



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Norges Televisjon
Lysaker Torg 25
PB 476
1327 Lysaker

RiksTV AS
Pb 393 Økern
0513 OSLO

Unntatt offentlighet
§ 5a, jfr. fvl. § 13 første
ledd nr. 2

Deres ref

Vår ref
05/1587- MAT/KIM/LBA

Dato
19.12.2008

Klage på Post- og teletilsynets vedtak 10. juni 2008 - utsatt iverksetting

Det vises til brev av 30. juni 2008 og 18. august 2008 fra Norges televisjon AS (NTV) og til brev av 1. juli 2008 fra RiksTV AS (RiksTV) med klage over Post- og teletilsynets (PT) vedtak av 10. juni 2008 (vedrørende utlysning av kapasitet til ny betal-tv operatør i bakkenettet). Videre vises til brev fra NTV av 18. september 2008 med klage på Post- og teletilsynets vedtak av 10. september 2008 om ny frist for utlysning av kapasitet og til brev fra NTV av 25. november 2008 med anmodning om utsatt iverksetting.

1 Innledning

NTV ble 2. juni 2006 tildelt konsesjon for utbygging og drift av et digitalt bakkenett for kringkasting av fjernsyn i Norge (konsesjonen). NTV og RiksTV inngikk tilgangsavtale av 1. september 2007, der det ble avtalt at RiksTV skulle leie kapasitet av NTV for distribusjon av kommersielt TV-tilbud.

PT varslet 21. februar 2008 at tilsynet med bakgrunn i konsesjonens pkt 4.8 annet ledd ville pålegge NTV å lyse ut kapasitet for konkurrerende betalings-tv-tilbud tilsvarende minimum 1,5 signalpakke. Tilsynet fattet 10. juni 2008 vedtak om tilgang til kapasitet for konkurrerende betalings-TV-tilbud i tråd med varslet. Vedtaket er påklaget, jf ovenfor. Ved søknad av 30. oktober 2008 anmodet NTV videre om at Samferdselsdepartementet opphever pkt 4.8 i konsesjonen.

2 NTVs anførsler

NTV anmoder i brev av 25. november 2008 til Samferdselsdepartementet om at vedtaket gis utsatt iverksetting dersom klagebehandlingen i kapasitetssaken ikke er avsluttet før utlysningsfristen går ut. Etter NTVs oppfatning er alle parter tjent med at et så sentralt vilkår som mengden kapasitet som skal utlyses, er avklart i forkant av utlysningen. NTV fremholder

Postadresse:
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse:
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90 / 22248353
Org. nr.:
972 417 904

Luft- post- og teleavdelingen
Telefaks:
22 24 56 09

Saksbehandler:
Malin Tønseth
22 24 82 33

også at klagevedtaket vil kunne legge andre føringer på utlysningen som kan foranledige behov for korrigeringer i utlysningsteksten. På enkelte punkter kan det også oppstå behov for reforhandling av eksisterende leverandør- og kundeavtaler for å sikre at hele avtalestrukturen tilpasses plattformens utvidelse til flere betal-tv-operatører. NTV mener også at søknaden om oppheving av konsesjonsvilkåret i pkt. 4.8 annet ledd kompliserer saken på en måte som tilsier at utlysningsprosessen ikke bør iverksettes før Samferdselsdepartementet har tatt stilling til saken. I motsatt fall vil NTVs utlysning måtte være betinget av at endringsøknaden ikke gis medhold.

