



**DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Føyen Advokatfirma DA  
Postboks 7086 St. Olavs pl.

0130 OSLO

Deres ref

Vår ref  
08/882- KAT

Dato  
22.10.2008

**Vedtak i Lyse Teles klage på Post- og teletilsynets vedtak av 8. april 2008 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om prisregulering for fasttelefoni, marked 9**

Lyse Tele AS (heretter Lyse) har ved brev 29. april 2008 påklaget Post- og teletilsynets vedtak av 8. april 2008, der Lyse utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling og som følge av dette pålegges særskilte forpliktelser i markedet for terminering av offentlig telefonitjeneste i fastnett hos Lyse. Klagen er ved brev 13. juni 2008 fra Post- og teletilsynet oversendt Samferdselsdepartementet som rett klageinstans, jf. lov om elektronisk kommunikasjon 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) § 11-6 og lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 28. Klagen anses rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

**1. BAKGRUNN**

Post- og teletilsynet fattet 24. mars 2006 vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og vedtak med pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for originering, terminering og transitt av offentlig telefonitjeneste i fastnett (marked 8-10). Lyse etablerte seg som tilbyder av fastnett telefonitjeneste etter at vedtakene i marked 9 ble fattet. Post- og teletilsynet gjennomførte på denne bakgrunn en analyse av markedet for terminering i fastnett hos Lyse (heretter markedsanalysen). Post- og teletilsynet fattet deretter vedtak av 8. april 2008 (heretter vedtaket) hvor Lyse utpekes som aktør med sterk markedsstilling i dette markedet. Vedtaket ble fattet på bakgrunn av markedsanalysen, varsel om vedtak, høringsvar, samt tilbakemelding fra EFTA Surveillance Authority (heretter ESA).

Postadresse:  
Postboks 8010 Dep  
0030 OSLO

Kontoradresse:  
Akersg. 59

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

Luft- post- og teleavdelingen  
Telefaks:  
22 24 95 72

Saksbehandler:  
Kim André Trengereid  
22 24 83 39

I vedtaket pålegges Lyse særskilte forpliktelser. Blant annet pålegges Lyse med hjemmel i ekomloven § 4-9;

*"å ha rimelige termineringspriser. Prisene skal ta utgangspunkt i Telenors priser, men kan avvike noe dersom spesielle forhold skulle tilsi det".*

Lyse klaget ved brev 29. april 2008 på Post- og teletilsynets vedtak av 8. april 2008, selskapet anmodet samtidig om utsatt iverksetting. Samferdselsdepartementet besluttet 29. mai 2008 å gi utsatt iverksetting for så vidt gjaldt den del av vedtaket som knyttet seg til pålegg om "rimelig pris".

Telenor kommenterte klagen i brev av 3. juni 2008. Klagen ble oversendt til Samferdselsdepartementet for behandling ved brev fra Post- og teletilsynet 13. juni 2008 (heretter "innstillingen") der Post- og teletilsynet opprettholdt vedtaket.

## **2. REGULATORISK RAMMEVERK – KORT OM RETTSLIG UTGANGSPUNKT**

### **2.1 Ekomregelverket – kort om rettslig utgangspunkt**

Det regulatoriske rammeverket skal legge grunnlag for harmonisering i EU/EØS-området, begrense etableringshindringer og tilrettelegge for bærekraftig konkurranse til beste for brukerne. Formålet med reguleringen er nedfelt i ekomloven § 1-1:

*"Lovens formål 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."*

Det følger av ekomloven at Post- og teletilsynet skal definere relevante markeder (jf. ekomloven § 3-2), utpeke tilbydere med såkalt "sterk markedsstilling" (jf. ekomloven § 3-3) for deretter å ilegge nærmere bestemte plikter for de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf. ekomloven § 3-4). Prisregulering, jf. § 4-9, er ett av i alt åtte aktuelle virkemidler som bestemmelsen i § 3-4 viser til. Paragraf 3-4 tredje ledd presiserer at pliktene pålegges i det enkelte tilfellet. Det vises her til at det følger av merknaden til § 3-4<sup>1</sup> at "Myndigheten skal velge den eller de særskilte forpliktelser som er best egnet i det enkelte tilfellet."

### **2.2 Ekomloven § 4-9 – pris- og regnskapsregulering**

Ekomloven § 4-9 om pris- og regnskapsregulering hjemler det mest inngripende sektorspesifikke virkemiddelet som myndigheten kan pålegge en tilbyder med sterk markedsstilling for å sikre bærekraftig konkurranse i ekommarkedet. Paragraf 4-9 første ledd

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 100

angir to selvstendige vilkår for prisregulering. Det første vilkåret er at tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå. Av merknaden til § 4-9<sup>2</sup> fremgår at med opprettholdelse av et uforholdsmessig høyt prisnivå menes at konkurranse ikke har bidratt til at prisene faller tilstrekkelig. Myndighetene kan her sammenligne prisnivå i tilsvarende markeder nasjonalt eller internasjonalt (benchmarking). Det andre vilkåret er at tilbyder kan utnytte sin markedsstilling ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere.

Av § 4-9 annet ledd fremgår det at myndigheten kan pålegge tilbyder bruk av bestemte metoder for prisregulering. Myndighetene skal i sin virkemiddelbruk også se hen til formålsbestemmelsen i ekomloven § 1-1, som bl.a. fastslår at det skal legges til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimuleres til næringsutvikling og innovasjon, jf. ovenfor.

### **2.3 EØS-direktivpakken og retningslinjer fra ERG**

I 2002 vedtok EU følgende fem direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsverndirektivet. Nevnte direktiver (heretter "Direktivpakken") trådte i kraft for Norge fra 1. november 2004, da de ble tatt inn i EØS-avtalen. Direktivene utgjør EUs regulatoriske rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnett og kommunikasjonstjenester. Direktivene er implementert i norsk rett gjennom ekomloven med tilhørende forskrifter, herunder forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste av 16. februar 2004 (ekomforskriften). Det følger av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen at utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling skal skje i samsvar med de retningslinjer og anbefalinger som er utarbeidet av EU-kommisjonen, og senere vedtatt av ESA. Videre er det i European Regulators Group for electronic communications networks and services (ERG) utarbeidet retningslinjer for virkemiddelbruk nedfelt i dokumentet "*Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*".

Hovedformålet med direktivpakken og de underliggende retningslinjer og anbefalinger er å harmonisere ekomregelverket i Europa. Ekompakken legger opp til at en harmonisering ikke bare skal skje på regelverksnivå, men at også viktige enkeltvedtak skal harmoniseres på europeisk nivå. Prosedyren for enkeltvedtakskonsultasjonen med ESA er nedfelt i ekomloven § 9-3, hvor det fremgår at når enkeltvedtak etter bl.a. § 3-4 vil kunne påvirke handelen mellom EØS-landene, skal myndighetene sende begrunnet forslag til vedtak til ESA for kommentar. Under særlige omstendigheter, der ESA er i alvorlig tvil om forslaget samsvar med EØS-retten, kan ESA kreve at forslaget trekkes tilbake (vetorett). Dette gjelder ved utpeking eller tilbaketrekking av utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling, eller definering av nye markeder. For pålegg av nærmere bestemte virkemidler (herunder prisregulering) har ESA en uttalelsesrett. Myndigheten skal så langt som mulig ta hensyn til ESAs merknader, og ESA skal notifiseres om vedtaket når dette er fattet.

Verken ERG eller ESA har noen formell rolle i forhold til departementets klageavgjørelse. Departementet legger likevel vekt på at både konsultasjonsordningen med ESA og utredningsarbeidet som gjøres i ERG er kommet i stand for å sikre harmonisering av ekomreguleringen innenfor Fellesskapet. På dette grunnlag mener departementet at det er

---

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 106

relevant å ta et visst hensyn til uttalelser fra ESA og ERG i klagebehandlingen av Post- og teletilsynets markedsregulering.

