



DEN NORSKE ADVOKATFORENING

HOVEDSTYRET

Kristian Augusts gate 9, 0164 Oslo
Telefon 22 03 50 50 Telefaks 22 11 53 25

Dato: 09-2003

Samferdselsdepartementet

Boks 8010 Dep.
0030 Oslo

Vår ref.: #10099v1

Deres ref.: 03/1331

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET	
AVD./SEK.: PJS	S.BEH.: CC
05 SEPT. 2003	
S.NR.: 03/1331 - 46	
ARKIV: 8015	AVSKREVET:

HØRINGSUTTALELSE - FORSLAG TIL FORSKRIFT OM ELEKTRONISK KOMMUNIKASJONSNETT OG ELEKTRONISK KOMMUNIKASJONSTJENESTE (EKOMFORSKRIFTEN)

Vi viser til departements ekspedisjon av 4. juli 2003.

Saken har vært forelagt Advokatforeningens lovutvalg for IKT bestående av Elisabeth Wille, leder, Rolf Busch, Bredo Stabell, Anne K. Brække og Torstein Arendt.

Utvalget har avgitt følgende uttalelse:

"Ekomloven trådte i kraft 25. juli 2003. Loven gir telemyndighetene diverse fullmakter til å regulere telekommunikasjonsområdet. Forslag til Ekomforskriften med hjemmel i den nye loven, er sendt ut på høring. Forskriftsvedtak kan ventes senere i høst, men den nye forskriften kan først tre i kraft når prosedyrer for konsultasjon hos ESA og EU Kommisjonen vedr. markedsdefinisjoner og regulatoriske tiltak, er tatt inn i EØS avtalen.

Forskriften fastsetter nye regler, til dels detaljerer og presiserer gjeldende forskrifter på telekommunikasjonsområdet. Kap. 2 og 3 gjelder spesielt SMP reguleringer (forpliktelser for selskap med Sterk MarkedsPosisjon). Advokatforeningen vil kun kommentere disse deler av Ekomforskriften.

Ekomforskriften åpner for

- Tilgang for virtuelle operatører (selskap som tilbyr egen mobiltelefonitjeneste
 - abonnement eller kontantkort, men som ikke har eget nett)
- Tilgang til det faste aksessnettet, herunder bitstrømstilgang
- Viderealg av abonnement
- Roaming (mobiloperatørene må slippe til brukere som har abonnement i andre nett)

Det er ikke noe i forskriften om hvordan disse tilgangsformer vil bli regulert.

Videre vil Advokatforeningen få påpeke at det er uheldig at alminnelig tjenestetilbyder-tilgang ikke nevnes blant de tilgangsformer som er tatt inn i Ekomforskriften § 3-1. I forbindelse med ny lovgivning er det spesielt nevnt behovet for å løse opp i verdikjeden hos vertikalt integrert operatørselskap, og flere av Ekomlovens bestemmelser er utformet med dette for øyet. Dette bør

også gi seg utslag i forskriftsverket, da Advokatforeningen mener at det lett kan gi et skjevt bilde at § 3-1 bare nevner virtuell operatør.

I tillegg inneholder Ekomforskriften kap. 3 en mer detaljert regulering av samlokalisering (§ 3-5). Det skal utarbeides standardvilkår for tilgang til faste aksessnett (§ 3-4), og det er tatt inn egen hjemmel om tilgang til informasjons- og støttesystem (§ 3-3), samt fastsatt minimumskrav til tilbud om overføringskapasitet (§ 3-2).

I § 6-5 er det tatt inn at det "skal" tilbys prefiks i mobile nett – dette er nytt.

Ekomforskriften skal erstatte offentlignettforskriften. Gjeldende forskrifter inneholder en rekke materiellrettslige bestemmelser om plikter for SMP-operatør. I tråd med EØS retten legger Ekomloven opp til at slike reguleringer heretter skal følge av SMP-vedtak fattet av telemyndigheten, i følge konsultasjon med ESA og EU Kommisjonen. Før slike vedtak treffes må teletilsynet foreta en vurdering av konkurranseforholdene i delmarkeder i telemarkedet. EU Kommisjonen har fastsatt at 18 "relevante markeder" kan reguleres. Kommisjonens anbefalinger er tatt inn i Ekomforskriften kap. 2. Nasjonale tilsynsorgan kan bestemme at ytterligere delmarkeder skal underlegges reguleringer, men dette skal "godkjennes" på EØS nivå, se Ekomforskriften § 2-1, 2. ledd, sml. Ekomloven § 9-3, 2. ledd.