NTV har videre i brev til Samferdselsdepartementet av 18. august 2008 fremholdt en rekke anførsler knyttet til spørsmålet om utsatt iverksetting som det etter Samferdselsdepartementets oppfatning fortsatt kan være relevant å la inngå i den samlede vurdering. Blant annet har NPT vist til at det i konsesjonen ikke er gitt noen eksakt størrelse på tredjepartsadgang (TPA) og fremført at vilkåret om TPA vil kunne være gjenstand for dynamisk fortolkning over tid. Tilsynets fortolkning oppfattes imidlertid som varig. Dersom det i fremtiden viser seg at bakkenettet ikke "tåler belastningen" som et slikt vilkår medfører, vil det medføre en situasjon som er vanskelig å reversere. Dette fremholdes som uheldig for NTV. Kravet til transparente vilkår forutsetter tid til å utrede og synliggjøre vilkårene i forbindelse med utlysningen. En sentral forutsetning for utlysningen er at størrelsen på kapasiteten som skal utlyses er avklart før en utlysning finner sted. Den konkrete utarbeidelsen av utlysningsteksten lar seg dessuten vanskelig gjennomføre forut for en avklaring i kapasitetssaken. Dersom utlysningen fremtvinges før grunnlaget er tilstrekkelig fundert, vil det kunne innebære uklarheter, usikkerhet og mulige etterfølgende endringer. Ingen aktør er tjent med dette; heller ikke tilbydere som fristen er ment å gjelde. Det er dessuten NTVs oppfatning at utsatt iverksetting best er i tråd med forsvarlig saksbehandling, ikke minst når situasjonen er den at operativ drift for konkurrerende betalings-TV-tilbydere vanskelig kan skades av en utsatt iverksetting.

3 Utsatt iverksetting - Departementets vurdering

3.1 Rettslig utgangspunkt

Hovedregelen i forvaltningsloven er at vedtak trer i kraft straks eller på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket. Etter forvaltningsloven § 42 kan det besluttes unntak i form av utsatt iverksetting. Ekomloven fastsetter i § 11-6 fjerde ledd at det er Samferdselsdepartementet som skal fatte beslutninger etter forvaltningsloven § 42.

Lovgrunnen for forvaltningens adgang til å gi utsatt iverksetting er hensynet til rettssikkerheten, herunder risikoen for at klageinstansens vedtak kan bli umulig, vanskelig eller kostbart å gjennomføre. Vurderingen av spørsmålet om utsatt iverksetting er underlagt forvaltningens frie skjønn og knytter seg til betydningen av at vedtaket iverksettes straks. Sentralt i vurderingen står konsekvensen for de impliserte parter. Det må foretas en interesseavveining mellom på den ene siden den byrde NTV påføres og på den andre siden hensynet til tredjeparter og offentlige interesser av å gjennomføre vedtaket. Sakens art, særlig muligheten for å kunne reversere handlinger, vil også være viktig i vurderingen. Videre vil en foreløpig vurdering av klagen kunne være et moment. Forvaltningsloven § 42 annet ledd setter krav til at det skal gis begrunnelse for avslag på anmodning om utsatt iverksetting. Begrunnelse skal gis samtidig med avslaget.

3.2 Økonomisk tap

Dersom vedtaket trer i kraft før departementet har fattet vedtak i klagesaken, og departementet gir medhold i klagen, kan det føre til at NTV omgjør utlysningen av 1,5 signalpakke. NTV må da eventuelt sette i gang en ny interesseanmeldelse. Hvis NTV lyser ut

kapasitet to ganger vil det sannsynligvis medføre økte kostnader i forbindelse med utlysning. NTV har blant annet opplyst at *"en god del arbeid og avgjørelser avhenger likevel av hvor mye kapasitet som blir gjenstand for utlysning."* Økte kostnader i det tilfelle at NTV lyser ut kapasitet to ganger taler isolert sett for utsatt iverksetting av vedtaket. Departementet vurderer likevel disse økte kostnadene til å være relativt begrenset, særlig sett i forhold til at NTV allerede har iverksatt arbeidet med utlysningsprosedyren. En eventuelt ny utlysningsprosess vil således ikke nødvendigvis medføre vesentlige kostnader, men vil trekke noe i retning av å gi utsatt iverksetting.

Dersom departementet finner grunnlag for å oppheve vilkåret i pkt. 4-8 med den konsekvens at NTV ikke har plikt til å tilby ny betal-tv operatør tilgang på plattformen og NTV følgelig velger å stoppe utlysningsprosessen, vil utlysningskostnader som er påløpt frem til avlysningen kunne utgjøre et økonomisk tap for NTV. Momentet trekker isolert sett i retning av å gi utsatt iverksetting.