### **3. LYSE TELES KLAGE**

Lyse anfører i sin klage at det foreligger saksbehandlingsfeil både når det gjelder vurderingen av sterk markedsstilling og ved prisreguleringen. Det fremholdes at Post- og teletilsynet ikke har foretatt nødvendige vurderinger, at vedtaket ikke er tilstrekkelig begrunnet jf. forvaltningsloven § 25 og at vedtaket ikke er tilstrekkelig opplyst jf. forvaltningsloven § 17. Når det gjelder prisreguleringen fremholdes det dessuten at det foreligger usaklig forskjellsbehandling. Det anføres at saksbehandlingsfeilene er av en slik karakter at de har virket inn på resultatet av vedtaket. Ifølge Lyse må vedtaket på dette grunnlag anses ugyldig.

For det andre anfører Lyse at det foreligger rettsanvendelsesfeil, herunder at de vilkår som må foreligge for å utpeke Lyse som aktør med sterk markedsstilling ikke er oppfylt. Når det gjelder prisregulering anføres det at det foreligger rettsanvendelsesfeil, da vedtaket er i strid med ekomlovens formål, at vilkårene for pålegg om prisregulering i ekomloven § 4-9, jf. § 4-1 ikke er oppfylt, og at prisreguleringen er uforholdsmessig.

### **4. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VURDERING**

I det følgende vil departementet foreta en gjennomgang og en vurdering av Lyses anførsler.

#### **4.1 Markedsanalysen – feil faktum**

##### **4.1.1 Vedrørende markedsandeler**

Lyse mener det ikke er riktig at selskapet har 100 % markedsandel for taleterminering i eget fastnett. I denne sammenheng fremholdes det fra Lyse at teknologi- og markedsutviklingen har ført til at kapittel 5.2 i markedsanalysen ikke lenger er i samsvar med virkeligheten. Etter Lyses mening er pkt. 23 og 41 i Post- og teletilsynets markedsanalyse misvisende. Det fremholdes at Lyses kunder står fritt til å velge andre leverandører av telefonitjeneste, herunder IP-telefoni fra en annen telefonitilbyder uten eget aksessnett, og at Lyse av den grunn ikke har monopol på terminering av taleanrop i Lyses fastnett. Lyse mener Post- og teletilsynets markedsdefinisjon er for snever og at det er en feil at Telenors sterke markedsposisjon i det totale termineringsmarkedet ikke er vurdert. Feilene har etter Lyses mening virket inn på resultatet.

Post- og teletilsynet viser til kapittel 1 i vedlegg 2 til vedtaket der tilsvarende kommentarer fra Lyse til Post- og teletilsynets varsel om vedtak er behandlet. Etter tilsynets vurdering innebærer ikke Lyses anførsler i klagen noe vesentlig nytt på dette punktet. Tilsynet står fast på at markedsavgrensningen er knyttet til leveransen av telefonitjenesten, og ikke til det aktuelle fysiske nettet jf. markedsanalysen pkt. 26. Lyse har dermed 100 % markedsandel i dette markedet, og tilsynet mener således at det ikke foreligger noen feil i analysen på dette punkt.

Samferdselsdepartementet er enig med Lyse i at sluttbrukere som kjøper bredbånd fra selskapet, og som dermed er tilknyttet nettet, kan kjøpe telefonitjenesten hos andre tilbydere. Departementet mener imidlertid at termineringsmarkedet reguleres uavhengig av hvilket nett som anvendes og hvor mange som kan tilby tjenester på nettet. Markedsavgrensningen er knyttet til leveransen av telefontjenesten og ikke til det aktuelle fysiske nettet. Når det gjelder Lyses anførsel om at tilbydere av IP-telefoni i dag kan terminere taletrafikk til sluttbrukere i en annen tilbyders nett, understreker departementet at dette ikke får betydning for Lyses markedsandel slik det relevante marked her er avgrenset. Selv om kunder som er fysisk tilknyttet Lyses nett har mulighet til å velge andre tilbydere av bredbåndstelefontjeneste, vil det i praksis ikke være mulig for andre tilbydere å foreta termineringen til Lyses telefonabonnenter. Vurdering av sterk markedsstilling for terminering er knyttet opp til abonnementsforholdet, og ikke til eierskapet til infrastrukturen. Forutsetningen om at hver tilbyder har 100 % markedsandel i det relevante markedet, er etter departementets oppfatning riktig. Samferdselsdepartementet viser til at departementet har kommet til tilsvarende konklusjon i vedtak av 17. juli 2008 (GET, Hafslund, Ventelo og TDC), departementet viser til argumentasjonen i disse vedtakene.

Når det gjelder Lyses anførsel om at Telenors sterke posisjon i det totale markedet for terminering i fastnett ikke er tillagt vekt i vurderingen av Lyses markedsrett i det relevante marked, viser departementet til at denne anførselen blir vurdert i pkt. 4.1.3.

Etter departementets oppfatning har tilsynet foretatt nødvendige vurderinger av Lyses markedsandeler i det relevante marked. Departementet finner heller ikke at grunnlaget for Lyses markedsandel er basert på et feilaktig faktum. Lyses anførsler på dette punkt fører derfor ikke fram.

#### 4.1.2 Etableringshindringer og potensiell konkurranse

Lyse viser til Post- og teletilsynets markedsanalyse pkt. 59 der tilsynet avgrenser termineringsmarkedet til "de individuelle nettene". Når det er mulig for andre enn Lyse å tilby konkurrerende telefoniløsninger i de "individuelle nettene", er derfor tilsynets konklusjon om absolutte etableringsbarrierer "både feilaktig og uten relevans". Lyse er videre av den oppfatning at tilsynets avgrensning av det relevante marked til "den enkelte sluttbruker" i andre deler av analysen, var en nødvendig rettelse i vedtaket, nettopp for å kunne opprettholde en konklusjon om absolutte etableringsbarriere i det relevante marked. Samtidig anfører Lyse at det må tas hensyn til at byttekostnader i sluttbrukermarkedet for fastnett er ubetydelige som følge av nummerportabilitet og fravær av bindingstid. Etter Lyses oppfatning, må også vurderingen av etableringshindringer og potensiell konkurranse i dette markedet settes inn i en større sammenheng. Lyse viser til at tilsynet i enkelte andre markeder, herunder i markedet for bitstrømsaksess (marked 12), har medtatt etableringshindringer og potensiell konkurranse i grunnlaget for markedsvurderingen.

Post- og teletilsynet viser til kapittel 1 og 2 i vedlegg 2 til vedtaket der tilsvarende kommentarer fra Lyse til varsel om vedtak er behandlet. Tilsynet viser til at markedsdefinisjonen ikke er begrenset til "den enkelte sluttbruker", men alle sluttbrukere som kjøper telefoni hos Lyse. Det understrekes at selv om det vil være riktig at nummerportabilitet og fravær av bindingstid gjør at byttekostnadene er forholdsvis lave, medfører "Calling Party Pays"-prinsippet at sluttbrukere ikke vil ha noen incentiv til å skifte tilbyder på bakgrunn av at det eventuelt etablerer seg konkurrenter som tilbyr lavere termineringspriser, jf. pkt. 60 i

markedsanalysen og kapittel 1 i vedlegg 2 til vedtaket. For øvrig viser PT til at formuleringen "de individuelle nettene" i pkt. 59 er ved en inkurie blitt stående uendret i tilsynets varsel om vedtak. På bakgrunn av Lyses kommentarer til varsel om vedtak, omformulerte tilsynet beskrivelsen i markedsanalysen, men dessverre ikke i pkt. 59. Det fremgår for øvrig klart av øvrige deler av analysen hvordan markedet er definert.

Det legges videre vekt på at tilsynet har en tilsvarende konklusjon hva gjelder vurdering av etableringshindringer og potensiell konkurranse i analysen av terminering i mobilnett (marked 16). Det fremgår her at selv om noen mobilabonnenter har bindingstid knyttet til sponing av mobiltelefoner, medfører blant annet nummerportabilitet og fravær av bindingstid at forholdsvis mange mobilabonnenter bytter tilbyder. Dette påvirker imidlertid ikke konklusjonen om at tilbydere av mobilterminering har sterk markedsstilling i marked 16, og tilsynet kan heller ikke se at dette skulle forholde seg annerledes for Lyse eller andre tilbydere i marked 9. Det er med andre ord ikke høye eller lave termineringspriser som medfører at kundene bytter tilbyder, men heller forhold relatert til sluttbrukermarkedet. (Pris, kvalitet etc.).

