



# Digitalt bakkenett for kringkasting og EØS-avtalen

Tarjei Bekkedal

## 1 Innledning

Det bakkebaserte kringkastingsnettet (bakkenettet) er en av tre plattformer for distribusjon av fjernsyn. De to andre er kabel og satellitt. Bakkenettet er et trådløst nettverk som baserer seg på distribusjon via radiobølger. Tryvannstårnet er et eksempel på en sendestasjon i nettet. (Landsdekkende distribusjon av NRK1 krever om lag 2500 sendepunkter. Sendestasjonene varierer betydelig i størrelse og rekkevidde). Dagens bakkenett er analogt. Et digitalt nett vil utnytte frekvensressursene omtrent 5 ganger mer effektivt. Det vil gi mulighet for landsdekkende distribusjon av flere kringkastere enn NRK og TV2. Dessuten vil digitalisering frigjøre de frekvensene som i dag anvendes til analog distribusjon. Disse ligger i en del av frekvensspekteret som er svært robust og anvendelig og er meget attraktive for annen kommersiell utnyttelse. Både telepolitisk og mediepolitisk kan derfor digitalisering av bakkenettet ses på som en viktig målsetning.<sup>1</sup>

Samferdselsdepartementet (SD) og Kultur- og kirke departementet (KKD) utlyste 28. juni 2002 konsesjon for utbygging og drift av et digitalt bakkenett for fjernsyn (DTT-nett). En søker meldte seg innen søknadsfristens utløp 1. oktober 2002 – selskapet med det noe arkaiske navnet «Norges televisjon AS» (NTV). Dette selskapet er eiet av NRK og TV 2 i fellesskap med 50 prosent av aksjene hver. Noen konsesjon er i skrivende stund ikke tildelt. Pga. de politiske aspektene ved saken er den lagt frem for Stortinget, jf. St.meld. nr. 44 (2002–2003). (Da denne artikkelen gikk i trykken hadde Stortinget ennå ikke behandlet meldingen). Det følger av meldingen at Regjeringen mener at NTV oppfyller kravene i utlysingen og at selskapet bør tildeles konsesjon på nærmere bestemte vilkår.<sup>2</sup>

I denne artikkelen vil jeg vurdere visse aspekter ved utformingen og tildelingen av konsesjonen opp mot de *skranker* som følger av EØS-avtalen og sekundærlovgivning gitt med hjemmel i avta-

1 For en mer utdypende redegjørelse se St. meld. nr. 44 (2002–2003) «Om digitalt bakkenett for fjernsyn», særlig kap. 4.

2 Jf. avsnitt 6.3 i meldingen.

**Tarjei Bekkedal** ble cand. jur. 2001. Han er nå stipendiat ved Institutt for privatrett, UiO. Fra 2001–2003 var han rådgiver i KKD's medieavdeling, og fra 1999–2000 vit. ass. ved Institutt for rettsinformatikk. Har undervist i pengekravsrett, kontraktsrett, EØS-rett, familierett og arverett ved juridisk fakultet siden 1998.

len. Disse er verken nevnt eller drøftet i meldingen. Jeg tar denne tausheten som et indisium på at departementene ikke har vurdert de nedenstående spørsmålene særlig inngående.

Konsesjonstildelingen reiser et bredt spekter av EØS-rettslige problemstillinger. Deler av jussen er temmelig kompleks. Artikkelformatet tillater ikke en utdypende redegjørelse for alle rettsspørsmålene som oppstår. Jeg har likevel sett det som hensiktsmessig med en bredt anlagt gjennomgang, tatt i betraktning at tidspunktet for konsesjonstildeling synes å nærme seg.

Utover å påpeke mulig strid med EØS-avtalen vil jeg ikke gå inn i hvilke konsekvenser dette kan ha. Slike spørsmål ville vært mer interessante i etterkant av en eventuell konsesjonstildeling – i forkant er faren for rettsbrudd viktig nok i seg selv. Jeg vil heller ikke i særlig grad redegjøre for alternative fremgangsmåter eller alternative konsesjonsvilkår som vil være bedre tilpasset EØS-avtalen enn det opplegget som foreligger. Valgmulighetene er mange og en slik drøftelse vil sprengte fremstillingens omfang. Dessuten er det mange politiske realiteter å forholde seg til, hvilket gjør at en del løsninger nok bare har teoretisk, ikke praktisk interesse.

De tre aspektene jeg særlig fokuserer på er KKD's kompetanse som konsesjonsmyndighet (avsnitt 4), Stortingets mulighet til å påvirke utformingen av konsesjonen (avsnitt 5) og problemer knyttet til den vertikale integrasjonen mellom NTV og eierne (avsnitt 6).<sup>3</sup> Det er ikke mulig for meg å spekulere i hvilke av de mulige problemene jeg nevner som vil bli løst eller ignorert. Derfor er de tre nevnte avsnittene skrevet nokså uavhengig av hverandre uten noen indre avhengighet mellom avsnittenes konklusjoner.

## 2 Nærmere om det rettslige grunnlaget for analysen

Kringkasting som tjeneste består av to hovedelementer, innhold og distribusjon. Begge deler faller inn under EØS-avtalen, men reguleringen er noe ulik. De tekniske aspektene ved kringkasting er omfattet av de nye EU-direktivene om elektronisk kommunikasjon,<sup>4</sup> jf. *rammedirektivet* (2002/21/EC) artikkel 2, se særlig bokstav a og c. I relasjon til konsesjonstildelingen er det særlig *autorisasjonsdirektivet* (2002/20/EC) som står sentralt.

Det er verdt å merke seg at disse direktivene *ennå ikke er innlemmet i EØS-avtalen*. Dette skyldes nøling fra Liechtensteins

<sup>3</sup> Jeg vil kun drøfte faren for at konsesjonstildelingen *i seg* medfører regelbrudd i samme øyeblikk som vedtaket fattes. Det betyr at eventuell statsstøtteproblematikk faller utenfor fremstillingen.

<sup>4</sup> Direktivene kan finnes på denne hjemmesiden: [http://www.europa.eu.int/information\\_society/topics/ecom/useful\\_information/library/recomm\\_guidelines/index\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/information_society/topics/ecom/useful_information/library/recomm_guidelines/index_en.htm)

side.<sup>5</sup> Formelt er Norge derfor ikke bundet av direktivene. At en forsinkelse skulle oppstå fremstår som uventet. Norsk lovgivning er tilpasset direktivene, jf. den nye loven om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 og uttalelser i forarbeidene til endringer i kringkastingsloven. Jeg har derfor valgt å legge direktivene til grunn for min drøftelse. Men det er verdt å understreke at opptreden «i strid» med direktivreguleringen ikke vil representere et rettsbrudd. I stedet blir det et politisk spørsmål om man på norsk side skal utnytte det «smutthullet» forsinkelsen representerer, for å kunne foreta handlinger som ikke ville vært tillatt om direktivene var innlemmet på vanlig måte.

Av rammedirektivets art 2 bokstav c fremgår det at innholdstjenester ikke er omfattet av regelverkspakken. I blant ser man dette utlagt dithen at medlemsstatene står «fritt» når det gjelder reguleringen av det siste.<sup>6</sup> Dette er imidlertid upresist, reguleringen av innhold må selvfølgelig forholde seg til EØS-avtalens alminnelige bestemmelser.<sup>7</sup> Kringkastingssektoren er preget av bruk av «særlige eller eksklusive rettigheter», for eksempel konsesjoner og frekvensrettigheter. Dermed er det særlig forholdet til EØS-avtalen artikkel 59 som kommer på spissen.

Det er verdt å merke seg at EØS-avt art. 59 tilsvarende art. 86 (tidl. art 90) i EF-traktaten. Det var denne bestemmelsens tredje ledd som hjemlet liberaliseringsdirektivene på telesektoren, blant annet gjennom å forby medlemsstatene å tildele utvalgte virksomheter «særlige eller eksklusive rettigheter» av ulik karakter. Teledirektivene representerte en sektorspesifikk anvendelse av bestemmelsens første og andre ledd. Selv om direktivreguleringen ikke berører *innhold*, vil art. 59 første og andre ledd gjelde. Indirekte vil derfor direktivene kunne få betydning i og med at de representerer relevant praksis som kan bidra til å kaste lys over tolkingen av art. 59.

### 3 Vurdering av hjemmelsgrunnlaget for å tildele konsesjon til etablering og drift av et DTT-nett

#### 3.1 Norsk rett

Konsesjon for utbygging og drift av et DTT-nett forutsetter i prinsippet to tillatelser. For det første kreves frekvenstillatelse etter ekomloven § 6–2. Dette har sammenheng med at frekvenser er knapphetsressurser, samt at bruk av frekvenser krever en viss ko-

5 Etter hva jeg kjenner til er Liechtenstein i ferd med å finne en løsning. Det synes derfor først og fremst å være et spørsmål om tid før implementering vil skje.

6 I denne retning f.eks. Ot.prp. nr. 107 (2001–2002), *Konvergens mv.* side 13 andre spalte.

7 TV-direktivet (89/552/EC, endret ved direktiv 97/36/EC) regulerer også innholdsmessige aspekter ved kringkasting, men direktivet har ingen betydning i forhold til de sider ved tildelingsprosessen som jeg skal drøfte.

ordinering og styring pga. faren for forstyrrelser. For det andre oppstiller kringkastingsloven § 2–2 et krav om at den som skal opprette og drive et «trådløst, bakkebasert senderanlegg som hovedsakelig vil bli benyttet til kringkasting» må ha konsesjon. I forarbeidene til krkl. begrunnes «dobbelreguleringen» slik:<sup>8</sup> «Dagens regelverk krever at innehaveren av kringkastingsanlegget også har frekvenskonsesjon etter teleloven. Telelovens formålsbestemmelse er imidlertid ikke egnet til å ivareta kulturpolitiske hensyn.» Med andre ord ønsker man å kunne ivareta hensyn som man antar ikke ville blitt fanget opp om tildelingsprosedyren kun baserte seg på telelovgivningen.

