

**NetCom as**

**Høringsnotat: Ny lov om elektronisk  
kommunikasjon**

**19.09.2002**

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>SAMMENDRAG</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>OVERORDNEDE SYNSPUNKTER</b>	<b>6</b>
<b>3.1</b>	<b>Bakgrunn og begrunnelse</b>	<b>6</b>
3.1.1	Mål	6
3.1.2	Forutberegnelighet og fleksibilitet - målkonflikt	6
3.1.3	Manglende grunnlagsanalyser	7
<b>3.2</b>	<b>Demokratisk innflytelse og helhetstenkning</b>	<b>8</b>
<b>3.3</b>	<b>Bruken av forskriftshjemler</b>	<b>8</b>
<b>3.4</b>	<b>Pan-nordisk og pan-europeiske nett og tjenester</b>	<b>9</b>
<b>4</b>	<b>KOMMENTARER TIL HØRINGSNOTATETS ENKELTE DELER</b>	<b>9</b>
<b>4.1</b>	<b>Høringsutkastet kapittel 4 "Mål og prinsipper for nytt regelverk"</b>	<b>9</b>
4.1.1	Prisregulering	9
4.1.2	Teknologinøytralitet	10
<b>4.2</b>	<b>Høringsutkastet kapittel 5 "Sterk markedsstilling"</b>	<b>10</b>
4.2.1	Beskrivelse av gjeldende rett	10
4.2.2	Høringsbrevets forslag	10
4.2.3	Overgangsordninger	13
<b>4.3</b>	<b>Høringsutkastet kapittel 8 "Universelle tjenester og forbrukerretter"</b>	<b>13</b>
<b>4.4</b>	<b>Høringsutkastet kapittel 9 "Frekvensforvaltning og satellittbaneposisjoner"</b>	<b>14</b>
<b>4.5</b>	<b>Høringsutkastet kapittel 10 "Forvaltning av navn nummer og adresser"</b>	<b>14</b>
<b>4.6</b>	<b>Høringsutkastet kapittel 12 "Klageordning"</b>	<b>14</b>
<b>5</b>	<b>MERKNADER TIL DE ENKELTE BESTEMMELSER I LOVFORSLAGET</b>	<b>15</b>
<b>5.1</b>	<b>Til kapittel 1 "Innledende bestemmelser"</b>	<b>15</b>
<b>5.2</b>	<b>Til kapittel 2 "Generelle bestemmelser"</b>	<b>17</b>
<b>5.3</b>	<b>Til kapittel 4 "Tilgang og samtrafikk"</b>	<b>25</b>
<b>5.4</b>	<b>Til kapittel 6 "Om frekvensplanlegging og vilkår for frekvensbruk"</b>	<b>29</b>
<b>5.5</b>	<b>Til kapittel 9 "Saksbehandlingsregler"</b>	<b>29</b>

<b>5.6</b>	<b>Til kapittel 11 "Konfliktløsning"</b>	<b>30</b>
<b>5.7</b>	<b>Til kapittel 12 "Gebyr, vederlag, ekspropriasjon og straff"</b>	<b>31</b>

## 1 Innledning

NetCom as (NetCom) viser til "Høringsnotat: Ny lov om elektronisk kommunikasjon" av 19.06.2002.

Den nye loven, med tilhørende forskrifter og formelt ikke bindende retningslinjer ("soft law"), vil ha avgjørende innvirkning på den fremtidige utviklingen av elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester i hele EØS-området. Dette gjelder tilsvarende for NetCom. Loven, og praktiseringen av denne, vil bestemme om Norge i dette bildet skal fortsette å ligge i front mht. gode og billige tjenester.

Den nye loven medfører ikke bare endringer i regelverket materielt sett, men innebærer også vesentlige endringer i prosessuelle og organisatoriske forhold. Rettskildemessig vil det, som følge av større grad av europeisk harmonisering, bruk av "soft law" og regler hvis innhold avgjøres fra sak til sak basert på samfunnsøkonomiske analyser, stilles større krav (kompetanse- og ressursmessig) for å finne frem til den "riktige" rettsregelen stille større krav til både myndigheter som aktører. Dette stiller samtidig store krav ikke bare vil selve lovteksten, men også til lovens forarbeider.

Nedenfor følger NetCom as (NetCom) kommentarer til høringsutkastet.

## 2 Sammendrag

- Forslag til lov om elektronisk kommunikasjon er i stor grad en implementering av EU-direktiv. Loven legger opp til at vesentlige deler av lovens innhold, herunder sterk markedsstilling, og krav som følge av dette, vil bli regulert gjennom forskrift og gjennom anbefalinger og retningslinjer fra EU-Kommisjonen.
- NetCom mener loven og høringsnotatet definerer lovens målsetting på en for snever og utydelig måte. Selv om loven i stor utstrekning er en implementering av EU-direktiv, må det kreves at myndigheten formulerer lovens målsettinger og drøfter forholdet mellom de ulike mål.
- NetCom mener at lovutkastets formålsangivelse "*gode, billige og fremtidsrettede tjenester*", er vag, har et utilstrekkelig omfang, og er lite operativt.
- NetCom mener det er problematisk at IKT-området avpolitiseres, og unndras demokratisk styring til fordel for teknokrati og byråkrati.
- Det er viktig at reguleringen, i motsetning til det som lovutkastet legger opp til, i størst mulig utstrekning foretas i formell lovs form, og med grundige og gjennomarbeidede forarbeider.
- NetCom mener at en rekke sentrale grunnlagsvurderinger mangler i lovutkastet. Det utkast til lov og forarbeider som nå foreligger vil medføre en hel rekke tolkningstvil i det praktiske liv.
- Lovutkastet mangler en problematisering rundt erfaringer med tidligere regelverk. Følgelig adresseres heller ikke ev. forbedringspunkter.

- Det er svært knappe, og til dels fraværende omtaler av anvendelsen av regelverket på de "nye områdene" som inkluderes i lov om elektronisk kommunikasjon. Utkastet bærer etter NetComs syn preg av å være skrevet ut fra en tradisjonell telekommunikasjonssynsvinkel.
- Gjennomgangen av gjeldende rett er omfattende, men er gjort på et så overordnet nivå at alle vil kunne være enige i det meste som står. Deri ligger også at omtalen ikke gir noen egentlig veiledning i forhold til hva som er nytt i det foreslåtte regelverket.
- NetCom mener at det bør overlates mindre rom til forskrifter, og at større deler av regelverket bør implementeres i loven. NetCom mener videre at EU-direktivene i større grad burde vært implementert i loven etter det system, og med den ordlyd, som er gitt i direktivene. NetCom mener det i forarbeidene, der dette er mulig, burde henvises til hvilke deler av direktivforpliktelsene som implementere ved de enkelte lovbestemmelsene.
- *Det er vesentlig at myndighetene gjennomfører overgangen fra gammelt til nytt regelverk på en måte som gjør at det ikke skapes usaklig forskjellsbehandling, eller som medfører konkurransevridding.*
- NetCom er etter en samlet vurdering av den oppfatning at Samferdselsdepartementet bør forbli klageorgan for klager på vedtak fra Post- og teletilsynet.
- Bestemmelsen om bruksbegrensning må etter NetComs syn forholdes til målet om minimumsregulering. Misligholdsvirkninger for ev. brudd på inngåtte avtaler bør i størst mulig grad reguleres etter den alminnelige bakgrunnsrett.
- *Innføring av krav til posisjonsanrop må skje på en måte som sikrer at det kan etableres standardiserte, kostnadseffektive og robuste løsninger, i samarbeid med brukerne.*
- Det relevante kravet til sikkerhet i nett bør ikke være til enhver tid "forholdsmessig state of the art", men at *"tilbyder [skal] yte en sikkerhet som er tilpasset risikoen."*
- Lovforslaget går for langt i å hjemle inngrep av hensyn til sikkerhet og beredskap. NetCom er av den oppfatning at hjemmelsgrunnlaget må presiseres og innskrenkes.
- *Lovutkastet innebærer en særregulering av konkurssituasjoner på tvers av alminnelig konkursrettslige regler. NetCom går imot dette forslaget, av den grunn at forslaget vil pålegge markedsaktørene administrative og økonomiske byrder. Disse byrdene vil sannsynligvis relativt sett være større jo mindre aktøren er, og jo mer usikker markedsposisjon selskapet har.*
- NetCom går mot forslaget om innskrenkning av adgangen til å avtale voldgift. NetCom ser ikke at de argumenter som er anført i lovutkastet er tilstrekkelig grunnlag for at voldgift skal være sektorspesifikt regulert og mener det er prinsipielt feil å foreta denne innskrenkning i partenes rådighet

### 3 Overordnede synspunkter

#### 3.1 Bakgrunn og begrunnelse

##### 3.1.1 Mål

NetCom mener, som vi vil komme nærmere tilbake til også under kommentarer til § 1-3, at loven og høringsnotatet definerer lovens målsetting på en for snever og utydelig måte. Det mangler f.eks. helt målsettinger for IT-sektoren og for mediepolitikken innenfor rammen av elektronisk kommunikasjon.

NetCom hadde forventet en mer omfattende og tydelig begrunnelse for ny lovgiving og hvilke telepolitiske målsettinger som ønskes nådd. Selv om store deler av regelverket er styrt fra EU, må det kreves at Samferdselsdepartementet har lagt sine egne politiske vurderinger til grunn, og at disse uttales. I dette ligger også å foreta prioriteringer og avveininger mellom ulike formålsangivelser. Med noen hederlige unntak er dette ikke gjort.

NetCom mener at det utkast med forarbeider som nå foreligger er så knapp når det gjelder regelverkets innhold at det danner grunnlag for en hel rekke tolkningstvil i det praktiske liv.

I sammendraget (s. 6) vises det til lovens formål, og at: *"Dette gjøres for å understreke at loven er til for å tjene brukerne [...]."* NetCom er enig i at dette er sentralt. NetCom mener imidlertid at dette kan lede til en for snever forståelse av loven, og at det ikke er tjenelig å gjøre hele sektoren til en "statist" – uten selvstendig krav på fokus og oppmerksomhet. Ikke alt som kan tjene brukerne er nødvendigvis legitimt å sette ut i livet, fordi det samtidig må tas hensyn til grunnfestede rettigheter krav til forutberegnelighet, saklighet, forsvarlig saksbehandling og krav til hjemmel for inngrep overfor aktørene. Det må være klart at loven også er til for å etablere rammebetingelser og gi rettigheter og plikter så vel mellom aktører som i forholdet mellom aktører og brukere.

EU-direktivene er bygget opp i samsvar med dette, med større fokus på markedet som sådan, se f.eks. lisensdirektivets fortale (3) jf. art 1, og ikke med et ensidig hovedfokus på (et i seg selv vanskelig målbart resultat) for sluttbrukerne.

Når NetCom legger stor vekt på dette punktet er det fordi dette indikerer noe om myndighetenes innfallsvinkel til forholdet mellom forutberegnelighet og fleksibilitet, og om viljen til å respektere og legge vekt på forholdet til etablerte forventninger.

##### 3.1.2 Forutberegnelighet og fleksibilitet - målkonflikt

Lovutkastet har, som også EU-reguleringen har det, innebygd et motsetningsforhold mellom hensynet til forutberegnelighet og fleksibilitet.

Allerede den strukturen det legges opp til i regelverket, med bruk av forskrifter, forvaltningsskjønn, forvaltnings- og domstolspraksis, samt stadig endrede retningslinjer og anbefalinger, er i seg selv med på å utfordre målet om et forutberegnelig og tilgjengelig regelverk.

