

MOBILTELEFONI:

Nettleverandørens forpliktelser overfor tjenesteleverandøren.

JUR5030 høst 2005

Kandidatnummer: 401

Veileder: Tarjei Bekkedal

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 17992 ord

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
2	DE SEKTORSPEISIFIKKE FORPLIKTELSENE	7
2.1.	Særlig om sterk markedsstilling	7
2.1.1.	Praktisk gjennomføring	7
2.1.2.	Vurdering av sterk markedsstilling	9
2.1.3.	Følger av vedtak om sterk markedsstilling	13
2.2.	Tilgang	15
2.2.1.	Tilgangsforpliktelsens omfang	15
2.2.2.	Rimelighetsvurderingen i ekoml. § 4-1 første ledd	18
2.2.3.	Nødvendighetsvurderingen	20
2.2.4.	Begrunnelsesplikt ved avslag	21
2.2.5.	Tilbakekall av tilgang	22
2.3.	Ikke-diskriminerende vilkår	25
2.3.1.	Pålegg etter ekoml. § 4-7 første ledd	25
2.3.2.	Pålegg etter ekoml. § 4-7 annet ledd	26
2.4.	Offentlighet	28
2.4.1.	Spesifisert informasjon	28
2.4.2.	Standardtilbud	30
2.5.	Skille selskapets struktur og regnskap	31
2.6.	Prisspørsmål	33
2.6.1.	Innledning	33
2.6.2.	Pris og regnskapsregulering	34
2.6.3.	Nærmere om fastsettelse av prisen for tilgang	35
2.6.4.	Tilbakebetaling av for mye betalt tilgangsvederlag	41

3	FORPLIKTELSER ETTER GENERELL KONKURRANSERETT	44
3.1.	Forholdet mellom sektorspesifikk og generell regulering	44
3.2.	Forpliktelser etter krrl. § 11	46
3.3.	Tilgangsforspliktelsens omfang	49
3.4.	Ikke-diskriminerende vilkår	53
3.5.	Prisspørsmål	54
3.6	Oppsummering	56
4	VURDERINGER	58
5	LITTERATUR- OG KILDELISTE	60
5.1.	Litteraturliste	60
5.2.	Rettskilder	61
5.2.1.	Lover/traktater	61
5.2.2.	Forskrifter	61
5.2.3.	Forarbeider	61
5.2.4.	Dokumenter/direktiver utgitt av EU/EF	61
5.2.5.	Pålegg og vedtak	62
5.2.6.	Standardavtaler	62
5.2.7.	Øvrige dokumenter	63
5.3.	Avgjørelser	63
5.3.1.	Norsk rettspraksis	63
5.3.2.	EF-domstolen	63
5.2.3.	EF/EU. Førsteinstansretten	64
5.2.4.	Øvrig praksis	64

1. Innledning

Oppgaven søker å gi et samlet bilde av hvilke forpliktelser nettleverandører har overfor tjenesteleverandører i mobiltelefonisektoren, etter den sektorspesifikke telekommunikasjonsreguleringen og etter generell konkurranserett. Med *nettleverandør* menes en aktør med eget nettverk for mobiltelefoni. I Norge finnes det i dag to slike tilbydere med nasjonal dekningsgrad, Telenor og Netcom.¹ Med mindre annet går eksplisitt frem i oppgaven vil uttrykket *tjenesteleverandør* brukes om en tilbyder av mobiltelefoni som ikke eier eget nettverk, og derfor er avhengig av å leie dette av en nettleverandør for å kunne tilby mobiltelefoni til sine kunder. Nettleverandøren er ofte representert også på sluttbrukermarkedet. Det vil da være viktig å skille mellom nettleverandørens rolle som videreselger av nettverk til tjenesteleverandøren, og dens rolle som tilbyder på sluttbrukermarkedet.

Teleindustrien i Norge har, i likhet med resten av verden, opplevd en markant endring de siste 20 årene, noe som dels skyldes teknologisk fremgang, men først og fremst myndighetenes målsetning om liberalisering av telekommunikasjonsmarkedene, fulgt av regulatoriske initiativer.. Mens telefoni tidligere ble tilbudt av statseide monopoler, i Norge av Televerket, er det i dag kommersielle aktører som tilbyr telefontjenester.

Liberaliseringen av telekommunikasjonssektoren har bydd på store reguleringsmessige utfordringer da de tidligere monopolistene hadde store konkurransemessige fordeler. Lisa Correa peker på tre forhold som hindret sunn konkurranse i den innledende fasen. For det første hadde de tidligere monopolistene hundre prosent markedsandel og kontroll på kundene. For det andre hadde de en solid økonomi og ansatte med unik ekspertise. For det tredje hadde de eksklusiv tilgang til nettverk og andre viktige installasjoner som er nødvendig for å kunne tilby telefoni.² Disse forholdene gjorde at markedene ikke kunne ikke reguleres ut fra generelle konkurranserettslige prinsipper. Den

¹ I tillegg har Teletopia et lokalt nettverk for GSM og Hi3G (går også under navnet "3") et ikke-aktivt nettverk for UMTS.

² Correa, Lisa, 'The Economics of Telecommunication' i Walden, Ian og Angel, John (red.). *Telecommunications Law and Regulation* (2005) s. 24.

første liberaliseringsfasen³ bar preg av streng regulering der de tidligere monopolistene ble møtt med en rekke pålegg for å legge forholdene til rette for at nye aktører kunne etablere seg i markedet. Gjennom vedtakelsen av et nytt regelverk i 2002⁴, gikk EUs telekommunikasjonspolitik inn i en ny fase. Reguleringen i denne fasen bærer preg av at telekommunikasjonssektoren er på vei mot effektiv konkurranse, men der de største aktørene fortsatt kan pålegges forpliktelser hvis det anses som nødvendig for å bedre konkurransenivået i markedet. Den asymmetriske reguleringsmodellen er midlertidig og vil avløses av et nytt regelverk når konkurransen er sterkt nok til at sektoren kan reguleres under EUs generelle konkurranserettslige prinsipper.⁵

Den norske telekommunikasjonslovgivningen er basert på det europeiske regelverket. Det er spesielt to EU-direktiver som er viktige i forhold til nettleverandørens forpliktelser overfor tjenesteleverandøren, rammedirektivet (direktiv 2002/21/EC) og tilgangsdirektivet (direktiv 2002/19/EC). I følge rammedirektivets art. 28 og forpliktelsene etter EØS-avtalen art. 7 var Norge forpliktet til å gjennomføre direktivenes innhold. Følgelig trådte lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 nr. 83 (heretter ekoml.) i kraft fra 25. juli 2003, jf. ekoml. § 13-1. Ekomloven er ingen ren oversettelse av direktivene, men er tilpasset norsk lovgivertradisjon.⁶ Målsetningen om et regelverk som er harmonisert medlemslandene i mellom⁷ gjør at direktivtekstene, praksis fra EU og øvrige publikasjoner fra EU vil være av relevans og kan etter omstendighetene ha stor betydning ved tolking av ekomloven.

Verken EU-traktatene eller ekomloven pålegger nettleverandørene forpliktelser direkte. Lovgivningen legger opp til at nasjonale myndigheter kan pålegge nettleverandørene forhåndsdefinerte forpliktelser, og i visse forhold forpliktelser som ikke er forhåndsdefinerte i loven forutsatt at dette godkjennes av EU-kommisjonen, jf. tilgangsdirektivet art. 8 (3).

Den sektorspesifikke reguleringen av telekommunikasjonssektoren suppleres av den generelle konkurranseretten. Mange av de samme prinsippene er lagt til grunn for den sektorspesifikke og den generelle konkurransereguleringen, men den sektorspesifikke

³ Monopolene ble gradvis avviklet i perioden 1988-1998. For nærmere om utviklingen, se for eksempel Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 6.

⁴ For oversikt over alle EU-direktivene med betydning for telekommunikasjonssektoren, se http://europa.eu.int/information_society/policy/ecommm/info_centre/documentation/legislation/index_en.htm

⁵ St.meld. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

⁶ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 41.

⁷ Ibid. s. 8.

reguleringen tar i betraktning de spesielle konkurranseforholdene i overgangen fra monopol til full konkurranse. I motsetning til store deler av den sektorspesifikke reguleringen som søker å stimulere ønsket markedsutvikling i forkant (ex ante), søker den generelle konkurransereguleringen i hovedsak å vurdere legitimiteten av aktørenes opptreden i etterkant (ex post). Ingvald Falch peker på to forhold som hindrer den generelle konkurranseretten i å være tilstrekkelig til å realisere de telepolitiske målsetningene. For det første er de generelle konkurransereglene for vagt utformet, noe som medfører at tolkninger av reglene i stor grad må baseres på tidligere avgjørelser. For det andre vil den generelle konkurranserettens etterkantregulering kunne føre til at reaksjonen på misbruk ofte kommer etter en lang prosess.⁸

⁸ Falch, *Rett til nett* (2004) s. 208-209.

2 De sektorspesifikke forpliktelsene

2.1. Særlig om sterk markedsstilling

Omfanget av nettleverandørens forpliktelser overfor tjenesteleverandøren etter den sektorspesifikke reguleringen er i stor grad avhengig av om nettleverandøren har sterk markedsstilling innenfor de aktuelle markedene hvor den opererer. Er det ikke fattet vedtak om sterk markedsstilling vil nettleverandørens forpliktelser overfor tjenesteleverandøren i all vesentlighet være begrenset til det som følger av generell konkurranserett. Ekomlovens bestemmelser som får innvirkning på nettleverandørens forpliktelser overfor tjenesteleverandøren, bygger på EUs asymmetriske reguleringsmodell hjemlet i rammedirektivets art. 14-16, jf. tilgangsdirektivets art. 8-13. Bakgrunnen for skillet mellom tilbydere med og uten sterk markedsstilling er den spesielle konkurransesituasjonen i telekommunikasjonssektoren, der de fleste fasilitetene og ressursene som er nødvendige for å operere på markedet er samlet på noen få hender. Tidligere statseide telemonopoler har fortsatt en så stor andel av markedet og disponerer over så store ressurser at EU har sett det som nødvendig å legge til rette for at nasjonale myndigheter kan pålegge disse, og andre tilbydere i lignende posisjoner, spesielle forpliktelser for å hindre begrensning og vridning av konkurransen.⁹

2.1.1. Praktisk gjennomføring.

Reguleringen av telekommunikasjonssektoren i Norge hører inn under Samferdselsdepartementet. Den generelle overvåkingen av telekommunikasjonsbransjen, herunder utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling, er delegert til Post- og teletilsynet.¹⁰

⁹ Se for eksempel *Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services* (document 2002/C 165/03) punkt 16 og Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 31.

¹⁰ Delegasjon av 30. mai 1997, tilgjengelig på <http://odin.dep.no/sd/norsk/dep/org/etater/028061-990008/dok-bn.html>

Før Post- og teletilsynet peker ut tilbydere med sterk markedsstilling må tilsynet definere de ulike markedene innen telekommunikasjonssektoren og deretter analysere konkurransesituasjonen i de ulike markedene, for å vurdere om én eller flere av tilbyderne har så sterk innflytelse at den må anses å ha sterk markedsstilling.

Vedtak om sterk markedsstilling fattes i forhold til de markedene Post- og teletilsynet har definert etter ekoml. § 3-2 første ledd. Markedene defineres på grunnlag av *EFTAs overvåkningsorgans anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder innenfor området for elektronisk kommunikasjon*¹¹ (heretter EFTAs anbefaling av produkt- og tjenestemarkeder). Ekoml. § 3-2 annet ledd åpner for definering av markeder utover det som følger av EFTAs anbefaling av produkt- og tjenestemarkeder, forutsatt at reglene om konsultasjonsprosedyre etter ekoml. § 9-3 følges. Dette kan være aktuelt hvis særegne nasjonale konkurransemessige forhold gjør andre markedsdefinisjoner hensiktsmessig.¹² EFTAs anbefaling av produkt- og tjenestemarkeder utpeker tre markedsområder der vedtak om sterk markedsstilling kan få betydning for nettleverandørens forpliktelser overfor tjenesteleverandøren i mobilsektoren. Post- og teletilsynets markedsdefinisjoner avviker så langt ikke fra EFTAs anbefaling av produkt- og tjenestemarkeder.¹³ For det første er et marked definert som *tilgang til og samtaleoriginering fra offentlige mobilkommunikasjonsnett* etter EFTAs anbefaling av produkt- og tjenestemarkeders vedlegg punkt 15, jf. rammedirektivets vedlegg 1 punkt 2 (marked 15).¹⁴ Post- og teletilsynets har fattet et vedtak om at Telenor Mobil har sterk markedsstilling i marked 15. For det andre er *terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett* definert som et eget marked, jf. EFTAs anbefaling av produkt- og tjenestemarkeders vedlegg punkt 16 og rammedirektivets vedlegg 1, punkt 2 (marked 16).¹⁵ Telenor, Netcom, Tele2 og Teletopia har sterk markedsstilling i dette markedet. Det siste definerte markedet relatert til mobilsektoren er *det nasjonale markedet for internasjonal roaming i offentlige mobilkommunikasjonsnett*, jf. EFTAs anbefaling av produkt- og tjenestemarkeders vedlegg punkt 17 og rammedirektivets vedlegg 1 punkt 4. Det

¹¹ Dokument C (2003) 497, tilgjengelig på

http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documents/recomen.pdf

¹² Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 99.

¹³ Alle de relevante markedene for telekommunikasjon er definert av Post- og teletilsynet og publisert på www.npt.no.

¹⁴ For oversikt over det norske markedet, se Post- og teletilsynets *Revidert og oppdatert analyse av markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlig mobilkommunikasjonsnett* fra 24.5.2005.

¹⁵ For oversikt over det norske markedet, se Post- og teletilsynets *Analyse av markedene for terminering i individuelle offentlige kommunikasjonsnett* fra 31.3.2005.

er særlig de to førstnevnte markedene som har betydning for forholdet mellom nettleverandør og tjenesteleverandør.

Når markedene er definerte viser forarbeidene at Post- og teletilsynet skal foreta en analyse av markedene i henhold til *Commision Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services* (dokument 2002/C 165/03) (heretter EU-kommisjonens retningslinjer for markedsanalyse).¹⁶

2.1.2. Vurdering av sterk markedsstilling.

Sterk markedsstilling i ekoml. § 3-1 er en oversettelse av 'significant market power' som er uttrykket som benyttes i EU-reguleringen. *Significant market power* er definert i rammedirektivets art. 14 (2) og er basert på EF-domstolens definisjon av uttrykket "dominerende stilling" ("dominant position") i EF-traktaten art. 82 (tilsvarende EØS-avtalen art. 54) i saken *United Brands mot Kommisjonen*:¹⁷

"The dominant position referred to in this Article relates to 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 its consumers."

Den samme definisjonen har blitt lagt til grunn i senere saker, bl.a. i *Michelin-saken*.¹⁸

Årsaken til at lovgiverne ønsket et annet uttrykk i reguleringen av telekommunikasjonssektoren, må ses i sammenheng med at denne reguleres ut fra et ex ante-prinsipp til forskjell fra generell konkurranseregulering som tar utgangspunkt i et ex post-prinsipp. Forskjellen mellom ex post og ex ante kan i korthet forklares med at ex ante legger opp til en modell der myndighetene kan pålegge de aktuelle dominerende aktørene forpliktelser både for å forhindre misbruk av den dominerende stillingen og for å stimulere ønsket markedsutvikling. Ved bruk av ex post-prinsippet vurderes det om den dominerende

¹⁶ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 40 og 100.

¹⁷ *United Brands mot Kommisjonen* (sak 1978 27/76) premiss 65.

¹⁸ *Michelin mot Kommisjonen*. (sak 1983 322/81).

stillingen er misbrukt i etterkant av de aktuelle handlingene.¹⁹ Bakgrunnen for bruk av ex ante i den sektorspesifikke reguleringen er utdypet i EU-kommisjonens retningslinjer for markedsanalyse. Ex ante-reguleringen skal sikre at foretak med sterk markedsstilling ikke bruker denne til å trenere og hindre konkurranseutviklingen, eller utnytte sin markedsposisjon på tilgrensende markeder (punkt 16). Ex ante-reguleringen legger rette for en kortere vei inn i markedet samt gir et mer forutsigbart hendelsesforløp for potensielt nye aktører, da nettleverandørens forpliktelser i større grad er definerte i forkant av at det gjøres en anmodning om tilgang.

I ekomloven er sterk markedsstilling definert i § 3-1. Av forarbeidene går det frem at forståelsen av *sterk markedsstilling*, i likhet med EUs definisjon, i stor grad tilsvarer den generelle konkurranserettens begrep *dominerende stilling*²⁰. Det er to hovedvilkår for at Post- og teletilsynet skal kunne utpeke en tilbyder med sterk markedsstilling. Tilbyderen må for det første ha økonomisk styrke i et relevant marked, og for det andre ha mulighet til å kunne benytte denne økonomiske styrken for å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere. Etter EU-kommisjonens retningslinjer for markedsanalyse punkt 73 skal det tas hensyn til aktørens mulighet for å øke prisen uten at dette forårsaker en større reduksjon av inntjeningen. Økonomisk markedsrett kan også få utslag ved at aktøren er i stand til å presse ut konkurrenter, for eksempel ved å starte en prisrig i det aktuelle markedet. Settes salgsprisen under kostpris vil konkurrentene måtte sette ned prisen tilsvarende for ikke å tape markedsandeler. For konkurrenter som ikke har like sterk økonomi vil en langvarig prisrig ikke være økonomisk forsvarlig. En slik strategi vil også ha preventive virkninger da potensielle konkurrenter vil kvie seg for å bevege seg inn i markedet. Ved vurderingen kan det tas hensyn til om tilbyderen oppnår sterk markedsstilling sammen med andre tilbydere, og til om tilbyderen har sterk markedsstilling til et tilgrensende marked.

