



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Ifølge liste

Deres ref.
1006725-45

Vår ref.
12/587 JLB/KSK/RHO/SGR

Dato
20.12.2012

Vedtak i klagesak om Post- og teletilsynets vedtak 23. mars 2012 – Markedet for tilgang og originering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (tidligere marked 15)

Det vises til klage fra Telenor ASA (Telenor) datert 30. mars 2012 og selskapets utdypning av klagen 23. april 2012. Klagen gjelder Post- og teletilsynets vedtak 23. mars 2012 hvor Telenor ble pålagt å tilby TDC AS (TDC) avtale om regulert tilgang som skal være i overensstemmelse med gjeldende krav til ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter. Vedtaket innebærer at TDCs tilgangskostnad må reduseres med 20 prosent, og at TDC skal ha anledning til å inngå avtale om regulert tilgang med en prisstruktur tilsvarende hva Telenor har lagt til grunn i slike øvrige tilgangsavtaler. Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29.

Videre vises det til Post- og teletilsynets innstilling i klagesaken som ble oversendt Samferdselsdepartementet 18. juli 2012, hvor tilsynet innstiller på at klagen ikke tas til følge. Departementet mottok merknader fra Telenor til tilsynets innstilling 17. august 2012, samt TDCs kommentarer til Telenors merknader 12. september 2012. Det er avholdt møter med TDC 13. september 2012 og Telenor 14. september 2012, etter ønske fra partene. Partsoffentlige versjoner av presentasjonene som ble gjennomgått under møtene ble oversendt partene i etterkant.

1. BAKGRUNN

Post- og teletilsynet fattet 5. august 2010 vedtak om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. I vedtaket punkt 8.2 ble Telenor blant annet pålagt plikt til ikke-diskriminering:

”Med hjemmel i ekomloven § 4-7 pålegges Telenor ASA å ikke diskriminere med

hensyn til pris og alle andre vilkår for tilgang for nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering. For å være tilstrekkelig effektivt, mener PT at et krav om ikke-diskriminering må gjelde både mellom eksterne virksomheter (ekomloven § 4-7 første ledd) og mellom egne og eksterne virksomheter (ekomloven § 4-7 annet ledd). Videre skal plikten til ikke-diskriminering rette seg mot diskriminering mellom ulike tilgangsformer. Eventuelle forskjeller i vilkårene mellom tilgangsformer skal således kunne begrunnes i objektive kriterier.”

Vedtaket ble påklaget av Telenor. Samferdselsdepartementet tok ikke klagen til følge, og stadfestet tilsynets vedtak 6. april 2011.

1.1 Post- og teletilsynets vedtak 23. mars 2012

Post- og teletilsynet mottok 2. desember 2010 klage fra TDC om at tilgangsvilkårene selskapet oppnådde hos Telenor innebar diskriminering i strid med Telenors plikter etter det gjeldende marked 15-vedtaket, herunder brudd på tilgangsplikt, diskriminering mellom TDC og Telenors interne virksomheter, samt diskriminering mellom TDC og andre aktører. Post og teletilsynet fattet følgende vedtak 23. mars 2012 (Vedtaket):

”Post- og teletilsynet pålegger med hjemmel i ekomloven § 10-6 Telenor ASA, innen 30 dager fra vedtakets dato, å tilby TDC AS avtale om regulert tilgang som skal være i overensstemmelse med gjeldende krav til ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter. Vilråene i den tilbudte tilgangsavtalen skal tilfredsstillende krav som stilles i vedtak 5. august 2010 kapittel 8.2, jf. kapittel 7.2, jf. de presiseringer som følger av dette vedtaket, og innebærer at TDC AS’ tilgangskostnad må reduseres med 20 prosent. TDC AS skal ha anledning til å inngå avtale om regulert tilgang med en prisstruktur, herunder bestemmelser om prisjusteringsmekanismer, tilsvarende hva Telenor ASA har lagt til grunn i slike øvrige tilgangsavtaler. ”

Departementet påpeker at den delen av TDCs klage som gjelder påstand om brudd på tilgangsplikt, samt diskriminering mellom TDC og Telenors interne virksomheter, foreløpig ikke er blitt behandlet av Post- og teletilsynet. Samferdselsdepartementet viser til tiden som har gått siden Post- og teletilsynet mottok klagen fra TDC, og ber om at tilsynet omgående tar stilling til de resterende deler av TDCs klage.

1.2 Oppfølging av Vedtaket

Telenor anmodet 30. mars 2012 om utsatt iverksetting av Vedtaket. Samferdselsdepartementet besluttet 20. april 2012 ikke å gi utsatt iverksetting. I etterkant av Vedtaket er det oppstått uenighet mellom Telenor, TDC og tilsynet om hvordan tilsynets vedtak skal etterleves. Dette har medført en betydelig korrespondanse mellom partene. Departementet viser til presiseringer fra Post- og

teletilsynet i brev av 25. juni, 10. juli, 18. juli (tilsynets innstilling punkt 6), 22. august, 11. september, 18. september og 24. september 2012. Videre vises det blant annet til brev fra Telenor av 3. juli, 11. juli (e-post), 13. juli (e-post), 17. august, 6. september og 25. september 2012. Departementet viser også til TDCs kommentarer i brev 6. juli, 12. september og 19. oktober 2012.

Telenor anfører at Post- og teletilsynets etterfølgende presiseringer under enhver omstendighet faller utenfor vedtaket av 23. mars 2012, og ber departementet ta stilling til dette. For det tilfellet at departementet skulle anse tilsynets etterfølgende presiseringer som en del av Vedtaket, anfører Telenor at denne del/disse deler under enhver omstendighet må settes til side som ugyldig. Telenor anfører at tilsynets etterfølgende håndtering av disse spørsmålene strider mot forvaltningslovens regler om forsvarlig saksbehandling og kontradiksjon, og videre at Post- og teletilsynets vurdering ikke har det nødvendige rettslige og faktiske grunnlag. Telenor anfører at tilsynet i de etterfølgende presiseringene ikke bare tar stilling til de offentligrettslige forpliktelsene som påhviler Telenor som følge av Vedtaket, men også privatrettslige forhold som ligger utenfor tilsynets kompetanse. Telenor viser til at tilsynet legger til grunn at de etterfølgende presiseringene utgjør en del av Vedtaket, og at departementet derfor må ta stilling til Telenors innvendinger til dette som en del av klagesaken.

TDC mener tilsynets etterfølgende uttalelser om forståelsen av Vedtaket ikke vil kunne regnes som nye vedtak. Selskapet viser til at tilsynet kun har redegjort for sin tolkning av de forpliktelser Telenor er underlagt, og at slike uttalelser ikke pålegger selskapet plikter og gir motsetningsvis ikke TDC rettigheter. TDC bestrider at tilsynets etterfølgende tolkningsuttalelser er en del av *"saken"*, og anfører at departementet ikke kan prøve dette som en del av klagebehandlingen, jf. forvaltningsloven § 34. Selskapet viser til at klageorganet bare har materiell kompetanse til å ta stilling til *"saken"*, det vil si den sak som er avgjort av underinstansen. For enkeltvedtak vil det ifølge TDC i praksis si den endelige beslutningen, samt prosessen som leder frem til den avgjørelse partene kan påklage. TDC mener bestemmelsen ikke gir overordnet organ anledning til å utvide klagebehandlingen til å omfatte andre saker, selv der dette kunne ha vært hensiktsmessig. TDC anfører at Post- og teletilsynets etterfølgende vurdering av om Telenors avtaleutkast er i tråd med marked 15-reguleringen og dermed pålegget, ikke er en del av *"saken"*, verken direkte eller indirekte.

Post- og teletilsynet mener det ikke er grunnlag for Telenors påstand om manglende samsvar mellom Vedtaket og tilsynets oppfølging av Vedtaket. Når det gjelder Telenors påstand om innblanding i kommersielle forhold, bestrides dette av tilsynet, og tilsynet viser til at bakgrunnen for Vedtaket var at tilsynet etter omfattende saksbehandling hadde konstatert at Telenor diskriminerte i strid med plikt etter tilsynets vedtak i marked 15. Post- og teletilsynet mener det ligger innenfor tilsynets kompetanse når tilsynet har gitt uttrykk for at tilbud Telenor har fremsatt til TDC etter Vedtaket, ikke anses å være i tråd med kravet til ikke-diskriminering og dermed heller ikke i tråd med pålegget, samtidig som tilsynet har lagt til rette for at forhandlingene kunne fortsette. Tilsynet mener videre at deres oppfølging av Vedtaket ikke er i strid med krav til

forsvarlig saksbehandling, samt at tilsynet har faktisk og rettslig grunnlag for sin håndheving av Vedtaket.

Samferdselsdepartementet vil komme tilbake til Post- og teletilsynets etterfølgende presiseringer av Vedtaket i kapittel 7.

2. TELENORS ANFØRSLER

Telenor klager på Vedtaket, og anfører at Vedtaket mangler både faktisk og rettslig grunnlag. Selskapet anfører for det første at det ikke er rettslig grunnlag for Post- og teletilsynets forståelse av kravet til ikke-diskriminering. Telenor legger til grunn at reguleringen av selskapet i marked 15 er blitt mildere og at selskapet i siste runde ikke er pålagt direkte prisregulering.

Videre anføres det at plikten til ikke-diskriminering ikke kan fungere som hjemmel for Vedtaket. Kravet til ikke-diskriminering knytter seg etter Telenors mening til om ulikheter i vilkårene mellom kjøpere av regulert tilgang er basert på objektive kriterier. Telenor mener derfor at selskapet ved et eventuelt brudd på ikke-diskrimineringsplikten også skal ha mulighet til å avhjelpe bruddet gjennom praksis, herunder å øke prisene i den eller de avtaler som er gjenstand for sammenligning og som ligger til grunn for konklusjon om diskriminering.

Telenor anfører at Post- og teletilsynet har lagt til grunn en for snever tolkning av begrepet "*objektive grunner*" i Vedtaket, og derigjennom skjerpet kravet til ikke-diskriminering uten begrunnelse. Telenor viser til at kjøperne av tilgang har ulike ønsker og behov. Telenor har i denne sammenheng holdt seg innenfor kravet til ikke-diskriminering ved at de har søkt å komme aktørene i møte, blant annet hva gjelder prisstruktur. Post- og teletilsynets vedtak innebærer i realiteten et krav om listepriis, noe Telenor anser for å være i strid med hensynet til å fremme bærekraftig konkurranse og det regulatoriske formålet om dynamisk effektivitet.

Telenor anfører at det foreligger en rekke ulikeheter mellom avtalene Telenor har med henholdsvis TDC og Network Norway og at disse er objektivt begrunnet. Telenor er uenig i Post- og teletilsynets vurdering av de objektive forholdene som Telenor mener er grunnlag for forskjellsbehandling mellom TDC og Network Norway.