Etter NetComs syn har det tidligere vært hensynet til fleksibilitet som myndighetene har tendert mot å vektlegge dersom forholdet mellom de to prinsippene har kommet

på spissen. Det er vanskelig å se at myndighetene har lagt særlig vekt på hensynet til forutberegnelighet dersom behovet for fleksibilitet har tilsagt noe annet. Post- og teletilsynets holdning til beskyttelse av etablerte forventninger er illustrert ved omtalen av NetCom i varsel om vedtak overfor Telenor Mobil vedrørende Sense' vilkår for tilgang til Telenor Mobils nett.

Skal det ligge mening i forutberegnelighet, må det i et investeringsperspektiv innebære noe mer enn at man vet at man kan forvente å bli regulert på andre måter dersom andre behov skulle oppstå i fremtiden.

Betydningen av å ikke i tilstrekkelig grad vektlegge etablerte forventninger er beskrevet i høringsnotatet (s. 6): *"[Usikkerhet vedrørende regulatoriske rammebetingelser kan føre til en reduksjon i investeringer og svekke norsk konkurranseevne på kort og lang sikt."* Dette understrekes av at det på s. 19 heter at: *"Det er vanskelig å forutse framtidens tjenesteutvikling og hvilke tjenester som får størst utbredelse"*. Tilsvarende vises det til s. 23 og at: *"Risikoen for aktører i markedet for elektroniske kommunikasjon må generelt sies å være høy [...]"*.

### 3.1.3 Manglende grunnlagsanalyser

I og med at lovutkastet i stor grad er en implementering av EUs vedtatte rettsakter, vil EU-direktivene være en viktige rettskilder for tolkningen av lov om elektronisk kommunikasjon, og tilhørende forskrifter. Dette gjelder ikke bare EU-retten slik den er vedtatt ved lovens ikrafttredelse, men også senere rettsutvikling i EU. Imidlertid er det i beskjeden grad henvisning til bakgrunnsretten i lovutkastet. Og det er ikke foretatt noen analyse av på hvilke områder norsk rett anses for å supplere eller utnytte frihet til å gi særskilte norske regler. Som et eksempel kan det vises til samlokaliseringsbestemmelsen der det i lovutkastet er vist til at det er aktører med "sterk markedsstilling" som kan pålegges å gi tilgang. Dette kriteriet finnes ikke igjen i EU-direktivene.

Av hensyn til et klart mulig forhold mellom direktivtekst og den norske implementeringen av direktivene (eller avvikene fra disse), burde det i forarbeidene, der dette er mulig, henvises til hvilke deler av direktivforpliktelsene som implementeres ved de enkelte lovbestemmelsene, og hvilke som ikke implementeres i loven men overlates til forskrift.

Lovutkastet setter på s. 23 opp som en av de viktigste premissene at det fremtidige lovverket skal utformes etter at det skal finne løsninger på regulatoriske forbedringspunkter som er identifisert i det eksisterende regelverket. Lovutkastet mangler imidlertid i det vesentlige en slik problematisering rundt erfaringer med tidligere regelverk. Følgelig adresseres heller ikke ev. forbedringspunkter. Som eksempel kan det her vises til bestemmelsen om tillatte bruksbegrensninger, jf. § 3-6. Tilsvarende gjelder i forhold til de foreslåtte regler for samlokalisering og ekspropriasjon.

Likeledes er det svært knappe og til dels fraværende omtaler av anvendelsen av regelverket på de nye områdene som inkluderes ved at lovens anvendelsesområde er utvidet. Utkastet bærer etter NetComs syn sterkt preg av å være skrevet ut fra en tradisjonell telekommunikasjonssynsvinkel.

Gjennomgangen av gjeldende rett er omfattende, men er gjort på et så overordnet nivå at alle vil kunne være enige i det meste som er beskrevet. Deri ligger også at omtalen ikke gir noen egentlig veiledning i forhold til hva som er nytt i det foreslåtte regelverket.

### 3.2 Demokratisk innflytelse og helhetstenkning

Lovutkastet innebærer, i større grad enn før, at det regelverk NetCom og andre aktører skal forholde seg til er bestemt av andre enn Stortinget. Dels dreier det seg om rettsskapende virksomhet innad i EU (Rådet, Kommisjonen eller EF-domstolen). Dels dreier det seg om at store deler av regelverket er delegert til forskrift. Og dels dreier det seg om at omfanget av forvaltningsmessig skjønn er svært stort.

NetCom mener det er problematisk at med dette avpolitiseres IKT-området og unndras demokratisk styring til fordel for teknokrati og byråkrati.

Nettopp av denne grunn er det viktig at reguleringen, i motsetning til det som lovutkastet legger opp til, i størst mulig utstrekning foretas i formell lovs form og med grundige og gjennomarbeidede forarbeider.

### 3.3 Bruken av forskriftshjemler

Som tidligere lover, er også forslaget til ny lov om elektronisk kommunikasjon i stor utstrekning en fullmaktslov. I nesten samtlige bestemmelser er det gitt mulighet til å gi forskrifter. Og generelt gis det svært få begrensninger/rammer for hva forskriftene kan/skal inneholde.

Dagens telelov er i stor utstrekning konsumert av forskriftsverket. NetCom mener det med den innretning lovutkastet nå har fått er det en fare for at det samme kommer til å skje med lov om elektronisk kommunikasjon.

NetCom mener det er svært uheldig at loven går så langt som den gjør i å overlate reguleringen til forskrift.

Det er flere grunner til dette:

- Reguleringen blir mindre transparent og tilgjengelig.
- Rettstilstanden blir mindre forutberegnelig pga. den fleksibilitet som ligger i bruk av forskrifter, og enda "mykere" (og gjerne såkalt ikke-bindende) rettsakter.
- Forarbeidene blir mindre omfattende, og av dårligere kvalitet (dersom det overhodet eksisterer trykte og publiserte forarbeider). Det vises bl.a. til bruken av merknadene til forskrift om offentlige telenett og teletjeneste. Bl.a. ble forskriften vesentlig endret etter at merknadene var publisert som departementets kommentarer.
- Rettsreglene blir mindre grundig gjennomarbeidet. Dersom det skal være klart forskrifter til 25. juli neste år, gitt i medhold av loven om elektronisk kommunikasjon, vil denne/disse ha vært arbeidet med i kortere tid enn loven.
- Ansvar for oppgaver som krever helhetstenkning "delegeres" til et sektorbyråkrati. Selv om det i stor grad er snakk om å implementere EU-direktiv, er det viktig at det handlerom Norge har nasjonalt blir gjenstand for helhetstenkning og nasjonale politiske beslutninger.

NetCom mener av denne grunn at det bør overlates mindre rom til forskrifter, og at større deler av regelverket bør implementeres i loven. NetCom mener videre at EU-direktivene i større grad burde vært implementert i loven etter det system og med den ordlyd som er gitt i direktivene.

### **3.4 Pan-nordisk og pan-europeiske nett og tjenester**

I dagens regelverk har det i enkelte tilfeller vært reist spørsmål ved om tjenester kan realiseres på tvers av landegrensene innenfor EØS-området som følge av regulatoriske forhold. Dette kan f.eks. tenkes å gjelde i forhold til tillatte rabatter og konsekvenser for føring av produktregnskap.

NetCom mener generelt sett at regelverket bør tilrettelegges slik at det i minst mulig grad legger demper på muligheten til å etablere nett og tjenester for elektronisk kommunikasjon på tvers av landegrensene innenfor EØS-området.

Lovutkastet synes skrevet ut fra et nasjonalt perspektiv. NetCom er av den oppfatning at det burde vært gjennomført en analyse av i hvilken grad eksisterende, og fremtidig regelverk virker med eller mot målet om å kunne etablere pan-nordiske og pan-europeiske tjenester.

## **4 Kommentarer til høringsnotatets enkelte deler**

### **4.1 Høringsutkastet kapittel 4 ”Mål og prinsipper for nytt regelverk”**

#### **4.1.1 Prisregulering**

Departementet gir her en omtale av prisregulering, både mht. nivåfastsettelse og valg av prismodeller.

NetCom mener at det ikke er nok å redegjøre, slik departementet gjør, for alle de vanskeligheter som eksisterer mht. prisregulering. Dette er vel kjent. NetCom mener det i relasjon til det nye regelverket må tas noen valg og legges noen føringer for hvordan prisreguleringen skal skje – og hva som er myndighetenes mål med dette.

I motsetning til dette, og målet om forutberegnelighet, holder oppsummeringen på s. 27, slik NetCom ser det, helt åpent hva myndighetene akter å gjøre.

Også når det gjelder ev. inngrep mot prismodeller er det her skapt en viss uklarhet mht. myndighetenes syn. Dersom det mot formodning faktisk er slik at det vurderes tiltak for å administrativt styre modeller for prisfastsettelse, er dette verken i samsvar med kravet til forutberegnelighet eller med prinsippet om minimumsregulering.

Når det gjelder gjennomføringen av en ev. prisregulering vil NetCom vise til den diskusjon som har vært ført mht. hvilke kostnader som er relevante å ta med i beregning av kostnadsorienterte priser.

NetCom mener at det faglige grunnlaget for vedtak om prisregulering må styrkes. Etter NetComs syn er det i motsetning til hva som har vært lagt til grunn av Post- og teletilsynet, f.eks. et klart økonomifaglig grunnlag for å hevde at markedsføringskostnader som har vært nødvendige for utvikling av mobilmarkedet,

som utgangspunkt må tas med ved beregningen av kostnadsorientert pris. Det er i tilfelle unntak fra dette som må begrunnes.

I denne forbindelse viser vi til høringsnotatet s. 18 hvor det heter at: *”Telemarkedet er preget av høye etableringskostnader knyttet til etablering av infrastruktur og utvikling av markedet.”* (vår understr).

Skal først prinsippet om prisregulering ha noen mening, må det operasjonaliseres slik at det gir et forsvarlig faktisk og metodisk grunnlag å fatte beslutninger på bakgrunn av. NetCom mener av denne grunn at det må gjennomføres en utredning av uavhengig økonomisk ekspertise om prinsipper for gjennomføring av kostnadsorientering. Berørte aktører må i denne forbindelse gis anledning til å komme med innspill.

En slik utredning bør ikke begrense seg til enkeltspørsmålet, men ta for seg alle deler av kostnadsorienteringskravet. I denne sammenheng må det også fastsettes retningslinjer for beregning av kalkulatorisk rente.

#### **4.1.2 Teknologinøytralitet**

NetCom vil vise til at formell likhet kan innebære reell ulikhet i prinsippet om teknologinøytralitet,. Således må det f.eks. vises varsomhet med å anvende synspunkter fra det faste nettet på mobilmarkedet.

Som et konkret eksempel på manglende teknologinøytralitet vil NetCom vise til at digital bakkebasert kringkasting, i motsetning til UMTS, vil bli tildelt frekvenser uten å måtte betale avgift for bruken av frekvenser. Dette synes ikke i overensstemmelse med prinsippet om teknologinøytralitet og det å ha likeverdige vilkår for ulike teknologier.

## **4.2 Høringsutkastet kapittel 5 ”Sterk markedsstilling”**

### **4.2.1 Beskrivelse av gjeldende rett**

Det heter i høringsnotatets beskrivelse av gjeldende rett (s. 32) at: *”Merknaden går langt i retning av en tilnærming til tradisjonelle betraktninger om en virksomhets markedsrett.”*

NetCom er ikke enig i dette forsøket på beskrivelse av gjeldende rett.

Det Samferdselsdepartementet her gjør med et løst sitat fra forarbeidene, er å se bort fra hovedregelen og sette unntaket i dets sted.

