom konkurranse ikke reduseres i markedene for forhandlertjenester av digital fjernsynsoverføring og digital radiokringkastingsoverføring eller i markedene for adgangskontrollsystemer og tilhørende fasiliteter.

Aksessdirektivet kan være vanskelig tilgjengelig på dette punktet. Det kan derfor være hensiktsmessig å bruke en annen lovteknikk enn i direktivet, slik som det er gjort i lovutkastet. Konkurransetilsynets oppfatning er likevel at det i lovutkastet kan være uheldig å forutsette et marked for adgangskontrollsystemer, da dette er noe upresist. Et slikt marked forutsettes ikke i aksessdirektivet, som mer generelt omtaler markedene for adgangskontrollsystemer og tilhørende fasiliteter.

Konkurransetilsynets oppfatning er derfor at ”operatør av adgangskontrollerte tjenester med sterk markedsstilling” fortrinnsvis bør brukes framfor ”tilbyder med sterk markedsstilling på markedet for adgangskontrollsystemer”.

6.2.3 Forholdet mellom tilgang og proprietære standarder

Regulering av tilgang til adgangskontrollsystemer forutsetter at systemene i en viss utstrekning består av lukkede standarder, slik at en tilbyder er avhengig av en viss tilpasning fra operatøren av adgangskontrollsystemet. En annen måte å sikre tilgang på er å pålegge operatørene å bruke særskilte standarder, slik at de som tilbyr fjernsyn eller radio sikres tilgang ved å benytte den regulerte standarden.

Det følger av rammedirektivet artikkel 17 at reguleringsmyndigheten med hjemmel i direktivet ikke gis anledning til å påby spesifikke standarder til bruk for mottak av digitaldistribuert fjernsyn og radio. Konkurransetilsynets oppfatning er at dette bør fremgå av § 2-3 i lovforslaget, som tilsynelatende ikke synes å gjøre en slik innskrenkning i å regulere standarder.

Formålet med å ikke konkret regulere hvilke standarder som skal brukes, er at aktørene på egen hånd kan finne fram til den mest hensiktsmessige standarden, og en viss utvikling gjennom konkurranse om gode standarder.

Det framgår imidlertid av rammedirektivet at både medlemstatene og Kommisjonen skal oppmuntre til bruk av harmoniserte og interoperable standarder, jf. artikkel 17 og 18 i rammedirektivet. Konkurransetilsynet kan ikke se at medlemsstatenes forpliktelser til å oppmuntre til interoperable standarder er gjennomført i lovutkastet.

6.3 Merknader til utkastet § 4-8 Avslag på rimelig anmodning

Konkurransetilsynet støtter forslaget om å innføre omvendt bevisbyrde i denne type saker, og er enig i at dette i alle fall til en viss grad vil kunne rebalansere informasjonsskjevheten mellom tilbyder og myndighet.

7. Merknader til utkastet kapittel 6 – Frekvensforvaltning, satellittbaneposisjoner

7.1 Merknader til utkastet § 6-1 Nasjonal frekvensplan

I utkastet § 6-1 første ledd annet punktum heter det at "[n]asjonal frekvensplan skal fremme effektiv bruk av ressursene [...]". I høringsnotatet fremgår det at dette skal skje gjennom "virksom konkurranse".¹³ Tilsynet merker seg at det i utkastet § 6-2 første ledd annet punktum heter at det ved tildeling av frekvenser skal tas "hensyn til sikring av effektiv bruk av ressursene gjennom virksom konkurranse." Til dette vil tilsynet påpeke at hensynet til språklig og innholdsmessig sammenheng tilsier at det foretas et valg mellom for det første om lovteksten skal inneholde en henvisning til "virksom konkurranse" som virkemiddel eller ikke. For det andre tilsier hensynet til språklig og innholdsmessig sammenheng at det bør foretas et valg mellom uttrykket "effektiv bruk av ressursene" og uttrykket "sikring av effektiv bruk av ressursene". I forhold til sistnevnte valg er Konkurransetilsynet for øvrig av den oppfatning av hensynet til språklig og innholdsmessig sammenheng mellom konkurranseloven og ny lov om elektronisk kommunikasjon taler for at SD vurderer å bruke konkurranselovens uttrykk "effektiv bruk av samfunnets ressurser".¹⁴

7.2 Merknader til utkastet § 6-2 Tillatelse til bruk av frekvenser

Se merknadene til utkastet § 6-1.