Til slutt anfører Telenor at selskapet ikke er enig i flere av de forutsetninger Post- og teletilsynet har måttet legge til grunn ved sammenligningen av de to tilgangsavtalene.

3. KORT OM TDCS MERKNADER

TDC mener at det er både faktisk og rettslig grunnlag for vedtaket. Videre anføres at en MVNO for alle praktiske formål kjøper den samme tjenesten av Telenor som en nettverkstilbyder. TDC hevder at Telenor likevel har gitt andre grossistkunder

vesentlig lavere pris samt en mer fordelaktig prismodell, noe som utgjør en forskjellsbehandling som ikke kan begrunnes med objektive forhold.

TDC legger til grunn at Post- og teletilsynet må kunne etterprøve og håndheve forpliktelsene gjennom vedtak og effektive pålegg som retter opp avtaler i henhold til ikke-diskrimineringsforpliktelsen Telenor er pålagt. TDC påpeker at Telenor og tilsynet er uenige om det rettslige utgangspunktet, og hvordan forbudet mot diskriminering skal anvendes konkret. TDC mener videre at tilsynets innstilling er konsistent med hva tilsynet har uttalt i vedtak og varsel om vedtak.

I forbindelse med Telenors anførsel om at pålegget i vedtaket 23. mars er til hinder for dynamisk effektivitet, ser ikke TDC at det er noe motsetningsforhold mellom dynamisk effektivitet og håndhevelse av forpliktelser Telenor er pålagt gjennom gjeldende regulering i marked 15. Post- og teletilsynet har i gjeldende marked 15-vedtak lagt til grunn dynamisk effektivitet for valg av virkemidler, og ikke for håndhevelsen av dem. TDC legger også til grunn at et pålegg om retting i henhold til ikke-diskrimineringsplikten ikke innebærer *"en mer direkte prisregulering"* enn det Post- og teletilsynet har adgang til.

Videre viser TDC til at verken ekomloven eller marked 15-vedtaket stiller som betingelse at tilsynsmyndigheten lar pliktsubjektet rette opp i en eventuell overtredelse av forbudet mot ikke-diskriminering før pålegg om prisreduksjon.

TDC ber Samferdselsdepartementet om å presisere Vedtaket på en slik måte at etterlevelse sikres. Dette innebærer etter TDCs syn at departementet i sitt klagevedtak, fastsetter at Telenor har plikt til å gi TDC en kostnadsreduksjon på 20 prosent basert på de samme betingelsene som fremgår av den eksisterende tilgangsavtalen.

4. RETTSLIG UTGANGSPUNKT

Det følger av ekomloven at relevante markeder skal defineres, jf. ekomloven § 3-2, tilbydere med såkalt "sterk markedsstilling" skal eventuelt utpekes, jf. ekomloven § 3-3 og særskilte forpliktelser ilegges, jf. ekomloven § 3-4. Etter ekomloven § 4-1 kan myndigheten pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å imøtekomme enhver rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett og -tjeneste. Etter ekomloven § 4-7 første ledd fremgår det at:

"Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til eksterne tilbydere på ikke-diskriminerende vilkår."

Det følger av Ot.prp. nr.58 (2002-2003) s. 101 at:

”Med ikke-diskriminerende menes at forpliktelsene som pålegges skal være like i like tilfeller, hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd”.

Videre fremgår det på s. 104 og 105:

”Kravet om ikke-diskriminering må særlig ses i sammenheng med formålet med tilgangsbestemmelsene. For å kompensere for ulempene de nye tilbydere har ved at de ikke eier/disponerer infrastruktur for tilbud av elektroniske kommunikasjonstjenester, gis de tilgang til eksisterende infrastruktur på ikke-diskriminerende konkurransevilkår. (...) Bestemmelsens første ledd hjemler myndighetens adgang til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å behandle eksterne brukere likt, dette medfører et forbud mot å diskriminere mellom eksterne brukere. Ordlyden innebærer en slags ”beste vilkårs bestemmelse” i den forstand at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys andre konkurrerende tilbydere”.

I Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 ble Telenor utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og pålagt særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og origineringsnett i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15). Det vises til punkt 1 ovenfor. Telenor ble i vedtaket blant annet pålagt plikt til ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter, og tilsynet uttaler blant annet følgende om forpliktelsen i vedtaket kapittel 7.2.4:

”PT mener videre at det er nødvendig at plikten til ikke-diskriminering skal rette seg mot diskriminering mellom ulike tilgangsformer. Eventuelle forskjeller i vilkårene mellom tilgangsformer skal således kunne begrunnes i objektive kriterier.”

Videre presiseres ikke-diskrimineringsforpliktelsen Telenor pålegges i vedtaket slik i kapittel 7.2:

”Ikke-diskriminering innebærer ikke nødvendigvis at alle virksomheter skal gis identiske vilkår, men at eventuelle forskjeller i de vilkår som gis er basert på objektive kriterier. Hovedpoenget med ikke-diskriminering er at tilbydere med sterk markedsstilling skal behandle likartede situasjoner likt når det gjelder priser, informasjon og vilkår for øvrig, uavhengig av hvilken virksomhet det gjelder.”

5. DEPARTEMENTETS VURDERING

5.1 Krav til ikke-diskriminering og objektive grunner til forskjellsbehandling

5.1.1 Fortolkningen av objektive grunner

Telenor viser til at alminnelig konkurranserett åpner opp for at kravet til ikke-diskriminering ikke innebærer et absolutt forbud mot forskjellsbehandling, så lenge forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet. Telenor anfører at tilsynet har lagt til grunn en for snever tolkning av begrepet "objektive grunner" i sitt vedtak når de kun legger til grunn at volumrabatt er en objektiv begrunnelse for ulike prisvilkår i denne saken. Telenor mener at Post- og teletilsynet ikke følger opp det rettslige utgangspunktet i oppsummeringen av den nasjonale høringen 5. august 2010 av marked 15:

"Ved en sammenlikning av ulike tilgangsavtaler vil en rekke forhold være av betydning for om kravet til ikke-diskriminering er oppfylt. Bl.a. vil volumrabatter, volumforpliktelser, trafikkprognoser og klausuler om bindingstid kunne inngå i en slik totalvurdering. PT mener på denne bakgrunn at det ikke er hensiktsmessig å trekke opp et generelt prinsipp om for eksempel prisforholdet mellom nasjonal gjesting og MVNO-tilgang slik Tele2 etterspør. Som et utgangspunkt mener PT likevel at det er relevant å sammenligne antall minutter i tilknytning til volumrabatter, slik Tele2 anfører."

Videre viser Telenor til tilsynets uttalelse i vedtak 5. august 2010 i marked 15 punkt 175:

"Tilgangsavtaler inneholder ofte bestemmelser om volumrabatter. Volumrabattene er ofte inndelt i trinn slik at rabattene øker med økt volum. Virksomheter med høyt volum får således en fordel fremfor andre mindre tilbydere. Dersom trinnene i rabattskalaen krever så høye volum at det i praksis er kun Telenors egen sluttbrukervirksomhet som har mulighet til å oppnå de beste rabattene, kan dette hevdes å være diskriminerende prisvilkår med mindre rabattene kan begrunnes objektivt. Dokumenterte kostnadsbesparelser kan være en objektiv begrunnelse."

Når det gjelder Telenors anførsel knyttet til at alminnelig konkurranserett åpner for at ikke-diskriminering ikke innebærer et absolutt forbud mot forskjellsbehandling viser departementet til Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) (s. 105) om lov om elektronisk kommunikasjon, merknad til § 4-7, hvor det uttales: *"Ulike tjenester kan leveres på ulike vilkår. Kravet om objektive vilkår kan imidlertid innebære at vilkår ikke kan differensieres alene ut fra hva tjenestene skal brukes til eller i forhold til hvilke tilbydere de tilbys. På bakgrunn av dette kan ikke departementet se at det er motstrid mellom sektorreguleringen og den alminnelige konkurranserett på dette punkt.*

Videre har departementet vurdert Telenors anførsel om at tilsynet skal ha lagt til grunn en for snever tolkning av begrepet "objektive grunner" i sitt vedtak når tilsynet kun

legger til grunn at volumrabatt er en objektiv begrunnelse for ulike prisvilkår i denne saken. Departementet viser til tilsynet uttalelse i Vedtaket kapittel 3:

"PT mener på denne bakgrunn at spørsmålet om Telenor har diskriminert mellom kjøpere av tilgang i strid med vedtaket, vil måtte bero på en vurdering av flere forhold. PT har sammenlignet TDCs vilkår med vilkårene Network Norway har i sin avtale om kjøp av nasjonal gjesting. Et første spørsmål blir om ulikheten i tilgangsform i seg selv kan gi grunnlag for ulik behandling av de to tilgangskjøperne og i så fall hvor langt et slikt grunnlag rekker, jf. kravet om at likartede situasjoner skal behandles likt. I den grad det eksisterer forskjeller i de vilkår som er gitt, må PT ta stilling til om forskjellene kan begrunnes i objektive kriterier."

Samferdselsdepartementet mener dette er et korrekt utgangspunkt for den vurdering som skal foretas, og viser til at tilsynet etter en konkret vurdering har kommet frem til at kun volumrabatt kan anses som objektiv grunn for ulike tilgangsvilkår i denne saken. Departementet mener det ikke er noe motsetningsforhold mellom oppsummeringen av det rettslige utgangspunktet i den nasjonale høringen og at tilsynet basert på en konkret vurdering kom frem til at det i denne saken kun er volumrabatt som kan utgjøre en objektiv grunn til ulikhetene i tilgangsavtalene. Dette konkrete resultatet endrer ikke tilsynets utgangspunkt om at en rekke forhold kan utgjøre objektive grunner til forskjellsbehandling. Etter departementet syn medfører ikke tilsynets vurdering i denne konkrete saken en innsnevring av det rettslige utgangspunktet for tolkningen av begrepet "objektive grunner" slik Telenor anfører.

På bakgrunn av ovennevnte kan ikke Samferdselsdepartementet se at Telenors generelle anførsler om rettsanvendelsen på dette området fører frem. Departementet viser for øvrig til kapittel 6 for departementets vurdering av de objektive grunnene som er anført av Telenor.

5.1.2 En slags bestevilkårslære

Telenor mener det heller ikke kan innfortolkes en bestevilkårslære etter ekomloven § 4-7 slik at tilbydere alltid skal tilbys samme vilkår, og viser til at forarbeidene omtaler den aktuelle ikke-diskrimineringsplikten "som en slags bestevilkårslære". Telenor mener derfor at det ikke kan utledes av bestemmelsen er ment å gi anvisning på at det "alltid skal tilbys beste vilkår". Dette er det etter Telenors mening heller ikke grunnlag for å utlede av teori eller praksis. Bestevilkårslæren vil uansett begrenses av at forskjellsbehandling kan begrunnes med objektive grunner.