Retningslinjene for Post- og teletilsynets skjønnsutøvelse etter § 3-1 er betydelige. Disse er gitt i forarbeidene til ekomloven²¹, EUs rammedirektiv og i EU-kommisjonens retningslinjer for markedsanalyse. EU-kommisjonens retningslinjer for markedsanalyse gir en ikke-uttømmende anbefaling av hvilke hensyn som skal legges til grunn ved vurderingen av hvorvidt en tilbyder har sterk markedsstilling i et marked. I tillegg til muligheten for prisøkning

¹⁹ For en mer utførlig beskrivelse av forskjellen mellom ex post og ex ante, se Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 32.

²⁰ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 10. For nærmere om dominerende stilling, se min redegjørelse under punkt 3.2.

²¹ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 30 flg.

uten fare for større reduksjon i inntjeningen, skal det legges vekt på tilbyderens andel av markedet. I punkt 75 uttaler EU-kommisjonen at en tilbyder med en markedsandel på mindre enn 25 % normalt ikke kan anses for å ha sterk markedsstilling. Derimot må tilbydere med en markedsandel på mer enn 50 % vanligvis anses å ha sterk markedsstilling. I forhold til vurderingen av markedsandeler understrekes det at tilbyderens relative størrelse i forhold til de andre tilbyderne må vektlegges. I den nevnte United Brands-saken kom EF-domstolen til at selv om markedsandelen i seg selv ikke var veldig høy (35-45%) var den allikevel flere ganger høyere enn for den største konkurrenten, noe som muliggjorde at den aktuelle aktøren kunne handle uavhengig av markedet. Dog understreker retningslinjene i punkt 78 at tilbyderens markedsandel alene ikke kan avgjøre om den har sterk markedsstilling. Det skal i tillegg tas hensyn til blant annet:

- aktørens generelle størrelse
- aktørens kontroll over infrastrukturen og muligheten for anleggelse av ny infrastruktur
- teknologiske fordeler og overlegenhet
- manglende eller lav grad av konkurrerende kjøpekraft
- enkel eller privilegert tilgang til kapital- markeds- og/eller finansielle resurser
- variert tilbud av produkter og tjenester
- stordriftsfordeler
- fordeler som følge av tilbyderens spennvidde
- vertikal integrasjon
- velutviklet salgs- og distribusjonsnettverk
- mangel på potensiell konkurranse
- hindre for videreutvikling

Et av de største potensielle hindrene for nye aktører i mobilsektoren er manglende tilgang til nettverk og andre fasiliteter som er nødvendig for å kunne tilby mobiltelefoni. I vurderingen av om en nettleverandør skal anses for å ha sterk markedsstilling skal det etter EU-kommisjonens retningslinjer for markedsanalyse punkt 81 legges vekt på om tilbyderen har essensielt og nødvendig utstyr. I denne vurderingen skal det tas hensyn til om tilbyderen er den eneste som har denne typen utstyr. Finnes det tilbydere som har tilsvarende utstyr, skal vurderingen av utstyrets betydning ses i forhold til tilbyderens mulighet til å handle uavhengig av markedet. Dette kan være tilfellet hvis det for eksempel eksisterer flere mobilnettverk på

markedet, men der det ene er kvalitativt overlegent de andre. Dette kan føre til at en betydelig prisøkning fra tilbyderen med best nettverk ikke vil få større konsekvenser for inntjeningen.

Ekoml. § 3-1 dekker også situasjoner der tilbyderen har sterk markedsstilling sammen med andre. Forarbeidene til ekomloven angir to tilfeller der regelen kan bli aktuell. For det første kan det fattes en beslutning om kollektiv sterk markedsstilling der det finnes 'eiermessige eller andre bånd mellom [tilbyderne]', for det andre der det følger av markedets struktur.²² Bakgrunnen for regelen om mulighet for vedtak om sterk markedsstilling ved kollektiv dominans er gitt i EU-kommisjonens retningslinjer for markedsanalyse punkt 86. Regelen bygger på EF-traktaten art. 82. Art. 82 har tidligere blitt forstått slik at det må ha vært et visst bånd mellom de samarbeidende aktørene,²³ men dette synet ble avvist i saken *SIV mot Kommissjonen*²⁴ der det ble fastslått at det ikke er noe vilkår at foretakene har eiermessige eller økonomiske forbindelser. Dette utgangspunktet er videreført i telekommunikasjonslovgivningen. I tilleggsbemerkninger i vedlegg 2 til rammedirektivets art. 14 (2) gjøres det klart at det ikke er en forutsetning for kollektiv dominans at det eksisterer strukturelle eller andre forbindelser mellom de aktuelle foretakene.

I tillegg til eksplisitt samarbeid mellom flere aktører vil reglene om kollektiv dominans også omfatte stilltiende forståelse. Patrick Rey²⁵ påpeker at samarbeid i form av stilltiende forståelse kan være til hinder for en positiv konkurranseutvikling i telekommunikasjonssektoren, og at det er flere faktorer i telekommunikasjonssektoren som legger til rette for at stilltiende forståelse skal kunne fungere for de dominerende aktørene. I følge Rey oppstår et samarbeid med stilltiende forståelse når de involverte aktørene er klar over at høy pris er til begges beste, og at konkurranse på pris vil føre til en kortvarig gevinst men på lang sikt være uheldig som en følge av de(n) andre parten(e)s mottiltak. I forhold til det norske nettleverandørmarkedet er det spesielt de høye markedsbarriere og at det er få nettleverandører som kan gjøre at markedet er sårbart for samarbeid i form av stilltiende forståelse.

²² Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 98.

²³ Se for eksempel *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Kommissjonen* (sak 75/84 1986), spesielt premiss 84.

²⁴ *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA mot Kommissjonen* (Samlede saker T-68/89, T-77/89 og T-78/89, 1992). Se spesielt premiss 357 og 358. Synet ble opprettholdt i Kommissjonens avgjørelse, OJ L33 (1989), se premiss 78 flg.

²⁵ Patrick Rey, *Collective dominance and the telecommunications industry* i Buiges & Rey (red.) (2004) s. 91 flg.

Ekoml. § 3-1 første ledd siste punktum åpner for at myndighetene kan fatte vedtak om sterk markedsstilling i tilgrensende markeder, selv om tilbyderer ikke har sterk markedsstilling i det tilgrensende markedet isolert sett. Tilsvarende bestemmelse i EU-lovgivningen er gitt i rammedirektivet art. 14 (3), der regelen utdypes noe. Det pekes spesielt på situasjoner der markedsposisjonen i et marked benyttes for å utøve innflytelse og fordeler i et annet, nærliggende marked. For at det skal kunne fattes vedtak om at aktøren har sterk markedsstilling etter ekoml. § 3-1 (1) siste punktum, må etter dette tre betingelser være tilstede. For det første må aktøren ha sterk markedsstilling i ett marked. Det kan ikke anses som et krav at dette er vedtatt av myndighetene på forhånd, da det er de reelle forholdene som skal legges til grunn. Det må være tilstrekkelig at vedtaket om sterk markedsstilling i det første markedet kommer senest samtidig med vedtaket om sterk markedsstilling for det tilgrensende markedet. For det andre må aktøren ha en viss markedsandel i det tilgrensende markedet. Det er naturlig å avgrense dette kravet nedad mot markedsandeler som er knyttet til rene analytiske formål og følere i markedet som (enda) ikke har kommersielle formål. For at det skal være aktuelt å benytte regelen om tilgrensende marked kan heller ikke markedsposisjonen være så sterk at vedtaket går inn under den generelle bestemmelsen om sterk markedsstilling i § 3-1 (1) første punktum. For det tredje må det være mulig å benytte markedsposisjonen i det første markedet for utøvelse av markedsrett i det tilgrensende markedet. Ex ante-modellen innebærer at det ikke er nødvendig å vente til slik utøvelse av markedsrett har funnet sted før det fattes vedtak om sterk markedsstilling. Situasjoner der sterk markedsstilling benyttes for å få innflytelse i tilgrensende markeder er ikke uvanlige i mobilbransjen. Sektoren er preget av noen få, men ressurssterke aktører som ofte ønsker å ta del i et vidt spekter av de ulike telekommunikasjonsmarkedene, også helt nye markeder.

2.1.3. Følger av vedtak om sterk markedsstilling

Følgen av Post- og teletilsynets vedtak om at en tilbyder har sterk markedsstilling er at den aktuelle tilbyderer blir pålagt minst én forpliktelse som er oppregnet i ekoml. § 3-4. I forholdet mellom nettleverandør og tjenesteleverandør er det følgende forpliktelser som er særlig aktuelle: tilgang, offentlighet, ikke-diskriminering, skille mellom selskapets struktur og regnskap samt pris- og regnskapskontroll. Enkelte av forpliktelsene regulerer forholdet mellom nettleverandør og tjenesteleverandør direkte, andre forpliktelser bærer preg av å være

generelle pålegg som ikke umiddelbart berører forholdet aktørene i mellom, men vil kunne legge forholdene til rette for tjenesteleverandørens deltagelse på markedet.

Den generelle konkurransereguleringen har ingen tilsvarende regel om at den dominerende aktøren må pålegges en særskilt forpliktelse. I denne sammenheng oppstår spørsmålet om vedtak om sterk markedsstilling etter den sektorspesifikke reguleringen bør ta hensyn til at konsekvensene for den vedtaket retter seg mot, er mer vidtgående enn for aktører som reguleres etter generell konkurranserett. Målsetningen om at konkurransen på sektoren på sikt skal ivaretas av generelle konkurranseregler alene, vil være et argument for at slike hensyn bør tas. Myndighetenes praksis tyder derimot på at det ikke tas slike hensyn.²⁶

Pålegg etter ekoml. § 3-4 skal være forholdsmessig og begrunnet.²⁷ Kun hvis det ikke eksisterer full konkurranse som følge av at foretak har sterk markedsstilling skal det gis pålegg, men etter ex ante-reguleringen er det ikke nødvendig at den sterke markedsstillingen er misbrukt. Sentralt i vurderingen av påleggene er at de skal ta hensyn til økt konkurranse og lavere priser på den ene siden, og innovasjon og utvikling på den andre siden.²⁸

Ekoml. § 3-4 annet ledd åpner for myndighetenes adgang til å i særlige tilfelle gi pålegg for tilbyder med sterk markedsstilling som går utover det som er direkte regulert i ekomloven, forutsatt at konsultasjonsprosedyren etter § 9-3 følges.²⁹ Som for de spesifiserte påleggene må pålegg etter § 9-3 annet ledd være begrunnet ut fra hensynet til konkurranse samt ut fra hensynet til innovasjon og utvikling.

²⁶ Se for eksempel Post- og teletilsynets analyse av marked 16, 'Analyses of the markets for voice call termination on individual mobile networks' der spørsmålet ikke tas opp.

²⁷ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 41.

²⁸ For mer om avveiningen mellom hensynet til pris og utvikling av tjenestene, se min redegjørelse under punkt 2.6.2.

²⁹ For nærmere om konsultasjonsprosedyrens begrunnelse og innhold, se Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 57 flg.

2.2. Tilgang

Myndighetenes adgang til å gi nettleverandøren pålegg om å gi tilgang er hjemlet i ekomloven § 4-1. Den tilsvarende bestemmelsen i EU-lovgivningen er tilgangsdirektivet art. 12. Tilgang til nettverk og andre fasiliteter som er nødvendige for at tjenesteleverandøren skal kunne tilby mobiltjenester til sine kunder, er den viktigste potensielle forpliktelsen nettleverandøren har overfor tjenesteleverandøren. Tilgangsforsikring er også det pålegget som gjør størst inngrep i nettleverandørens råderett over egne ressurser. I forbindelse med en vurdering av pålegg om tilgangsforsikring må det foretas en avveining mellom hensynet til økt konkurranse på den ene siden og hensynet til nettleverandørens mulighet til å høste fruktene av sine investeringer på den andre siden. Denne avveiningen behandles i punkt 2.6.2.

2.2.1. Tilgangsforsikrings omfang.

I forbindelse med en tilgangsforsikring må det avgjøres hva forpliktelsen omfatter. Tilgang er definert i tilgangsdirektivet art. 2 (a):

”Access means the making available of facilities and/or services to another undertaking, under defined conditions, on either an exclusive or non-exclusive basis for the purpose of providing electronic communication services”.

Direktivet gir deretter eksempler på hva tilgang kan bestå av. EUs definisjon av tilgang er forholdsvis vid, da den omfatter all tilrettelegging av fasiliteter og tjenester den anmodende aktøren trenger for å kunne tilby tjenester til sine kunder.

I EUs *’Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector’*³⁰ (heretter EUs retningslinjer for konkurranseregulering i telekommunikasjonssektoren), gis en oversikt over hvilke fasiliteter og ressurser som kan omfattes av en tilgangsforsikring. For det første kan tilgangsforsikringen omfatte en fysisk tilgang til termineringspunktene sluttbrukerne er knyttet til.³¹ Tjenesteleverandøren vil i så fall

³⁰ Dokument 98/C265/02.

³¹ EUs retningslinjer for konkurranseregulering i telekommunikasjonssektoren punkt 49.

leie en del av det fysiske nettverket og forvalte denne delen fritt. Denne formen for tilgang forutsetter at tjenesteleverandøren selv har systemer og kompetanse som er nødvendig for å kunne dra nytte av den fysiske tilgangen. I Norge er de fleste avtaler om tilgang rene tjenesteleverandøravtaler som innebærer at tjenesteleverandøren blir tildelt anropsnummere av Post- og teletilsynet som den knytter opp til abonnementsavtaler med nettleverandøren.³² Inntjeningspotensialet for tjenesteleverandøren ligger i forskjellen mellom prisen den betaler (heretter tilgangsprisen) og prisen sluttbrukeren betaler. Ønsker tjenesteleverandøren en annen gjennomføring av tilgangsforpliktelsen³³ må spørsmålet om nettleverandøren er forpliktet til å godta dette avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering, der partenes behov og reguleringens målsetninger tas med i betraktning.

Etter ekoml. § 4-5 første ledd omfatter tilgangsforpliktelsen også tilgang til informasjons- og støttesystemer som er nødvendige for at den anmodende aktøren skal kunne levere konkurrerende tjenester. Tilsvarende bestemmelse i EU-lovgivningen er gitt i tilgangsdirektivet art. 2 (a). Pålegg om tilgang etter § 4-1 omfatter ikke automatisk en tilgangsforpliktelse også til informasjons- og støttesystemer, men er det først gitt pålegg etter § 4-1 vil det være meningsløst å ikke gi pålegg etter § 4-5 hvis tilgang etter denne bestemmelsen ikke gis frivillig av nettleverandøren. Uten tilgang til informasjons- og støttesystemer vil tilgangen til nettverket ikke kunne benyttes av tjenesteleverandøren.

Forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste av 16.2.2004 (ekomforskriften) § 2-4 gir eksempler på hva tilgangsforpliktelsen etter ekoml. § 4-5 kan innebære. For det første kan det være nødvendig med et system for driftstøtte. Denne typen systemer har til hensikt å fange opp problemer med sluttbrukertjenestene som ikke skyldes forhold på tjenesteleverandørens side og som den heller ikke har mulighet til å påvirke. Et system for driftstøtte vil typisk gi tjenesteleverandøren mulighet til å beskrive feilen for at nettleverandøren skal kunne finne og rette problemene ut fra opplysningene gitt av tjenesteleverandøren.

For det andre nevner ekomforskriften § 2-4 databaser for innhenting av opplysninger før bestilling. Disse databasene må avgrenses til å gjelde opplysninger om tjenestene, typisk ledige anropsnummere og simkortnummere som må kunne kobles sammen

³² For nærmere om hvordan tilgang fungerer i praksis, se for eksempel Telenors standardavtale for tjenesteleverandører, tilgjengelig på <http://www.telenor.no/bedrift/partner/tjenesteleverandor.html>

³³ For eksempel en MVNO-avtale beskrevet på <http://www.telenor.no/bedrift/partner/mvno.html>

for at tjenestene skal kunne fungere. Det tredje eksempelet er systemer for levering. Dette må forstås som de systemene som gjør det mulig for tjenesteleverandøren å levere mobiltelefoni til sine kunder som selvstendig leverandør. Leveringssystemene muliggjør tjenesteleverandørenes bruk av de aktuelle tjenestene. Det fjerde eksempelet i ekomforskriften § 2-4 er ordresystemer. Et ordresystem vil vise hvilke endringer i tjenestene tjenesteleverandøren har sendt og statusen de forskjellige bestillingene har, for eksempel om ordren står i kø, om den er gjennomført eller om den har feilet. Ordresystemer vil ofte kombineres med feilbehandlingssystemer som også er nevnt som eksempel i bestemmelsen. Vedlikeholdssystemer vil være mest aktuelt der den anmodende aktøren har direkte tilgang til det fysiske nettet og vil ikke være aktuelt i forholdet mellom nettleverandøren og tjenesteleverandøren. Det siste eksempelet i ekomforskriften § 2-4 er systemer for fakturering. Dette må avgrenses til systemer som behandler faktureringen mellom nettleverandøren og tjenesteleverandøren, samt systemer som knytter tjenesteleverandørens eget faktureringssystem opp mot nettleverandørens faktureringssystem.

Forpliktelsene til å tilby støttesystemer må avgrenses mot støttesystemer som er nødvendige for å kunne tilby tjenester på kommersiell basis, men som ikke er knyttet til nettverket. Eksempler på dette kan være kunde- og faktureringssystemer for forholdet mellom tjenesteleverandøren og sluttbrukeren. Forutsetter utnyttelse av disse støttesystemene at de er kompatible med nettleverandørens støttesystemer, må det kunne kreves at nettleverandøren er behjelpelig med sammenkoblingen av systemene. I den grad tjenesteleverandøren ikke har tilgang til systemer for å drive feilsøk på enkeltabonnementene, vil nettleverandøren være forpliktet til å finne og rette feil på tjenesteleverandørens oppfordring.