### 3.2 Autorisasjonsdirektivet for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester

DTT-nettet er et «elektronisk kommunikasjonsnett», jf. rammedirektivet for elektronisk kommunikasjon art. 2a. For slike nett oppstiller autorisasjonsdirektivet bestemte autorisasjonsordninger og prosedyrer. Direktivets hovedregel er fri etableringsrett, jf. art 3.1.<sup>9</sup> Et utslag av dette er at medlemsstatene kun kan benytte såkalte «general authorisations», jf. art 3.2. I norsk språkdrakt betyr dette at man ikke kan gjøre etablering betinget av konsesjon, og at man er henvist til å benytte generelle forskrifter (eventuelt lover) for å regulere aktørene. Autorisasjonsdirektivets annek A oppstiller en uttømmende liste over krav og plikter forskriftene kan inneholde – i praksis er medlemsstatenes reguleringsmyndighet meget begrenset.

I utgangspunktet forbyr direktivet bruk av «*individual rights*» – herunder konsesjoner. Fra dette åpner imidlertid art 5.2 for unntak når etablering og drift av kommunikasjonsnettverket forutsetter bruk av radiofrekvenser (slik tilfellet er for DTT-nettet). Hvis det er frekvensknapphet og fare for forstyrrelser er det berettiget å gjøre etablering og drift betinget av individuell tillatelse (konsesjon). Heller ikke når det er adgang til å bruke konsesjoner står imidlertid medlemsstatene fritt til å fastsette vilkår. Autorisasjonsdirektivets annek B inneholder en uttømmende liste over hvilke krav som kan stilles. Reguleringsmulighetene er temmelig begrenset, men med et vesentlig unntak. I annek B pkt. 7 heter det at man ved tildeling av frekvenser kan konsesjonsfeste:

Any commitments which the undertaking obtaining the usage right has made in the course of a competitive or comparative selection procedure.

<sup>8</sup> Ot.prp. nr 107, side 13 andre spalte.

<sup>9</sup> Se også direktiv (2002/77/EC) om konkurranse i markedene for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester, art. 2.

Dette skaper en åpning for nokså omfattende regulering av aktørene gjennom å tildele frekvensrettighetene ved såkalte «skjønnhetskonkurranser», for deretter å konsesjonsfeste alle de løftene vinneren av konkurransen gir.

### 3.3 Forholdet mellom norsk rett og autorisasjonsdirektivet

Det er ikke tvilsomt at ekomlovens krav om frekvenstillatelse er i samsvar med autorisasjonsdirektivet.<sup>10</sup> Krkl. § 2-2 fremstår som mer problematisk. Den har en annen begrunnelse enn koordinering av frekvensbruk. Dessuten er det åpenbart at autorisasjonsdirektivet ikke tillater at medlemsstatene oppstiller krav om *to* konsesjoner, formålet med direktivet er jo å forenkle etableringsprosessen.

Det følger imidlertid av forarbeidene<sup>11</sup> til krkl. § 2-2 at de to konsesjonene praksis vil tildeles etter en felles prosedyre «slik at aktørene vil oppleve det som én konsesjonsordning, men med hjemmel i to forskjellige lover». Dette ble fulgt opp ved utlysningen av DTT-nettet. I praksis kan de to hjemmelsgrunnlagene sies å etablere et nytt «konvergent» forvaltningsorgan – «det fusjonerte KKD og SD». Direktivene stiller medlemsstatene fritt mht. hvilke forvaltningsorganer som skal utøve forvaltningsoppgaver på telesektoren. Så lenge det er adgang til å benytte individuelle konsesjonsordninger, kan jeg derfor ikke se at det er noe prinsipielt i veien for at Kultur- og Samferdselsdepartementet utøver denne kompetansen i fellesskap, tvert i mot fremstår det som en virkelighetsnær tilnærming til markedet. Det man mer generelt kan stille spørsmål ved, er om den praktiske utformingen av regelverket gir aktørene de nødvendige garantier for en samlet prosess. Uttalelsen i forarbeidene gir uttrykk for en klar intensjon, men reglene er formulert slik at myndighetene i prinsippet kan velge en annen fremgangsmåte. I det minste er det risiko for at strid om fremgangsmåten kan forsinke en konsesjonsprosess. Man kan derfor hevde at prinsippet om felles prosedyre *burde* kommet til uttrykk i selve loven. Utover denne påpekningen er det ikke nødvendig å forfølge spørsmålet videre her. Ved utlysningen av DTT-nettet er forarbeidenes intensjon etterlevet. Konklusjonen er derfor at hjemmelsgrunnlaget for tildeling av konsesjon er i overensstemmelse med de krav autorisasjonsdirektivet oppstiller.

<sup>10</sup> Jeg understreker nok en gang at direktivene ikke er *formelt* bindende for Norge før de er implementert.

<sup>11</sup> Ot.prp. nr 107, side 13 andre spalte.

#### 4 Kravet til strukturelt skille mellom eier- og regulatørrolle

At direktivene om elektronisk kommunikasjon ikke oppstiller personelle bestemmelser om *hvilket* forvaltningsorgan som skal utøve myndighetsoppgavene på telesektoren gjør at rammedirektivets definisjon av «national regulatory authority» i art. 2g blir syntetisk. Den omfatter et hvert myndighetsorgan som utfører regulatoriske oppgaver som er omfattet av direktivene. At KKD's deltagelse i prosessen kun skyldes behovet for å ivareta kulturpolitiske hensyn, særlig hva gjelder innhold er uten betydning.

I forbindelse med konsesjonstildelingen er derfor KKD å betrakte som «national regulatory authority» hvis man legger rammedirektivet til grunn.<sup>12</sup>

Det som særlig skaper problemer i denne sammenheng er kravet til strukturelt skille mellom reguleringsmyndighet og eierrolle. I rammedirektivet artikkel 3.2. heter det:

Member States shall guarantee the independence of national regulatory authorities by ensuring they are legally distinct from and functionally independent of all organisations providing electronic communication networks, equipment or services. Member States that retain ownership or control of undertakings providing electronic communications networks and/or services shall ensure effective structural separation of the regulatory function from activities associated with ownership or control.<sup>13</sup>

I utgangspunktet er KKD's eierskap i NRK uproblematisk. NRK's primærvirksomhet er å produsere *innhold* og det er ikke en virksomhet som går ut på å tilby «electronic communication networks, equipment or services». Selv om man kanskje kan mislike at KKD både er innholdsregulator og eier av den viktigste innholdsleverandøren finnes det neppe grunnlag i EØS-avtalen for å angripe dette rettslig

I stadig mer kommersielle og konvergente omgivelser er imidlertid NRK som mange andre selskaper i ferd med å bevege seg inn på nye områder. Medetableringen av NTV er et godt eksempel på dette. Selskapets formål slik det lyder på selskapets hjemmesider<sup>14</sup> er å:

12 Eventuelt kan man si at det fusjonerte myndighetsorganet KKD og SD er å anse som et ad hoc etablert «national regulatory authority». For fremstillingen er denne distinksjonen uten betydning.

13 Kravet om strukturelt skille mellom eierskap og regulatørrolle har voldt problemer for norske myndigheter også tidligere. Dette var en av årsakene til at eierskapet i Telenor ble flyttet ut av SD. Se til eksempel ESAs «Letter of formal notice», datert 24. mars 1999 og «Reasoned opinion» datert 13. desember 1999.

14 [www.norgestelevisjon.no](http://www.norgestelevisjon.no) pr. 1. januar 2004.



skaffe konsesjon for å eie og drive Norges fremtidige kringkastingsnett for digital-TV. Dersom NTV får konsesjonen, vil selskapet være operatør og tjenesteleverandør med ansvar for å sette sammen tilbudet, i første omgang TV-kanaler og en elektronisk programguide (EPG).

Denne distribusjonsplattformen er helt klart et elektronisk *kommunikasjonsnettverk*, jf artikkel 2a i rammedirektivet.<sup>15</sup> Her nevnes «networks used for radio and television broadcasting» eksplisitt. Mens NRK og TV 2 trenger maksimalt 4 kanaler i nettet får NTV tildelt frekvenskapasitet til mellom 15 og 18 kanaler.<sup>16</sup> Overskuddskapasiteten vil bli tilbudt andre kringkastere. Dermed vil selskapet også selge *kommunikasjonstjenester* jf. definisjonen i rammedirektivet art. 2c.

Den avgjørende problemstilling for hvorvidt KKD vil være *kompetent* som konsesjonsmyndighet om rammedirektivet legges til grunn<sup>17</sup> er derfor hva som ligger i uttrykket «retain ownership or control» i artikkel 3.2. KKDs forhold til NTV kan for det første hevdes å være indirekte i den forstand at det dreier seg om et selskap hvor NRK har eierandeler. Ut fra effektivitetsbetraktninger kan imidlertid et slikt argument ikke ha særlig vekt. Eierskapet kan ikke skjules bare ved å dytte det et hakk ned i selskapsstrukturen. Dessuten følger det av NRKs vedtekter at deres engasjement i NTV krever godkjenning av generalsforsamlingen, mao Kulturministeren i kraft av å være eier. Som eier av NRK har dermed KKD et nokså aktivt forhold til NTV.

For det andre kan det påpekes at NRK bare eier 50 % av NTV, mens resten er på private hender. Hvis en baserer tolkingen av rammedirektivet art 3.2 på definisjonen av «offentlig foretak» kan det være tvilsomt om eierandelen er tilstrekkelig.

Hvordan man skal definere et «offentlig foretak» har vært omstridt. Det er vanlig å henvise til definisjonen i kommisjonsdirektiv 80/723 («Transparency directive»). NTV vil ikke uten videre regnes som et «offentlig foretak» etter dette direktivets art. 2 fordi NRK ikke er majoritets-eier. Dette er ikke avgjørende, men man må i så fall foreta en mer skjønsmessig vurdering. Jeg vil helle til at NTV kan ses på som et «offentlig foretak» fordi NRKs eierandel er så nær majoritets-eierens som man kommer og fordi NRK i praksis har en betydelig innflytelse over selskapet. Uten NRKs engasjement vil selskapet ikke være levedyktig.

Det kan imidlertid ikke være avgjørende om NTV er å betrakte som et «offentlig foretak» eller ei. Formålet bak reguleringer hvor dette begrepet blir anvendt er særlig å forhindre at statene benytter virksomheter som redskaper for å kunne opptre på en måte de

15 Selv om selskapet skulle velge å kontrahere vekk selve utbyggingen av nettet til en underleverandør endres ikke dette.

