



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Adressater iflg. liste

Deres ref

Vår ref

Dato

14/391

18.12.2014

Vedtak i klagesak: Klager over Post- og teletilsynets vedtak av 20. januar 2014 i marked 4 og marked 5

1. INNLEDNING

Det vises til klager av 10. februar 2014 fra henholdsvis TDC AS (TDC), Telenor Norge AS (Telenor) og NextGenTel AS (NGT) med vedlegg på Post- og teletilsynet (PT) sine vedtak av 20. januar 2014 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for full og delt tilgang til faste aksessnett (marked 4) og grossistmarkedet for bredbåndsaksess (marked 5).

Det vises også til innsendte kommentarer fra TDC av 10. mars 2014, kommentarer fra NGT av 7. mars 2014 og kommentarer fra Telenor av 10. mars 2014. Det vises samtidig til tilsynets innstillinger i klagesaken av 11. april 2014 med vedlegg.

Etter at PTs innstillinger i klagesaken ble oversendt departementet har det vært ytterligere korrespondanse i saken. Det vises spesielt til kommentarer fra Telenor av 6. mai 2014 til PTs innstilling vedrørende Telenors klage, samt TDCs kommentarer av 30. april 2014 til PTs innstilling vedrørende TDCs klage. Det vises videre til:

- TDCs brev 17. juni 2014 med presisering vedrørende teknisk gjennomføring av tilgang til fiberbasert aksess i marked 4.
- Brev fra PT 19. juni 2014 til Telenor vedrørende Telenors VULA-produkt.
- E-post fra Telenor 19. juni 2014 med kommentarer til PTs brev av samme dato.
- Telenors brev av 20. juni 2014 med tilleggsinformasjon til selskapets klage av 10. februar 2014.
- Brev fra NGT 25. august 2014 med kommentarer til innspill fra Telenor og TDC.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon*	Luft- post- og	Saksbehandler
Postboks 8010 Dep	Akersg. 59	22 24 90 90	teleavdelingen	Halvor Ødegaard
NO-0030 Oslo		Org no.		22248131
postmottak@sd.dep.no	http://www.sd.dep.no/	972 417 904		

- Brev fra TDC 1. oktober 2014 vedrørende Telenors tilgangsprodukt for fiberbasert aksess i marked 4 og 5.

2. BAKGRUNN FOR SAKEN

2.1 Innledning

I henhold til lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) §§ 3-2 og 3-3 er PT pålagt å analysere de ulike markedene for elektronisk kommunikasjon og identifisere tilbydere med sterk markedsstilling. Dersom det utpekes én eller flere tilbydere med sterk markedsstilling, skal det pålegges minst én særskilt forpliktelse utover de generelle forpliktelser som følger av ekomloven med forskrifter.

2.2 Tidligere vedtak

Vedtak av 20. februar 2006

PT fattet 20. februar 2006 sitt første markedsvedtak i LLUB-markedet og bredbåndsaksessmarkedet (den gang definert som marked 11 og 12) med hjemmel i ekomloven. I vedtaket ble Telenor utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i begge markedene og pålagt særskilte forpliktelser. Vedtaket ble påklaget av Telenor og etter Samferdselsdepartementets klagebehandling ble tilsynets vedtak delvis stadfestet den 6. oktober 2006, med unntak av punkt 9.2 om prisregulering, slik at maksimalpris for full tilgang til aksessnett per måned ble endret fra NOK 95 til NOK 105 fra 1. juni 2007.

Vedtak av 3. april 2009

PT fattet 3. april 2009 nye vedtak i begge markedene som på dette tidspunkt var definert som marked 4 og 5. Telenor ble igjen utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i begge markedene og ilagt en rekke forpliktelser, herunder plikt i marked 4 til å gi full og delt tilgang til det kobberbaserte aksessnett og pristak for full tilgang til kobberbasert LLUB på NOK 95 per mnd. I marked 5 ble Telenor blant annet pålagt å gi tilgang til bredbåndsaksess til det kobberbaserte aksessnett. Ventelo, Tele2 og TDC påklaget tilsynets vedtak og etter Samferdselsdepartementets klagebehandling ble vedtaket stadfestet den 17. november 2009

2.3 Vedtak av 20. januar 2014

PT varslet den 28. september 2012 om vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 4, grossistmarkedet for full og delt tilgang til faste aksessnett og i marked 5, grossistmarkedet for bredbåndsaksess. I analysen av markedene konkluderte PT med at Telenor har sterk markedsstilling i begge markeder. PT varslet derfor flere særskilte forpliktelser for Telenor for å bøte på identifiserte konkurranseproblemer.

På bakgrunn av varselet og de mottatte kommentarene fra tilbyderne utarbeidet tilsynet utkast til vedtak i begge markeder. Dokumentene ble oversatt til engelsk og notifisert EFTA Surveillance Authority (ESA) den 8. november 2013. ESA anmodet i brev av 22. november 2013 om ytterligere informasjon og PT svarte på anmodningen i brev 27. november 2013. PT

mottok i brev 9. desember 2013 ESAs kommentarer til markedsanalyse og foreslått virkemiddelbruk.

PT fattet deretter to vedtak den 20. januar 2014, et i marked 4 og et i marked 5, der Telenor ble utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i begge markedene og pålagt en rekke særskilte forpliktelser.

I marked 4 ble Telenor pålagt fortsatt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til produktene full og delt tilgang til det kobberbaserte aksessnettet og tilgang til det fiberbaserte aksessnettet. Dette omfatter også tilgang til backhaultjenester, samlokalisering og informasjons- og støttesystemer. Prisingen av samlokalisering og tilgang til informasjons- og støttesystemer tar fortsatt utgangspunkt i prinsippet om kostnadsorientering. For backhaultjenester konkluderte PT med at det verken var nødvendig eller forholdsmessig å innføre prisregulering.

Telenor ble i forbindelse med tilgangsplikten pålagt en ny forpliktelse om tidsbruk fra bestilling til leveranse av en LLUB-forbindelse. Tilgangsforpliktelsen er fortsatt knyttet sammen med pålegg om ikke-diskriminering, standardtilbud og offentliggjøring. Tilsvarende forpliktelser pålegges nå også for det fiberbaserte aksessnettet.

Telenors kobberbaserte LLUB-produkt ble som før regulert gjennom pristak, men ble endret slik at maksimalprisen reduseres til 85 kroner pr. måned for full tilgang. Prisen for delt tilgang beregnes imidlertid etter samme metode som tidligere. PT konkluderte i denne sammenheng med at det verken var nødvendig eller forholdsmessig med prisregulering av LLUB-tilgang for fiber. Siden fiberbasert LLUB-tilgang ikke ble prisregulert, har heller ikke PT sett behovet for å pålegge særskilte forpliktelser om kostnadsregnskap for fiberbasert LLUB-tilgang. I stedet ble Telenor pålagt en forpliktelse om regnskapsmessig skille, som på sin side bidrar til å sikre oppfølging av kravet om ikke-diskriminering.

I marked 5 ble Telenor pålagt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om både kobberbasert og fiberbasert tilgang til bredbåndsaksess. Denne tilgangsplikten omfatter på samme måte som i marked 4 også tilgang til samlokalisering og informasjons- og støttesystemer. Tilgangsforpliktelsen ble knyttet sammen med pålegg om ikke-diskriminering, standardtilbud og offentliggjøring.

For kobberbasert bredbåndsaksess ble Telenor pålagt prisregulering basert på kostnadsorienterte priser med tilhørende kostnadsregnskap. For fiberbasert bredbåndsaksess konkluderte PT med at det verken var nødvendig eller forholdsmessig med prisregulering. I stedet ble Telenor pålagt en forpliktelse om regnskapsmessig skille for å bidra til å sikre oppfølging av kravet om ikke-diskriminering. Da fiberbasert bredbåndsaksess ikke ble underlagt prisregulering konkluderte PT med at det heller ikke var behov for å pålegge Telenor forpliktelser om kostnadsregnskap for fiberbasert bredbåndsaksess.

Telenor ble imidlertid pålagt å føre kostnadsregnskap for samlokalisering knyttet til både kobber- og fiberbasert bredbåndsaksess for å sikre at tilgang til samlokalisering og informasjons- og støttesystemer tar utgangspunkt i prinsippet om kostnadsorientering.

3. NÆRMERE OM ANMODNINGER OM UTSATT IVERKSETTING FRA TELENOR

3.1 Anmodning om utsatt iverksetting av 20. januar 2014

Telenor ba i sin klage av 10. februar om utsatt iverksetting for den delen av vedtaket som rettet seg mot prisreduksjon på Operatøraksess (Telenors produkt navn for kobberbasert LLUB), inntil klagesaken var ferdigbehandlet, jf. forvaltningsloven § 42. Som begrunnelse for anmodningen om utsatt iverksetting skrev Telenor at vedtaket innebar en betydelig økonomisk byrde for Telenor og at det ikke vil være mulig å gjenopprette følgene av prisreduksjonen i etterkant.

Samferdselsdepartementet kom etter en avveining av de samlede hensyn ved beslutning av 28. februar 2014 til at det forelå grunnlag for å etterkomme Telenors anmodning om utsatt iverksetting for den del av vedtaket av 20. januar 2014 i marked 4 som gjaldt pristak for kobberbasert LLUB-tilgang jf. forvaltningsloven § 42, jf. ekomloven § 11-6.

Departementet satte som vilkår at Telenor opprettet en konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet. Telenor er pålagt ved salg av tilgang til kobberbasert LLUB etter 1. mars 2014 umiddelbart å overføre til pantsatt konto differansen mellom gjeldende pris (95 NOK) og pris (85 NOK). Dette vil gjøre det mulig å foreta et eventuelt etteroppgjør mellom tilbyderne når klagesaken er endelig avgjort.

3.2 Anmodning om utsatt iverksetting av 12. juni 2014

Telenor ba i brev 12. juni 2014 om delvis utsatt iverksetting av PTs vedtak av 20. januar 2014 i marked 5 når det gjelder tidsfristene for å utvikle og lansere grossistprodukter for tilgang til fiberaksess inntil klagen er avgjort, jf. forvaltningsloven § 12. Som begrunnelse for anmodningen om utsatt iverksetting skrev Telenor blant annet at selskapet, basert på tilbakemeldingen fra aktørene, vurderte usikkerheten knyttet til å sette i gang utviklingen av det pålagte tilgangsproduktet til å være svært høy før Samferdselsdepartementet hadde fattet vedtak i klagesaken.

Samferdselsdepartementet kom etter en avveining av de samlede hensyn ved beslutning av 20. juni 2014 til at det ikke forelå grunnlag for å etterkomme Telenors anmodning om utsatt iverksetting av tidsfristene for å lansere grossistprodukter for tilgang til fiberbasert bredbåndsaksess i marked 5 i henhold til PTs vedtak 20. januar 2014 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 4 og 5, jf. forvaltningsloven § 42, jf. ekomloven § 11-6 fjerde ledd.

4. REGULATORISK RAMMEVERK

4.1 Ekomregelverket

Formålet med reguleringen på ekomområdet fremgår av lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 1-1. Bestemmelsen slår fast at formålet med loven er å;

... ”sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon.”

Ekomloven ivaretar med andre ord flere formål og hensyn, der bærekraftig konkurranse i markedet ansees for å være et av de viktigste virkemidlene. Det følger av forarbeidene til ekomloven, Ot.prp. nr 58 (2002-2003), at bærekraftig konkurranse som virkemiddel innebærer at forholdene skal legges til rette for en langsiktig virksom konkurranse i markedet. Med dette menes at i valg mellom reguleringsformer med ulike egenskaper på kort og lang sikt skal alternativene som gir best løsning over tid velges.

PT definerer relevante markeder med hjemmel i ekomloven § 3-2 og gjennomfører deretter markedsanalyser og utpeker tilbydere med sterk markedsstilling jf. § 3-3. Markedsanalysen danner utgangspunktet for tilsynets vurdering av virkemiddelbruken i markedet. Dersom det ikke er bærekraftig konkurranse kan myndigheten utpeke en eller flere tilbydere med sterk markedsstilling (SMP). Tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling skal i henhold til ekomloven § 3-4 ilegges en eller flere særlige plikter, som følger av ekomloven §§ 4-1, 4-4, 4-5, 4-6, 4-7, 4-8, 4-9 og 4-10.

Relevante forpliktelser er:

- Tilgangsfpliktelser, jf. ekomloven §§ 4-1, 4-4 og 4-5
- Krav om ikke-diskriminering, jf. ekomloven § 4-7
- Krav om standardtilbud, jf. ekomloven § 4-6
- Krav om transparens, jf. ekomloven §§ 4-6 og 4-8
- Prisregulering og krav om kostnadsregnskap, jf. ekomloven § 4-9
- Krav om regnskapsmessig skille, jf. ekomloven § 4-8.

I særlige tilfeller kan det også pålegges plikter utover det som følger av disse bestemmelsene, forutsatt at konsultasjonsprosedyren i ekomloven § 9-3 følges. Samferdselsdepartementet vil ikke omtale de tilgjengelige virkemidlene nærmere her, men behandler dette der det er relevant i klagebehandlingen. PTs veiledning ”Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling” versjon 3.0 av 12. juni 2009 gir god rettleiding i virkemiddelbruken og er tilgjengelig på tilsynets nettsider.

Ved pålegg om forpliktelser etter § 3-4 følger det av tredje ledd at det er nedfelt eksplisitte krav til hva de pålagte forpliktelsene skal være egnet til å oppnå:

”Plikter etter første og annet ledd som pålegges i det enkelte tilfelle skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og

internasjonal utvikling i markedet. Myndigheten kan endre pålagte plikter.”
(Vår understrekning.)

Det vises her også til at det følger av merknaden til § 3-4 i Ot.prp. nr 58 (2002-2003) på side 100, at ... ”myndigheten skal velge den eller de særskilte forpliktelser som er best egnet i det enkelte tilfellet”.

I samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper og merknaden til ekomloven § 3-4, må de forpliktelser tilsynet pålegger tilbydere med sterk markedsstilling i tillegg til å være egnet til å fremme ekomlovens formål, også være forholdsmessige. Dette innebærer at tilsynet ved valg mellom flere alternativer, som alle kan fremme formålet like effektivt, skal velge det minst tyngende alternativ for tilbyder med sterk markedsstilling.

4.2 EØS-reguleringen

Det regulatoriske rammeverket for elektronisk kommunikasjon bygger på fem direktiver vedtatt av Den Europeiske Union (EU); Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsverndirektivet. Direktivene (heretter omtalt som ”direktivpakken”) er implementert i norsk rett gjennom ekomloven og tilhørende forskrifter, herunder forskrift av 16. februar 2004 om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften).

Det følger av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen at utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling skal skje i samsvar med retningslinjer og anbefalinger som er utarbeidet av EU-kommisjonen og senere vedtatt av EFTA Surveillance Authority (ESA). Videre er det i European Regulators Group for electronic communications networks and services (ERG) utarbeidet retningslinjer for virkemiddelbruk nedfelt i dokumentet ”*Revised ERG Common Position on the approach to remedies in the ECNS regulatory framework*”. Retningslinjer og prinsipper som er nedfelt i dette dokumentet skal stimulere utviklingen av det indre markedet i EU for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester, samt legge til rette for en enhetlig og konsistent praktisering av regelverket i de ulike medlemslandene.

Hovedformålet med direktivpakken er å harmonisere ekomregelverket i Europa. Denne harmoniseringen skal ikke bare skje på regelverksnivå, men også gjennom enkeltvedtak. Prosedyren for enkeltvedtakskonsultasjonen med ESA er nedfelt i ekomloven § 9-3. Når enkeltvedtak etter ekomloven § 3-4 vil kunne påvirke handelen mellom EØS-landene skal myndighetene sende et begrunnet forslag til vedtak til ESA for kommentar. Under særlige omstendigheter, der ESA er i alvorlig tvil om forslagetets samsvar med EØS-retten, kan ESA kreve at forslaget trekkes tilbake. Dette gjelder ved utpeking eller tilbaketrekking av tilbyder med sterk markedsstilling og definering av nye markeder. For pålegg av virkemidler som nevnt ovenfor har ESA en uttalelsesrett. PT skal så langt som mulig ta hensyn til ESAs merknader og ESA skal notifiseres om vedtaket når dette er fattet.

ESA har ingen formell rolle i Samferdselsdepartementets klageavgjørelse. Departementet legger likevel vekt på konsultasjonsordningen med ESA, som er kommet i stand for å sikre

harmonisering av ekomreguleringen. På dette grunnlag mener departementet at det er relevant å ta et visst hensyn til ESAs uttalelser i klagebehandlingen av PTs markedsregulering.

5. DEPARTEMENTETS VURDERING

5.1 Klageinteresse

Forvaltningsloven gjelder når annet ikke er bestemt for behandling av saker etter ekomloven, dette følger eksplisitt av ekomloven § 9-1. Forvaltningslovens hovedregel om klageinteresse er at enkeltvedtak kan påklages av den som er part i saken eller andre med "rettslig klageinteresse" jf. forvaltningsloven § 28 første ledd.