Kvaliteten på tjenesten tjenesteleverandøren får tilgang til må være av minst like god kvalitet som den nettleverandøren tilbyr sine sluttbrukere. Blir for eksempel nettleverandørens sluttbrukere prioritert foran andre når trafikkbehovet overgår nettkapasiteten, vil produktet til tjenesteleverandøren være av dårligere kvalitet, noe som vil innebære et konkurransefortrinn for nettleverandøren. Dette kan være i strid med prinsippet om ikke-diskriminering som er sentralt for reguleringen.³⁴ Tilgangsfpliktelsen vil omfatte tilgang til alle tjenester som er knyttet til nettverket. Mangler for eksempel tjenesteleverandørens kunder muligheten for å sende sms eller benytte gprs vil dette kunne

³⁴ For mer om ikke-diskriminering, se min redegjørelse under punkt 2.3.

være et brudd på tilgangsforsiklingen. Tilgangsforsiklingen må avgrensnes mot tjenester som ikke springer ut fra nettverket men som nettleverandøren tilbyr sine sluttbrukere, for eksempel saldoopplysninger på sms, da dette er basert på plattformer uavhengig av nettverket.

I tillegg til forsiklingen til å gi tilgang til nettverk og støttesystemer er tilbydere med sterk markedsstilling forpliktet til å dele nødvendig informasjon og kunnskap tjenesteleverandøren trenger for å effektivt kunne dra nytte av tilgangen.³⁵ I forbindelse med utbyggingen av UMTS kan det tenkes at tjenesteleverandøren har behov for informasjon om i hvilken grad UMTS er kompatibel med eksisterende tjenester og informasjon om utbyggingens fremgang, både av hensyn til tjenesteleverandørens markedsstrategier og av hensyn til tjenesteleverandørens kunders behov for informasjon.

2.2.2. Rimelighetsvurderingen i ekoml. § 4-1 første ledd.

Reguleringen av nettleverandørens tilgangsforsiklinger tar utgangspunkt i at partene står fritt til å forhandle om tilgang på avtalerettslig grunnlag. Etter tilgangsdirektivet art. 3 skal myndighetene sørge for at det ikke er restriksjoner på aktørenes mulighet til å forhandle seg i mellom. Noen tilsvarende bestemmelse finnes ikke i ekomloven, men forarbeidene gir uttrykk for at myndighetene skal legge til rette for at partene skal kunne forhandle.³⁶

Forholdet mellom partenes avtalefrihet og myndighetenes mulighet for å pålegge tilgang er beskrevet i Stortingsmelding nr 32 (2001-2002) del tre. Det ideelle er at partene enes om tilgang uten innblanding fra myndighetene. Kommer de ikke til enighet skal Post- og teletilsynet først oppfordre til at nettleverandøren gir tilgang, og

*”i ytterste konsekvens sikre tilgang (...) dersom dette kan bidra til å fremme effektivitet, levedyktig konkurranse og overordna mål på området for elektronisk kommunikasjon. Dersom avtale om tilgang ikkje kjem i stand på forretningsmessig grunnlag, vil myndighetene framleis ha høve til sikre dette ved inngrep/pålegg. Etter det nye regelverket kan pålegg om tilgang bli gitt dersom det er naudsynt for å sikre at føremålet bak regelverket vert ivareteke”.*³⁷

³⁵ For nærmere om avgrensningen av hva slags informasjon som kan kreves, se Nihoul & Rodford (2004) s. 363.

³⁶ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 40.

³⁷ St.meld. nr. 32 (2001-2002) s. 27.

Både lovteksten og uttalelsene i St.meld. nr. 32 (2001-2002) kan gi inntrykk av at ekoml. § 4-1 hjemler myndighetenes adgang til å gi pålegg om tilgangsforspliktelse ad hoc og ex post. Dog vil ex ante-reguleringen, som er gjennomgående for den sektorspesifikke reguleringen, gjøre at pålegget etter ekoml. § 4-1 første ledd om tilgangsforspliktelse må komme i forkant av tilgangsanmodningen, og fattes på grunnlag av den generelle utviklingen i markedet, ikke ut fra en konkret anmodning om tilgang. Et pålegg etter § 4-1 vil innebære en generell forpliktelse til å imøtekomme rimelige fremtidige anmodninger om tilgang. Av forarbeidene går det implisitt frem at vurderingen av hva som er en rimelig anmodning kan prøves konkret av myndighetene i etterkant.³⁸ Den generelle tilgangsforspliktelsen er med andre ord regulert ex ante mens rimelighetsvurderingen kan prøves ex post hvis anmodning nektes og det foreligger pålegg om å gi tilgang ved rimelige anmodninger.

I ekoml. § 4-1 annet ledd angis en ikke-uttømmende oversikt over momenter som kan få betydning for rimelighetsvurderingen. Etter annet ledd første punktum skal det foretas en interesseavveining mellom nettleverandørens interesse i å benytte seg av egne fasiliteter og ressurser og tjenesteleverandørens behov for nettilgang i den grad det er nødvendig for å konkurrere på sluttbrukermarkedet. Lovgiver har uttrykt skepsis mot tilgangsforspliktelse som regulatorisk virkemiddel. I St.meld. nr. 32 (2001-2002) bemerkes:

*”Tvungen tilgang inneber store regulatoriske kostnader og kan påverke dynamikken i marknaden. Tilgang kan vere det einaste funksjonelle middel for å betre konkurransen i ein fullstendig statisk marknad eller i eit naturleg monopol, men samstundes kan dette lede utviklinga i ei gitt retning i ein dynamisk marknad. På den andre sida kan operatørar som baserar seg på tilgang utgjere eit nyttig supplement til infrastrukturkonkurransen og auke tilbodet for forbrukarane”.*³⁹

Vurderingen av partenes behov og dennes betydning for rimelighetsvurderingen må ses i sammenheng med de generelle målsetningene for telekommunikasjonslovgivningen. Det er ikke i første rekke hensynet til nettleverandøren og tjenesteleverandøren som søkes

³⁸ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s.101.

³⁹ St.meld. nr. 32 (2001-2002) s. 24-25.

ivaretatt, men hensynet til sluttbrukerne på lang sikt. Økt konkurranse kan føre til lavere priser, men overdreven bruk av tilgangsforsiklinger kan undergrave nettleverandørens evne og vilje til å videreutvikle nett og tjenester og kan derfor, på lang sikt, føre til dårligere kvalitet på sluttbrukernes tjenester.⁴⁰

I tillegg til avveiningen mellom hensynet til nettleverandørens råderett og hensynet til tjenesteleverandørens behov for tilgang for å kunne operere på sluttbrukermarkedet, angir ekoml. § 4-1 annet ledd seks momenter som skal tas med i rimelighetsvurderingen. Disse punktene bygger på synspunktet om at nettleverandørens kontroll over nettverksressursene ofte er et resultat av investeringer som innebærer et visst element av risiko. Er satsingen mislykket vil nettleverandøren sitte igjen med hele tapet selv. Både hensynet til den aktuelle nettleverandøren og hensynet til den generelle utviklingen av mobilmarkedet taler derfor for at nettleverandøren bør ha en stor grad av rådighet over ressursene hvis investeringene viser seg å være vellykkede. Er adgangen til og vilkårene for å kreve tilgang for gode, kan tjenesteleverandøren se an utviklingen for så å kreve tilgang når risikomomentene er avklarte. Resultatet kan bli et lite innovativt og dynamisk marked, der de fleste aktørene forholder seg passive til markedsutviklingen. Samtidig er det viktig å ta med i vurderingen at terskelen for å kunne operere i markedet ofte er høy, da det vil ta lang tid og kreve store ressurser for å kunne komme opp på et konkurransedyktig nivå hvis tjenesteleverandøren er nødt til å bygge et eget mobilnettverk.

2.2.3. Nødvendighetsvurderingen.

Etter ekoml. § 4-1 annet ledd er myndighetenes påleggskompetanse begrenset til ressurser og fasiliteter som er nødvendige for at den anmodende aktøren skal kunne tilby konkurrerende tjenester. I denne prosessen er det naturlig å vurdere om det finnes alternativer tjenesteleverandøren kan benytte, og avveie tjenesteleverandørens eventuelle ulemper ved å velge de alternative løsningene mot nettleverandørens ulempe ved å bli pålagt å gi tilgang. Et alternativ kan være at tjenesteleverandøren bygger sitt eget nettverk. I tillegg til å være kostbart vil det normalt ta lang tid å bygge et konkurransedyktig nettverk. Nettleverandørens tilgangsforsiklinger vil kunne gi tjenesteleverandøren mulighet til å opparbeide en kundebase

⁴⁰ Avveiningen mellom konkurranse/pris og utvikling/kvalitet er en del av den generelle målsetningen med reguleringen, se for eksempel tilgangsdirektivet art. 1.

mens dens eget nettverk bygges ut, noe som vil gi et sikrere grunnlag for inntjening når nettet er klart til bruk.

Det vil i vurderingen av hvilke ressurser og fasiliteter som er nødvendige for å kunne tilby mobiltelefoni også være naturlig å ta stilling til om det er mulig å benytte eksisterende ressurser og fasiliteter drevet av konkurrerende nettleverandører. Finnes det ikke alternativer må utgangspunktet være at tilgang må gis. Det norske mobilmarkedet er preget av et duopol der to nettleverandører dominerer markedet for levering av mobilnett. I den forbindelse oppstår spørsmålet om i hvilken grad nettleverandøren kan nekte tilgang ut fra en begrunnelse om at det finnes alternative tilgangsmuligheter. I utgangspunktet vil det tale mot å ilegge nettleverandøren tilgangsforsikthet hvis en annen nettleverandør er villig til å gi tjenesteleverandøren tilgang. Er vilkårene for tilgang til det alternative nettverket dårligere som følge av kvalitets- eller prisforskjeller må det tas stilling til om disse forskjellene er så vesentlige at det ikke er mulig for tjenesteleverandøren å etablere seg på sluttbrukermarkedet. Også hvis den første nettleverandørens nektelse av tilgang er et resultat av samordnet opptreden⁴¹ mellom de to nettleverandørene vil det tale for en tilgangsforsikthet for den første nettleverandøren selv om den andre nettleverandøren godtar tilgang.⁴²

2.2.4. Begrunnelsesplikt ved avslag.

Avslår nettleverandør med sterk markedsstilling en tilgangsanmodning skal avslaget dokumenteres og begrunnes etter ekoml. § 4-1 tredje ledd. Dokumentasjonen og begrunnelsen må i første rekke rette seg mot de samme hensynene som vektlegges i rimelighetsvurderingen etter § 4-1 første ledd. Selv om ekomlovens avveiningsmomenter i forhold til rimelighetsvurderingen ikke er uttømmende, vil en begrunnelse som i stor grad baseres på andre hensyn normalt ikke oppfylle plikten til begrunnelse og dokumentasjon. Formålet med bestemmelsen er at den anmodende aktøren skal får et tilstrekkelig innblikk i begrunnelsen for avslaget. Anmoderens behov for innblikk må veies opp mot nettleverandørens behov for å begrense tilgang til forretningsmessige hemmeligheter. Forarbeidene peker på at dokumentasjons- og begrunnelsesplikten ikke omfatter plikt til å

⁴¹ Konkurransbegrensende samarbeid kan være ulovlig etter EØS-avtalens art. 53 og konkurranseloven § 10.

⁴² For mer om dette, se min redegjørelse nedenfor under punkt 2.3 om ikke-diskriminerende vilkår.

informere om forhold som det vil være hensiktsmessig å hemmeligholde av forretningsmessige årsaker.⁴³ Dette hensynet er også bakgrunnen for tilgangsdirektivet art. 4 (3), som uttrykker at myndighetene skal påse at informasjon tilegnet av en aktør i forbindelse med forhandlinger om tilgang kun skal benyttes i forbindelse med de aktuelle forhandlingene og må ikke videreformidles.

Påklages nektelsen av tilgangsanmodningen må derimot nettleverandøren opplyse om og dokumentere de objektive forhold som ligger til grunn for nektelsen overfor myndighetene, også hvis dette innebærer opplysninger om forretningshemmeligheter. I slike klagesaker er det også nettleverandøren som har bevisbyrden da tilgjengeligheten til informasjon er lettest tilgjengelig for denne parten.⁴⁴

Ekomlovens bestemmelser om plikten for tilbyder med sterk markedsstilling til å begrunne og dokumentere avslag på anmodning om tilgang er ikke tilsvarende sterkt regulert i EU-lovgivningen. Tilgangsdirektivet art. 12 åpner for at myndighetene kan gi pålegg om tilgang hvis nettleverandørens avslag på anmodning om tilgang hindrer konkurransemessig utvikling. Tilbyderen kan også bli pålagt å forhandle i ”good faith”, men noen opplysnings- og dokumentasjonsplikt finnes ikke i EU-lovgivningen. Forarbeidene gir ikke et konkret svar på hvorfor ekomlovens bestemmelser går lenger enn EU-lovgivningen på dette punktet, men gir uttrykk for at EU-direktivene er tilpasset norske lovgivningstradisjoner og markedsforhold samt at abstrakte forpliktelser er forsøkt forenklet. Det pekes også på at høringsinstansene, i første rekke Telenor og Abelia, ønsket konkretisering av forpliktelsene for å unngå uforutsigbarhet.⁴⁵

2.2.4. Tilbakekall av tilgang.

Spørsmålet om tilbakekall av tilgang er ikke behandlet i ekomloven eller dens forarbeider. Etter tilgangsdirektivet art. 12 (1-c) kan nettleverandører etter pålegg om tilgang ikke kalle tilbake en tilgangsavtale. Utgangspunktet må være det samme etter norsk rett da terminering av tilgangsavtalen vil være et brudd på tilgangsforpliktelsen på lik linje med nektelse av tilgangsanmodning. Faller derimot vilkårene for tilgangsforpliktelsen vekk må det

⁴³ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003). s. 101

⁴⁴ Ibid. s. 101-102.

⁴⁵ Ibid s. 41.

tas stilling til hvorvidt nettleverandøren er forpliktet til å fortsette å tilby tilgang, forutsatt at avtalen ikke regulerer situasjonen. Problemet oppstår i første rekke når de nye vilkårene tjenesteleverandøren blir tilbudt er dårligere enn vilkårene den hadde tidligere. Er de opprinnelige tilgangsvilkårene tatt med i prognoser og markedsstrategier, vil hensynet til forutberegnelighet tale for at tjenesteleverandøren kan kreve tilgang på de opprinnelige vilkårene.

Situasjonen kan oppstå enten ved at nettleverandøren ikke lenger har sterk markedsstilling,⁴⁶ eller ved at selve pålegget om tilgangsforpliktelse trekkes tilbake selv om nettleverandøren fortsatt har sterk markedsstilling. Situasjonene bør behandles separat da forskjellige hensyn gjør seg gjeldende. Felles for de to situasjonene er at verken loven eller direktivene tar opp problemstillingen, og at spørsmålet derfor må avgjøres på bakgrunn av regulerings generelle hensyn.

Å videreføre en tilgangsforpliktelse der nettleverandøren ikke har sterk markedsstilling, vil etter min mening være i strid med ekoml. § 4-1. Har nettleverandøren ikke lenger sterk markedsstilling er markedet preget av sterk nok konkurranse til at tilgang er tilgjengelig til markedspris, enten gjennom avtale med den aktuelle nettleverandøren eller andre. I EUs retningslinjer for konkurranseregulering i telekommunikasjonssektoren⁴⁷ punkt 99 og 100 pekes det på at tilbakekall av tilgang i utgangspunktet likestilles med nektelse av tilgang, og må normalt anses som misbruk i forhold til EF-traktaten art. 82.⁴⁸ Når problemstillingen rundt tilbakekall av tilgang kun nevnes i forhold til misbruk av dominerende stilling,⁴⁹ vil en antitetisk tolkning tale for at tjenesteleverandøren ikke kan kreve opprettholdelse av tilgangsavtalen på like vilkår når grunnlaget for tilgangsforpliktelsen faller bort, og nettleverandøren ikke lenger har sterk markedsstilling.

Også hvis spørsmålet om tilbakekall av tilgang oppstår som følge av at tilgangsforpliktelsen trekkes tilbake, til tross for at nettleverandøren fortsatt har sterk markedsstilling, må utgangspunktet være at nettleverandøren ikke er forpliktet til å videreføre avtalen. Et pålegg om tilgangsforpliktelse fattes på grunnlag av at det ikke er sterk nok konkurranse til at tjenesteleverandørene kan få tilgang på rimelige vilkår. Trekkes

⁴⁶ Pålegget skal i såfall trekkes tilbake etter ekoml. § 3-3.

⁴⁷ Se note 30.

⁴⁸ For nærmere om forpliktelser etter EF-traktaten art. 82, se min redegjørelse i kap. 3.

⁴⁹ Om uttrykkene sterk markedsstilling og dominerende stilling, se min redegjørelse under punkt 3.2.

tilgangsforsiklingen tilbake må dette bero på at konkurransen anses sterk nok til at markedsprisen for tilgang muliggjør tjenesteleverandørens deltagelse på sluttbrukermarkedet. En påtvingelse av de tidligere vilkårene vil da sette tjenesteleverandøren i en bedre situasjon enn de øvrige tjenesteleverandørene, noe som vil være et konkurransemessig fortrinn og stride mot prinsippet om ikke-diskriminering.⁵⁰ Er derimot vilkårene nettleverandøren eller konkurrerende nettleverandører tilbyr så mye dårligere at det ikke vil være mulig for tjenesteleverandøren å konkurrere på sluttbrukermarkedet, må det foretas en konkret avveining mellom hensynet til nettleverandørens råderett og hensynet til tjenesteleverandørens behov for forutberegnelighet. Selv om et tilbakekall av tilgangsforsiklingen må baseres på den generelle markedssituasjonen, må det kreves at det tas hensyn til tjenesteleverandører som kan berøres av et tilbakekall.

⁵⁰ For mer om ikke-diskriminering, se fremstillingens punkt 2.3.