16 St. meld. nr. 44 (2002–2003) pkt 4.3.3.

17 Som nevnt – direktivpakken om elektronisk kommunikasjon er ennå ikke innlemmet i EØS-avtalen og er formelt sett ikke bindende for Norge. Det er et politisk spørsmål om man skal utnytte det «smutthullet» forsinkelsen skaper.

selv er avskåret fra.<sup>18</sup> Da er det naturlig å fokusere på eierandel fordi det har direkte betydning for myndighetenes styringsmuligheter over selskapet. Formålet bak rammedirektivet ligger tettere opp mot habilitetsbetraktninger. Hvis regulatøren også innehar en eierinteresse vil dette kunne påvirke dens objektivitet. Hvordan eierskapet utøves er mindre interessant i denne sammenheng. Også der eierskapet utøves helt passivt kan myndighetene som eier ha en egeninteresse i at selskapet har gode rammebetingelser. Det illustrerer at det konkrete omfanget av eierskapet ikke har samme betydning som ved definisjonen av «offentlige foretak». Habilitetsproblemene eierskapet skaper er de samme om eierposten er 49,9 eller 50,1 prosent.

En alminnelig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier heller ikke at den kun rammer tilfeller hvor myndighetene er majoritetseier. Det er ikke på noen måte gitt uttrykk for at eierandelen må være kvalifisert. Hvis så var tilfelle ville det vært naturlig at det var presisert.

Art. 3.2 er ikke en skjønsmessig habilitetsbestemmelse. Den legger derfor ikke opp til at det skal foretas noen konkret vurdering av om eierskapet er egnet til å svekke tilliten til KKD's upartiskhet og objektivitet. Bestemmelsen er strengere ved at den søker å strukturere markedsforholdene slik at dette spørsmålet i det hele tatt ikke dukker opp. Eierskap er derfor i seg selv nok til å gjøre et myndighetsorgan inkompetent.

På dette grunnlag vil jeg anta KKD's eierskap i NRK som igjen eier 50 % av NTV, innebærer at tildeling av konsesjon til NTV ikke vil være i overensstemmelse med rammedirektivets art. 3.2. om man velger å forholde seg til det. KKD vil neppe ha kompetanse til å opptre som tildelingsmyndighet, verken alene eller i samarbeid med SD.<sup>19</sup> Men som understreket ovenfor: På grunn av forsinkelsen ved implementeringen av direktivet er Norge formelt sett ikke bundet av det. Hvorvidt man velger å forholde seg til direktivet er til syvende og sist et politisk spørsmål.

Det ligger utenfor denne artikkelens formål å vurdere norsk rett. Men i tilknytning til spørsmålet om KKD's habilitet er det grunn til kort å nevne Rt. 1998/1398 *Torghatten*. Saken dreide seg om tildeling av konsesjon for drift av en hurtigbåtforbindelse. Konsesjonen ble tildelt et fylkeskommunalt selskap. Tre av medlemmene i *fylkesutvalget* som hadde behandlet klagen på konsesjonstildelingen ble ansett som inhabile etter fvl. § 6.2 på grunn av tilknytning til styret i det fylkeskommunale selskapet. Når det gjaldt lederen av fylkesutvalget var han også styreformann i selskapet som fikk konsesjon. Det var «ikke tvilsomt» at vedkommende var inhabil. Saken ble ikke avgjort på grunnlag av dette, men HR gav uttrykk for at ikke var «særlig tvilsomt» at inhabiliteten i seg selv ville begrunnet ugyldighet.

18 Eksempelvis for å komme seg rundt regler om offentlig anbud.

19 Siden det er departementet som sådan som er inkompetent lar dette seg ikke reparere med settestatsråd.



Parallellen til kulturministeren som på samme tid er øverste ansvarlig for KKD og utgjør generalforsamlingen i NRK kan sies å være nokså klar. Det kan også bemerkes at HR uttalte at det lettere blir tale om inhabilitet når det er tale om en konkurransesituasjon.

## 5 Gangen i vurderingen av konsesjons-søknaden – Stortingets behandling

### 5.1 Innledning

Det er først og fremst autorisasjonsdirektivet som stiller prosessuelle krav til konsesjonsmyndighetens fremgangsmåte. Mye taler imidlertid for at tildelingen av konsesjon også kan ses på som en *konsesjonskontrakt* etter bygge- og anleggsdirektivet<sup>20</sup> art. 1 bokstav d. Retten til å utnytte nettet kan ses på som vederlag for byggingen av det. I alle tilfeller synes det klart at konsesjonsmyndigheten har lagt til grunn en anbudsliknende mal for utlysningen. Det gjør at alminnelige anbudsrettslige prinsipper uansett må ha relevans og vil tjene til å tolke og utfylle autorisasjonsdirektivets bestemmelser.

På grunn av de politiske aspektene ved å etablere et digitalt bakkenett for kringkasting har regjeringen sett det som nødvendig å gå til Stortinget. Det særegne er at Stortinget er invitert til å ta stilling til konsesjonstildelingen etter at konsesjonen har vært utlyst og etter at konsesjonsmyndigheten har konkludert med at NTVs søknad oppfyller kravene i utlysningen, i hvert fall i «hovedtrekk».<sup>21</sup>

Stortingsbehandlingen har to formål. For det første inviteres Stortinget til å ta stilling til om det skal bygges et DTT-nett. For det andre gir behandlingen Stortinget en mulighet til å oppstille tilleggsvilkår til NTV. Det som skal drøftes i det videre er i hvilken grad autorisasjonsdirektivet supplert med anbudsrettslige prinsipper åpner for å la Stortinget vurdere disse spørsmålene.<sup>22</sup>

### 5.2 Hvor fritt står Stortinget til å si nei til spørsmålet om å bygge et DTT-nett?

Jeg legger til grunn at NTVs søknad i hovedsak oppfyller kravene i utlysningen og at eventuelle uklarheter i søknaden ville vært mulige å avklare før konsesjon ble tildelt. Problemstillingen som skal drøftes her er om Stortinget fritt kan velge å si nei til bygging av et DTT-nett.

20 Direktiv 93/37/EC.

21 Jf Stortingsmeldingen kap 6.

22 De anbudsrettslige reglene vil man være formelt bundet av. Nok en gang skal det presiseres at autorisasjonsdirektivet formelt sett ikke er bindende før det er implementert i EØS-avtalen.

### 5.2.1 Betydningen av at det har funnet sted en utlysning av konsesjonen

I utlysningssdokumentene er det ikke tatt forbehold om Stortingets tilslutning. Det er heller ikke tvil om at Regjeringen formelt har myndighet til å tildele konsesjonen uten å forespørre Stortinget. En må derfor legge til grunn at potensielle søkere anså det grunnleggende spørsmålet – nemlig om et DTT-nett skal bygges eller ikke – som avklart.<sup>23</sup> Det koster både tid og penger å involvere seg i en søknadsprosess. En må derfor anta at det er av stor betydning for eventuelle søkere at de selv kan sikre at konsesjonen tildeles, ved å sørge for å oppfylle de grunnleggende forutsetninger som kommer til uttrykk gjennom utlysningen.

I hvilken grad denne forventningen er beskyttet av autorisasjonsdirektivet kan synes noe uklart. Av direktivets art. 5.2 følger det at prosedyrene for tildeling av konsesjon skal være *åpne, transparente og ikke-diskriminerende*. Hvis det viser seg at utlysningen ikke er endelig, men kun inngår som et ledd i myndighetenes evaluering av om prosjektet skal realiseres, kan en spørre om kravet til transparens er oppfylt. Et nei på et sent stadium i prosessen vil åpenbart kunne komme som en overraskelse for en søker som oppfyller utlysningsskriteriene. Dermed kan vedkommende hevde at utlysningen har vært uklar og *ugjennomsiktig*. At transparenskriteriet også beskytter en slik interesse er imidlertid ikke gitt. Formålet med tilsvarende prinsipper innenfor anbudsretten er først og fremst å sikre *likebehandling* av aktørene, jf. til eksempel *Bus Wallons*.<sup>24</sup> Noen direkte fare for forskjellsbehandling vil Stortingsbehandlingen neppe bidra til i vårt tilfelle.

Personlig heller jeg likevel til at transparenskravet i autorisasjonsdirektivet også beskytter søkerens berettigede forventning om at konsesjon vil bli tildelt forutsatt at de grunnleggende krav er ivaretatt. Et vesentlig formål med regelverket har vært å redusere byråkratiet og å øke aktørenes forutberegnelighet. Det er viktig for søkerne å kunne føle seg sikre på at utlysningen er endelig og reell. Kravet til transparens bør derfor gjelde også i denne relasjon.

På dette punkt må det også være anledning til å vektlegge at myndighetene har valgt en anbudsliknende utlysningssprosedyre. Normalt stilles det krav om saklig grunn hvis tildeling ikke skjer til

23 Faktisk synes utlysningen langt på vei å gi uttrykk for at Stortinget allerede hadde gitt sin tilslutning, jf. utlysningsteksten punkt 1 hvor det heter: «Kunngjøringen er en oppfølging av Stortingets behandling av St. meld. nr. 46 (1998–99) Digitalt fjernsyn, Innst. S. nr. 53 (1999–2000) der det ble vedtatt at det kan legges til rette for etablering av et bakkenett for distribusjon av digitalt fjernsyn (DTT) i Norge. Stortinget har også gitt sin tilslutning til prinsipper for tildeling av konsesjon for utbygging og drift av digitalt bakkenett for fjernsyn ved behandlingen av St. meld. nr. 57 (2000 – 2001), I ytringsfrihetens tjeneste, samt kultur- og kirkeministerens redegjørelse om Norsk rikskringkasting 28. februar d.å.»

24 Sak C-870/94.

tross for at utlysningskriteriene er oppfylt. At Stortinget tilkjenner en annen oppfatning enn Regjeringen kan selvfølgelig representere et betydelig problem rent politisk. Hva som er «saklig» må imidlertid bero på en vurdering av de *faktiske* omstendigheter og forholdet mellom søker og konsesjonsmyndighet. Det har hele tiden vært kjent at det finnes hensyn både for og i mot å bygge ut nettet. Uenighet mellom landets myndigheter om nettet bør bygges representerer kun en meningsforskjell og berører ikke de faktiske realiteter. I kraft av å være den utøvende myndighet må Regjeringen på vegne av nasjonen langt på vei sies å ha foretatt avveien av de ulike hensyn. Et behov for politisk ryggdekning burde vært ivaretatt *før* utlysningen.