Det hersker etter NetComs syn ingen tvil om at gjeldende rett er slik å forstå at det gjelder en annen tilnærming enn etter alminnelige konkurranserettslige vurderinger. Vi viser i denne sammenheng bl.a. til de tidligere entydige vedtak fra Post- og teletilsynet.

### **4.2.2 Høringsbrevets forslag**

Konstatning av sterk markedsstilling er i stor utstrekning overlatt til EU og Kommisjonen via dens fastsettelse av anbefalinger og retningslinjer, samt til Post- og

teletilsynets skjønnsutøvelse. Av denne grunn har NetCom begrenset med kommentarer til lovutkastet på dette punktet.

NetCom vil imidlertid understreke betydningen av at det også i denne sammenheng legges vekt på grunnleggende prinsipper som forutberegnelighet og minimumsregulering.

NetCom vil også fremheve at det er avgjørende at Post- og teletilsynet fokuserer på områder der det per i dag og fremover faktisk vil eksistere faktiske monopol. I særdeleshet er dette tilfellet i deler av dagens marked for leide samband.

NetCom mener også at det bør gis tydeligere indikasjoner på behandlingen av UMTS i relasjon til sterk markedsstilling og valg av virkemidler. I utkast til anbefaling (14) heter det at: *"New and emerging markets, in which market power may be found to exist because of "first mover" advantages should not in principle be subject to ex ante regulation."* Norske myndigheter bør klargjøre hvordan dette tenkes praktisert i Norge. Med dette vil legge til rette for økt forutsigbarhet for aktører på UMTS.

NetCom mener for øvrig at departementets omtale av plikter for tilbyder med sterk markedsstilling som "føre var" prinsippet (s. 8), og det å sette likhetstegn mellom dette og ex-ante lovgiving er misvisende, og at dette ikke bør videreføres i det endelige lovforslag.

Endelig ønsker NetCom å kommentere læren om kollektiv dominans anvendt i relasjon til lov om elektronisk kommunikasjon. Etter de foreslåtte reglene kan en aktør inneha sterk markedsstilling enten *"alene eller sammen med andre"*. Der flere aktører i fellesskap innehar en dominerende stilling, kalles dette gjerne kollektiv dominans (joint dominans).

Utkastet er basert på en rekke rettsakter fra EU og tolkningen av den kommende lov må ta hensyn til dette.

Rammedirektivets art 14 sier bl.a. at de nasjonale myndighetene skal avgjøre spørsmål om "sterk markedsstilling". Art 15 beskriver hvordan de relevante markeder skal defineres, noe som er en forutsetning for å vurdere spørsmål om sterk markedsstilling. Det fremgår av denne bestemmelsen at Kommisjonen skal utgi retningslinjer for markedsanalyse og vurderingen av sterk markedsstilling (retningslinjene). Disse retningslinjene skal sammen med Kommisjonens anbefaling til produktmarkedsdefinisjon, ta hensyn tils av de nasjonale myndigheter ved vurderingen av sterk markedsstilling.

Høringsbrevet understreker tilsvarende (s. 33) at: *"[...] tilsynsmyndigheten må sikre at dens beslutninger er konsistente i forhold til Kommisjonens praksis og i overensstemmelse med EF-domstolens praksis i forståelse av begrepet "dominerende markedsstilling"*.

Rammedirektivets pkt 14 nr 2 annet avsnitt viser til annex II av direktivet hvor det er gitt kriterier for å avgjøre om joint dominance foreligger. Av annex II følger det at:

*"Two or more undertakings can be found to be in a joint dominant position within the meaning of Article 14 if, even in the absence of structural or other links between them, they operate in a market the structure of which is considered to be conducive to coordinated effects. Without prejudice to the case law of the Court of Justice on joint dominance, this is likely to be the case where the market satisfies a number of appropriate characteristics, in*

*particular in terms of market concentration, transparency and other characteristics mentioned below.”*

Deretter følger en rekke opplistede faktorer. Det heter videre at listen ikke er uttømmende og at kriteriene ikke er kumulative.

Etter at Rammedirektivet ble vedtatt, falt dommen i den såkalte *Airtours*-saken<sup>1</sup>. Bakgrunnen for *Airtours* var at Kommisjonen hadde forbudt en konsentrasjon (et oppkjøp) under fusjonsforordningen, fordi konsentrasjonen ville skape en situasjon med joint dominance på markedet.

I *Airtours* kom domstolen til at Kommisjonen på flere punkter hadde vurdert den konkurransemessige betydningen av konsentrasjonen feilaktig. Kommisjonens beslutning ble således opphevet.

Domstolen ga i *Airtours* en beskrivelse av gjeldende rett mht. joint dominance, som skiller seg fra den Kommisjonen skisserer i Rammedirektivets art 14 og annex II. Domstolen legger til grunn i premiss 62 at tre vilkår er nødvendige for å konstatere joint dominance:

- 1) Det relevante marked må være så transparent at alle aktørene som inngår i det dominerende oligopoli raskt kan skaffe seg kunnskap om de andres markedstilpasning,
- 2) Det må finnes mekanismer som gjør at de dominerende aktørene velger å ikke bryte ut av den stilltiende koordinasjonen, såkalte gjengjeldelsesmekanismer, først og fremst muligheter for priskrig.
- 3) Den antatte reaksjonen til kunder og konkurrenter (som ikke er en del av oligopolet) må ikke være slik at den gjør koordinert opptreden ulønnsomt.

På prinsipielt grunnlag er det mulig å nå forskjellige resultater i lignende saker ettersom en sak vurderes under de alminnelige konkurranseregler eller under Rammedirektivet. Som det fremgår av utkast til retningslinjer avsnitt 25, vil markedsdefinisjonen kunne bli annerledes fordi man under Rammedirektivet skal vurdere markedet i fremtiden og ved jevne mellomrom. Dette skiller seg fra vurderingen under alminnelig konkurranserett, der markedsdefinisjonen enten knytter seg til fortiden (jf. EØS art 54 om misbruk av dominerende stilling) eller til fremtidige virkninger av konsentrasjoner (jf. fusjonsforordningen).

Selv om det ovenfornevnte kan lede til forskjellige vurderinger under de forskjellige regelsett, er det etter NetComs oppfatning at det ikke skal være andre forhold som kan begrunne forskjellige resultater. Dette betyr at Rammedirektivet og dermed også utkastet må tolkes i samsvar med den generelle konkurranserett. Dette fremgår klart blant annet av Rammedirektivets art 14 nr 2 annet avsnitt og annex II, der det heter at de kriterier som der er gitt er *”without prejudice to the case law of the Court of Justice on joint dominance”*.

Vi viser også til retningslinjene pkt 24 flg., hvor det fremgår at det er konkurranserettens metode som skal legges til grunn ved vurderingen av det relevante marked og sterk markedsstilling.

Selv om Rammedirektivet forelå på det tidspunkt da *Airtours*-dommen falt, er det i siste versjon av utkast til Retningslinjer i fotnoter vist til dommen, jf. særlig notene 101 og 108. I sistnevnte vises det til premiss nr 62 i dommen, der de tre kumulative vilkår

---

<sup>1</sup> Sak T-342/99 (Court of First Instance (CFI)), av 06.06.2002

oppstilles. Selv om Kommisjonen bruker en annen systematikk enn domstolen i *Airtours*, tyder henvisningene på at Kommisjonen ikke anser det for å være noen konflikt mellom *Airtours* og retningslinjene/Rammedirektivet.

NetCom ber om at det norske lovutkastet og forarbeidene på tilsvarende måte reflekterer dette.

#### **4.2.3 Overgangsordninger**

NetCom vil vise til den store betydning det har å være utpekt eller ikke som innehaver av sterk markedsstilling.

Det er vesentlig at myndighetene gjennomfører overgangen fra gammelt til nytt regelverk på en måte som gjør at det ikke skapes usaklig forskjellsbehandling, eller som medfører konkurransevridning.

NetCom vil også understreke at myndighetene overgangsordningen ikke må benyttes til reelt sett å videreføre forpliktelser det ikke lenger er grunnlag for.

Det må likeledes forutsettes at en aktør ikke ensidig kan pålegges nye byrder mens myndighetene samtidig unnlater å frita fra forpliktelser som det ikke lenger er grunnlag for. I motsatt fall risikerer aktører å bli "dobbelregulert" av gammelt og nytt regelverk.

### **4.3 Høringsutkastet kapittel 8 "Universelle tjenester og forbrukerretter"**

NetCom mener at det prinsipielt er uheldig at staten og Telenor ordner de samfunnsplagte forpliktelsene seg imellom, slik det i dag gjøres, og slik det synes å legges opp til i fortsettelsen.

NetCom mener at hovedregelen for så vel utpeking som inngåelse av frivillig avtale må skje ved å ta hensyn til en likeverdig konkurranse og effektiv bruk av ressurser. Det vises til forsyningsdirektivet art. 8 nr. 2 mht. de hensyn som må ivaretas. Dette må etter NetComs syn gjelde for hele prosessen med utvelgelse av aktør til å forestå levering av leveringspliktige tjenester.

Ifølge lovutkastet skal det inngås avtale med en tilbyder. Poenget slik NetCom ser det er at inngåelse av en slik avtale må baseres på en forutgående konkurranse fordi det reelt sett er snakk om enten en anbudskonkurranse (dersom USO er et gode) eller statlig kjøp av tjenester (dersom USO er en byrde).

Hovedregelen må på denne bakgrunn være at avtale om leveringspliktige tjenester inngås enten på bakgrunn av en auksjon, eller anbudskonkurranse. I begge tilfeller må det vurderes å ev. splitte opp leveringsforpliktelsene i mindre oppdrag, slik det f.eks. er gjort for flyruter på kortbanenettet.

Uten at dette prinsippet gjennomføres, vil det være vanskelig å vurdere hva som er konkurransenøytrale vilkår, herunder å adressere verdsettelsesproblemet ved USO. I dag baseres dette på et nokså ullent regnestykke om fordeler og ulemper. Det sier seg selv at en verdsettelse etter de linjer som gis i høringsnotatet s. 45 ikke vil kunne bli presis. Per i dag vet ingen om Telenor belastes med USO, eller i praksis er subsidiert av staten gjennom en formell plikt.

I lovutkastet er det, basert på samme usikre og tilfeldige verdsettelsesmetode som i dag, lagt opp til et utgangspunkt der staten verken skal kreve vederlag eller kjøpe tjenestene. NetCom er uenig i dette, og mener prinsipielt at dette er en type tjenester som ikke bør pålegges aktørene uten vederlag – uavhengig om byrden er ”urimelig” eller ikke.

NetCom går mot innføring av en fondsordning. Dette vil i realiteten være ytterligere en ekstra skatt på IKT-sektoren, og således i strid med en rekke andre politiske målsettinger. En fondsordning antas også å ville innebære betydelige fordelingsproblemer og administrative kostnader.

#### **4.4 Høringsutkastet kapittel 9 ”Frekvensforvaltning og satellittbaneposisjoner”**

NetCom savner en gjennomdrøfting av erfaringene så langt med forvaltningen av frekvensspekteret – herunder av bruk av ulike metoder for tildeling av frekvenser.

NetCom mener at det er mye å lære av tidligere erfaringer. NetCom vil bl.a. vise til gjennomføringen av auksjoner på GSM og DCS 1800 av tidligere NMT 900 frekvenser. Gjennom de valg myndighetene her foretok, som hadde til hensikt å til rette for nye aktører, tildelte man reelt sett Telenor Mobil store økonomiske fordeler. NetCom mener det, bl.a. på ovennevnte bakgrunn må foretas en bred faglig gjennomgang av premissene for valg av tildelingsmetode, og for hvordan slike tildelinger bør foretas enten dette skjer ved auksjon eller skjønnhetskonkurranse. Berørte aktører må i denne sammenheng gis anledning til å gi innspill til arbeidet.