Vedtakene i bredbåndsmarkedet er rettet direkte mot Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og part i saken, Telenors klagerett er derfor uomtvistet.

Andre selskaper kan anses for å ha rettslig klageinteresse dersom interessen *"har slik art og styrke at det er rimelig å gi ham et rettskrav på å få vedtaket overprøvet"* jf. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave s. 511. Etter rettspraksis kan konkurranseforhold også danne grunnlaget for rettslig klageinteresse.

I denne saken er pliktene som pålegges Telenor bestemmende for om andre selskaper får tilgang til Telenors infrastruktur, og på hvilke vilkår slik tilgang skal skje. Reguleringen av Telenor er derfor etter departementets vurdering av så stor betydning for NGT og TDCs rammebetingelser som tilgangskjøpere at rettslig klageinteresse må anses å foreligge for disse to selskapene.

5.2 Markedsavgrensningen og utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling

Telenor påklager PTs utpeking av selskapet som tilbyder med sterk markedsstilling i marked 4 og marked 5. Etter Telenors mening har PT lagt til grunn en for vid produktavgrensning som innebærer at selskapet utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling i et overordnet grossistmarked for alle faste aksessteknologier.

Telenor hevder på dette punkt at det ikke er dokumentert at Telenor vil ha sterk markedsstilling dersom en mer representativ markedsavgrensning legges til grunn. Videre anfører Telenor at den mangelfulle markedsanalysen gir et unyansert grunnlag for å vurdere potensielle konkurranseproblemer.

TDC er enige i PTs vurderinger av markedsavgrensningen og viser særlig til at ESA har godkjent utpekingene av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling.

NGT støtter PTs utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og bemerker gjennom sine kommentarer til klagen at Telenor heller ikke nådde frem med tilsvarende anførsler overfor Konkurransetilsynet i forbindelse med oppkjøpet av LOS.

Samferdselsdepartementet vil innledningsvis poengtere at det foretas en konkret markedsavgrensning i hver enkelt sak, både med hensyn til hvilke produkter som skal inngå i de relevante markedene og med hensyn til markedenes geografiske omfang. Et relevant produktmarked utgjøres av produkter eller tjenester som er tilstrekkelig substituerbare. Etter at de relevante produktmarkedene er fastlagt, foretas en geografisk avgrensning av markedet. Det geografiske markedet kan defineres som det området hvor det aktuelle produktet tilbys på tilnærmet like og tilstrekkelig homogene konkurransemessige betingelser. Det stedlige virkeområdet for den rettslige reguleringen av markedene synes ikke å være bestridt av verken Telenor, NGT eller TDC. I denne saken har PT gjennomført markedsanalysene med utgangspunkt i de forhåndsdefinerte markedene som fremkommer av ESAs anbefaling om relevante markeder. I vedlegg 1 til vedtaket – markedsanalysen, behandler PT spørsmålet om markedsavgrensning under punktene fra 3.1 til og med 3.4. PT fant gjennom sine vurderinger ikke grunnlag for å avvike fra anbefalingen til ESA med hensyn til avgrensningen mellom LLUB-markedet og markedet for Bredbåndsaksess.

Tilsynet konkluderer i sin markedsanalyse under pkt. 4.8 med at Telenor har sterk markedsstilling (enkel dominans) i grossistmarkedet for LLUB. Videre konkluderer PT i markedsanalysen under pkt. 5.8 med at Telenor har sterk markedsstilling i det relevante grossistmarkedet for Bredbåndsaksess.

PT har konkludert med at marked 4 (grossistmarkedet for full og delt tilgang til faste aksessnett) og marked 5 (grossistmarkedet for bredbåndsaksess) omfatter de vanlige aksessteknologiene for levering av fast bredbånd, herunder leveranse over telefonnettet (kobberkabler), kabel-TV-nett (coaxialkabel), fiberkabel og fast radioaksess. Bredbåndsaksessmarkedet er teknologinøytralt og omfatter derfor grossisttilbud av bredbåndsaksess via andre aksessnett enn det kobberbaserte som tradisjonelt har vært brukt til å tilby slike produkter. Disse aksessteknologiene er av natur ulike, men blir av tilsynet regnet som substituerbare siden de kan levere de samme tjenestene. Trådløst mobilt bredbånd er imidlertid ikke omfattet av dette markedet.

PT har konkludert med at Telenor samlet sett har en dominerende posisjon i både grossistmarkedet for full og delt tilgang til faste aksessnett og i grossistmarkedet for bredbåndsaksess.

I markedsanalysen behandles spørsmålet om markedsandeler i hovedsak under punkt 4.3. Her viser PT særlig til at Kommisjonen legger til grunn at enkel dominans normalt vil kunne finnes hos tilbydere med over 40 % markedsandel og at markedsandeler kan måles i omsetning, volum eller antall kunder.

Av tilsynets vurderinger av Telenors markedsandeler i marked 4 vil departementet særlig vise til uttalelsene i avsnitt 138 og 140;

”Foruten Telenors kobberbaserte LLUB-aksesser, har PT kun registrert et svært begrenset antall kobberbaserte LLUB-aksesser. Det betyr at Telenor står for tett opp til

100 % av den faktiske omsetningen av kobberbaserte LLUB-aksesser i dette grossistmarkedet”.

”Slik det relevante markedet er definert, er det imidlertid ikke bare det eksterne grossistsalget av LLUB som skal legges til grunn ved beregning av markedsandeler. I tillegg anses også de bredbåndsaksessene som ulike aksessnetteierers sluttbrukervirksomhet omsetter eller bruker internt, for å være en del av det relevante markedet for LLUB. Med en slik tilnærming vil også internt salg eller bruk av bredbåndsaksesser hos Telenor måtte inngå i markedsandelsberegningen”.

Om Telenors markedsandeler i marked 5 uttaler tilsynet på avsnitt 250 og 251;

... ”Basert på informasjon som PT har innhentet fra aktørene i markedet har Telenor opp mot 100 % markedsandel i det eksisterende, eksterne grossistmarkedet for bredbåndsaksess tjenester”.

”Slik dette relevante markedet er definert, er det imidlertid ikke bare det eksisterende eksterne grossistsalget av bredbåndsaksess tjenester som skal legges til grunn ved beregning av markedsandeler. I tillegg anses også de bredbåndsaksessene som ulike aksessnetteiere og LLUB-kjøpere omsetter eller bruker internt, for å være en del av det relevante markedet for Bredbåndsaksess”.

PT har her, både i marked 4 og i marked 5, valgt å se hen til omsatt volum av bredbåndsaksess tjenester i sluttbrukermarkedet som en indikator på markedsandeler i grossistledet.

Tilsynet uttaler videre om Telenors markedsandeler i marked 4 under punkt 145 at;

... ”markedsandelen på sluttbrukernivå for tilbydere som baserer seg på kjøp av LLUB og Bredbåndsaksess fra Telenor, indikerer hvor stor markedsandel det eksterne salget av bredbåndsaksess tjenester utgjør hos Telenor. Telenors egen markedsandel i sluttbrukermarkedet indikerer markedsandelen Telenor har ved bruk eller salg av bredbåndsaksess internt. Telenors markedsandel på grossistnivå blir da summen av det eksterne salget av LLUB og Bredbåndsaksess og den interne bruken/salget av bredbåndsaksess tjenester”.

Med denne tilnærmingen, der også Canal Digital's salg av bredbåndsaksesser via sitt kabel-TV-nett inkluderes i Telenors tallmateriale, legger tilsynet til grunn at Telenor ved utgangen av første halvår 2013 hadde en markedsandel på omtrent 64 % i LLUB-markedet.

PT legger det samme synet til grunn ved vurderingen av Telenors markedsandeler i marked 5, her gjengitt fra avsnitt 255:

... ”På tilsvarende måte vil sluttbrukermarkedsandelen til øvrige tilbydere som baserer sitt bredbåndstilbud på andre aksesssteknologier (Get, Lyse, osv.), indikere hvilken markedsandel disse tilbyderne har i grossistmarkedet for Bredbåndsaksess. Ut fra denne tilnærmingen hadde Telenor en markedsandel på ca. 49 % i markedet for Bredbåndsaksess ved utgangen av første halvår 2013, basert på volum/antall bredbåndsaksesser.”

Departementet er enige med tilsynet i at en slik tilnærming anses forsvarlig da det utgjør tilnærmet et 1:1-forhold mellom antall bredbåndsaksesser solgt i sluttbrukermarkedet og antall bredbåndsaksesser solgt eller brukt i grossistleddet. Departementet er klar over at Telenors markedsandel i grossistmarkedet for bredbåndsaksess har falt fra ca. 59 % ved utgangen av første halvår 2008 til ca. 49 % ved utgangen av første halvår 2013. Selv om tallmaterialet etter Telenors syn derfor er noe usikkert, er departementet enige i tilsynets oppfatning om at det er en klar indikasjon på at Telenor har sterk markedsstilling i det relevante markedet.

Ser en videre hen til at Telenor er vertikalt integrert i marked 4 og at selskapet har et landsomfattende aksessnett som danner grunnlaget for både grossist- og sluttbrukertilbudet av bredbåndstjenester, er dette momenter som klart taler for at Telenor har sterk markedsstilling. Tilsynet mener her at Telenors kontroll over et landsdekkende aksessnett, som er vanskelig dupliserbart, samt manglende forhandlingsmakt på etterspørselssiden er momenter som bidrar til å styrke en konklusjon om sterk markedsstilling i marked 4 for Telenor.

Telenors kontroll over et landsdekkende aksessnett får også betydning for marked 5. Selv om dette ikke utgjør en absolutt etableringshindring i dette markedet, styrker det en konklusjon om sterk markedsstilling for Telenor.

Telenors anførsler om markedsavgrensning i klagen, ble i stor grad også fremsatt av selskapets i høringsrunden. Anførlene var således kjent for tilsynet før endelig vedtak ble fattet. Telenor anfører også denne gangen at tilsynet har lagt til grunn en for vid produktavgrensning og tilsynet ikke har foretatt en tilstrekkelig vurdering av substitusjon mellom de ulike aksessteknologiene. Departementet vil særlig vise til markedsanalysens vurderinger under kapittel 3.2 og 3.3 og drøftingen i vedlegg 2 til vedtaket under kapittel 2.6, og til vurderingene om substituerbarhet i henholdsvis pkt. 85 i vedtaket for marked 4 og pkt. 95 i vedtaket for marked 5. Departementet er enige i tilsynets konklusjoner hva gjelder substituerbarhet og markedsavgrensning. De endelige vurderingene er også i tråd med ERGs Common Position og alminnelig europeisk praksis. Tilsynets markedsavgrensning kreves heller ikke endret av ESA.

Tilsynet skriver i sin innstilling til klagesaken på side 5 at det er vanskelig å se at det er forhold i det norske markedet som tilsier en annen markedsavgrensning i disse markedene enn i Sverige, Danmark og de fleste land i Europa. Departementet støtter dette synet.

Det er viktig her å minne om at relevant vurderingstema er eksistensen av sterk markedsstilling - ikke identifisering av eventuell konkurranseskadelig misbruk av dominerende stilling. For vurderingen av sterk markedsstilling er det således ikke avgjørende om eventuell markedsrett/dominans faktisk misbrukes eller ikke.

Departementet vil videre bemerke at tilsynets endelige konklusjoner vedrørende markedsavgrensningen og utpekingen av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling er en utvikling og videreføring av de prinsipper som ble lagt til grunn gjennom markedsanalysen 3.

april 2009 der det ble foretatt vurderinger av avgrensning av marked 4 og 5 mot marked 6 (tidligere marked 13) og tidligere marked 14.

Markedsavgrensning og markedsanalysen er etter departementets oppfatning ikke i motstrid med de prinsipper som er lagt til grunn for Konkurransetilsynet uttalelser i forbindelse med deres arbeid med Telenors oppkjøp av LOS Bynett og Bynett Privat.

Konklusjon:

Samferdselsdepartementet har etter en samlet vurdering, kommet til at Telenor ikke får medhold i sine anførsler om at en mer representativ markedsavgrensning bør legges til grunn og at markedsanalysen som helhet er mangelfull.

Departementet er ikke enige med Telenor i at markedsanalysen gir et unyansert grunnlag for å vurdere potensielle konkurranseproblemer. Tvert imot mener departementet at markedsanalysen gir et godt innblikk i konkurranseproblematikken og de utfordringene som finnes i markedene.

5.3 Manglende identifisering av reguleringsprinsipp for andre aksessteknologier enn kobber.

Telenor har anført at det er en saksbehandlingsfeil at PT ikke har identifisert et entydig reguleringsprinsipp for andre aksessteknologier enn kobber. Etter Telenors syn er det en saksbehandlingsfeil at PT ikke har trukket en entydig konklusjon med hensyn til om det er reguleringsprinsipp 2 eller 3 som skal gjelde. Virkemidlene knyttet til disse teknologiene kan derfor etter Telenors syn være ilagt på mangelfullt grunnlag. Denne anførselen er reist både overfor vedtaket i marked 4 og i marked 5.

Telenor mener videre at PT plikter å innrette reguleringen for andre aksessteknologier enn kobber etter prinsipp 3, ettersom dette vil samsvare best med formålsparagrafen til ekomloven.

TDC anfører i sine kommentarer til Telenors klage at selskapet er uenig i at reguleringsprinsipp 3 kan legges til grunn, helt eller delvis, for valg av særskilte forpliktelser i marked 4 og 5. TDC legger til grunn at det er begrenset rom for duplisering av infrastruktur for å levere faste aksesstjenester.

Samferdselsdepartementet vil innledningsvis kommentere anførselene fra tilbyderne. Det ene forholdet er at Telenor og TDC er uenige i hvilket reguleringsprinsipp som skal legges til grunn for virkemiddelbruken i markedet. Det andre forholdet er at Telenor anfører at det er en saksbehandlingsfeil at PT ikke har trukket en entydig konklusjon med hensyn til valg av reguleringsprinsipp.

Departementet vil behandle anførselene om saksbehandlingsfeil først. Med saksbehandlingsfeil menes at forvaltningsmyndigheten ikke har overholdt de saksbehandlingsregler for enkeltvedtak som følger av loven.

Det er ikke slik at alle feil som eventuelt avdekkes medfører at vedtaket må kjennes ugyldig. Etter forvaltningsloven § 41 følger det at:

”Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.”

Hensikten med saksbehandlingsreglene er først og fremst å fatte riktige avgjørelser. Selv om det skulle fastslås at det er gjort feil i vedtaksorganets saksbehandling, betyr ikke det nødvendigvis at vedtaket er ugyldig. Dette må avgjøres konkret ut fra de virkninger feilen kan ha hatt på innholdet av vedtaket. Det er heller ikke et absolutt krav at feilen faktisk skal ha påvirket resultatet, det ansees tilstrekkelig at det foreligger en mulighet for at feilen kan ha virket inn på vedtakets innhold.

Departementet viser til at det følger av ekomloven § 9-1 at forvaltningsloven gjelder for behandling av saker etter ekomloven når ikke annet er bestemt. Forvaltningsloven § 41 kommer derfor til anvendelse i denne saken.

De fire reguleringsprinsippene for bruk av virkemidler er:

Prinsipp 1: Det skal utformes begrunnede vedtak i samsvar med tilsynsmyndighetenes forpliktelser etter direktivene.

Prinsipp 2: Forbrukeres interesser skal ivaretas når duplisering av infrastruktur ikke antas å være mulig.

Prinsipp 3: Virkemiddelbruken skal støtte mulige infrastrukturinvesteringer.

Prinsipp 4: Forpliktelser skal utformes slik at de gir insentiver til etterlevelse.

Samferdselsdepartementet viser her til at tilsynet har vurdert spørsmålet om valg av reguleringsprinsipp for andre aksessteknologier enn kobber og kommet til at det er ikke grunnlag for å konkludere entydig med hensyn til reguleringsprinsipp 2 eller 3 for den delen av LLUB-markedet som omfatter andre aksessteknologier enn kobber, jf. vedtaket i marked 4 punkt 88 og vedtaket i marked 5, punkt 98. Tilsynet har med andre ord valgt ikke entydig å identifisere ett reguleringsprinsipp for markedsreguleringen.

Første spørsmål blir om PT etter lovgivningen har en plikt til å identifisere et entydig reguleringsprinsipp.

PT skriver i sin innstilling til klage fra Telenor i pkt. 2.3 på side 6 at det ikke foreligger en plikt for tilsynet til å trekke en entydig konklusjon med hensyn til reguleringsprinsipp. PT viser til at plikter som pålegges en tilbyder med sterk markedsstilling etter ekomloven § 3-4 skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for

nasjonal og internasjonal utvikling i markedet. Tilsynet mener at vurderingene av reguleringsprinsipp som er gjort i vedtaket og de ilagte forpliktelser i tilknytning til fiberbasert aksess er egnet til å oppfylle alle disse målene.