2.3. Ikke-diskriminerende vilkår

Etter ekoml. § 4-7, jf. tilgangsdirektivet art 10, kan nettleverandører med sterk markedsstilling pålegges å gi tilgang til tjenesteleverandører på ikke-diskriminerende vilkår. Pålegg for nettleverandøren etter ekoml. § 4-7 første ledd kan gi tjenesteleverandøren rett til like vilkår som øvrige eksterne tjenesteleverandører, mens pålegg etter annet ledd kan gi rett til de samme vilkårene som gis til nettleverandørens egen virksomhet, datterselskap og partnere. Det vil i eller i forbindelse med pålegget være nødvendig å presisere om pålegget er gitt etter første eller annet ledd, da vilkårene nettleverandøren tilbyr egne og eksterne tilbydere kan være forskjellige.

2.3.1. Pålegg etter § 4-7 første ledd

Pålegg etter § 4-7 første ledd innebærer et forbud for nettleverandøren mot å gi ulike vilkår til *eksterne tjenesteleverandører*. En naturlig forståelse av lovens ordlyd og forarbeidene tilsier at nettleverandøren er forpliktet til å gi alle tjenesteleverandørene like gode vilkår som det den mest gunstige tilgangsavtalen innebærer. Bakgrunnen for bestemmelsen er at fasilitetene og ressursene som er nødvendige for å kunne konkurrere på de aktuelle markedene er samlet på noen få hender. Ved å gi enkelte tilbydere dårligere vilkår enn andre, kan nettleverandøren begrense den generelle konkurransen og hindre konkurranse på spesielle delmarkeder. Ved å sikre at alle tilbydere får like gode vilkår reduseres nettleverandørens mulighet til å utøve markedsmakt.⁵¹ Kan nettleverandøren rettferdiggjøre forskjellene i tilgangsavtalene, kan dette hindre en forpliktelse om endring av vilkårene. Dette kan være aktuelt der vilkårene for den beste avtalen er avvikende som følge av at tjenesteleverandøren kun ønsker tilgang til begrensede deler av nettverkets potensial og tjenester, eller har investert i systemer som gjør levering av tilgang rimeligere.

⁵¹ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 104-105.

2.3.2. Pålegg etter § 4-7 annet ledd

Ekoml. § 4-7 annet ledd hjemler myndighetenes adgang til å gi pålegg om tilgang på samme eller likverdige vilkår som *nettleverandørens egne virksomheter, datterselskap og partnere*. Bruk av uttrykket *likverdige vilkår* skal fange opp situasjoner der det ikke er mulig å gi eksterne tjenesteleverandører de samme vilkårene.⁵² Det må da etableres et tilbud som er likverdig med de aktuelle vilkårene. Muligheten til å gi pålegg etter annet ledd fremheves i forarbeidene som ”særlig viktig”.⁵³ For vertikalt integrerte foretak vil det å gi gunstigere vilkår til egne avdelinger og partnere være en mulighet til å beholde markedsandeler på sluttbrukermarkedet og samtidig opprettholde høye inntekter på nettleverandørmarkedet. Samtidig er muligheten for prisklemmer⁵⁴ tilstede, da lavere tilgangspriser for nettleverandørens egen virksomhet gir grobunn for lave sluttbrukerpriser som tjenesteleverandørene kan få problemer med å konkurrere mot.

Pålegg etter § 4-7 annet ledd kan få konsekvenser både på nettleverandør- og sluttbrukermarkedet. Er det forskjeller på tilgangsprisen for interne og eksterne tilbydere vil pålegg etter annet ledd normalt føre til lavere tilgangspris for de eksterne leverandørene, noe som vil kunne ha positive ringvirkninger i sluttbrukermarkedet. Nettleverandørens inntekter på nettleverandørmarkedet vil påvirkes ved at den får en mindre andel av den totale prisen sluttbrukeren betaler for tjenestene. Konkurransen på nettleverandørmarkedet vil trolig også skjerpes da øvrige nettleverandører uten regulatoriske forpliktelser vil kunne se seg nødt til å senke tilgangsprisen.

Lovens ordlyd, og til en viss grad forarbeidene, åpner for en forståelse av loven som innebærer at eksterne tilbydere har rett til den samme tilgangsprisen som nettleverandørens tilbydere, med andre ord at det er tilgangsprisen for de eksterne tilbyderne som skal senkes mens tilgangsprisen for nettleverandørens egne leverandører forblir den samme.⁵⁵ I lys av lovens målsetning om å legge til rette for økt innovasjon og utvikling bør dette utgangspunktet modifiseres noe. Tilbyr nettleverandøren sine egne tilbydere tilgang til kostpris eller til en pris som er lavere enn det den er forpliktet til⁵⁶ vil det kunne være urimelig at eksterne tilbydere skal kunne kreve tilgang på de samme vilkårene. Løsningen vil da være at

⁵² Ot.prp. nr. 58 (2002-2003). s. 105

⁵³ L.c.

⁵⁴ For nærmere om prisklemmer, se min redegjørelse under punkt 2.6.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 105.

⁵⁶ For nærmere om prisforpliktelser, se min redegjørelse i punkt 2.6.

nettleverandøren setter opp prisen for interne tilbydere og tilbyr eksterne tjenesteleverandører tilgang på de samme vilkårene.

Selv uten at det foreligger pålegg etter § 4-7 vil tilgang på diskriminerende vilkår kunne være i strid med rimelighetsstandarden i den generelle tilgangsbestemmelsen, § 4-2 tredje ledd. Foreligger ikke vedtak etter § 4-7 vil dog nettleverandøren ha større adgang til å rettferdiggjøre de diskriminerende vilkårene.

For å sikre at pålegg om ikke-diskriminering blir etterlevd kan det være naturlig å kombinere pålegget med krav om offentliggjøring og utarbeidelse av standardtilbud etter § 4-6 og eventuelt pålegg om å skille nettleverandørens regnskap og struktur etter ekoml. § 4-8.

2.4. Offentlighet

Nettleverandører med sterk markedsstilling kan bli pålagt å offentliggjøre standardtilbud og relevant informasjon om selskapet etter ekoml. § 4-6. Tilsvarende bestemmelse i EU-lovgivningen er hjemlet i tilgangsdirektivet art. 9, jf. art. 8. Pålegg om transparens har stor betydning for muligheten til å kunne prøve om de øvrige forpliktelsene blir overholdt. Reglene skal også sikre fortgang i forhandlinger og gi visshet for alle aktører om at de får like gode vilkår som sine konkurrenter.⁵⁷ Post- og teletilsynet kan etter § 4-6 fjerde ledd, jf. tilgangsdirektivet art. 9 (3), bestemme nærmere hvordan offentliggjøringen skal skje i praksis og gi instruksjoner om hvor detaljert informasjonen skal være, samt kreve endringer i offentliggjort informasjon.

2.4.1. Spesifisert informasjon

Det første alternativet i ekoml. § 4-6 første ledd omfatter en plikt til å offentliggjøre spesifisert informasjon etter pålegg fra myndighetene. Denne informasjonen kan enten være relatert til én enkelt sak eller til mer generelle utredninger. Vurderingen av om det er nødvendig med pålegg må ta i betraktning de generelle markedsforholdene, og påleggene må søke å justere markedsstrukturen før den uønskede opptreden inntreffer. Allikevel vil et pålegg ofte omfatte plikt til å offentliggjøre informasjon som er relevant for allerede inntrufne hendelser og aktiviteter,⁵⁸ og har i så måte innslag av ex post-betraktninger. Det vil samtidig være naturlig at pålegg etter § 4-6 i større grad enn øvrige pålegg etter ekomloven knyttes opp mot den aktuelle situasjonen ad hoc. Selv om enkelte typer generelle pålegg om fremtidig offentliggjøring av informasjon vil kunne ha en viss preventiv effekt på uønsket opptreden, vil det ofte være et behov for spesifikk informasjon relatert til en inntruffet, definert situasjon eller aktivitet for å sikre at nettleverandørens øvrige forpliktelser er oppfylt.

Første ledd annet punktum gir eksempler på informasjon som kan kreves offentliggjort. For det første kan det kreves informasjon om regnskap. Dette bør ses i sammenheng med § 4-8 om pålegg om strukturelt og regnskapsmessig skille for å hindre

⁵⁷ Tilgangsdirektivets forale punkt 16.

⁵⁸ Se for eksempel Post- og teletilsynet pålegg av om føring av produktregnskap for Netcom for året 2004 av 10.12.2004.

krysssubsidierting, samt i sammenheng med § 4-1 om rimelig anmodning om tilgang og § 4-9 om prisreguleringer i den grad tilgangsprisen skal beregnes ut fra kostnadsorientert pris.

For det andre kan informasjonsplikten omfatte opplysninger om tekniske spesifikasjoner og grensesnitt, dette for at tjenesteleverandøren skal kunne dra nytte av tilgangen på en effektiv måte. Det tredje eksempelet på informasjon som kan pålegges offentliggjort er nettverksegenskaper. Dette vil i første rekke omfatte kapasitetsinformasjon og hvilke tjenester nettverket er kompatibelt med, for eksempel hastigheten på databærende trafikk eller dekningsgraden for UMTS. Denne informasjonen kan være nyttig for sluttbrukerne, og kan også bidra til at tjenesteleverandørene kan tilby tjenester som baseres på nettverkets egenskaper. Det fjerde punktet som nevnes er pålegg om prisinformasjon. Dette kan både omfatte priser gitt til nettleverandørens sluttbrukere, for å hindre prisklemmer eller annen konkurransehemmende prispolitikk, og også tilgangspriser gitt til andre tjenesteleverandører for å forhindre at tilgang blir gitt på diskriminerende vilkår.

En ulempe med pålegg om offentliggjøring av tilgangspriser er at dette kan øke mulighetene for stilltiende prissamarbeid⁵⁹ mellom nettleverandørene, da de kan justere tilgangsprisen etter de øvrige nettleverandørens tilgangspris. I dagens markedssituasjon med kun to reelle nettleverandører, er det trolig at offentliggjøring av tilgangsprisen vil kunne slå negativt ut for sluttbrukerprisen, først og fremst fordi et marked med få aktører er sårbare for stilltiende samarbeid. Etablerer det seg derimot flere nettleverandører vil dette kunne bidra til å dempe mulighetene for stilltiende samarbeid. På den annen side vil flere nettleverandører også kunne bidra til økt konkurranse på nettleverandørmarkedet, noe som vil gjøre pålegg om offentliggjøring av tilgangspriser mindre nødvendig.

Det femte eksempelet på informasjonspålegg gjelder ”*andre vilkår og betingelser for levering og bruk*”. Verken forarbeidene eller EU-lovgivningen gir noe konkret svar på hva dette kan omfatte, men regelen åpner for pålegg om offentliggjøring av informasjon som ikke er nevnt i de øvrige punktene, men som er nødvendig for å oppnå lovens generelle målsetning om økt konkurranse.

⁵⁹ For nærmere om stilltiende prissamarbeid i telekommunikasjonssektoren, se min redegjørelse under punkt 2.6.

2.4.2. Standardtilbud

Det andre alternativet etter § 4-6 første ledd omfatter plikt, hvis det foreligger pålegg, til å offentliggjøre et standardtilbud. I standardtilbudet skal nettleverandøren spesifisere vilkårene for tilgang slik at tjenesteleverandørene kan sammenligne tilbudene fra de forskjellige nettleverandørene og benytte dette i eventuelle forhandlinger. Av tilgangsdirektivet art. 9 (2) og ekoml. § 4-6 annet ledd går det frem at pålegg om offentliggjøring av standardtilbud er spesielt aktuelt i forhold til pålegg om ikke-diskriminering for å forhindre at enkelte tjenesteleverandører betaler for tjenester de ikke bruker.⁶⁰ Det kan av den grunn kreves at standardtilbudet er tilstrekkelig spesifisert og oppdelt. Etter ekomforskriften § 2-5 går det frem hva standardtilbudet skal omfatte, blant annet informasjon om det fysiske nettets infrastruktur og lokalisering, tekniske vilkår for tilgang og bruk, effektuerings- og ordreprosedyrer og informasjon om bruksrestriksjoner. I tillegg stilles det krav til hva de konkrete leveringsvilkårene skal omfatte.

⁶⁰ Påtvingelse av tilleggsytelser kan i tillegg være i strid med EØS-avtalen art. 54 bokstav d.

2.5. Skille selskapets regnskap og struktur

Myndighetene kan pålegge nettleverandør med sterk markedsstilling å opprette skiller mellom ulike virksomhetsområders regnskap etter ekoml. § 4-8, jf. tilgangsdirektivet art. 11. Et strukturelt og regnskapsmessig skille vil innebære at nettleverandørens markedsaktiviteter skilles ut i underavdelinger, og at det utarbeides regnskap der avdelingenes økonomi behandles separat. Forarbeidene viser at pålegg etter § 4-8 i første rekke er aktuelt der tilbyderer er vertikalt integrert i verdikjeden. Vertikal integrasjon kjennetegnes ved at en aktør er representert på flere markeder som er knyttet sammen ved at markedsaktiviteter på et marked kan gi fordeler på andre markeder.⁶¹ I forhold til nettleverandøren er dette først og fremst aktuelt i den grad markedsaktiviteter på nettleverandørmarkedet får konsekvenser for nettleverandørens aktiviteter på sluttbrukermarkedet som tjenesteleverandør.

Etter forarbeidene er myndighetenes adgang til å gi pålegg om strukturelt og regnskapsmessig skille begrunnet ut fra hensynet til etterprøvbarheten med tanke på de øvrige aktørenes krav på tilgang til ikke-diskriminerende vilkår, samt ut fra et mål om å hindre konkurransevridende kryssubsidiering.⁶² De samme hensynene er vektlagt i tilgangsdirektivet art. 11(1). Spesielt peker tilgangsdirektivet på at det kan være behov for pålegg om at tilbyder med sterk markedsstilling må offentliggjøre sine engrospriser og interne priser for å sikre ikke-diskriminering. Tilsvarende bestemmelse er tatt inn i ekoml. § 4-8 fjerde ledd. I forhold til prisforpliktelsene vil offentliggjøring av engrospriser og internpriser også være nødvendig for å verifisere riktig bruk av kostnadsorienterte prismodeller, da kostnadene for nettleverandørens vertikalt integrerte avdelinger danner grunnlaget for beregning av tilgangsprisen.⁶³

Pålegg om offentliggjøring av engrospriser og internpriser kan oppfattes som et stort inngrep for den aktuelle nettleverandøren, og kan resultere i konkurransemessige ulemper. Selv om ex ante-reguleringen ikke krever mistanke om overtramp før det fattes et vedtak bør myndighetene vurdere å søke andre alternativer for å få gjennomslag for sine målsetninger. Kun hvis utviklingen av konkurransen stagnerer og det er trolig at dette skyldes

⁶¹ For nærmere om vertikal integrasjon, se Nihoul & Rodford (2004) s. 242.

⁶² Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 105.

⁶³ For mer om prismodeller og kostnadsorienterte priser, se min redegjørelse under punkt 2.6.

forhold på nettleverandørens side som kan relateres til regnskapsstrukturen, bør det vurderes å gi pålegg om offentliggjøring av priser etter § 4-8 fjerde ledd. I latent tilstand må det antas at regelens preventive effekt uansett er betydelig.

Etter § 4-8 femte ledd kan myndighetene fastsette hvilke regnskapsmetoder og prinsipper som skal anvendes. Regelen har sitt motstykke i tilgangsdirektivet art. 13 (4). Bestemmelsen har til hensikt å sikre klarhet i den dominerende tilbyderens regnskap for å forenkle de relaterte prosessene, for eksempel vurderingen av om det foreligger diskriminerende vilkår. Nihoul & Rodford påpeker at valg av regnskapsmetoder og regnskapsprinsipper må ses i sammenheng med det generelle behovet for ikke-diskriminerende prising av tilgang, og at det må kunne kreves at tilbyder med sterk markedsstilling benytter regnskapsmetoder som er egnet til å synliggjøre avdelingens inntekter og utgifter. Problemstillingen, i følge Nihoul & Rodford, er aktuell i telekommunikasjonssektoren da monopolistene aktørene med sterk markedsstilling ofte springer ut fra, i mindre grad hadde til oppgave å gå med overskudd, men å utøve de oppgavene samfunnet hadde pålagt dem. I en overgang til et konkurransemarked er det derfor nødvendig å tilpasse regnskapsføringen for å legge til rette for mer tilgjengelig og verifiserbar informasjon.⁶⁴

§ 4-8 sjette ledd, jf. § 10-3, hjemler myndighetenes adgang til å gi pålegg om å gjøre regnskapsinformasjonen tilgjengelig. Regelen er uavhengig av første og femte ledd i den forstand at det ikke er nødvendig med pålegg om regnskapsmessig skille eller fastsettelse av regnskapsmetoder for å gi pålegg om å tilgjengeliggjøre regnskapsinformasjon. Dog hjemler ikke pålegg om regnskapsmessig skille eller spesifisering av regnskapsmetoder automatisk en adgang til å kreve utlevert informasjon. Er hensikten med pålegg etter første og femte ledd at myndighetene skal kontrollere opplysningene i regnskapet er det derfor i tillegg nødvendig med pålegg om tilgjengeliggjøring av regnskapsinformasjon etter sjette ledd.

⁶⁴ Nihoul & Rodford (2004) s. 240-241.

2.6. Prisspørsmål

2.6.1. Innledning.

Myndighetenes adgang til å pålegge nettleverandøren prisforpliktelser overfor tjenesteleverandøren er hjemlet i ekoml. § 4-9, jf. tilgangsdirektivet art. 13. Bestemmelsen har nær sammenheng med ekoml. § 4-1. For det første vil nettleverandørens nektelse av tilgang ofte materialiseres gjennom krav om en så høy pris at tjenesteleverandøren ikke får rom til å etablere seg på markedet. For det andre vil rimelighetsvurderingen etter § 4-1 i stor grad baseres på den prisen tjenesteleverandøren er villig til å gi. Begge bestemmelsene legger opp til at de to aktørene må forsøke å komme frem til en avtale om pris, kun hvis dette ikke fører frem kan myndighetene gripe inn og avgjøre hvilken pris som skal legges til grunn.

