



**DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Norges mobil-TV AS  
NRK v/Gunnar Garfors  
RØ31  
0340 OSLO

Deres ref

Vår ref  
09/2440- SJK

Dato  
30.11.2009

**Klage på vedtak om felles utnytting av masteinfrastruktur på Tryvannshøgda  
frå Post- og teletilsynet- vedtak**

Norges mobil-TV AS (NMTV) har ved brev 2. juni 2009 klaga på vedtaket til Post- og teletilsynet av 30. april 2009 om felles utnytting av masteinfrastruktur for DAB (Digital Audio Broadcasting) på Tryvannshøgda. Norkring AS (Norkring) har som part i saka gjeve merknader til klagen i brev 25. juni 2009 til Post- og teletilsynet.

Klagen har ved brev 3. juli 2009 frå Post- og teletilsynet vore sendt til Samferdselsdepartementet som rett klageinstans, jf. lov om elektronisk kommunikasjon 4. juli 2003 nr. 83 (ekomlova) § 11-6 og lov om behandlingmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningslova) § 28. Departementet vurderer klaga som rettidig, jf. forvaltningslova § 29.

NMTV har kommentert innstillinga frå Post- og teletilsynet i e-post 19. august 2009, og dessutan sendt nye kommentarar i e-post 3. november 2009 og 9. november 2009.

**1. BAKGRUNN**

NMTV har etablert eit nettverk for å tilby mobil-TV i Oslo-området basert på distribusjonsteknologien DMB (Digital Multimedia Broadcasting). Tilbodet er eit pilotprosjekt som skal vare fram til 1. juli 2011. Paneda AS (Paneda) har stått for utbygginga. NMTV er eid av NRK, TV2 og MTG med ein tredel kvar.

I samanheng med utbygginga av nettet vende NMTV seg til Norkring, på vegne av Paneda, og oppmoda om tilgang til Norkrings DAB-antenne i masta på Tryvannshøgda.

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 95 72

Saksbehandler:  
Siri Johanne Krafft  
22 24 81 77

Den aktuelle DAB-antenna er konstruert for same frekvensband som DMB, og er i stand til å bera ekstra kapasitet. Norkring avviste oppmodinga om tilgang til antenna, men ga Paneda høve til samlokalisering og innplassering av eiga antenne i same mast og sendeutstyr på standard kommersielle vilkår etter Telelosjiavtalen frå Telenor Telecom Solutions AS. Paneda har inngått slik Telelosjiavtale med Norkring, og har installert eigne antenner og utstyr for prøveprosjektet i Norkrings sendestasjonar og antennemaster på Tryvannshøgda, Kolsås, Brannfjell og Røverkollen for å realisera overføringstenesta til NMTV.

NMTV oppmoda i e-post 27. januar 2009 Post- og teletilsynet om å vurdere om ekomlova § 4-4 anna ledd kunne gje grunnlag for å krevja tilgang til Norkrings DAB-antenne. Norkring sende kommentarane sine i brev 11. februar 2009 til Post- og teletilsynet.

Post- og teletilsynet fatta vedtak 30. april 2009 om at vilkåra for å påleggja Norkring deling av DAB-antenna på Tryvannshøgda med heimel i ekomlova § 4-4 andre ledd ikkje var til stades i den konkrete saka. I vedtaket heiter det:

*"For at den aktuelle bestemmelsen skal få betydning anser PT at det må kunne påvises at en nektelse av felles utnyttelse av infrastruktur vil ha betydelige negative konsekvenser for den anmodende part. Videre må det kunne sannsynliggjøres at tilgangsnekt og duplisering av infrastruktur vil kunne innebære grad av effektivitetstap som følge av en suboptimal utnyttelse av samfunnets ressurser. Det er ikke et relevant hensyn for at § 4-4 skal være aktuell at deling av infrastruktur vil være nødvendig for å kunne realisere et fullgodt alternativ til tilbudet som kan realiseres på egen eid infrastruktur."*

Post- og teletilsynet kom til at det ikkje var tilstrekkeleg dokumentert at innplassering av eiga antenne i masta på Tryvannshøgda vil ha omfattande negative konsekvensar for NMTV sitt prøveprosjekt med mobil-TV. Tilsynet legg til grunn at tilbudet frå Norkring om plassering av eiga antenne i masta gir både svært god dekning i Oslo-området og eit godt grunnlag for å testa tilbudet så vel teknisk som kommersielt.

Tilsynet fann det vanskeleg å fastslå grad av effektivitetstap ved ikkje å leggja til rette for ei deling av den gjeldande DAB-antenna i den konkrete saka. Tilsynet meinte det kunne hevdast at omsynet til effektiv ressursbruk etter ekomlova tilseier at innplassering av eiga eigd antenne er ønskjeleg, ettersom dette kan hjelpa til å styrkja infrastrukturkonkurransen i marknaden for overføringstenester for formidling av kringkastingsinnhald.