Konklusjonen er at så lenge konsesjonen først er utlyst kan man kun la være å tildele den om det foreligger «saklig grunn». At Stortinget går i mot at konsesjonen tildeles kan etter min oppfatning ikke være tilstrekkelig til at kravet er oppfylt.<sup>25</sup>

At det vil være i strid med EØS-avtalen å tildele konsesjon pga. forhold som hefter ved én bestemt søker (NTV) vil imidlertid være et saklig grunnlag for å avslå en søknad. Her må det også være anledning til å ta hensyn til direktiver hvis innlemmelse i EØS-avtalen er forsinket.

### 5.2.2 *Har myndighetene en plikt til å gjøre ledige frekvenser tilgjengelige?*

Å bli avspist med et mulig erstatningskrav er ikke det aktørene ønsker i denne saken, sannsynligvis vil de vel heller aldri fremme et slikt krav. Samtidig er det klart at brudd på anbudsrettslige regler neppe gir grunnlag for krav om *naturaloppfyllelse*. Problemstillingen er om autorisasjonsdirektivet kan gi aktørene mer vidtgående krav, slik at medlemsstatene ikke kan nekte dem å ta ledige frekvenser i bruk.

Som nevnt mange ganger – de nye direktivene om elektronisk kommunikasjon er ennå ikke implementert. For øyeblikket er det derfor bare et politisk spørsmål om man velger å forholde seg til dem. Drøftelsen nedenfor har imidlertid ikke bare betydning i forhold til *denne* tildelingsprosessen, den sier også noe om de EØS-rettslige rammene for fremtidig frekvenspolitikk. Det later til at det kun er et spørsmål om tid før direktivene blir implementert. Hvis man skulle ønske å holde frekvensene tilbake i denne omgang, vil det være essensielt å kjenne til hvilke styringsmuligheter man vil ha på et senere tidspunkt.

Frekvenser er et knapphetsgode, samtidig som det er en innsatsfaktor av essensiell betydning. Den europeiske liberaliseringen av

<sup>25</sup> Jeg har anvendt autorisasjonsdirektivet og anbudsretten sammen i min analyse. Hvis myndighetene velger å se bort fra autorisasjonsdirektivet fordi det ikke er implementert i EØS-avtalen vil ikke en part som lider et tap som følge av dette kunne angripe det rettslig. Men det kan tenkes at anbudsreglene alene kan legge grunnlag for et erstatningskrav.

telesektoren ble ikke bare drevet frem av hensyn til bransjen selv og dens ressursbruk, men også fordi avanserte og prisgunstige kommunikasjonstjenester er en bærebjelke for resten av samfunnet og næringslivet. I et europeisk perspektiv er det viktig at alle innsatsfaktorene på fellesmarkedet utnyttes effektivt, herunder frekvenser. Dette understrekes av punkt 7 i autorisasjonsdirektivets fortale:

The least onerous authorisation system possible should be used to allow the provision of electronic communications networks and services in order to stimulate the development of new electronic communications services and pan-European communications networks and services and to allow service providers and consumers to benefit from the economies of scale of the single market.

Autorisasjonsdirektivet har visse bestemmelser som bidrar til å forhindre at frekvenser blir liggende brakk. For det første heter det i art 5.1 at så langt det er mulig, *særlig når det ikke er fare for skadelig interferens*, skal ledige frekvenser gjøres tilgjengelige gjennom «generelle autorisasjoner». Slike autorisasjoner har i prinsippet alle *krav* på, jf. art 3.2. I utgangspunktet kan derfor frekvenser ikke holdes tilbake.

Det er når etterspørselen etter frekvenser overstiger tilbudet det er vanlig å regulere bruken av dem gjennom krav om konsesjon. (At etterspørselen overstiger tilbudet kan i prinsippet side-stilles med skadelig interferens, siden det er faren for interferens som fører til knapphet.) Autorisasjonsdirektivet art 5.2 åpner for at medlemsstatene utviser et visst skjønn ved utvelgelsen av konsesjonær(er). Etter sin ordlyd og lest i sammenheng med art. 5.1 synes imidlertid medlemsstatene å ha en plikt til å lyse ut ledige frekvenser. Tildelingsprinsippene i art. 5.2 synes først og fremst begrunnet i et ønske om en mest mulig effektiv fordeling av frekvensene der begrenset tildeling er nødvendig pga. interferensrisiko.<sup>26</sup> Det synes vanskelig å benytte skjønnsmyndigheten som grunnlag for å nekte at frekvensene overhodet tas i bruk. Dette understrekes også av punkt 11 i direktivets fortale hvor det bl.a heter:

Those rights of use should not be restricted except where this is unavoidable in view of the scarcity of radio frequencies and the need to ensure the efficient use thereof.

En slik forståelse har også støtte i autorisasjonsdirektivets artikkel 7 som fastsetter bestemte prosedyrer for å beslutte at tildeling av frekvenser skal begrenses som følge av fare for interferens. Særlig viktig er art. 7.1 bokstav c hvor det heter at medlemsstatene *etter* å ha besluttet å begrense tildelingen av frekvenser *skal*

<sup>26</sup> Jf. også punkt 22 i autorisasjonsdirektivets fortale.

«invite applications for the rights of use». Bestemmelsen etablerer med andre ord en plikt til å utlyse de aktuelle frekvensene.

Konklusjonen må derfor være at norske myndigheter ikke har adgang til å holde frekvensene tilbake hvis man velger å legge direktivene om elektronisk kommunikasjon til grunn. Hvis man velger å se bort fra direktivene i denne omgang, vil en rettslig plikt til utlysning inntre i det øyeblikk direktivene implementeres i EØS-avtalen.

### 5.3 Kan Stortinget fastsette vilkår utover de forpliktelsene NTV har påtatt seg i sin søknad?

Nå har jo Stortinget behandlet spørsmålet om digitalt bakkenett før og det ligger kanskje i kortene at Stortingsbehandlingen ikke vil resultere i et nei til å ta frekvensene i bruk, men i stedet vedtakelse av visse krav som Stortinget mener må fremgå av konsesjonen. En slik fremgangsmåte kan være vanskelig forenlig med EØS-retten.

Fra et anbudsrettslig synspunkt kan det vises til at det gjelder et absolutt forbud mot å endre eller forsøke å endre innkomne tilbud, jf. til eksempel forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1. Det riktige må være å anse forhandlingsforbudet som et alminnelig prinsipp, jf. også kommisjonens meddelelse om konsesjonskontrakter hvor det heter: «Ei heller kan det oprindelige projekt ændres under forhandlingerne i forhold til de kriterier og krav, som blev fastsatt under procedurens start.»<sup>27</sup> Så lenge konkurransen pågår vil man med andre ord være bundet av Regjeringens utlysningsskriterier.

Forhandlingsforbudet gjelder ikke etter at konkurransen er avsluttet. Kanskje kan det med rette hevdes at vi er i en slik situasjon. Konsesjonsmyndigheten later til å anse NTV som vinner og Stortingsmeldingen kan ses som et ledd i videre forhandlinger *etter konkurranseslutt*.

Problemet er at autorisasjonsdirektivet i praksis forbyr at det fastsettes nye krav i konsesjonen *etter at konkurransen er avsluttet*. Fastsettelse av konsesjonsvilkår utover de helt grunnleggende krav som er uttømmende hjemlet i direktivets annek B, pkt. 1-6 og 8 kan kun forankres i annek B pkt. 7. Forutsetningen er imidlertid at det dreier seg om:

commitments which the undertaking has made in the course of a competitive or comparative selection procedure

Dette vilkåret vil aldri kunne være oppfylt – forutsetningen for videre forhandlinger var jo at konkurransen var avsluttet. Dette er også meningen med direktivet. Utover å ivareta helt fundamen-

<sup>27</sup> Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessjoner i EU-lovgivningen (dansk versjon), Brussel 12. april 2000, side 19.

tale samfunnsmessige hensyn er formålet å redusere byråkratiske byrder. Derfor åpner direktivet bare for å fastsette slike vilkår som aktørene selv påtar seg fordi markedet og konkurransen om ressursene tvinger dem til det. Etter at konkurransen er avsluttet er det heller ikke grunnlag for å påta seg nye plikter.

Man kan selvfølgelig tenke seg at søkeren velger å bøye av og akseptere ytterligere vilkår. Begrensningene i medlemsstatenes frihet skyldes imidlertid ikke bare hensynet til en konkret søker, men en generell målsetning om å gjøre konsesjonsprosedyrene enklere. Derfor vil en eventuell aksept fra NTVs side ikke utvide myndighetens adgang til å stille vilkår – bestemmelsene i autorisasjonsdirektivet må anses som preseptoriske på dette punkt.

Hvis Stortinget ønsker å fastsette vilkår som ikke allerede fremstår som løfter i NTVs søknad, forutsetter det med andre ord at man utnytter det smuthullet den forsinkede implementeringen av autorisasjonsdirektivet skaper.<sup>28</sup>

## 6 Problemer knyttet til den vertikale integrasjonen mellom NTV og eierne

Det har i flere sammenhenger vært uttrykt skepsis til den rollen NRK og TV2 vil komme til å spille på kringkastingssektoren om NTV tildeles konsesjon.<sup>29</sup> NRK og TV 2 er de desidert største aktørene på innholdssiden og har om lag 70–80 % av seerne.<sup>30</sup> Jeg har imidlertid ikke sett noen forsøke å forankre betenkelighetene rettslig. Nedenfor vil jeg analysere konstruksjonen i lys av relevant EU-lovgivning og praksis.

28 Det er slik jeg ser det noe uklart om slike vilkår kan videreføres etter at direktivene formelt trer i kraft. I utgangspunktet foreligger det da en plikt til å bringe eksisterende konsesjoner i overensstemmelse med direktivet, men det er noe uklart hvor vidtrekkende denne plikten er.