ERGs virkemiddeldokument har ikke i seg selv rettskildemessig virkning. Men ERGs virkemiddeldokument tar utgangspunkt i prinsippene i ekompakken, og er ment å tydeliggjøre utgangspunktet for en harmonisert virkemiddelbruk i hele EØS-området. Som følge av at ERGs prinsipper bygger på ekompakken som er gjennomført i norsk rett, jf. kapittel 4.1 kommer utgangspunktene for prinsippene til syne i ekomloven og forarbeidene til loven. Prinsipp 2 følger indirekte av § 1-1 og merknaden til denne bestemmelsen som blant annet fastslår at *”Ved avveiningen av hensyn ...vil hensynet til brukeren normalt veie tyngst med mindre den enkelte bestemmelse gir uttrykk for noe annet.”* Når det gjelder prinsipp 3 om at virkemiddelbruken skal støtte mulige infrastrukturinvesteringer, så fremgår det av ekomloven av § 4-1 annet ledd nr 2 at det skal tas hensyn til tilbyders investeringer og investeringsrisiko når det vurderes om hvorvidt en anmodning om tilgang må ansees som rimelig.

Prinsipp 2 og 3 gjelder i norsk rett så langt de er gjennomført i ekomregelverket. Videre har det en viss rettskildemessig betydning at PT legger disse prinsippene til grunn for sin regulering i veiledningen *”Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling”* se ovenfor pkt. 5.1 og 5.2 .

Samferdselsdepartementet kan imidlertid i likhet med tilsynet ikke se at det er et absolutt krav etter ekomregelverket eller den bakenforliggende EU-retten at kun et reguleringsprinsipp kan legges til grunn ved valg av virkemidler. Myndigheten skal etter EU-retten tilstrebe å følge en reguleringsretning, med den hovedbegrunnelsen å skape forutsigbarhet i markedet og sikre fremtidig konkurranse. Det følger både av PTs virkemiddeldokument og *”Revised ERG Common Position on the Approach to remedies in the ECNS regulatory framework”* at det er mulig å komme frem til konklusjoner i enkeltmarkeder som avviker fra de generelle vurderingene i dokumentene, forutsatt at avviket begrunnes.

I sitt virkemiddeldokument skriver også PT at *”Ved høy usikkerhet om det er mulig å oppnå duplisering av infrastruktur, vil PT følge utviklingen i markedet nøye og tilpasse virkemiddelbruken etter markedsutviklingen”*. Departementet legger til grunn at PT følger utviklingen i den delen av markedet som gjelder andre aksessteknologier enn kobber særskilt nøye, og at tilsynet, dersom det ser at det er mulig å konkludere med hensyn til reguleringsprinsipp, eventuelt fatter et nytt vedtak med særskilte forpliktelser i tråd med dette.

Samferdselsdepartementet kan på bakgrunn av ovenstående ikke se at ekomloven eller EU-retten oppstiller et absolutt krav om at tilsynsmyndigheten entydig må konkludere med hensyn til reguleringsprinsipp i et relevant marked. Departementet kan på denne bakgrunn heller ikke se at mangel av å identifisere et entydig reguleringsprinsipp kan utgjøre en saksbehandlingsfeil. Telenor får ikke medhold i sin anførsel på dette punkt.

Uavhengig av om det foreligger plikt eller ikke for tilsynet til å identifisere et reguleringsprinsipp, vil departementet i det følgende vurdere om det er grunnlag for å gi Telenor eller TDC medhold i sine anførsler om hvilke hovedhensyn reguleringen skal ivareta. Telenor mener PT skal innrette reguleringen for andre aksessteknologier enn kobber etter prinsipp 3. TDC på sin side er uenige i dette og viser til at andre tilbydere enn Telenor har begrenset rom for ytterligere vekst og at Telenor ikke møter konkurranse fra andre infrastrukturaktører.

PT har som nevnt vurdert spørsmålet om valg av reguleringsprinsipp for andre aksessteknologier enn kobber og kommet til at det er ikke grunnlag for å konkludere entydig med hensyn til valg av enten reguleringsprinsipp 2 eller prinsipp 3. Dersom markedet kun omfattes av prinsipp 2, vil det normalt være nødvendig å pålegge et strengt sett av regulatoriske forpliktelser. De samme krav til streng regulering følger ikke ved valg av reguleringsprinsipp 3.

Tilsynet har i sin innstilling til klage til Telenor vist til kapittel 6.1 i vedtakene der PT har begrunnet hvorfor det ikke er hensiktsmessig å konkludere entydig. I marked 4-vedtaket på side 20, 21 og 22 omtaler tilsynet sitt valg av reguleringsprinsipp, se særlig pkt. 81, 82 og 88.

”PT har på bakgrunn av det ovenstående konkludert med at kobberbasert LLUB fortsatt faller inn under prinsipp 2 for pålegg om forpliktelser, jf. PTs virkemiddeldokument kapittel 4.”

”For alternative aksessteknologier tok PT i vedtaket av 3. april 2009 utgangspunkt i reguleringsprinsipp 3 i PTs virkemiddeldokument. Dette innebar at denne delen av markedet ble vurdert med utgangspunkt i at duplisering av infrastrukturen vil være mulig.”

”Oppsummert trekker hensynet til investeringsinsentiver og ønsket om mer bærekraftig infrastrukturkonkurranse i bredbåndsmarkedet i retning av reguleringsprinsipp 3 for den delen av LLUB-markedet som omfatter andre aksessteknologier enn kobber. Samtidig ønsker PT å legge til rette for konkurranse også i områder hvor Telenor er eneste aksesstilbyder, uavhengig av om aksessnett er basert på kobber eller andre teknologier. PT har på denne bakgrunn kommet til at det ikke er hensiktsmessig å konkludere entydig med hensyn til reguleringsprinsipp 2 eller 3 for den delen av LLUB-markedet som omfatter andre aksessteknologier enn kobber. Virkemiddelbruken her bør snarere innrettes slik at den i størst mulig grad ivaretar begge ovennevnte hensyn.”

Etter departementets vurdering har tilsynet her gitt en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor tilsynet ikke har konkludert når det gjelder valg av reguleringsprinsipp 2 eller 3 for andre aksessteknologier enn kobber. Departementets vurdering er at tilsynet ved sine uttalelser legger opp til å følge en reguleringsretning som skaper tilstrekkelig forutsigbarhet i markedet. Departementet deler derfor ikke Telenors syn om at denne løsningen skaper unødig regulatorisk usikkerhet.

Tilsvarende er ikke departementet enige i Telenors anførsel om at manglende identifisering av reguleringsprinsipp er i strid med ekomloven § 3-4 tredje ledd som stiller krav om at pliktene ... ”skal være eget til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for

nasjonal og internasjonal utvikling i markedet". Departementet viser til at det ikke fremkommer noen forutsetning eller vilkår om valg av reguleringsprinsipp i forarbeidene til § 3-4.

Konklusjon:

Samferdselsdepartementet kan på denne bakgrunn ikke se at mangel av å identifisere et entydig reguleringsprinsipp kan utgjøre en saksbehandlingsfeil. Telenor får ikke medhold i sin anførsel på dette punkt.

Samferdselsdepartementet viser videre til vurderingene gjort av tilsynet i vedtaket. Å balansere de to hensynene som ligger til grunn bak prinsipp 2 og prinsipp 3 kan være krevende, men departementet finner at tilsynet har valg en løsning som legger til rette for både investeringsinsentiver og bærekraftig infrastrukturkonkurranse, samtidig som det sikrer effektiv utnyttelse av eksisterende infrastruktur og gir tilstrekkelig forutberegnlighet i markedet.

Oppsummert finner derfor departementet at løsningen som tilsynet har valgt er formålstjenelig og i tråd med ekomloven § 3-4 tredje ledd og det generelle ekomregelverket.

Virkemiddelbruken er etter vår vurdering utformet på en måte som i størst mulig grad ivaretar begge ovennevnte hensyn. Verken TDC eller Telenors anførsel på dette punkt fører frem.

5.4 Prisregulering av kobberbaserte aksessnett i marked 4 og marked 5

5.4.1 Prisregulering av kobberbasert LLUB (marked 4)

PT har vedtatt at pristaket for kobberbasert LLUB skal reduseres fra 95 kroner per måned til 85 kroner per måned. Reduksjonen skal gjelde fra 1. mars 2014.

NGT påklager den vedtatte reduksjonen av pristak for kobberbasert LLUB. NGT mener reduksjonen av pristaket på kobberbasert LLUB, fra 95 til 85 kroner per måned, ikke er tilstrekkelig for å oppveie andre pris- og kostnadsøkninger knyttet til Telenors grossistprodukter. NGT viser i denne sammenheng til en økning i 2013 på 28 prosent i grossistprisene for etablering, til økte kostnader for grossistkundene som følge av Telenors nye feilrettingspolicy og til at grossistkundene i økende grad må betale for full i stedet for delt tilgang. NGT viser også til at Telenors kostnadsregnskap har vist positive resultater med 62 MNOK og 64 MNOK i hhv 2010 og 2011. I tillegg skriver NGT at Telenor har kunnet innkreve en altfor høy tilgangspris i 2012 og 2013 som følge av den lange saksbehandlingstiden i forbindelse med vedtaket i marked 4 og 5.

Med utgangspunkt i at PT har konkludert med at reguleringsprinsipp 2 skal legges til grunn ved utforming av ny regulering for kobberbasert LLUB-tilgang, mener NGT videre at det ikke lenger er relevant å balansere ny maksimalpris mot insentivene til investeringer i alternativ infrastruktur, slik PT har gjort. Det er etter NGTs oppfatning ikke behov for å subsidiere utbygging av fibernett ved å ta en høyere tilgangspris for kobberbasert LLUB enn de underliggende kostnader tilsier. NGT viser også til at PTs LRIC-modell har vesentlige

forskjeller fra LRIC-modellen Kommissjonen anbefaler. NGT mener i lys av dette at modellresultatet fra PTs LRIC-modell må anses som et utenforliggende hensyn i den skjønnsmessige vurderingen av pristaket. I tillegg mener NGT at harmoniseringshensynet også tilsier at den fastsatte maksimalprisen er for høy.

TDC anfører at samtlige forhold, med unntak av PTs LRIC-modell, indikerer at prisen på kobberbasert LLUB bør reduseres ytterligere. TDC mener videre at PTs LRIC-modell ikke kan være en relevant del av beslutningsgrunnlaget, fordi den baserer seg på forutsetninger som ikke er i tråd med rammeverket. TDC viser også til at PT selv fastslår at kostnadsregnskapet gir rom for ytterligere prisreduksjoner. TDC ber om at Samferdselsdepartementet fastsetter et pristak som er i samsvar med Kommissjonens anbefaling om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder.

Telenor anfører at PT ikke har dokumentert at det er behov for å endre pristaket fra 95 kroner til 85 kroner per måned og at reduksjonen derfor ikke er tilstrekkelig begrunnet. Telenor viser til at ved å legge avgjørende vekt på resultatene i kostnadsregnskapet, styrer PT i praksis etter historiske kostnadsbetraktninger og at dette er i direkte i motstrid med de europeiske retningslinjene. Telenor hevder videre at PTs LRIC-modell er mer konsistent med europeiske retningslinjer og praksis for prissetting, enn kostnadsregnskapet til Telenor. Telenor mener at PT legger for stor vekt på at Telenors LLUB-priser kommer høyere ut enn LLUB-priser i andre europeiske land, og at dette kun reflekterer et høyere kostnadsnivå for aksess i Norge. Telenor mener i tillegg at økt gjennomsnittspris som følge av færre delte aksesser ikke er et tilstrekkelig argument for prisedsettelse. Telenor mener på denne bakgrunn at pristaket må ta utgangspunkt i dagens prisenivå (dvs. 95 kroner) og justeres for inflasjon siden 2009. Videre anfører Telenor at det må legges opp en glidebane opp til nivået fra resultatet fra LRIC-modellen.

Samferdselsdepartementet legger til grunn at overprising fremdeles er et potensielt konkurranseproblem for full og delt tilgang til Telenors kobberbaserte aksessnett. I tråd med de analysene PT har gjort, finner departementet det sannsynlig at Telenor har muligheter til å utnytte sin markedsstilling i det relevante markedet til skade for forbrukere ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisenivå på kobberbasert LLUB, jf. ekomloven § 4-9.

Slik departementet forstår klagerne anførsler, bestrides ikke PTs valg av pristaksregulering som en riktig og hensiktsmessig metode for prisregulering i marked 4. Departementets oppfatning er at pristak/maksimalpriser er en egnet og hensiktsmessig metode for prisregulering som vil gi aktørene i markedet forutsigbare og hensiktsmessige rammevilkår. Departementet går ikke nærmere inn på en vurdering av den metode for prisregulering som er valgt.

PT har konkludert med at kobberbasert LLUB faller inn under reguleringsprinsipp 2, jf PTs virkemiddeldokument. Dette tilsier at reguleringen av kobberbasert LLUB skal legge til rette for mest mulig effektiv utnyttelse av eksisterende infrastruktur. Spørsmålet er i hvilken grad prisene på kobberbasert LLUB påvirker insentivene til investering i alternative aksess teknologier og oppgradering av nett. PT har i vedtaket konkludert med at det ikke kan

gis et entydig svar på dette. På den ene siden kan høye priser på kobberbasert LLUB bremse utbygging av andre aksessteknologier, fordi den regulerte tilbyderen får relativt god avkastning på det kobberbaserte aksessproduktet. På den annen side kan relativt høye priser på kobberbasert LLUB bidra til at prisene for bredbånd i sluttbrukermarkedet ikke presses nedover og dermed gi bedre vilkår forbundet med etablering av nye nett. Departementet støtter denne vurderingen og legger til grunn at det er usikkerhet forbundet med hvordan en eventuell prisreduksjon på kobberbasert LLUB samlet sett påvirker insentivene til etablering av aksessnett basert på alternative teknologier.

PT har fastsatt nytt nivå på pristak på kobberbasert LLUB ut i fra en helhetlig vurdering av ulike hensyn som tilsynet mener er relevante. Oppsummert har PT vurdert pristaket ut i fra følgende momenter:

- PTs LRIC modell
- Kostnadsregnskap 2010-2012
- EUs anbefaling (8-10 Euro)
- Økning i etableringskost
- Overgang fra delt til full aksess
- Telenor differensierer ikke på pris mellom LLUB (dvs. hele kobberlinja frem til sentral) og del-aksesslinje (SLU – Sub Loop Access).

De klart fleste av de ovennevnte momentene taler for en redusert tilgangspris. Et hensyn som imidlertid kan hevdes å tale for høyere tilgangspris er PTs LRIC-modell. Siden forrige markedsvedtak har PT utviklet en LRIC-modell for fastnettet. Med de forutsetningene PT har lagt til grunn, gir modellen en kostnad per måned for full kobberbasert tilgang på 120 kroner i 2012. PT har imidlertid funnet å kunne tillegge denne modellen begrenset vekt, blant annet fordi modellen skiller seg generisk fra den modellen som anbefales av EU-kommisjonen. EU-kommisjonen anbefaler at tilgangsprisen for kobberbasert LLUB fastsettes ut fra en såkalt ”*Bottom Up LRIC +*” modell, mens PTs LRIC modell er en såkalt ”*hybrid LRIC*”.

Departementet viser til at LRIC modellen baserer seg på såkalte gjenanskaffelseskostnader. Etter departementets oppfatning innebærer bruk av gjenanskaffelseskostnader en fare for at den regulerte aktøren gis en overkompensasjon for den regulerte nettilgangen. I Kommisjonens anbefalte LRIC-modell skal blant annet verdien av såkalte ”reusable legacy assets” (for eksempel stolper, kanaler og brønner) justeres for den kostnadsdekning den regulerte aktøren allerede har oppnådd. Etter det departementet kjenner til er dette ikke gjort i PTs LRIC modell. Det er usikkert, som PT skriver, hvor høye de modellerte kostnadene basert på en LRIC modell etter Kommisjonens anbefaling, tilpasset norske forhold, ville være. Departementet er på denne bakgrunn enig i at resultatene fra PTs LRIC-modell bør tilleggs begrenset vekt.

Departementet viser videre til kostnadsregnskapet til Telenor. Som PT skriver i vedtaket, har Telenors kostnadsregnskap vist positive resultater etter kalkulatorisk rente for årene 2010 – 2012. Etter at vedtaket ble fattet har Telenor utarbeidet kostnadsregnskap for 2013. Kostnadsregnskapet for 2013 viser et relativt begrenset underskudd for produktområdet

Operatøraksess.¹ Samtidig viser den detaljerte rapporteringen for 2013 at abonnementsdelen av produktet går med overskudd, mens etableringsdelen går med underskudd. Telenor økte prisen for etablering av Operatøraksess 1. juli 2013 med i underkant av 30 %, noe som isolert sett trolig vil medføre bedret resultat for etablering i 2014. Samlet sett taler kostnadsregnskapet for 2013, de forutgående års kostnadsregnskap, samt Telenors prisøkning for etablering, etter departementets oppfatning, for at det er grunnlag for å redusere pristaket noe.