NetCom støtter innføringen av muligheten til å overdra frekvenser, og tror dette kan være et element i å gjøre frekvensbruk mer effektiv og fleksibel.

#### **4.5 Høringsutkastet kapittel 10 ”Forvaltning av navn nummer og adresser”**

NetCom vil påpeke behovet for en gjennomgang av hvordan nummer og nummerressurser står og bør stå i forhold til ulike eier- og bruksrettigheter, herunder retten til overdragelse og pantsettelse av nummer.

#### **4.6 Høringsutkastet kapittel 12 ”Klageordning”**

NetCom er etter en samlet vurdering av den oppfatning at Samferdselsdepartementet bør forbli klageorgan for klager på vedtak fra Post- og teletilsynet.

Begrunnelsen for dette er at Samferdselsdepartementet har etablert kompetanse og et fagmiljø for håndtering av klagesaker på området. NetCom ser det videre som en fordel at klager håndteres av en instans som har en bredere daglig erfaringsbakgrunn enn det en klagenemnd normalt vil ha. Dette vil sikre at det foretas en grundig og helhetlig prøvelse av alle sider av saken.

Dersom det likevel vedtas å etablere en særskilt klagenemnd, vil NetCom understreke betydningen av at klagenemnden tilføres tilstrekkelige tyngde og ressurser til å foreta en fullstendig prøving av alle sider av en klagesak – herunder Post- og teletilsynets skjønnsutøvelse.

Det er i denne sammenheng viktig at det sikres at den kompetanse som stilles til nemndens disposisjon både er juridisk og økonomifaglig sterk, og uavhengig fra andre oppdragsgivere som samtidig er aktører i markedet. NetCom vil sterkt advare mot bruk av eksterne konsulenter med tidligere og forventet fremtidig tilknytning til markedsaktører. Dette av så vel tillit til beslutningsprosessen, som til håndtering av konfidensiell informasjon.

Det er videre av avgjørende betydning at nemnden og dens sekretariat er satt sammen på en måte som sikrer en høy grad av kontinuitet.

NetCom har merket seg at det er et gjentatt mål at saksbehandling skal gå raskere i det fremtidige regelverket (samtidig som det vises til at konsultasjonsprosedyren vil ta noe tid).

Dette kan NetCom i utgangspunktet slutte seg til. Samtidig reiser dette en del betenkeligheter. For det første er det etter NetComs oppfatning mer omfattende og mer komplekse vurderinger som skal gjennomføres forut for vedtak etter det kommende regelverket. I stor grad vil dette omfatte bruk av fritt skjønn – som ikke vil kunne prøves for domstolen. Forvaltningsprøving er her eneste alternativ. For det andre skal prosessen i mange tilfeller inkludere en eller annen form for konsultasjon. Skal hensynet til forsvarlig saksbehandling ivaretas, kan det ikke kan reduseres på grunnleggende krav til kontradiksjon og uttalerett av hensyn til at forvaltningsprosessen skal fremstå som effektiv.

## 5 Merknader til de enkelte bestemmelser i lovforslaget

### 5.1 Til kapittel 1 ”Innledende bestemmelser”

#### § 1-3 Formål

Erfaringen med det eksisterende regelverk har vist at lovens formål har vært tillagt avgjørende vekt i forståelsen av så vel telelov, som forskrift om offentlig telenett og teletjeneste. Loven om elektronisk kommunikasjon skal danne utgangspunkt for en dynamisk anvendelse i årene som kommer. Samtidig skal hensynet til forutbergnelighet ivaretas. Også dette gjør formålsangivelsen sentral.

NetCom mener at lovutkastets formålsangivelse ”*gode, billige og fremtidsrettede tjenester*”, på denne bakgrunn er vag, har et utilstrekkelig omfang, og er lite operativt.

Vi viser som eksempel til det svenske forslaget til lovformål som på en bedre måte ivaretar hensynet til å gi lovformålet reell betydning. Vi viser også til den sentrale plass, samt måten regelverkets formål er angitt i de bakenforliggende EU-direktiv.

Ses det bak § 1-3, viser det seg at formålet likevel ikke er forenklet – men flyttet til forarbeidene. Lovens operasjonelle innhold, som ikke følger naturlig av lovens formålsangivelse, fremkommer imidlertid at merknadene s. 81 – 83. For det første slås det fast at formålet skal tolkes utvidende. For det andre listes en rekke underliggende formål opp. Etter NetComs syn kan dette overhodet ikke erstatte lovens formålsbestemmelse. Lovteknisk mener NetCom også det er galt å reelt bestemme formålet i lovens forarbeid, slik det nå er gjort. Forarbeidene bør istedet benyttes til å utdype og forklare forhold som det enkelte formålets innhold og innbyrdes vekt.

NetCom går således ikke inn for en slik "forenkling" som departementet har lagt opp til. Det departementet her har gjort synes å være å ta inn politiske formuleringer, som tidligere har vært benyttet i ulike stortingsframlegg. Som lovformål er denne typen formuleringer imidlertid lite egnet. Å forsøke å reparere det som tapes i forenklingen gjennom å utpensle formålet i omtalen til bestemmelsen – det departementet viser til som en "utvidende fortolkning", er lite hensiktsmessig.

Det er for øvrig noe uklart hva som menes mht. rangering av de ulike formål. I utkastet s. 24 sies det f.eks. at: *"Formålet [...] er i hovedsak å ivareta brukernes interesser samt å bidra til effektiv ressursutnyttelse."* På s. 34 er det sagt at: *"Lovforslaget tar til en viss grad sikte på å stimulere bærekraftig konkurranse"*.

Det er en fordel at det klart gis uttrykk for at ved ev. motstrid mellom hensynet til statisk og dynamisk effektivitet, skal det sistnevnte ha forrang. Denne typen klare standpunkt og vurderinger, bør det i større grad være rom for.

Når det gjelder lovutkastets forslag til formål, oppstår det en rekke uklarheter i forståelsen av dette.

Det er f.eks. ikke nødvendigvis et mål at tjenester skal være så billige som mulig, Dette vil kunne innebære marginskvis og kunne komme i konflikt med hensynet til dynamisk effektivitet.

Det er videre en forhåndskonkluderende forenkling å hevde som det gjøres (s. 83) at: *"[V]irksom konkurranse som virkemiddel fører at det er hensiktsmessig å sikre tilbydere uten sterk markedsstilling tilgang [...]"*. Det er ikke grunnlag verken rettslig eller fagøkonomisk for en slikt konklusjon. Dette må avgjøres av en nærmere konkret analyse, jf. fremgangsmåten for markedsanalyse og valg av ev. virkemidler mot ev. en aktør med sterk markedsstilling. Vi viser i denne forbindelse til at det i Kommisjonens utkast til anbefaling om relevante markeder for ev. anvendelse ex-ante forpliktelser, på s. 25 heter at: *"Therefore, there can be no presumption that the wholesale market for access and call origination does not tend over time towards an effectively competitive outcome."*

#### § 1-4 Myndighet

NetCom synes "myndigheten" som fellesbetegnelse på organene som er tillagt myndighet etter loven er et tvetydig og anonymt navn, som ikke enkelt kan benyttes i det praktiske liv. Det er behov for en daglig ord som betegner det som i dag er "telemetryndigheten". Navnet bør være særpreget og identifisere hvilken myndighet det er snakk om.

Et forslag til fellesbetegnelse kan være IKT-myndigheten eller EK-myndigheten.

#### § 1-5 Definisjoner

Der dette er mulig, er det etter NetComs syn ønskelig å ha mest mulig lik ordlyd som i de bakenforliggende EU-direktiv. Dette bør gjelde selv om det ikke er tilstrebet realitetsforskjell mellom de norske og EU-direktivenes materielle innhold. I lovutkastet synes det videre som noe tilfeldig hva man har valgt å definere av EU-direktivenes samlede definisjoner.

En grunn til å samordne i størst mulig grad, er at definisjonene, slik de f.eks. er nedfelt i Rammedirektivet, benyttes videre i de øvrige direktiv.

I lovutkastet er dels definisjoner (uten noen begrunnelse) helt utelatt, og dels er det brukt andre ord eller betegnelser på det som må antas å skulle være samme materielle innhold.

Begrepet "bruker" er f.eks. definert nokså likt. Imidlertid mangler i forhold til tilsvarende bestemmelse i Rammedirektivet, jf. art. 2 h) "*eller anmoder om*". Forholdet er ikke forklart i merknadene til bestemmelsen. Dette gjør bestemmelsen unødvendig uklar ift. det bakenforliggende direktiv.

Et annet eksempel er § 11-6 hvor det snakkes det om "*forbruker*" og "*annen sluttbruker*". "Sluttbruker" er også termen som er benyttet i § 11-5. Disse er definert i Rammedirektivet, men ikke i forslag til lov om elektronisk kommunikasjon.

## **5.2 Til kapittel 2 "Generelle bestemmelser"**

### § 2-1 Registreringsplikt

Etter NetComs syn går kravet til registreringens innhold lenger enn det lisensdirektivet gir adgang til, jf. art 3 nr.3. Det som kan kreves opplyst er "*minimumsopplysninger [...] for at kunne føre register eller fortegnelse*". Opplysningene skal videre "*begrænses til det strengt nødvendige til identifikasjon*". Det er således ikke anledning til å ha med en generell hjemmel til å kreve opplysninger som anses nødvendig for å føre tilsyn med markedet.

En tilbyder har ikke rett til å tilby elektroniske kommunikasjonstjenester dersom vedkommende ikke er registrert. NetCom mener det er naturlig at en ikke-registrert tilbyder da ikke kan kreve noen av de rettigheter som gis iht. loven (og ikke bare ift. §§ 4-1 og 12-3).

Etter NetComs syn kan det i tillegg til det ovennevnte reises spørsmål ved om det merarbeid som et slikt register medfører for tilsynsmyndigheten og aktører, herunder for å sørge for et oppdatert og troverdig register, målt mot nytten ved registeret forsvarer innføringen av det.

NetCom vil også reise spørsmål ved hvorvidt det er adgang til å utelukke en tilbyder fra anbudskonkurranse om å bli utpekt som tilbyder av leveringspliktige tjenester, av den grunn at registrering ikke er foretatt. En slik konkurranse avholdes før det er aktuelt å tilby tjenesten, og registreringsplikten har ingen naturlig sammenheng med å kunne delta i en konkurranse om å tilby nett eller tjeneste. Det avgjørende må i tilfelle være at registrering skjer før nett eller tjeneste etableres.

### § 2-2 Kvalitetskrav

Det følger av forsyningspliktdirektivet, jf. fortalen (17) og art 11 og 22, at Norge ikke er pålagt et generelt krav til å fastsette kvalitetsmål, eller at disse skal være utformet på en bestemt måte.

NetCom mener at det ikke bør innføres denne typen tiltak før det er foretatt en nærmere konsekvensutredning. Herunder må den økonomiske og administrative belastningen på markedsaktørene vurderes i forhold til gevinsten av tiltaket. Dette er

så langt ikke gjort. NetCom viser også til at det heller ikke i forhold til forslag til endring av gjeldende offentlignettforskrift som nylig har vært på høring, har vært gjennomført noen slik konsekvensutredning.

Særlig for mindre aktører kan et krav om omfattende kvalitetskrav og rutiner for offentliggjøring være byrdefulle.