## 2. KLAGA

NMTV har hovudsakleg lagt fram følgjande forhold til støtte for kлага:

For det fyrste innvender NMTV at Norkring utnyttar marknadsstillinga si til å hindra ei god og framtidsretta elektronisk kommunikasjonsteneste. Selskapet meiner at tilgangsnektinga har vesentlege negative konsekvensar for selskapet og for forbrukarane, og innovasjonsarbeidet på mobil-TV området i Noreg kan påverkast negativt dersom det ikkje blir lagt til rette for felles utnytting av DAB-antenna. NMTV hevdar at det ikkje kan vera lovgivar sin intensjon at selskapet må byggja ein parallell infrastruktur, når det både vil føra til dårlegare dekningsgrad og eit dyrare tilbod til forbrukarane enn om selskapet hadde fått tilgang til den gjeldande DAB-antenna.

For det andre innvender NMTV at det er tvilsamt om det er naudsynt å måtte påvisa vesentlege negative konsekvensar for at tilsynet kan gje tilgang med heimel i ekomlova § 4-4 andre ledd. Så lenge felles utnytting av antenna vil ha monalege positive konsekvensar og ingen direkte negative konsekvensar for Norkring, bør føresegna brukast for å unngå duplisering av infrastruktur. Eit anna utfall vil innebera at ein ikkje tek vare på formålet om effektiv ressursbruk og berekraftig konkurranse. NMTV meiner også at mobil-TV via DAB-nettet er eit prøveprosjekt, og at dette talar for at terskelen for å kunne få tilgang til å bruka antenna etter ekomloven § 4-4 andre ledd bør vera lågare enn normalt.

Endeleg innvender NMTV at prinsippet om felles bruk av same antenne vert utnytta av Norkring sjølv, ettersom selskapet bruker den gjeldande antenna til den nasjonale leverandøren i utbygginga av DTT-nettet i Slovenia.

## 3. KORT OM RETTSLEG UTGANGSPUNKT

### 3.1 Formålet med ekomloven

Det regulatoriske rammeverket legg grunnlaget for harmonisering innan ekomsektoren i EU/EØS området, reduserer etableringshinder og tilrettelegg for berekraftig konkurranse til beste for brukarane. Det følgjer av ekomlova § 1-1 at formålet med reguleringa er *”å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon.”*

Ekomlova slår fast at Post- og teletilsynet skal definera relevante marknader (jf. § 3-2), gjennomføra marknadsanalysar og peika ut tilbydarar med såkalla ”sterk marknadsstilling” (jf. § 3-3), for deretter å gje nærmare bestemte plikter for dei tilbydarane som er peika ut til å ha sterk marknadsstilling (jf. § 3-4).

### **3.2 Plikt til å gi tilgang**

I utgangspunktet er det berre aktørar med sterk marknadsstilling som kan påleggjast tilgangsforspliktingar for å sikra "tilgang, samtrafikk og interoperabilitet mellom tjenester", jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-03) side 40. I særlege tilfelle og etter spesielle prosedyrar kan likevel tilsynsstyresmakta påleggja forspliktingar om tilgang og samtrafikk på tilbydarar som ikkje har sterk marknadsstilling.

Ekomla kapittel 4 fastset kva for verkemiddel som kan påleggjast for å oppnå berekraftig konkurranse. Tilgang, jf. § 4-1, er eit sentralt verkemiddel og omfattar all form for tilgang der marknadsanalysar har identifisert eit behov for sektorspesifikk regulering av andre tilbydarar sin rett til tilgang hos tilbydarar med sterk marknadsstilling. Nokre former for tilgang er regulert i eigne særtilkår, jf. §§ 4-2 til 4-5. Grensene mellom ulike former for tilgang kan vera "flytande", noko som inneber at plikt til å gi tilgang vil kunne ha heimel i ei føresegna eller ein av dei andre særtilkåra når det er konstatert tilbydar med sterk marknadsstilling, jf. Ot.pr. nr. 58 (2002-03) side 101. Ekomla § 4-4 regulerer samlokalisering og anna felles utnytting av infrastruktur. Andre ledd i føresegna rettar seg mot einkvar tilbydar, mens tredje ledd omhandlar dei tilfella kor tilsynsstyresmakta har peika ut tilbydarar med sterk marknadsstilling.

## **4. DEPARTEMENTET SI VURDERING**

Departementet vil fyrst vurdere om svaret frå Post- og teletilsynet på spørsmålet frå NMTV er eit enkeltvedtak eller ei fråsegn.

Deretter vil departementet vurdere om NMTV er part i saka eller har anna rettsleg klageinteresse, ettersom Norkring har innvendt at NMTV ikkje er rett part.

Til sist vil departementet gjennomgå og vurdere merknadene til NMTV slik dei kjem fram i klaga.