Departementet har merket seg at EU-kommisjonen i sin anbefaling om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder åpner for bruk av andre kostnadsmetoder (enn en ”*Bottom Up LRIC+*” modell) i en overgangsperiode så lenge prisen ligger mellom 8 og 10 Euro (2012 kroner). Departementet viser til at PT har konkludert med at den vedtatte maksimalprisen på 85 kr pr måned er innenfor dette intervallet dersom det justeres for inflasjon. Departementet støtter denne konklusjonen og er ikke enig med Telenor, som basert på rapporten fra Plum Consulting, mener at det også må justeres for ulike kostnadsnivåer landene i mellom.

Tilsynet trekker også frem at grossistkundene i marked 4 i økende grad går over fra delt til full aksess (fordi stadig flere slutt kunder sier opp fasttelefoniabonnementet) og konkluderer med at dette taler for at prisen for full tilgang kan settes ned. Departementet deler ikke denne oppfatningen. Etter departementets oppfatning er det en naturlig konsekvens av overgangen til full tilgang at gjennomsnittsprisen for kobberbasert tilgang isolert sett øker. Selv om økt gjennomsnittspris må kunne sies å være en ulempe for grossistkundene, vil nedgangen i antallet DSL-kunder som også har fasttelefon også være en ulempe for Telenor. Samlet sett er det derfor departementets oppfatning at det forhold at grossistkundene i økende grad går over fra delt til full tilgang i seg selv verken taler for eller mot at grossistprisen på full tilgang skal reduseres.

Tilsynet trekker også frem det forhold at Telenor ikke differensierer pris på hel aksesslinje sammenliknet med del-aksesslinje (også kjent som ”sub loop”), og mener at dette må tas med i vurderingen, selv om det ikke tillegges stor vekt. Departementet er enig i at dersom etterspørselen etter del-aksesslinje i fremtiden skulle øke, kan dette på sikt, isolert sett, tale for at prisen for full tilgang i fremtiden bør reduseres noe, med mindre Telenor innfører prisdifferensiering mellom hel linje og del-aksesslinje. Men etter det departementet kjenner til er det liten etterspørsel etter del-aksesslinje i det norske markedet i dag. Departementets vurdering er derfor at dette momenter ikke bør tillegges betydning for vurderingen av pris for full tilgang i dagens marked.

Konklusjon:

Etter en samlet vurdering av ovenstående hensyn og de argumenter som partene i saken har lagt frem er det departementets konklusjon at den vedtatte reduksjonen i pristaket til 85 kroner per måned for full tilgang er forholdsmessig og innebærer en balansert avveining av de

¹ Kostnadsregnskapet til Telenor for 2013 viser et underskudd for Operatøraksess på 6 mill. kr. etter kalkulatorisk rente. Til sammenligning viste kostnadsregnskapet for 2012 et overskudd på 5 mill. kr. og regnskapet for 2011 et overskudd på 64 mill. kr.

relevante hensynene. Virkemiddelet er etter departementets vurdering godt egnet til å motvirke de potensielle konkurranseproblemene knyttet til vertikal overføring av markedsmakt og enkeltmarkedsdominans i LLUB-markedet. Virkemiddelet er således formålstjenelig og i tråd med ekomlovens formålsbestemmelse.

Departementet opprettholder på denne bakgrunn tilsynets vedtak på dette punktet.

5.4.2 Ikrafttredelsestidspunkt, ny prisregulering, kobberbasert LLUB

PT har vedtatt at det nye pristaket skal gjelde fra og med 1. mars 2014.

NGT anfører at det nye pristaket for kobberbasert LLUB må gjøres gjeldende fra vedtakstidspunktet. PT har begrunnet den utsatte iverksettingen med at Telenor må få tid til å gjøre nødvendige endringer i sine støttesystemer. PT legger også til grunn at det av faktureringshensyn er mest praktisk at nye priser gjelder fra et månedsskifte. NGT mener at denne begrunnelsen ikke er holdbar og at det ikke er spesielt byrdefullt for partene å gjennomføre et etteroppgjør.

Samferdselsdepartementet viser til PTs innstilling til NGTs klage, hvor tilsynet påpeker at det har vært vanlig praksis å fastsette virkningstidspunktet for nye pristak en viss periode etter vedtakstidspunktet. Departementet viser videre til at PT i innstillingen legger til grunn at virkningstidspunktet må fastsettes ut i fra en avveining mellom Telenors behov for en viss tid til å implementere den nye prisen og grossistkundes behov for at reduksjonen skjer så raskt som mulig. Departementets vurdering er at det fastsatte virkningstidspunktet innebærer en balansert og god avveining mellom disse hensynene.

Konklusjon:

Departementet fastholder på denne bakgrunn at virkningstidspunktet for nytt pristak for kobberbasert aksess i marked 4 skal være 1. mars 2014.

5.4.3 Prisregulering kobberbasert bredbåndsaksess (Marked 5)

PT har pålagt Telenor å fastsette kostnadsorienterte priser for kobberbasert bredbåndsaksess i marked 5, basert på fullfordelte historiske kostnader. Forpliktelsen gjelder på et overordnet nivå for Telenors til en hver tid gjeldende tilbud i dette markedet.

Telenor anfører at PTs begrunnelse i hovedsak synes å være basert på et argument om konsistent regulering og at forpliktelsen ikke anses spesielt byrdefullt for Telenor. Telenor mener at det ikke foreligger dokumentert begrunnelse for innstramningen av reguleringen og at virkemiddelet derfor er uforholdsmessig og dermed uhjemlet.

NGT er enig i PTs vurdering om at det er nødvendig å innføre prisregulering for kobberbasert bredbåndsaksess. NGT har imidlertid problemer med å se hvordan den vedtatte prisregulering kan bidra til fremme konkurranse. Videre mener NGT at det vil være svært vanskelig å få avklart hvorvidt prisen som betales faktisk er kostnadsorientert eller ikke. NGT anfører at

maksimalprisregulering er en langt mer hensiktsmessig prisregulering for kobberbasert bredbåndsaksess sett i forhold til reguleringsformålet.

Samferdselsdepartementet viser til at PTs konklusjon om innføring av prisregulering bygger på en konklusjon om at kobberbasert bredbåndsaksess skal reguleres etter prinsipp 2 i PTs virkemiddeldokument (i motsetning til etter prinsipp 3 som har vært konklusjonen ved de to foregående vedtakene). Et viktig premiss for konklusjonen om prinsipp 2 har vært utviklingen innen grossistsalg av kobberbasert LLUB og bredbåndsaksess de senere år. PT viser til at det har vært en nedgang i salg av kobberbasert LLUB (OA), mens salget av kobberbasert bredbåndsaksess har vært relativt stabil. Dette indikerer at det ikke skjer en migrering fra kobberbasert bredbåndsaksess til kobberbasert LLUB, noe som tilsier at duplisering av kobberbasert bredbåndsaksess i marked 5 i praksis ikke forekommer i særlig grad, trolig fordi aktørene ikke finner dette økonomisk regningssvarende. Departementet har fått opplyst fra PT at fra 2012 til 2013 har det skjedd en nedgang i både antall LLUB-aksesser og antall bredbåndsaksesser. Departementet mener dette styrker PTs konklusjon om det ikke foregår en migrering fra kobberbasert bredbåndsaksess til LLUB, slik teorien om investeringsstigen forutsetter. Etter departementets oppfatning styrker dette konklusjonen om at kobberbasert bredbåndsaksess skal reguleres etter reguleringsprinsipp 2.

Reguleringsprinsipp 2 tilsier at reguleringen skal legge til rette for mest mulig effektiv utnyttelse av eksisterende infrastruktur. Departementet anser at overpris er et potensielt konkurranseproblem i markedet. Departementet støtter derfor PTs konklusjon om at prisregulering av tilgang til kobberbasert bredbåndsaksess i marked 5 nå er nødvendig. PT har vurdert ulike former for prisregulering og konkludert med at Telenor skal pålegges kostnadsorientering etter historiske fullfordelte kostnader på et overordnet nivå. Departementet er enig med tilsynet i at pristaksregulering ideelt sett er en mer hensiktsmessig metode, men ser samtidig at det i praksis kan være vanskelig å gjennomføre dette på grunn av et stort antall tilgangsprodukter innen porteføljen. Forpliktelsen om kostnadsorientering etter historiske fullfordelte kostnader er derfor etter departementets vurdering et godt egnet virkemiddel i den aktuelle situasjon. Det vil støtte opp under formålet med reguleringen, herunder å bøte på konkurranseproblemene knyttet til overprising og prisdiskriminering. Samtidig vil departementet oppfordre PT til å følge utviklingen nøye og vurdere tiltak dersom den vedtatte prisreguleringen i marked 5 ikke bidrar til å fremme konkurranse i tråd med ekomlovens formål.

Konklusjon:

Samferdselsdepartementet opprettholder PTs vedtak om å pålegge Telenor å fastsette kostnadsorienterte priser for kobberbasert bredbåndsaksess i marked 5, basert på fullfordelte historiske kostnader.

5.5 Tilgangspplikter fiber – manglende spesifisering

5.5.1 Innledning

PT har både i marked 4 og i marked 5 pålagt Telenor tilgangspforpliktelse, jf. ekomloven § 4-1. I tillegg er Telenor i begge markeder pålagt forpliktelse om samlokalisering, jf. ekomloven § 4-4 og forpliktelse om tilgang til informasjons- og støttesystemer, jf. ekomloven § 4-5. Tilgangspforpliktelsen i marked 4 omfatter blant annet en forpliktelse om å imøtekomme enhver rimelig anmodning om LLUB-tilgang til fiberaksesslinjer og tilgang til backhaultjenester. I marked 5 omfatter tilgangspplikten blant annet en forpliktelse om å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til bredbåndsaksess i fiberbaserte aksessnett.

Tilgangspplikten for fiberbaserte aksessnett er ny for begge markeder. Telenor er i begge markeder pålagt å utvikle konkrete grossistprodukter for tilgang til fiberbasert aksess. Avtaleverket for begge aksessformer (LLUB-tilgang og bredbåndsaksess), med en overordnet beskrivelse av produktene, tekniske grensesnitt og spesifikasjoner, samt kommersielle vilkår, skulle foreligge innen tre måneder fra vedtakstidspunktet. Lansering av tilgangsprodukter i begge markeder skal i henhold til vedtaket skje innen 12 måneder etter ikrafttredelse av vedtaket, det vil si senest 20. januar 2015.

Tilgangspplikten for backhaul (marked 4), samlokalisering (marked 4 og 5) og informasjons- og støttesystemer (marked 4 og 5) gjelder også ved tilgang til fiberaksesslinjer.

Under dette punktet har klagerne anført en rekke ulike anførsler. Departementet har derfor valgt å gi en vurdering av de enkelte aktørenes anførsler hver for seg

5.5.2 TDCs anførsler

TDC har i sin klage anført at tilgangspforpliktelsen for fiberbasert aksess i marked 4 bør presiseres, jf. avsnitt 6.1 i TDCs klage. TDC mener at tilgangspforpliktelsen, samt øvrige virkemidler i marked 4, også skal dekke mørk fiber (det vil si enkeltstående fiberaksesser) i aksessdelen av Telenors fibernett. TDC ber videre Samferdselsdepartementet om å presisere at Telenor plikter å gi tilgang på både BNG-nivå² og OLT-nivå³, samt at Telenor plikter å levere backhaultjenester frem til disse punktene etter anmodning fra kunden, slik at plikten dekker mørk fiber og backhaul i aksessdelen av Telenors fibernett. TDC har videre, i brev av 17. juni 2014, blant annet understreket at selskapet mener at det vil være en omgåelse av reguleringen om andre fiberbaserte aksesser enn VULA (det vil si bredbåndsaksess i marked 5) er uregulert, slik Telenor, i følge TDC, synes å mene. Dette standpunktet gjentas i TDCs brev til Samferdselsdepartementet av 1. oktober 2014, hvor selskapet skriver at dersom hovedinnholdet i vedtaket forblir uforandret etter Samferdselsdepartementets

² BNG=Border Network Gateway og refererer til et fysisk punkt i Telenors nettarkitektur

³ OLT= Optical Line Termination og refererer til et fysisk punkt i Telenors nettarkitektur, logisk sett nærmere kunden enn BNG.

klagebehandling, vil dette være i strid med formålet bak reguleringen og de direktiver som den norske lovgivningen bygger på.

Samferdselsdepartementet viser til PTs innstilling til TDCs klage, avsnitt 2.3. Tilsynet viser her til at mørk fiber var inkludert i det tidligere marked 14 (grossistmarkedet for overføringskapasitet over 8Mbit/s) som ble deregulert i 2012, jf tilsynets vedtak av 20. april 2012. Gjennom dette vedtaket ble også tilgangsplikten for mørk fiber opphevet, bortsett fra mørk fiber som backhaul, som ble videreført med henvisning til tilsynets vedtak i marked 4 av 3. april 2009, jf tilsynets brev til Telenor 20. april 2012. Tilsynet skriver i innstillingen at det på denne bakgrunn er uenig med TDC i at tilgangsplikten i foreliggende vedtak i marked 4 omfatter tilgang til mørk fiber i aksessnett. Tilsynet synes på dette punkt å være enig med Telenor, som i sin klage anfører at forskjellen på fiberaksessnett og fiber i aksessnett ikke er berørt i vedtaket og at ”enkelstående fiberaksesser” ikke kan betraktes som en del av det fiberbaserte aksessnett, samt at tilgangsplikten i marked 4 dermed ikke omfatter slike enkelstående aksesser. PT presiserer i innstillingen til TDCs klage at tilgangsplikten for fiberbasert LLUB bare vil ”gjelde der Telenor har foretatt systematiske fiberutbygginger, for eksempel til bolig og næringsområder”.

Samferdselsdepartementet er enig i at tilgangsforpliktelsen til mørk fiber i aksessnett ble fjernet i forbindelse med vedtaket av 20. april 2012, og at dette isolert sett taler for at enkelstående fiberaksesser ikke er omfattet av tilgangsplikten for fiber i marked 4. I forbindelse med vedtaket fra 2012 gjennomførte PT en analyse av markedet for overføringskapasitet over 8 Mbit/s (herunder mørk fiber). Gjennom en såkalt ”tre-kriterie-test” konkluderte PT med at markedet ikke oppfyller vilkårene for ex-ante regulering. I tillegg kan det forhold at Telenor allerede, på frivillig basis, har etablert et kommersielt tilgjengelig produkt for mørk fiber, tale for at tilgangsnektelse ikke i like stor grad er et problem for slike aksesser. Samtidig har departementet merket seg TDCs kommentarer til PTs innstilling til TDCs klage, jf. TDCs brev av 30. april 2014, hvor TDC skriver at bruken av mørk fiber har endret seg siden marked 14 vedtaket og at det i dag er like vanlig å benytte denne innsatsfaktoren (mørk fiber) til å produsere bredbåndsaksess som transmisjonstjenester. Videre vil departementet peke på, som også TDC har gjort, at Kommisjonens NGA-anbefaling fra 2010 kan synes å anbefale at også mørk fiber i aksessnett skal omfattes av tilgangsplikten.

Som følge av vedtaket om opphevelse av særskilte forpliktelse av 20. april 2012 i tidligere marked 14, mener imidlertid departementet at en eventuell ny regulering av mørk fiber ikke kan innføres uten ny markedsanalyse, nasjonal høring og konsultering av ESA. Samferdselsdepartementet har på denne bakgrunn, konkludert med at foreliggende vedtak, samt forutgående markedsanalyse, ikke gir grunnlag for å inkludere enkelstående fiberaksesser i tilgangsplikten i marked 4. Departementet oppfordrer PT til å vurdere å gjennomføre, på selvstendig grunnlag, en ny analyse av om det er behov for å inkludere enkelstående fiber i de pålagte forpliktelsene i marked 4 og på bakgrunn av dette eventuelt gjennomføre en nasjonal høring og konsultering av ESA av et nytt tilleggsvedtak. Alternativt oppfordrer departementet PT til å vurdere å inkludere enkelstående fiber i aksessnett i den

neste runden med analyse av bredbåndsmarkedene og særskilte forpliktelser som tilsynet, etter det departementet kjenner til, planlegger å ferdigstille i 2017.

Med hensyn til foreliggende vedtak anser departementet at det potensielt kan oppstå et problem knyttet til avgrensingen mellom ”systematisk utbygd aksessnett” og ”enkelstående fiberaksesser”. Departementet ber PT på denne bakgrunn så snart som mulig om å presisere innholdet i henholdsvis begrepene ”systematisk utbygd aksessnett” og ”enkelstående fiberaksesser”.

Når det gjelder tilgang til backhaul, jf TDCs klage, avsnitt 6.1.2 og PTs innstilling til TDCs klage, avsnitt 2.3.2, viser departementet til at Telenor i marked 4 er pålagt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om backhaultjenester, jf. ekomloven § 4-1. Det går videre frem av vedtaket i marked 4 at PT mener at tilgangssøkere ”*bør kunne velge den løsningen som på best mulig måte kan dekke behovet for backhaul*”. Departementets vurdering er at det ikke er behov for en ytterligere presisering av den generelle plikten, men at tilsynet vil måtte vurdere eventuelle avslag på konkrete anmodninger om backhaul som eventuelt måtte komme, med utgangspunkt i gjeldende vedtak.