Departementet viser til forarbeidene hvor det fremgår at ordlyden skal forstås som "en slags "beste vilkårs bestemmelse" i den forstand at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys til andre konkurrerende tilbydere", jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 104 og 105. Det fremgår av Post- og teletilsynets innstilling at tilsynet referer til det samme rettslige utgangspunkt som Telenor viser til. Tilsynet er enig i at bestevilkårslæren begrenses av at forskjellsbehandlingen begrunnes med objektive

grunner. Departementet konkluderer med at Telenors anførsel og tilsynets uttalelser ikke bygger på reell uenighet. Departementet utdyper derfor ikke dette nærmere.

5.1.3 Dokumenterbarhet

Telenor anfører at det forhold at verdien av en forpliktelse er vanskelig å isolere og tallfeste, ikke innebærer at verdien ikke er relevant. Etter Telenors oppfatning kan det ikke oppstilles krav om at den eksakte verdien må kvantifiseres for å kunne begrunne ulik behandling. Telenor anfører at en slik forpliktelse ikke lar seg utlede av kravet til ikke-diskriminering eller forarbeidene. Videre anfører Telenor at det er i samsvar med Konkurransetilsynets praksis, at et forhold kan være relevant som grunnlag for ulik behandling etter kravet om ikke-diskriminering selv om det ikke kan kvantifiseres presist. Telenor har i denne sammenheng vist til Konkurransetilsynets uttalelser på side 81 i rapport *"Betaling for hylleplass – virkninger for konkurransen i dagligvaremarkedet i Norge"*¹. Etter Telenors syn viser Konkurransetilsynets vurdering at man har akseptert at det forhold at en aktør er villig til å påta seg en forpliktelse (her i form av hylleplassavgift) kan gi grunnlag for ulike vilkår. Telenor mener det er verdt å merke seg at Konkurransetilsynet ikke anfører at denne typen forhold kun er relevant hvis de kan dokumenteres gjennom kostnadsbesparelser eller kvantifiseres presist.

Når det gjelder Telenors henvisning til rapport om hylleplassavgift, viser departementet til at dagligvaremarkedet ikke er gjenstand for forhåndsregulering med det siktemål å oppnå bærekraftig konkurranse. Telenor har blant annet vist til følgende sitat fra rapporten hvor det fremgår at *"ulike vilkår [i mange tilfeller kan] skyldes at dagligvarekjedene i varierende grad har utnyttet sin kjøpermakt ved å kreve hylleplassavgifter, slik at noen kjeder får bedre vilkår enn andre."* Motsatt fremgår det av Post- og teletilsynets markedsanalyse som lå til grunn for marked 15 vedtaket 5. august 2010, at selv de større kjøperne av tilgang bare i svært begrenset grad hadde kunnet utøve kjøpermakt.² Ettersom styrkeforholdet i kjøpermakt mellom tilbyder og tilgangskjøper i marked 15 er svært ulikt styrkeforholdet mellom leverandører og dagligvarehandler i dagligvaremarkedet, vil ikke ulikheter i tilgangsavtalene kunne begrunnes på tilsvarende måte. Departementet mener Telenors henvisning derfor kun har begrenset relevans i denne sammenheng.

Videre mener departementet at Telenors slutninger fra Konkurransetilsynets rapport om hylleplassavgift er lite treffende. Departementet viser til rapporten side 81 til 82 hvor det fremgår:

"Det er det reelle bakenforliggende forhold som avgjør lovligheten av differensierte betingelser i slike tilfeller. Det vil måtte vurderes i hver enkelt sak hvorvidt ulike

¹ Konkurransetilsynet: *Betaling for hylleplass. Virkninger for konkurransen i dagligvaremarkedet i Norge.* Rapport 2/2005

² Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010, kapittel 4.2.9 om markedsatferd og insentiver.

vilkår har en legitim begrunnelse i form av reelle kostnadsbesparelser, eller om det er snakk om en mulig overtredelse av konkurranseloven § 11.

(...)

Rene kvantumsrabatter knyttet til størrelsen på den enkelte ordre, er i utgangspunktet uproblematisk, også når de ytes av dominerende leverandører. Nyere rettspraksis fra EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen indikerer imidlertid at rabatter bare skal anses som kvantumsrabatter hvis de avspeiler de konkrete kostnadsbesparelsene som ordrens størrelse innebærer for leverandøren. Det må altså være samsvar mellom prisavslaget og kostnadsbesparelsen.”

Etter departementets syn tilsier de ovennevnte uttalelsene fra Konkurransetilsynet at ulike vilkår nettopp må kunne begrunnes i reelle kostnadsbesparelser.

Departementet viser videre til Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 i marked 15 (s. 32 nr. 175) der tilsynet skriver:

”Tilgangsavtaler inneholder ofte bestemmelser om volumrabatter. Volumrabattene er ofte inndelt i trinn slik at rabatten øker med økt volum. Virksomheter med høyt volum får således en fordel fremfor andre mindre tilbydere. Dersom trinnene i rabattskalaen krever så høye volum at det i praksis er kun Telenors egen sluttbrukervirksomhet som har mulighet til å oppnå de beste rabattene, kan dette hevdes å være diskriminerende prisvilkår med mindre rabattene kan begrunnes objektivt. Dokumenterte kostnadsbesparelser kan være en objektiv begrunnelse.”

Departementet er enig med tilsynet i dette. Kostnadsbesparelser må kunne dokumenteres og til en viss grad kvantifiseres dersom de skal kunne utgjøre en objektiv begrunnelse. Myndigheten må kunne etterprøve de enkelte vilkår som er grunnlag for forskjellig prisrabatt og øvrige forskjeller. Det vises til Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) (s. 105) om lov om elektronisk kommunikasjon, merknad til § 4-7, hvor det uttales:

”Ulike tjenester kan leveres på ulike vilkår. Kravet om objektive vilkår kan imidlertid innebære at vilkår ikke kan differensieres alene ut fra hva tjenestene skal brukes til eller i forhold til hvilke tilbydere de tilbys. Vilkårene skal dessuten være oversiktlige, slik at det er mulig å kontrollere etterlevelse av ikke-diskrimineringsprinsippet og objektivitetskravet.”

Uttalelsen i forarbeidene knytter seg direkte til ekomloven § 4-7 annet ledd og ikke første ledd, men hensynet til sammenheng og konsistens i regelverket tilsier at samme forståelse må legges til grunn også for første ledd. I henhold til forarbeidene skal det følgelig være mulig å kontrollere etterlevelsen av ikke-diskrimineringsplikten. Dette stiller krav til transparens og dokumenterbarhet. Dette er etter departementets syn viktig dersom kontroll med etterlevelse av ikke-diskrimineringsplikten skal kunne skje

på en god og formålstjenelig måte. Hvis ikke den enkelte forpliktelse lar seg kvantifisere, er dette et moment som taler mot at forpliktelsen kan anses som en objektiv grunn. Dersom besparelsene er kvantifiserbare, vil det være mulig å identifisere hvilke kostnadsbesparelser en MVNO eller kjøper av nasjonal gjesting bidrar til, ved å påta seg slike forpliktelser. En slik synliggjøring av kostnadsbesparelser vil også muliggjøre en vurdering av om avtaleforpliktelsen oppveies av andre fordeler for tilgangskjøperen.

Departementet understreker at det er ved hjelp av kvantifiserbare, objektive grunner for forskjellsbehandling at myndigheten kan etterprøve at hensynet til effektiv regulering og oppfølging av ikke-diskrimineringsplikten i marked 15 ivaretas. Videre mener departementet at det vil kunne la seg gjøre å tallfeste hvilken verdi den enkelte forpliktelse har for Telenor. Selv om en slik tallfesting ikke blir eksakt, bør det som et minimum kunne sies noe om størrelsesordenen av den gevinst eller besparelse som oppnås ved at en tilbyder påtar seg en forpliktelse, da dette skal være grunnlaget for den innvilgede rabatt. Departementet konkluderer på bakgrunn av dette med at objektive grunner må kunne dokumenteres og til en viss grad kvantifiseres.

5.2 BEREGNING AV TILGANGSKOSTNAD

Post- og teletilsynet har ved vurdering av hvorvidt Telenor diskriminerer mellom ulike tilgangsformer, beregnet TDCs tilgangskostnad ved selskapets gjeldende avtale om MVNO-tilgang og tilgang gjennom avtale om nasjonal gjesting. Ettersom de aktuelle avtalene er strukturelt forskjellige og bygger på forskjellig volum, har Post- og teletilsynet måttet legge til grunn flere forutsetninger i sammenlikningen. Telenor bestrider riktigheten og holdbarheten av flere av disse forutsetningene. Telenor er av den oppfatning at det må vises varsomhet når en gjør vurderinger basert på en sammenlikning av kostnader ved ulike tilgangsformer. Telenor viser til at selskapet i forkant av avtaleinngåelse med TDC har foretatt marginvurderinger av de ulike tilgangsavtalene opp mot kravet til ikke-diskriminering. Selskapet understreker samtidig at det regnskapsmessige skille viser at TDCs tilgangsprisene ville gitt en virtuell mobiltilbyder god margin.

Departementet vil nedenfor vurdere de konkrete anførselene Telenor har fremmet når det gjelder beregning av tilgangskostnader.

5.2.1 Ulikheter i tilgangsformene

Telenor hevder at Post- og teletilsynet uten nærmere drøfting legger til grunn at kjøp av MVNO-tilgang og kjøp av tilgang til nasjonal gjesting er å anse som likeartede situasjoner, og at bruk av MVNO-tilgang ikke i seg selv kan begrunne mindre gunstige vilkår for MVNO-kjøpere. Telenor mener dette fremstår som en svakhet ved tilsynets vedtak og at selskapet i brev 9. februar 2011 har pekt på tekniske forskjeller i

tilgangsformene og i tjenestene som tilsier at det er snakk om relativt ulike former for tilgang. Telenor mener disse forskjellene gir grunnlag for ulike vilkår.

Det fremgår av sakens dokumenter at Post- og teletilsynet tidlig i klagebehandlingen ba Telenor om tilbakemelding på om det var relevante forskjeller mellom kjøp av MVNO-tilgang og nasjonal gjesting som skulle tilsi prisforskjeller mellom de to tilgangsformene. Telenor sa seg i brev 9. februar 2011 enig at det var flere likheter ved MVNO-tilgang og tilgang for nasjonal gjesting. Telenor pekte imidlertid på at hovedforskjellen mellom MVNO og nasjonal gjesting er at sistnevnte har egne frekvensressurser og bygger eget radionett og kun kjøper tilgang der tilbyderen ikke selv har dekning. Telenor pekte videre på at forhold som volum og avtalelengde kunne påvirke priser og prismodeller. Telenor har i den etterfølgende korrespondansen ikke utdypet dette ytterligere, men bare pekt på ikke-tekniske forhold som etter Telenors mening skulle tilsi ulik pris.