NetCom kan ikke se at erfaringene så langt tilsier behov for å innføre slike formelle krav.

I alle tilfeller er det slik at § 2-2 andre ledd etter sitt eget innhold nå pålegger en uspesifisert plikt til å iverksette tiltak for å måle og definere kvalitet, samt å offentliggjøre dette. Slik NetCom vurderer dette, er kravene ikke hensiktsmessig å gjennomføre i den form lovutkastet tilsynelatende krever. Vi tror heller ikke dette er forutsatt i forslaget. Verken aktørene eller samfunnet er tjent med at det iverksettes individuelle system for måling og offentliggjøring av kvalitet. En ev. plikt til innføring og måling av kvalitetsparametere må derfor bygge på standardiserte og harmoniserte måleparametere og krav til offentliggjøring og presentasjon. Pliktens inntreden må bygge på at disse forutsetningene er på plass.

#### § 2-7 Tillatte bruksbegrensninger

Lovutkastet viser til at bestemmelsen om tillatte bruksbegrensninger i hovedsak er en vidreføring av gjeldende telelov § 3-6. Med dette videreføres de uklarheter som har ligget i gjeldende regelverk. Forarbeidene til den tidligere bestemmelse har i praksis vist seg å være svært mangelfulle mht. bruksbegrensningsregelens innhold.

Etter NetComs syn gjør lovutkastet bildet mer uklart enn før.

For det første: Det er etter NetComs syn sikker rett at bruksbegrensninger kan gjennomføres ved betalingsmislighold. Drøftelsen (s. 90) etterlater tvil om dette, og etterlater en spørrende til hva rettstilstanden er ment å være.

For det andre: NetCom har vanskelig for å forstå og følge de vurderinger og avveininger som gjøres av departementet når det gjelder betalingsmislighold. Dersom bruksbegrensning skjer på grunn av betalingsmislighold, vil kunden være varslet gjennom faktura, purring på betaling og ev. varsel om inndrivelse. Det er mildt sagt lite sannsynlig at nødetatene skal havne i en slik situasjon. Dette argumentet som fremføres i høringsnotatet kan slik vi ser det, i praksis knapt ha noen som helst relevans. Vi kan også vanskelig forstå henvisningen til konkurransesituasjonen. Myndighetene synes å mene at f.eks. NetCom av hensyn til konkurransen i markedet skal tvinges til å fortsette levering (og med det utsettes for risikoeksponering) etter at tilbyderer har betalingsproblemer, og har innstilt betaling. Dette er i tilfelle høyst urimelig, og et syn NetCom på det sterkeste vil motsette seg.

For det tredje nøyer departementet seg med å drøfte enkeltstående argument, og gir ingen konklusjon når det gjelder retten til bruksbegrensning som følge av betalingsmislighold.

Drøftelsen omtaler for det fjerde kun betalingsmislighold. Lovforslaget drøfter ikke en rekke essensielle forhold, såvel faktiske som rettslige, rundt anvendelse av bestemmelsen. Praksis i tilknytning til bruksbegrensning strekker seg langt ut over betalingsmislighold. Bruksbegrensningsregelen har erfaringsmessig vært forsøkt misbrukt av aktører som uten rettslig grunnlag har tatt seg til rette og etablert trafikk

inn i tilbyders nett, for deretter når forholdet ble oppdaget å hevde at det ikke er hjemmel for å stenge eller begrense trafikken, jf. § 3-6. Dette har konkret rammet NetCom<sup>2</sup> med betydelige økonomiske konsekvenser.

Dette har således reist spørsmål ved forholdet mellom bruksbegrensningsregelen, og hovedregelen og systemet etter teleregelverket, hvorved det er forutsatt at rettigheter bygger på inngåtte avtaler.

NetCom mener at det i bunn må ligge en avtale som gir rett til å formidle trafikk til det aktuelle nettet, eller til å benytte den aktuelle tjenesten, for at bruksbegrensningsregelen skal komme til anvendelse. En aktør skal ikke kunne benytte § 2-7 til å ta seg til rette i et annet nett dersom vedkommende uten hjemmel i avtale (direkte eller via transit) formidler trafikk inn i nettet. Bruksbegrensningsregelen gir ikke i seg selv hjemmel til å formidle trafikk.

Dersom det ønskes innført bruksbegrensning innenfor et inngått avtaleforhold, er det videre nødvendig å ta stilling til forholdet mellom bruksbegrensning med og uten forhåndssamtykke fra Post- og teletilsynet. Etter NetComs oppfatning er det i gjeldende rett f.eks. ikke krav til forhåndssamtykke for bruksbegrensning som følge av betalingsmislighold. NetCom mener at det må eksemplifiseres hva som ligger i "andre forhold" som kan gi grunnlag for bruksbegrensning. Med det menes hvilke typetilfeller som gir grunnlag for begrensning uten tillatelse, hvilke hensyn det skal legges vekt på, og hvor terskelen skal gå for bruksbegrensninger etter tillatelse fra Post- og teletilsynet.

Bestemmelsen om bruksbegrensning må etter NetComs syn forholdes til målet om minimumsregulering. Misligholdsvirkninger for ev. brudd på inngåtte avtaler bør i størst mulig grad reguleres etter den alminnelige bakgrunnrett. Post- og teletilsynet bør derfor kun nekte bruksbegrensning der dette er særskilt begrunnet i lovens formål, eller følger av krav i relevante EU-direktiv (se f.eks. forsyningsdirektivet fortalen (16), jf. forholdet til abonnementsfakturerte tjenester).

For de tilfeller der Post- og teletilsynet skal avgjøre saker om bruksbegrensning må det stilles særskilte krav til rask saksbehandling fra Post- og teletilsynet.

#### § 2-8 Anrop til nødnetten og geografisk lokalisering av nødnetten

NetCom er positive til forslaget som fremsettes i lovutkastet. Vi vil samtidig understreke viktigheten av at gjennomføringen må skje på en måte som sikrer at det kan etableres standardiserte, kostnadseffektive og robuste løsninger. Innføring av denne typen funksjonalitet avhenger av tiltak på mottakersiden (nødnetten). Dette betinger bl.a. involvering fra både IKT-myndigheten og nødnettenes side. Det må komme klart frem at løsninger må baseres på standardiserte løsninger, og at mottakersiden har plikt til å foreta nødvendige intern koordinering og tiltak i samsvar med den løsning som velges.

Det bør etter NetComs syn gjøres unntak for visse deler av området elektronisk kommunikasjon. Ikke alle terminaler vil være av en karakter der det er hensiktsmessig å kreve funksjonalitet for anrop og lokalisering. Det kan f.eks. dreie seg om terminaler for maskin til maskin-kommunikasjon.

Det bør vider åpnes for muligheten til å gi dispensasjon i enkelttilfeller.

---

<sup>2</sup> TelePluss og TeleDanmark Internordia

Det bør også komme klart frem at en forutsetning for videreformidling av nødanrop og geografisk lokalisering er at det er teknisk økonomisk mulig å gjennomføre tiltaket.

Det bør presiseres at drift av tjenesten, samt krav om funksjonalitet utover hva forskriften anser tilstrekkelig, skal dekkes av bruker.

### § 2-9 Kommunikasjonsvern

Det er etter NetComs syn ikke ønskelig, slik det synes å legges opp til i lovutkastet, med en regulering av personvern innenfor området elektronisk kommunikasjon i to separate regelverk (lov om elektronisk kommunikasjon og personopplysningsloven). Dette vil dels innebære risiko for dobbeltregulering, og dels risiko for uklar og mer eller mindre motstridende overlappende regulering.

Personverndirektivet (Direktiv 2002/58/EF) er ment å komplementere dagens personvernregelverk, jf. direktivet art 1. Personvernregelverket omfatter også virksomhet innenfor elektronisk kommunikasjon. Personopplysningsforskriften krever herunder at telekommunikasjonsoperatører må søke om konsesjon for behandling av personopplysninger.

Det nye personverndirektivet regulerer enkelte spesielle sider av elektronisk kommunikasjon som lokasjonsdata, informasjonskapsler og nummeropplysninger.

Spørsmålet er om det er nødvendig å regulere dette i lov om elektronisk kommunikasjon, eller om dette kan overlates til den alminnelige personvernregelverket. Når det gjelder lokasjonsdata, følger det av personopplysningsloven at dette er personopplysninger. I forhold til behandling av disse, er det behov for samtykke til bruk/behandling så sant opplysningene ikke er anonymisert. Dermed gir i realiteten personverndirektivet artikkel 9 ikke noe mer enn dagens eksisterende regelverk. Det eneste som bør presiseres er hvorvidt det er sluttbruker eller abonnementsseier som skal gi samtykke.

For informasjonskapsler (cookies) fremgår det i fortalens punkt 25 hva som er å anse som omfattet. Etter norsk rett må det antas at så sant kapselen inkluderer personopplysninger, eller kan kobles til slike, faller behandlingen inn under personopplysningsloven.

For uoppfordret tilsendelse av kommunikasjon, har lovutkastet likhetstrekk med direktivet om elektronisk handel, I tillegg er dette spesielt regulert i markedsføringsloven § 2b. Av hensyn til klarhet og for å unngå dobbeltbehandling i ovennevnte regler, bør det i utformingen av loven og forarbeidene til denne tas stilling til forholdet mellom regelsettene.

Det har erfaringsmessig oppstått en del problemer som følge av myndighetenes ulike regelverk, og praktisering av dette. Etter NetComs syn bør reguleringen i størst mulig grad samles og implementeres i den alminnelige personvernlovgivningen, herunder i konsesjon for behandling av personopplysninger. De viktigste er imidlertid ikke i hvilken lov implementeringen skjer, men at myndighetene på en helt annen måte enn i dag tar ansvar for å samordne og koordinere sine respektive ansvarsområder.

Kommunikasjonsvern retter seg mot sikring av konfidensialiteten til kommunikasjonen som overføres og informasjonen om selve overføringen. Bestemmelsen synes i stor grad å sammenfalle med reglene om informasjonssikkerhet i personopplysningsloven

og personopplysningsforskriften. Informasjonssikkerhet i personopplysningslovens forstand inneholder krav til konfidensialitet, integritet og tilgjengelighet. Når det likevel er gitt en egen bestemmelse om dette gir dette opphav til spørsmål om det likevel er ment å være forskjell mellom regelsettene.

I lys av at personopplysningsloven har presise regler, og et eksisterende sett begreper, foreslås at "kommunikasjonsvern" fjernes og erstattes av begrepet "informasjonssikkerhet".

I tillegg foreslås at første ledd fjernes ved at den sikkerhet som ønskes ivaretatt er tilstrekkelig ivaretatt i personopplysningsloven og gjennom forskrift og konsesjon gitt av Datatilsynet.

Nivået på den sikkerhet som skal etableres er tvetydig formulert i merknadene til loven (s. 92). Dette er uheldig på bakgrunn av den selvstendige plikt som oppstilles i bestemmelsen. På den ene siden skal det ses hen til "the state of the art". Videre skal det ses hen til kostnader ved slik innføring. Krav skal være forholdsmessige. Poenget er likevel at i mangel av en definisjon av hva som er "sikkert" vil "the state of the art" bli sammenlikningsgrunnlaget. Det er svært uklart hva forholdet mellom mulig ekstra sikkerhet og kostnader er, og hvilke system som skal innføres – herunder nye system som den teknologiske utviklingen bringer med seg.

NetCom vil isteden vise til det som uttales videre i merknadene, og som vi oppfatter som reelt sett en annen innfallsvinkel enn til enhver tid "forholdsmessig state of the art": (s. 92) *"tilbyder [skal] yte en sikkerhet som er tilpasset risikoen."*

Dette er poenget slik NetCom ser det.