Når det gjelder sammenligning med vurderingen tilsynet har gjort i marked 12, understreker Post- og teletilsynet at det ikke vil være riktig og nødvendig å ta med alternative aksessnett i vurderingen av Telenors markedsstilling, ettersom disse åpenbart påvirker konkurransen både på sluttbrukernivå og grossistnivå, i motsetning til hva som er tilfellet i hvert enkelt termineringsmarked.

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at lave etableringshindringer og potensiell konkurranse kun vil få betydning for Lyses markedsandel dersom Lyse ikke kan opptre uavhengig av reell eller potensiell konkurranse i det relevante markedet. Departementet er enig med tilsynet i at etableringshindringer i markedet er mindre relevant i vurderingen av hvorvidt Lyse har sterk markedsstilling ettersom det relevante marked er definert til leveransen av telefontjenesten og ikke til det aktuelle fysiske nettet. Etter departementets oppfatning vil potensiell konkurranse ikke få betydning for Lyses muligheter til å handle uavhengig av kunder og konkurrenter når de skal fastsette egne termineringspriser. Dette følger av "calling party pays"- prinsippet, som innebærer at det er begrensede incentiver til å senke termineringsprisene fordi det er de andre tilbydernes kunder som må betale en eventuelt høy termineringspris. Lyse vil således ikke disiplineres av at andre konkurrenter setter en lavere termineringspris for levering av sine anrop så lenge sluttbrukere ikke kan velge hvilken tilbyder som skal terminere samtalen.

Når det gjelder vektleggingen av etableringshindringer som moment i vurderingen av sterk markedsstilling, er det departementets oppfatning at alternative aksessnett ikke får tilsvarende disiplinerende effekt på Lyses evne til å opptre uavhengig av sine kunder og konkurrenter sammenlignet med situasjonen i marked 12 hvor alternative aksessnett åpenbart påvirker konkurranseforholdet både på grossist og sluttbrukernivå. Lave etableringsbarrierer har derfor ikke tilsvarende effekt på konkurranseforholdet mellom aktørene i termineringsmarkedet som i markedet for tilgang for levering av bredbåndstjenester. Som beskrevet ovenfor vil det ikke være mulig for andre aktører å konkurrere om tilbud av terminering til en gitt tilbyders sluttkunder.

Etter departementets oppfatning vil alternative nett ikke avhjelpe konkurranseproblemene i termineringsmarkedet. Departementet finner derfor at selskapets anførsler ikke kan føre frem.

#### 4.1.3 Forhold på etterspørselssiden

Lyse er av den oppfatning at Post- og teletilsynets vurdering av Telenors markedsrett på etterspørselssiden bærer preg av en teoretisk tilnærming, og således bygger på et feilaktig faktagrunnlag. Lyse anfører at det er lagt for stor vekt på at Telenor er underlagt regulering med hensyn til sitt trafikktilbud og derfor må anses å ha en begrenset forhandlingsstyrke i markedet. Lyse anfører tvert imot at det ikke er tatt hensyn til Telenors oppreden ovenfor Lyse, herunder en rekke forhold relatert til samtrafikkavtalen som ble inngått mellom Telenor og Lyse. Det vises i denne sammenheng til Telenors krav om resiproke priser i forbindelse med forhandlingene om etablering av samtrafikkavtale med Lyse. Med henvisning til avsnitt 72 i markedsanalysen er Lyse av den oppfatning at Telenor rent faktisk har forhindret Lyse å sette priser som Telenor oppfatter som uforholdsmessige siden samtrafikkavtalen ble inngått. Dernest fremstår det som om tilsynet har vurdert Lyses eksisterende priser som uforholdsmessige, uten at de har foretatt en konkret vurdering. Lyse anfører at den manglende vurdering av Lyses priser og Telenors forhandlingsstyrke medfører at konklusjonen om sterk markedsstilling er fattet på feil grunnlag og at Lyse ikke kan opptre uavhengig av Telenor i det relevante markedet.

Det fremholdes at Telenors betydelige markedsrett på etterspørselssiden og vilje til å utnytte sin posisjon mer enn oppveier de vurderingstemaene som ut fra en teoretisk tilnærming trekker i retning av at Lyse har sterk markedsstilling. På denne bakgrunn hevder Lyse at vilkåret i § 3-1 for at det skal foreligge sterk markedsstilling ikke er oppfylt.

Post- og teletilsynet viser til kapittel 1 og 3 i vedlegg 2 til vedtaket der tilsvarende kommentarer fra Lyse til varsel om vedtak er behandlet. Som det fremgår der, vil tilsynets vedtak om kjøpsplikt for tilbyderne i marked 9 hindre Telenor (og eventuelt andre) i å kunne diktere andre tilbyders termineringspriser ved inngåelse av ny samtrafikkavtale, og tilsynet har hensyntatt dette i vurderingen av Telenors kjøperrett. Når det gjelder fortolkningen av samtrafikkavtalen er dette en privatrettslig tvist tilsynet verken kan eller vil ta stilling til. Samtidig viser tilsynet til samtrafikkavtalen pkt. 4.2 som gir grunnlag for at Lyse kan øke sine termineringspriser dersom selskapet skulle ønske det. Tilsynet har for øvrig fått kjennskap til at den privatrettslige tvisten nå er løst og at Lyses priser ligger på et nivå som ligger ca. 100 % høyere enn Telenors priser. Post- og teletilsynet er derfor av den oppfatning at deres konklusjon om at Telenors forhandlingsstyrke ikke er tilstrekkelig til å motvirke Lyses markedsrett er riktig, og kan heller ikke se at denne konklusjon bygger på feilaktige faktabeskrivelser.

Når det gjelder den konkrete vurdering av Lyses priser, understreker tilsynet at de på nåværende tidspunkt ikke har gjort noen vurdering av hvorvidt Lyses priser er urimelige. Tilsynet kan heller ikke se at teksten i pkt. 72 i markedsanalysen skulle indikere at en slik vurdering er gjort. Teksten viser kun til at Telenor ikke vil kunne forhindre at Lyse og andre vil kunne sette priser som potensielt er uforholdsmessig høye.

Samferdselsdepartementet er enig med tilsynet i at det er særlige forhold i marked 9 som begrenser Telenors forhandlingsstyrke i det relevante marked. Tilsynets vedtak av 8. april 2008 pålegger Telenor en kjøpsplikt både overfor regulerte og uregulerte tilbydere. Telenor

har påklaget den delen av vedtaket som retter seg mot uregulerte tilbydere. Klagen på vedtaket er under behandling i departementet. Videre medfører "calling party pays"-prinsippet manglende incitament for aktørene til å tilby lave termineringspriser. Dette har direkte betydning for Lyses evne til å opptre uavhengig av sine kunder og konkurrenter i termineringsmarkedet.

Det synes opprinnelig å være etablert en praksis med resiproke priser som utgangspunkt for samtrafikkavtale mellom tilbydere på fastnettet og Telenor. Det kan derfor ikke utelukkes at Telenor har hatt sterk nok forhandlingsposisjon i markedet til å motvirke tilbyders monopolsituasjon, både gjennom sin størrelse og ved sin innflytelse på samtrafikkregimet, inkludert utforming av standardvilkår jf. markedsanalysen pkt. 68. Departementet viser imidlertid til at flere og flere av de øvrige tilbyderne har økt sine termineringspriser for trafikk til nivåer nesten dobbelt så høye som Telenors. Dette indikerer at Telenors forhandlingsstyrke ikke er tilstrekkelig til å forhindre at Lyse eller andre tilbydere i marked 9 setter uforholdsmessig høye termineringspriser. Samferdselsdepartementet viser i denne sammenheng til vedtak av 17. juli 2008 som stadfester Post- og teletilsynets pålegg om resiproke priser for GET, Ventelo, Hafslund og TDC i marked 9.