Dersom vedtaket trer i kraft før departementet har fattet vedtak i saken, kan det medføre at "tilgangsavtalen" mellom NTV og RiksTV blir delvis ugyldig, og at dette igjen fører til at det må foretas vesentlige endringer i forretningsplanen til RiksTV. RiksTV har i brev til departementet av 1. juli 2008 opplyst

(u.off.) Departementet anser derfor at en iverksetting av vedtaket fra 2. januar 2009 kan få negative konsekvenser for den økonomiske situasjonen til RiksTV. Dette er et moment som trekker i retning av utsatt iverksetting av vedtaket.

Departementet vil imidlertid understreke at en utsatt iverksetting av vedtaket ikke gir partene verken mer eller mindre sikkerhet hva gjelder størrelsen på kapasiteten som eventuelt skal lyses ut. Departementet har på det nåværende tidspunktet ikke tatt stilling til klagesaken. Anførselen fra RiksTV kan på dette grunnlag bare tillegges begrenset vekt i den samlede helhetsvurdering.

Departementet mener at de økonomiske konsekvensene for RiksTV er forhold som kan innvirke negativt på NTVs økonomiske stilling. Dersom de økonomiske konsekvensene for RiksTV fører til at selskapet ikke lenger ser seg i stand til å tilby tjenester, vil NTV være avhengig av å finne en annen tilbyder som kan levere tjenestene i stedet for RiksTV. Dersom det finns andre aktuelle aktører vil det forhold at RiksTV måtte lide et økonomisk tap ikke nødvendigvis få avgjørende konsekvenser for NTV.

3.3 Private parters interesser

Dersom det ikke gis utsatt iverksetting og NTV 2. januar 2009 lyser ut 1,5 signalpakke, kan det få konsekvenser for private parter som eventuelt er interessert i kapasiteten.

Departementet legger til grunn at en som er interessert i kapasiteten må bruke ressurser på å forberede en eventuell interesseanmeldelse. Selskapet må beregne kostnader ved å delta i interesseanmeldelsen og eventuelt skaffe finansiering. Dersom departementet etter 2. januar 2009 fatter vedtak som går imot PTs vedtak eller treffer vedtak om å oppheve konsesjonsvilkåret i pkt. 4-8 annet ledd, kan dette medføre at NTV trekker utlysningen, noe som igjen vil påvirke interessenter i markedet. Omvendt mener departementet at en utsetting av vedtakets iverksetting vil ha negativ innvirkning for interessenter i markedet dersom departementet etter 2. januar 2009 fatter vedtak som opprettholder PTs vedtak. Dette begrunnes med en avkortning av den tiden som interessenter vil ha til rådighet for tilpasning i

markedet. Departementet finner med andre ord både forhold som taler for og imot å gi utsatt iverksetting når det gjelder hensynet til andre interessenter i markedet.

3.4 Offentlige interesser

Det vises til punkt 3.2 og 3.3 hvor departementet vurderte at utlysning to ganger mest sannsynlig vil føre til økte kostnader for NTV og potensielle interessenter. Dette vil kunne medføre økt ressursbruk for samfunnet generelt, noe som isolert sett er et moment som trekker i retning av utsatt iverksetting.