Ekomloven med forskrifter er en implementering av EØS "direktivpakke" (totalt 6 stk.), vedtatt våren 2002. Overordnet målsetting er å tilnærme telereguleringene alminnelig konkurranserett, gjennom en mer målstyrt og mindre inngripende ex ante regulering. For Norge som EFTA land innebærer dette at nye reguleringer som skal legges til rette for utvikling av konkurranse i telemarkedet, først vil kunne tre i kraft på et særlig sent tidspunkt.

Advokatforeningen vurderer det slik at i overgangsfasen mellom ikrafttredelse av forskrift og ferdigstillelse av SMP-vedtak, er det nødvendig å sikre forutberegneligheten for markedet på en bedre måte enn det kap. 3 i forskriften legger opp til. Advokatforeningen ber derfor departementet vurdere om det ikke skal tas inn mer detaljregulering av SMP-operatør i forskriften. Advokatforeningen tror ikke at forskriften, slik den nå er utformet, vil redusere behovet for å bringe tvisteforhold i telemarkedet inn for domstolene. Siden detaljregulering skal være overlatt teletilsynet i form av SMP vedtak, vil dessuten presset mot tilsynet kunne øke, fra de deler av markedet som har størst ressurser til å ivareta sine interesser, herunder selvsagt de store selskap som risikerer å bli pålagt SMP forpliktelser. En større grad av detaljregulering i forskrift vil således kunne bidra til et mer balansert regelverk (SMP vedtak).

Forslaget til Ekomforskrift inneholder ikke noe om priser. Her vil således Ekomloven gjelde etter at offentlignettforskriften (som pålegger kostbaserte priser) er opphevet. Ekomlovens prisreguleringer (§ 4-9, jf. § 4-7) er imidlertid ikke særlig egnet til å fungere som detaljregulering av prisforhold i segmenterte telemarkeder. Ekomloven trekker på dette punkt snevrere rammer for prisreguleringer, enn det som er dagens system. I følge ordlyd vil det ikke være adgang til å fastsette prisvilkår bare for å øke eller bedre konkurransen i markedet (prisregulering må skje av hensyn til sluttbrukerne, eller pga "prisklemmer", § 4-9).

Det er liten grunn til å anta at reguleringsregimet i fastnettmarkedet vil bli endret bare som følge av ny lovgiving/forskrifter/vedtak. I mobilmarkedet er imidlertid utviklingen langt mer usikker. I tillegg er konkurransen i det norske mobilmarkedet dårligere utviklet enn i mange andre europeiske land. Det er således nødvendig å sette inn regulatoriske tiltak for å sikre tilgang for nye aktører og nytt tjenestetilbud til brukerne av mobile tjenester.

Forskriftsforslaget lar sentrale spørsmål stå åpne når det gjelder videre regulering av

mobilmarkedet. Det følger av Kommisjonens anbefalinger om "relevant marked" at det ikke kan skje reguleringer av pris på sluttbrukernivå (abonnement og anrop). Desto mer nødvendig er det å sørge for at pris på innsatsfaktorer til produksjon av mobile tjenester er på et nivå som muliggjør nye markedsetableringer. Departementet bør vurdere om det skal tas inn bestemmelser om at man inntil videre opprettholder krav til kostnadsorienterte priser i mobilmarkedet, men slik at man tilrettelegger for en gradvis overgang til ny beregningsmodell (prisminus e. a.) som følge av større nettverkskonkurranse i mobilmarkedet.

Tilgang for virtuell operatør skal i følge St.prp. nr. 58 (2002-2003) skje på "kommersiell grunnlag". Virtuell operatør må kjøpe radiodelen i tjenesten av GSM operatørene. Erfaringen viser at det er vanskelig å forhandle frem konkurransedyktig pris når det bare er to store dominerende selskap i markedet. Departementet bør derfor overveie om de skal si noe om prisvilkår for virtuell operatør i den nye forskriften, som vil være bestemmende for markedsmulighetene inntil SMP vedtakene en gang i fremtiden er klare for anvendelse.