5.5.3 NextGenTels anførsler

NGT anfører at tilgangsforpliktelsen for fiberbasert LLUB bør presiseres og gjøres tydeligere, jf NGTs klage avsnitt 3.2 a). NGT viser i denne sammenheng til NGA-anbefalingen, hvor det står at nasjonale regulatører (NRAs) ”*should mandate unbundled access to the fibre loop irrespective of the network architecture and technology implemented by the SMP operator*”

Samferdselsdepartementet viser til PTs innstilling til NGTs klage, hvor tilsynet peker på at det med hensikt har valgt ikke å detaljere tilgangsforpliktelsen for fiberbaserte aksesser i marked 4 ytterligere, blant annet fordi det innenfor tidshorisonten av vedtaket ikke kan utelukkes at den teknologiske utviklingen medfører endringer med hensyn til hva som er å regne som en rimelig anmodning. Departementet støtter i utgangspunktet denne vurderingen. Samtidig peker departementet på, som også tilsynet gjør i innstillingen, at NGA-anbefalingen synes å utelukke (fysisk) LLUB-tilgang i PON-baserte fiberaksessnett, men at tilgang basert på WDM⁴ kan bli aktuelt i fremtiden. Departementet legger på denne bakgrunn til grunn at det per i dag ikke er aktuelt med LLUB-tilgang til PON-baserte fiberaksessnett.

Departementet viser til at PT likevel har valgt å utdype tilgangsplikten i marked 4 noe. Med henvisning til den danske regulatørens vedtak i marked 4, presiserer tilsynet at når det gjelder punkt til punkt fiberaksessnett legges det til grunn at en anmodning om fysisk tilgang til ODF⁵ normalt bør regnes som rimelig

Departementet viser for øvrig til drøftelsen ovenfor hva gjelder skillet mellom systematisk utbygde aksessnett og enkeltstående fiberaksesser, jf. TDCs anførsler.

⁴ WDM=Wave Division Multiplexing (Bølgelengdemultipleksing)

⁵ ODF=Optical Distribution Frame

5.5.4 Telenors anførsler

Telenor anfører at tilgangsforskriftene ikke i tilstrekkelig grad er spesifiserte, jf. avsnitt 2.4.2 i Telenors klage. Selskapet mener at ”en uspesifisert plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til fysiske fiberaksesser (LLUB) [er] klart urimelig”. Telenor viser for det første til at forskjellen på fiberaksessnett og fiber i aksessnettet ikke er berørt i vedtaket. Telenor mener at tilgangsplikten først kommer til anvendelse ”når det er foretatt en systematisk fiberutbygging på en geografisk lokasjon”. Telenor ber videre PT om å klargjøre om tilsynet mener at tilgangsplikten i marked 4 kun skal gjelde i et punkt-til-punkt nett hvor abonnentene har sin egen dedikerte fiberkabel frem til sentralen. Telenor anfører at det er feil å begrunne tilgangsplikten for fiberbasert LLUB med at Telenor ikke tilbyr tilgang til fiber i aksessnettet. Telenor anfører videre at det er urimelig å begrunne pålegget om tilgangsplikt i marked 4 med at Telenor kan komme til å kjøpe et punkt-til-punkt nett. Telenor mener også at PT ikke tar hensyn til de ”samfunnsøkonomiske argumentene” mot en ”uspesifisert plikt” til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til fysiske fiberaksesser (LLUB), jf. vedtaket i marked 4. Telenor anfører at et slikt fiberbasert LLUB produkt med en enhetlig pris vil redusere muligheten til pris- og produktdifferensiering i sluttbrukermarkedet. Telenor viser i denne forbindelse til en rapport av konsultantselskapet Plum Consulting, som er vedlagt klagen.

Samferdselsdepartementet viser til PTs innstilling til Telenors klage. Tilsynet begrunner her den generelle tilgangsplikten i marked 4 med henvisning til punkt 141 i vedtaket. Tilsynet viser til NGA-anbefalingen hvor det fremgår at Kommisjonen mener at regulatører bør pålegge ”*unbundled access to the fibre loop irrespective of the network architecture and technology implemented by the SMP operator*”. Departementet viser videre til at tilsynet i punkt 142 i samme vedtak presiserer at denne forpliktelsen kun gjelder når forholdene ligger til rette for fysisk tilgang til ledig aksessfiber. Tilsynet skriver i innstillingen at det med hensikt har valgt ikke å detaljere tilgangsforskriftene for fiberaksesser i marked 4 ytterligere, blant annet fordi det innenfor tidshorizonten av dette vedtaket ikke kan utelukkes at den teknologiske utviklingen medfører endringer med hensyn til hva som er å regne for en rimelig anmodning. Departementet støtter denne tilnærmingen. Gitt den raske teknologiske utviklingen, er det departementets vurdering at det ikke vil være hensiktsmessig å detaljere tilgangsplikten mer enn det PT har gjort i vedtaket. Departementet viser, som tilsynet også har gjort, til at rammene for tilgangsplikten uansett vil følge av ekomloven § 4-1. Departementet viser videre til drøftelsen av spørsmålet om innholdet i tilgangsforskriftene i marked 4 i tilknytning til TDCs klage ovenfor. Departementet er enig i tilsynets konklusjon om at Telenor skal pålegges en generell plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om LLUB-tilgang til fiberaksesslinjer. Samtidig støtter departementet tilsynets presiseringer som fremkommer i innstillingen til Telenors klage, jf. drøftelsen i tilknytning til TDCs anførsler knyttet til innholdet i tilgangsplikten ovenfor, herunder om tilgangsplikten skal omfatte enkeltstående fiberaksesser i form av mørk fiber.

Når det gjelder Telenors anmodning om å klargjøre om tilgangsplikten for fiberbasert LLUB kun skal gjelde for nett hvor abonnenten disponerer egen dedikert fiberkabel frem til sentralen, viser departementet til PTs innstilling til Telenors klage nederst på side 9 og øverst på side 10. Tilsynet presiserer der, med henvisning til den danske regulatørens vedtak i

marked 4, at anmodning om fysisk tilgang til ODF normalt bør regnes som rimelig. Departementet er enig i denne presiseringen. Samtidig vil departementet understreke at hver anmodning i prinsippet skal vurderes konkret for å finne ut om den er rimelig eller ikke.

Når det gjelder Telenors anførsel om at det er feil å begrunne tilgangsplikten for fiberbasert LLUB med at Telenor ikke tilbyr tilgang til fiber i aksessnettet viser departementet til PTs innstilling til Telenors klage avsnitt 2.4.1, hvor tilsynet presiserer at vedtaket ikke er basert på en slik antakelse. Departementet kan heller ikke se at det er grunnlag for å mene at vedtaket bygger på en slik forutsetning. Departementet kan være enig i at pkt. 143 i vedtaket i marked 4 kan tolkes dit hen at Telenor pr i dag ikke tilbyr fiberbaserte aksessprodukter, noe Telenor gjør gjennom sitt tilbud av mørk fiber. Det kan imidlertid neppe være tvil om at PT kjenner til at Telenor allerede på kommersiell basis tilbyr mørk fiber i grossistmarkedet. Imidlertid er ikke den formuleringen i vedtaket det her vises til, etter departementets oppfatning, naturlig å tolke som en begrunnelse for pålegget om tilgangsplikt i dette markedet.

Når det gjelder Telenors anførsel om at det er urimelig å begrunne pålegget om tilgangsplikt i marked 4 med at Telenor kan komme til å kjøpe et punkt-til-punkt nett, antar departementet at Telenor her sikter til PTs formulering i pkt. 140 i vedtaket hvor tilsynet skriver at omfanget av punkt-til-punkt- nett som Telenor besitter kan komme til å øke som følge av oppkjøp av allerede utbygde nett. Departementet kan imidlertid ikke se at denne antakelsen fra PTs side har hatt avgjørende betydning for pålegget om tilgangsplikt til fiberbaserte aksessnett i marked 4. Samtidig mener departementet, som PT, at en slik antakelse er relevant i sammenhengen, fordi eventuelle nett som kjøpes opp i utgangspunktet vil omfattes av den generelle tilgangsplikten Telenor pålegges i marked 4 og 5.

Når det gjelder de ”samfunnsøkonomiske argumentene” mot en ”uspesifisert plikt”, til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til fysiske fiberaksesser (LLUB), som Telenor viser til, er det departementets vurdering at tilsynet har gitt en tilstrekkelig begrunnelse for behovet for tilgangsregulering, blant annet basert på markedsanalysen og identifisering av konkurranseproblemer. Departementet viser videre til PTs innstilling til Telenors klage der det understrekes at vedtaket ikke innebærer at Telenor er forhindret fra å operere med differensierte priser på fiberbasert LLUB.

Telenor ber videre PT om å klargjøre enkelte forhold i vedtakene, jf. avsnitt 3 i Telenors klage. Dette gjelder:

- forventninger i salgsprosessen
- forhold rundt tilgangspliktens omfang, spesielt i tilknytning til oppkjøp
- at 'backhaul' ikke er et nytt regulert produkt
- grunnlaget for PTs oppfølging av kravet om kostnadsorientering for samlokalisering og
- krav om gjensidighet i bruk av hverandres føringsveier eller infrastruktur

Samferdselsdepartementet viser til at enkelte av disse forholdene er behandlet andre steder i vedtaket. Når det gjelder spørsmålet om forventninger i salgsprosessen viser departementet til drøftelsen av dette under avsnitt 5.8 nedenfor. Når det gjelder forholdene rundt

tilgangspliktens omfang som Telenor ber om en klargjøring av, viser departementet til innstillingen til Telenors klage, avsnitt 2.5.2, hvor tilsynet vurderer disse spørsmålene. Departementet mener at den redegjørelsen tilsynet gjør her er fyllestgjørende og har ikke noe å tilføye. Når det gjelder spørsmålet om backhaul viser vi til departementets vurdering av TDCs anførsler knyttet til backhaul ovenfor. Vi viser for øvrig til at det fremgår av vedtaket at en hver anmodning om tilgang til backhaul i marked 4 skal være gjenstand for en rimelighetsvurdering. Hva gjelder grunnlaget for PTs oppfølging av kravet om kostnadsorientering for samlokalisering viser departementet til den presiseringen PT gjør i avsnitt 2.5.4 i innstillingen til Telenors klage. Departementet har ingen kommentarer utover dette. Departementet viser videre til Telenors anmodning om en presisering knyttet til krav om gjensidighet i bruk av hverandres føringsveier eller infrastruktur. Departementet er enig i de synspunkter PT gir uttrykk for i avsnitt 2.5.5 i innstillingen til Telenors klage og har ingen kommentarer utover dette.

Konklusjon:

Samferdselsdepartementet er enig i de presiseringer som PT har gjort i innstillingene til klagene, samt i senere kommunikasjon i saken. Samtidig mener departementet at det ikke er grunnlag for ytterligere presiseringer fra departementets side når det gjelder innholdet i tilgangsplikten for fiber i marked 4 og 5.

Departementet viser for øvrig til at Telenor i marked 4 er pålagt å fremlegge avtaleverk for LLUB-basert fibertilgang. Dette inkluderer en overordnet beskrivelse av produktene, tekniske grensesnitt, spesifikasjoner og kommersielle vilkår innen tre måneder fra vedtakstidspunktet. Etter det departementet kjenner til har tilsynet ikke formelt tatt stilling til om denne plikten er oppfylt og om foreliggende forslag til avtaleverk for fiberbasert LLUB-tilgang oppfyller tilgangsplikten for fiber i marked 4. Departementet oppfordrer derfor tilsynet så snart som mulig om å ta stilling til om Telenors forslag til avtalevilkår for fiberbasert LLUB i marked 4 oppfyller tilgangsplikten med tilhørende forpliktelser ut i fra dagens situasjon. Departementet viser i denne sammenheng til at tilsynet i tilknytning til tilsvarende plikt i marked 5 i brev av 19. juni 2014 har konkludert med at Telenors foreslåtte avtaleverk for VULA oppfyller tilgangsplikten i marked 5 ut ifra dagens situasjon.

5.6 Tilgangsplikter fiber – tidsfrister

5.6.1 Leveringstid tilgangsprodukt

PT har i begge markeder vedtatt at Telenor skal levere tilgang til grossistproduktet ”uten ugrunnet opphold” samtidig som Telenors plikt til å tilby sine kunder entydige og forutsigbare leveransetider videreføres. Pliktene gjelder både kobberbasert og fiberbasert tilgang.

TDC ber om at departementet presiserer at Telenor skal levere grossistprodukter ”uten ugrunnet opphold”, men uansett ikke senere enn 20 dager regnet fra bestilling (vår understreking), jf. TDCs klage punkt 6.5.1.

Departementet viser til PTs innstilling til TDCs klage på dette punktet, hvor tilsynet skriver at det vil være vanskelig å fastsette en maksimal leveransetid for alle typer leveranser. Tilsynet viser videre til at Telenor er pålagt å tilby entydige og forutsigbare leveransetider og at Telenor på forespørsel skal dokumentere tidsbruken i forbindelse med levering av bredbåndsaksess. Departementet finner at det kan være uforholdsmessig på dette tidspunkt å definere en maksimal leveransetid som skal gjelde for alle typer leveranser. Departementets vurdering er at PTs vedtak balanserer dette mot behovet for tilstrekkelig korte og forutsigbare leveransetider på en tilfredsstillende måte. Vi legger til grunn at PT følger utviklingen og vurderer om det bør pålegges maksimal leveransetid på bestemte produkter dersom det foreligger mistanke om trenering fra Telenors side.

Konklusjon:

Departementet har på denne bakgrunn kommet til at PTs vedtak opprettholdes hva gjelder de pålagte plikter knyttet til leveransetider av tilgangsproduktene i marked 4 og 5.

5.6.2 Frist for lansering av grossistprodukt

PT har i begge markeder pålagt Telenor å utarbeide avtaleverk for tilgang innen 3 måneder etter vedtakstidspunkt, samt å lansere tilgangsprodukter for fiber i begge markeder innen 12 måneder etter vedtakstidspunkt, jf. vedtak i marked 4 pkt. 179 og vedtak i marked 5 pkt. 180. Dette betyr at tilgangsprodukter som oppfyller tilgangsplikten i begge markeder skal være lansert senest 20. januar 2015.

TDC mener at PTs vedtak kan oppfattes slik at PT ikke har gitt noen bindende frist, men at Telenor "kan" lansere produktet innen 12 måneder etter at vedtaket er trådt i kraft. TDC ber derfor om at departementet setter en bindende frist. TDC mener videre at fristen som PT har satt for lansering av grossistprodukter er for lang og ber om at departementet fastsetter fristen til 6 måneder.

NGT anfører at de tidsfrister Telenor er pålagt når det gjelder lansering av fibertilgang er i strid med reguleringsformålet. NGT hevder blant annet at det ikke kan komme som noen overraskelse for Telenor at selskapet nå er blitt pålagt å gi tilgang til fibernettet og at det derfor ikke vil fremstå som urimelig at det settes en kortere frist for lansering av grossistprodukter for fiber

Telenor anfører at de frister PT har satt for å utvikle og lansere grossistprodukter for tilgang til fiberaksessnettet er uforholdsmessig korte og at de i praksis ikke er mulig å overholde.

Etter Samferdselsdepartementets oppfatning bør tilgangsproduktene for fiberbasert aksess i marked 4 og 5 gjøres kommersielt tilgjengelig så snart som mulig. Telenor har anført at 12 måneder samlet etter vedtakstidspunkt er for kort tid, og at selskapet trenger totalt 18 måneder (6 måneder til å spesifisere produktet og ytterligere 12 måneder til å utvikle og lansere produktet). Departementet viser til vedtaket i marked 4, pkt. 146 og vedtaket i marked 5 pkt. 150 hvor tilsynet skriver at utviklingsprosessen kan igangsettes i parallell med utarbeidelsen av avtaleverket de første tre måneder etter vedtaket. Departementet støtter denne vurderingen

og legger til grunn at utviklingen av produktene kan skje i parallell med utarbeidelsen av avtaleverket. Departementet viser for øvrig til at Telenor i brev av 12. juni 2014 ba om utsatt iverksetting hva gjelder fristen for lansering av grossistprodukt i marked 5. I brevet skriver Telenor at for at selskapet skal kunne overholde fristen som PT har satt for lansering av grossistprodukter i marked 4 og 5 må Telenor foreta bestilling av utvikling av VULA-produktet innen 17. juni 2014. Denne opplysningen dokumenterer, etter departementets oppfatning, at fristen på 12 måneder ikke er for kort og at Telenor likevel ser seg i stand til å oppfylle den.

Departementet har vurdert om fristen kan settes kortere, men har, blant annet på bakgrunn av de opplysninger som fremkom i forbindelse med Telenors anmodning om utsatt i verksetting av deler av vedtaket, jf Telenors brev av 12. juni 2014, kommet til at dette ikke vil være forholdsmessig. Fristen for å utarbeide avtaleverk for tilgang innen 3 måneder etter vedtakstidspunkt og fristen for å lansere tilgangsprodukter for fiber i begge markeder innen 12 måneder etter vedtakstidspunkt vil etter departementets vurdering sikre formålet med pålegget og gi både tilbuds- og etterspørselssiden insentiver til å bidra til en rask og løsningsorientert prosess.