### **4.1 Enkeltvedtak**

Det kan stillast spørsmål om svaret frå Post- og teletilsynet på spørsmålet frå NMTV er eit enkeltvedtak eller ei fråsegn. Departementet viser til at ein etter forvaltningslova i utgangspunktet berre kan klaga på enkeltvedtak, jf. fvl § 28, noko som medfører at avgrensinga av vedtak i fvl § 2 legg føringar på kva for avgjerder forvaltningslova gjer klagerett på.

Enkeltvedtak er definert trinnvis ved at § 2 fyrste ledd a definerar vedtak på generelt grunnlag, og § 2 fyrste ledd b definerar enkeltvedtak. Eit vedtak er "*en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter og plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)*". Det fyrste vilkåret i lova er kravet til at det må ha blitt treft ei avgjerd.

Kravet inneber ei avgrensing i to retningar. For det fyrste inneber det ei avgrensing mot meiningsutsegn som ikkje medfører noka avgjerd, men som er råd, rettleiing, fråsegner, innstillingar og forslag. For det andre inneber det ei avgrensing mot den type aktivitet som ikkje er noka avgjerd, men som er ei reint faktisk handling (Frihagen, Alminnelig forvaltningsrett, 3. utgåve side 396 og 397).

Det avgjerande punktet er om svaret frå Post- og teletilsynet til NMTV er ei avgjerd som fastlegg rettar og pliktar. I spørsmålet frå NMTV oppmoda selskapet berre om at *"tilsynet tek ein nærare kikk på denne saka"*. I lys av rettleiingsplikta til forvaltninga, jf. fvl § 11, finn departementet det rimeleg at Post- og teletilsynet har tolka dette som eit spørsmål om tilsynet i den konkrete saka kan påleggja Norkring å gi tilgang til DAB-antenna på Tryvannshøgda etter ekomloven kapittel 4.

Sjølv om Post- og teletilsynet ikkje har drøfta om dette er eit enkeltvedtak eller ikkje, og med fordel kunne vore noko klarare med omsyn til forma på avgjerda, finn departementet at svaret frå tilsynet etter sitt innhald trekkjer i retning av at ein bør sjå det som eit enkeltvedtak. Grunnen er at Norkring og Paneda er bestemte juridiske personar, og saka gjeld om Post- og teletilsynet skal påleggja Norkring plikt til å gje Paneda tilgang til DAB-antenna. Om det blir pålagt ei slik plikt vil dermed vera avgjerande for plikter og rettar.

Departementet finn på denne bakgrunnen at svaret frå Post- og teletilsynet til NMTV oppfyller forvaltningslova sine krav til enkeltvedtak. Enkeltvedtak kan påklagast, jf. fvl § 28.

#### **4.2 Rettsleg klageinteresse**

Forvaltningslova kjem til bruk for behandling av saker etter ekomlova *"når ikke annet er bestemt"*, jf. ekomlova § 9-1. Dersom vilkåra for å handsama klaga ikkje er til stades, skal klageinstansen avvisa saka, jf. fvl § 34 fyrste ledd. Etter forvaltningslova kan enkeltvedtak klagast på av ein part eller annan med *"rettsleg klageinteresse"*, jf. § 28.

I fvl § 2 fyrste ledd bokstav e heiter det at ein part er den ei avgjerd rettar seg mot eller som saka elles direkte gjeld. Departementet legg til grunn at vedtaket rettar seg mot Norkring og Paneda, idet vedtaket gjeld spørsmålet om Post- og teletilsynet skal gje Paneda tilgang til DAB-antenna til Norkring på Tryvannshøgda. Departementet finn ikkje at vedtaket rettar seg mot NMTV, fordi selskapet verken får pliktar eller rettar i medhald av vedtaket. Spørsmålet er likevel om vedtaket får ein slik verknad for NMTV at det på anna vis kan ha direkte innverknad for NMTV.

Departementet antar at vedtaket til Post- og teletilsynet kan få verknad for avtalen om overføringstenester mellom NMTV og Paneda. Likevel blir innverknaden til vedtaket vurdert til å vera for indirekte til at NMTV kan seiast å vera part i saka. NMTV får derfor ikkje partsrettar.

Om NMTV har klagerett kjem då an på om selskapet kan ha rettsleg klageinteresse. For å ha rettsleg klageinteresse må ein ha ei viss tilknytning til saka. Det er likevel ikkje naudsynt at vedtaket har rettslege konsekvensar for klagaren. I forvaltningsrettsleg teori meiner ein at klagaren har rettsleg klageinteresse dersom interessa til klagaren *"har slik art og styrke at det er rimelig å gi han et rettskrav på å få vedtaket overprøvd"* eller der *"avgjørelsen kan få en viss praktisk-økonomisk betydning"* (Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 8. utgåve, side 279 og 248).