Lyse har anført at Telenor har hatt en vesentlig forhandlingsstyrke i prosessen omkring inngåelse av samtrafikkavtale med Lyse. Det fremheves at Telenor har opprettholdt et krav om resiproke priser også etter at tilsynet opphevet sitt vedtak av 2. mai 2007. Det understrekes derfor at Telenor i praksis har hindret Lyse i å opptre uavhengig av sine kunder ved fastsettelse av termineringspris i det relevante marked. Departementet er uenig i Lyses vektlegging av dette forhold og den innvirkning det vil kunne få i vurderingen av hvorvidt Lyse har sterk markedsstilling. I denne forbindelse vil departementet understreke at Telenors opptreden overfor Lyse etter opphevelsen av vedtak av 2. mai 2007, relaterer seg til en privatrettslig fortolkning av en endringsprotokoll tilhørende samtrafikkavtalen som departementet ikke kan ta stilling til. Den relaterer seg ikke til Lyses muligheter for fastsettelse av termineringspris på bakgrunn av samtrafikkavtalens pkt. 4.2, som i prinsippet innebærer at Lyse kan øke sine priser for terminering forutsatt at nødvendig varslingsforeligger. Det er nå kommet til enighet omkring dette spørsmål. Lyse har følgende priser for terminering innenfor samtrafikkområdet:

[redacted] Dette innebærer et prisnivå som ligger 100 % høyere enn Telenors priser. På bakgrunn av de særlige forhold som gjør seg gjeldende i marked 9, er departementet enig med Post- og teletilsynets konklusjon om at Telenors forhandlingsstyrke ikke er tilstrekkelig stor til å hindre Lyse i å opptre uavhengig av sine kunder og konkurrenter i markedet for terminering i fastnett.

Departementet støtter tilsynet i at tilsynets konklusjoner ikke bygger på en faktisk vurdering av hvorvidt Lyses priser er urimelig høye. Det er heller ikke nødvendig å foreta en slik vurdering i analysen av Lyses markedsandeler. Det er her tilstrekkelig å vurdere Lyses muligheter for å handle uavhengig av sine konkurrenter og kunder i det relevante marked. Departementet finner på bakgrunn av ovenstående at tilsynets konklusjoner med hensyn til vurderingen av Telenors forhandlingsstyrke ikke bygger på et feilaktig faktagrunnlag. Lyses anførsel fører ikke frem.



#### 4.1.4 Lønnsomhet

Lyse mener at det er en åpenbar svakhet ved vedtaket at tilsynet, ut fra en begrunnelse om at Lyses lønnsomhet ikke er kjent, har unnlatt å vurdere lønnsomhet som kriterium i analysen av Lyses markedsstilling. Etter Lyses mening er dette en feil som sannsynligvis har virket inn på resultatet i vedtaket.

Lyse er videre av den oppfatning at dersom Lyse ikke tillates å sette termineringspriser som gir grunnlag for kostnadsdekning og lønnsomhet, kan ikke markedsanalysen konkludere med at Lyse har sterk markedsstilling.

Post- og teletilsynet viser i hovedsak til kapittel 4 i vedlegg 2 til vedtaket der tilsvarende kommentarer fra Lyse til varsel om vedtak er behandlet. Tilsynet fremhever at lønnsomhet kun er ett av flere kriterier som skal vurderes i en markedsanalyse, og i mange tilfeller vil lønnsomhet ikke kunne si noe om graden av markedsrett. For tilbydere som ikke tidligere har hatt et eget tilbud om terminering, slik tilfellet er for Lyse, vil tiltrekkelig informasjon om lønnsomhet på termineringsproduktet ikke være tilgjengelig, og det vil derfor ikke være grunnlag for å vektlegge dette kriteriet i analysen. Informasjon om lønnsomhet ville uansett neppe kunnet påvirke konklusjonen om sterk markedsstilling.

Post- og teletilsynet understreker at Lyse ikke er forhindret i å sette termineringspriser som gir grunnlag for kostnadsdekning og lønnsomhet jf. kapittel 4 i vedlegg 2 til vedtaket.

Samferdselsdepartementet er uenig med Lyse i at en vurdering av Lyses markedsstilling forutsetter en nærmere vurdering av Lyses kostnadsstruktur. Departementet vil understreke at det er særlige forhold som gjør seg gjeldende i marked 9 og viser til drøftelsen i pkt 4.1.1 og 4.1.2 som konkluderer med at Lyse har en de facto monopol stilling i det relevante marked. Sammenholdt med de særlige forhold som gjør seg gjeldende i dette markedet, herunder incitament og mulighet til å sette høye priser, etableringshindringer og fravær av kjøpermakt på etterspørselsiden, vil en lønnsomhetsvurdering ikke påvirke konklusjonen om sterk markedsstilling.

Samferdselsdepartementet er videre uenig i påstanden om at Lyse ikke har anledning til å sette termineringspriser som gir kostnadsdekning og lønnsomhet. Det vises til drøftelsen i pkt. 4.1.3 hvor departementet har kommet frem til at Telenor ikke har hatt slik forhandlingsstyrke at de har kunnet hindre Lyse i å fastsette en høyere pris enn Telenors. Videre vises det til at Lyse har i dag en pris som ligger 100 % over Telenors pris. Departementet viser for øvrig til vurderingen av rimelig pris pkt 4.2.4.

#### 4.1.5 Oppsummering

Basert på en samlet vurdering finner Samferdselsdepartementet ikke at det har fremkommet momenter i vurderingen av markedsanalysen som tilsier at det er grunnlag for å endre SMP-vedtaket jf. ekomloven § 3-1. Lyses anførsler om at analysen inneholder en rekke faktiske feil og mangler som har virket bestemmende på innholdet i vedtaket fører derfor ikke frem.

## 4.2 Pålegg som følge av SMP-vedtaket

### 4.2.1 Hensynet til infrastrukturkonkurranse

Lyse anfører at Post- og teletilsynets valg av reguleringsprinsipp 2<sup>3</sup> ikke tar hensyn til infrastrukturinvesteringer i vurderingen av prisregulering i marked 9. Etter Lyses mening viser den faktiske markedssituasjon at duplisering av infrastruktur både er mulig og konkurransefremmende. Videre anføres det at tilsynets vurdering av betydningen av reguleringsprinsipp 2 for valg av virkemidler i termineringsmarkeder avviker i marked 9 og 16. Lyse fremhever i denne sammenheng tilsynets uttalelser om virkemiddelbruken i marked 16, hvor det konkluderes med at reguleringen bør sees i sammenheng med et ønske om å legge til rette for duplisering av infrastruktur og bærekraftig konkurranse i et tilgrensende marked. Det fremheves at tilsynet ikke foretar en lignende vurdering under drøftelsen av reguleringsprinsipp i markedet for terminering av tale i Lyses fastnett.

Lyse mener også at siden selskapet ikke får kompensasjon fra andre tilbydere av IP-telefoni for bruk av infrastruktur, vil infrastrukturutbygging være betydelig tyngre å bære for Lyse enn tilfellet er for mobiloperatører og tilbydere som baserer seg på kobber. Slike tilbydere vil kunne etablere et grossisttilbud og skaffe seg inntekter fra virtuelle operatører. Dette må etter Lyses mening tas med i vurderingen.

Lyse anfører videre at argumentasjonen i vedtaket er inkonsistent med tilsvarende vurderinger i marked 12, ettersom tilsynets virkemiddelbruk i marked 12 har som hovedmålsetning å gi Telenors konkurrenter incentiver til infrastrukturutbygging, mens tilsynet på den andre side reduserer incentiver for videre aksessnettutbygging ved å regulere Lyses termineringspriser.

Lyse refererer videre til Samferdselsdepartementets vedtak i Telio-saken og departementets drøftelser hva gjelder overgangen til fullt ut IP-basert kommunikasjon, herunder konklusjonen om at det vil være rimelig å gi IP-telefonitilbydere en overgangsperiode tilsvarende det som tilstår MVNOer. Etter Lyses mening uttrykker departementet en tvil om reguleringsmetode, og denne tvilen medfører at det ikke kan fattes vedtak som pålegger en liten aktør å ha termineringspriser som er effektive i samfunnsøkonomisk forstand uten at det er foretatt en ny og helhetlig vurdering av hvilket reguleringsprinsipp som skal legges til grunn for den fremtidige reguleringen av bredbåndstelefon i nye aksessnett.