Konklusjon:

Departementet har på denne bakgrunn kommet til at PTs vedtak opprettholdes hva gjelder de pålagte plikter knyttet til frister for lansering av tilgangsproduktene for fiber i marked 4 og 5.

5.7 Tilgangsplikt kabel TV nett

PT har i vedtaket vurdert om tilgangsplikten i henholdsvis marked 4 og 5 skal omfatte kabel-TV-nett. Tilsynet har i begge markedsvedtak kommet til at det i denne omgang ikke er grunnlag for å pålegge tilgangsplikt for Telenors kabel-TV-nett, jf pkt 130 i vedtaket i marked 4 og pkt 167 i vedtaket i marked 5.

NGT anfører at det ikke er grunnlag for å unnta kabel-TV-nett fra reguleringen, både som følge av den nøytrale markedsdefinisjonen, og fordi et unntak ikke vil være i samsvar med det overordnede reguleringsformålet slik dette kommer til uttrykk i ekomloven § 1-1. NGT viser blant annet til at et unntak for kabel-TV-nett fra reguleringen vil føre til at en uforholdsmessig stor andel av bredbåndsmarkedet unntas fra konkurranse. NGT viser videre til at PT i vedtaket skriver at dersom fravær av tilgangsforspliktelser til kabel-TV nett medfører at nye konkurranseproblemer oppstår, vil PT på nytt vurdere å inkludere tilgang til kabel-TV-nett i tilgangsforspliktelsene i henholdsvis marked 4 og marked 5. NGT stiller seg positiv til dette, men stiller seg på den annen side uforstående til at PT skriver at tilsynet kan komme til å gripe inn, når det samtidig står i vedtaket at tilgang til disse nettene er vanskelig ut fra tekniske forhold. Forutsatt at PT kan gripe inn, stiller NGT seg undrende til hvorfor dette ikke kan gjøres med en gang.

Oppsummert anfører NGT at begrunnelsen for ikke å inkludere kabel-TV-nett i tilgangsforspliktelsen i henholdsvis marked 4 og marked 5 ikke er holdbar, herunder at denne unnlatsen vil medføre at reguleringen ikke fullt ut vil virke etter sin hensikt.

Samferdselsdepartementet viser til at markedsdefinisjonen er teknologinøytral. Samtidig er det ikke gitt at de pålagte forpliktelsene skal gjelde alle produkter i markedet. Dersom ønsket resultat oppnås gjennom at tilgangsplikten begrenses til en delmengde av de aksessteknologiene som tilbys i markedet vil en slik begrensning være i tråd med forholdsmessighetsprinsippet. Det er med andre ord ikke noen automatikk i at tilgangsplikten skal gjelde alle aksessteknologier som markedet omfatter.

I vedtaket i marked 4 skriver PT at tekniske forhold gjør det vanskelig å tilby (fysisk) LLUB i kabel-TV-nett. PT viser i denne sammenhengen blant annet til Explanatory note til Kommisjonens anbefaling om relevante markeder fra 2007. PT viser videre til vedtak av henholdsvis den danske og svenske regulatøren, som begge har konkludert med det ikke er grunnlag for å pålegge LLUB i kabel-TV-nett. Et kabel-TV-nett er et såkalt punkt-til-multipunkt-nett. Dette vil etter departementets oppfatning gjøre slik fysisk unbundling i kabel-TV-nett upraktisk og uforholdsmessig kostbart å gjennomføre. Samferdselsdepartementet er derfor enig i PTs konklusjon om at tilgangsplikten i marked 4 ikke skal omfatte Telenors kabel-TV-nett.

I vedtaket i marked 5 skriver PT at dersom tilgang til bitstrømstjenester skal gis i kabel-TV-nett må kabel-TV-operatøren og tilgangssøkeren dele den fysiske forbindelsen. Tilsynet skriver videre at på samme måte som i fiberbaserte PON-nett vil dette kunne løses med en logisk separert forbindelse. Tilsynet har likevel konkludert med at det i denne omgang ikke er grunnlag for å pålegge en tilgangsplikt for Telenors kabel-TV-nett i marked 5. Hovedbegrunnelsen for dette er det tilsynet omtaler som ”tekniske forhold” som gjør det vanskelig å gi tilgang til kabel-TV-nett. Det vises i denne forbindelse til erfaringer fra Danmark der TDC er pålagt å tilby bredbåndsaksess i selskapets kabel-TV-nett. I Danmark har etterspørselen etter TDCs grossistprodukt for bredbånd i kabel-TV-nett i vært begrenset, noe som etter tilsynets oppfatning kan skyldes begrensninger i produktet som følge av tekniske forhold.⁶ Tilsynet skriver at dersom det skulle bli aktuelt med tilgangsregulering av kabel-TV-nett i Norge vil det kreve en grundig vurdering av tekniske forhold for å vurdere om det er mulig å gi tilgang og hvordan et standardtilbud i så tilfelle skulle utformes.

Samferdselsdepartementet deler tilsynets oppfatning om at det, med utgangspunkt i dagens situasjon og på grunn av oppbygningen av Telenors kabel-TV-nett, vil være uforholdsmessig å pålegge Telenor å etablere et grossistprodukt for bredbånd i kabel-TV-nett som har de egenskaper som er nødvendig for at reguleringen skal være formålstjenlig. Vi viser i denne sammenheng til opplysninger oversendt departementet fra tilsynet 5. juni 2014. Slik PT oppfatter det vil det være store utfordringer knyttet til å tilby multicast på bredbåndsf forbindelser i kabel-TV-nett, noe som er en forutsetning for tradisjonell (lineær) TV-distribusjon. Departementet viser for øvrig til at PT i vedtaket skriver at dersom fravær av tilgangsforpliktelser for Telenors kabel-TV-nett fører til at nye konkurranseproblemer oppstår, vil PT på nytt vurdere å inkludere tilgang til kabel-TV-nett i tilgangsforpliktelsene i

⁶ Den danske Erhvervstyrelsen har etter at PT fattet vedtak i marked 4 og 5 sendt utkast til et nytt vedtak i marked 5 på høring. Utkastet gjelder ny regulering av tilgang til kabel-TV-nett i Danmark. Høringen er avsluttet men det er foreløpig ikke fattet vedtak i saken.

marked 4 og 5. Departementet støtter PTs vurdering og oppfordrer tilsynet til å vurdere om det er behov for å gjennomføre en separat og grundigere undersøkelse av konkurransen i de områdene som dekkes av kabel-TV-nett. I vurderingen bør tilsynet så langt som mulig se hen til en seneste utvikling i Danmark hva gjelder tilgang til TDCs kabel-TV-nett. Videre bør tilsynet se hen til den senere tids utvikling når det gjelder planer og muligheter for såkalt ”frakobling” av TV-distribusjon og bredbåndstjeneste fra kabel-TV-selskapenes side. Departementet viser i denne sammenheng også til vurdering fra Forbrukerombudet vedrørende lovligheten av koblingssalg av TV-signal og internettpakke, jf. Forbrukerombudets brev til Canal Digital AS og Get AS 12. november 2014. Etter departementets oppfatning vil utfallet av denne saken på sikt kunne få betydning for de tekniske mulighetene for å tilby tilgang til bredbåndsaksess i kabel-TV-nett i marked 5.

Konklusjon:

Etter en helhetsvurdering har departementet kommet til at PTs vedtak blir stående på dette punktet. Tilgangsforpliktelsene i markedene 4 og 5 som er ilagt Telenor vil ikke gjelde for Telenors kabel-TV-nett. Samtidig oppfordrer departementet tilsynet til å vurdere om det skal gjennomføres en grundigere undersøkelse av konkurransen i de områdene som dekkes av kabel-TV-nett, og på dette grunnlag foreta en ny vurdering av om det er behov for tilgangsregulering.

5.8 Varsling av planlagte vesentlige endringer i aksessnettet, forventninger i salgsprosessen og lansering av nye produkter i sluttbrukermarked

PT har i vedtaket i marked 4 pålagt Telenor å inkludere i sitt standardtilbud en bestemmelse om varslingstid i forbindelse med planlagte vesentlige endringer i aksessnettet. Varsling av berørte tilbydere skal skje umiddelbart etter at endringene er bestemt og senest seks måneder før endringene gjennomføres, jf vedtaket i marked 4 pkt 347.

PT har i sin innstilling til Telenors klage presisert at ikke-diskrimineringsplikten skal gjelde også i salgsprosessen forut for etablering av nye aksessnett, jf. PTs innstilling til Telenors klage avsnitt 2.5.1. Denne presiseringen gjentas i tilsynets brev av 19. juni 2014 om Telenors VULA-produkt

Videre har PT i vedtaket i marked 5 konkludert med at plikten til ikke-diskriminering omfatter en plikt til å gjøre nye grossistprodukter tilgjengelig før Telenor introduserer nye tjenester i sluttbrukermarkedet. Tilsynet henviser til at EU-kommisjonen anbefaler at slike grossistprodukter gjøres tilgjengelig minst seks måneder før grossisttilbyderen introduserer tjenester i sluttbrukermarkedet. PT mener at en slik frist er hensiktsmessig også i Norge, jf vedtaket i marked 5, pkt. 260.

NGT viser til ikke-diskrimineringsplikten og anfører at berørte tilbydere må få tilgang til informasjon om planlagte vesentlige endringer i aksessnettet samtidig som Telenors sluttbrukervirksomhet, jf. NGTs klage avsnitt 6.1. NGT hevder at slik vedtaket nå er formulert, nemlig at Telenor skal informere berørte tilbydere umiddelbart etter at endringene er bestemt og senest seks måneder før endringene gjennomføres, ikke vil være i tråd med

reguleringsformålet fordi Telenors sluttbrukervirksomhet vil kunne oppnå tilgang til informasjon før andre tilbydere, det vil si under planleggingsstadiet. NGT ber om at vedtaket presiseres på dette punktet slik at plikten ikke er til å misforstå.

TDC viser til pålegget om varslings tid i forbindelse med planlagte vesentlige endringer i aksessnettet og anfører at varslings tiden på minimum seks måneder ikke er i tråd med NGA-anbefalingen, jf. TDCs klage avsnitt 6.5.3. TDC peker på at EU-kommisjonen i nevnte anbefaling ber nasjonale tilsynsmyndigheter pålegge den dominerende aktøren å informere sine kunder minimum fem år før endringen skjer. TDC er uenig i den vedtatte fristen og ber departementet om å pålegge Telenor en plikt til å varsle vesentlige endringer i aksessnettet minst fem år før endringen gjennomføres. Fristen for mindre endringer bør, i følge TDC, settes til tre år.

TDC viser videre til forpliktelsen Telenor er blitt pålagt i vedtaket i marked 5 om at ikke-diskriminering også innebærer en plikt til å gjøre nye grossistprodukter tilgjengelige for grossistkundene før Telenor selv introduserer nye tjenester i sluttbrukermarkedet til, jf. TDCs klage avsnitt 6.4. TDC støtter den vedtatte forpliktelsen. Samtidig er TDC usikker på hvordan forpliktelsen skal forstås ettersom det ikke fremgår klart hva som regnes som ”nye tjenester”. TDC ber derfor departementet om å presisere innholdet i forpliktelsen Telenor er pålagt om å gjøre nye grossistprodukter tilgjengelig før Telenor introduserer nye tjenester i sluttbrukermarkedet, herunder at ”nye tjenester” omfatter tilbud om nye hastigheter/hastighetsklasser i sluttbrukermarkedet, tilbud om tjenester med differensiert kvalitet og tilbud til sluttbrukere i nye geografiske områder.

Telenor ber i sin klage om at PT presiserer at tilgangsplikten er begrenset til å gjelde allerede tilknyttede kundeaksesser på fiber. Etter Telenors mening er et krav om koordinering med alle potensielle grossistkunder på planlagte, men ikke etablerte nett verken praktisk realiserbart eller i tråd med generelle konkurranseregler. I sine kommentarer til de øvrige klagenes anfører Telenor videre at nye hastigheter/hastighetsklasser og tilbud i nye geografiske områder ikke kan karakteriseres som nye tjenester og at det er tvil om tjenester med differensiert kvalitet naturlig bør inngå i et fremtidig marked 5. Telenor anfører videre at det ikke er grunnlag for ytterligere å forlenge fristen for varsling av planlagte endringer i aksessnettet.

Samferdselsdepartementets vurdering:

a. varslings tid for vesentlige endringer i aksessnettet

Når det gjelder spørsmålet varslings tid for vesentlige endringer i aksessnettet og om fristene på henholdsvis tre år og seks måneder er tilstrekkelig, jf. TDCs og NGTs klager, viser departementet til vedtaket i marked 4, avsnitt 7.5.2 hvor dette er drøftet. Det fremgår her at PT har lagt vekt på at det gjennom dialog mellom Telenor og grossistkundene allerede, med enkelte unntak, er etablert en varslingsfrist på tre år ved nedleggelse av koblingspunkter som leder til at minst 50 % av aksesslinjer eller delaksesslinjer under punktet tas ut av drift. Videre er det etablert en varslingsfrist på seks måneder for mindre omfattende nedleggelser. Disse

fristene inngår allerede i Telenors standardavtale om operatøraksess.⁷ Departementet forstår på denne bakgrunn PTs vedtak slik at bestemmelsene om varslingsfrister, jf. vedtaket i marked 4 punkt 347 og 348, innebærer en kodifisering av gjeldende praksis. Dette betyr at departementet legger til grunn at tilfeller av nedleggelse av kobberaksesslinjer som omfatter mindre enn 50 % av aksesslinjer eller delaksesslinjer på et gitt koblingspunkt, eller utgjør færre enn 50 aksesslinjer eller delaksesslinjer, omfattes av bestemmelsen om ”vesentlige endringer i aksessnettet” og at det for disse tilfellene gjelder en varslingsfrist på minimum 6 måneder, jf. punkt 347 i vedtaket i marked 4. For tilfeller hvor nedleggelse av kobberaksesslinjer som leder til at minst 50 % av aksesslinjer eller delaksesslinjer under punktet tas ut av drift, og utgjør 50 aksesslinjer eller delaksesslinjer eller flere, gjelder en varslingsfrist på minimum tre år, jf. punkt 348 i vedtaket i marked 4.

Departementets vurdering er at gjeldende praksis i forbindelse med nedlegging av kobberaksesslinjer er et godt utgangspunkt for regulering av disse tilfellene. Selv om EU-kommisjonen anbefaler en varslingsfrist på fem år, jf. NGA-anbefalingen, er det departementets vurdering at en så lang varslingsfrist kan være et unødig hinder for videre utbygging av høyhastighetsnett. Departementet opprettholder derfor PTs vedtak på disse punktene.

Videre kan departementet ikke se at bestemmelsen i punkt 347 innebærer en bestemmelse om varslingsfrist i forbindelse med etablering av nye nett, jf. NGTs klage på dette punktet. Varslingsfrist i forbindelse med etablering av nye nett er etter det departementet kan se ikke eksplisitt omtalt i vedtaket, men tilsynet har i senere dokumenter, herunder innstillinger til klagen, presisert at det legges til grunn at ikke-diskrimineringsforpliktelsen også gjelder i forbindelse med salgsprosessen forut for etablering av nye nett. Vi viser til omtale av dette spørsmålet i punkt b under.

b. Vedrørende salgsprosessen forut for etablering av nye nett

Samferdselsdepartementet viser til NGTs anmodning om at departementet presiserer vedtaket i marked 4 hva gjelder bestemmelsen om planlagte vesentlige endringer i aksessnettet, jf. vedtaket i marked 4 punkt 347. Slik departementet tolker NGTs klage på dette punktet kan det

⁷ I følge OA-avtalens generelle betingelser om «Endringer i Telenettet» fremgår blant annet følgende (vår understreking):

” 6.2.1. For Telenors oppsigelse av Tilgangsavtale for en Aksesslinje vises det til pkt. 16.5.2 i bilag 1. Bestemmelsen i pkt. 16.5.2. i bilag 1 gir ikke Telenor anledning til oppsigelse av over 50% av Aksesslinjene på et Koplingspunkt innenfor en tidsramme på tre (3) år uten forutgående varslings iht. pkt 6.2.3

6.2.2. Ved nedleggelse og/eller flytting av Koplingspunkt som ikke leder til at over 50% av Aksesslinjene eller Delaksesslinjene under punktet tas ut av drift, skal Operatøren varsles senest seks (6) måneder før endringene gjennomføres. Dersom over 50% av Aksesslinjene eller Delaksesslinjene under punktet tas permanent ut av drift, og dette utgjør mindre enn 50 Aksesslinjer eller Delaksesslinjer, skal også Operatøren varsles senest seks (6) måneder før endringene gjennomføres. For de Aksesslinjer eller Delaksesslinjer som evt. tas ut av drift ifm. Omleggingen, gjelder bestemmelsene i pkt. 16.5.2 i bilag 1. I en periode før omleggingstidspunkt kan det bli behov for midlertidige kabelomlegginger. Det kan medføre driftsforstyrrelser, korte brudd samt en økning av midlertidig linjelengde.”

se ut som om NGT mener at denne bestemmelsen, herunder varslingsfristen, også skal gjelde for etablering av nye nett. Departementet legger til grunn at dette ikke er hensikten med bestemmelsen, jf vurderingen ovenfor. NGT viser til ikke-diskrimineringsforpliktelsen og departementet legger derfor til grunn at det NGT i realiteten anfører her gjelder likebehandling i salgsprosessen forut for etablering av nye aksessnett. Departementet viser videre til at både TDC og Telenor har tatt opp spørsmålet om salgsprosessen forut for etablering av nye nett i sine klager. Telenor har bedt om en presisering av at tilgangsforsiklingen er begrenset til å gjelde allerede tilknyttede kundeaksesser på fiber. TDC har bedt om en presisering av at ”nye tjenester”, jf vedtaket i marked 4 punkt 260, omfatter tilbud til sluttbrukere i nye geografiske områder.