Videre vil påpeke i sammenheng med valg av nivå for sikkerhetstiltak at det må gjøres klart at det er av betydning hvilken informasjon som gis om sikkerhet - hva er det brukeren kan forvente av det enkelte nett og den enkelte tjeneste, og hvordan kan han tilpasse bruken etter dette. Dette er et poeng som er uavhengig av plikt til å gi slik informasjon, jf. § 2-9, 2. ledd.

NetCom vil samtidig påpeke at reguleringsbehovet og inngrepsnivået må ta hensyn til at NetCom og andre operatører faktisk er helt avhengige av å tilby sikre nett og tjenester (og bli oppfattet slik i markedet), og at behov for å gripe inn fra myndighetenes side vil være mindre.

Annet ledd regulerer behandling av trafikkdata. Grunnprinsippet som oppstilles følger tilsvarende av personopplysningsloven, dvs. at formålet med en type data, dvs. lagring av trafikkdata for faktureringsøyemed/oppfyllelse av kontrakt, er det eneste formålet som det rettslig grunnlag for. Annen bruk må det innhentes samtykke til.

Samtidig angis ikke klart hvem som er subjekt for regelen, og hvilken rett den enkelte fysiske eller juridiske person har til å be om innsyn eller til å gi samtykke.

En side ved dette som ikke berøres er forholdet mellom taushetsplikt og innsyn i trafikkdata. Dette er også et uklart spørsmål i forhold til gjeldende rett (mht. teleloven og personopplysningsloven). Spørsmålet er hvordan forholdet skal stå seg mellom f.eks. barn og foreldre (hva bør være retningsgivende for foreldres innsynsrett), og ansatt og arbeidsgiver. I de tilfeller hvor det f.eks. ikke er samme abonnementsseier og bruker (abonnementskonstellasjonen finnes i alle varianter), vil retten til innsynsrett i trafikkdata kunne skape konflikt.

Det gis lite veiledning til hvilken lagring som er nødvendig for å oppnå tilfredsstillende informasjonssikkerhet, og derigjennom sikkerhet for bruker/abonnementsseier og operatør. Dette gjelder bl.a. i forhold til misbruk av telefon. Dette er imidlertid tilstrekkelig behandlet i personopplysningsregelverket. Etter NetComs syn innebærer også dette en unødvendig dobbeltbehandling som bør unngås ved at de to regelsettene harmoniseres og implementeres felles.

## § 2-10 Sikkerhet og beredskap

NetCom ser behovet for en noe større vektlegging av sikkerhet og beredskap i telenettet i relasjon til ev. fremtidige krisetilstander. Det er viktig at tilbydere tar ansvar for sikkerhet i tjenester og nett. Dette er imidlertid også et samfunnsansvar som krever koordinering og finansiering for å oppnå ønsket effekt. NetCom mener at høringsnotatet går svært langt i å prioritere hensynet til sikkerhet og beredskap foran andre hensyn. Høringsnotatet gir samtidig beskjedent grunnlag for å ta reell stilling til mulige praktiske implikasjoner av ev. tiltak – dette gjelder både økonomisk, teknisk og juridisk.

Lovforslaget går for det første langt i å kreve at kommersielle tilbydere av eget tiltak bygger nett med tanke på krise og krig. Tiltakene skal strekke seg til det som er "nødvendig" og slik at nettet "så langt som mulig" skal fungere ved selv "ekstraordinære påkjenninger". Plikten gjelder alle tilbydere. På den andre siden skal det tas hensyn til kostnadssiden, og kravene skal være forholdsmessige.

NetCom mener omfanget av denne plikten er uklart fastsatt. Det er opplagt at det stilles helt andre krav til sikkerhet i et kommersielt nett enn i et radionett som skal ta høyde for "ekstraordinære påkjenninger" i krise og nødsituasjoner. Omkostningene ved å tilpasse seg vil kunne være svært høye. Det vil imidlertid være stor variasjon i hva ulike aktører i ulike situasjoner vil anse som forholdsmessig og nødvendig. NetCom mener på denne bakgrunn at det må gis klarere retningslinjer for hvilke krav som gjelder.

Det vil nødvendigvis være brukerne som i siste omgang vil måtte bære byrden dersom aktørene skal pålegges å gjennomføre tiltakene uten statlig vederlag. NetCom mener prinsipielt at tiltak, ut over det som er frivillig og som gjennomføres i tilbydernes egen interesse, bør betales av staten.

Lovforslaget går svært langt i å hjemle inngrep. Det er knapt grenser for hva det kan stilles krav til, så lenge dette begrunnes med nasjonale behov for elektronisk kommunikasjonssikkerhet. Oppstillingen er uttrykkelig sagt å ikke være uttømmende. NetCom er av den oppfatning at hjemmelsgrunnlaget må presiseres og innskrenkes. NetCom vil understreke at det er viktig å ta hensyn til kostnadssiden ved beredskapstiltak. Tiltak som innføres for å gi økt sikkerhet i nettet vil medføre kostnader til investering og drift. Krav til "beredskapsnett" vil komme i konflikt med den kommersielle interessen og bruken av nett. For strenge krav til beredskapssituasjoner vil ha en pris (en "nåverdi") – og vil både kunne innebære etableringshindringer og virke konkurransevridende ut fra at kostnadene reelt sett kan slå ulikt ut for ulike tilbydere.

NetCom mener staten må dekke utgifter til nasjonal beredskap, og at slike tiltak må finansieres over statsbudsjettet. Dette gjelder i særdeleshet med tanke på den vide lovhjemmel som er nedfelt i § 2-10. Den som stiller krav og den som er økonomisk ansvarlig bør være samme subjekt. Dette av hensyn til å gi incentiver til å stille forholdsmessige krav, og derigjennom også sikre en effektiv bruk av ressurser. I

tilsvarende retning taler å ikke skape konkurransevridning, samt det rent praktiske hensyn å sørge for ønskede tiltak skjer raskt nok.

Det bør etter NetComs oppfatning legges opp til at hovedregelen skal være at nettoomkostninger ved tilpasninger til myndighetenes krav til sikkerhet og beredskap skal kompenseres økonomisk.

NetCom ser for øvrig positivt på at myndigheter og operatører har et samarbeidsforum i TRSTI, og mener at dette samarbeidet bør videreutvikles.

#### § 2-11 Sikring av fortsatt levering ved konkurs hos tilbyder mv.

Lovutkastet innebærer en særregulering av konkurssituasjoner på tvers av alminnelig konkursrettslige regler. Forslaget vil pålegge markedsaktørene administrative og økonomiske byrder. Disse byrdene vil sannsynligvis relativt sett være større jo mindre aktøren er, og jo mer usikker markedsposisjon selskapet har.

Pålegget vil av denne grunn kunne virke etableringshindrende og konkurransevridende.

Vi kan ikke se at det er riktig at konkurransen som det hevdes (s. 74) vil styrkes i og med forslaget. Det er ingenting i veien for at aktører som ønsker dette kan utarbeide tilsvarende frivillige planer. Pålegg fra myndighetene er det bare snakk om i "særlige tilfeller", jf. § 2-11, 2. ledd, slik at dette ikke vil gi grunnlag for å garantere drift i en konkurssituasjon.

Det klare utgangspunkt for konkurslovgivningen er at selskapet og konkursboet er to forskjellige juridiske subjekter. Den praktiske betydning er at lovgivningen har fastsatt kontinuitet for noen rettsforhold, mens det er fastsatt diskontinuitet for andre forhold.

Når det gjelder selskapets kontrakter, er dette regulert av dekningsloven (dek.) kapittel 7. Den klare hovedregel er at boet ikke er bundet av selskapets kontrakter, men at boet selv kan velge hvilke, om noen, kontrakter som boet vil tre inn i, jf. dek. § 7-3. Det foreligger følgelig i utgangspunktet diskontinuitet for selskapets kontrakter. Boet trenger som hovedregel ikke aktivt å påberope at det vil tre inn i de aktuelle avtaler. Den annen part kan imidlertid kreve at boet tar stilling til om det vil tre inn. Bakgrunn for bestemmelsene er i hovedsak at boet kun trenger å tre inn i de avtalene som er økonomisk fordelaktig for kreditorfellesskapet, og at det normalt er selskapets kontrakter som er årsak til at selskapet har gått konkurs, fordi selskapet ikke har hatt tilstrekkelig økonomisk avkastning på sine kontrakter.

En beredskapsplan som innebærer forsøk på å binde et konkursbo vil følgelig ikke være bindende for boet, fordi det ikke har plikt til å tre inn i kontraktene. I seg selv innebærer dette at beredskapsplanen er av liten faktisk betydning, fordi selskapet ikke kan binde boet gjennom avtaler.

Eksempelvis trenger sannsynligvis ikke boet respektere en avtale som går ut på at hele kundemassen skal overføres til en konkurrent dersom selskapet går konkurs, jf. dek. § 7-3 annet ledd, se særlig annet punktum. I tillegg vil dette forslag innebære at boet vil bli fratatt et viktig økonomisk formuesgode som ellers ville gått inn i det generelle beslag av selskapets midler i henhold til dek. § 2-2.

Forslaget innebærer følgelig at myndighetene skal pålegge boet å tre inn i avtaler som et konkursbo ellers selvstendig kan vurdere om det vil tre inn i. Det er ikke uttalt

noe om hvordan bestemmelsen vurderes i forhold til dek. § 7-3. Dette foranlediger flere andre spørsmål.

Den annen part i avtaleforholdet kan etter dek. § 7-5 kreve at det stilles sikkerhet for oppfyllelse av kontrakten. Det er ikke uttalt noe om hvordan dette skal løses. Under enhver omstendighet vil kostnadene bli massekostnader etter dek. § 9-2 første ledd, nr 3. Hva skal skje dersom det f.eks. ikke foreligger midler i boet til å dekke kostnadene ved å oppfylle kontrakten? Vil boet da måtte begjære massekonkurs fordi boet ikke har midler til å oppfylle forpliktelser pådratt av boet?

Tilsvarende spørsmål gjør seg gjeldende om selskapet som går konkurs selv eier nettet. Skal boet da bli pålagt å gå massekonkurs dersom det ikke foreligger midler i boet til å holde nettet oppe?

Forslaget om fondsordning fremstår som noe uklart. Den annen part i et kontraktsforhold har rett til å kreve sikkerhetsstillelse. Dette innebærer at fondsordningen må kunne garantere fullt ut for alle forpliktelsene som kan bli pådratt i kontraktsforholdet, og slik garanti må avgis hurtig. Eventuell organisering vil følgelig være viktig, og det vises for så vidt til garantiordningene som foreligger for henholdsvis banker og forsikringsselskap som ikke rekker så vidt som denne bestemmelse, i det boet kan pålegges å tre inn i løpende kontrakter.

Det foreligger således en vesentlig mangel ved forslaget at forholdene rundt det eksisterende regelverk i dekningsloven ikke er klargjort og vurdert. NetCom mener at dette, samt de økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget, må utredes forut for en ev. innføring av den foreslåtte ordning.

### § 2-12 Taushetsplikt

NetCom mener at det er behov for en drøftelse i lovforarbeidene hvem som omfattes av kretsen "*andres bruk*". Dette gjelder bl.a. i relasjon til bedriftsabonnement (forholdet mellom bedrift og bruker), og i forholdet mellom barn og foreldre, jf. også våre kommentarer til § 2-9.