7.3 Merknader til utkastet § 6-3 Vilkår

Konkurransetilsynet er positivt til at det kan stilles vilkår til tillatelser om bruk av frekvenser i det elektromagnetiske frekvensspekteret. Dessuten er tilsynet positivt til at virksom konkurranse for å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser er et sentralt utgangspunkt ved vilkårsstillelse.¹⁵

7.4 Merknader til utkastet § 6-4 Fremgangsmåte ved begrensning av antallet frekvenstillatelser

Utkastet § 6-4 første ledd annet punktum sier at vedtak om å begrense antall frekvenstillatelser bl.a. skal "ivareta brukernes interesser og hensynet til konkurransen". Tilsynet vil bemerke at SD bør vurdere å erstatte uttrykket "ivareta brukernes interesser og hensynet til konkurransen" med uttrykket "hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser". Sistnevnte bør være målet, virksom konkurranse er bare et virkemiddel som ikke alltid vil føre til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dessuten vil uttrykket "hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser" omfatte det foreslåtte uttrykket, og vil – forutsatt at lovens formålsbestemmelse endres – skape språklig og innholdsmessig konsekvens og sammenheng i loven. Se også kommentarene til lovens formålsbestemmelse.

Når det gjelder måten begrensningen av avtallet frekvenstillatelser bør skje på, foreslår tilsynet at tillatelsene tildeles etter auksjon. Etter Konkurransetilsynets mening er auksjon – designet på riktig måte – den fremgangsmåte som best sørger for effektiv bruk av samfunnets ressurser.

7.5 Merknader til utkastet § 6-8 Regressansvar

Utkastet § 6-8 gir myndigheten hjemmel til å søke regress. Tilsynet vil for ordens skyld bemerke at det ser betydningen av en slik bestemmelse, og er enig i at en slik regel bør lovfestes. Tilsynet vil, på samme måte som i forhold til utkastet § 2-11, likevel påpeke at bestemmelsen bør praktiseres på en slik måte at den ikke i seg selv representerer et (betydelig) ekstra etableringshinder.

¹³ Høringsnotatet s. 117.

¹⁴ Konkurranseloven § 1-1.

¹⁵ Høringsnotatet s. 118.

8. Merknader til utkastet kapittel 7 – Forvaltning av nummer, navn og adresser

8.1 Merknader til utkastet § 7-3 Nummerportabilitet

Konkurransetilsynet er positivt til forslaget. Utkastet § 7-3 reduserer skiftekostnadene for brukerne av offentlig telefontjeneste, og fremmer på den måten virksom konkurranse.

9. Merknader til utkastet kapittel 9 – Saksbehandlingsregler

9.1 Merknader til utkastet § 9-1 Forhåndsvarsling

Tilsynet vil peke på at det i forhold til utkastet § 9-1 første ledd kan tenkes tilfeller hvor det er hensiktsmessig at også Konkurransetilsynet varsles og gis anledning til å uttale seg. Det bør derfor etter tilsynets mening vurderes en skjønnsmessig adgang til også å be Konkurransetilsynet uttale seg i saken. Tilsynet viser i denne forbindelse til rammedirektivets fortale punkt 15 annet punktum, som dog ikke regulerer forholdet til konkurransemyndighetene direkte.