29 Se for eksempel IKT-Norge: «Hvorfor det ikke bør bygges et nytt digitalt bakkenett (...)», 8. mai 2003.

30 Jeg vil ikke i denne artikkelen foreta en vurdering eller problematisering av hvilke relevante markeder selskapene opererer i og om de har sterk markedsstilling. Det kan imidlertid vises til Konkurransetilsynets avgjørelse av 4. mars 1999 (V1999–15). Denne gjaldt Canal Digital's erverv av Norgeskanalen. (Vedtaket ble senere opphevet av ADD pga feil lovanvendelse, men det spiller mindre rolle her.) I punkt 6.1 het det: «På bakgrunn av nevnte tallmateriale er det etter Konkurransetilsynets oppfatning grunnlag for å hevde at både NRK og TV2 har en dominerende stilling i det norske tv-seermarkedet. Dette skyldes at selskapene har bortimot full dekningsgrad og høy seeroppslutning. NRK er den eneste lisensfinansierte TV-kanalen og TV2 har enerett til landsdekkende reklamefinansiert kringkasting. På bakgrunn av at TV3 og TVNorge har lavere dekningsgrad og vesentlig mindre seeroppslutning enn NRK og TV2, mener tilsynet at disse kanalene ikke kan sies å ha en dominerende stilling i tv-seermarkedet.» Markedsdefinisjonen i vedtaket er nok ikke helt presis, men det spiller ingen rolle i forhold til de spørsmål jeg tar opp i artikkelen.



## 6.1 Det rettslige grunnlaget

Den relevante bestemmelsen å vurdere dette opp mot er EØS-avtalen art. 59.<sup>31</sup> Denne bestemmelsen er imidlertid ikke nevnt, verken i Stortingsmeldingen eller i Konkurransetilsynets vurdering av opplegget for utlysningen.

Artikkel 59 (1) fastsetter at tildeling av «særlige eller eksklusive rettigheter» ikke må være i strid med øvrige avtalebestemmelser.

Forståelsen av bestemmelsen er langt fra intuitiv. En rekke forfattere har omtalt EF-traktaten art. 86 (som er identisk med EØS art. 59) som den vanskeligste bestemmelsen i hele fellesskapsretten. Dette gjør at en skal være varsom med å oppstille for bastante konklusjoner vedrørende tolkingen og anvendelsen av bestemmelsen.

En virksomhet kan ikke uten videre holdes ansvarlig under konkurransereglene hvis virksomhetens opptreden ikke beror på egne valg, men er et resultat av en offentlig rettsakt. For markedet er imidlertid skadevirkningene av virksomhetens opptreden de samme, uansett hvor årsaken ligger. Artikkel 59 retter seg derfor direkte mot myndighetene. Henvisningen til konkurransereglene fungerer som en garanti mot at statlig rettighetstildeling bidrar til at konkurransereglene uthules.

Myndighetenes tildeling av «særlige eller eksklusive rettigheter» kan ofte lede til hel eller delvis monopolisering av et livs-område. Det kan kanskje synes både paradoksalt og vanskelig å anvende konkurransereglene på områder hvor det ikke eksisterer konkurranse. Ofte er man henvist til å sammenlikne monopolistens opptreden (basert på utøvelse av «særlige eller eksklusive rettigheter») i monopolmarkedet med en tenkt aktørs opptreden i et fritt marked. Disse sammenlikningene har dannet grunnlaget for forskjellige doktriner<sup>32</sup> og jeg skal anvende to av dem i det følgende. Først er det imidlertid nødvendig å redegjøre noe nærmere for hva som kan anses som en «særlig eller eksklusiv rettighet».

## 6.2 Konesjoner som «særlige eller eksklusive rettigheter» – en alminnelig språklig forståelse av art. 59

En alminnelig språklig forståelse tilsier at konesjoner er «særlige eller eksklusive rettigheter». Konesjonæren får mulighet til å drive en virksomhet (de fleste) andre er avskåret fra. Ofte vil konesjonene legge grunnlag for et «monopol» i markedsrettlig for-

31 I og med at drøftelsen i det videre forholder seg direkte til en avtalebestemmelse vil den forsinkede implementeringen av direktivene om elektronisk kommunikasjon ikke lenger ha betydning.

32 Det er særlig i rettsteoriens analyse av praksis på området at disse doktrinene kommer til uttrykk. Se til eksempel *Jose Luis Buendia Sierra*, «Exclusive rights and state monopolies under EC law», Oxford University Press 1999, kapittel 5 D og F eller *Richard Whish*, «Competition Law» (fourth edition), Butterworths 2001, side 199 og 200.

stand. Det er likevel på det rene at dét ikke er et vilkår for at art. 59 skal komme til anvendelse. For det første ligger det i en utvidelse i begrepet «særlig» (som en motsats til «eksklusiv») slik også rettigheter som tilkommer flere er omfattet av bestemmelsen. Dessuten er det sikker rett at rettighetsbegrepet knytter seg til adgangen til å drive en *virksomhet*. Om denne virksomheten alene utgjør et eget marked er i prinsippet irrelevant.<sup>33</sup>

Dette skulle tilsi at konsesjonen til å etablere og drive et DTT-nett er en «særlig eller eksklusiv rettighet» i artikkel 59s forstand. Det samme gjelder TV2s konsesjon til å drive programvirksomhet. NRKs rett til å drive programvirksomhet kommer ikke direkte til uttrykk i noen konsesjon. Hvilket rettslig virkemiddel som er benyttet er imidlertid irrelevant. Det er klart at NRK på grunnlag av krkl. § 2-1 kombinert med praksis rundt allokering av frekvensressurser innehar en særegen rettighetsposisjon.

#### 6.2.1 Nærmere om definisjonen av begrepet «særlige eller eksklusive rettigheter» i teledirektivene

Det er imidlertid ikke uten videre sikkert at vi kan bygge på en alminnelig språklig forståelse av begrepet. I fortalen til et av teledirektivene (94/46 om satellittkommunikasjon) ble «særlige rettigheter» definert slik:

“special rights” are in practice rights that (...) limits to two or more the number of such undertaking [sic] authorised to provide a service or undertake an activity, otherwise than according to objective, proportional and non-discriminatory criteria (...)

Denne definisjonen er videreført i det nye konkurransedirektivet<sup>34</sup>, jf. dets art 1.6. I følge definisjonen vil en hver særlig rettighet tildelt på grunnlag av anbudsrettslige prinsipper falle utenfor art. 59, selv om den utvalgte virksomhet kommer i en særstilling. Selv om begrepsdefinisjonen kommer til uttrykk i et sektordirektiv går flere teoretikere langt i å hevde at definisjonen i direktivet har generell gyldighet. For eksempel sier *Whish*<sup>35</sup>: «This definition can presumably be carried over to other sectors of the economy.» *Buendia Sierra*<sup>36</sup> er enda klarere: « (...) the absence of an alternative definition, either in the legislation or in the case law has made it the obligatory reference point for interpreting the concept of special rights within Article 86(1) of the Treaty.»

Etter min oppfatning hefter det en svakhet ved argumentene til *Buendia Sierra* og *Whish*: Mangel på andre holdepunkter eller definisjoner kan ikke i seg selv gjøre definisjonen i sekundærlov-

33 I praksis vil rettighetene ofte legge grunnlaget for et eget marked, men ikke alltid. For eksempler se *Buendia Sierra*, side 11.

34 Se note 9.

35 *Richard Whish*, side 193.

36 *Buendia Sierra*, side 65–66.

givningen generell. Riktignok kan et magert rettskildebilde gjøre at *vekten* av de tilgjengelige kildene relativt sett må betraktes som høy. Spørsmålet om å anvende definisjoner som er skreddersydd for sektororientert sekundærlovgivning er imidlertid langt på vei et spørsmål om *relevans*. Sierra og Whish styrer gjennom sin argumentasjon utenom det egentlige spørsmål: Er definisjonen allmenngyldig? Det synes på det rene at dette må besvares ut fra en materiell vurdering.

### 6.2.2 *Definisjonens allmenngyldighet*

Et delformål med et direktivs fortale er å begrunne berettigelsen av å innføre generelle forbud. For å kunne forby bruken av «særlige rettigheter» på telesektoren var det ikke tilstrekkelig å dokumentere at kriteriene i artikkel 59 (1) var oppfylt. Man måtte også ta høyde for unntaksbestemmelsen i art. 59 (2). Slik jeg leser definisjonen i sekundærlovgivningen er rettigheter som er tildelt etter objektive, proporsjonale og ikke-diskriminerende kriterier, identiske med «særlige rettigheter» etter art. 59 (1) *som ville stått* seg under henvisning til art. 59 (2). Dermed kunne man ikke forby dem.

Hvis definisjonen i direktivene hadde blitt lagt til grunn generelt, ville hele art. 59 (2) i praksis bli overflødig. I tillegg ville artikkel 59 endre karakter. Fra å ha vært en materiell bestemmelse som forhindret etablering av rettighetsposisjoner som forstyrrer markedet, ville fokuset i større grad rettes mot de prosessuelle aspektene ved rettighetstildelingen.

Det skal også understrekes at art. 59 i motsetning til teledirektivene ikke utfylles av konkrete bestemmelser om hvilke rettigheter som i praksis er forbudt. Dermed ville man bli stilt ovenfor et problem i tilfeller hvor det kunne konstateres brudd på prosedyrene. Mens teledirektivene rammer slike rettigheter som ulovlige, ville prosedyrebrudd i forhold til art. 59 bare vært et minstevilkår for å ta bestemmelsen i bruk. Dette ville ledet til paradoksale forskjeller og det er ikke mulig å identifisere eksempler på en slik tilnærming i rettspraksis.

Man må med andre ord kunne fastholde at definisjonen i satellittdirektivet var ment som en beskrivelse av de *særlige rettigheter som teledirektivene forbød*, og samtidig som en legitimering av direktivenes forbudsbestemmelser. Definisjonen i konkurranse-direktivet art. 1.6 må tolkes i lys av forhistorien. *Utenfor* direktivenes saklige virkeområde må man etter min oppfatning falle tilbake på den alminnelige språklige forståelse, jf ovenfor i avsnitt 6.2.<sup>37</sup> Både TV2 og NRK må derfor anses som selskaper med «særlige eller eksklusive rettigheter».

<sup>37</sup> Slik også Michael Steinicke, «Priviligerede virksomheder og EU-retten», Jurist- og økonomforbundets Forlag 2002, side 51.