Det bør tilsvarende klargjøres hvilket forhold det er mellom taushetspliktbestemmelsen og krav om utlevering av opplysninger etter personopplysningsloven med tilhørende konsesjon for behandling av personopplysninger. Også dette er omtalt under § 2-9.

Det følger av Tilgangsdirektivet at en aktør som får tilgang til opplysninger i forbindelse med tilgang eller samtrafikk, skal bevare taushet om disse – herunder i forhold til andre avdelinger, datterselskaper eller partnere. Dette omfanget bør etter NetComs syn presiseres i loven.

### § 2-13 Abonnementsfakturerte tjenester

NetCom viser til at det er lagt opp til at det skal kunne gis forskrift med "*krav til markedsføring, prisfastsettelse, innhold i tjenesten mv.*" NetCom mener at det er viktig at denne ev. reguleringen holdes på et minimum, og i størst mulig grad forholder seg til den alminnelige bakgrunnsrett (forbrukervern, markedsføring og tillatt innhold). Når det gjelder innhold, bør dette overhodet ikke reguleres i medhold av lov om elektronisk kommunikasjon. Hjemmelen for å fastsette innholdsregulering bør derfor fjernes.

En streng regulering vil bidra til å svekke utviklingen av markedet for tilbud av tjenester over elektroniske kommunikasjonsnett, og være konkurransevridende i forhold til løsninger som omgår de kriterier som er nedfelt i § 2-13.

Erfaringer fra teletorg, har vist at markedsutviklingen har vært svært hemmet av de strenge krav som der er stilt opp.

### **5.3 Til kapittel 4 "Tilgang og samtrafikk"**

#### § 4-1 Tilgang

NetCom er ikke tilhenger av en slik "generisk" bestemmelse som her er gitt. NetCom mener det må på en mye tydeligere måte må klargjøres forholdet mellom rettigheter og plikter til å gi tilgang. Dette av hensyn til forutberegnelighet. Det vises som eksempel til Tilgangsdirektivet art. 12.

Det skal iht. merknadene til bestemmelsen (s.104) ved vurderingen av "rimelig anmodning" vurderes om det dreier seg om tilgang til en essensiell fasilitet. Dette er ikke gjort klart hvorvidt dette skal forstås i henhold til læren om essensielle fasiliteter, slik denne følger av praksis fra EF-domstolen, eller om det er den, etter NetComs syn, noe avvikende og upresise fremstillingen i høringsnotatet som skal legges til grunn.

#### § 4-2 Samtrafikk

NetCom vil for ordens skyld bemerke at det ikke er riktig at sterk markedsstilling innenfor offentlig telefontjenester etter gjeldende rett utløser kontraheringsplikt mht. samtrafikk.

#### § 4-4 Overføringskapasitet

Det er viktig at det i markeder med de facto monopol – som det er på markedet for lokal-aksess digital samband, gjennomføres en effektiv regulering av den dominerende aktør (Telenor). Dette både for å sikre mot konkurransevridende pricing mellom markeder med og uten alternativ leveringsalternativ, og for å sikre mot at Telenor kan utnytte sin dominans til å ta ut overpris av markedet.

NetCom er av den oppfatning at Post- og teletilsynet de senere år har inntatt en passiv holdning til leide samband. Følgen er at prisnivået i dag er svært høyt, at avtalevilkår er innelåsende og ubalanserte, og der Telenor benytter seg av muligheten til "flytte" kostnader, for derigjennom å påvirke priser og marginer, i forhold til konkurransen i det enkelte marked til enhver tid.

En effektiv regulering forutsetter at det oppstilles korresponderende krav til produktregnskap, og at dette følges opp både med kontroll av prisnivå og vridninger av kostnadsstrukturer.

IKT-myndigheten bør også ta i bruk benchmarking for å regulere prisene i dette markedet.

Etter NetComs oppfatning bør det ikke kreves forhåndsgodkjennelse av avvik fra standardtilbud før de kan anvendes, jf. § 4-4, 3. ledd. Kravet er ikke begrunnet i høringsnotatet. Etter vår oppfatning vil dette kunne være til hinder for effektiv konkurranse, fordi det i vesentlig grad reduserer forhandlingsmulighetene til en aktør – og muligheten til å få tilpasset tilbudet til egne behov.

#### § 4-5 Samlokalisering

NetCom er positive til samlokalisering, både som utleier og innplassert. NetCom har imidlertid en rekke innvendinger til § 4-5 slik den fremgår av høringsutkastet. Bestemmelsen om samlokalisering må ses i sammenheng med retten til ekspropriasjon, jf. § 12-3 og deling av infrastruktur, jf. § 4-6. I motsetning til i det bakenforliggende Rammedirektiv, se art 12 nr 2, har Samferdselsdepartementet i høringsutkastet valgt å skille samlokalisering og deling av infrastruktur i separate bestemmelser. Reglens felles bakgrunn gjør at mange av de innvendinger NetCom har til § 4-5 også gjelder for § 4-6.

Etter NetComs syn mangler lovutkastet en analyse av de ulike elementer som er avgjørende for gjennomføring av samlokalisering – herunder erfaringene som har vært så langt med gjeldende bestemmelse.

NetCom mener at § 4-5, samt § 4-6 er uklare, vanskelig tilgjengelige, med flere ubegrunnede avvik fra EU-regelverket.

Slik § 4-5 og § 4-6 er formulert, er det for det første ikke klart hvilken bestemmelse som regulerer hva. Bl.a. omhandler § 4-6, 3. ledd "samlokalisering".

Når det konkret gjelder § 4-5, er bestemmelsens første ledd uheldig formulert. Slik den nå står gir den ikke mening, verken språklig eller logisk.

Lovutkastet har videre en dobbeltregulering av adgangen til å pålegge samlokalisering. Dels er det snakk om pålegg i tilknytning til rettigheter til ekspropriasjon, og dels er det snakk om pålegge av hensyn til samfunnsmessige interesser. Rammedirektivet har ingen slik dobbeltregulering.

§ 4-5 1. ledd er ikke i samsvar med Rammedirektivet. Etter Rammedirektivet, jf. art 12, skal det kun oppmuntres til samlokalisering i tilfeller som er omtalt her. Det er videre noe uklart hva som i utkastet menes med "rettigheter". Rammedirektivet snakker også om det å ha rett til å følge en prosedyre for ekspropriasjon. I forhold til retten til å søke ekspropriasjon har alle andre enn uregistrerte tilbydere rettigheter etter § 12-3 (og forutsetningen er nettopp at disse ikke skal ha rett etter denne bestemmelsen). Bestemmelsen er i så tilfelle uten reelt innhold. Hvis det er tenkt på aktører som det er ekspropriert til fordel for etter § 12-3, bør dette komme klart frem.

NetCom mener det er unødvendig med en spesiell plikt til samlokalisering for denne typen tilfeller (koplingen mellom ekspropriasjon og samlokalisering). Det er nokså tilfeldig når det må eksproprieres. De samme kriteriene bør gjelde her som gjelder generelt for retten til samlokalisering.

Et slikt pålegg være for øvrig være betinget av at det er adgang iht. ekspropriasjonsvedtaket å innplassere andre.

Første ledd sier ingenting om hvilke vilkår som skal gjelde ved et ev. pålegg om samlokalisering.

Rammedirektivet art 12 nr 2 oppstiller når det kan pålegges samlokalisering, nemlig "når virksomheterne ikke har adgang til realistiske alternativer [...]". Det vises også til fortalen (23), som fremhever at det skal oppmuntres til samlokalisering på basis av frivillige avtaler.

Dette vilkåret er dette sentrale poenget for tolkningen av loven er verken tatt inn i loven, eller omtalt i merknadene. NetCom mener det er svært viktig at dette reflekteres i loven.

Merknadene (s. 109) viser derimot til konkurranse som et avgjørende hensyn i forhold til avveiningen om å gi tilgang. Dette er ikke et hensyn som er nevnt i direktivet. Det er ikke dette som er grunnlaget for sektorspesifikke krav til samlokalisering - men hensynet til miljø, byplanlegging, offentlig sikkerhet mm.

I loven er plikten til å tilby samlokalisering knyttet til sterk markedsstilling. Det er ikke klart hvilket marked det her siktes til. Direktivene har ikke definert et relevant marked for dette formålet. EU-reguleringens system forutsetter at dette knytter seg til det relevante markedet. Det kan til sammenlikning ikke være slik, at dersom en aktør har sterk markedsstilling i markedet for terminering av trafikk, eller offentlig taletelefoni i et bestemt avgrenset marked, så skal det følge en plikt til å publisere standardtilbud, og inngå avtale om samlokalisering. NetCom vil sterkt motsette seg at det knyttes plikter til samlokalisering med basis i andre enn "relevante" markeder.

NetCom mener det er uhensiktsmessig og uforholdsmessig på forhånd å utarbeide (og vedlikeholde) et standardtilbud for samlokalisering av det omfang som lovutkastet krever.

Etter NetComs syn forutsetter en effektiv samlokaliseringsbestemmelse at grunneier ikke kan motsette seg samlokalisering. Dette forholdet er ikke berørt i høringsnotatet. NetCom mener at det bør foretas en gjennomgang av problemstillinger som oppstår i relasjon til grunneiere (herunder det offentlige) – med tanke på hvilken måte samlokaliseringsbestemmelsen kan effektiviseres.

Det er for NetCom noe uklart hva som menes vilkår som fastsettes i overensstemmelse med §§ 4-9 til 4-12 på den ene siden er maksimumsvilkår, og på den andre siden at det likevel skal det kunne gis ytterligere vilkår, jf. § 9-2.

#### § 4-6 Felles utnyttelse av infrastruktur

Mange av de samme kommentarene som er gitt til § 4-5 gjelder også her.

Bestemmelsens omfang er uklar. Dette skriver seg for det første fra at samlokalisering er omtalt som en del av bestemmelsen.

Dette gjelder for det andre hva som ligger i "infrastruktur". Dette begrepet er i seg selv ikke entydig. I merknadene er dessuten begrepet "ressurser" benyttet. Ressurser er språklig sett enda videre enn infrastruktur.

Et spørsmål som oppstår er for eksempel om myndighetene her gis hjemmel til å kreve felles utnyttelse av frekvenser.

For det tredje er forholdet mellom hjemmelen i første og andre ledd uklar.

Bestemmelsen er slik formulert at det er tilstrekkelig av myndigheten mener at det er nok at "samfunnsmessige hensyn" gjør at "duplisering av infrastruktur bør unngås". (hva som er forskjellen på samfunnsmessige og de andre hensynene som er nevnt er ikke godt å se). Dette kan etter NetComs syn ikke være nok til å foreta denne typen grunnleggende inngrep i eiendomsretten.

Etter NetComs syn rimer det dårlig med tanken om minimumsregulering å gi en så tilsynelatende vid hjemmel for ekspropriasjonsliknende tiltak.

NetCom har de samme kommentarer som er gitt til § 4-5 mht. adgangen til å sette vilkår etter § 4-6.

#### § 4-8 Avslag på rimelig anmodning

Det må komme klart frem at "rimelig anmodning" er en rettslig standard.

Departementet benytter formuleringen "som teknisk gjennomførbarhet [...]". Dette løser ikke uklarheten i gjeldende rett mht. om og i tilfelle hva annet som skal kunne gi grunnlag for avslag. Post- og teletilsynet har i flere konkrete tilfeller lagt til grunn at det kun er de nevnte eksemplene som er aktuelle.

#### § 4-10 Ikke-diskriminering

Det uttales (s. 112) at nye tilbydere skal gis tilgang til nett. NetCom vil igjen vise til at det ikke kan forhåndskonkluderes på denne måten, slik departementet synes å gjøre.