Nettverkskonkurranse er en uttalt målsetting fra Stortingets side. Prisbestemmelsene i Ekomloven egner seg dårlig for å regulere pris på roaming. Samtidig er tilgang til roaming avgjørende for nye nettverksetableringer. Også her bør departementet overveie om det skal tas inn egne bestemmelser i forskriften.

Forskriften viser kun til Ekomloven når det gjelder klageadgang. Her oppstår flere uavklarte spørsmål:

Loven § 10-2 sier at PT ikke kan instrueres i forbindelse med fastsettelse av SMP-vedtak, men departementet kan likevel omgjøre vedtaket når det er av "prinsipiell og stor samfunnsmessig betydning", jf. § 11-7. I følge forvaltningsloven vil det kunne være adgang til å klage på PTs SMP-vedtak (som nødvendigvis ofte må utformes slik at de fyller lovens krav til "enkeltvedtak"). Betyr dette at markedsaktørene kan innklage til departementet bestemmelser i SMP vedtaket som de er misfornøyde med, under foregivende av at vedtaket er "prinsipielt eller av stor samfunnsmessig betydning"? Forskjellen mellom klage og omgjøring er jo at overordnet instans i førstnevnte tilfellet har plikt til å vurdere saken, mens omgjøring alene følger av departementets egen vurdering av vedtaket. Advokatforeningen mener at dette spørsmålet bør avklares i forskriften.

Om det overhodet skal gripes inn med SMP-reguleringer i et bestemt ("relevant") marked, vil følge av at PT finner at konkurransen er for dårlig utviklet i markedet (Ekomloven § 3-3). Det kan hende at enkelte selskap mener at for eksempel operatørselskapenes prisvilkår utgjør en barriere for markedsetablering og således ønsker at PT griper inn. I følge alminnelig lovgiving er det imidlertid ikke klageadgang på "negative beslutninger" (at tilsynet nekter å bruke inngrepshjemler). Her bør departementet overveie om det skal tas inn egen klagehjemmel i Ekomforskriften. For å fremme konkurranseutvikling (som jo er bærebjelken for sektorspesifikk regulering av telemarkedet) bør det være en mulighet for å bringe ikke-reguleringer inn for en overordnet instans – dette også for å lette presset mot teletilsynet fra markedsaktørene.

Det nye reguleringsregimet innebærer også en markert endring av ansvarsforholdene. Hittil har det vært mulig å få erstatning som følge av ulovlig merpris (på alminnelig grunnlag), utmålt fra det tidspunkt prisvilkårene blir gjort gjeldende – selv om tilsynet først i ettertid har grepet inn mot prisvilkårene. Bruk av lovfullmakter (inngrepshjemler) utløser imidlertid ansvar først fra det tidspunkt fullmakten utnyttes. I dag har PT adgang til å fastsette pris med "tilbakevirkende kraft" (gjeldende fra et tidspunkt før vedtaket). Dette bør videreføres i den nye forskriften.

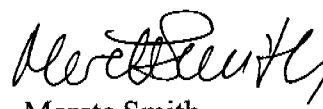
Regelverket i telemarkedet er så komplisert at det i seg selv kan utgjøre markedsbarriere, og i hvert fall kan føre til (unødige?) tvisteforhold. Forslaget til Ekomforskrift omfatter en rekke forskjellige

typer reguleringer, basert på forskjellige hensyn eller verdier (personvern, forbrukerhensyn, sikkerhet- og beredskap, landsdekning og likhet o.a.). Advokatforeningen mener at denne type "komprimert" regelgivning ikke nødvendigvis gir det beste resultat. SMP-reguleringer skal først og fremst fremme konkurransehensyn. Spørsmålet er om det ikke bør fastsettes et eget regelverk om de grunnleggende SMP-forpliktelser, hvorefter PT kan tilpasse dette til delmarkeder i senere SMP-vedtak. Resultatet av den regelgivningsteknikken som nå er valgt er for eksempel at det er uklart om det "skal" etableres prefiksløsninger i GSM nettene allerede når forskriften trer i kraft, jf. § 6-5, eller om dette skal utestå til PT i formelle vedtak har fastslått at Telenor Mobil, eventuelt NetCom, er dominerende i markedet for mobiltelefoni? På dette spørsmålet gir forslaget til Ekomforskrift heller ikke noe svar."

Advokatforeningen tiltrer utvalgets uttalelse.

Ærbødigst


Helge Aarseth
leder


Merete Smith
generalsekretær