Etter departementets vurdering, er det teknisk sett svært lite som skiller de to tilgangsformene. Det vises til at de to tjenestene benytter de samme nettelementene, men at nasjonal gjesting har et element av overlevering av samtaler. Nasjonal gjesting skulle derfor isolert sett være (marginalt) dyrere enn tilgang for en MVNO. I det store og det hele er imidlertid tilgangsformene likeverdige, og etter departementets vurdering egnet for sammenlikning. Departementet mener at Post- og teletilsynet har en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor tilgangsformene er sammenlignbare, og mener at det derfor ikke er grunnlag for å hevde at tilsynet skulle ha underlagt spørsmålet om hvorvidt MVNO-tilgang og nasjonal gjestingstilgang er likeartede tjenester, ytterligere drøftelse.

5.2.2 Regnskapsmessig skille

Telenor anfører at regnskapsmessig skille og marginberegninger basert på dette er tilstrekkelig grunnlag for å sikre at plikten til ikke-diskriminering er overholdt. Telenor fremhever at beregningene knyttet til regnskapsmessig skille viser at eksterne aktører ikke diskrimineres sammenliknet med Telenors egen virksomhet og at det er tilstrekkelig marginer for både avtaleparter med nasjonal gjesting og virtuelle mobiloperatører tilknyttet Telenors nett.

Departementet kan ikke se at Telenors henvisning til at det regnskapsmessige skillet viser at tilgangsprisene til TDC vil gi en MVNO god margin, er relevant. Et regnskapsmessig skille er innrettet på å etterprøve at kravet om ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet overholdes. Regnskapsmessig skille er ikke egnet til å etterprøve ikke-diskriminering mellom to eksterne virksomheter.

5.2.3 Prisforutsetninger

Ved beregning av tilgangskostnad har Post- og teletilsynet lagt til grunn prisvilkår som fremgår av tilleggsavtalen Network Norway inngikk med Telenor 18. august 2010 (den

såkalte tilleggsavtale 2). Telenor hevder at det ikke er riktig av tilsynet å legge disse prisvilkårene til grunn. Etter selskapets oppfatning er prisen Network Norway skal betale med virkning fra 3. oktober 2011 regulert av tilleggsavtale 1 pkt 5, som henviser til prisene i nasjonal gjestingsavtalen fra april 2008. Disse prisene er høyere enn prisene i tilleggsavtale 2. Sammenligningsgrunnlaget tilsynet har lagt til grunn for prisene er derfor i følge Telenor feil.

Departementet legger til grunn at det er prisene i en normalsituasjon som skal benyttes ved en sammenlikning av priser. Prisene Telenor hevder skal benyttes, er priser selskapet har gjort gjeldende overfor Network Norway etter oktober 2011 på bakgrunn av at Telenor mener at Network Norway har brutt eksklusivitetsklausulen i avtalen mellom de to selskapene. Prisene som ble fakturert etter dette hadde således karakter av å være en sanksjon, og kan ikke sies å representere normalsituasjonen. Dersom Telenors prisforutsetninger skulle legges til grunn på dette punkt, ville dette innebære at TDCs priser ugrunnet ville inneholde et element av sanksjon.

Departementet mener det er korrekt av tilsynet å benytte prisene som fremkommer i tilleggsavtale 2 ved sammenlikning av de to tilgangsavtalene. Departementet konkluderer med at Telenors anførsel om at tilsynets vedtak bygger på feil forutsetninger på dette punkt ikke medfører riktighet.

Departementet viser for øvrig til TDCs e-post 8. november 2012 der selskapet informerte om at det i en nylig avholdt rettssak^[1] fremkom at bakgrunnen for at Network Norway fikk betydelig bedre priser var at selskapet i 2009 hadde påklaget at Telenor over en periode tok høyere priser for nasjonal gjesting enn det de hadde anledning til etter pris-minus reguleringen (frem til august 2010). Kravet Network Norway hadde fremsatt var på 300 millioner kroner, og TDC opplyser at dette var forhistorien til den etterfølgende prisreduksjonen i august 2010. Telenor informerte i e-post 15. november 2012 om at deler av rettsaken gikk for lukkede dører og at TDC ikke kjenner alle sakens detaljer, men bekrefter at den aktuelle avtalen med Network Norway inneholder et element av forlik. Telenor fastholder imidlertid at lavere priser er knyttet til volumforpliktelser, minstekjøpsforpliktelser og varighet, noe Telenor hevder ble bekreftet av Network Norway i retten. Videre viser Telenor til at selskapet også hadde et motkrav mot Network Norway.

I forbindelse med tilsynets varsel om vedtak informerte Telenor om at avtalen med Network Norway inneholdt et element av forlik som sammen med flere andre forhold utgjorde en svært liten del av prisfastsettingen. Denne knappe informasjonen fra Telenors side ga ikke ekommyndigheten grunn til å anta at forlikselementet kunne påvirket tilgangsprisen i en slik grad at det var nødvendig å forfølge spørsmålet på et tidligere tidspunkt. Departementet er ikke blitt forelagt nødvendig informasjon fra Telenor for å kunne vurdere disse prisforutsetningene nærmere, og det er derfor

^[1] Dom i Asker og Bærum tingrett 29. november 2012, Telenor Norge AS mot Network Norway AS, saksnr. 12-051158TVI-AHER/2.

utklart hvorvidt en nærmere beregning ville slått ut i Telenors eller TDCs favør. Departementet har vurdert om det er nødvendig å sende saken tilbake til tilsynet for en nærmere gjennomgang av forutsetningene for prisfastsettelsen.

Når det gjelder hensynet til Telenor, så har selskapet hatt foranledningen til å informere om elementet av forlik i den grad selskapet mener at dette er viktig for prissammenlikningen. Telenor har imidlertid unnlatt å gjøre dette. Når det gjelder TDC og om selskapet ville hatt krav på lavere priser i 2010 basert på et tilsvarende krav som Network Norway fremsatte mot Telenor, er dette vurdert opp mot konsekvensen av tidsbruken ved en tilbakesending av saken to år etter at klagen er fremmet. Departementet sender av hensyn til TDCs behov for avklaring ikke saken tilbake til fornyet behandling i tilsynet.

Departementet mener imidlertid det er uheldig dersom Telenor har tilbakeholdt viktig informasjonen som hindrer myndighetenes arbeid i saken, og ber om at Post- og teletilsynet vurderer spørsmålet.

5.2.4 Volumforutsetninger

Telenor hevder det er misvisende når tilsynet benytter TDCs volum ved beregning av prisen selskapet ville betalt ved bruk av Network Norways avtale. Det er Telenors oppfatning at bruk av Telenors volum, trafikkmønster og kundesammensetning i beregningene både mellom intern og ekstern virksomhet, og mellom eksterne virksomheter gir best grunnlag for å vurdere om selskapet oppfyller kravet til ikke-diskriminering. Telenor har kunnskap om eget volum og trafikkmønster og ved å legge dette til grunn sikres derfor et forutsigbart utgangspunkt for Telenors beregninger. Sammenligningen av prisene i de ulike tilgangsavtalene, bør videre etter Telenors vurdering gjennomføres på et trafikkvolum og et trafikkmønster som representerer markedet. Ved å benytte Telenors volum sikres samtidig konsistens i de ulike beregninger som gjøres i tilknytning til ikke-diskrimineringskravet.

Telenor peker på at Post- og teletilsynet tilsynelatende har valgt å legge til grunn en "rimelig effektiv operatør"-tilnærming når tilsynet har foretatt sine beregninger av tilgangskost. Telenor er av den oppfatning at dersom tilsynet mener at et annet trafikkvolum og trafikkmønster enn Telenors er mer relevant ved vurdering av om selskapet overholder ikke-diskrimineringskravet mellom eksterne tilgangskjøpere, må dette baseres på en nærmere vurdering av hva som kjennetegner en "rimelig effektiv operatør". Resultatet av tilsynets tilnæringsmåte vil bli ulikt, avhengig av hvilket volum som legges til grunn og hvordan avtalen er strukturert. Dette synliggjør etter Telenors oppfatning svakhetene i tilnærmingen, og den mangel på forutsigbarhet dette innebærer for Telenor og tilgangsaktørene. Telenor hevder videre at tilnærmingen vil kunne gi en "spiraleffekt", da ulike aktører basert på "sist korrigert avtale" vil kunne kreve reforhandling av egen avtale under andre forutsetninger. Telenor mener videre tilsynet ved vurdering av hvilket volum det skal tas utgangspunkt i, legger for stor vekt på forskjeller mellom TDCs og Telenors andel on-net trafikk. Ulik andel on-net trafikk

vil etter Telenors vurdering sannsynligvis også innebære ulik andel terminert trafikk, noe som bør hensyntas. Telenor mener Post- og teletilsynet legger til grunn at tilgangsprisen i de ulike tilgangsavtalene skal gi samme resultat uavhengig av volum, og at dette i praksis innebærer et krav om listepris.

For å kunne sammenligne TDCs avtale og Network Norways avtale, har det vært nødvendig for tilsynet å gjøre enkelte forutsetninger, deriblant forutsetninger om volum. Post- og teletilsynet har for dette konkrete tilfellet kommet frem til at det er mest hensiktsmessig å legge TDCs volum til grunn ved sammenlikning av de to avtalene. Samferdselsdepartementet kan ikke se at det ved en sammenlikning av tilgangsavtaler ment for tilbydere av en helt annen størrelsesorden enn Telenor skal benyttes Telenors volumer og trafikfordelinger. Det kan neppe hevdes at Telenor med selskapets størrelse er representativ for kjøpere av tilgang i det norske ekomarkedet. En sammenlikning må derfor skje med volumer som er realistiske sett i forhold til størrelsen på den tilbyderen som vurderes. I dette ligger at volumene til Telenor vil være langt høyere enn det som er realistiske for konkurrentene, så lenge Telenor er en aktør med sterk markedsstilling. Departementet finner således tilsynets tilnærming på dette punkt hensiktsmessig.

Departementet er videre ikke enig med Telenor når det hevdes at det er et selvstendig poeng å benytte Telenors volum og trafikfordeling ved beregning av tilgangskost for å sikre konsistens i beregningene. Som nevnt under punkt 5.2.2 over, er regnskapsmessig skille innrettet på å etterprøve at kravet til ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet overholdes. Regnskapsmessig skille har således ingen verdi når det gjelder å vurdere hvorvidt Telenor overholder kravet til ikke-diskriminering mellom to eksterne virksomheter.