Når det gjelder utkastet § 9-1 annet ledd, mener tilsynet at denne bestemmelsen tilsynelatende ikke sier noe annet enn det som allerede følger av reglene om taushetsplikt i offentlighetsloven og forvaltningsloven. Utkastet § 9-1 annet ledd gjør ikke reglene om taushetsplikt lettere tilgjengelig for rettsanvenderen.

9.2 Merknader til utkastet § 9-2 Konsultasjon

I utkastet § 9-2 første ledd i.f heter det at "... kan påvirke handelen mellom EØS-landene." Konkurransetilsynet vil bemerke på at SD bør vurdere å bytte ut uttrykket "handelen" med det noe mer innarbeidete uttrykket "samhandelen".

9.3 Merknader til utkastet § 9-4 utlevering av taushetsbelagt informasjon

9.3.1 Generelt om utkastet § 9-4

Konkurransetilsynet er enig i at den foreslåtte adgangen til utveksling av taushetsbelagt informasjon mellom konkurransemyndighetene og myndighetene for elektronisk kommunikasjon er nødvendig for å sikre samarbeidet mellom disse myndighetsorganene. I utgangspunktet er tilsynet således positivt til forslaget. Det er likevel grunn til å kommentere bestemmelsens enkelte deler.

Et generelt synspunkt er at utkastet § 9-4 bør vurderes splittet i to ulike bestemmelser, slik at den ene bestemmelsen utelukkende omhandler informasjonsutveksling med nasjonale myndigheter og den andre med utenlandske myndigheter og internasjonale organisasjoner. På denne måten vil reglene være lettere tilgjengelige og kunne gi større forutsigbarhet for aktørene.

9.3.2 Utkastet § 9-4 første ledd

I forhold til § 9-4 første ledd vil Konkurransetilsynet bemerke at det ser verdien av en direkte oversettelse av rammedirektivets artikkel 3 nr. 5. På den annen side tilsier hensynet til forutberegnelighet for aktørene at omfanget av plikten til informasjonsutvekslingen klarere presiseres, f. eks. ved at en knytter den opp mot myndighetens adgang til informasjonsinnhenting i utkastet § 10-2.¹⁶ I det minste bør det etter tilsynets oppfatning vurderes en klarere henvisning til hjemmelen for informasjonsinnhenting i forarbeidene.

I merknadene til utkastet § 9-4 uttaler SD at "[m]yndigheten gis også en skjønnsmessig adgang til å utlevere annen taushetsbelagt informasjon til konkurransemyndighetene. Ferdigstilte interne

¹⁶ For ordens skyld bemerker tilsynet at henvisningen i utkastet § 10-2 sjette ledd annet punktum i.f. til § 9-3 skal være til § 9-4.

dokumenter som gir uttrykk for myndighetens synspunkter og som inneholder taushetsbelagt informasjon vil også kunne utleveres etter denne regelen.”¹⁷ Konkurransetilsynet er enig med at det etter rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 er en plikt til gjensidig informasjonsutveksling. Omfanget av den gjensidige plikten til informasjonsutveksling beror på en tolkning av uttrykket “information necessary for the application of the provisions of this Directive and the Specific Directives” sammenholdt med de enkelte bestemmelsene i direktivene. Konkurransetilsynet kan ikke se at plikten til utlevering etter rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 omfatter interne dokumenter, sml. forvaltningsloven § 5. Dessuten kan Konkurransetilsynet heller ikke se at utkastet § 9-4 første ledd gir en skjønnsmessig adgang til å utlevere annen taushetsbelagt informasjon til konkurransemyndighetene.