### 6.2.3 Nærmere om NTVs rettighetsposisjon

Hva gjelder NTV synes konklusjonen noe mer tvilsom. I forhold til deres virksomhet kommer jo teledirektivenes definisjoner direkte til anvendelse.<sup>38</sup> Det er imidlertid verdt å merke seg at NTV i første omgang vil være den *eneste* aktøren med konsesjon til å operere et digitalt bakkenett for fjernsyn. Selskapet vil dermed komme i besittelse av en «*eksklusiv* rettighet», jf konkurranse-direktivet art. 1.5. Direktivet gjør ikke det samme unntaket (for rettigheter tildelt etter anbudsrettslige prosedyrer) ved definisjonen av denne type rettigheter. Det kan likevel hevdes at det må innfortolkes – det ville være rart om definisjonen av hhv. «særlige» og «eksklusive» rettigheter skulle være avvikende på dette punkt. På den annen side – hvis definisjonene er ment å være like (med unntak av *antall* rettighetshavere) er det enda mer merkelig at dette ikke er presisert i direktivets definisjon av «eksklusive rettigheter». Videre er det grunn til å være varsom med å innfortolke presiseringer som synes å være i liten overensstemmelse med en alminnelig språklig forståelse av de primære avtalebestemmelser. Mye taler derfor i retning av at det ikke gjelder et tilsvarende unntak for rettigheter som er tildelt etter åpne, proporsjonale og ikke-diskriminerende kriterier når det kun er én rettighetshaver («eksklusive rettigheter»).

Det er likevel ikke nødvendig å trekke en bastant konklusjon angående dette. Det er klart at regelverket for elektronisk kommunikasjon ikke kan sette rettspraksis som knytter seg til en avtalebestemmelse ut av spill. Det kan åpenbart heller ikke ha vært hensikten, tvert i mot er jo anvendelsen av art. 59 gjennomgående *mer* intensiv under teledirektivene enn i sin alminnelighet. Under en hver omstendighet synes det derfor riktig å innfortolke de domstolsskapte doktrinene som knytter seg til art. 59 ved anvendelsen av direktivene om elektronisk kommunikasjon, blant annet under henvisning til direktivenes *proporsjonalitetskrav*.

Som nevnt mener *Buendia Sierra* at satellittdirektivets definisjon har allmenn gyldighet. Likevel legger også han til grunn at en slik konsesjon det er snakk om i vårt tilfelle, normalt vil regnes som en «særlig eller eksklusiv rettighet».<sup>39</sup> Årsaken til dette er at det som regel vil være et element av skjønn inne i bildet ved tildelingen. Da hevder *Buendia Sierra* at kravet til objektivitet ikke er oppfylt. Selv om jeg er enig i konklusjonen er jeg uenig i begrunnelsen. Jeg kan ikke se at et visst innslag av skjønn fratår tildelingsprosessen dens objektivitet så lenge utlysningsskriteriene er angitt så presist som mulig. Et slikt standpunkt er heller ikke i overensstemmelse med forståelsen av begrepet «objektivitet» innenfor anbudsretten.

38 Implementeringstidspunktet spiller neppe noen rolle i denne relasjon.

39 *Buendia Sierra* side 24–27.

### 6.3 The Extension of the Dominant Position Doctrine

Innenfor den alminnelige konkurranserett er det på det rene at det ikke ligger noe kritikkverdig i å opparbeide seg eller inneha dominerende markedsstilling. Derfor er det heller ikke i seg selv forbudt for en medlemsstat å tildele en virksomhet «særlige eller eksklusive rettigheter», selv om det i mange tilfeller kan lede til at virksomheten får en dominerende markedsstilling. Dette ble første gang slått fast i *Sacchi*<sup>40</sup> og har blitt fulgt opp siden.

Fra den alminnelige konkurranseretten har man eksempler på at en virksomhet med dominerende stilling i et marked forsøker å overføre denne markedsmakten til et annet, tilknyttet marked («leveraging»). *Commercial Solvent*<sup>41</sup> gjaldt en leverandør av råvarer til tuberkolosemedisiner. Leverandøren utvidet sin virksomhet til også å omfatte produksjon av ferdig medisin. Som ledd i omleggingen av virksomheten stoppet produsenten leveransene til eksisterende medisinprodusenter. EU-domstolen konkluderte med at dette representerte «refusal to deal» i strid med EF-traktaten art. 82. I *Télémarketing*<sup>42</sup> krevde et TV-selskap med dominerende markedsstilling at virksomheter som annonserte for varer som kunne kjøpes via telefon måtte benytte en bestemt telemarketingagent – et datterselskap av TV-selskapet. Også dette ble ansett som ulovlig «refusal of supply».

Hvorvidt det finnes en helt generell doktrine om leveraging i den alminnelige EU-konkurranseretten er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til. Det sentrale er at de nevnte eksemplene har dannet grunnlaget for en doktrine under art. 59 om «extension of dominant position». Det grunnleggende utgangspunktet er at myndighetene må unngå å bidra til «leveraging» ved å gi samme virksomhet «særlige eller eksklusive rettigheter» i to ulike, men tilknyttede markeder. For å kunne nyansere dette vil jeg kort redegjøre for sentral praksis i tilknytning til EF-traktaten art. 86.

#### 6.3.1 Nærmere om praksis rundt doktrinen

Den sentrale avgjørelsen som legger grunnlaget for doktrinen er den såkalte *Inno-saken*.<sup>43</sup> (Saken omtales i blant også som «RTT-saken»). En aktør som drev det offentlige telenettet ble gitt rett til å utstede spesifikasjoner og godkjenninger for *teleutstyr*. I praksis ledet dette til at operatøren også fikk hånd om det sistnevnte markedet. Retten til å utstede autorisasjoner ble derfor betraktet som en «særlig eller eksklusiv rettighet». Det samme gjaldt selvfølgelig retten til å drive telenettet. Om selskapets rettighetsposisjoner i de to tilgrensende markedene sa EF-domstolen:

40 Sak 155/73. Se domsgrunnenes punkt 8.

41 Joined Cases 67/73.

42 Sak 311/84.

43 Sak C-18/88.

18 The Court has also held that an abuse within the meaning of Article 86 [nå 82] is committed where, without any objective necessity, an undertaking holding a dominant position on a particular market, reserves to itself an ancillary activity which might be carried out by another undertaking as part of its activities on a neighbouring but separate market, with the possibility of eliminating all competition from such undertaking (judgment in Case 311/84 CBEM [1985] ECR 3261)» [henvisningen er en refereranse til *Télémarketing*saken]

19 Therefore the fact that an undertaking holding a monopoly in the market for the establishment and operation of the network, without any objective necessity, reserves to itself a neighbouring but separate market, in this case the market for the importation, marketing, connection, commissioning and maintenance of equipment for connection to the said network, thereby eliminating all competition from other undertakings, constitutes an infringement of Article 86 [nå 82] of the Treaty

...

21 Accordingly, where the extension of the dominant position of a public undertaking or undertaking to which the State has granted special or exclusive rights results from a State measure, such measure constitutes an infringement of Article 90 [nå 86] in conjunction with Article 86 [nå 82] of the Treaty.

Også ved liberaliseringen av telesektoren har doktrinen stått sentralt. Som eksempel kan nevnes liberaliseringsdirektivet for teletjenester (90/388/EEC). Som en av begrunnelsene for å oppheve monopolet på teletjenester ble følgende anført:<sup>44</sup>

The exclusive rights to telecommunications *services* granted public undertakings or undertakings to which Member States have granted special or exclusive rights for the *provision of the network* are incompatible with Article 90 (1) [nå art 86 (1)] in conjunction with Article 86 [nå 82] [mine kursiveringer]

Som vi ser av dette vil det kunne oppfattes som kontroversielt å tildele særrettigheter til kringkastings*distribusjon* til et selskap som er eiet av selskaper som allerede besitter særrettigheter i markedet for kringkastings*innhold*. Det betyr imidlertid ikke at en slik tildeling ikke kan være tillatt. Problemstillingen er først og fremst om tildeling av konsesjon til NTV er «objektivt nødvendig». Dessuten er en nødt til å drøfte om det er risiko for at tildelingen vil kunne skade konkurransen i det tilstøtende markedet («distribusjonsmarkedet»)<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Punkt 17 i direktivets fortale.

<sup>45</sup> Det er skadevirkningene i markedet for distribusjon av kringkasting det er riktig å vurdere i forhold til denne doktrinen fordi det er i dette markedet utvidelsen av NRK og TV2s virksomheter skjer. Faren for skadevirkninger i markedet for innhold må drøftes i relasjon til en annen doktrine, jf nedenfor i avsnitt 6.4.



Det er nok riktig å se begrepene i sammenheng, slik at faren for konkurranseskadelig adferd tildels inngår som et moment i vurderingen av hva som er «objektivt nødvendig». Jo mindre risikoen for skadevirkninger er, jo større blir muligheten for å vinne frem med argumenter om at det ikke fantes reelle alternativer.

### 6.3.2 *Er det «objektivt nødvendig» å tildele konsesjonen til NTV?*

Vårt tilfelle atskiller seg noe fra *Inno*. Siden frekvenser er begrensede ressurser er det *nødvendig* med aktørbegrensninger. Det samme var ikke tilfelle når det gjaldt salg av teletstyr. Som påpekt ovenfor må det antas å foreligge en plikt til utlysning og tildeling av ledige frekvensressurser. Så lenge NTV var eneste søker i en objektiv utlysingsprosess, kan det hevdes at det er «objektivt nødvendig» at selskapet tildeles konsesjonen. Dermed vil andre aktører være avskåret fra å drive tilsvarende virksomhet.