Telenor anfører at tilsynet har lagt til grunn en "rimelig effektiv operatør"-tilnærming ved å benytte TDCs volum, uten en nærmere vurdering av hva som ligger i dette. Telenor spør videre om departementets vedtak 6. april 2011 også er ment å gi føringer for tilsynets oppfølging av ikke-diskrimineringskravet mellom eksterne tilbydere.

Departementet har ovenfor konkludert med at man må legge til grunn et realistisk volum ved sammenlikning av tilgangsavtaler. Dette innebærer at departementet legger til grunn en rimelig effektiv tilbyder-tilnærming. Dette omtales i departementets vedtak 6. april 2011 hvor det uttales at man må foreta en "*analyse av enkeltprodukter og trafikstrømmer og av hvorvidt det er mulig for andre tilbydere enn Telenor å drive lønnsomt*" (*reasonable efficient operator*). Selv om vedtaket først og fremst tar for seg diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet, har innholdet også overføringsverdi for vurdering av ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter. For å kunne foreta en slik analyse av om ikke-diskrimineringskravet overholdes mellom to eksterne virksomheter, vil det derfor være nødvendig å foreta andre økonomiske analyser. Analysen Post- og teletilsynet har gjennomført i dette tilfellet, ved å beregne tilgangskostnaden for TDC basert på vilkårene og prisene i en annen tilgangsavtale, er etter departementets vurdering formålstjenlig i dette tilfellet.

Telenor har anført at tilsynet har lagt for stor vekt på forskjeller i on-net trafikk mellom TDC og Telenor ved vurdering av hvilket volum som skal legges til grunn og at andel terminert trafikk også bør hensyntas. Telenor mener at ved å ta hensyn til andel terminert trafikk, vil tilgangsaktørens margin bedres og effekten av lavere on-net andel enn Telenor reduseres eller utlignes. TDCs margin forbedres fordi TDC har en forholdsmessig større andel inntekter som stammer fra terminering ettersom selskapet har en lavere andel on-net trafikk. Forutsatt en balanse mellom inngående og utgående trafikk, vil den økte inntekten fra terminering trolig oppveies av økte utgifter til terminering i andre nett.

Departementet ser at tilsynet i Vedtaket argumenterer for at terminering skal holdes utenfor beregningen fordi MVNO og en kjøper av nasjonal gjesting kontrollerer egen terminering og at det derfor ikke er nødvendig å inkludere termineringskostnader og – inntekter. I varselet fra tilsynet var terminering inkludert i beregningene, fordi sammenlikningen på dette tidspunktet også omfattet videresalgstilgang. I Vedtaket sammenliknes bare MVNO-tilgang og kjøper av nasjonal gjesting, og ikke videresalgstilgang. Fordi en MVNO og kjøper av nasjonal gjesting kontrollerer egen terminering, er det som nevnt over derfor ikke hensiktsmessig å inkludere terminering i beregningene.

On-net trafikk er priset ulikt i Network Norways avtale og TDCs avtale. Store og små tilbydere har normalt svært ulik andel on-net trafikk. Dette gjelder også TDC og Telenor. For departementet fremstår det som hensiktsmessig å tillegge on-net trafikken vekt ved valg av volumforutsetninger fordi tilbydernes utgangspunkt er forskjellig. Dersom man skulle sett bort fra dette, ville det kunne oppstå utilsiktede skjevheter i sammenlikningen. Departementet støtter følgelig Post- og teletilsynets vurdering under punkt 4.2.3 i Vedtaket. Telenors anførsel tas derfor ikke til følge på dette punkt.

Når det gjelder Telenors anførsel om at tilsynets vedtak vil kunne føre til en såkalt spiraleffekt og at vedtaket i realiteten innebærer en listepriis, vises det til punkt 5.2.6 nedenfor.

5.2.5 Kjøp av datatrafikk

TDC har i sin tilgangsavtale mulighet til å velge mellom to alternativer for kjøp av datatrafikk, en variabel- (høy variabel pris) og en fastprismodell (fast månedlig pris per dataabonnement pluss en lavere variabel pris per datamengde). Post- og teletilsynet har ved sammenlikning av de to aktuelle tilgangsavtalene valgt utelukkende å legge den variable prismodellen til grunn. Telenor er ikke enig tilsynets forutsetning på dette punkt og anfører at det bør legges til grunn at TDC benytter seg av begge prismodeller. Fordelingen mellom de to prismodellene bør i henhold til Telenor følge den samme fordeling som Telenor har lagt til grunn ved selskapets rapportering av regnskapsmessig skille i Marked 15, noe som medfører en fordeling mellom de to

prismodellene som gir lavest tilgangskost gitt Telenors volum og bruksmønster. Telenor mener videre at tilsynets tilnærming innebærer at erfaringer og forhold selskapet ikke kjente til på prisfastsettelsestidspunktet, blir lagt til grunn ved tilsynets vurdering av om Telenor overholder sine forpliktelser. Telenor viser til at de to prismodellene for kjøp av datatrafikk er inntatt i avtalen etter forhandlinger mellom partene, og at Telenor må kunne legge til grunn at TDC ønsker fleksibiliteten dette gir. Endelig mener Telenor det at de forutsetninger som ble lagt til grunn ved avtaleinngåelse viser seg å bli uriktige, ikke innebærer at Telenor har opptrådt i strid med reguleringen.

Departementet mener at ved sammenligning av to avtaler som er strukturelt forskjellige, må det foretas enkelte forutsetninger. Det er kun TDCs avtale som inneholder to ulike prismodeller for kjøp av datatrafikk. For å kunne sammenligne denne avtalen med øvrige avtaler om tilgang til Telenors nett, er det slik tilsynet selv understreker, nødvendig å foreta en vurdering av hvilken fordeling av datatrafikk som er mest hensiktsmessig og relevant.

Det har fremkommet i saken at fastprismodellen i utgangspunktet ikke har kommet i stand etter ønske fra TDC. En endring fra en prismodell til en annen for eksisterende kunder vil innebære utstedelse av nytt SIM-kort. Utskifting av SIM-kort har en høy transaksjonskostnad som ikke står i forhold til den økonomiske gevinsten for tilbyderen. Flexibiliteten som Telenor viser til, synes dermed å være svært begrenset. Ettersom det er den variable prismodellen som har blitt benyttet av TDC og at øvrige tilgangsavtaler kun inneholder alternativet variabel prismodell, mener departementet at det for dette tilfelle fremstår som mest hensiktsmessig å legge den variable prismodellen til grunn ved sammenligning av de to aktuelle tilgangsavtalene. Telenors anførsel tas derfor ikke til følge.

5.2.6 Listepriis og spiraleffekt

Telenor anfører at Post- og teletilsynet med Vedtaket innfører et prisregime som i realiteten innebærer listepriis. Dette strider mot de prinsipper Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 bygger på, og er også i strid med hensynet til å fremme bærekraftig konkurranse og styrke den dynamiske effektiviteten. Telenor anfører at tilsynets forståelse og praktisering av kravet om ikke-diskriminering fratar de ulike kjøperne av tilgang mulighet til å fremforhandle ulike vilkår basert på sin villighet til å påta seg risiko og akseptere forpliktelser. Denne forståelsen er ikke i samsvar med formålet med reguleringen, fordi Telenor mister konkurransekraft når selskapet ikke gis anledning til å tilpasse enkeltelemtener i tilgangsavtalene slik den enkelte tilgangsaktør foretrekker.

Selskapet anfører videre at ikke-diskrimineringsplikten ikke hjemler en direkte prisregulering, når tilsynet pålegger Telenor å redusere TDCs tilgangspris med 20 prosent. Etter Telenors syn skal selskapet ha mulighet til å avhjelpe et eventuelt brudd på ikke-diskrimineringsplikten gjennom praksis, herunder å øke prisene i andre

tilgangsavtaler. Telenor mener at Post- og teletilsynet låser prisnivået i relasjon til TDC, noe som i realiteten innebærer en direkte prisregulering som også motvirker den dynamiske effektiviteten markedsvedtaket 5. august 2010 er ment å legge til rette for.

Videre anfører Telenor at bruk av ulike volum ved beregning av tilgangskost ved ulike tilgangsavtaler, vil gi ulikt resultat. Dette innebærer etter Telenors oppfatning en ustabil situasjon og vil kunne gi en "spiraleffekt" der grossistkundene stadig vil kunne kreve reforhandling av egen avtale i samsvar med best tilgjengelige avtale.

Samferdselsdepartementet er enig med Telenor i at ikke-diskrimineringsplikten etter ekomloven § 4-7 er en annen form for regulering enn direkte prisregulering etter ekomloven § 4-9. Ved utforming av tilgangsavtaler vil ikke-diskrimineringsplikten begrense Telenors handlefrihet. Det er imidlertid opp til Telenor selv å avgjøre hvordan ikke-diskrimineringsplikten skal sikres, herunder om selskapet vil sikre etterlevelse ved hjelp av listepris eller andre metoder. Departementet er derfor uenig i at Vedtaket innebærer et pålegg om listepris. Listepris er etter departementets oppfatning bare en av flere metoder for å sikre ikke-diskriminering, forutsatt at ulikheter i pris kan begrunnes objektivt.

Det vises videre til Telenors anførsel om at tilsynets forståelse og praktisering av kravet om ikke-diskriminering fratrukker de ulike kjøperne av tilgang mulighet til å fremforhandle ulike vilkår basert på sin villighet til å påta seg risiko og akseptere forpliktelser. Departementet understreker at kjøperne av tilgang har mulighet til å fremforhandle vilkår innenfor rammene av ikke-diskrimineringsplikten.

Når det gjelder departementets tidligere uttalelse om at kombinasjonen av regnskapsmessig skille og ikke-diskriminering er en mild form for regulering (sammenliknet med direkte prisregulering), og at departementet den gang ikke fant grunn til å pålegge direkte prisregulering, kan departementet ikke se at Vedtaket bryter med forutsetningene for vedtaket 6. april 2011. I motsetning til prisregulering etter ekomloven § 4-9 hvor myndighetene fastsetter prisnivået etter en prismodell, er det i ikke-diskrimineringstilfellene markedsaktørene selv som fremforhandler prisvilkårene som danner utgangspunktet for ikke-diskrimineringsvurderingen. Selv om Vedtaket pålegger Telenor en prisreduksjon, innebærer ikke dette en prisregulering etter ekomloven § 4-9.