Avslutningsvis viser Lyse til ERGs virkemiddeldokument der det uttales at man skal være varsom med å innføre ny regulering når det er usikkert om infrastrukturkonkurranse er mulig. Det fremheves at det oppstår et potensielt stort velferdstap dersom replikering er mulig, men ikke støttes av reguleringen.

Post- og teletilsynet viser i hovedsak til kapittel 5 i vedlegg 2 til vedtaket der tilsvarende kommentarer fra Lyse til varsel om vedtak er behandlet. Tilsynet viser til at det foreligger særegne forhold i markedene for terminering av tale i fastnett som medfører at det må tas spesielle hensyn i valget mellom reguleringsprinsipp 2 eller 3. Det fremheves at selv der det ville være mulig å oppnå infrastrukturbasert konkurranse innen fasttelefoni i form av flere konkurrerende fastnett, ville dette ikke avhjelpe konkurranseproblemene i marked 9 fullt ut.

---

<sup>3</sup> Regulering for å ivareta forbrukeres interesser når duplisering av infrastruktur ikke antas å være mulig.

Det er for termineringsmarkedene ikke spørsmål om hvorvidt infrastrukturkonkurranse er mulig eller ikke, men om infrastrukturkonkurranse kan avhjelpe konkurranseproblemene eller ikke.

Når det gjelder Lyses anførsel om at tilsynet bør ta like mye hensyn til infrastrukturkonkurranse i marked 9 som i marked 16, vises det for det første til Samferdselsdepartementets vurdering av dette spørsmålet i vedtaket på Telios klagesak hvor departementet uttalte at det er *"på det rene at marked 9 og marked 16 reguleres forskjellig. Etter Samferdselsdepartementets mening er imidlertid denne forskjellsbehandlingen saklig begrunnet"*.

Post- og teletilsynet viser videre til at nye aktører i marked 16 kun vil tillates å ta en høyere termineringspris i en begrenset oppstartsperiode. Det er altså ikke snakk om å tillate en "permanent" overprising av terminering for å stimulere til infrastrukturinvesteringer. Det vises her også til departementets vedtak i Telio-saken hvor departementet fant det rimelig å gi tilbydere av IP-telefoni en overgangsperiode på tre til fire år. Tilsynet viser også til vedtakene overfor Lyse og andre mindre tilbydere i marked 9 hvor det er redegjort for *"hvor lang tid som har gått siden tilbyderen ble etablert i markedet"* som ett av elementene som kan bidra til å begrunne en høyere termineringspris. Etter tilsynets mening er vedtakene i marked 9 og marked 16 således i stor grad sammenfallende på dette punktet.

Videre kan tilsynet ikke se at Lyse kommer dårligere ut enn for eksempel bredbåndstilbydere som baserer seg på kobber mht. manglende kompensasjon fra tilbydere av IP-telefoni som benytter bredbåndsinfrastrukturen. Det fremheves at en aksessuavhengig tilbyder av bredbåndstelefoeni like gjerne kan tilby sine tjenester over en kobberbasert bredbåndsaksess som over en fiberbasert bredbåndsaksess. Det er heller ikke noe i veien for at Lyse kan etablere et grossisttilbud dersom selskapet skulle ønske det. PT kan derfor ikke se at det er noe grunnlag for å hensynta dette spesielt i vurderingen av reguleringen av Lyse i marked 9.

Når det gjelder Lyses sammenligning av tilsynets vurderinger i marked 9 og marked 12, vises det igjen til de spesielle egenskapene ved termineringsmarkedene og det faktum at infrastrukturkonkurranse ikke vil avhjelpe konkurranseproblemene i marked 9. Tilsynet vil videre bemerke at ERG i sin *"Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates"* klart anbefaler at reguleringen bør sikre symmetriske termineringspriser. Subsidiering av infrastrukturutbygging i andre markeder er ikke identifisert som en mulig grunn til å avvike fra prinsippet om symmetriske termineringspriser. På bakgrunn av dette er ikke tilsynet enig med Lyse i at hensynet til infrastrukturinvesteringer i marked 12 skulle vært håndtert annerledes i vurderingen av prisreguleringen i marked 9.

Når det gjelder Samferdselsdepartementets angivelige "tvil" om reguleringsprinsipp for marked 9, bemerker tilsynet at departementet synes å drøfte en mulig fremtidig situasjon med overgang til "fullt ut IP-basert kommunikasjon". I en eventuell slik situasjon kan det for eksempel tenkes andre avregningsmekanismer (for eksempel "bill and keep" eller "peering") som innebærer at konkurranseproblemene i marked 9 endrer karakter eller forsvinner. Per i dag benyttes imidlertid fortsatt SS7-basert samtrafikk og "tradisjonelle" avregningsmekanismer også for Lyse og andre IP-baserte tilbydere, og dette vil også høyst sannsynlig være tilfellet de neste årene. Post- og teletilsynets markedsanalyser skal være

begrenset fremadskuende (i analysen av Lyse har PT antydnet 1-2 år), og det er ingenting som tyder på at situasjonen vil endre seg vesentlig innenfor analysens tidshorisont.

Når det gjelder Lyses henvisning til uttalelsen i ERGs virkemiddeldokument om å være varsom med å innføre ny regulering når det er usikkert om infrastrukturkonkurranse er mulig, viser tilsynet nok en gang til de spesielle egenskapene ved termineringsmarkedene og det faktum at infrastrukturkonkurranse ikke vil avhjelpe konkurranseproblemene i marked 9.

Samferdselsdepartementet er uenig med Lyse i at reguleringsprinsipp 3 bør legges til grunn for marked 9, basert på det grunnlag at duplisering av infrastruktur til fasttelefoni både er mulig og konkurransefremmende. Departementet viser igjen til de spesielle markedsforhold som gjør seg gjeldende i termineringsmarkedet. Selv om det skulle være mulig å oppnå en infrastrukturbasert konkurranse i form av flere konkurrerende fastnett, vil tilbyderne fortsatt ha incentiver til å sette en monopolpris på terminering fordi tilbydere har faktisk monopol på termineringstjenesten. Det er derfor heller ikke grunn til å tillegge Lyses henvisning til ERGs uttalelser om å være varsom med å innføre ny regulering når det er usikkert om infrastrukturkonkurranse er mulig, særlig vekt. Departementet legger til grunn at prinsipp 3 ikke vil være riktig valg av reguleringsprinsipp, fordi infrastrukturkonkurranse ikke avhjelper problemene og derfor ikke fører til en bærekraftig konkurranse i dette markedet.

Som det fremgår av Lyses klage er det ikke bestridt at valget av reguleringsprinsipp 2 forholder seg likt i marked 9 og marked 16. Riktig nok påpeker Lyse at det er avvikende vektlegging av investeringsincentiver i reguleringen av marked 16 og marked 9. Departementet vil i denne sammenheng understreke at denne forskjellesbehandlingen med hensyn til vektleggingen av investeringsincentiver er saklig begrunnet. Departementet fastholder med dette sin konklusjon i Telio-saken hvorav det uttales "*Mobilmarkedet reguleres for eksempel etter prinsippet om infrastrukturkonkurranse mens markedet for terminering i fastnett reguleres etter prinsippet om tjenestekonkurranse*". Det kan etter departementets oppfatning heller ikke være noe tvil om grunnlaget for valg av reguleringsprinsipp i henhold til tilsynets markedsanalyse av 29. februar 2008. Henvisningen til "fullt ut IP-basert kommunikasjon" i Telio-saken, viser til det forhold at reguleringsprinsippet i fastnettmarkedet generelt kan bli tatt opp til vurdering dersom den teknologiske utviklingen endrer seg i fremtiden.

Når det gjelder Lyses anførsel om at tilsynet ikke har vurdert hvordan reguleringen virker inn på investeringsincentivene, herunder utbygging av bredbånd i marked 12, viser departementet til at konkurranseproblemene i termineringsmarkedet ikke kan løses ved at det investeres i nett. Departementet vil fremholde at det er tjenesten terminering av tale som reguleres i marked 9. Heller ikke sammenligningen mellom marked 9 og marked 12 er etter departementets oppfatning treffende, da marked 12 er regulert med sikte på å stimulere til infrastrukturkonkurranse. Dette er som nevnt ikke tilfellet for marked 9. Departementet er for øvrig enig med tilsynet i at ERG i sin "Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates" underbygger konklusjonen om at reguleringsprinsipp 3 ikke er riktig valg av reguleringsprinsipp i termineringsmarkedet.