Det skal som tidligere nevnt, både foretas en markedsanalyse basert på Kommisjonens retningslinjer, og det skal deretter vurderes hvilke virkemidler som skal anvendes.

#### § 4-11 Strukturelt og regnskapsmessig skille

NetCom vil anmode om at det klargjøres at det tillates tilpasninger ut fra hensynet til det aktuelle selskaps interne behov og muligheter, og at det ikke utarbeides en modell for alle – og hvertfall ikke som i dag, basert på Telenor (og etter en dialog mellom Post- og teletilsynet og Telenor). NetCom mener det er ønskelig å kunne benytte samme modell som er utviklet av hensyn til en tilbyders interne styringsformål.

Forslaget i lovutkastet går svært lang mht. offentliggjøring, og omfatter operatører uavhengig av sterk markedsstilling eller ikke. Vi kan ikke se at dette har grunnlag i direktivene, og kan heller ikke se at en interesseavveining, sett hen til prinsippet om minimumsregulering, gjør det rimelig å stille et så omfattende krav som dette.

#### § 4-12 Pris og regnskapsregulering

NetCom mener det i dag ikke er foretatt en tilstrekkelig grundig utredning av en rekke forhold knyttet til valg av prisreguleringsmetode.

Bl.a. mener vi at det ikke er grunnlag for å trekke ut kostnader i tilknytning til utvikling av markedet. NetCom mener også at det ikke er grunnlag for mht. mobile nett og tjenester, å legge til grunn gjenanskaffelseskost.

Vi viser for øvrig til våre kommentarer til i pkt. 4.1.1.

## **5.4 Til kapittel 6 ”Om frekvensplanlegging og vilkår for frekvensbruk”**

### § 6-2 tillatelse til bruk av frekvenser

NetCom vil understreke betydningen av likeverdige konkurransevilkår ved tildeling og forvaltning av frekvenser.

I denne sammenheng vises det til at det er lagt opp til å utlyse utbyggingen av det digitale bakkebaserte kringkastingsnettet ved bruk av skjønnhetskonkurranse – og uten at det i motsetning til for tildeling av konsesjoner for mobilkommunikasjon er lagt opp til å kreve inn avgifter for bruk av frekvensspekteret.

### § 6-5 Overdragelse av tillatelse til bruk av frekvenser

NetCom mener det bør være vid adgang til å overdra frekvenser: Det bør i loven legges opp til at dette er hovedregelen, og at det er nektelse av å gi samtykke som må begrunnes ut fra hensynet til ivaretagelsen av lovens formål.

## **5.5 Til kapittel 9 ”Saksbehandlingsregler”**

### § 9-5 Offentlighet

Bestemmelsen må leses i sammenheng med § 10-2. Begge bestemmelser retter seg mot alle tilbydere. Forholdet mellom offentliggjøring og taushetsplikt synes lite samstemt mellom bestemmelsene, og er ikke omtalt i merknadene.

Slik bestemmelsen er tolket etter gjeldende praksis, er opplysningsplikten etter § 10-2 nærmest uinnskrenket.

Av § 10-2, 6 ledd følger det at myndigheten skal bevare taushet om opplysninger som innhentes. Det er kun her sagt at § 9-3 gir anledning til å fravike dette utgangspunktet. Av § 9-5, 2. ledd følger det imidlertid at opplysninger innhentet etter § 10-2 kan offentliggjøres dersom dette vil kunne bidra til å fremme virksom konkurranse.

Dersom meningen er at § 9-5 omhandler opplysninger som ikke er omfattet av taushetsplikt, er bestemmelsen overflødig. Dersom alle opplysninger skal kunne offentliggjøres i medhold av § 9-5, 2. ledd, uten noen som helst form for innskrenkning, mener NetCom dette er å gå alt for langt.

Det bør kun være opplysninger som kreves offentliggjort etter andre konkrete bestemmelser som bør gå foran taushetsplikten. Alternativt mener NetCom at det i det minste må tas inn en tilsvarende krav til interesseavveining som er gjort i § 9-5, 1. ledd.

## 5.6 Til kapittel 11 "Konfliktløsning"

### § 11-1 Megling

NetCom mener at det bør foretas en vurdering av hensiktsmessigheten av meglingsordningen. Det må i denne sammenheng ses på om den ressursbruk som ordningen innebærer sett hen til de resultater som er oppnådd gjennom megling, forsvarer opprettholdelse av meglingsinstituttet.

Dersom megling skal videreføres, bør det vurderes om det bør være andre enn tilsynsorganet som innehar rollene som megler.

Det bør også sies klarere fra hvilket tidspunkt fristene løper.

### § 11-2 Vedtak i konflikter mellom tilbydere

Bestemmelsen reiser en rekke spørsmål både når det gjelder innhold og prosessuelle forhold, og burde etter NetComs syn vært grundigere utredet.

Post- og teletilsynet kan ifølge bestemmelsen fatte vedtak i "*konflikt om elektronisk kommunikasjon*". Bestemmelsen er med dette noe uklart formulert. Vi antar likevel at det med dette kun siktes til forhold som Post- og teletilsynet har myndighet til å fatte vedtak om etter lovens øvrige bestemmelser, jf. Rammedirektivet art 20 nr. 1.

### § 11-4 Voldgift

Utgangspunktet for sektorspesifikk regulering er prinsippet om minimumsregulering, jf. lovutkastet s. 24. NetCom vil vise til at det ligger til grunn for EU-reguleringen som et hovedprinsipp at sektorspesifikke regulatoriske tiltak skal være nødvendige og forholdsmessige, og at de kun skal innføres dersom ikke det alminnelige lovverket er tilstrekkelig. NetCom ser ikke at de argumenter som er anført i lovutkastet er tilstrekkelig grunnlag for at voldgift skal være sektorspesifikt regulert på området for elektroniske kommunikasjonsnett. Det er etter NetComs syn, bl.a. av denne grunn, prinsipielt feil å foreta denne innskrenkning i partenes rådighet.

En annen sak er at NetCom i de avtaler som per i dag inngås normalt ser seg best tjent med å foreslå rettergang for de ordinære domstoler.

I merknadene til forslaget vise det til "tilsvarende" eksempler på begrensninger i retten til å avtale voldgift. De eksemplene det vises til er etter NetComs syn ikke relevante. De omfatter forhold mellom selskaper og enkeltindivider. Dette er generelt i norsk rett, og reelt sett, noe helt annet enn forholdet mellom to profesjonelle parter som det her er snakk om.

Det er etter NetComs syn ingen grunn til at det skal være et annet prosessuelt forhold til sektorspesifikk som til generell konkurranserett. Vi viser her til de vurderinger som er gjort i denne forbindelse og som departementet viser til, men likevel velger å avvike fra.

Forbudet vil omfatte alle – også der en tilbyder med sterk markedsstilling ikke er involvert. Dette omfanget, som synes å falle utenfor det som er begrunnelsen for forslaget, er ikke begrunnet i høringsnotatet.

Etter NetComs syn er fremstillingen av forskjellen mellom voldgift og det ordinære rettsapparatet unyansert og ufullstendig. De hensyn som det vises til er de samme som gjelder i svært mange situasjoner der voldgift benyttes.

Det hevdes med bred penn at voldgift er i favør av den sterke part. Tid og kostnader kan imidlertid etter NetComs erfaring like godt slå ut i favør av den mindre part. Det vises i denne sammenheng til de omkostninger, og ikke minst den tid det har tatt (og fortsatt tar) å få rettskraftig dom i de saker vedrørende tilgang til telenett og teletjenester som versert for de ordinære domstoler.

Dersom ikke voldgift er avtalt på forhånd vil den part som har interesse i å dra ut prosessen tids- og kostnadmessig nødvendigvis kunne motsette seg dette.

At det er ubalanse mellom avtaleparter er ikke uvanlig og ikke unikt for IKT-sektoren. Dette er likevel ikke på andre rettsområder sett på som en oppgave for et sektorspesifikt regelverk.

Poenget er imidlertid, slik NetCom ser det, at det uansett ikke er nok å ev. påvise fordeler med den ene løsningen foran den andre. Det må betydelig interesseovervekt til. Noen slik overvekt, om noen, foreligger ikke. Det er et alvorlig inngrep i den frie rådighet som her gjøres. Inngrepet er særskilt for Norge. Det er ikke sagt noe om at dette i de bakenforliggende EU-direktiv.

Et sidemoment i sistnevnte sammenheng, er at i forhold til pan-nordiske og pan-europeiske avtaler innebærer forslaget et kompliserende element ved å måtte velge ulike konfliktløsningsmodeller avhengig av hvilket lands rett som kommer til anvendelse.

Alternativt, dersom det skal foretas innskrenkninger i adgangen til å avtale voldgift, mener NetCom at det er tilstrekkelig å kreve at voldgiftskjennelser offentliggjøres.

NetCom mener videre at det ikke er grunnlag for å ha et forbud i andre situasjoner enn der det er tvist om tilgang med en aktør som er utpekt til å ha sterk markedsstilling.

Det er for øvrig uklart for NetCom hvilke "praktiske erfaringer" det vises til. NetCom er ikke enig i denne beskrivelsen, og ber om at disse erfaringene dokumenteres.

## **5.7 Til kapittel 12 "Gebyr, vederlag, ekspropriasjon og straff"**

### § 12-1 Gebyr og § 12-2 Vederlag

NetCom vil vise til at den samlede belastning på IKT-sektoren etter hver begynner å bli betydelig, i form av reelt sett direkte og indirekte skattlegging av sektoren.

I tillegg til alminnelig skattelov, er det ved forvaltning av så vel frekvenser som nummer innført avgiftssystemer som innebærer rene fiskale inntekter til statskassen.

Bransjen finansierer videre Post- og teletilsynet gjennom gebyrer.

Installasjoner til telekommunikasjonsformål er i år ilagt eiendomsskatt.

Myndighetene forlanger at aktørene skal påta seg investeringer av hensyn til samfunnets sivile beredskap. Det legges opp til at aktørene selv som hovedregel skal dekke kostnader ved leveringspliktige tjenester.

Flere eksempler kan nevnes.

NetComs poeng er at samlet sett er det problematisk å pålegge IKT-sektoren stadig større offentlige byrder i forhold til målet om at Norge, som fra naturens side ikke er et ideelle land å bygge infrastruktur i, skal ligge i fremste rekke mht. å kunne tilby gode, billige og fremtidsrettede tjenester til alle deler av landet. NetCom ber på denne bakgrunn om at det gjennomføres en vurdering av hva som i fremtiden bør være norsk politikk i relasjon til IKT-sektoren, når det gjelder ulike former for illeggelse av økonomiske byrder.

### § 12-3 Ekspropriasjon

NetCom har tidligere gått imot å fjerne fremføringsrett i form av delegering av myndighet til å fastsette vedtak. NetCom mener fremdeles at dette vil være den foretrukne løsning.

Når myndighetene likevel fjerner den særskilte fremføringsretten som tidligere gjorde det mulig for den som var utpekt til å fatte vedtak om ekspropriasjon, har dette reist problemer i forhold til å hastighet på vedtak.

Det bør på bakgrunn av at denne type vedtak ofte er avgjørende for at prosjekter kan startes opp, presiseres at vedtak skal fattes innen rimelig tid.

Det bør også klargjøres hva som ligger i at det ikke skal gis vederlag dersom formålet er å *"knytte eiendommen til elektronisk kommunikasjonsnett"*.

Det er tilsvarende uklart hva som ligger av realitet i "samtykke" til ekspropriasjon, til forskjell fra vedtak.