Etter departementets syn har tilsynet hjemmel til å gi pålegg om reduksjon av tilgangspris for å sikre at tilbyder med sterk markedsstilling etterlever ikke-diskrimineringsplikten, jf. ekomloven § 10-6, jf. § 4-7. Telenors anførsel om at pålegg om retting knyttet til ikke-diskrimineringsplikten må utformes slik at tilbyder selv velger hvordan bruddet skal rettes i praksis, vil etter departementets syn uthule tilsynsrollen i dette tilfellet. Når det først er konstatert brudd på ikke-diskrimineringsplikten, må tilsynet også kunne gi pålegg om retting. Tilsynet må ha mulighet til å pålegge konkrete endringer i avtalen, herunder pris. Dersom Telenor gjennom sine analyser avdekker strid med ikke-diskrimineringsplikten vil selskapet selv, forutsatt at tilsynet

ikke allerede har fattet vedtak om retting av brudd på plikten, kunne velge hvordan dette skal avhjelpes i praksis.

Telenor mener selskapet mister konkurransekraft i forhold til NetCom når Telenor ikke gis anledning til å tilpasse tilgangsavtalene til den enkelte tilgangsaktørs preferanser. Departementet viser til det som er sagt om adgangen til å fremforhandle vilkår ovenfor. Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i marked 15, fordi selskapet kan opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere, jf ekomloven § 3-1. Det at Telenor er underlagt regulering innebærer begrensninger i selskapets adgang til fritt å utforme sine tilbud. Tilsynets pålegg om retting i denne konkrete saken innebærer at Telenor skal redusere tilgangskostnad for TDC med 20 prosent. Isolert sett mener departementet at pålegget om lavere pris snarere tilsier at det blir mer krevende for NetCom å konkurrere med Telenor i det relevante markedet.

Telenor mener det er en svakhet ved Vedtaket at resultatet av tilsynets tilnæringsmåte vil bli ulikt, avhengig av hvilket volum som legges til grunn og hvordan avtalen er strukturert. Selskapet hevder en slik tilnærming vil kunne gi en spiraleffekt, da ulike aktører basert på "sist korrigert avtale" vil kunne kreve reforhandling av egen avtale. Dette skaper mangel på forutsigbarhet for Telenor og tilgangsaktørene.

Når det gjelder hvilket volum som skal legges til grunn, vises det til departementets vurdering under punkt 5.2.4 hvor det blant annet konkluderes med at det må benyttes volumer som er realistiske sett i forhold til den skala den aktuelle tilgangsavtalen er ment å gjelde for.

Departementet er av den oppfatning at dersom de ulike tilgangsavtalene er utformet på en riktig måte, og eventuelle rabatter er begrunnet i objektive, dokumenterbare og til en viss grad kvantifiserbare forskjeller, vil ikke den såkalte spiraleffekten finne sted. Imidlertid vil en slik effekt kunne inntre inntil skjevheter i tilgangsavtalene er rettet opp. Departementet viser til Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 104 der det fremgår at ordlyden i ikke-diskrimineringsvilkåret "*innebærer en slags "bestevilkårs bestemmelse" i den forstand at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår så skal tilsvarende vilkår tilbys til andre konkurrerende tilbydere*". Ikke-diskrimineringskravet tillater forskjellige vilkår når forskjellene kan begrunnes objektivt. Det betyr i prinsippet at der forskjellene ikke er objektivt begrunnet, foreligger det et brudd på ikke-diskrimineringskravet. Rettingen som følger av Vedtaket endrer ikke rettstilstanden på dette punkt. Det vil således ikke være Vedtaket som fører til en såkalt spiraleffekt, men manglende etterlevelse av lovlig fastsatte vedtak. Departementet påpeker at det er Telenors ansvar å sørge for at ikke-diskrimineringsplikten etterleves til enhver tid.

Departementet kan på bakgrunn av det ovennevnte ikke se at Vedtaket innebærer en direkte prisregulering, eller at Vedtaket er i strid med formålet med reguleringen.

5.2.7 Beregning av prisreduksjon

Telenor er etter Vedtaket pålagt å tilby TDC avtale om regulert tilgang, samt reduksjon av TDCs tilgangskostnad med 20 prosent. Telenor anfører at riktig beregning tilsier en endring på 19,4 prosent, ikke 20 prosent.

Departementet har gjennomgått Telenors og tilsynets beregninger og finner at uenigheten er knyttet til hvordan man beregner TDCs kostnader gitt Network Norways avtalevilkår og hva som danner utgangspunkt for sammenlikningen og den pålagte prisreduksjonen. Telenor baserer sine beregninger i stor grad på tilsynets beregninger, men med en justering for effektiv rabattsats på totalkostnad.

Både Post- og teletilsynet og Telenor har beregnet TDCs kostnad knyttet til tilgang etter dagens rabatt og kommet frem til samme beløp. Telenor ønsker å benytte dette som utgangspunkt for kravet om prisendring, mens tilsynet beregner kravet om prisendring med utgangspunkt i et beløp fratrukket også den rabatten (13 prosent av tale, SMS og data) TDC skulle ha hatt ved en "likebehandling" med Network Norway. Telenor har videre beregnet et annet beløp for den nødvendige prisendring i TDCs avtale.

Samferdselsdepartementet mener at en prisendring skal pålegges med utgangspunkt i dagens pris. Departementet støtter derfor Telenors valg av nevnevolum ved beregning av rabatten. Når det gjelder beregning av nødvendig prisreduksjon for TDC, finner departementet at Telenors tilnæringsmåte er metodisk korrekt, med unntak av at Telenor i sin beregning har benyttet TDCs maintenance fee i stedet for Network Norways ved beregning av tilgangskostnader etter Network Norways avtalevilkår. Ved å ta inn Network Norways maintenance fee og benytte Telenors nevnevolum, blir resultatet av departementets beregning at TDCs priser skal reduseres med 19,8 prosent av total tilgangskostnad.

6. ULIKHETER I AVTALENE

Telenor har anført at forskjeller i tilgangsavtaler må kunne tillates, og har vist til at priser avhenger av hvilke forpliktelser den enkelte aktør kan påta seg, samt hvilke behov en kjøper av tilgang har. Dersom ulikheter i pris på bakgrunn av betalingsforpliktelse, avtalelengde med mer ikke anerkjennes som objektive forhold, vil en slik tilnærming undergrave siktemålet om dynamisk effektivitet. Telenor ville i denne sammenheng vært villig til å diskutere alternative avtalestrukturer med TDC, dersom forholdene lå til rette for det. Telenor er uenig i tilsynets vurdering av de objektive grunnene Telenor har anført som grunnlag for forskjellsbehandling. Samferdselsdepartementet vil i dette kapitlet ta stilling til hva som i denne konkrete saken er å betrakte som objektive grunner.

6.1 Volumrabatt

Tilsynet anerkjenner at volumforskjell mellom TDC og Network Norway kan begrunne en viss ulikhet i tilgangsvilkårene mellom de to selskapene, men varsler at volumrabatt vil bli vurdert i en separat prosess fordi Telenor ikke har begrunnet bruken av volumrabatt godt nok opp mot kravet til ikke-diskriminering. Telenor anfører at dette skaper betydelig usikkerhet om tilsynets forståelse og praktisering av de regulatoriske rammebetingelsene.

Samferdselsdepartementet er enig med Telenor i at ulikt volum kan gi ulike vilkår i et marked som kjennetegnes av høye investeringer i produksjonskapasitet. Ut fra at det er en vesentlig volumforskjell på TDC og Network Norway, anser departementet det som rimelig at sistnevnte oppnår en høyere volumrabatt enn sin konkurrent. Departementet legger til grunn at ulikt volum kan være en objektiv årsak til ulikheter i avtalevilkår.

Når det gjelder Telenors anførsel om at den separate prosessen skaper betydelig usikkerhet for aktørene, er departementet enig i at det skaper unødvendig usikkerhet at tilsynet ikke har foretatt en endelig avklaring av hvorvidt volumrabatten er i tråd med ikke-diskrimineringskravet. Departementet mener også det er problematisk at Post- og teletilsynet utsetter en vurdering av om volumrabatten er i overensstemmelse med ikke-diskrimineringskravet, selv om tilsynet bygger på en beregning av volumrabatt basert på historiske satser.

Post- og teletilsynet har tatt utgangspunkt i de rabattsatser som ble benyttet før Network Norway gikk over til nettopriser, og benyttet disse i beregningen av tilgangskostnaden for TDC. Departementet har vurdert om disse rabattsatsene kan legges til grunn for departementets vedtak, eller om det er nødvendig å sende saken tilbake til tilsynet inntil den separate prosessen er avgjort. I vurderingen har departementet lagt vekt på at tilsynet har lagt til grunn reelle og observerbare rabattsatser, noe som fremstår som hensiktsmessig frem til den separate prosessen er gjennomført. Departementet legger videre vekt på at en tilbakesending av saken to år etter at klagen er fremmet, vil fremstå som uforholdsmessig for TDC fordi det vil gå enda lengre tid før avgjørelse i saken foreligger. Departementet legger i tillegg vekt på at Telenor og TDC ikke har hatt innvendinger til tilsynets valg av satser for beregning av volumrabatten og at dette gir en indikasjon på at aktørene anser satsene for å være realistiske. På bakgrunn av dette konkluderer departementet med at tilsynets tilnæringsmåte fremstår som mest hensiktsmessig.

Departementet forutsetter imidlertid at utkommet av den separate prosessen skal gjelde fremover i tid, og mener at dette senest må være avklart når det nye vedtaket i marked 15 foreligger.

6.2 Volumforpliktelser

Telenor anfører at når Network Norway har påtatt seg en volumforpliktelse som innebærer at de fra 1. januar 2011 skal kjøpe et gitt antall ringeminutter så lenge avtalen løper, så er dette et objektivt forhold som begrunner en prisreduksjon. Network Norways forpliktelse er et gode for Telenor, ettersom Telenor oppnår økt sikkerhet for fremtidige inntekter. Etter tilsynets vurdering kan ikke volumforpliktelser i dette tilfellet anses som et objektivt forhold som kan forklare den aktuelle forskjellen i tilgangskostnad, fordi betydningen av volum for tilgangsprisen vektlegges flere ganger. Videre fremgår det av innstillingen at TDC ikke har kunnet påta seg volumforpliktelser for å oppnå gunstigere vilkår.

Departementet er enig med Telenor i at volumforpliktelse kan utgjøre en objektiv grunn for ulikheter i tilgangsavtalene. En volumforpliktelse vil kunne gi Telenor økt forutberegnelighet, og gjøre dimensjoneringen av nettet mer robust og skape sikkerhet for investeringer i nettet. Videre vil kapasitetsbeslutninger bli enklere og mer forutsigbare ved at aktørene påtar seg en volumforpliktelse.