Prisregulering er i forarbeidene til ekomloven definert som myndighetenes adgang til å gi pålegg om anvendelse av ulike metoder for fastsettelse av priser. Myndighetene kan ut fra en konkret vurdering av det enkelte tilfellet gi pålegg om prinsipper som skal legges til grunn ved prisfastleggingen ut fra effektivitetshensyn, langvarige konkurransehensyn og ut fra hensynet til sluttbrukerne. Også rabatter kan reguleres. Prisreguleringen er ikke begrenset til markedet under ett, også deler av markedet kan prisreguleres.⁶⁵

Bakgrunnen for adgangen til regnskapsregulering etter § 4-9 er ikke tilsvarende begrunnet i forarbeidene. Tilgangsdirektivet art. 11 (2) begrunner adgangen til regnskapsregulering med at dette vil føre til et mer åpent og konkurransedyktig marked. I forhold til adgangen til prisregulering har adgangen til regnskapsregulering to viktige funksjoner. For det første vil regnskapskontroll kunne bidra til å forhindre krysssubsidiering. Selv om det ikke er fattet et vedtak om regnskapsregulering vil muligheten for at et slikt vedtak kan komme redusere nettleverandørens vilje til å subsidiere på tvers av markedene. For det andre er de fleste relevante modeller for prisregulering, som jeg vil vise under, på en eller annen måte relatert til nettleverandørens kostnader. Et betydelig misforhold mellom nettleverandørens kostnader for nettverket og tilgangsprisen vil kunne gi grunnlag for regnskapsregulering.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 106.

2.6.1. Pris og regnskapsregulering.

Det er to alternative vilkår for at myndighetene skal kunne pålegge prisreguleringer. For det første kan prisregulering pålegges hvis tilbyderer er i en posisjon hvor den kan utnytte sin sterke markedsstilling til å opprettholde et høyt prisnivå til skade for sluttbrukeren. Nettleverandøren vil tjene på å ha en så høy pris for tilgang som mulig uten at dette går utover etterspørselen.⁶⁶ Etter ex ante-reguleringen er det ikke nødvendig at utnyttelse faktisk har skjedd.

Opprettholdes en høy pris for tilgang kan nettleverandøren beholde et høyt prisnivå på sluttbrukermarkedet. Det vil da være mulig for tjenesteleverandøren å etablere seg på markedet, men nettleverandøren vil få en uforholdsmessig høy inntjening både fra nettleverandør- og sluttbrukermarkedet.

For det andre åpner § 4-9 for prisregulering når det eksisterer mulighet for prisklemmer. I EUs retningslinjer for konkurranseregulering i telekommunikasjonssektoren⁶⁷ punkt 117-119 utdypes problematikken rundt prisklemmer. Prisklemme foreligger når tilgangsprisen er så nær markedsprisen på sluttbrukermarkedet at det ikke er rom for tjenesteleverandøren til å etablere seg på markedet. Årsaken til dette kan være at tilgangsprisen er satt for høy, at nettleverandøren dikterer prisen på sluttbrukermarkedet og setter den lavere enn det den ville vært i en sunn konkurransesituasjon, eller en kombinasjon av de to. I de tilfellene prisklemmen er et resultat av at tilgangsprisen er satt for høy, vil det prismessige resultatet for sluttbrukerne bli det samme som når nettleverandøren opprettholder et høyt prisnivå, men det vil ikke være rom for tjenesteleverandører på markedet. Er prisklemmen et resultat av at nettleverandøren underbyr på sluttbrukermarkedet vil dette, isolert sett, slå fordelaktig ut for sluttbrukerne i form av lavere priser enn det som ville vært i en normal konkurransesituasjon. Myndighetene kan allikevel gi pålegg om prisregulering etter ekoml. § 4-9, da prisklemmer normalt vil være skadelig for konkurransen og sluttbrukerne på lang sikt. Prisklemmer, uavhengig av nettleverandørens intensjoner, vil kunne undergrave konkurransen da potensielle og eksisterende tjenesteleverandører ikke får mulighet til å ta del i markedet. Andre momenter som taler for prisregulering i tilfeller der prisklemmer oppstår som

⁶⁶ Ønsker tilbyderer ikke etterspørsel på tilbydermarkedet for å beholde markedsandelene i sluttbrukermarkedet selv, og tilbyr tilgang til en pris som gjør det umulig for nye aktører å etablere seg går dette inn under ekoml. § 4-1.

⁶⁷ Se note 30.

følge av at nettleverandøren underbyr på sluttbrukermarkedet, er at den lave prisen på sluttbrukermarkedet vil være et signal om at prisen for tilgang er uforholdsmessig høy, og at langvarig underprising av tjenester på sluttbrukermarkedet indikerer krysssubsidierting. Krysssubsidierting kan være grunnlag for prisregulering, noe som går frem av forarbeidene⁶⁸ og tilgangsdirektivet art. 11 (1) da sluttbrukere i andre markeder, i dette tilfellet markedene som subsidierer sluttbrukermarkedet for mobiltelefoni, vil lide.

Av forarbeidene⁶⁹ går det frem at terskelen for pris- og regnskapsregulering skal være høy. Bare der prisregulering bidrar til virksom konkurranse og lavere priser på sikt skal det være aktuelt å foreta vedtak om pris- og regnskapskontroll, og det skal i vurderingen tas hensyn til aktørenes investeringsmotiver og investeringenes risiko. Samferdselsdepartementet har gjort det klart at det på lengre sikt ikke vil være aktuelt for myndighetene å drive aktiv prisregulering for tjenesteleverandører som ikke kan eller vil investere i eget nettverk.⁷⁰ I forarbeidene skinner det gjennom at årsaken til denne høye terskelen for vedtak etter § 4-9 er at priskontroll, som er et inngripende virkemiddel, i liten grad vil være nødvendig i dagens marked da konkurransen er godt utviklet siden monopolsituasjonen under det forrige regelverket. Den gang ble priskontroll i større grad ansett som et uunnværlig virkemiddel. Det pekes også på at prisregulering er kostnads- og ressurskrevende for myndighetene.

2.6.2. Nærmere om fastsettelse av pris for tilgang.

Ved pålegg om tilgang etter ekoml. § 4-1 og pålegg om prisregulering etter § 4-9 er prisen for tilgang viktig. Den mangelfulle konkurransen på tilgangsmarkedet gjør det nødvendig med en regulering som kompenserer for tjenesteleverandørenes utsatte situasjon. I prisfastsettelsen står avveiningen mellom målet om lav pris for sluttbrukerne og best mulige tjenester på sikt sentralt. Prisfastsettelsen må således søke å øke konkurransen, og samtidig dekke nettleverandørens kostnader i forbindelse med mobilnettverket og gi den en rimelig avkastning på investeringene. Forarbeidene til ekomloven vektlegger at adgangen nettleverandøren har til selv å bestemme tilgangsprisen bør være avklart før investeringen i nettverket tar til, men at utbyggende nettleverandører må regne med visse tilgangsfpliktigheter

⁶⁸ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 106.

⁶⁹ Ibid. s. 9 og 27.

⁷⁰ St.meld. nr. 18 (2002-2003) s. 11.

også etter at det er tatt en beslutning om investering.⁷¹ Målet ved valg av prismodell må derfor være en modell som åpner for økt konkurranse ved at nye aktører får rom til å tre inn og etablere seg i markedet, samtidig som det legges til rette for at nettleverandørens mulighet for inntjening ved videresalg av nettkapasitet er så høy at de inspireres til videreutvikling av nettverk og tjenester.

I den første fasen i overgangen fra monopol til full konkurranse tok de fleste prismodeller utgangspunkt i *kostnadsorienterte priser*. Tanken var at hvis tjenesteleverandøren skulle ha mulighet til å konkurrere på sluttbrukermarkedet måtte den ha de samme forutsetningene som nettleverandøren. Ved at tjenesteleverandøren betalte for den andelen av utviklingskostnadene den benyttet, ville nettleverandøren og tjenesteleverandøren i utgangspunktet ha de samme forutsetningene på sluttbrukermarkedet. Den som var mest effektiv ville ha best mulighet for å lykkes. Et problem med *kostnadsorienterte priser* er at det er et vidt begrep som tolkes ulikt. Det grunnleggende i uttrykket er at det tas utgangspunkt i nettleverandørens kostnader ved produksjon, vedlikehold og levering av mobilnettet og at nettleverandøren i tillegg gis et visst rom for inntjening.⁷²

I forarbeidene til ekomloven uttrykker lovgiver skepsis mot prismodeller som baseres på kostnadsorientering og åpner for andre muligheter. Det pekes blant annet på at kostnadsorientert prisregulering krever en stor grad av skjønnsmessige vurderinger og er ressurskrevende, samt at kostnadsorientert prisregulering er lite produktivitetsfremmende, da nettleverandørens kostnader dekkes uavhengig av hvor effektiv nettutviklingen har vært. Det gis uttrykk for at prisreguleringer i større grad bør benytte prismodeller som oppfordrer til investering og utvikling i større grad enn det kostnadsorienterte prismodeller gjør. Det gis deretter eksempler på prismodeller, men konkluderes med at også disse prismodellene har svakheter som gjør at de bør benyttes med varsomhet.⁷³

Selv om forarbeidene gir uttrykk for at prismodellene bør ha en mindre grad av detaljert kostnadsorientering enn tidligere, vil det så lenge det ikke eksisterer full konkurranse på nettleverandørmarkedet vanskelig kunne tenkes en prismodell som ikke tar nettleverandørens kostnader med i betraktning, og som samtidig tar hensyn til prisen for sluttbrukeren. At det i forarbeidene uttrykkes skepsis mot kostnadsorienterte priser må ikke

⁷¹ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 25.

⁷² Falch (2004) s. 78.

⁷³ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 27.

forstås slik at det søkes prismodeller som ikke tar hensyn til nettleverandørens kostnader, men at det bør søkes prismodeller som i mindre grad legger vekt på disse kostnadene enn tidligere. Dette går frem også i forarbeidenes kommentar til § 4-9 der det fastslås at kostnadsorientering er et virkemiddel som kan benyttes.⁷⁴ Så lenge det ikke eksisterer optimal konkurranse vil det være behov for å regulere prisen for å øke konkurransen, og eventuelt også øke innovasjons- og utviklingsviljen til nettleverandøren. Tas kostnadene til nettleverandøren ikke med i betraktning, vil det være vanskelig å avgjøre hvilken effekt prissettingen vil ha for videre utvikling. Så lenge nettleverandøren også er representert på sluttbrukermarkedet vil en prismodell som ikke er kostnadsorientert åpne for at nettleverandøren i større grad kan diktere prisen på sluttbrukermarkedet, da kostnadene som relateres til utbyggingen av nettverket ikke tas med i beregningen av tilgangsprisen.

Ved bruk av en kostnadsorientert prismodell vil det være nødvendig å fastsette hvilke kostnader som skal legges til grunn. En mulig tolkning av kostnadsorientering er at det kun skal tas hensyn til nettleverandørens kostnader ved levering av nettkapasitet, noe som i praksis vil være tilnærmet null. Denne tolkningen, som tar utgangspunkt i nettleverandørens marginalkostnad ved økning i nettkapasiteten, vil innebære en for snever forståelse av kostnadsbegrepet, og tar ikke hensyn til nettleverandørens faste utgifter i forbindelse med utvikling av nettet.⁷⁵ Utgangspunktet må være at de utgiftene som direkte kan knyttes til nettleverandørens utbygging av nettet, skal fordeles forholdsmessig ut fra bruk av kapasiteten. For å tilfredsstille hensynet til innovasjon og utvikling kan det være naturlig å også ta hensyn til nettleverandørens fremtidige utgifter for å la tjenesteleverandøren ta del i investeringen av videreutviklingen. Canoy m.fl.⁷⁶ påpeker at det største problemet med en fremtidsrettet kostnadsorientering er at den ikke tar hensyn til mislykkede investeringer, da det er vanskelig å fordele utgiftene ut fra muligheten for at investeringen mislykkes.

Det neste skrittet i en kostnadsorientert løsning når kostnadene er funnet, er å avgjøre fordelingen av kostnadene mellom nettleverandøren og tjenesteleverandøren. En mulighet er at tjenesteleverandøren er ansvarlig for den andelen av kapasiteten den benytter. Ulempen med en slik fordelingsmodell er at det for sluttbrukerne vil være en fordel om nettverkskapasiteten overgår den faktiske bruken av nettet da ujevnt bruksmønster gjør at det i

⁷⁴ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 106.

⁷⁵ Canoy, de Bijl & Kemp, 'Access to telecommunications networks' i Buiges & Rey (red.) (2004) s. 141 flg.

⁷⁶ L.c.

perioder vil være mer trafikk enn ellers. Skal tjenesteleverandøren kun betale for den andelen den benytter, vil kostnaden for den ikke-benyttede kapasiteten falle på nettleverandøren alene. En mer rettferdig fordelingsmodell vil være å fordele kostnadene ut fra forholdsmessig bruk og gi nettleverandøren et visst rom for inntjening, men dette vil kunne føre til at nettleverandøren foretar investeringer i for stor grad utover det som er nødvendig, noe som kan øke prisen på sluttbrukermarkedet.

Lovgivningen åpner for mange mulige metoder for fastsettelse av tilgangsprisen. Verken norske eller europeiske lovgivere gir noe entydig svar på hvordan prisen skal beregnes. Forarbeidene gir utrykk for at metoden for fastsettelse av tilgangspris må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. De gir også eksempler på prisreguleringsmetoder som kan være aktuelle.⁷⁷ Benchmarking er en av prismodellene nevnt i forarbeidene. Dette er en prismodell der prisen i tilsvarende sammenlignbare markeder legges til grunn. For mobiltelefoni kan det være naturlig å sammenligne med tilgangsprisen i andre europeiske land da prisen er basert på samme teknologi, lovgivning og hensyn. Problemet med en slik prismodell er for det første at årsakene til prisnivået på det sammenlignbare markedet ikke nødvendigvis får samme innvirkning på det aktuelle nettleverandørmarkedet, slik at prisen ikke vil gjenspeile de reelle forholdene. Spesielt vil Norges særegne natur og generelt høye lønnsnivå kunne gjøre andre lands tilgangspriser lite egnet som sammenligningsgrunnlag. For det andre undergraves hensynet til innovasjon og utvikling da mobilnettets kvalitet har lite å si for tilgangsprisen.

Den manglende klarheten i hvilke prismodeller som skal legges til grunn og hva som ligger i prismodellene åpner for usikre inntjeningskalkyler for både nettleverandøren og tjenesteleverandøren. I en tingrettsdom fra 2004 mellom Sense og Telenor⁷⁸ var det tolkningen av kostnadsorientert pris som var stridens kjerne. Sense krevde tilbakebetalt for mye betalt vederlag for tilgang til Telenors nettverk. Etter dagjeldende lovgivning var det ikke tvil om at det var kostnadsorientert pris som skulle legges til grunn.⁷⁹ Sense mente kostnadsorientert pris måtte forstås som produksjons- og leveringskostnadene for det aktuelle mobilnettet, pluss en rimelig avkastning basert på en kalkulatorisk rente, en kost pluss-modell. Telenor på sin side hadde lagt til grunn en pris minus-modell der tilgangsprisen utgjorde prisen Telenor tok i

⁷⁷ Ot.prp. s. 27 flg. og s. 106.

⁷⁸ TAHER-2003-18274. Asker og Bærum Tingrett. Dom 2004-11-02.

⁷⁹ Forskrift om offentlig telenett og offentlig teletjeneste av 5. desember 1997 nr. 1259 (offentlignettforskriften) daværende § 3-8.

sluttbrukermarkedet minus Telenors kostnader som tjenesteleverandør. Tanken bak denne modellen er at nettleverandørens kostnader som tjenesteleverandør på sluttbrukermarkedet er sentrale for den rene tjenesteleverandørens mulighet til å etablere seg på sluttbrukermarkedet. For å klare å etablere seg må den rene tjenesteleverandøren være mer effektiv enn nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling.⁸⁰ Større effektivitet kan føre til at tjenesteleverandøren kan tilby sluttbrukerne lavere priser uten å tape penger. Det er to klare fordeler med denne prismodellen. For det første er den i forhold til andre prismodeller oversiktlig da tilgangsprisen er lett å fastsette. Ut fra nettleverandørens regnskap vil en kunne avgjøre hvor mye hvert enkelt abonnement koster tjenesteleverandøravdelingen. Trekker man så denne summen fra nettleverandørens pris på sluttbrukermarkedet kommer en frem til tilgangsprisen. For det andre er en pris minus-modell til en viss grad konkurranse- og effektivitetsfremmende. Alle tjenesteleverandører får tilgang til samme vilkår og har like muligheter for å lykkes på sluttbrukermarkedet.

I Sense/Telenor-saken kom retten til at Telenors bruk av pris minus-modellen var i samsvar med kravet om kostnadsorientert pris, og begrunnet dette ut fra et synspunkt om at sprikende forvaltningspraksis og mangel på klare retningslinjer gjør at det ikke kan legges mer i uttrykket kostnadsorientert pris enn at prisen skal ta utgangspunkt i kostnadene. Dommen er anket og derfor ikke rettskraftig men spørsmålene som ble reist i saken gir grunnlag for en nærmere vurdering av hva som ligger i kostnadsorienterte priser.