Når det gjelder spørsmålet om plikten til å utveksle opplysninger etter rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 også omfatter interne dokumenter, taler formålet bak rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 om å fremme samarbeidet mellom nasjonale konkurransemyndigheter og myndighetene for elektronisk kommunikasjon ved første øyekast for at også interne dokumenter skal omfattes av informasjonsutvekslingsplikten. Konkurransetilsynet er likevel av den oppfatning at så lenge informasjonsutvekslingsplikten omfatter faktaopplysninger i eksterne dokumenter så vil dette formålet kunne nås. Det er nemlig først og fremst de rene faktaopplysningene som myndighetene for elektronisk kommunikasjon trenger for å utføre sine lovpålagte oppgaver, ikke konkurransemyndighetenes vurderinger eller analyse. Argumentet om at formålet bak rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 taler for at interne dokumenter omfattes av informasjonsutvekslingsplikten trenger derfor ikke nødvendigvis slå til, og uansett er det i så måte neppe tungtveiende. På den annen side taler ordlyden etter tilsynets mening mot at informasjonsutvekslingsplikten omfatter interne dokumenter. Ordlyden – og særlig uttrykket ”information” – omfatter etter tilsynets vurdering bare rene faktaopplysninger, ikke vurderinger eller analyse av slike faktaopplysninger. Det kan på samme måte dessuten hevdes at retningslinjene premiss 136 siste punktum sammenholdt med ordlyden i rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 taler mot at informasjonsutvekslingsplikten omfatter interne dokumenter.¹⁸ Derneft vil de opplysninger som organene er i besittelse av normalt finnes i et (eksternt) dokument som igjen har dannet grunnlaget for det interne dokumentet. Dette taler også for at plikten til informasjonsutveksling bare omfatter det eksterne dokumentet. Tilsynet er på denne bakgrunn av den oppfatning av interne dokumenter ikke omfattes av den plikten til informasjonsutveksling som følger av rammedirektivet artikkel 3 nr. 5.

Som det fremgår av det ovenstående er Konkurransetilsynet av den oppfatning at dersom utkastet § 9-4 første ledd ikke endres, vil det ikke være hjemmel i utkastet § 9-4 til på skjønnsmessig grunnlag å utveksle annen taushetsbelagt informasjon mellom myndigheten og konkurransemyndighetene.

Rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 statuerer en minimumsregel. Det kan derfor spørres om interne dokumenter bør omfattes av informasjonsutvekslingsplikten. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at interne dokumenter ikke bør omfattes av informasjonsutvekslingsplikten. Bakgrunnen for standpunktet er hensynet til arbeidet hos konkurransemyndighetene, jf. den generelle begrunnelsen bak regelen i offvl. § 5 for at det er adgang til å unnta interne dokumenter offentlighet. Dersom det lovfestes en plikt for konkurransemyndighetene til å utveksle interne dokumenter, kan det lett tenkes at dette vil kunne påvirke arbeidet hos konkurransemyndighetene i negativ retning, f. eks. gjennom at tjenestepersoner ved Konkurransetilsynet ikke i tilstrekkelig

¹⁷ Høringsnotatet s. 130.

¹⁸ Commission Guidelines on market analysis and assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services. Publisert på http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/smp_guidelines/acte_16036_en.pdf

grad gir uttrykk for uenighet eller personlige vurderinger/analyse i et internt notat, noe som kan tenkes å føre til at vedtaket ikke blir så godt belyst fra ulike sider som det burde.

Konkurransetilsynet er likevel av den oppfatning at i visse tilfeller kan hensynet til et effektivt samarbeid mellom konkurransemyndighetene og sektormyndighetene på området for elektronisk kommunikasjon tilsi at det bør gis en skjønnsmessig adgang til å utveksle interne dokumenter. Tilsynet vil derfor foreslå å lovfeste i § 9-4 at det uten hinder av lovbestemt taushetsplikt skal være en skjønnsmessig adgang for myndigheten til å utveksle interne dokumenter med konkurransemyndighetene.