I dette tilfellet har imidlertid ikke TDC hatt mulighet til å påta seg en volumforpliktelse for å oppnå gunstigere tilgangsvilkår. Departementet finner at TDCs manglende mulighet til å påta seg en slik forpliktelse, medfører at vilkåret bærer preg av subjektivitet. Telenor har videre heller verken tallfestet eller forsøkt til en viss grad å kvantifisere den verdi volumforpliktelser har for selskapet. Det er således ikke synlig om og eventuelt i hvilken grad Network Norway har fått lavere tilgangspris som følge av at selskapet har påtatt seg denne forpliktelser. Dette medfører at selskapets anførsel ikke kan føre frem, jf. departementets vurdering under punkt 5.1.3 hvor det konkluderes med at besparelser skal være dokumenterbare og til en viss grad være kvantifiserbare slik at det er mulig å identifisere hvilke kostnadsbesparelser en avtalepart bidrar til ved å påta seg slike forpliktelser. Og slik at det kan tas stilling til hvilken betydning besparelsen har for avtalen. Departementet anser på bakgrunn av dette ikke volumforpliktelse som en objektiv grunn til ulik pris i denne konkrete saken.

6.3 Betalingsforpliktelser

Telenor hevder at det er en objektiv grunn for ulik pris at Network Norway har påtatt seg betalingsforpliktelse hvor de forplikter seg til å betale et gitt antall millioner kroner per måned, uavhengig hvilket volum selskapet faktisk kjøper. Denne betalingsforpliktelser er knyttet til tilgang til nasjonal gjesting for inntil et visst antall abonnement, og angir hva som minimum skal betales per måned i "SIM-pris". Kjøp av trafikk kommer i tillegg til betalingsforpliktelser og vil ikke inngå i vurderingen av om betalingsforpliktelser utløses. Network Norways kjøp av nasjonal gjesting kan derfor utgjøre mer enn den månedlige betalingsforpliktelser, i motsetning til hva Post- og teletilsynet legger til grunn. Betalingsforpliktelse gir, sammen med forpliktelser om avtalelengde, Telenor en sikkerhet som gir grunnlag for prisreduksjon og utgjør

således et objektivt forhold som legitimerer forskjellsbehandling. Telenor presiserer at også betalingsforpliktelser på lavere beløp representerer en verdi for Telenor.

Tilsynet har konkludert med at betalingsforpliktelsen ikke er en objektiv grunn til ulik pris i tilgangsavtalene, og har blant annet lagt vekt på at det er naturlig å betrakte betalingsforpliktelsen som et utslag av forskjeller i volum. Videre er det i innstillingen bemerket at TDC ikke har hatt anledning til å inngå langvarig avtale med virkning for selskapets tilgangskostnad hos Telenor.

Samferdselsdepartementet mener at en betalingsforpliktelse i utgangspunktet kan utgjøre en objektiv grunn til ulikheter i tilgangsvilkår. Hvorvidt betalingsforpliktelsen skal anses som en objektiv grunn må vurderes konkret og opp mot øvrige forpliktelser i tilgangsavtalene. I dette tilfellet vil vilkåret om betalingsforpliktelse langt på vei overlappe vilkåret om volumforpliktelse, fordi en forpliktelse om kjøp av et nærmere angitt volum til en nærmere angitt pris innebærer en betalingsforpliktelse. Dette medfører etter departementets vurdering i praksis at Telenor sikrer seg dobbelt opp. Departementet legger derfor til grunn at betalingsforpliktelsen i det foreliggende tilfellet ikke kan anses å ha en selvstendig verdi for Telenor. Videre har TDC heller ikke hatt adgang til å påta seg en slik forpliktelse for å oppnå gunstigere tilgangsvilkår. Departementet konkluderer derfor med at betalingsforpliktelse ikke kan anses som en objektiv grunn for ulike tilgangsvilkår i den foreliggende sak.

6.4 Avtalelengde

Telenor anfører at lengden på Network Norways avtale med selskapet utgjør et objektivt forhold ettersom dette har en økonomisk verdi for Telenor, da det gir større forutsigbarhet og sikkerhet for levering og omsetning.

Departementet er enig i at en klausul om en bestemt avtalelengde vil kunne gi Telenor større forutsigbarhet og sikkerhet for levering og omsetning. Departementet mener klausulen isolert sett ikke vil ha en verdi for Telenor, selv om den sammen med andre økonomiske forpliktelser som for eksempel volumforpliktelse og betalingsforpliktelse vil ha en verdi. I dette tilfellet har Telenor heller ikke konkretisert hvilken verdi den aktuelle klausulen om avtalelengde har for selskapet sett i sammenheng med avtalens øvrige klausuler. Telenors manglende konkretisering av hvilken verdi klausulen har, og det faktum at TDC ikke har hatt adgang til å påta seg tilsvarende forpliktelse med virkning for selskapets tilgangspriser, innebærer at selskapets anførsel ikke kan føre frem. Det vises til departementets vurdering under punkt 5.1.3. Departementet konkluderer på bakgrunn av dette med at avtalelengde ikke kan anses som en objektiv grunn for ulike tilgangsvilkår i den foreliggende sak.

6.5 Eksklusivitet

Telenor har anført som en objektiv grunn for forskjellene i avtalene at Network Norway har en bestemmelse om eksklusivitet i sin avtale med Telenor. Bestemmelsen innebærer at Network Norway bare har anledning til å inngå avtale med en netteier av gangen, og Telenor anfører at verdien for Telenor ligger i at tilgangsaktøren ikke skal kunne tilby sine kunder en dekning som samlet sett er bedre enn det Telenor og NetCom hver for seg vil kunne tilby.

Post- og teletilsynet anser eksklusivitetsklausulen som et utslag av at Telenor oppfattet rekkevidden av tilgangsplikten som selskapet var underlagt med hensyn til nasjonal gjesting, som uklar. Tilsynet kan ikke se at dette utgjør et objektivt forhold som gir grunnlag for ulik behandling av kjøpere av tilgang.

Departementet mener at en bestemmelse om eksklusivitet som rammer adgangen til å *forhandle* med andre tilbydere om tilgang, vil fremstå som konkurransebegrensende og vil i utgangspunktet være i strid med ekomloven. En slik klausul som begrenser forhandlingsmuligheter vil således ikke kunne utgjøre en objektiv grunn. En tilgangskjøper skal som hovedregel kunne forhandle om en ny tilgangsavtale under avtaleperioden, selv om tilbyder av tilgang har inngått avtale om eksklusiv levering. Hvorvidt en bestemmelse om eksklusiv *levering* av tilgang vil utgjøre et diskriminerende vilkår vil bero på en konkret vurdering av den enkelte avtale. En bestemmelse om eksklusiv levering vil ikke være et diskriminerende vilkår dersom det er objektivt begrunnet i den konkrete avtalen. I den konkrete vurderingen vil det blant annet kunne bli lagt vekt på avtalens bindingstid og den konkurransemessige effekten av tilgangsavtalenes samlede bindingstid.

Når det gjelder denne saken viser departementet til Telenors anførsel om dobbeldekning. Departementet er kjent med at det på nåværende tidspunkt er teknisk mulig å tilby flere IMSI-profiler på ett og samme SIM-kort, men at slike SIM-kort ikke tilbys i markedet. Dersom markedsaktører i fremtiden legger til rette for at flere IMSI-profiler tilbys på ett og samme SIM-kort kan spørsmålet om dobbeltdekning komme til å stille seg annerledes. Når det gjelder utviklingen av slike løsninger viser departementet blant annet til arbeidet i BEREC med løsninger for adskilt salg av internasjonal gjesting som skal være på plass fra 1. juli 2014 (selv om dette vil gjelde såkalt singel IMSI og ikke dual IMSI som er mest relevant i denne saken).

Selv om dobbeltdekning på et senere tidspunkt blir tilbudt, kan det imidlertid stilles spørsmål om slik dobbeltdekning reelt sett vil være lønnsomt. Bakgrunnen for dette er at mobiltilbydernes høye dekningsgrad medfører at utvidelsen av dekningsområdet ved tilgang til to nett vil bli relativt liten. Det er dermed usikkert hvor stor fortjeneste som vil ligge i dette, siden en tilbyder som tilbyr dekning i flere mobilnett må inngå avtaler med hver netteier med de økonomiske ulemper dette vil ha for blant annet volumrabatter.

Departementet kan på bakgrunn av dette ikke se at Telenor kan oppnå det påberopte formål om å unngå dobbeltdekning gjennom den aktuelle eksklusivitetsklausulen. Klausulen kan på dette grunnlag ikke sies å utgjøre en objektiv grunn til ulikhetene i tilgangsavtalene. På bakgrunn av dette finner departementet ikke grunn til å gå videre med en vurdering av om også eventuelle andre forhold kunne ledet til at eksklusivitetsklausulen ikke utgjør en objektiv grunn.

6.6 Sanksjonsklausuler

Telenor anfører at avtalen med Network Norway inneholder en sanksjonsklausul som utgjør et objektivt forhold som begrunner ulikheter i tilgangsavtalene. Telenor viser samtidig til at klausulen må sees i lys av det forhandlingsklimaet som har vært mellom selskapet og Network Norway. Sanksjonsklausulen innebærer at dersom Network Norway går til myndighet eller domstol med vilkårene i en av de tre avtalene som selskapet har med Telenor, vil prisen på tilgang gå opp.

Tilsynet har i Vedtaket uttalt at *"I et regime hvor Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og pålagt særskilte forpliktelser nettopp for å bøte på selskapets mulighet til å utøve markedsrett, mener PT at en slik bestemmelse fremstår som betenkelig."*

Departementet er enig med tilsynet i at denne typen klausuler vil være betenkelig utfra et offentligrettslig perspektiv. Departementet mener at klausuler av en slik art neppe ville forekommet i et marked med velfungerende konkurranse, og kan tyde på misbruk av markedsrett. Den sektorspesifikke reguleringen er strengere enn alminnelig konkurranseregulering på dette punkt fordi den sektorspesifikke reguleringen er ment å bidra til å bygge opp bærekraftig konkurranse. Departementet mener at klausuler av en slik art kan medføre at andre tilbydere i markedet blir dårligere i stand til å ivareta sine rettigheter etter ekomregelverket. Videre svekker denne type avtaleklausuler ekommyndighetens evne til å føre tilsyn med markedet. Departementet viser til at det ikke er anledning til å avtale seg vekk fra den sektorspesifikke markedsreguleringen. I dette tilfellet forhøyes tilgangsprisen med 20 prosent ved brudd på klausulen, dette utgjør en så stor kostnad at avtaleklausulen kan sidestilles med å forsøke å avtale seg vekk fra preceptorisk lovgivning. Etter departements oppfatning bidrar denne type sanksjonsklausuler til å svekke ekomlovens formål ved å sette begrensninger for konkurransen. En aktør med sterk markedsstilling i et marked som det er nødvendig å regulere gjennom en sektorspesifikk konkurranseregulering, har ikke adgang til å svekke øvrige markedsaktørers rettsstilling ved å innta denne typen klausuler.