Det finnes imidlertid innvendinger mot et slikt resonnement. Særlig kan det vises til at den norske utlysingsmodellen etter hva jeg har klart å bringe på det rene skiller seg fra alle andre europeiske stater. Det finnes ikke mange land som tildeler all frekvenskapasitet til én og samme aktør, men det er noen eksempler. Ingen av disse har imidlertid gitt frekvenskonsesjonen til et konsortium som utelukkende består av de dominerende TV-kanalene.<sup>46</sup> At vi har kommet i en slik situasjon i Norge beror blant annet på at hensynet til *allmennkringkasting* langt på vei har vært altoverskyggende. Dette understrekes særlig av at Kulturdepartementet i større og større grad har tatt føringen i prosessen, for eksempel står de alene som avsender av Stortingsmeldingen. Vertikal integrasjon er i realiteten en måte å internalisere gevinster på. Langt på vei må NTVs engasjement forklares på grunnlag av dette. Slik utlysningen ble formet er det ingen andre aktører som kan realisere de samme verdier for sine eiere som NTV. Det utlysingsopplegget som ble valgt la derfor premissene for hvem som kom til å søke, noe som bør ha vært klart for konsesjonsmyndighetene.

Nå er det ikke dermed sagt at det ikke er tillatt for myndighetene å vektlegge hensynet til allmennkringkasting. Det er heller ikke sagt at en annen utlysningsteknikk ville gitt flere søkere. Men når konstruksjonen som ble valgt kun kan forankres i en nokså snever unntakslære, vil det være behov for en vanntett begrunnelse for hvorfor det var «objektivt nødvendig» å gjøre det på denne måten. I denne sammenheng synes det klart at KKD's rolle er problematisk. For det første kommer problemene som er påpekt over i avsnitt 4 enda klarere frem: Det vil være vanskelig for KKD å gi en troverdig redegjørelse for hvorfor det var tvungende nødvendig med et opplegg som de facto er til fordel for et

<sup>46</sup> Se for øvrig Stortingsmeldingen, vedlegg 1.

selskap departementet selv eier. For det andre er KKD langt på vei forvalter av en *sektorinteresse* og hele prosessen bærer preg av at det er de kulturpolitiske hensyn som har vært styrende. At en bestemt løsning er den kulturpolitiske mest heldige (satt på spissen: Heldig for NRK og TV 2) kan ikke i seg selv begrunne at den er «objektivt nødvendig» når man også trekker inn markeds-hensyn.

### 6.3.3 Vil en konsesjonstildeling til NTV ha potensial til å skade konkurransen i markedet for distribusjon av kringkasting?

Et mulig forsvar er å hevde at en utvidelse av NRKs og TV2s virksomhetsområde til også å gjelde kringkastingsdistribusjon via bakkenett ikke har potensial til å skade konkurransen. Det er jo ikke konkurranse i bakkenettet den dag i dag! Dette argumentet er ikke uten videre holdbart. I fremtiden er det trolig at det vil bli frigjort ytterligere frekvensressurser som kan brukes i bakkebasert distribusjon.<sup>47</sup> Dermed kan det på sikt bli konkurranse i markedet, selv om det i dag ikke finnes frekvenser til mer enn én aktør. Det syner på det rene at den vertikale integrasjonen mellom NTV og NRK/TV2 har potensial til å skade den fremtidige konkurransen. Det er sannsynlig at en eventuell ny bakkenettoperatør vil være avhengig av å ha i hvert fall én av allmennkringkasterne på sin plattform, men hvilken interesse har NRK og TV 2 av det?

Man må også være klar over at markedsdefinisjonene ikke er statiske. Til nå har det vel vært vanlig å anse aktiviteter som knytter seg til hhv. bakkenettet, kabel og satellitt som ulike markeder. I kommisjonens rekommendasjon<sup>48</sup> om relevante markeder innenfor sektoren for elektronisk kommunikasjon tar man imidlertid et steg videre. Her er konklusjonen at «[b]roadcasting transmission services, to deliver broadcast content to end users»<sup>49</sup> (m.a.o. kabel, bakkenett og satellitt) bør anses som ett marked. Ved konsesjonstildelingen er det nødvendig å ta høyde for dette. Det synes klart at vertikal integrasjon mellom NTV og de to viktigste innholdsleverandørene kan skape et potensial for konkurranseskadelig adferd ved at NRK og TV2s kanaler kun gjøres tilgjengelige på NTVs plattform.

I utgangspunktet kan skadepotensialet hevdes å være så stort at det å tildele konsesjon til NTV ikke kan anses som «objektivt nødvendig». Hvis de to kanalene går eksklusivt på NTVs plattform vil det ødelegge fullstendig for de andre plattformene. Et minimumskrav må være at risikoen for slik adferd elimineres så langt det er mulig. Dette kan gjøres ved regulering som retter seg

47 Jf. utlysningsteksten punkt 2.

48 Rekommendasjon (2003/311/EC) av 11 februar 2003.

49 Se punkt 18 i annekset.

direkte mot NRK og TV2.<sup>50</sup> Når det gjelder TV2 må det være et krav at myndighetene endrer selskapets konsesjon slik at kanalen får en plikt til å være representert på alle konkurrerende plattformer.

Det er ikke tilfelle i dag, TV2 nekter å la seg distribuere over Viasats satellittplattform. Kulturdepartementet avsto fra å innta en kontraheringsplikt i selskapets konsesjon.<sup>51</sup> Viasat påklagde dette til Kongen i Statsråd, men fikk ikke medhold.<sup>52</sup>

Når det gjelder NRK, kan et tilsvarende krav fastsettes i selskapets vedtekter. Slike krav vil ikke eliminere all risiko for konkurranseskadelig adferd fra de to kanalene, for eksempel foreligger det fare for favorisering og krysssubsidiering. Det største skadepotensialet tas imidlertid ut. Dermed vil det være lettere å argumentere for «objective necessity» selv om det jf. drøftelsen over fortsatt vil kunne være en tung vei å gå, i hvert fall når KKD står som den reelle konsesjonsmyndighet.

#### 6.4 The Conflict of Interests Doctrine

Jeg skal nå behandle den andre relasjonen, nemlig nettverksoperatørens betydning for forholdet mellom kringkasterne. All empiri tilsier at bakkenettet har en meget strategisk viktig betydning for kringkastingsselskapene, særlig understrekes dette av TV2 og NRKs sterke posisjoner. Vertikal integrasjon mellom TV-selskapene og distributøren skaper en risiko for at visse innholdsleverandører foretrekkes fremfor andre, eller i det minste gis fordelaktig behandling.

I rettspraksis fra EF-domstolen har man stilt seg skeptisk til tildeling av «særlige eller eksklusive rettigheter» som gir rettighetshaveren kontroll over ressurser som er av avgjørende betydning for konkurranseforholdene i rettighetshaverens hovedmarked. Skjærer man gjennom selskapsforholdene er det det TV2 og NRK vil oppnå ved at NTV tildeles konsesjon. Med hundre prosent av aksjene vil NRK og TV2 kunne bestemme hvilke av deres konkurrenter som skal få innpass i NTVs sendernett.

Den grunnleggende avgjørelsen er *ERT*.<sup>53</sup> Den er av særlig interesse i vårt tilfelle på grunn av likheter i faktum. *ERT* var den greske nasjonale kringkaster og hadde monopol på å drive kringkasting. I tillegg hadde *ERT* enerett til å videresende kringkasting, for eksempel sendingene til utenlandske kanaler. Om denne konstruksjonen uttalte domstolen:

50 Regulering som retter seg mot NTV vil ikke uten videre binde NRK og TV2. Dessuten er det som nevnt i avsnitt 5.3 ikke problemfritt å ta inn vilkår i NTVs konsesjon pga begrensningene i autorisasjonsdirektivet.

51 Jf. Kulturdepartementets konsesjonsvedtak av 15. oktober 2001.

52 Jf. Kronprinsregentens resolusjon av 2. august 2002.

53 Sak C-260/89.

37 In that respect it should be observed that Article 90(1) [nå 86] of the Treaty prohibits the granting of an exclusive right to retransmit television broadcasts to an undertaking which has an exclusive right to transmit broadcasts, where those rights are liable to create a situation in which that undertaking is led to infringe Article 86 [nå 82] by virtue of a discriminatory broadcasting policy which favours its own programmes<sup>54</sup>

Det er verdt å merke seg at domstolen ikke oppstilte vilkår om at ERT faktisk hadde opptrådt diskriminerende, det var nok at rettighetene skapte en markedsstruktur hvor risikoen for dette var til stede. *Whish* sier om dette:<sup>55</sup>

A notable feature of this case was that it was not necessary for ERT to have actually abused its dominant position in the manner suggested: the granting of the exclusive right made this sufficiently likely that the measure in question infringed Article 86(1). The ECJ seems to have considered it to be inevitable that an undertaking in the position of ERT, because of its conflict of interests, would act abusively.<sup>56</sup>

Det er på det rene at det må være årsakssammenheng mellom selve tildelingen av rettigheten og bruddet på konkurransereglene. Noen vil kanskje mene at EU-domstolen i dette tilfellet stilte for lave krav til årsakssammenheng. Det kan hevdes at det strengt tatt ikke foreligger brudd på konkurransereglene før det tilgodesette selskapet misbruker den dominerende stillingen rettigheten setter det i og at *fare* for misbruk ikke er nok. De senere avgjørelsene i *La Crespelle*<sup>57</sup> og *Banchemo*<sup>58</sup> blir i blant tatt til inntekt for at EU-domstolen har moderert sin praksis og skjerpet kravet til årsakssammenheng.<sup>59</sup> Jeg er uenig i dette hvis det fremsettes som en generell påstand. I typetilfeller som «the extension of the dominant position doctrine» synes det temmelig klart at det er utvidelsen som sådan som er det uønskede fenomen. Denne følger direkte av myndighetenes rettighetsdeling. Å oppstille et ytterligere krav til årsakssammenheng virker meningsløst. Når det gjelder «the conflict of interests doctrine» har innvendingene et mer reelt grunnlag. Men det må fremheves at det i seg selv skaper en meget uheldig markedsstruktur hvis et selskap settes i en posisjon hvor det kan utøve tilnærmet regulatorisk myndighet i forhold til sine konkurrenter.<sup>60</sup> At man opererer med et mindre strengt årsakskrav i slike tilfeller er naturlig. Dette understrekes også av *Whish* som blant annet sier:<sup>61</sup> «What seems clear is that the causal link must be stronger in some kinds of

54 Som andre eksempler på anvendelse av doktrinen kan nevnes teledirektivet om full konkurranse (EC/96/19), se fortalens punkt 7 og kabeldirektivet (EC/95/51), se fortalens punkt 14.

55 *Whish*, side 199.