RiksTV har anført at dersom NTV på bakgrunn av de økonomiske konsekvensene for RiksTV av en umiddelbar iverksetting, beslutter å utsette utbyggingen, vil lanseringen av ny kapasitet bli utsatt. Departementet bemerker at en umiddelbar iverksetting ikke vil medføre noen konsekvens for det eksisterende tilbud som RiksTV leverer i signalpakke 1-3. Lanseringen som vil måtte utsettes, kan derfor bare gjelde kapasiteten i signalpakke 4 og 5, som for øvrig ikke er underlagt utbyggingsforpliktelser i henhold til konsesjonen. Hvis NTV må lyse ut 1,5 signalpakker på det nåværende tidspunkt, så kan dette imidlertid skape usikkerhet om hvorvidt RiksTVs tilbud kan utvides utover eksisterende tilbud. En utlysning av 1,5 signalpakke kan av sluttbrukerne oppfattes som et usikkerhetsmoment i forhold til hva sluttbrukerne kan forventes av fremtidig tilbud fra RiksTV. Usikkerheten dette vil skape i markedet for sluttbrukerne, både for RiksTVs sluttbrukere og potensielle sluttbrukere for en ny aktør, trekker i retning av å gi utsatt iverksetting. Sikkerhet for TV-distribusjon antas å være svært viktig for sluttbrukerne. Myndigheten ønsker ikke å bidra til å skape unødvendig usikkerhet rundt distribusjonen av TV-signaler. Dette er i seg selv et viktig moment som trekker i retning av å gi utsatt iverksetting.

3.5 Reversibilitet

NTV anfører i klagen at dersom bakkenettet i fremtiden ikke "tåler den belastning" som skyldes konkurranse internt på plattformen, vil dette resultere i en situasjon som er vanskelig å reversere. Departementet mener at dette ikke er relevant i vurderingen om det skal gis utsatt iverksetting, da det er konsekvensen av umiddelbar iverksetting på kort sikt som står sentralt i vurderingen av reversibilitet. Dersom vedtaket ikke utsettes og NTV senere får medhold i klagen og følgelig velger å utlyse kapasitet 2 ganger, vil dette etter departementets mening være reversibelt. Dersom vedtaket ikke utsettes og NTV senere får medhold i søknaden om å oppheve pkt. 4-8, annet ledd og følgelig velger å avlyse den påbegynte utlysningsprosessen, vil også dette etter departementets mening være reversibelt.

RiksTV har overfor Samferdselsdepartementet anført at en iverksetting av vedtaket vil ha konsekvenser som er betydelige og uopprettelige. RiksTV anfører at iverksetting kan føre til at utbyggingen ikke lenger er å anse som lønnsom for selskapet. Begrunnelsen for dette er at dersom NTV beslutter å utsette utbyggingen, kan det sannsynligvis føre til økte utbyggingskostnader og kortere inntjeningsperiode fordi arbeidet ikke kan gjennomføres samtidig med slukkingen. Departementet mener det er mindre sannsynlig at RiksTV vil basere sin langsiktige forretningsmodell utelukkende på utfallet av beslutningen om utsatt iverksetting. Det vises til at beslutningen ikke vil føre til mer eller mindre sikkerhet vedrørende det endelige utfall av klagesakens omstridte spørsmål om konkurranse på plattformen.

3.6 Foreløpig vurdering av klagesaken og av søknad om endring av konsesjon

Det er lite aktuelt å gi utsatt iverksetting dersom det på forhånd er klart at det påklagede vedtak vil bli opprettholdt. Departementet viser til at saken reiser en rekke spørsmål som må vurderes nøye. Når det gjelder NTVs anmodning om endring av konsesjonen, jf. brev fra

NTV av 30. oktober 2008, mener departementet at behandlingen av dette forholdet krever en nærmere utredning av konkurransen på og mellom plattformene som er for omfattende og tidskrevende til at departementet kan ta stilling til anmodningen innenfor en så vidt kort tidsramme som her er til rådighet. Det er foreløpig usikkert om søknaden om konsesjonsendring eller klagen vil føre frem. Disse forholdene taler samlet sett for å gi utsatt iverksetting.

3.7 Samlet vurdering

Samferdselsdepartementet legger vesentlig vekt på usikkerheten en utlysning vil kunne ha på sluttbrukerne i TV-distribusjonsmarkedet før vedtak er fattet. Videre legger departementet vekt på at de økonomiske forholdene trekker i retning av å gi utsatt iverksetting. Selv om enkelte andre forhold taler imot å gi utsatt iverksetting, er det samlet sett overvekt av forhold som taler for at vedtaket ikke bør iverksettes før departementet har truffet endelig vedtak i saken.