Etter mitt synspunkt er det grunn til å rette kritikk mot rettens forståelse av *kostnadsorientert pris* når den legger til grunn en pris minus-modell. For det første tar en pris minus-modell ikke hensyn til nettleverandørens kostnader ved utbyggingen av nettverket, men til kostnadene nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling har i forbindelse med å tilby mobiltelefoni til sine egne sluttbrukere. Telekommunikasjonslovgivningens strenge regulering er et resultat av en skjev fordeling av ressurser og fasiliteter som er nødvendige for å operere på sluttbrukermarkedet. Da det er tilgang til nettleverandørens ressurser og fasiliteter som er nødvendige for tjenesteleverandørene, er det disse kostnadene som må legges til grunn ved beregning av kostnadsorienterte priser. Kostnadene for nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling er i denne sammenheng irrelevante, men blir likevel lagt til grunn i

⁸⁰ Med nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling menes i denne forbindelse avdelingen som selger abonnement direkte til sluttbrukerne.

en pris minus-modell. Modellen kan føre til at nettleverandøren sitter igjen med en uforholdsmessig stor andel av inntektene. Selv om nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling ikke har bedre forutsetninger enn de øvrige tjenesteleverandørene, vil nettleverandørens samlede inntekter kunne bli uforholdsmessig store. Muligheten for kryssubsidiering gjør også at effektivitetskravet for de rene tjenesteleverandørene er mer overhengende enn for nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling. Pris minus-modellen legger også opp til at nettleverandøren kan benytte prisklemmer for å kontrollere markedsandelene. Prioriteres høy effektivitet på nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling vil prisen på sluttbrukermarkedet synke uten at tilgangsprisen synker tilsvarende. Resultatet er at de rene tjenesteleverandørens inntjeningspotensiale snevres inn.

I tillegg til at en pris minus-modell tar utgangspunkt i irrelevante kostnader tar den ikke hensyn til telekommunikasjonslovgivningens generelle målsetninger om lavere priser og utvikling av nettverk og tjenester. Nettleverandøren står fritt til å diktere prisnivået i sluttbrukermarkedet, da det kun er den delen av totalprisen som er knyttet til nettleverandørens tjenesteleverandøravdeling som er gjenstand for konkurranse. Uansett hvor effektiv tjenesteleverandøren er, vil den ikke ha mulighet til å påvirke den delen av totalprisen som går til nettleverandøren. Så lenge det ikke er fullt utviklet konkurranse på nettleverandørmarkedet vil nettleverandørene være interesserte i å holde denne prisen så høy som mulig. Hensynet til innovasjon og utvikling er heller ikke tatt med i betraktningen i en pris minus-modell. Da kostnadene for utvikling ikke tas med i beregningen av tilgangsprisen vil det være i nettleverandørens interesse å holde utviklingskostnadene så lave som mulig. Selv om dette kan ha positive følger for effektiviteten av nettutviklingen, kan det like gjerne føre til at nettleverandøren vegrer seg for å investere i nettverket.

Etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper kan domstolen fullt ut prøve om de lovbestemte vilkårene for myndighetenes avgjørelser og vurderinger er til stede, samt den konkrete anvendelsen av bestemmelsen på de faktiske forhold i saken, subsumsjonen.⁸¹ Rettspraksis kan tyde på at domstolene i liten grad tar selvstendig stilling til hva som ligger i begrepet kostnadsorienterte priser, og hvorvidt de praktiserte prismodellene er å anse som kostnadsorienterte. Domstolene har i stedet en tendens til å basere sine avgjørelser på forvaltningens praksis og uttalelser. I Sense/Telenor-saken legger retten avgjørende vekt på

⁸¹ For nærmere om domstolenes prøvesrett ved forvaltningsavgjørelser, se Eckhoff og Smith (2003) s. 328 flg.

Samferdselsdepartementets uttalelser om at pris minus-modellen samsvarer med regelverket og ivaretar formålet mest effektivt. Også i Teletopia/Telenor-saken⁸² ble det ved vurderingen av prismodellen i hovedsak lagt vekt på Post- og teletilsynets praksis samt uttalelse om at Telenors prisvilkår ikke var i strid med kravet om kostnadsorientering, til tross for at tingretten i samme sak⁸³ gir klart uttrykk for at Post- og teletilsynets vurdering av kostnadsorientering er overfladisk og lite relevant for den tilgangsformen Teletopia ønsket. Den foreløpig siste saken der spørsmålet om kostnadsorientering tas opp er Enitel-saken.⁸⁴ Også her legger retten Samferdselsdepartementets og Post- og teletilsynets vurderinger til grunn. Det er ikke uvanlig at domstolene utviser en viss tilbakeholdenhet i å overprøve forvaltningsskjønn på områder med stort innslag av faglige vurderinger. Dette gjør at forvaltningens avgjørelser vil kunne få stor betydning for utviklingen av reguleringen.

2.6.4. Tilbakebetaling av for mye betalt tilgangsvederlag.

I de tilfeller nettleverandøren har tatt for mye betalt for tilgang må det vurderes om tjenesteleverandøren kan kreve disse pengene tilbakebetalt. Problemstillingen er først og fremst aktuell der tilgangsprisen er et resultat av avtale mellom partene uten myndighetenes innblanding, men der prisen allikevel er underlagt regulatoriske begrensninger. Dette rettsspørsmålet er uavklart. Ekomloven har ingen hjemmel som direkte løser spørsmålet, men temaet har vært diskutert i rettspraksis og i utredninger.

I den nevnte tingrettsdommen mellom Sense og Telenor var dette spørsmålet oppe til behandling. Da Telenor fikk medhold i at pris minus-modellen var å anse som kostnadsorientert, ble spørsmålet om tilbakebetaling behandlet subsidiært og retten kom til at det i dette tilfellet ikke ville være grunnlag for å pålegge Telenor å tilbakebetale for mye innbetalt beløp. Retten presiserte at hvert tilfelle må vurderes konkret. Spesielt ville de ulovfestede tilbakesøkingsreglene, *condictio indebiti*, kunne gi grunnlag for krav om tilbakebetaling. Sentralt i avgjørelsen var at Sense ikke hadde tatt tapet merbetalingen utgjorde selv, men skjøvet dette videre på sluttbrukerne. En tilbakebetaling ville ikke nødvendigvis

⁸² Borgarting Lagmannsrett 2004-02-02. LB-2001-2378.

⁸³ Oslo tingrett 2001-04-25. TOSLO-1997-10727.

⁸⁴ Asker og Bærum tingrett 2005-03-14. TAHER-2003-18607.

være positivt for sluttbrukerne, da det var usannsynlig at sluttbrukerne ville få tilbakebetalt det de hadde betalt for mye.

I Samferdselsdepartementets rapport av 19. januar 2005, '*Utredning av spørsmålet om det skal inntas en hjemmel om tilbakebetaling/tilleggsbetaling (etteroppgjør) i ekomloven*',⁸⁵ uttaler utvalget at det finnes en rekke hjemler for tilbakebetaling men at det er uklart om disse hjemlene er egnet for krav om tilbakebetaling innen telekommunikasjonssektoren (s. 17). Rapporten konkluderer med at en klar hjemmel i ekomloven vil hindre nettleverandørens mulighet til å trenere prisendringer og motivere nettleverandøren til å verifisere at prisene er i tråd med reguleringen da det overskytende uansett må betales tilbake. Hjemmel for tilbakebetaling vil også gi en mer rettferdig fordeling av inntektene mellom nettleverandøren og tjenesteleverandøren og på sikt fremme økt konkurranse. I forhold til spørsmålet om det etter dagens regler er hjemmel for å kreve det overskytende tilbakebetalt bemerker utvalget: "*Den som har krevd for høy pris skal ikke ha rett til å beholde den ulovlige overprisen. Dersom det først er konstatert at prisen har vært høyere enn lovlig pris, vil det være retten til å beholde den ulovlige overprisen som krever en særskilt begrunnelse*" (s. 29).

Rettsstillingen er uklar. Det er etter mitt synspunkt særlig alminnelige kontraktsrettslige regler og læren om *condictio indebiti* som kan være aktuelle hjemmelsgrunnlag for krav om tilbakebetaling.⁸⁶ Etter alminnelige kontraktsrettslige regler kan tilbakebetaling normalt kreves hvis det viser seg at grunnlaget avtalen er basert på er ugyldig, men det må foretas en konkret vurdering av det enkelte tilfellet.⁸⁷ *Condictio indebiti* er en ulovfestet lære som åpner for krav om tilbakebetaling etter en konkret vurdering av sakens rimelighet,⁸⁸ hvis betalingen skyldes en villfarelse om betalingspliktens eksistens eller omfang. I den konkrete vurderingen står avveiningen mellom oppgjørshensynet og korreksjonshensynet sentralt. Oppgjørshensynet bygger på et synspunkt om at betalingen bør beholdes da tilbakeføring vil rippe opp i et forhold partene har rettet seg etter. Korreksjonshensynet bygger på et syn om at feilen bør korrigeres.⁸⁹ I forholdet mellom

⁸⁵ Rapporten er tilgjengelig på http://odin.dep.no/filarkiv/242002/Endelig_rapport.pdf

⁸⁶ Foreligger et ansvarsgrunnlag kan også alminnelige erstatningsrettslige regler være aktuelle. Dette kan være tilfellet der nettleverandøren var eller bør ha vært klar over at tilgangsprisen var for høy.

⁸⁷ For nærmere om tilbakebetaling etter kontraktrettens alminnelige regler, se Bergsåker (2001) s. 208 flg.

⁸⁸ Prinsippet om at rimeligheten må vurderes konkret i hvert tilfelle ble slått fast i Birgodommen, Rt. 1985 s. 290.

⁸⁹ For nærmere om tilbakebetaling etter *condictio indebiti*, se Bergsåker (2001) s. 211 flg.

nettleverandøren og tjenesteleverandøren vil ekomlovens generelle målsetning om lavere priser for sluttbrukerne kunne være et relevant avveiningsmoment i den konkrete vurderingen, da tilgangsavtalen bør ses i sammenheng med nettleverandørens forpliktelse til å gi tilgang etter ekomloven. Selv om en tilbakebetaling trolig ikke vil føre til at tjenesteleverandøren betaler ut tilsvarende beløp til sluttbrukerne, som er de som har båret tapet gjennom høyere priser, er det grunn til å tro at en plikt til tilbakebetaling vil ha positive preventive virkninger. Nettleverandøren vil ha en større interesse i å komme frem til objektivt korrekt tilgangspris og mindre interesse i å trenere forhandlinger og vedtak om pris hvis det er anledning til å kreve merprisen tilbakebetalt. Til tross for at tilbakebetaling av for mye betalt tilgangsvederlag ikke får betydning for sluttbrukerne som allerede har betalt, vil tilbakebetalingen med andre ord kunne føre til et generelt lavere prisnivå, noe som kommer sluttbrukerne til gode.

3. Forpliktelser etter generell konkurranserett

3.1. Forholdet mellom sektorspesifikk og generell regulering

Den sektorspesifikke reguleringen suppleres av generell konkurranserett. Store deler av den sektorspesifikke reguleringen er kun latent, da målsetningen om minimumsregulering gjør det nødvendig å vurdere om de telepolitiske målene kan nås gjennom den generelle konkurransereguleringen. Dette synspunktet ligger til grunn for den sektorspesifikke reguleringen og kommer eksplisitt til uttrykk blant annet i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 26. De telepolitiske målene er oppsummert i ekomlovens formålsparagraf,⁹⁰ og skal sikre sluttbrukere gode og rimelige telekommunikasjonstjenester. Disse målene gjelder både ved anvendelse av generell og sektorspesifikk regulering, og tilsiktes oppnådd gjennom å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon. Formålsbetraktningene legger opp til en balansegang mellom hensynet til fortsatt utvikling av telekommunikasjonstjenester, i hovedsak i regi av veletablerte aktører, og mulighet for nye aktører til å kunne etablere seg på markedet. Den samme balansegangen ble oppsummert av Generaladvokat Poiares Maduro i hans innstilling til EU-domstolen i KPN Telecom-saken⁹¹ der det ble uttalt:

“Yet, a duty under Article 82 EC for a dominant undertaking to aid its competitors should not be assumed too lightly and refusal to supply a competitor is not automatically considered abusive just because the inputs in question are necessary to compete on a secondary market. A balance should be kept between the interest in preserving or creating free competition in a particular market and the interest in not deterring investment and innovation by demanding that the fruits of commercial success be shared with competitors” (punkt 39).

⁹⁰ Ekoml. § 1-1.

⁹¹ KPN Telecom BV v Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA). (Sak C-109/03, 2004).

På enkelte områder kan den generelle konkurranseretten gi nettleverandøren forpliktelser utover det som følger av den sektorspesifikke reguleringen og omvendt. EUs retningslinjer for konkurranseregulering i telekommunikasjonssektoren⁹² viser at nettleverandørene må rette seg etter begge reguleringene, og at forhold som faller utenfor den ene reguleringen ikke nødvendigvis fritar for forpliktelser etter den andre reguleringen.⁹³ Dog skal den sektorspesifikke reguleringen så langt det er mulig tolkes i samsvar med den generelle konkurransereguleringen for å sikre et sammenhengende regelverk.⁹⁴

Den generelle konkurranseretten legger på samme måte som den sektorspesifikke reguleringen opp til et system der enkelte regler gjelder alle aktørene, mens sterke aktører kan bli pålagt enkelte tilleggsforpliktelser. De konkurransereglene som gjelder for alle aktørene springer i hovedsak ut fra EF-traktaten art. 81 og skal hindre konkurransebegrensende samarbeid. Den sektorspesifikke reguleringen av tilbydere med sterk markedsstilling suppleres av den generelle konkurranserettens regler om aktører med dominerende stilling i EF-traktaten art. 82. Selv om det kan tenkes forpliktelser i forholdet mellom nettleverandøren og tjenesteleverandøren ut fra art. 81, vil disse forpliktelsene ikke springe ut fra forholdet mellom nettleverandør og tjenesteleverandør, men være forpliktelser alle aktører må rette seg etter. Den videre fremstillingen vil av den grunn i hovedsak fokusere på nettleverandørens forpliktelser overfor tjenesteleverandøren etter art. 82.

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12 (krll.) § 11 har sitt motstykke i EØS-avtalen art. 54, som igjen tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten art. 82. Den eneste forskjellen mellom teksten i EØS-avtalen art. 54 og krll. § 11, er at konkurranselovens bestemmelse ikke er begrenset til å gjelde forhold som kan påvirke handelen mellom medlemslandene i EØS. Mens den sektorspesifikke reguleringen er et resultat av implementering av folkerettslige forpliktelser i norsk rett, foreligger ingen tilsvarende forpliktelse om implementering av EUs generelle konkurranseregulering til å gjelde i nasjonale forhold.⁹⁵ Isolert sett kan dette indikere at betydningen av internasjonale retningslinjer og avgjørelser som rettskilder ved

⁹² Se note 30.

⁹³ Punkt 22.

⁹⁴ Punkt 57.

⁹⁵ I praksis vil utnyttelse av dominerende stilling ofte berøre handelen mellom avtalepartene i EØS og derfor reguleres av EØS-avtalen. For mer om samhandelskriteriet, se Kolstad 'Forbudet i EØS-avtalens art. 53 mot konkurransebegrensende samarbeid' i Sejersted mfl. (2003) s. 524 flg.

tolknings spørsmål rundt krrl. § 11 er mindre enn for tolkning av den sektorspesifikke reguleringen. Dog viser forarbeidene at praksis i EU og EØS vil være relevant og veie tungt som rettskilde ved tolkning av §§ 10 og 11.⁹⁶ I nasjonal lovgivning vil det tilstrebes å følge den internasjonale utviklingen slik at det i praksis vil være liten forskjell på betydningen av internasjonale retningslinjer og avgjørelser for tolkningen av henholdsvis sektorspesifikke og generelle konkurranseregler.⁹⁷

3.2. Forpliktelser etter krrl. § 11

Krrl. § 11 første ledd forbyr at et eller flere foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling. Betydningen av dominerende stilling tilsvarer i stor grad sterk markedsstilling i den sektorspesifikke reguleringen.⁹⁸ I motsetning til for aktører med sterk markedsstilling etter ekomloven har det ingen umiddelbare konsekvenser for aktører at de innehar en dominerende posisjon etter § 11.⁹⁹ Anvendelse av regelen forutsetter, i tillegg til at aktøren har hatt en dominerende posisjon i et marked i det aktuelle tidsrommet, at posisjonen er utilbørlig utnyttet. Fire ikke-uttømmende eksempler på utilbørlig utnyttelse er gitt i annet ledd. Disse viser til påtvingende forretningsvilkår, begrensninger i produksjon til skade for forbrukerne, diskriminerende handelsvilkår og påtvingelse av ikke-relevante tilleggsytelser. Det er ikke nødvendig å påvise at foretaket har hatt til hensikt å utilbørlig utnytte sin dominerende stilling da bedømmelsen er objektiv.¹⁰⁰ Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling kan ramme forskjellige grupper. I saken Tokai Carbon Co. Ltd og andre mot Kommisjonen¹⁰¹ ble det spesielt lagt vekt på at utnyttelsen hadde rammet forbrukere (premiss 159). Også konkurrenter rammes ofte av utnyttelsen, se for eksempel British Airways mot

⁹⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-04) s. 225-226.

⁹⁷ For nærmere om tolkningen av krrl. § 11 i lys av EØS-rettslige forpliktelser, se Graver 'Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranselovens § 11' (2004) s. 343 flg.

⁹⁸ For nærmere om sterk markedsstilling i den sektorspesifikke reguleringen, se min redegjørelse ovenfor under punkt 2.1.2.

⁹⁹ Vedtak om sterk markedsstilling må etter ekomlovens bestemmelser følges opp med minst en særskilt forpliktelse, se min redegjørelse foran under punkt 2.1.3.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 60 og Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Kommisjonen (sak 85/76, 1979) premiss 91.

¹⁰¹ Tokai Carbon Co. Ltd og andre mot Kommisjonen (sak T-236/01, 2004).

Kommisjonen¹⁰² der et bonussystem overfor reiseoperatører etablert av en aktør med dominerende stilling, British Airways, gikk utover konkurrenten Virgin Atlantic Airways.