56 Buendia Sierra gir uttrykk for en tilsvarende oppfatning, side 165.

57 Sak C-323/93.

58 Sak C-387/93.

59 Tilsynelatende i denne retning *Buendia Sierra*, side 179.

60 For norske kringkastere som skal bli distribuert i bakkenettet gjelder et krav om (innholds)konsesjon, jf krkl § 2-1. Som eier vil i tillegg NTV kunne avgjøre hvem som blir distribuert i nettet. NTVs utvelgelse vil de facto kunne ha samme effekter som et konsesjonsvedtak fra myndighetene.

61 *Whish*, side 198.

cases than others, depending on how likely it is that abusive behaviour will follow from the measure in question.»

Konsesjonen vil bringe NTV i besittelse av langt flere frekvenser enn eierne NRK og TV 2 trenger. Ved utleie av frekvenskapasitet er det en nærliggende risiko for selskaper som ikke konkurrerer direkte med NRK og TV2 vil bli foretrukket. Det kan også tenkes at de frekvensene som ikke skal benyttes av eierselskapene bygges ut med lav dekningsgrad, eller ikke bygges ut overhodet. I tillegg foreligger det risiko for prisdiskriminering. At utlysningen henviser til reglene om nettilgang i regelverket om elektronisk kommunikasjon hjelper lite hvis frekvensene allerede er fylt opp av «ufarlige kanaler» eller i verste fall ikke er bygget ut.

Det er på dette punktet det er vanskeligst å se at det vil være forenlig med EØS-avtalen art. 59 og tilhørende rettspraksis å tildele NTV konsesjonen. Det er neppe mulig å fastsette regulering i forkant som vil fjerne en hver risiko for diskriminerende opptreden fra selskapet. Da ville i så fall forbudet måtte gjøres meget generelt. Et forbud som ikke spesifiserer hva «diskriminering» er, vil imidlertid rent praktisk være en dårlig garantist når potensialet for misbruk er såvidt stort som her.

Et mulig motargument er at kanaler som ikke får innpass i bakkenettet fortsatt vil ha mulighet for å bli distribuert via kabel eller satellitt. For øyeblikket er det imidlertid neppe grunnlag for å hevde at kabel-, satellitt- og bakkenettdistribusjon utgjør samme marked etter norske forhold.<sup>62</sup> Blant annet kan det vises til at kringkastingslovgivningen regulerer de ulike plattformene forskjellig. Derfor er det tvilsomt om et slikt argument vil føre frem. Dessuten – selv om man anser kabel-, satellitt- og bakkenettdistribusjon for å være del av samme marked, vil det i praksis være en klar *fordel* å være representert på alle plattformer. Art. 59 omfatter sannsynligvis også rettigheter som skaper betydelige fordeler i et marked uten at dette skal utdypes videre her.<sup>63</sup>

Konklusjonen er at med mindre man klarer å skrive inn garantier mot diskriminering av kringkastere i NTVs konsesjon, vil det kunne være vanskelig forenlig med EØS-avtalen art 59 å tildele selskapet mer frekvenskapasitet enn eierne selv trenger. Å skrive inn slike garantier kan synes vanskelig, gitt det mangfoldet av diskrimineringsmuligheter som vil finnes.

## 7 Oppsummering og konklusjoner

Denne artikkelen har vist at det å tildele NTV konsesjon for etablering og drift av et digitalt bakkenett for kringkasting i Norge

<sup>62</sup> En annen sak er at dette kan endre seg relativt hurtig, jf ovenfor i avsnitt 6.3.3.

<sup>63</sup> Se for eksempel *Buendia Sierra*, side 68 og *Steinicke* side 51.

kan være vanskelig forenlig med fellesskapsretten. På grunn av eierskapet i NRK og dermed indirekte i NTV ville KKD mest sannsynlig måtte anses å være inkompetent som konsesjonsmyndighet om de nye direktivene om elektronisk kommunikasjon ble lagt til grunn.<sup>64</sup> Siden implementeringen av direktivene i EØS-avtalen er forsinket er imidlertid Norge ennå ikke bundet av dem. Dermed er det et politisk spørsmål om man ønsker å benytte det «smutthullet» forsinkelsen gir.

Videre illustrerer rettspraksis i tilknytning til EF-traktaten art. 86 (tilsvarende EØS-avtalen art. 59) at det er kontroversielt å utvide TV2s og NRKs virksomhetsområde fra kun å gjelde innholdsproduksjon til også å omfatte distribusjon av kringkasting. Dette fordi etableringen av en vertikalt integrert aktør skaper risiko for at konkurransen i markedet for distribusjon av kringkasting skades både på kort og lang sikt. Et minimumskrav må være at man gjennom regulering som retter seg direkte mot NRK og TV2 forsøker å eliminere denne risikoen så langt det er mulig. Det er likevel grenser for hvor effektiv en slik ex-ante regulering vil være, tatt i betraktning at selve markedsstrukturen som etableres er uheldig. Det er derfor usikkert om slike tiltak er tilstrekkelig til å oppfylle EØS-avtalens krav.

Hvis NTV tildeles konsesjon vil TV2 og NRK gjennom utøvelse av sin eiermakt kunne påvirke hvilke av konkurrentene som skal få fordelen av å bli distribuert i bakkenettet og hvilke som må ta ulempen ved å stå utenfor. Artikkelen har vist at rettspraksis i tilknytning til EF-traktaten art. 86 (tilsv EØS-avt. art. 59) har gått langt i å stemple tildeling av rettigheter som bidrar til å etablere en slik markedsstruktur som stridende mot fellesskapsretten.

Artikkelen har også vist at det vil være usikkert om Stortinget har en reel grad av frihet ved vurderingen av spørsmålet om tildeling av konsesjon. Hvis Stortinget velger å forholde seg til EUs nye direktiver om elektronisk kommunikasjon vil disse i kombinasjon med EØS-rettslige anbudsregler gjøre det vanskelig å stille ytterligere krav til NTV. Det vil også være vanskelig å holde frekvensene tilbake.

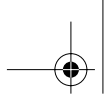
\*\*\*

Jeg er ikke blind for at tildeling av konsesjon for utbygging og drift av et digitalt bakkenett for kringkasting først og fremst er et politisk spørsmål. Men jussen blir på et gitt tidspunkt en premissleverandør. Når de rette myndigheter skal foreta sin avveining, vil juridiske momenter inngå i helhetsvurderingen. Derfor mener jeg det er riktig og viktig å klargjøre hva jussen går ut på slik at vurderingsgrunnlaget blir mest mulig korrekt.

Kan hende er ikke europeisk konkurranserett og teleregulering spesielt godt tilpasset den nokså særegne norske kringkastings-

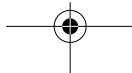
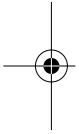
64 Jf. rammedirektivet art. 3.2.





*Tarjei Bekkedal: Digitalt bakkenett for kringkasting og EØS-avtalen*

sektoren. Det kan også godt være at man bør tørre å utfordre EØS-retten mer ved å tøyne noen begreper eller en og annen rettsavgjørelse. Derfor vil ikke jeg påstå at NTV ikke bør tildeles konsesjon. Det eneste jeg påpeker er at man da kan risikere å komme på kant med EØS-retten på visse punkter. I enkelte politiske og byråkratiske miljøer vil det bli sett på som en belastning som bør inngå i det totale samfunnsmessige regnestykket. Dessuten må man være oppmerksom på at næringslivsaktører som er motstandere av at nettet bygges vil kunne klage konsesjonstildelingen inn for de relevante europeiske klageinstanser. Nettets endelige skjebne vil i så fall ligge i hendene til organer utenfor norsk kontroll.



www.gyldendal.no/akademisk/

## Spar kr 880,- + motta *Norsk Lovkommentar* til en verdi av kr 4.500,- GRATIS med på kjøpet! **Spesialtilbud!**

Vi tilbyr serieabonnement (abonnement på alle våre tidsskrifter) til kr 2.900,-. Du sparer kr 880,-. Om du tegner serieabonnement, får du **Norsk Lovkommentar** i bokutgave gratis. Verdi kr 4500,- NB! Begrenset opplag.



Gyldendal Akademisk • Tlf 22 03 43 00 • Faks 22 03 43 05 • E-post: akademisk@gyldendal.no

### BESTILLINGSKUPONG

### Ja takk, jeg bestiller:

- Tidsskrift for Erstatningsrett kr 750,-
- Tidsskrift for Forretningsjus kr 1100,-
- Tidsskrift for Strafferett kr 780,-
- Tidsskrift for Familierett, arverett og bernevernrettslige spørsmål kr 750,-
- Nytt i ekspropriasjonsretten kr 400,-
- Serieabonnement** – alle tidsskriftene kr 2.900,-  
Norsk Lovkommentar følger GRATIS! (Verdi kr 4500,-)

Navn: \_\_\_\_\_

Inst./Firma: \_\_\_\_\_

Adresse: \_\_\_\_\_

Postnr./sted: \_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

Underskrift: \_\_\_\_\_

Kan sendes ufrankert i Norge. Gyldendal Akademisk vil betale portoen.

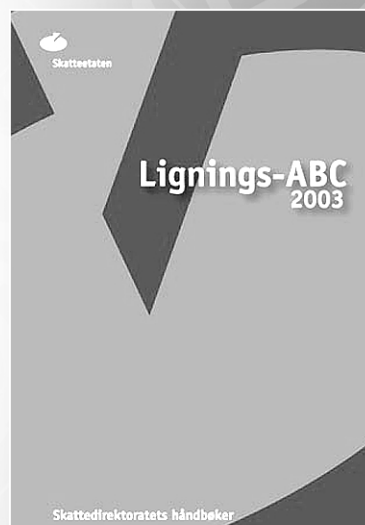
**SVARSENDING**  
Avtale nr 140 112 / 049

Gyldendal  
Akademisk  
St. Olavs plass  
0130 Oslo

# Alt du trenger å vite om skatt!

## Skatteetaten Lignings- ABC 2003

- ISBN 82-05-32735-1
- Kr 329,-



## Ole Gjems-Onstad Skattelov- samlingen 2003–2004

- ISBN 82-05-32723-8
- Kr 795,-

Nå i bokhandelen!



[www.gyldendal.no/akademisk/](http://www.gyldendal.no/akademisk/)