Lyse anfører i klagen at de ikke mottar kompensasjon fra andre tilbydere av IP-telefoni som benytter Lyses nett, og at infrastrukturutbyggingen derfor er betydelig tyngre å bære enn tilfellet for aktører som baserer seg på kobber. Departementet er enig i tilsynets vurdering av

at Lyse som tilbyr ikke kommer annerledes ut når det gjelder muligheter for å få kompensert for andres tilgang til nettet. Videre antar departementet i likhet med tilsynet, at Lyse har mulighet til å tilby et grossisttilbud dersom selskapet skulle ønske det.

Det fremgår at Lyse tilbyr flere tjenester via eget nett. Det er ikke bare terminerings-tjenesten som generer inntekter i nettet, men også andre typer tjenester som skal bidra til å finansiere Lyses investeringer ved å etablere fibernett. Departementet mener det ikke kan forsvares at selskapet tillates å sette en uforholdsmessig høy pris for terminering, for så eventuelt å kunne sette en lavere pris på andre typer tjenester som selskapet tilbyr. Departementet finner derfor ikke at selskapets anførsel om at det må tas hensyn til stimulering av infrastrukturkonkurranse i reguleringen av marked 9 fører frem. Etter departementets oppfatning vil alternative nett ikke avhjelpe overprisproblematikken i termineringsmarkedet.

#### 4.2.2 Prisreguleringen

Lyse mener prisreguleringen lider av rettsanvendelsesfeil og at vedtaket følgelig er ugyldig. Lyse anfører at det i henhold til ekomloven § 4-9 kun er "uforholdsmessig høye" termineringspriser som danner grunnlag for prisregulering. Det fremholdes i denne sammenheng at tilsynet ikke har foretatt en nærmere vurdering av om Lyses termineringspriser faktisk er urimelige høye. Lyse viser videre til at de forut for samtrafikkavtalen med Telenor la til grunn termineringspriser tilsvarende de priser som Get, Hafslund og Ventelo opererte med i sine respektive termineringsmarkeder. Dette til tross for at disse prisene ikke ga full kostnadsdekning. Samtidig understreker Lyse at prisnivået ligger lavere enn det kostnadsgrunnlaget basert på tilsynets metodikk og prinsipper i Telio-vedtaket skulle tilsi. Lyse mener på denne bakgrunn at tilsynet ikke har hjemmel til å pålegge Lyse prisregulering.

Lyse etterlyser videre en nærmere begrunnelse for at kostnader ved aksessnett ikke er relevant å henføre til terminering i fastnett. Etter Lyses mening er skillet mellom aksessrelaterte og trafikkrelaterte kostnader historisk betinget og knyttet til Telenors PSTN/ISDN-nett, og denne metoden er lite egnet til å vurdere produktlønsomhet i Lyses fastnett.

Lyse viser videre til tidligere kommentarer vedrørende tilsynets regulering av mørk fiber i marked 14 og stiller seg uforstående til at tilsynet ikke anser sammenligningen med prisreguleringen av tjenester som baserer seg på fiberinfrastruktur i marked 14 som relevant for vurderingen av prisregulering av Lyse i marked 9.

Post- og teletilsynet er uenig med Lyse i at ekomloven må forstås slik at det må påvises urimelige høye priser før priseregulering kan ilegges. Post- og teletilsynet forstår ekomlovens systematikk slik at regulering av tilbydere med sterk markedsstilling skal skje etter en ex ante-metode, det vises til Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) hvor det uttales at ex ante-regulering innebærer at myndighetene ønsker å korrigere adferd før mulig missbruk har funnet sted. Det er i henhold til forarbeidene "*ingen forutsetning for anvendelse av sektorspesifikke virkemidler at misbruk har funnet sted*". Tilsynet er av den oppfatning at dette prinsippet også gjelder for prisregulering, og at det derfor er hjemmel for å pålegge Lyse priseregulering basert på at det er en potensiell risiko for at Lyse kan utnytte sin markedsstilling og ta urimelige høye termineringspriser.

Når det gjelder Lyses anførsler med hensyn til henføring av kostnader knyttet til aksessnettet, viser tilsynet til at det er etablert et prinsipp ved føring av kostnadsregnskap at kostnader i størst mulig grad skal fordeles etter årsakssammenheng. Ved føring av kostnader knyttet til nettelelementer som inngår i produksjonen av en offentlig telefontjeneste, er det derfor etablert praksis at tilknytningskostnader, for eksempel kostnader knyttet til utbygging, drift og vedlikehold av et aksessnett, henføres til et telefontilknytningsprodukt, som for eksempel "telefoniabonnement". Dette skyldes at kostnader i et fast aksessnett i stor grad er drevet av antall tilknytninger til dette nettet. Dersom antall tilknytninger øker, vil normalt kostnadene med aksessnettet også øke. Det er derimot normalt ikke slik at kostnader forbundet med aksessnettet øker dersom trafikkbelastningen i nettet øker isolert sett, dvs. dersom antall tilknytninger holdes konstant. Det vil derfor ikke være i samsvar med prinsippet om at kostnader skal fordeles etter årsakssammenheng å fordele aksessnettkostnader i fastnett til et trafikkprodukt. Dette vil gjelde uavhengig om den underliggende teknologien er kobber/PSTN/ISDN eller fiber/IP.

Når det gjelder Lyses sammenligning av prisreguleringen av mørk fiber i marked 14 og Lyses termineringspriser i marked 9, viser tilsynet til kapittel 6 i vedlegg 2 til vedtaket der tilsvarende kommentar fra Lyse til varsel om vedtak er behandlet. Tilsynet mener fortsatt sammenligningen med marked 14 er lite relevant. Når tilsynet i pkt. 235 og 236 i marked 14-vedtaket har uttrykt et ønske om å utvise varsomhet med hensyn til prisregulering av ny teknologi (fiber), må dette også ses i sammenheng med uttalelsen i pkt. 235 om at tilsynet anser det som mulig å legge til rette for mer bærekraftig konkurranse i grossistmarkedet for høyhastighets samband (marked 14), i motsetning til hva som er tilfellet i marked 9.

Samferdselsdepartementet viser til at utgangspunktet for ileggelse av sektorspesifikke virkemidler følger av ex ante-prinsippet. Det fremkommer klart av merknader til ekomloven § 3-4 at "*Tilsynsmyndigheten skal pålegge forpliktelser på enhver tilbyder med sterk markedsstilling. Loven setter ingen krav til at markedsstillingen er misbrukt*"<sup>4</sup>. Dette gjelder også for prisregulering ilagt etter ekomloven § 4-9 jf. § 3-4. Tilbyder med sterk markedsstilling skal pålegges minst en særlig forpliktelse. Myndigheten skal velge den eller de særlige forpliktelser som er best egnet i det enkelte tilfellet. Forpliktelsene som pålegges skal forøvrig være forholdsmessige, noe departementet vil ta stilling til under pkt. 4.2.3.

Når det gjelder inndekking av aksesskostnader i termineringsprisen mener departementet at slike kostnader skal fordeles basert på årsakssammenheng. En henføring av aksesskostnader til termineringsproduktet vil stride i mot dette prinsippet. Kostnader i aksessnettet er i stor grad drevet av antall tilknytninger til nettet, og uavhengig av trafikkbelastningen. Departementet mener at en fordeling etter årsakssammenhenger skal gjelde for Lyse, og ser ingen grunn til at ikke selskapet også kan henføre deler av sine kostnader til andre produkter/tjenester som selskapet tilbyr. Det fremgår av markedsanalysen at Lyse tilbyr både internett, telefoni og TV over sin fiberinfrastruktur. Det presiseres avslutningsvis at Lyse ikke er prisregulert på sluttbrukernivå. Selskapet har full frihet til å utvikle sine egne prismodeller på sluttbrukernivå.