Departementet viser videre til at PT i innstillingene til både Telenors og TDCs klager presiserer at kravet om ikke-diskriminering også gjelder i salgsprosessen forut for etablering av nye nett. PT har ytterligere presisert dette i sitt brev til Telenor av 19. juni 2014 der de vurderer om Telenors grossistprodukt er i tråd med markedsvedtaket.

Departementet viser til at ikke-diskrimineringsforpliktelsen i utgangspunktet innebærer at Telenor ikke skal diskriminere mellom egen sluttbrukevirksomhet og andre tilbydere. Kjernen i spørsmålet her er, etter departementets vurdering, om ikke-diskrimineringsplikten innebærer at den samme informasjonen som tilflyter Telenors egen sluttbrukervirksomhet forut for etablering av nye aksessnett, det vil si i planleggingsfasen og/eller salgsfasen, før nytt nett er etablert, også skal tilflyte Telenors grossistkunder.

Samferdselsdepartementet viser til at det i dag er etablert praksis at fiberutbyggerne gjennomfører forhåndssalg i områder der de vurderer utbygging forut for større investeringsbeslutninger. Dekningsgraden de oppnår i forhåndssalget er et viktig element i selskapenes beslutning om å investere i utbygging i det enkelte området. Det er ofte konkurranse mellom flere nettilbydere om å sikre seg en tilstrekkelig andel av husstandene før de bygger.

Etablering av infrastruktur for elektronisk kommunikasjon krever som regel store investeringer og innebærer normalt betydelig risiko for den som bygger ut. Etter departementets oppfatning bør det utvises varsomhet med å pålegge regulering som kan redusere incentivene til videre utbygging, når utbyggingen er samfunnsmessig ønskelig. Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling bør kunne delta i konkurransen om utbygging av nye moderne bredbåndsnett på lik linje med andre utbyggere, samtidig som det legges til rette for konkurranse om kundene i nedstrømsmarkedet, det vil si mot sluttbrukere.

Departementet har vurdert om et krav om ikke-diskriminering i forbindelse med salgsprosessen vil redusere incentivene til videre utbygging. Dersom et område vurderes som lønnsomt å bygge ut med et fiberaksessnett, og det legges planer om utbygging, kan det etter departementets oppfatning innebære økt risiko forbundet med prosjektet, dersom utbygger skal ha en plikt til å dele informasjon om disse planene med andre tilbydere i samme marked. Vi mener at en plikt for Telenor til å dele informasjon om utbyggingsplaner forut for etableringen av nye nett vil kunne innebære en risiko for lavere utbyggingsgrad i enkelte

områder. Departementet har på denne bakgrunn konkludert med at en tilgangsplikt, og tilhørende ikke-diskrimineringsplikt, som inntreer først etter at aksessnett faktisk er etablert innebærer en formålstjenelig avveining mellom hensynet til å sikre investeringsinsentiver og å sikre tilstrekkelig konkurranse i nedstrømsmarkedet. Departementet er innforstått med at denne konklusjonen i praksis innebærer at Telenor vil få anledning til å knytte til seg nye abonnenter med bindingstid på normalt ett år for fiberaksessnett som Telenor bygger i geografiske områder hvor Telenor ikke allerede har etablert fiberaksessnett. Samtidig innebærer dette at selskapet må åpne for konkurranse etter at bindingstiden er gått ut eller dersom det ikke er inngått avtale om bindingstid.

Departementet presiserer på denne bakgrunn PTs vedtak som følger: Tilgangplikten, jf. ekomloven § 4-1, i marked 4 og 5 hva gjelder fiber omfatter kun allerede etablerte aksessnett.

Departementet legger for øvrig til grunn at tilsynet ved neste markedsgjennomgang av de relevante bredbåndsmarkedene foretar en ny vurdering av behovet for eventuelle endringer i tilgangspliktens omfang.

c. Nye tjenester i sluttbrukermarkedet

Samferdselsdepartementet viser til at TDC i sin klage ber om at forbudet mot at Telenor lanserer nye tjenester i sluttbrukermarkedet før grossistkunder har fått tilbud om tilgang til tilsvarende tjeneste må presiseres, herunder at ”nye tjenester” omfatter tilbud om

- nye hastigheter/hastighetsklasser i sluttbrukermarkedet
- tilbud om tjenester med differensiert kvalitet
- tilbud til sluttbrukere i nye geografiske områder

Departementet viser videre til at PT har kommentert dette spørsmålet i sin innstilling til TDCs klage, s. 10. Tilsynet viser til vedtak i marked 5, punkt 178 sammenhold med punkt 260. Disse punktene tilsier at Telenors grossistkunder skal ha tilgang til grossistprodukter som setter Telenors sluttbrukere i stand til å tilby produkter av samme hastighetsklasse og kvalitet som Telenor tilbyr sine sluttbrukere. Departementets vurdering er at det er et sentralt element i ikke-diskrimineringsforpliktelsen at ”nye tjenester” må gjøres tilgjengelig i grossistmarkedet tilstrekkelig tidlig til at grossistkundene blir i stand til å tilby et tilsvarende produkt i sluttbrukermarkedet som Telenor. Departementet stadfester PTs presisering av at ”nye tjenester” (jf. omtalen av ”nye grossistprodukter” i vedtaket i marked 5, punkt 260) omfatter nye hastighetsklasser og tilbud om tjenester levert med differensiert kvalitet, levert over bredbåndsforbindelsen.

Når det gjelder tilbud til sluttbrukere i nye geografiske områder, skriver PT i innstillingen til TDCs klage på side 10 at tilsynet ikke anser dette for å være ”nye tjenester”. Samtidig viser tilsynet til innstillingen til Telenors klage der tilsynet skriver at det forutsettes at Telenor oppfyller ikke-diskrimineringsforpliktelsen også i salgsprosessen forut for etablering av nye nett, herunder etablering av nett i nye geografiske områder. Departementet viser til behandlingen av dette spørsmålet under punkt b. ovenfor.

Konklusjon:

Departementet stadfester PTs vedtak på disse punktene, men gjør følgende presisering: Tilgangsplikten, jf. ekomloven § 4-1, i marked 4 og 5 hva gjelder fiber omfatter kun allerede etablerte aksessnett, jf. drøftelsen under punkt b) ovenfor.

5.9 Manglende prisregulering fiber

PT har både i marked 4 og marked 5 konkludert med at det verken er nødvendig eller forholdsmessig å pålegge prisregulering av fiberbasert aksess, jf. pkt. 255 i vedtaket i marked 4 og pkt. 227 i vedtaket i marked 5. Tilsynet skriver i vedtaket i begge markeder at potensielle konkurranseproblemer som følge av tilgangsnektelse gjennom prissetting vil avhjelpes gjennom krav til ikke-diskriminering med oppfølging i form av regnskapsmessig skille og en marginskvistest som PT vil utvikle (se punkt 5.10)

Departementet behandler her spørsmålet om prisregulering i de to markedene samlet. Departementet behandler i tilknytning til spørsmålet om prisregulering for fiber også spørsmålet om direkte og indirekte disiplinierende effekter, jf. TDCs anførsler om faktiske og rettslige feil som har påvirket PTs pålegg om særskilte forpliktelser, jf. TDCs klage, avsnitt 5.

TDC er uenig i beslutningen om å unnta tilgang til Telenors fibernett fra prisregulering og ber om at departementet endrer vedtakene på dette punktet. TDC anfører at rammeverket stiller strenge krav til dokumentasjon dersom nasjonale tilsynsmyndigheter ønsker å ta hensyn til direkte og indirekte disiplinierende effekter ved utformingen av markedsreguleringen. TDC mener at PT i vedtaket ikke oppfyller disse kravene. Videre er TDC uenig i PTs konklusjon om at prisregulering er egnet til å skade Telenors og andre fiberaktørers investeringsinsentiv. TDC hevder for øvrig at fraværet av prisregulering vil få betydelige negative konsekvenser for aktører som har foretatt betydelige investeringer basert på tilgang til Telenors kobbernett fordi det er risiko for at Telenor, uten prisregulering for fiberbasert tilgang, stenger slike aktører ute gjennom ekskluderende prising av tilgang.

TDC anfører videre at utformingen av de særskilte forpliktelsene er basert på feil grunnlag, gjennom både faktiske og rettslige feil som har påvirket PTs pålegg om særskilte forpliktelser, herunder konklusjonen om ikke å pålegge prisregulering av fiber. TDC viser til at tilsynet har konkludert med at følgende fire forhold begrenser Telenors evne til å utnytte markedsrett ved prising av tilgang til fiber:

- direkte disiplinierende effekter
- indirekte prisdisiplinerende effekter generelt
- konkurransepress fra kabel- og mobilnettverk
- konkurransepress fra innholdsleverandører (såkalte "OTT"-aktører)

TDC mener at PT ikke har dokumentert at det foreligger slike disiplinierende effekter, jf. TDCs klage, avsnitt 5.

NGT anfører på sin side at det ikke er grunnlag for å unnta fiberbasert tilgang fra prisregulering. NGT viser til at det i varsel om vedtak som ble sendt på høring i 2012 ble

varslet prisregulering av fiber. NGT kan ikke se at det har skjedd endringer siden varsel om vedtak som tilsier en annen konklusjon. Videre viser NGT til NGA-anbefalingen av 20. desember 2010 fra EU-kommisjonen hvor det anbefales at prisen på fiberbasert LLUB skal reguleres og fastsettes ut fra prinsippet om kostnadsorientering. Videre viser NGT til anbefalingen av 11. september 2013 fra EU-kommisjonen hvor det fremgår at det kan gjøres unntak fra kravet om kostnadsorientering forutsatt at det skjer en skjerping av ikke-diskrimineringsforpliktelsen (Equivalence of Input). I tillegg må det foreligge tilstrekkelig infrastrukturkonkurranse. NGT anfører at PT ikke har underbygget at det er infrastrukturkonkurranse i det norske markedet. Videre hevder NGT at det ikke er tilstrekkelig å vise til at det skal utvikles en marginskvistest.

Samferdselsdepartementet legger til grunn at overprising er et potensielt konkurranseproblem også når det gjelder tilgang til fiberbasert aksess, både i marked 4 og i marked 5. Samtidig er det grunn til å tro at en inngripende regulering, som prisregulering må sies å være, kan innebære en risiko for at både den regulerte tilbyderen og andre tilbydere får reduserte insentiver til investeringer i markedet. Spørsmålet om prisregulering vil derfor, etter departementets oppfatning, innebære en avveining mellom to motstridende hensyn, nemlig på den ene side å legge til rette for mest mulig effektiv utnyttelse av eksisterende infrastruktur og på den annen side legge til rette for nye investeringer og bedre bredbåndsdekning. I denne sammenheng er det relevant å se hen til om det eksisterer disiplinerende effekter fra øvrige aksessteknologier, samt om de potensielle konkurranseproblemer i tilstrekkelig grad kan bøtes på gjennom andre og mindre inngripende forpliktelser på den regulerte tilbyderen. PT har konkludert med at prisregulering av fiberbasert tilgang i henholdsvis marked 4 og marked 5 vil kunne ha negativ innvirkning på fiberutbyggernes investeringsinsentiver og at tilsynet ikke ønsker å innføre nye forpliktelser som kan påvirke omfang og hastighet i fiberutbyggingen i negativ retning. Videre legger tilsynet til grunn at det i dag er økende konkurranse mellom ulike aksessteknologier for bredbånd i Norge og at denne konkurransen antas å ha en disiplinerende effekt på sluttbrukerprisene for fiberbredbånd. Departementet støtter disse vurderingene.

Samferdselsdepartementet viser også, som tilsynet, til EU-kommisjonens anbefaling av 11. september 2013 om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder. Målsetningen med anbefalingen er blant annet å legge til rette for investeringer i neste generasjons aksessnett (NGA). Det går frem av anbefalingen at det kan gjøres unntak fra kravet om prisregulering dersom det pålegges en effektiv ikke-diskrimineringsforpliktelse.

Slik departementet tolker dette dokumentet, legger Kommisjonen til grunn at den mest effektive ikke-diskrimineringsforpliktelsen oppnås gjennom prinsippet om Equivalence of Input (EoI). Samtidig åpner anbefalingen for andre tilfeller ("additional scenarios") hvor det vil være akseptabelt ikke å pålegge prisregulering. Slik departementet tolker PTs vedtak, vil et tilfelle med ikke-diskriminering basert på prinsippet om "Equivalence of Output" kunne være et slikt tilfelle, gitt at andre vilkår er oppfylt, herunder at det eksisterer en viss infrastrukturkonkurranse og at det eksisterer et såkalt "copper anchor product". Det sistnevnte vil si at prisreguleringen av tilgang til kobberbasert aksess vil disiplinere prisingen av

fiberbasert aksess. Etter departementets vurdering har tilsynet i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at disse vilkårene er til stede i det norske markedet.

Når det gjelder TDCs anførsler knyttet til tilsynets vektlegging av indirekte prisdisiplinerende effekter, herunder konkurransepress fra kabel og mobilnettverk, samt konkurransepress fra OTT-tilbydere, viser departementet til tilsynets innstilling til TDCs klage, avsnitt 2.2. Departementet har vurdert TDCs anførsler opp mot tilsynets vurderinger av direkte og indirekte disiplinerte effekter. Vi viser blant annet til at tilsynet i vedtaket i marked 4, avsnitt 7.3.2 og i vedtaket i marked 5, avsnitt 7.3.3 peker på at det er økende konkurranse mellom ulike aksessteknologier for bredbånd i Norge og at denne konkurransen antas å ha en disiplinerte effekt på sluttbrukerprisene på fiberbredbånd. Departementet er enig i denne vurderingen. Videre er departementet enig i at konkurransen fra mobilt bredbånd kan ha en indirekte prisdisiplinerende effekt på Telenors tilbud om fiberbasert bredbånd i sluttbrukermarkedet. Substituerbarheten mellom fastnett og mobilt bredbånd er i dag ikke tilstrekkelig til at mobile tjenester blir omfattet av de aktuelle markedene. Men mobilt bredbånd forventes å bli viktigere i årene fremover og vi er derfor enig i at disse tjenestene allerede nå må antas å ha en viss innvirkning på Telenors prisfastsettelse.

Når det gjelder eventuelle indirekte prisdisiplinerende effekter fra OTT-tilbydere, stiller departementet seg noe tvilende til tilsynets konklusjoner. Departementet kan ikke se at tilsynets argumenter knyttet til kundetilfredshet i denne sammenheng er spesielt relevante. Etter departementets oppfatning vil alle tiltak fra en tilbyders side, som reduserer kundetilfredsheten, kunne ha en disiplinerte effekt. Samtidig er dette ikke et moment som, bidrar til å redusere omfanget av overprising som potensielt konkurranseproblem, gitt at aktøren har sterk markedsstilling i markedet for bredbåndsaksess.

Etter en samlet vurdering kan departementet ikke gi TDC medhold i at de ilagte forpliktelsene er basert på feil grunnlag. Det kan reises tvil om betydningen av den indirekte prisdisiplinerende effekten fra OTT-tilbydere, men det er etter departementets vurdering likevel klart sannsynliggjort at de samlede direkte og indirekte prisdisiplinerende effektene overfor Telenor fra andre aksessteknologier er av betydning for Telenors prissetting av bredbåndstjenester basert på fiber.

Departementet viser til at PT har pålagt Telenor en rekke andre forpliktelser for fiberbasert aksess i henholdsvis marked 4 og marked 5, herunder ikke-diskriminering. I tillegg har tilsynet varslet at det vil utvikle en marginskvismodell som skal sikre at tilgangskjøpere oppnår en rimelig god margin i markedet

Konklusjon:

Etter en samlet vurdering har departementet kommet til at det ikke er forholdsmessig å pålegge prisregulering av fiberbasert aksess i henholdsvis marked 4 og marked 5.