Samferdselsdepartementet konkluderer med at denne typen avtaleklausuler er i strid med reguleringen, og kan derfor heller ikke anses som en objektiv grunn til ulike prisvilkår.

Departementet viser videre til at Post- og teletilsynet i brev av 18. september 2012 s. 3 hvor det uttales følgende:

"Hva gjelder ekomloven § 10-11 om ugyldighet legger Post- og teletilsynet til grunn at bestemmelsen ikke gir Post- og teletilsynet kompetanse til å konstatere ugyldighet eller ugyldighetsvirkninger, men derimot at en slik avgjørelse må fattes av domstolene".

Det følger av ekomloven § 10-11 at:

"Avtale i strid med denne lov eller med vedtak etter loven er ugyldig mellom partene.

Ugyldigheten rekker bare så langt plikter etter denne lov er overtrådt, med mindre det etter avtaleloven § 36 vil være urimelig å gjøre resten av avtalen gjeldende."

Departementet mener tilsynets uttalelse kan fremstå som noe misvisende i den forstand at uttalelsen synes å innskrenke tilsynets kompetanse i større grad enn regelverket tilsier. Departementet ser derfor grunn til å presisere at § 10-11 kun konstaterer rettsvirkningen av at en avtale eller et avtalevilkår er i strid med ekomloven eller vedtak hjemlet i denne. Det fremgår direkte av ordlyden i bestemmelsen at en avtale i strid med ekomloven eller vedtak etter loven er ugyldig mellom partene. Post- og teletilsynet fører tilsyn med ekommarkedet jf. ekomloven § 10-6, og har kompetanse til å håndheve bestemmelser etter ekomloven, herunder pålegge retting. Når en avtaleklausul etter sin art strider mot ekomloven eller vedtak etter loven er avtaleklausulen å anse som ugyldig etter ekomloven § 10-11.

6.7 Forsinkelsesrente

Telenor har anført som en objektiv grunn for ulikhetene i avtalene at Network Norway har en klausul om høyere forsinkelsesrente i avtalen med Telenor. Klausulen innebærer at Network Norway ved forsinket betaling skal betale 10 prosent høyere forsinkelsesrente enn den til enhver tid gjeldene forsinkelsesrentesats som følger av forsinkelsesrenteloven. Telenor viser til at vilkåret må sees i lys av forhandlingsklimaet mellom partene.

Etter departementets syn fremstår klausulen som et virkemiddel mot tilgangskjøper som tidligere har vært forsinket med betaling for kjøp av tilgang, og departementet legger til grunn at klausulen er egnet til å ha en disiplinerende effekt for tilgangskjøper med slik atferd. Departementet finner det ikke sannsynliggjort at en tilgangskjøper som tidligere har misligholdt sine betalingsforpliktelser vil oppnå gunstigere vilkår i tilgangsavtalen enn andre tilgangskjøpere, mot å påta seg en forpliktelse om høyere forsinkelsesrente på grunn av tidligere betalingshistorikk. Departementet konkluderer derfor med at klausulen om forsinkelsesrente i dette tilfellet ikke kan anses som en objektiv grunn for ulikheter i tilgangsvilkårene.

7. POST- OG TELETILSYNETS ETTERFØLGENDE PRESISERINGER

Telenor har anført at Post- og teletilsynets etterfølgende presiseringer av Vedtaket ikke kan anses som en del av Vedtaket. TDC bestrider at tilsynets etterfølgende tolkningsuttalelser er en del av "saken", og anfører at departementet ikke kan prøve dette som en del av klagebehandlingen, jf. forvaltningsloven § 34. Spørsmålet departementet må ta stilling til er hvorvidt tilsynets etterfølgende presiseringer av Vedtaket er å anse som en del av "saken", og dermed er omfattet av departementets prøvingskompetanse.

Klageinstansens kompetanse fremgår av forvaltningsloven § 34. Etter bestemmelsens annet ledd kan klageinstansen "prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter". Videre skal klageinstansen "vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham". Hva som skal anses som en og samme sak er i liten grad belyst i lovens forarbeid eller juridisk teori. Det fremgår av forarbeidene til forvaltningsloven, Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 95, under merknader til forvaltningsloven § 34 at:

"Klagebehandlingen må gjelde samme sak som klagen. I enkelte tilfelle kan denne begrensningen by på problemer, (...) men slike problemer må søkes løst ved tolkning, eventuelt lovregulering, innen de enkelte saksområder."

Hva som er "saken" som en part har rett til dokumentinnsyn i etter forvaltningsloven § 18 beskrives i Eckhoff/Smith Forvaltningsrett 8. utgave s. 256 som "det som inngår i en og samme avgjørelsesprosess".

Telenor ble i Vedtaket pålagt å tilby TDC avtale om regulert tilgang som skal være i overensstemmelse med gjeldende krav til ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter innen 30 dager fra Vedtakets dato. Vilårene i den tilbudte tilgangsavtalen skal tilfredsstillende de krav som stilles i vedtak 5. august 2010 kapittel 8.2, jf. kapittel 7.2, jf. de presiseringer som følger av Vedtaket, og innebærer at TDCs tilgangskostnad må reduseres med 20 prosent. TDC skal ha anledning til å inngå avtale om regulert tilgang med en prisstruktur, herunder bestemmelser om prisjusteringsmekanismer, tilsvarende hva Telenor har lagt til grunn i slike øvrige tilgangsavtaler. Post- og teletilsynets presiseringer knytter seg til Telenors avtaletilbud til TDC etter Vedtaket.

Departementet vil i det følgende vurdere hvorvidt de enkelte presiseringene tilsynet har gjort kan anses som en del av "saken". Når det gjelder tilsynets uttalelser om sentrale klausuler i de reviderte tilbudene om avtale mellom Telenor og TDC, finner departementet under noe tvil at dette faller utenfor klagesaken. Dette gjelder blant annet tilsynets uttalelser om volumforpliktelse, eksklusivitet, varighet og oppsigelse, datatrafikk, endringsrett, tilbakebetalingsklausul og bestemmelse om tilsidesettelse av

rettskraftig vedtak. Departementet legger avgjørende vekt på at vurderingene av etterfølgende avtaleutkast ikke har inngått som en del av avgjørelsesprosessen som ledet frem til Vedtaket. De aktuelle vurderingene ligger følgelig ikke til grunn for tilsynets pålegg om retting. Etter departementets vurdering omfattes ikke presiseringene av "saken", jf. forvaltingsloven § 34. Videre er departementet enig i Telenors anførsler om at vurderinger knyttet til rimelig anmodning om tilgang etter ekomloven § 4-1 faller utenfor Vedtaket. Det vises til punkt 1.1, og at Post- og teletilsynet ikke har tatt stilling til den del av TDCs klage som gjelder påstand om brudd på tilgangsplikt.

Det kan reises spørsmål om Post- og teletilsynets etterfølgende presiseringer kan anses som selvstendige vedtak. Departementet merker seg at ingen av partene anser presiseringene som selvstendige vedtak, selv om Telenor gir uttrykk for at selskapet har valgt å ikke sette dette spørsmålet på spissen. Post- og teletilsynet har så vidt departementet kan se heller ikke ansett de etterfølgende presiseringene som egne vedtak, herunder har tilsynet ikke gitt uttalelsene i vedtaks form. Departementet går derfor ikke nærmere inn i problemstillingen.

Post- og teletilsynets uttalelser i brev av 25. juni, 10. juli, 18. juli punkt 6, 22. august, 11. september, 18. september og 24. september 2012, anses etter dette som tolkningsuttalelser, og vurderes ikke av departementet i denne klagebehandlingen.

8. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Samferdselsdepartementet har etter en konkret vurdering kommet frem til at det foreligger faktisk og rettslig grunnlag for Vedtaket. Videre har departementet kommet til at Vedtaket ikke er i strid med formålet med reguleringen. Etter departementets syn har ikke tilsynet lagt til grunn en for snever fortolkning av begrepet objektive grunner i denne konkrete saken. Departementet har etter en konkret vurdering av Telenors anførsler vedrørende hva som utgjør objektive grunner til ulikheter i tilgangsvilkårene, konkludert med at det i denne konkrete saken kun er volumrabatt som objektivt kan begrunne ulikhetene i tilgangskostnadene.

Samferdselsdepartementet mener det er svært uheldig at det ennå ikke foreligger en avtale mellom partene som oppfyller ikke-diskrimineringskravet i henhold til Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010. Prosessen etter dette vedtaket har ikke ført til at markedsaktørene har kommet frem til ikke-diskriminerende avtaler. Post- og teletilsynets etterfølgende tolkningsuttalelser til Vedtaket har heller ikke ført til at ikke-diskriminerende avtale er inngått.

Sett i lys av denne prosessen og den tolkningstvil som har oppstått, finner departementet at det er hensiktsmessig å presisere Vedtaket ytterligere. For å sikre at ikke-diskrimineringskravet oppfylles, skal TDC ha krav på 20 prosent reduksjon i tilgangsprisen og krav på å beholde dagens prisstruktur og avtalevilkår. Dersom andre

avtalevilkår skal inn i avtalen, vil dette måtte skje etter alminnelige kommersielle forhandlinger mellom partene. Når det gjelder Telenors anførsel om at 20 prosent reduksjon av tilgangspris samtidig som TDC beholder dagens prisstruktur og avtalevilkår, vil diskriminere Network Norway, viser departementet til vurderingen av spiraleffekt ovenfor.

Partene har anledning til å be myndigheten om tolkningsuttalelser ved endring av avtalen, dersom aktørene har behov for ytterligere veiledning om hvordan ikke-diskrimineringskravet skal sikres.

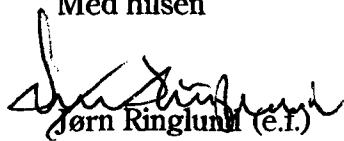
9. DEPARTEMENTETS VEDTAK


Departementet treffer i medhold av ekomloven § 11-6 første ledd og forvaltningsloven § 34 fjerde ledd slikt vedtak:

Post- og teletilsynets vedtak 23. mars 2012 stadfestes, med den endring at TDC har krav på at tilgangskostnaden skal reduseres med 19,8 prosent og at TDC har krav på å beholde dagens prisstruktur og avtalevilkår.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf ekomloven § 11-6 femte ledd og forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Med hilsen


Jørn Ringlund (e.f.)
avdelingsdirektør


Christina Christensen
underdirektør

Kopi:
Post- og teletilsynet

Adresseliste
Telenor ASA
Advokatfirmaet Hjort DA
TDC AS