Departementet antar at vedtaket til Post teletilsynet kan få både praktisk og økonomisk innverknad for NMTV. For det fyrste kan manglande tilgang til Norkrings DAB-antenne gje NMTV lågare geografisk dekning og signalstyrkje ut til mottakarapparata. For det andre antar departementet at det vil føra til ekstrakostnader for NMTV å skaffa og installera ei eiga antenne i masta.

Departementet finn difor at vedtaket har tilstrekkeleg tyding for NMTV, og meiner at selskapet har rettsleg klageinteresse. Departementet viser elles til ekomlova § 10-1, kor det heiter at styresmakta skal ført tilsyn med at krav fastsett i eller i medhald av lova er oppfylt. I følgje lovforarbeida medfører dette blant anna at alle som har rettsleg interesse i ei sak kan bringa spørsmål om ein tilbydar har handla i strid med krav i eller i medhald av lova inn for styresmakta til avgjerd, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 119.

#### **4.3 Marknaden for overføringstenester for fjernsyn i bakkenett**

Behovet for å innføra ex ante-regulering for å vareta konkurranseomsyn i marknaden for overføringstenester for fjernsyn i bakkenett, blei vurdert av Post- og teletilsynet i analysen av grossistmarknaden for overføringstenester for kringkasting, for levering av kringkastingsinnhald til sluttbrukar 20. november 2006 (den såkalla marknad 18).

Post- og teletilsynet la i vurderinga av marknad 18 vekt på at tilbydar og etterspørjar av tenesta er gjensidig avhengige av kvarandre i denne marknaden, at sistnemnde har monaleg forhandlingsstyrke, og at aktørane verkar å ynskje at vidare utvikling skal regulerast av marknaden sjølv i tråd med kommersielle vurderingar. Tilsynet viste til at det ikkje fanst indikasjonar på at det var noko ved åtferda til Norkring eller ved dynamikken i marknaden, som tyda på at selskapet einsidig kunne fastsetja vilkåra og prisane for overføringstenesta uavhengig av motpartane. Tilsynet fann at marknaden regulerte seg sjølv i stor grad, at kontraktane var langvarige og at behovet for hyppige inngrep ikkje var til stades. På denne bakgrunnen vurderte tilsynet at Norkring ikkje hadde sterk marknadsstilling i denne marknaden.

Departementet viser til at marknad 18 tidlegare var eit av i alt 18 marknader som var definerte på førehand av ESA/EU-kommisjonen som ein relevant produkt- og tenestemarknad, jf. ekomlova § 3-2, der tilsynsmakta skulle gjere nasjonale marknadsanalysar og avgjera om nokon nasjonal tilbydar hadde sterk marknadsstilling og difor skulle påleggjast særlege plikter. Marknad 18 er ved ESA/EU-kommisjonen sin revisjon av lista over relevante produkt- og tenestemarknad no teke ut av lista. Konsekvensane av at marknaden no er teken ut av den førehandsdefinerte lista er blant anna auka provbyrde (jf. den såkalla trekriterie-testen), dersom det skulle vera aktuelt å peike ut tilbydar med sterk marknadsstilling for å påleggje særlege plikter, medrekna tilgangsplikter.

Etter Post- og teletilsynet si oppfatning har ikkje marknadssituasjonen i denne marknaden endra seg vesentleg etter at analysen blei utført i 2006. Marknaden er framleis prega av monaleg forhandlingsstyrke på begge sider, og stor grad av konsentrasjon blant aktørane på etterspørselssida. NMTV er ått med ein tredel kvar av NRK, TV2 og MTG. Desse tre aktørane er blant dei viktigaste innhaldsleverandørane i det norska marknaden og dei to fyrste er svært viktige kundar for Norkring i bakkenettet, både direkte før analog sløkking og indirekte gjennom NTV etter analog sløkking.

I denne saken gjennomførte NMTV ein nettverkskonkurranse mellom Norkring og Paneda, som Paneda vant. Departementet antar at NMTV valde den tilbydaren som selskapet meinte best kunne levera det nettet NMTV ønskjer seg, noko som i seg sjølv kan tyda på at forhandlingsstyrken blant aktørane på etterspørselssida er reelle. Akkurat som Post- og teletilsynet, meiner departementet at denne avgjerda har vore basert på bedriftsøkonomiske omsyn. Departementet antar at kostnadene og kvaliteten på den totale leveransen har vore sentralt i valet av Paneda framfor Norkring. Departementet meiner dette støttar at det framleis er verksam konkurranse i marknaden. Paneda har lukkast med å utvikla eit tilbod som for einskilde parametar og totalt sett, er meir attraktivt for NMTV enn Norkring sitt tilbod.