Når det gjelder Lyses sammenligning av prisreguleringen av mørk fiber i marked 14 og Lyses termineringspriser i marked 9, er departementet enig med tilsynet i at en slik sammenligning

---

<sup>4</sup> Ot. Prp. Nr 58 (2002-2003) s 100.

ikke fullt ut er relevant. Departementet støtter tilsynets ønske om å utvise varsomhet med hensyn til prisregulering av ny teknologi (fiber). Dette må ses i sammenheng med at det anses som mulig å legge til rette for mer bærekraftig konkurranse i grossistmarkedet for høyhastighetssamband (marked 14). Et slikt hensyn gjør seg ikke gjeldende i marked 9.

For øvrig vil departementet bemerke at tilsynet i medhold av § 4-9 tredje ledd kan pålegge Lyse å dokumentere og begrunne avvik fra Telenors pris. Formålet med pålegget om "omvendt bevisbyrde" er at myndigheten ikke har samme informasjonsgrunnlag som tilbyder<sup>5</sup>. Tilsynet har med dette vedtaket pålagt Lyse å dokumentere avvik fra Telenors priser dersom Lyse er av den oppfatning at resiproke priser med Telenor ikke gir kostnadsdekning.

Departementet finner på bakgrunn av ovenstående at det ikke foreligger manglende hjemmelsgrunnlag for prisreguleringen. Lyses anførsel fører derfor ikke frem.

#### 4.2.3 Forholdsmessighet

Lyse anfører at det er et krav om at de virkemidler som benyttes skal være forholdsmessig, og at tilsynet har en plikt til å vurdere om det finnes alternative former for prisregulering, hvor i så fall den minst byrdefulle velges. Lyse mener videre at tilsynet har avvist at det finnes alternative virkemidler, uten at det er foretatt en konkret vurdering av hvilke alternativer som kunne være aktuelle. Lyse mener derfor at vedtaket ikke er forholdsmessig og derfor ugyldig.

Post- og teletilsynet mener det ikke er riktig at tilsynet ikke har vurdert alternative virkemidler for regulering av Lyse (og de andre mindre aktørene i marked 9). For det første viser tilsynet til at de har vurdert om andre forpliktelser enn prisregulering kan avhjelpe de aktuelle konkurranseproblemene, jf. pkt. 99 i vedtaket. I lys av at overprising er et alvorlig konkurranseproblem i dette markedet, har tilsynet imidlertid ikke funnet noe fullgodt alternativ til prisregulering. For det andre viser tilsynet til at de har vurdert ulike prisreguleringsmekanismer, både for Telenor, Lyse og øvrige tilbydere i marked 9. Drøftelsene i vedtaket mot Lyse må her ses i sammenheng med drøftelsene i vedtaket av 24. mars 2006 mot andre tilbydere i marked 9, jf. også henvisninger i Lyse-vedtaket. Tilsynet opprettholder av den grunn at krav om rimelige priser er en forholdsmessig regulering av Lyse og kan ikke se at vedtaket er ugyldig på bakgrunn av manglende vurdering av alternative virkemidler.

Samferdselsdepartementet viser til at i tillegg til at det er et vilkår for pålegg av prisregulering at en tilbyder har sterk markedsstilling med mulighet for tilbyder til å ta overpris etter ekomloven § 4-9, skal et pålegg om prisregulering være forholdsmessig. Valget av kostnadsmetode skal dessuten være hensiktsmessig i relasjon til reguleringsbehovet. Kravet til forholdsmessighet kan kort beskrives som kravet til forvaltningen om å sikre samsvar mellom middelet som anvendes og målet som ønskes oppnådd. Myndighetsutøvelse hjemlet i bl.a. ekomloven er underlagt kravet til forholdsmessighet. Det er også understreket i forarbeidene til ekomloven<sup>6</sup> hvor det i merknadene til § 3-4 er sagt følgende:

---

<sup>5</sup> Ot. Prp. nr. 58 s. 106

<sup>6</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 100

*"Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige, ikke-diskriminerende, bygge på objektive og saklige kriterier og være offentlig tilgjengelige. Med forholdsmessighet 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. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd."*

Til Lyses anførsel om at tilsynet ikke i tilstrekkelig grad har vurdert andre reguleringsalternativer som kan bøte på aktuelle konkurranseproblemer, viser departementet til tilsynets uttalelser om at alternativ regulering i marked 9 har blitt vurdert, men at fullgode alternativer til å løse eventuelle problemer knyttet til potensiell overprising mangler. Departementet finner videre at tilsynet har foretatt en forsvarlig gjennomgang av alternative prismodeller. Det vises til vedtakets pkt. 106, som henviser til aktuell gjennomgang av alternative prismodeller, jf. markedsanalyse av 24. mars 2006. Departementet finner at de generelle betraktninger med hensyn til alternative prismodeller også må legges til grunn for Lyse. Dette begrunnes med at det er gjort tilsvarende funn i markedsanalysen for Lyse som for de øvrige aktører i marked 9, herunder at flere av konkurranseproblemene i det aktuelle markedet er relatert til prisingen av termineringsproduktet. Departementet viser igjen til de spesielle markedsforhold som gjør seg gjeldende i termineringsmarkedet, og at økt infrastrukturkonkurranse ikke løser eventuelle problemer knyttet til potensiell overprising.

Når det gjelder Post- og teletilsynets plikt til å vurdere forpliktelsenes forholdsmessighet vises det til vedtaket kapittel 7, der det fremgår at tilsynet har lagt vekt på at det ikke finnes noe fullgodt alternativ til å bøte på konkurranseproblemene som følger av overprising. Prisregulering anses derfor som det mest effektive. Tilsynet har også lagt til grunn at selv om reguleringen vil legge begrensninger på prissettingen i marked 9 og dermed også inntjeningen, så må man se det i sammenheng med at overpris er et alvorlig konkurranseproblem. Departementet slutter seg til denne vurderingen.

Departementet mener på denne bakgrunn at Post- og teletilsynet har oppfylt sin plikt til å vurdere relevante aspekter ved forpliktelsens forholdsmessighet i tråd med ekomlovens forutsetninger.

#### 4.2.4 Rimelig pris

Lyse stiller seg uforstående til at en prisregulering som skal sikre "rimelige priser" i Lyses bredbåndsnett skal ta utgangspunkt i historiske kostnader til en tidligere monopolist i aksessnett som er basert på forrige generasjons teknologi. Det fremheves at Lyse i høringsrunden til varsel om vedtak etterlyste en henvisning til Lyses bidrag til økt infrastrukturkonkurranse på aksessiden i fastnettmarkedet, med tilhørende høyere kostnadsbase enn de aktørene som benytter seg av andre aktørers nett for å tilby fasttelefoni. Lyse etterlyser videre en klargjøring av om "rimelige priser" er en mildere form for prisregulering enn kostnadsorientering. Lyse mener at det er en feil ved vedtaket at tilsynet ikke har tatt dette med i vurderingen.

Post- og teletilsynet viser til at kostnader knyttet til aksessnett ikke er relevante å henføre til terminering i fastnett. Det er altså ikke historiske kostnader i Telenors faste aksessnett som danner grunnlaget for pristaket som er satt for terminering i Telenors nett, men derimot kostnader knyttet til kjernenett og samtrafikk mm. Samtrafikk med Telenor baseres fortsatt på



signaleringsystem no. 7 (SS7), også for Lyse og andre tilbydere som benytter IP-grensesnitt mot sluttbrukerne, og tilsynets kommentar i pkt. 307 i vedtaket av 24. mars 2006 relaterer seg til en mulig fremtidig situasjon der IP benyttes istedenfor SS7 for samtrafikk med Telenors nett. Siden Lyse i stor grad benytter samme teknologi som Telenor for samtrafikk, mener tilsynet det er forsvarlig at en prisregulering av Lyse tar utgangspunkt i Telenors priser.

Post- og teletilsynet viser videre til ERGs "Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates", hvor det fremgår at det vil være hensiktsmessig at prisreguleringen tar utgangspunkt i kostnadene for en effektiv operatør. Tilsynet viser til at dette kan gjøres på flere måter, men at tilsynet i marked 9 inntil videre har basert prisreguleringen på Telenors historiske kostnader, jf. drøftelse av dette i vedtaket 24. mars 2006.