5.10 Nærmere om ikke-diskrimineringskravet

PT har i både marked 4 og marked 5 pålagt Telenor en forpliktelse om å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår. Forpliktelsen gjelder både for kobberbasert og for fiberbasert tilgang. Tilsynet konkluderer videre i begge markedsvedtakene med at en marginskvistest vil kunne være et tilleggsverktøy (i tillegg til regnskapsmessig skille) for å følge opp forpliktelsen om ikke-diskriminering. Tilsynet skriver videre at det langt på vei er enig i ESAs argumentasjon om at et regnskapsmessig skille alene ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til å sikre forutsigbarhet med hensyn til ikke-diskriminerende priser for fiberbasert tilgang. Tilsynet skriver at det vil starte arbeidet med å utvikle en marginskvistest for begge markeder umiddelbart etter at vedtaket trer i kraft.

Telenor anfører at PT ikke har hjemmel til å kreve at Telenor skal bestå en fremtidig marginskvistest som, etter Telenors oppfatning, det ikke er gjort vurderinger av behov for, ikke har vært gjenstand for høring og som heller ikke er utviklet. Telenor viser også til ESAs kommentarer til utkast til vedtak, hvor det fremgår at ESA legger til grunn at en eventuell marginskvistest (eller "economic replicability test") må være gjenstand for nasjonal høring og notifisering til ESA.

NGT støtter PTs konklusjon om å pålegge Telenor et krav til ikke-diskriminering, men mener at de pålagte og varslede "tilleggsforpliktelsene" (regnskapsmessig skille, kostnadsregnskap og den varslede marginskvistesten) som har til hensikt å inngå i PTs kontroll med hensyn til etterlevelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen er altfor generelt utformet og utydelige. NGT peker på at innsatsfaktorene i det regnskapsmessige skillet og i kostnadsregnskapet er på et for høyt aggregeringsnivå og at marginskvistesten ennå ikke er utarbeidet. Videre mener NGT at det er et problem at kontrollen av om ikke-diskrimineringsforpliktelsen er oppfylt først blir tilgjengelig i ettertid (jf. at regnskapsmessig skille for fiberbasert aksess først blir tilgjengelig 1. juli 2015).

TDC viser til ESAs kommentarer til utkast til vedtak i marked 4 og 5 når det gjelder forpliktelsen om ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille og at PT i vedtakene opplyser at tilsynet vil starte arbeidet med å utvikle en marginskvismodell etter at vedtaket har trådt i kraft. TDC er positiv til at PT skal utvikle en slik test, men de er samtidig bekymret for at PT i vedtaket ikke presiserer ytterligere de krav forpliktelsen om ikke-diskriminering stiller til prising. TDC ber på denne bakgrunn Samferdselsdepartementet om å fastsette at ikke-diskrimineringskravet forbyr Telenor å sette så høye priser i grossistmarkedet at konkurrerende tilgangskjøpere ikke er i stand til å replikere tilbudet i sluttbrukermarkedet.

Videre ber TDC departementet om å:

- fastsette en frist for når marginskvistesten skal være på plass
- stadfeste at testen skal basere seg på en Reasonably Efficient Operator test (REO) og ikke en Equally Efficient Operator test (EEO)
- fastslå at marginskvistesten må ta høyde for at grossistkjøpere skal kunne oppnå en rimelig margin
- presisere at det vil være en selvstendig overtredelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen dersom testen avdekker et negativt resultat.

Samferdselsdepartementet viser til Telenors anførsel om at PT ikke har hjemmel til å pålegge en fremtidig marginskvistest. Departementet legger til grunn at tilsynets opplysning om at det vil utvikle en fremtidig marginskvistest i seg selv, formelt sett, ikke er en del av foreliggende vedtak i marked 4 og 5. Tilsynet opplyser i vedtakene i marked 4 og 5 at det som følge av ESAs kommentarer til utkast til vedtak har foretatt en fornyet vurdering av behovet for å utvikle en marginskvistest for fiberbasert aksess i marked 4 og 5, og opplyser at det har kommet til at det vil utvikle en slik test. I sin innstilling til Telenors klage skriver tilsynet videre at det legger til grunn at den fremtidige marginskvistesten vil være gjenstand for nasjonal høring, samt notifisering til ESA og at det vil bli fattet et eget vedtak knyttet til testen. Departementets kan ikke se at PTs beslutning om å starte arbeidet med utvikling av en marginskvistest med sikte på et senere vedtak er noe som kan påklages på det nåværende tidspunkt. Departementet har på denne bakgrunn kommet til at Telenors anførsel ikke kan tas til følge.

Samferdselsdepartementet viser videre til NGTs anførsel om at de varslede ”tilleggsforpliktelsene” (regnskapsmessig skille, kostnadsregnskap og den varslede marginskvistesten) som har til hensikt å inngå i PTs kontroll med hensyn til etterlevelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen er altfor generelt utformet og utydelige. Departementet viser til at PT i vedtaket opplyser at tilsynet på et senere tidspunkt vil fastsette et eget presiseringsvedtak hvor prinsippene for det regnskapsmessige skille vil fremgå. Departementet legger til grunn at vedtaket vil være gjenstand for nasjonal høring. Departementet mener at slik saken nå står er det mest hensiktsmessig å fastsette disse prinsippene i et eget vedtak. Videre viser departementet til at tilsynet har varslet at det vil utvikle en marginskvistest som et ytterligere verktøy for å påse at ikke-diskrimineringsforpliktelsen overholdes. Departementet har forståelse for NGTs bekymring om at kontrollen av om ikke-diskrimineringsforpliktelsen er oppfylt først blir tilgjengelig i ettertid. Samtidig legger departementet til grunn at tilsynet i tiden fremover vil prioritere å få på plass, så raskt som mulig, den varslede marginskvistesten for å kontrollere at ikke-diskrimineringsforpliktelsen overholdes. Når det gjelder regnskapsmessig skille basert på finansregnskapet er det uunngåelig at resultatet foreligger en viss tid i etterkant av den perioden regnskapet gjelder for. Departementet har på denne bakgrunn konkludert med at vedtakene ikke endres som følge av NGTs anførsler om ikke-diskrimineringsforpliktelsen og regnskapsmessig skille.

Samferdselsdepartementet viser til TDCs klage og selskapets anmodning om at departementet skal presisere innholdet i ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Departementet viser til merknaden til § 4-7 om ikke-diskriminering i Ot. Prop. Nr. 58 2002-2003. Forpliktelsen skal legge til rette for konkurranse på like vilkår gjennom å sørge for likeverdige vilkår for tilgang for alle tilgangskjøpere, også den regulerte tilbyderens interne nedstrømsvirksomhet. Det følger også av punkt 17 i fortalen til tilgangsdirektivet at prinsippet om ikke-diskriminering spesielt skal sikre at tilbydere med sterk markedsstilling som er vertikalt integrerte, ikke kan påvirke konkurransesituasjonen negativt i tilfeller der de tilbyr tjenester til tilbydere de konkurrerer med i nedstrømsmarkeder. PT har varslet at det vil utarbeide en marginskvistest for å følge opp kravet om ikke-diskriminering. Gjennom de prinsipper denne testen bygger på

og gjennom de regler tilsynet vil basere anvendelsen av testen på, vil tilsynet presisere betydningen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Testen, samt reglene for praktisering av testen, vil være gjenstand for høring. Departementet vil ikke forskuttere dette arbeidet og finner det ikke hensiktsmessig å presisere ikke-diskrimineringsplikten ytterligere i dette vedtaket.

Når det gjelder tidsbruken knyttet til utvikling av en marginskvistest, viser departementet til at PT bes prioritere arbeidet, jf. kommentarene ovenfor. Departementet legger videre til grunn at tilsynet, ved et eventuelt brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen, vurderer å pålegge Telenor en forpliktelse om prisregulering for fiberbasert aksess i marked 4 og 5.

Konklusjon:

Departementet stadfester PTs vedtak hva gjelder ikke-diskrimineringskravet i henholdsvis marked 4 og marked 5

5.11 Regnskapsmessig skille for Canal Digital Kabel TV sin fibervirksomhet

PT har pålagt Telenor å utarbeide regnskapsmessig skille for henholdsvis fiberbasert LLUB i marked 4 og fiberbasert bredbåndaksess i marked 5. Det regnskapsmessige skillet skal bidra til å synliggjøre eventuell diskriminering mellom eksterne grossistkunder av Telenor og Telenors interne virksomhet. Formålet er å synliggjøre hvorvidt tilgangskjøpere av fiberbasert aksess i henholdsvis marked 4 og 5 kan tilby tjenester i sluttbrukermarkedet for fiberbasert bredbånd med positivt resultat med de tilgangspriser de står overfor, gitt at de er like effektive i sin virksomhet som Telenor.

Telenor påpeker at pålegget om regnskapsmessig skille er ressurskrevende å følge opp og anfører at det er satt en uforholdsmessig kort frist hva gjelder regnskapsmessig skille for Canal Digital Kabel TVs (CDK) fibervirksomhet. Telenor viser i denne sammenheng til at CDK har et meget begrenset antall fiberaksesser. Telenor ber på denne bakgrunn om at forpliktelsen om regnskapsmessig skille i begge markeder begrenses slik at fiberaksesser levert via CDK ikke inkluderes i vedtakenes krav om regnskapsmessig skille for 2014.

Samferdselsdepartementet viser til at PT i sin innstilling til Telenors klage i marked 4 og 5 skriver at tilsynet har forståelse for at det kan være krevende å inkludere fibervirksomheten til CDK i det regnskapsmessige skillet allerede for regnskapsåret 2014. Tilsynet skriver videre at det i vedtaket ikke har drøftet denne problemstillingen, men at tilsynet i sitt kommende presiseringsvedtak knyttet til utarbeidelse av regnskapsmessig skille i disse markedene vil presisere at regnskapsmessig skille for fibervirksomheten til CDK først vil være påkrevet for regnskapsåret 2015.

Samferdselsdepartementet støtter denne vurderingen og sett i forhold til de relativt få aksessene det dreier seg om, er departementets oppfatning at det ikke er forholdsmessig å pålegge Telenor regnskapsmessig skille for CDKs fibervirksomhet for regnskapsåret 2014. Virkemiddelet regnskapsmessig skille er etter departementets vurdering den eneste egnede og formålstjenelige forpliktelsen som kan synliggjøre en eventuell diskriminering mellom

eksterne grossistkunder og intern virksomhet hos Telenor. Sett videre hen til at et regnskapsmessig skille for CDKs fibervirksomhet først vil være påkrevd for regnskapsåret 2015, ansees forpliktelsen heller ikke for å være uforholdsmessig tyngende for Telenor.

Konklusjon:

På bakgrunn av ovenstående presiserer Samferdselsdepartementet forpliktelsen om regnskapsmessig skille for fiberaksess pålagt i PTs vedtak i marked 4 og 5 som følger: Første rapportering av regnskapsmessig skille for Canal Digital Kabel TV sine fiberaksesser i både marked 4 og marked 5 skal være for regnskapsåret 2015.

5.12 Formålstjenelighet, forholdsmessighet og hjemmelsgrunnlag

Telenor har anført at PT ikke i tilstrekkelig grad har vurdert om de forpliktelser Telenor pålegges er formålstjenelige og forholdsmessige under ekomloven og har dermed ikke i tilstrekkelig grad dokumentert hjemmelsgrunnlaget for reguleringen. Telenor anfører også at det etter det forvaltningsrettslige forholdsmessighetsprinsippet er krav om at tiltak som påbys skal være egnet til å realisere de formål vedtakets hjemmelsgrunnlag angir, herunder at pålegg ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig. Videre mener Telenor at PT denne gangen ilegger langt strengere virkemidler enn hva PT har gjort tidligere, og Telenor kan ikke se at det foreligger dokumentasjon som begrunner en slik innstramming.

Samferdselsdepartementet vil vise til at det generelle kravet til forholdsmessighet som er hjemlet i ekomloven § 3-4 tredje ledd, slår fast at plikter som pålegges tilbydere med sterk markedsstilling må være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse og legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet.

Forholdsmessighetsprinsippet er særlig omtalt i Ot. prp. 58 (2002-2003) under merknadene til § 3-4 på side 100: ”...*Med forholdsmessige menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling...*”

Forholdsmessighetsprinsippet innebærer i denne sammenheng at ved valg mellom flere alternative virkemidler, som alle kan fremme formålet like effektivt, skal det minst tyngende alternativet velges. Dette innebærer også at myndigheten ikke skal pålegge forpliktelser som blir ”uforholdsmessig tyngende”.

Av virkemidlene er forpliktelser om transparens, ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille ofte regnet som lette tiltak, mens forpliktelser om tilgang, samlokalisering og prisregulering ofte regnes som mer tyngende forpliktelser. Det er særlig forpliktelser om streng prisregulering gjennom pristak som oppfattes som krevende.

I de foregående kapitler i dette vedtak er tilsynets virkemiddelbruk drøftet og vurdert opp mot klagernes anførsler. Samferdselsdepartementet viser særlig til avsnittene vedrørende regulering av kobberbasert LLUB i marked 4, der forholdsmessigheten og formålstjeneligheten

vedrørende forpliktelsen om prisregulering er vurdert under pkt. 5.4.1. og virkningstidspunktet er funnet forholdsmessig under pkt. 5.4.2. Tilsvarende er det for kobberbasert bredbåndsaksess i marked 5 under pkt. 5.4.3 vurdert om virkemiddelet prisregulering i form av pålegg om kostnadsorientert pris, er forholdsmessig og formålstjenlig.

For tilgangsplikt for fiber er forholdsmessighet og formålstjenlighet ved fastsettelsen av tidsfrister for leveringstid vurdert under pkt. 5.6.1 og i pkt. 5.6.2 for forpliktelsen om å utarbeide avtaleverk samt å lansere tilgangsprodukter for fiber i både marked 4 og marked 5, vurdert.

For tilgangsplikt til bredbånd over kabel er det vurdert å være uforholdsmessig å pålegge Telenor å etablere et grossistprodukt for bredbånd i kabel-TV-nett, det vises her særlig til vurderingene under pkt. 5.7. Tilsvarende er det i pkt. 5.9 vurdert til ikke å være forholdsmessig å pålegge prisregulering av fiberbasert aksess i henholdsvis marked 4 og marked 5. Forholdsmessigheten og formålstjenligheten av plikten til å utarbeide regnskapsmessige skiller for henholdsvis fiberbasert LLUB i marked 4 og fiberbasert bredbåndaksess i marked 5 er tilsvarende vurdert i pkt. 5.11.

Verken forholdsmessighetsprinsippet eller prinsippet om minimumsregulering kan tas til inntekt for at tilsynet ikke skal kunne ilegge tyngende forpliktelser på tilbydere med sterk markedsstilling. I denne saken anser departementet at de valgte virkemidlene er nødvendige og forholdsmessige.

Konklusjon:

Etter en samlet vurdering finner departementet at de valgte virkemidlene på en god måte ivaretar ekomlovens overordnede formål og er forholdsmessige i så måte at de bøter på de identifiserte konkurranseproblemene uten å være uforholdsmessig tyngende for selskapet.

6. VEDTAK

Samferdselsdepartementet treffer med hjemmel i ekomloven § 11-6 og forvaltningsloven § 34 følgende vedtak: Samferdselsdepartementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak av 20. januar 2014 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for full og delt tilgang til faste aksessnett (marked 4) og grossistmarkedet for bredbåndsaksess (marked 5), med de presiseringer som fremgår ovenfor.

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

7. ETTEROPPGJØR

Departementet viser til at Telenor i klage av 10. februar ba om utsatt iverksetting for den delen av vedtaket som rettet seg mot prisreduksjon på Operatøraksess (Telenors produktnavn for kobberbasert LLUB), inntil klagesaken var ferdigbehandlet, jf. forvaltningsloven § 42.

Samferdselsdepartementet kom etter en avveining av de samlede hensyn ved beslutning av 28. februar 2014 til at det forelå grunnlag for å etterkomme Telenors anmodning om utsatt iverksetting for den del av vedtaket av 20. januar 2014 i market 4 som gjaldt pristak for kobberbasert LLUB-tilgang jf. forvaltningsloven § 42, jf. ekomloven § 11-6.

Departementet satte som vilkår at Telenor opprettet en konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet. Telenor er derfor pålagt ved salg av tilgang til kobberbasert LLUB etter 1. mars 2014, frem til dato for dette vedtak, umiddelbart å overføre til pantsatt konto differansen mellom gjeldende pris (95 NOK) og pris (85 NOK). Samferdselsdepartementet har mottatt månedlige kontoutskrifter etter hver avregning.

På bakgrunn av at Samferdselsdepartementet nå har opprettholdt PTs vedtak hva gjelder prisreduksjon for LLUB, vil departementet oppheve sperringen av den pantsatte kontoen og frafalle pantet, under forutsetning av at Telenor, så snart som mulig, tilbakebetaler innestående beløp på kontoen i sin helhet, forholdsmessig, til Operatøraksess-kundene. Eventuelle renteinntekter fordeles forholdsmessig.

Med hilsen

Øyvind Ek (e.f.)
ekspedisjonssjef

Jørn Ringlund
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

Kopi til:
Post- og teletilsynet

Adressater:
Telenor Norge AS
NextGenTel AS
TDC AS