Når det gjelder høringsnotatets redegjørelse om begrunnelse for utleveringen fra konkurransemyndighetene, så mener tilsynet at det kan være grunn til å presisere at det i visse tilfeller kan være vanskelig å begrunne forespørselen. Konkurransetilsynet antar at fordi opplysningene er unntatt offentlighet, vil det ene organ i normaltillfellene ikke være kjent med hvilke opplysninger det annet besitter. Dette bør avspeiles i kravet til innholdet av begrunnelsen for forespørselen. For de tilfellene hvor konkurransemyndighetene har en oversikt over hvilke opplysninger myndigheten besitter, kan det muligens være grunn til å presisere at det ligger i sakens natur at begrunnelsen som skal fremsettes ikke må være så omfattende at innholdet i opplysningene blir kjent for andre.

9.3.3 Utkastet § 9-4 annet ledd

Så vidt Konkurransetilsynet kan se, retter bestemmelsen seg mot konkurransemyndighetene, ikke myndigheten. Tilsynet mener at bestemmelsen i annet ledd derfor systematisk mer hensiktsmessig bør plasseres i konkurranseloven, primært som et eget tillegg i form av en egen bestemmelse eller subsidiært som en endring i en eksisterende bestemmelse.

Videre mener Konkurransetilsynet at det selv og myndigheten må underlegges likelydende regler i forhold til dette spørsmålet. Det kan være hensiktsmessig at PT ved oversendelsen redegjør for hva det betrakter som omfattet.

Dessuten kan det diskuteres om løsningen som skisseres i annet ledd i det hele tatt er hensiktsmessig, uavhengig av om den rettes mot myndigheten eller konkurransemyndighetene. Løsningen synes ved første øyekast å være ressurskrevende. Rammedirektivet artikkel 3 nr. 5 annet punktum krever bare at mottakerorganet sikrer den samme grad av fortrolighet som avsenderorganet. En alternativ løsning – som er mindre ressurskrevende – er at avsenderorganet ved innsynsbegjæringer ikke har kompetanse til annet enn å henvide den som begjærer innsyn til avsenderorganet. Avsenderorganet vil normalt kjenne saken bedre enn mottakerorganet, og av den grunn kan det være lettere for avsenderorganet å ta stilling til hva som skal unntas offentlighet og hva som ikke skal det. Dette har også en side til aktørene, fordi en slik løsning vil gi større trygghet for at deres forretningshemmeligheter ikke kommer på avveie. På denne måten unngår man også de problem en mulig ulik praktisering av bestemmelsene om innsyn kan gi. En annen alternativ løsning – som også er mindre ressurskrevende – er at mottakerorganet ved innsynsbegjæringer i alle fall har en adgang til å påpeke overfor den som begjærer innsyn at det normalt vil gå raskere å rette innsynsbegjæringen direkte mot avsenderorganet.

Dersom bestemmelsen vedtas slik den fremstår, mener Konkurransetilsynet at det i forarbeidene også at kan være grunn til å drøfte problemstillinger knyttet til ulik praksisering av reglene om taushetsplikt i lov eller i medhold av lov, jf. offentlighetsloven § 5a.

9.3.4 Utkastet § 9-4 tredje ledd

Hensynet til konsekvens og sammenheng i regelverket tilsier etter Konkurransetilsynets oppfatning at det i utkastet § 9-4 tredje ledd, på samme måte som i første ledd, bør henvises til den relevante bestemmelsen i rammedirektivet (rammedirektivet artikkel 5 nr. 2).

Tilsynet er videre av den oppfatning at det bør fremgå av meldingen til aktøren(e) at informasjonen kan viderefremmes til andre EØS-lands sektormyndigheter.

9.3.5 Utkastet § 9-4 fjerde ledd

Bestemmelsen bør omtales relativt grundig i forarbeidene. Det bør blant annet fremgå at det er opp til myndighetens skjønn å avgjøre om utlevering skal skje eller ikke, og omfanget av bestemmelsen bør fremgå klarere. Dessuten bør SD opplyse i forarbeidene om bestemmelsen bare omfatter allerede inngåtte avtaler eller om den også tar sikte på avtaler som inngås etter lovens vedtakelse/ikrafttredelse. Konkurransetilsynet vil opplyse om at konkurranseloven § 1-8 tilsynelatende gir uttrykk for en noenlunde tilsvarende regel. For omtale av erfaringene med denne bestemmelsen viser tilsynet til konkurranselovutvalgets innstilling. Denne skal leveres 1. november 2002.