Ettersom Post- og teletilsynet ikkje har peika ut tilbydar med sterk marknadsstilling i den gjeldande marknaden og situasjonen heller ikkje tyder på at Norkring har slik marknadsstilling, er det ikkje aktuelt å bruka ekomlova § 4-4 tredje ledd. Denne føresegna gjev under visse vilkår rettsgrunnlag til å påleggja samlokalisering når det er eigna til å fremja berekraftig konkurranse i marknaden. Men det er eit vilkår at det er peika ut ein tilbydar med sterk marknadsstilling, noko som ikkje er tilfellet i denne saka.

#### **4.4 Ekomlova § 4-4 anna ledd**

Departementet vil i det følgjande vurdere rekkjevidda til ekomlova § 4-4 andre ledd.

Føresegna lyder:

*"Myndigheten kan pålegge tilbydere felles utnyttelse av infrastruktur når hensynet til effektiv bruk av ressurser, hensynet til helse, miljø, sikkerhet eller andre samfunnsmessige hensyn tilsier at duplisering av infrastruktur bør unngås."*

Føresegna kan etter si ordlyd i utgangspunktet gje opphav til ei vid fortolking. I forarbeida til § 4-4 annet ledd heiter det at føresegna "hjemler myndighetens adgang til å pålegge tilbydere felles utnyttelse av ressurser på vilkår som angis nærmere", jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 104. Ei viss rettesnor av relevante omsyn følgjer likevel direkte av lovteksten, medrekna omsynet til effektiv bruk av ressursar, omsynet til helse, miljø, tryggleik eller andre samfunnsomsyn. Grunngevinga for § 4-4 andre ledd er at delt bruk av infrastruktur kan vera ein fordel av omsyn til samfunnet. Dette kan omfatta delt bruk av kabel, hus, mast, antenner og antennesystem med meir, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 104.

Departementet deler ikkje Post- og teletilsynet sin tolking av ekomlova § 4-4 andre ledd, medrekna føresetnaden til tilsynet om at eit avslag på tilgang må kunne dokumenterast å ha monalege negative konsekvensar for den oppmodande part. Ei slik fortolking kan ikkje seiast å ha vore lovgivar sin intensjon, og departementet finn ikkje at det er eit relevant vurderingsemne etter § 4-4 andre ledd. Eit slikt krav kan derimot følgja av § 4-4 tredje ledd, jf. § 4-4 femte ledd.

Etter § 4-4 tredje ledd er omsynet til berekraftig konkurranse det avgjerande for om styresmakta finn grunn til å påleggja tilbydar med sterk marknadsstilling plikt til å innfri rimeleg oppmoding om samlokalisering eller anna felles utnytting av infrastruktur. I vurderinga av om ei oppmoding er rimeleg etter tredje ledd, skal styresmakta foreta ei avveging i samsvar med § 4-1 andre ledd. Denne føresegna gjev retningsliner for styresmakta si vurdering av om eit pålegg er "forholdsmessig" sett i relasjon til kva politiske formål pålegget skal ta vare på. Styresmakta skal blant anna foreta ei objektiv vurdering av kva som er naudsynt, kor ein skal vurdere om det "i lys av markedsutviklingen er teknisk og bedriftsøkonomisk mulig å anlegge eller bruke konkurrerende infrastruktur". Etter § 4-4 tredje ledd skal dessutan tilbydar med sterk marknadsstilling dokumentera og grunnge avslag på oppmoding om samlokalisering og anna felles utnytting av infrastruktur. Det blir vist til vurderinga i punkt 4.3, der det kjem fram at § 4-4- tredje ledd ikkje kan brukast i denne saka.

Etter § 4-4 andre ledd er dei relevante omsyna i vurderinga av om duplisering av infrastruktur bør unngåast, omsynet til effektiv bruk av ressursar, helse, miljø, tryggleik eller andre omsyn til samfunnet. Pålegg om tilgang etter § 4-4 andre ledd er ikkje knytt til ein marknadsanalyse kor ein aktør med sterk marknadsstilling er peika ut, og det er heller ikkje relevant å gjennomføra ei interesseavveging i samsvar med § 4-1. Ein konsekvens av dette er at vurderingstema i føresegnene er forskjellige, medrekna at



ulike konkurranseomsyn ikkje er relevante for vurderinga av pålegg om tilgang etter andre ledd.

Oppbygginga av lovteksten underbyggjer etter departementet sitt syn at § 4-4 andre ledd må tolkast innskrenkande, både i forhold til omsynet til effektiv ressursbruk og formålet om berekraftig konkurranse, jf. § 1-1. Både artikkel 12 nr. 2 i Rammedirektivet (2002/21/EC) og artikkel 8 i Tilgangsdirektivet (2002/19/EC) understøttar ei slik tolking. Det blir vist særskild til fortalen i Rammedirektivet punkt 23, kor omsynet til effektiv bruk av ressursar ikkje er opprekna blant dei omsyna som er relevante ved vurderinga av pålegg om felles utnytting av infrastruktur:

*“Facility sharing can be of benefit for town planning, public health or environmental reasons, and should be encouraged by national regulatory authorities on the basis of voluntary agreements. In cases where undertakings are deprived of access to viable alternatives, compulsory facility or property sharing may be appropriate. It covers inter alia: physical co-location and duct, building, mast, antenna or antenna system sharing. Compulsory facility or property sharing should be imposed on undertakings only after full public consultation.”*

På denne bakgrunnen finn departementet at det ikkje kan påleggjast tilgangspliktar som er grunna i konkurranseomsyn med heimel i ekomlova § 4-4 andre ledd.