3.8 Vilkår

Klageinstansen har anledning til å sette vilkår dersom det gis utsatt iverksetting, jf forvaltningsloven § 42 annet ledd. En utsatt iverksetting av vedtaket vil innebære at NTV i prinsippet ikke skal gjennomføre utlysning av kapasitet tilsvarende minimum 1,5 signalpakke innen 2. januar 2009. Som følge av sakens kompleksitet og det mulige behov for å foreta ytterligere analyser, kan det ikke utelukkes at klagevedtaket fattes først en tid etter 2. januar 2009.

Av hensyn til hensiktsmessig utnyttelse av samfunnets ressurser og andre private parters interesser i saken mener departementet at det er uheldig dersom en utsatt iverksetting medfører at alt arbeid med forberedelsene av utlysningen settes i bero inntil endelig vedtak i saken foreligger.

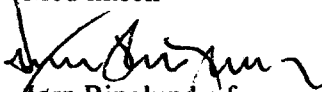
NTV har i sin klage anført at forberedelse av en utlysningsprosess er tidkrevende og at endelig utlysningstekst må være ferdigstilt før utlysningen vil kunne iverksettes. NTV har videre redegjort for at den konkrete utarbeidelsen av utlysningsteksten vanskelig lar seg gjennomføre forut for en avklaring i kapasitetssaken. Departementet er av den oppfatning at det ikke vil være vesentlige ulemper for NTV forbundet med å fortsette forberedelsene ved utlysningen og klargjøre en stor del av utlysningsteksten med utgangspunkt i den størrelsen på kapasitet som fremgår av PTs vedtak. Selv om NTV eventuelt skulle få medhold i sin klage, mener departementet at det innenfor rimelighetens grenser lar seg gjøre å tilpasse en eventuell utlysningstekst i tråd med endelig vedtak. Dersom Samferdselsdepartementet etter en nærmere utredning av konkurransesituasjonen skulle komme til at det er sterke saklige grunner som taler for å oppheve vilkåret i pkt 4.8, kan dette føre til at NTV ikke har plikt til å lyse ut kapasitet. I et slikt tilfelle vil NTVs omkostninger knyttet til forberedelse av en utlysningsprosess kunne anses for tapt forutsatt at NTV velger å ikke lyse ut kapasitet. Likevel viser departementet til at NTV etter det opplyste allerede på det foreliggende tidspunkt har gjort en del forberedelser knyttet til utlysning av 0,5 signalpakke i bakkenettet og at et eventuelt tap derfor vil begrense seg til de merkostnader som er knyttet til å fortsette forberedelsene med tilpasning i henhold til Post- og teletilsynets vedtak.

Etter en samlet interesseavveining mellom NTVs interesser på den ene siden og hensynet til offentlige og private parters interesser, mener departementet derfor at det må settes som vilkår for utsatt iverksetting at NTV inntil videre fortsetter forberedelser med utlysning av kapasitet på vilkår som fremgår av vedtak av 10. juni 2008.

4 Beslutning

Samferdselsdepartementet finner etter en samlet vurdering av ovennevnte hensyn at NTVs anmodning om utsatt iverksetting av Post- og teletilsynets vedtak av 10. september 2008 jf. vedtak av 10. juni 2008 om utlysning av kapasitet til ny betal-tv operatør i bakkenettet, blir å etterkomme inntil klagesaken er avgjort. Det settes som vilkår for å etterkomme anmodningen om utsatt iverksetting, jf. forvaltningsloven § 42 annet ledd første punktum, at NTV inntil endelig vedtak i klagesaken foreligger fortsetter sine forberedelser med utlysning av kapasitet på kapasitetsvilkår som fremgår av vedtak av 10. juni 2008. Det settes videre som vilkår at NTV ikke utlyser kapasitet på 0,5 signalpakke før vedtak i klagesaken foreligger.

Med hilsen


Jørn Ringlund e.f.


Malin Tønseth

Kopi:
Post- og teletilsynet
Kultur- og kirkedepartementet