Vurderingen av utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling må i likhet med vurderingen av sterk markedsstilling vurderes konkret etter at markedet er definert og analysert. Forarbeidene viser at ex post-reguleringen åpner for å i større grad knytte markedsanalysen opp mot den aktuelle aktøren ad hoc. Markedene skal avgrenses ut fra de konkrete forholdene i den aktuelle saken, noe som kan gi andre konklusjoner enn markedene som defineres etter den sektorspesifikke reguleringen.¹⁰³ Det kan uansett være naturlig å ta utgangspunkt i de markedsavgrensninger som allerede er foretatt av Post- og teletilsynet. Markedene må defineres ut fra produktenes og tjenestenes karakter samt ut fra geografiske forutsetninger.¹⁰⁴

Krrl. § 12 gir Konkurransetilsynet kompetanse til å gi pålegg om opphør av handlinger som medfører utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Pålegget kan komme som en følge av at en rammet part har klaget inn handlingen, eller at Konkurransetilsynet har tatt opp saken på eget initiativ. Påleggskompetansen går langt da den åpner for ” *ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør* “. I vurderingen skal det legges vekt på foretakets antatte vilje og evne til å kunne innrette seg etter vedtaket.¹⁰⁵ Den vedtaket retter seg mot kan påklage vedtaket. I så fall kan midlertidige vedtak treffes etter siste ledd, dersom det er rimelig grunn til å tro at den dominerende stillingen er utilbørlig utnyttet og der er fare for langvarig og uopprettelig skade på konkurransen. Da handlinger i strid med § 11 er forbudt uavhengig av om Konkurransetilsynet har fattet vedtak etter § 12, gir regelen parter som rammes av den ulovlige oppførselen anledning til å gå til rettslige skritt for å få stanset oppførselen. Anmodes det om å stanse aktivt misbruk, for eksempel i form av ulovlige kontraktsvilkår, åpner § 11 for at den rammede parten kan kreve at misbruket opphører. Hvis misbruket viser seg som passivitet fra den dominerende aktøren, for eksempel i form av å nekte å inngå avtaler, gir derimot regelen ingen umiddelbare rettigheter for den rammede parten, som vil være avhengig av at Konkurransetilsynet treffer et vedtak etter § 12.

¹⁰² British Airways mot Kommisjonen (sak T-219/99, 2003).

¹⁰³ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 11.

¹⁰⁴ For nærmere om definering av markeder, se Kommisjonens ‘*Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community Competition Law*’ (dokument OJ C 372, 1997) samt Whish (2003) s. 23 flg.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.226.

I motsetning til den sektorspesifikke ex ante-reguleringen, er den generelle konkurransereguleringen basert på at eventuell konkurransehindrende opptreden vurderes i etterkant. For den dominerende aktøren kan dette ha positive og negative konsekvenser. På den ene siden har den en større grad av handlefrihet da aktører med sterk markedsstilling under ekomloven er underlagt en eller flere forhåndsdefinerte forpliktelser. På den annen side er aktøren avhengig av å til enhver tid ha en korrekt forståelse av loven, for å unngå å overtregrensene for utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen. Konsekvensene av overtredelse kan være betydelige, da opptreden som rammes av § 11 er forbudt og er belagt med overtredelsesgebyr etter § 29. Forarbeidene gir uttrykk for at gebyrenes størrelse skal harmoniseres med nivået i EU/EØS.¹⁰⁶ Praksis fra EU-kommisjonen viser at nivået er satt høyt.¹⁰⁷ En konsekvens av de potensielt store virkningene overtredelse av § 11 kan medføre, er at Konkurransetilsynet er tillagt en ikke-bindende veiledningsplikt overfor foretak etter krrl. § 9 annet ledd.

Tilgang til fasiliteter og spesielle ressurser er i mobilbransjen en nødvendighet for å kunne tilby mobiltjenester. Aktørene som har tilgang til de nødvendige fasilitetene og ressursene har et konkurransefortrinn det kan være fordelaktig å ikke dele med konkurrentene. Avgjørelser av EU-kommisjonen og EU-domstolen har fastslått at tilgang på rimelige vilkår er nødvendig for at nye tilbydere skal kunne etablere seg på markedet, og derfor i utgangspunktet ikke kan nektes av dominerende aktører. Et eksempel på en slik avgjørelse er Telemarketing-saken¹⁰⁸ der retten kom til at den dominerende aktøren ikke kunne nekte tilgang til TV-kringkastingsnett eller legge til tidsbegrensende vilkår for tilgangen da dette var å anse som misbruk av dominerende stilling.¹⁰⁹

En prosessuell forskjell mellom den generelle og den sektorspesifikke reguleringen er at det sektorspesifikke regelverket i vesentlig større grad åpner for å legge bevisbyrden på aktøren med sterk markedsstilling. Eksempler på dette er ekoml. § 4-1 tredje ledd om dokumentasjons- og begrunnelsesplikt ved avslag på anmodning om tilgang, og ekoml. § 4-9 (2) annet punktum om plikt til å dokumentere at prisene samsvarer med forpliktelsene.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118.

¹⁰⁷ Den høyeste boten så langt ble gitt i saken Microsoft mot Kommisjonen (sak T-201/04, 2004), der det ble ilagt en bot på drøye 497 millioner Euro for ulovlig prissamarbeid etter EF-art. 81.

¹⁰⁸ Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB) (Sak 311/84, 1985)

¹⁰⁹ Premiss 26.

Tilsvarende forpliktelser for et foretak med dominerende stilling etter generelle konkurranseregler finnes ikke.

3.3. Tilgangsforsiktelserens omfang

Hvilke konkrete forpliktelser nettleverandøren har overfor tjenesteleverandøren må vurderes ut fra markedsforholdene samt ut fra hvilke ressurser tjenesteleverandøren trenger for å kunne operere på markedet. Kontrollerer nettleverandøren fasiliteter eller ressurser som er nødvendige for å kunne operere på markedet og det ikke finnes adekvate alternativer, åpner generelle konkurranserettslige regler for at nettleverandøren kan være forpliktet til å tilby tilgang til de nødvendige fasilitetene og ressursene på rimelige vilkår. I denne sammenheng vil det være naturlig å vurdere i hvilken grad, om noen, det kan være aktuelt å bygge på en lære som i internasjonal konkurranserett blir referert til som *'the essential facilities doctrine'*.¹¹⁰ Doktrinen bygger på et synspunkt om at et dominerende foretak kan tvinges til å gi tilgang til ressurser og fasiliteter som er nødvendige for å operere i markedet hvis det ikke finnes adekvate alternativer.

I sin innstilling til *Oscar Bronner-saken*¹¹¹ tar Generaladvokat Jacobs opp spørsmålet om hva som ligger i essential facilities-doktrinen og beskriver læren på følgende måte:

'According to that doctrine a company which has a dominant position in the provision of facilities which are essential for the supply of goods or services on another market abuses its dominant position where, without objective justification, it refuses access to those facilities. Thus in certain cases a dominant undertaking must not merely refrain from anti-competitive action but must actively promote competition by allowing potential competitors access to the facilities which it has developed' (premiss 34).

Læren om essential facilities bygger på en amerikansk sak fra 1912¹¹² og ble etter dette lagt til grunn i amerikansk konkurranserett. I europeisk konkurranserett ble tanken om essential

¹¹⁰ Se for eksempel Whish (2003) s. 667 flg. og Nihoul & Rodford (2004) s. 469 flg.

¹¹¹ Oscar Bronner mot Mediaprint (sak C-7/97, 1998).

facilities til en viss grad adoptert i saken *Commercial Solvents mot Kommisjonen*.¹¹³ Det ble her lagt til grunn at et dominerende foretak innen et marked for levering av råmateriale til en bestemt type medisiner, ikke kunne nekte levering for å hindre konkurranse på sluttproduktmarkedet. Dommen stadfestet at:

'an undertaking being in a dominant position as regards to the production of raw material and therefore able to control the supply to manufacturers of derivatives, cannot, just because it decides to start manufacturing these derivatives (in competition with former customers) act in such a way as to eliminate their competition which in the case in question, would amount to eliminating one of the principal manufacturers of ethambutol in the common market' (premiss 25).

Etter denne dommen er det i europeisk konkurranserett ubestridt at når dominerende foretak opererer i flere faser av produksjonen kan de ikke nekte tilgang til leveranser som er nødvendige for tilvirkning av produkter som ligger i et senere stadium av produksjonsprosessen, enten det gjelder sluttproduktet eller halvfabrikat, hvis dette har til hensikt å hindre konkurransen på et marked leverandøren har eller ønsker markedsandeler på og det ikke finnes adekvate alternative leverandører.¹¹⁴

I markeder der deltagelse på markedet ikke er avhengig av leveranser, men av tilgang til konkurrenters fasiliteter eller ressurser er det mer tvilsomt om tilgang kan kreves. Saken *Sea Containers mot Stena Sealink*¹¹⁵ gjaldt en aktør som ønsket å opprette en fergelinje mellom Wales og Irland. Stena Sealink, som var den dominerende aktøren på fergeruta den nye aktøren ønsket å etablere seg på, eide og kontrollerte den aktuelle walisiske havnen som var den eneste som kunne benyttes på den aktuelle strekningen, da bruk av alternative havner innebar en så betraktelig reisetid at det ikke var å anse som en aktuell mulighet (premiss 63). Kommisjonen mente at:

¹¹² United States mot Terminal Railroad Association of St. Luis, referert til i Whish (2003) s. 667.

¹¹³ Samlede saker 6/73 og 7/73, 1974.

¹¹⁴ For nærmere vilkårene og om rettstilstanden i EU etter dommen, se Whish (2003) s. 664.

¹¹⁵ Kommisjonsavgjørelse 94/19/EC (1993), *Sea Containers mot Stena Sealink*, tilgjengelig på http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=394D0019

‘An undertaking which occupies a dominant position in the provision of an essential facility and itself uses that facility (i. e. a facility or infrastructure), without access to which competitors cannot provide services to their customers), and which refuses other companies access to that facility without objective justification or grants access to competitors only on terms less favorable than those which it gives its own services, infringes Article [82] if the other conditions of that Article are met’ (premiss 66).

Ut fra *Stena Sealink*-saken kan det se ut som om tilgangslæren etablert i *Commercial Solvents*-saken gjelder tilsvarende for fasiliteter og ressurser.

I *Oscar Bronner*-saken¹¹⁶ kom derimot EF-domstolen til at selv om tilgang til spesielle fasiliteter var nødvendig for å få tilgang til markedet, veide hensynet til foretaket som kontrollerte fasilitetene tyngre enn den anmodende aktørens behov for tilgang. Saken dreide seg om en utgiver av en mindre avis (Bronner) som ønsket tilgang til den dominerende aktørens (Mediaprint) distribusjonssystem. Avgjørelsen bygde på Generaladvokat Jacobs innstilling, der det ble pekt på forholdet mellom den mindre aktørens behov for tilgang, og det generelle behovet for aktører til å kunne velge sine forretningspartnere og adgang til å benytte installasjoner de selv har bygd opp. Det ble vektlagt at EF-traktatens art. 82 har til hensikt å legge til rette for konkurranse, og at de langsiktige konkurransemessige målene ikke nødvendigvis oppnås best ved å gi konkurrerende aktører tilgang til dominerende aktørers ressurser og fasiliteter:

‘First, it is apparent that the right to choose one’s trading partners and freely to dispose of one’s property are generally recognised principles in the laws of the Member States, in some cases with constitutional status. Incursions on those rights require careful justification’ (premiss 56).

‘Secondly, the justification in terms of competition policy for interfering with a dominant undertaking’s freedom to contract often requires a careful balancing of conflicting considerations. In the long term it is generally pro-competitive and in the interest of consumers to allow a company to retain for its own use facilities which it has developed for the purpose of its business (...) Thus the mere fact that by retaining a facility for its own use a

¹¹⁶ Oscar Bronner mot Mediaprint (sak C-7/97, 1998).

dominant undertaking retains an advantage over a competitor cannot justify requiring access to it (premiss 57).

'Thirdly, in assessing this issue it is important not to lose sight of the fact that the primary purpose of Article [82] is to prevent distortion of competition - and in particular to safeguard the interests of consumers - rather than to protect the position of particular competitors' (premiss 58).

Etter dette kan doktrinen om essential facilities i norsk og europeisk konkurranserett¹¹⁷ ikke anses som noen selvstendig lære. I vurderingen av hvilke fasiliteter og ressurser som anses som nødvendige kan essential facilities-doktrinen være relevant, men hensynet til den dominerende aktørens mulighet til å dra nytte av egne investeringer og velge sine forretningspartnere må anses å ha større betydning i norsk og europeisk konkurranserett enn det som følger av doktrinen.

Spørsmålet om i hvilken grad det norske markedet med duopol åpner for at nettleverandøren kan nekte tilgang ut fra synspunktet om at det finnes et adekvat alternativ, er det naturlig å se i sammenheng med reglene om kollektiv dominans.¹¹⁸ I følge forarbeidene til konkurranseloven kan kollektivt dominerende stilling omfattes av § 11, men vilkårene for å inntolke kollektiv dominans under § 11, og omfanget av eventuell benyttelse av regelen er ikke utdypet, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 60. Da § 11 bygger på EF-traktaten art. 82 vil praksis i EF/EU ha stor betydning for tolkningen av kollektiv dominans. Saken *Compagnie maritime belge transports SA mot Kommisjonen*¹¹⁹ anses som det endelige gjennombruddet for et forbud mot utilbørlig utnyttelse av kollektivt dominerende stilling. I premiss 36 uttalte retten:

'It follows that the expression one or more undertakings in Article [82] of the Treaty implies that a dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other, provided that from an economic point of view they present themselves or act

¹¹⁷ Praksis fra EU kan tyde på at enkelte instanser er mer villige til å bygge på essential facilities-doktrinen enn andre. For nærmere om dette, se for eksempel Nihoul & Rodford (2004) s. 475-485.

¹¹⁸ Selv om reglene om kollektiv dominans i konkurranseloven bygger på de samme hensynene som kollektiv dominans etter ekoml. § 3-1 (se ovenfor under punkt 2.1.2) vil det være en forenkelse å hevde at vilkårene for samt omfanget og vurderingen av kollektiv dominans er lik i den generelle og den sektorspesifikke reguleringen. For nærmere om kollektiv dominans i den generelle reguleringen, se Whish (2003) s. 518 flg.

¹¹⁹ Samlede saker C-395/96 P og C-396/96 P, 2000.

together on a particular market as a collective entity. That is how the expression collective dominant position (...) should be understood.'

Dommens viktigste virkning er at den åpner for at uavhengige foretak under visse forhold kan bedømmes som ett hvis den samlede markedsposisjonen er dominerende. I forhold til den aktuelle problemstillingen, nektelse av tilgang begrunnet med at det finnes et adekvat alternativ, er vilkårene for misbruk av kollektivt dominerende stilling kun tilstede hvis de to nettleverandørene opptrer som en kollektiv enhet. Dette kan tenkes der nettleverandørene deler markedet mellom seg og nekter tilgang til tjenesteleverandører som gjennom avtalen tilhører den andre nettleverandøren, ut fra begrunnelsen om at det finnes et adekvat alternativ. Nektetjenesteleverandøren tilgang av begge nettleverandørene må derimot spørsmålet om tjenesteleverandøren kan kreve tilgang avgjøres ut fra en konkret vurdering. Momentene som må avveies i denne vurderingen er først og fremst tjenesteleverandørens behov for tilgang for å kunne operere på markedet, mot nettleverandørens mulighet for å dra nytte av egne investeringer. Også hvor sterk konkurransen er på markedet vil kunne tas med i betraktning. Er konkurransen sterk er dette et moment som vil tale for at tjenesteleverandøren ikke vil kunne kreve tilgang.

3.4 Ikke-diskriminerende vilkår

Forbudet mot diskriminerende vilkår er hjemlet i konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c. Forbudet mot diskriminerende vilkår må ses i sammenheng med reglene om nektelse av tilgang, da nektelse av tilgang ofte maskeres ved å gi tilgang på dårligere vilkår enn andre aktører. For å være ulovlig må diskrimineringen føre til at tjenesteleverandøren får en konkurransemessig ulempe. Ulempen kan materialiseres enten ved at tjenesteleverandøren selv får dårligere vilkår, for eksempel i form av høyere priser, eller ved at tjenesteleverandørens kunder får dårligere kvalitet på tjenestene. Dette kan være tilfellet der nettleverandørens sluttbrukere får prioritet når den ønskede bruken overgår kapasiteten, eller når tjenesteleverandøren kun får tilgang til GSM 900-nettet og ikke GSM 1800-nettet.

Diskriminering kan også tenkes der tjenesteleverandøren får rabatter mot at den ikke inngår avtaler med andre nettleverandører. I den norske duopolsituasjonen er dette en

spesielt aktuell problemstilling da rabattsystemet får konsekvenser for den andre nettleverandøren, andre tjenesteleverandørers konkurransedyktighet og den aktuelle tjenesteleverandøren da dens videre avtalekompetanse begrenses. Tilbyr nettleverandøren tjenester til enkelte tjenesteleverandører som går utover det som følger av tilgangsfpliktelsen, men som gir de aktuelle tjenesteleverandørene konkurransemessige fordeler, vil den være forpliktet til å tilby disse tjenestene til alle.

I motsetning til for den sektorspesifikke reguleringen vil nettleverandøren ikke ha bevisbyrden for at den ikke praktiserer diskriminerende vilkår. I stedet ligger bevisbyrden hos Konkurransetilsynet eller, i tilfellet sivil søksmål, hos tjenesteleverandøren. Praksis fra EU-kommisjonen har vist at det er opp til den klagende parten (tjenesteleverandøren eller Konkurransetilsynet) å bevise at nettleverandøren har praktisert diskriminerende vilkår. Bevisbyrden går så over på nettleverandøren som må forklare eller rettferdiggjøre forskjellene.¹²⁰

Diskriminering kan også forekomme på tvers av markeder ved at nettleverandøren setter som betingelse for tilgang til mobilnettverket at tjenesteleverandøren godtar avtaler i andre markeder, eller får bedre betingelser ved inngåelse av avtaler i flere markeder. Mest aktuelt er avtaler i sluttbrukermarkedet og betingelser om avtaler i markedet for fasttelefon.