#### **4.5 Er det slik overvekt av samfunnsomsyn at det kan påleggjast ei plikt til felles utnytting av DAB-antenna i masta på Tryvannshøgda?**

Det avgjerande punktet blir om det i denne konkrete saka kan konstaterast samfunnsomsyn som tilseier at duplisering av infrastruktur bør unngåast. I så fall kan det vera grunnlag for å påleggja Norkring å gje Paneda rett til felles utnytting av DAB-antenna på Tryvannshøgda i medhald av ekomlova § 4-4 andre ledd.

Departementet vil fyrst visa til at NMTV i det vesentlege fremjar argument for tilgang etter ekomlova § 4-4 andre ledd som er knytt til den interesseveging og naudsynsvurdering som fell inn under § 4-4 tredje ledd. Dette er ikkje relevante omsyn etter § 4-4 andre ledd, som er den aktuelle føresegna i denne saka. Departementet vil likevel gjera ein gjennomgang av dei viktigaste merknadene til NMTV slik dei kjem fram i klagen.

NMTV gjer gjeldande at Norkring utnyttar marknadsstillinga si til å hindra utviklinga av ei god elektronisk kommunikasjonsteneste. NMTV meiner at Norkring nyttar antennefordelen sin til å etablere ein inngangsbarriere for ein konkurrent som elles tilbyr ei billigare distribusjonsløyising, og at dette har vesentlege negative konsekvensar for selskapet og for forbrukarane. NMTV vurderer at dette vrir konkurransen. Å fremja ein situasjon der aktørar skal konkurrere på infrastruktur i staden for på innhald er etter

NMTV sitt syn ikkje ein effektiv bruk av samfunnet sine ressursar og gjev ikkje berekraftig konkurranse.

Departementet viser til at Post- og teletilsynet i sin marknadsanalyse ikkje fann at Norkring hadde sterk marknadsstilling i den aktuelle marknaden, ettersom tilsynet konstaterte at marknaden regulerte seg sjølv i stor grad, at kontraktane var langvarige og at behovet for hyppige inngrep ikkje var til stades. Dei konkurranseomsyna som NMTV viser til for at Norkring skal påleggjast tilgang ovanfor, er etter departementet si oppfatning ikkje relevante så lenge Norkring ikkje har sterk marknadsstilling. Det visast her til at den aktuelle føresegna er § 4-4 andre ledd, jf. ovanfor.

NMTV gjer vidare gjeldande at utan tilgang til DAB-antenna vil overføringstenesta som Paneda tilbyr NMTV bli meir kostbar, samt innebera redusert geografisk dekning og lågare signalstyrke ut til mottakarapparata. Sjølv etter store investeringar er det på grunn av byggjerestriksjonar, plassmangel og estetiske omsyn ikkje mogeleg å få ei teknisk løysing som kan konkurrera med den infrastrukturen som Norkring eig.

Departementet kan ikkje sjå at byggjerestriksjonar, plassmangel og estetiske omsyn er omsyn som gjer seg gjeldande i denne saka, og viser til at NMTV heller ikkje har beskrive dette nærmare i klaga. Departementet er ikkje kjent med at det eksisterer byggjerestriksjonar eller innskrenkingar av estetiske omsyn som vanskeleggjer plassering av eiga antenne i masta på Tryvannshøgda. Slik departementet har forstått saka, er det heller ikkje plassmangel i den gjeldande masta. Når det gjeld merknaden om at duplisering inneber at overføringstenesta som Paneda tilbyr NMTV blir meir kostbar, samt inneber redusert geografisk dekning og lågare signalstyrke ut til mottakarapparata, vurderer departementet også dette som konkurranseomsyn som såleis ikkje er relevante etter § 4-4 andre ledd. Departementet viser til punkt 4.3, kor marknadssituasjonen er beskrive nærmare.