Når det gjelder Lyses ønske om å klargjøre om "rimelige priser" er en mildere form for prisregulering enn kostnadsorientering, viser tilsynet i hovedsak til kapittel 4 og 5 i vedlegg 2 til vedtaket der tilsvarende kommentar fra Lyse til varsel om vedtak er behandlet. Tilsynet vil igjen påpeke at det ikke medfører riktighet at Lyse vil bli forhindret fra å sette termineringspriser som gir grunnlag for kostnadsdekning og lønnsomhet. Dersom Lyse kan begrunne og dokumentere et høyere kostnadsnivå for terminering enn Telenor, vil Lyse kunne ha avvikende termineringspriser.

Når det gjelder Lyses anførsel om at selskapets bidrag til økt infrastrukturkonkurranse på aksessiden i fastnettmarkedet må tas med i vurderingen, viser tilsynet til ERGs "Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates" der det bl.a. fremgår at subsidiering av infrastrukturbygging i andre markeder ikke er en mulig grunn til å avvike fra prinsippet om symmetriske termineringspriser. Tilsynet viser til at kostnader knyttet til aksessnett ikke er relevante å henføre til terminering i fastnett. Tilsynet kan derfor ikke se at det er en feil ved vedtaket at tilsynet ikke har vektlagt Lyses utbygging av aksessnett ved vurderingen av prisregulering av Lyse i marked 9.

Samferdselsdepartementet viser til at Lyses samtrafikk med Telenor fortsatt baserer seg på signaleringsystem no. 7 (SS7). Dette medfører at tradisjonelle telefontjenester som Telenor terminerer i Lyses nett, vil anvende dette systemet. Så lenge dagens samtrafikk foregår via SS7 vil det fortsatt være riktig å ta utgangspunkt i kostnadene ved å terminere en samtale i et tradisjonelt nett. Når det gjelder bredbånds-telefonisamtaler som kan termineres i Lyses nett ved bruk av annen løsning, er det grunn til å anta at denne type terminering i alle tilfeller vil være rimeligere fordi man her benytter nyere teknologi. Departementet støtter derfor tilsynets vurdering om at det vil være forsvarlig å prisregulere Lyse med utgangspunkt i Telenors priser, når Lyse benytter samme teknologi som Telenor for samtrafikk. Departementet er for øvrig enig med tilsynet i at ERG i sin "Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates", forutsetter at man i prisreguleringen tar utgangspunkt i en effektiv tilbyder, uten at det er videre spesifisert hvilken metode som skal legges til grunn. Departementet har ingen innvendinger mot den metoden tilsynet til nå har lagt til grunn, jf. vedtak av 24. mars 2006, men vil ikke utelukke at det i fremtiden kan vise seg mer relevant å anvende annen metode.

Lyse anfører at de ikke får dekt sine kostnader knyttet til bygging av aksessnett. Departementet viser til pkt 4.2.2. Departementet er innforstått med at det foregår

nettutbygging som enkelte steder kan erstatte Telenors nett. De nye nettene etableres ofte for å kunne levere samlede løsninger med både telefoni, bredbånd og TV til sluttkundene. Utbyggingen av IP-baserte telefoniløsninger i nye bredbåndsnett (det være seg trådløse nett, kabelTV-nett, fibernet etc.) skjer med ny teknologi som er rimeligere å drifte og tilbydere kan velge å etablere seg i lønnsomme områder. Dette gjør det etter departementets mening på generelt grunnlag vanskelig å begrunne at prisen for samtrafikk med nye nett skal være høyere enn prisen i et PSTN/ISDN-nett med krav om å dekke alle husstander i landet.

Når det gjelder forståelsen av prisreguleringen "rimelige priser" viser departementet til Telio-vedtaket, hvor det på s. 5 og 6 fremgår:

*"Som nevnt innledningsvis ble Telio i SMP-vedtaket pålagt å ha "... rimelige priser". Det heter videre i vedtaket at: "Prisene skal ta utgangspunkt i Telenors priser, men kan avvike noe dersom spesielle forhold skulle tilsi det. Slike forhold kan bl.a. være relatert til kostnadsnivået for tilbyderens nett, balansen i trafikkstrømmer til/fra de respektive sluttkundene og hvor lang tid som har gått siden tilbyderen ble etablert i markedet. Avvik må kunne begrunnes og dokumenteres". Samferdselsdepartementet forstår dette slik at termineringsprisene normalt skal ligge rundt Telenors priser, men at forhold som avvikende kostnadsnivå, ubalanse i trafikken og høyere kostnadsnivå i en oppstartsfase skal kunne rettferdiggjøre avvik fra normalen. Hva som nærmere ligger i disse unntakene må vurderes særskilt i den enkelte sak. Utgangspunktet skal være resiproke priser, og det er unntaket fra dette som må begrunnes."*

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at en naturlig språklig forståelse av "rimelige priser" i dette konkrete tilfellet tilsier at prisene skal være resiproke med Telenors, men at prisene kan avvike noe dersom spesielle forhold skulle tilsi det. Dersom Lyse kan begrunne og dokumentere et høyere kostnadsnivå for terminering enn Telenor, vil Lyse kunne ha avvikende termineringspriser.

Samferdselsdepartementet mener at prisregulering i form av "rimelig pris" er et nødvendig og forholdsmessig virkemiddel. Departementet kan heller ikke se at det foreligger feil ved vedtaket med hensyn til vektleggingen av Lyses utbygging av aksessnett i vurderingen av prisregulering av Lyse i marked 9. Lyses anførsel på dette pkt. fører derfor ikke frem.

### **4.3 Oppsummering**

Etter Samferdselsdepartementets syn har det ikke fremkommet momenter i drøftelsen av hensynet til infrastrukturkonkurranse, forholdsmessighet og vurderingen av prisforpliktelsen som tilsier at det er grunnlag for å endre vedtaket.

### **4.4 Saksbehandlingsfeil**

Lyse mener vedtaket lider av saksbehandlingsfeil ved at en rekke vurderinger ikke er foretatt. Videre mener Lyse at tilsynets vurderingsgrunnlag ikke er tilstrekkelig opplyst og begrunnet. Lyse viser til sine øvrige anførsler for en nærmere begrunnelse.

Videre mener Lyse det foreligger usakelig forskjellsbehandling av aktører i marked 16 og marked 9 ved at tilsynet i marked 16 tar hensyn til infrastrukturinvesteringer mens dette ikke gjøres i marked 9.

Post- og teletilsynet viser til deres vurderinger av Lyses anførsler i innstillingens kapittel 2.2 og 2.3. Post- og teletilsynet kan ikke se at det foreligger saksbehandlingsfeil ved at vurderinger ikke er foretatt. Tilsynet kan heller ikke se at saken ikke er tilstrekkelig opplyst eller begrunnet.

Når det gjelder Lyses anførsel om usakelig forskjellsbehandling mellom aktører i marked 16 og marked 9, viser tilsynet til sine vurderinger av dette i innstillingens kapittel 2.3.1. Post- og teletilsynet mener det ikke foreligger noen usakelig forskjellsbehandling.

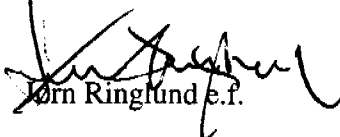
Samferdselsdepartementet finner ikke at vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil, jf. fvl. § 17 og 25. Vedtaket er heller ikke i strid med det forvaltningsmessige likhetsprinsipp. Departementet kan videre ikke se at det skulle foreligge saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet etter fvl. § 41. Det vises for øvrig til departementets vurderinger og konklusjoner i 4.1 og 4.2.


## **5. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK**

Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak av 8. april 2008, om utpeking av Lyse som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for terminering i fastnett og pålegg om prisregulering for fasttelefoni. Vedtaket trer i kraft umiddelbart.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages videre, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd og fvl. § 28 første ledd.

Med hilsen

  
Jørn Ringlund e.f.

  
for Kim André Trengereid

**Kopi til:** Post- og teletilsynet