3.5. Prisspørsmål

I likhet med forbudet mot diskriminerende vilkår vil prisen nettleverandøren setter kunne fungere som en skjult nektelse av tilgang, hvis den gir tjenesteleverandøren en konkurransemessig ulempe som gjør det vanskelig å etablere seg på markedet. Påtvingelse av urimelige utsalgspriser er forbudt etter krrl. § 11 annet ledd bokstav a. For nettleverandøren innebærer dette at den er forpliktet til å gi tilgang til rimelige priser. Hensikten er i tillegg til å fange opp situasjoner der videresalgsprisen gjør det vanskelig for nye aktører å etablere seg på markedet, å hindre at en uforholdsmessig stor andel av fortjenesten går til nettleverandøren. Det siste kan være tilfellet selv om prisen gir tjenesteleverandøren rom til å etablere seg i markedet, men nettleverandøren er kapabel til å diktere prisen for sluttbrukerne slik at denne

¹²⁰ For nærmere om bevisbyrdespørsmål, se Nihoul & Rodford (2004) s. 378 flg

blir høyere, både for nettleverandørens og tjenesteleverandørens kunder, enn det den ville blitt i et tenkt konkurransedyktig marked.

Prisene må i rimelig grad baseres på nettleverandørens langsiktelige kostnader. Prisvurderingen må foreta en avveining mellom sluttbrukernes behov for lave priser og behovet for bedre tjenester. Sistnevnte hensyn kan søkes tilfredsstilt ved å åpne for at nettleverandøren kan få et rimelig overskudd for å oppfordre til økt fokus på innovasjon og utvikling. Prinsippet ble slått fast i *Ahmed Saaed-saken*:¹²¹

'[T]ariffs must be reasonably related to the long-term fully allocated costs of the air carrier, while taking into account the needs of consumers, the need for a satisfactory return on capital' (premiss 43).

Er nettleverandørens langsiktige kostnader i forbindelse med etablering og vedlikehold av nettverket fastsatt, vil det være naturlig å fordele utgiftene forholdsmessig mellom nettleverandøren og tjenesteleverandøren, ut fra hvor stor andel av nettkapasiteten tjenesteleverandøren benytter. Tilgangsprisen, som fastsettes individuelt for hvert abonnement, vil da bli summen av tjenesteleverandørens andel av utgiftene og nettleverandørens rimelige fortjeneste.

Et problem med denne fremgangsmåten er at det kan være vanskelig å fastsette hvor store kostnader nettleverandøren har hatt ved utbyggingen og vedlikeholdet av nettverket. I vurderingen kan det bli aktuelt å sammenligne med andre nettleverandørers fastsettelse av kostpris og tilgangspris. I *Lucazeau-saken*¹²² la retten til grunn at når prisen for tilsvarende tjenester (copyright-tjenester for musikk) i andre EU-land var vesentlig lavere og det dominerende foretaket ikke kunne rettferdiggjøre forskjellen, var dette en indikasjon på at misbruk av den dominerende stillingen hadde funnet sted.¹²³ Da alle de europeiske nettleverandørene benytter de samme mobilnettene, GSM 900 og 1800 samt UMTS, vil sammenligningsgrunnlaget være forholdsvis omfattende.

¹²¹ *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* (Sak 66/86, 1989).

¹²² *François Lucazeau og andre mot Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) og andre.* (Samlede saker 110/88, 241/88 and 242/88, 1989).

¹²³ Premiss 25.

I tillegg til å sette for høye priser kan nettleverandøren skape problemer for tjenesteleverandøren ved å sette for lave priser i sluttbrukermarkedet. Et foretak med dominerende stilling i nettleverandørmarkedet vil ofte også tilby mobiltelefoni direkte til sluttbrukerne. De konkurransemessige fordelene det gir å ha tilgang til eget nettverk og at nettleverandøren ofte har en forholdsvis solid økonomi, gjør at den kan fristes til å dumpe prisen på sluttbrukermarkedet for å bli kvitt konkurrerende tjenesteleverandører og hindre etablering av nye. Selv om dette ikke går direkte frem av krrl. § 11 er denne typen oppførsel forbudt. I saken *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*¹²⁴ ble det uttalt:

‘Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive’ (premiss 71).

På samme måte som for spørsmål om det har funnet sted diskriminerende oppførsel er det den som hevder at prisen er urimelig som har bevisbyrden. Ikke, som i den sektorspesifikke reguleringen, det dominerende foretaket/foretaket med sterk markedsstilling. Er det sannsynliggjort at prisene er urimelige går bevisbyrden over på foretaket med dominerende stilling, jf. Lucazeau-saken nevnt over.

3.6. Oppsummering

Den generelle konkurranseretten åpner for mange av de samme forpliktelsene som nettleverandørene kan pålegges etter den sektorspesifikke reguleringen. Prinsippet som ligger til grunn for de to reguleringene er det samme, å hindre at noen få store aktører benytter markedsrett til å begrense konkurransen på markedene. Generelt åpner den sektorspesifikke reguleringen for noe mer inngripende forpliktelser enn den generelle konkurranseretten. Det kreves heller ikke at markedsretten er misbrukt for at nettleverandøren skal kunne være forpliktet etter ekomloven, noe som bidrar til at terskelen for forpliktelser etter den generelle konkurranseretten er noe høyere. På den annen side er nettleverandørens forpliktelser etter den sektorspesifikke reguleringen avhengig av at det vedtas pålegg. Utvikles mobilsektoren i tråd

¹²⁴ *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*. (Sak C-62/86, 1991).

med ekomlovens målsetninger, er det naturligt at den sektorspesifikke reguleringen gradvis trappes ned, og at omfanget av nettleverandørens forpliktelser i større grad avgjøres ut fra den generelle konkurranseretten ex post.

4 **Vurderinger**

Hvilke forpliktelser nettleverandøren har overfor tjenesteleverandøren etter ekomloven er det i stor grad opp til Post- og teletilsynet å avgjøre. Gjennom definering av markeder og vedtak om sterk markedsstilling med tilhørende pålegg, fastsetter tilsynet premisene for utviklingen av mobilsektoren. Det er i disse prosessene nødvendig å vurdere de langsiktige konsekvensene av vedtakene. Kompensering for den mangelfulle konkurransen kan bidra til å senke prisene på sluttbrukermarkedet, men redusere investerings- og utviklingsviljen. En mindre inngripende praktisering av regelverket vil derimot kunne stimulere til økt innovasjon og utvikling, samt begrense høye regulatoriske kostnader.

Utbyggingen av UMTS-nettet illustrerer forholdet mellom hensynet til lavere priser og hensynet til innovasjon og utvikling. På den ene siden er en effektiv utbygging av UMTS avhengig av nettleverandørenes vilje til å investere. Høy grad av regulering vil kunne ha en negativ påvirkning på denne investeringsviljen. På den annen side vil UMTS på sikt ville kunne gjøre GSM-nettet avleggs. Utbygging av nye GSM-nett vil derfor kunne innebære en dårlig utnyttelse av eksisterende infrastruktur. Dette kan åpne for at det i større grad bør vurderes tilgangsfpliktelser til GSM- enn til UMTS-nett.

Sense/Telenor-saken viser hvor viktig det er med en klar og forutsigbar lovgivning i telekommunikasjonssektoren. Verken norske eller europeiske lovgivere og myndigheter har tatt entydig stilling til hvordan tilgangsprisen skal beregnes. For tjenesteleverandøren og nettleverandøren innebærer dette at de må ta høyde for de mange mulighetene beregningen av tilgangsprisen åpner for. I forbindelse med utviklingen av UMTS-nettet kan den usikre fastsettelsen av tilgangsprisen medføre forsinkelser i utbyggingen og lavere kvalitet på tjenestene. En effektiv utbygging av nettet er avhengig av at nettleverandøren kan kalkulere hvilke inntekter utbyggingen kan gi. Så lenge det ikke tas stilling til hvordan tilgangsprisen skal fastsettes, blir inntektsberegningen usikker. Resultatet kan bli at utbyggingen av UMTS-nettet nedprioriteres.

Ex ante reguleringen krever at myndighetene på eget initiativ må regulere atferd som er i strid med lovens målsetninger. Er tjenesteleverandøren uenig i vilkårene satt av nettleverandøren og vil prøve spørsmålene for retten, vil myndighetens manglende inngripen være en sterk indikasjon på at den aksepterer nettleverandørens betingelser. Rettspraksis har

vist at domstolene er varsomme med å prøve myndighetenes skjønn vedrørende vilkårene for tilgang.

Den sektorspesifikke reguleringen er nå inne i sin andre fase på veien mot et marked som har sterk nok konkurranse til at telekommunikasjonssektorens konkurranseaspekter skal kunne reguleres av generelle konkurranseregler. I den sammenheng må det kontinuerlig vurderes hva som kreves for at konkurransen er tilfredsstillende. Den skjeve fordelingen av fasilitetene og ressursene som er nødvendig for å operere på markedet er hovedårsaken til den mangelfulle konkurransen. Den sektorspesifikke reguleringen kan kompensere for konkurransehemmende momenter i mobilmarkedet, men det er etter min mening strukturelle problemer som ikke kan løses gjennom den nåværende reguleringen. Lave priser og gode tjenester er avhengig av sunn konkurranse i to delmarkeder, nettleverandørmarkedet og sluttbrukermarkedet. Økt konkurranse på nettleverandørmarkedet kan bidra til å gjøre tjenesteleverandørmarkedet markedsstyrt og tilgangsforsiktelser overflødige.

Fremtidig regulering av mobilsektoren bør bidra til økt konkurranse på nettleverandørmarkedet. En langsiktig sunn konkurranse i nettleverandørmarkedet, uavhengig av sektorspesifikk regulering, er betinget av at det enten etableres flere større nettleverandører, eller at konkurransen mellom de eksisterende nettleverandørene skjerpes. Få nettleverandører kan åpne for samarbeid, eksplisitt eller stilltiende, som er hemmende for konkurransen. Etter mitt synspunkt er en viktig årsak til den manglende konkurransen på nettleverandørmarkedet usikkerhet rundt omfanget av fremtidige tilgangsforsiktelser. Dette kan bidra til at investering i utvikling av nettverk og tjenester må baseres på usikre inntjeningskalkyler. Reguleringen av mobilsektoren bør i mindre grad begrense nettleverandørenes evne til å bestemme over egne fasiliteter. Færre forpliktelser for nettleverandørene vil i seg selv kunne bidra til økt konkurranse, da markedet vil kunne bli mer attraktivt for nye potensielle nettleverandører.

5. Litteratur og kildeliste

5.1. Litteraturliste

Bergsåker, Trygve. *Lærebok i pengekravsrett – Tilpasset privatrett grunnfag ved Universitetet i Oslo*. 2. utgave. Lobo Media. Oslo, 2001.

Buiges, Pierre A. og Rey, Patrick (red.). *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications – Perspectives of the New European Regulatory Framework*. Edward Elgar. Cheltenham, 2004.

Correa, Lisa. 'The Economics of Telecommunication' i Walden, Ian og Angel, John (red.). *Telecommunications Law and Regulation*. 2. utgave. Oxford University Press. Oxford 2005.

Eckhoff, Thorstein & Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 7. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2003.

Falch, Ingvald. *Rett til nett – Konkurransen i nettbundne sektorer*. Universitetsforlaget. Oslo, 2004.

Graver, Hans Petter. 'Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranselovens § 11', *Lov og rett 2004*.

Kolstad, Olav. 'Forbudet i EØS-avtalens art 54 mot utilbørlig utnyttelse av ett eller flere foretaks dominerende stilling' i Sejersted m.fl.: *EØS-rett*, 2. utg. Universitetsforlaget. Oslo, 2004.

Moland, Arne og Mahieu, Katinka. 'Asymmetrisk telelovgivning' i Bing, Jon m.fl. *Innføring i telekommunikasjonsrett*. Cappelen Akademisk Forlag. Oslo 2001.

Nihoul, Paul og Rodford, Peter. *EU Electronic Communications Law*. Oxford University Press. Oxford 2004.

Walden, Ian. 'Telecommunication Law and Regulation: An Introduction' i Walden, Ian og Angel, John (red.). *Telecommunications Law and Regulation*. 2. utgave. Oxford University Press. Oxford 2005.

Whish, Richard. *Competition Law*. 5. utgave. LexisNexis. London, 2003.

5.2. Rettskilder

5.2.1. Lover/traktater:

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27.11.1992 (EØS-loven).

Lov om elektronisk kommunikasjon av 4.7.2003 nr. 83 (ekomloven).

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5.3.2004 nr. 12 (konkurranseloven.)

EF-traktaten. *Treaty establishing the European Economic Community*. 15.3.1957.

5.2.2. Forskrifter.

Forskrift om offentlig telenett og offentlig teletjeneste av 5. desember 1997 nr. 1259 (offentlignettforskriften)

Forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste av 16. februar 2004 (ekomforskriften).

5.2.3. Forarbeider.

Ot.prp. nr. 58 (2001-2002). Om lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).

St.meld. nr. 32 (2001-2002). Om situasjonen i den norske mobilmarknaden.

St.meld. nr. 18 (2002-2003). Tilleggsmelding til St.meld. nr. 32 (2001-2002) om situasjonen i den norske mobilmarknaden.

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven). B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

5.2.4. Dokumenter/direktiver utgitt av EU/EF.

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive). (Rammedirektivet).

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive). (Tilgangsdirektivet).

Dokument OJ C 372 (1997). 'Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community Competition Law'. tilgjengelig på:
http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma_en.html

Dokument 98/C 265/02. 'Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector.'

Dokument 2002/C 165/03. Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services.

Dokument C (2003) 497. 'EFTAs overvåkningsorgans anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder innenfor området for elektronisk kommunikasjon.' Tilgjengelig på
http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documents/recomen.pdf

5.2.5. Pålegg og vedtak.

Post- og teletilsynet: 'Vedtak om sterk markedsstilling i samtrafikkmarkedet'. 27.06.2002.

Post- og teletilsynet: 'Vedtak om sterk markedsstilling for Netcom i det totale nasjonale markedet for samtrafikk'. 10.12.2003.

Post- og teletilsynet: 'Pålegg av om føring av produktregnskap for Netcom for året 2004' 10.12.2004.

Post- og teletilsynet: 'Varsel om vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige kommunikasjonsnett (marked 15)'. 24.05.2005.

5.2.6. Standardavtaler:

Telenors standardavtale for tjenesteleverandører, tilgjengelig på
<http://www.telenor.no/bedrift/partner/tjenesteleverandor.html>

Telenors standardavtale for MVNO, tilgjengelig på
<http://www.telenor.no/bedrift/partner/mvno.html>

5.2.7. Øvrige dokumenter.

Instruks for Post- og teletilsynet fastsatt av Samferdselsdepartementet' 30. mai 1997. Tilgjengelig på <http://odin.dep.no/sd/norsk/dep/org/etater/028061-990008/dok-bn.html>

Post- og teletilsynet: 'Analyse av markedene for terminering i individuelle offentlige kommunikasjonsnett.' 31.3.2005.

Post- og teletilsynet: 'Revidert og oppdatert analyse av markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlig mobilkommunikasjonsnett.' 24.5.2005.

Samferdselsdepartementet: 'Utredning av spørsmålet om det skal inntas en hjemmel om tilbakebetaling/tilleggsbetaling (etteroppgjør) i ekomloven'. 19.1.2005. Rapporten er tilgjengelig på http://odin.dep.no/filarkiv/242002/Endelig_rapport.pdf

Post- og teletilsynet: '*Analyses of the markets for voice call termination on individual mobile networks*'. 5.8.2005. Dokumentet er tilgjengelig på <http://www.npt.no/iKnowBase/FileServer/Annex%201%20-%20Market%2016%20-%20NPT%20-%202005.08.052.pdf?documentID=45092>

5.3. Avgjørelser.

5.3.1. Norsk rettspraksis.

Rt. 1985 s. 290. (Birgdommen)

Teletopia/Telenor II. LB-2001-2378 [lovdata online]. Borgarting Lagmannsrett. Dom 2004-02-02.

Teletopia/Telenor I. TOSLO-1997-10727 [lovdata online]. Oslo Tingrett. Dom 2001-04-25.

Sense/Telenor. TAHER-2003-18274 [lovdata online]. Asker og Bærum Tingrett. Dom 2004-11-02.

Enitel/Telenor. TAHER-2003-18607 [lovdata online]. Asker og Bærum Tingrett. Dom 2005-03-14.

5.3.2. EF-domstolen

Commercial Solvents mot Kommisjonen. (Samlede saker 6/73 og 7/73 (1974).

United Brands mot Kommisjonen. (ECR 207, 1978)

Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Kommisjonen. (Sak 85/76, 1979)

Michelin mot Kommissjonen. (Sak 322/81, 1983)

Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB). (Sak 311/84, 1985)

Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Kommissjonen. (Sak 75/84, 1986)

Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (Sak 66/86, 1989).

François Lucazeau og andre mot Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) og andre. (Samlede saker 110/88, 241/88 and 242/88, 1989).

AKZO Chemie BV mot Kommissjonen. (Sak C-62/86, 1991).

Oscar Bronner mot Mediaprint. (Sak C-7/97, 1998).

Compagnie maritime belge transports SA mot Kommissjonen. (Samlede saker C-395/96 P og C-396/96 P, 2000).

5.2.3. EU/EF. Førsteinstansretten

Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA mot Kommissjonen. (Samlede saker T-68/89, T-77/89 og T-78/89, 1992).

British Airways mot Kommissjonen. (Sak T-219/99, 2003).

KPN Telecom BV mot Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA). (Sak C-109/03, 2004).

Microsoft mot Kommissjonen. (Sak T-201/04, 2004).

Tokai Carbon Co. Ltd og andre mot Kommissjonen. (Sak T-236/01, 2004).

5.3.4. Øvrig praksis:

Sea Containers mot Stena Sealink. Kommisjonsavgjørelse 94/19/EC (1993). Tilgjengelig på http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&nundoc=394D0019.

United States mot Terminal Railroad Association of St. Luis. Referert til i Whish s. 667.