NMTV innvender vidare at det ikkje kan vera i tråd med lovgivar sine intensjonar at NMTV må byggja ein parallell infrastruktur. Ei ny antenne er kostbar, samtidig som leiga for plassering av antenna ikkje kan delast med andre som tilfellet hadde vore ved bruk av gjeldande antenne. Dette medfører at NMTV sitt tilbod blir dyrare enn naudsynt. NMTV meiner det ikkje er effektiv ressursutnytting å nekta NMTV bruk av gjeldande antenne med tilgjengeleg kapasitet, særleg når ingen andre kan bruka den og ressursen dermed står unnytta. Til stønad for merknadene sine viser NMTV til merknadene til ekomlova § 1-1, kor det heiter at effektiv bruk og formålstenleg administrering av ressursar også omfattar så god utnytting som mogeleg av mast, bygningar og andre flaskehalsfasilitetar. Vidare heiter det at lova tek sikte på å fremja framtidretta tenester, og dermed legg til rette for å støtta innovasjonsprega investeringar i marknaden, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) på side 84.

Departementet oppfattar dei bedriftsøkonomiske negative konsekvensane for NMTV og Paneda som konkurranseomsyn, og vurderer dermed heller ikkje denne argumentasjonen som relevant etter ekomlova § 4-4 andre ledd. Når det gjeld tilvisinga til målet om å fremja innovasjonsprega investeringar i merknadene til ekomlova § 1-1, vil departementet presisere følgjande: Departementet ønskjer å medverka til innovasjon og nysatsingar der dette er mogeleg, og ser udelt positivt på prøveprosjektet til NMTV. Departementet forstår også at selskapet ønskjer å nå flest mogeleg kundar for å testa det kommersielle grunnlaget for mobil-TV. Etter departementet sitt syn er det likevel ikkje urimeleg at Paneda og NMTV som andre nettilbydarar investerer i eige nett og eigne antenner, og departementet vurderer ikkje dette for å vera i strid med samfunnsøkonomiske omsyn. Det blir i denne samanhengen vist til Ot.prp. nr. 58 side 25, kor det blir uttrykt ei overordna målsetjing om å leggja til rette for eit reguleringsregime som verdset og stimulerer til investeringsvilje og innovasjon. Etter departementet sitt syn reflekterer dette på ein god måte balansen mellom risiko og gevinst på lang sikt. Departementet finn at omsynet til investeringsvilje og eigedomsretten gjer seg særleg gjeldande i ein marknad kor det ikkje er identifisert ein aktør med sterk marknadsstilling, og kor ei tilgangforplikting i utgangspunktet ikkje blir pålagd som eit formålsretta verkemiddel for å oppnå berekraftig konkurranse. Det har i det heile neppe vore lovgivar sin intensjon at omsynet til innovasjon skulle vera eit relevant vurderingstema etter § 4-4 andre ledd.

Når det gjeld merknaden om at eiga antenne for DMB tek opp plass i masta på Tryvannshøgda som kunne ha vore brukt av andre tilbydarar, støtter departementet Post- og teletilsynet i at det er relevant å leggja vekt på kommentarar frå Norkring om plass i mastene etter sløkking av det analoge bakkenettet som vil vera fullført 1. desember 2009. Det vil vere frigjort plass der antenner for analog TV no står. Andre aktørar vil dermed kunne etablere gode alternative løysingar gjennom innplassering av eigne antenner i Norkrings mast også i framtida. Departementet ser dermed ikkje dette som eit tungtvegande samfunnsomsyn.

Til NMTV sin merknad om at terskelen for å bruka ekomlova § 4-4 andre ledd bør vera lågare fordi det dreiar seg om eit tidsavgrensa prøveprosjekt, meiner departementet at terskelen for å bruka føresegna ikkje av den grunn kan vera lågare i nærverande sak. I ein slik situasjon ville premissane for eit permanent tilbod etter prøveprosjektet bli misvisande.

NMTV innvender vidare at å hindra felles bruk av antenna ikkje er ei optimal utnytting av ressursane i samfunnet, idet det på lang sikt ikkje er sannsynleg at det vil bli etablert så mykje kapasitet for DAB/DAB+ at den gjeldande antenna vil bli fylt opp og behov for bygging av ei ny permanent antenne oppstår. NMTV hevdar at det difor er mest sannsynleg at ein i overskødeleg framtid vil sitja med to antenneinstallasjonar som til saman har mindre utnytting enn det som vil vera handterleg for ei antenne aleine.

Departementet viser til at det er usikkert når og i kva grad Norkring vil utnytta den ledige kapasiteten i antenna for andre formål enn DMB. I likskap med Post- og teletilsynet, meiner departement at aktørane er dei beste til å vurdere korleis kapasiteten i eigne antenner kan utnyttast optimalt, og at ein eventuell avtale om felles utnytting så langt det er mogeleg bør framforhandlast kommersielt. Denne målsetjinga er direkte uttalt i fortalen til Rammedirektivet punkt 23, kor det heiter at den nasjonale tilsynsstyresmakta bør oppmoda tilbydarane til felles utnytting av infrastruktur på eit kommersielt grunnlag. Det er etter departementet sitt syn ikkje formålstenleg å framtinga ei løysing gjennom pålegg om tilgang, så lenge det ikkje eksisterar samfunnsomsyn som tilseier felles utnytting av masteinfrastruktur i denne konkrete saka.