9.3.7 Utkastet § 9-4 femte ledd

Tilsynet forstår utkastet § 9-4 femte ledd slik at det refererer seg til fjerde ledd. På samme måte som for fjerde ledd bør femte ledd omtales relativt grundig i forarbeidene.

9.3.7 Utkastet § 9-4 sjette ledd

Utkastet § 9-4 sjette ledd bør i likhet med fjerde og femte ledd omtales i forarbeidene, dog kan omtalen gjøres betydelig knappere. Som et minimum bør det likevel redegjøres for om forskriftshjemmelen refererer seg til adgangen til å utlevere opplysninger til konkurransemyndighetene eller utenlandske sektormyndigheter/internasjonale organisasjoner eller begge.

9.4 Merknader til utkastet § 9-5 Offentlighet

Konkurransetilsynet vil opplyse om at konkurranseloven § 4-2 gir uttrykk for en noenlunde tilsvarende regel. For omtale av erfaringene med konkurranseloven § 4-2 viser tilsynet til konkurranselovutvalgets innstilling. Denne skal leveres 1. november 2002.

10. Merknader til utkastet kapittel 11 – Konfliktløsning

10.1 Merknader til utkastet § 11-4 Voldgift

Konkurransetilsynet ser positivt på forslaget i utkastet § 11-4. Tilsynet er enig i begrunnelsen bak bestemmelsen, og støtter forslaget om at adgangen til å avtale voldgift på området for elektronisk kommunikasjon bør begrenses.

10.2 Merknader til utkastet § 11-7 Klagenemnda for elektronisk kommunikasjon

Konkurransetilsynet vil gjøre oppmerksom på at i forbindelse med revisjon av konkurranseloven er spørsmålet om klageordningen etter denne loven til vurdering. Til tross for at avveiningen av hensyn for og imot en uavhengig klagenemnd på konkurranserettens område ikke nødvendigvis vil være sammenfallende med tilsvarende avveining på område for elektronisk kommunikasjon, vil tilsynet på det nåværende tidspunkt ikke kommentere den foreslåtte klageordningen i lov om elektronisk kommunikasjon. Konkurransetilsynet vil begrense seg til å opplyse om at spørsmålet om en uavhengig klagenemnd drøftes av konkurranselovutvalget. Resultatet av disse drøftelsene vil fremgå av innstillingen, jf. ovenfor.

11. Merknader til utkastet kapittel 12 – Gebyr, vederlag, ekspropriasjon og straff

11.1 Merknader til utkastet § 12-2 Vederlag

I forhold til utkastet § 12-2 første ledd vil Konkurransetilsynet bemerke at det er enig i at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser kan tilsi at det bør kreves vederlag for tilgang til begrensede ressurser. Tilsynet vil likevel påpeke at fremgangsmåten ved fastsettelse av vederlaget

er av sentral betydning for hvor godt regelen varetar hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Etter tilsynets oppfatning er som nevnt en auksjon – designet på riktig måte – en vesentlig bedre fremgangsmåte enn et vedtak.

Tilsynet vil også påpeke at SD bør vurdere om utkastet § 12-2 tredje ledd heller bør inneholde en generell hjemmel til å fastsette fremgangsmåten ved bruken av auksjon eller vedtak i forskrifts form, snarere enn den mer avgrensede hjemmel til å vedta forskrifter som tredje ledd nå tilsynelatende gir uttrykk for.

12. Avslutning

Ut over dette har Konkurransetilsynet ingen merknader.