NMTV innvender dessutan at Norkring sjølv bruker prinsippet om felles bruk av same antenne for to tilbydarar, ettersom selskapet bruker gjeldande antenner i samanheng med utbygginga si i Slovakia.

Departementet har forstått det slik at tilsynsstyresmakta i Slovakia opna opp for at aktørane som deltok i konkurransen om utbygginga av DTT-nettet kunne basera det kommande nettet på bruk av dei gjeldande antennene til den nasjonale kringkastaren som ikkje deltok i konkurransen. Departementet finn at sjølv om tilsynsstyresmakta i Slovakia i vurderinga si kan ha nytta dei same omsyn som ligg til grunn for ekomlova § 4-4 andre ledd, er ikkje dette eit tungtvegande argument for tilgang i denne konkrete saka. I Slovakia var problemstillinga knytt til utbygging av heile DTT-nettet, mens problemstillinga i denne saka gjeld tilgang til ei konkret antenne i ei konkret mast. Departementet meiner at dei samfunnsomsyna som det blir referert til i § 4-4 andre ledd, typisk omsynet til helse, miljø og tryggleik, i sterkare grad gjer seg gjeldande i situasjonar kor det er aktuelt å byggja ut eit nettverk heilt eller delvis enn kor oppmodinga gjeld tilgang til ei konkret antenne. Departementet finn på denne bakgrunnen at situasjonen i Slovakia ikkje er tilstrekkeleg lik situasjonen i Noreg til at harmoniseringsbetraktningar er eit relevant omsyn i saka.

NMTV innvender endeleg at då P4 fekk konsesjon i 1993, vedtok politkarane at dei skulle dela antenne med NRK. NMTV viser til at NRK på den tida åtte antennene og sendarane sjølv. NMTV meiner dette er ein direkte parallell til denne saka.

Departementet har gjennomgått både St.meld. nr. 39 (1990-91) Virksomheten i Norsk rikskringkasting m.v., Innst. S. nr. 163 (1990-91) om virksomheten i Norsk rikskringkasting m.v., Innbydelse til å søke om konsesjon til å etablere og drive privat riksdekkende radiokanal (P4) og konsesjonen av 15. januar 1993. I innbydinga heiter det om teknisk utbygging: *"Konsesjonæren vil selv kunne eie jordbundne sendere, men Televerket kan eie og drive senderne dersom konsesjonæren og Televerket er enige om det. Dersom konsesjonæren selv blir eier av sendenettet, skal Televerket være entreprenør for utbyggingen. Dersom Televerket skal være eier av hele eller deler av sendernettet, må P4 -*

*selskapet stille tilfredsstillende garanti for at Televerket får dekket sine utbyggings- og driftskostnader.*” I konsesjonen står det i punkt 8: *”Televerket skal eie sendernet, som skal leies av Radio Hele Norge AS på vilkår fastsatt i egen avtale”*. Departementet kan ikkje sjå at verken desse dokumenta eller dei konkrete tilhøva rundt konsesjonen til P4 i 1993 har nokon direkte parallell til denne saka. Departementet tillegg difor ikkje denne merknaden frå NMTV serleg vekt i denne saka.

#### **4.6 Avsluttande kommentarar**

Departementet presiserer at vedtaket til Post- og teletilsynet er avgrensa til å gjelda ei konkret tilgangssopptuning basert på ein bestemt lokasjon og konkrete spørsmål om interferens, dekningsgrad og signalstyrke ved å måtte innplassera eiga antenne i ei konkret mast. I dette tilfellet har departementet kome til at vilkåra i ekomlova § 4-4 andre ledd ikkje er oppfylt. Situasjonen kan stilla seg annleis i andre tilfelle.

Departementet kan elles ikkje sjå at det verken er prosessuelle eller materielle feil i saka frå Post- og teletilsynet si side som kan medføra at vedtaket er ugyldig.

### **5. SAMFERDSELSDEPARTEMENT SITT VEDTAK**

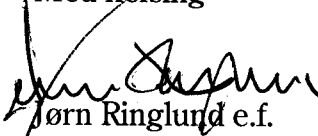
Departementet treffer i medhald av forvaltningslova § 34 fjerde ledd slikt

vedtak:

Departementet stadfestar vedtaket til Post- og teletilsynet 30. april 2009 om at det ikkje er grunnlag for å påleggja tilgang til DAB-antenne til Norkring på Tryvannshøgda etter ekomloven § 4-4 andre ledd.

Vedtaket er endeleg og kan ikkje klagast på, jf. ekomlova § 11-6 femte ledd og forvaltningslova § 28, tredje ledd.

Med helsing

  
Jørn Ringlund e.f.

  
Siri Johanne Krafft

**Kopi til:**

Post- og teletilsynet  
Norkring AS