



**DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Telenor ASA

Snarøyveien 30  
1331 FORNEBU

Deres ref

Vår ref  
09/462- MAT/KSK/LBA

Dato  
19.05.2009

**Klage på Post- og teletilsynets vedtak i marked 16 - vedtak**

Det vises til brev 21. januar 2009 med Post- og teletilsynets oversendelse av klage fra Telenor ASA (Telenor) på vedtak 17. november 2008 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 16).

**1. BAKGRUNN**

**1.1 Tidligere vedtak i marked 16**

Post- og teletilsynet fattet 19. september 2005 første vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 16. Tilsynet konkluderte med at aktørene Telenor, NetCom as (NetCom), Tele2 Norge AS (Tele2) og Teletopia Mobile Communications AS (senere MTU) hadde sterk markedsstilling i marked 16. Disse aktørene ble ilagt en rekke forpliktelser, herunder ble Telenor og NetCom ilagt pristaksforpliktelser på termineringsprisene basert på fullfordelte historiske kostnader. Pristaksforpliktelsene ble pålagt av Telenor og NetCom. Post- og teletilsynets vedtak om forpliktelser overfor Telenor ble stadfestet i klagevedtak av 20. april 2006. For NetCom sin del ble tilsynets vedtak om forpliktelser stadfestet med unntak av andre trinn i glidebanen som ble opphevet i klagevedtak av 20. april 2006. Blant annet på bakgrunn av innspill fra Samferdselsdepartementet gjennomførte Post- og teletilsynet i 2006 en analyse av markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett og utarbeidet en kostnadsmodell basert på en "Long Run Incremental Cost-modell" (LRIC). Post- og teletilsynet traff nytt vedtak i marked 16 datert 8. mai 2007 med pristakforpliktelser for Telenor, NetCom og Tele2. Telenor og NetCom ble pålagt prisreduksjoner etter en glidebane med beregning av effektiv pris basert på LRIC-modellen. Tele2 ble pålagt reduksjoner i

priser for terminering basert på en skjønnsmessig vurdering av rimelig pris. TDC AS (TDC) og MTU ble pålagt prisregulering i form av krav om rimelig pris.

Samferdselsdepartementet stadfestet ved vedtak av 13. februar 2008 tilsynets prisregulering for så vidt gjaldt Telenor, NetCom, TDC og MTU. På bakgrunn av Tele2s kjøp av 50 prosent av aksjene i nettselskapet Mobile Norway AS fattet departementet 13. februar 2008 vedtak om å oppheve Post- og teletilsynets vedtak 8. mai 2007 for så vidt gjaldt prisreguleringen av Tele2. Den delen av vedtaket som gjaldt prisregulering av Tele2 ble sendt tilbake til Post- og teletilsynet for ny vurdering.

### 1.2 Tilleggsvedtak 17. november 2008

Tilsynet fattet 17. november 2008 nytt vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 16 (vedtaket). Dette er tilleggsvedtak til vedtaket av 8. mai 2007. I vedtaket utpekes Barablu Mobile Norway Ltd (Barablu), Network Norway AS (Network Norway) og Ventelo AS (Ventelo) som tilbydere med sterk markedsstilling i marked 16 og pålegges særskilte forpliktelser med hjemmel i lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 (ekomloven) § 3-4. I tillegg pålegges Tele2 ny prisregulering og prisreguleringen for MTU og TDC presiseres. I vedtaket blir Network Norway, TDC, Tele2, Ventelo, Barablu og MTU blant annet pålagt å redusere sine termineringspriser trinnvis frem til og med 2010 (jf. under).

	Gjeldende pris frem til 1. februar 2009	1. februar 2009 – 30. juni 2009	1. juli 2009 – 30. juni 2010	1. juli 2010 – 31. desember 2010
<b>Tele2</b>	1,155	1,00	0,90	0,75
<b>Network Norway</b>	1,155	1,00	0,90	0,75
<b>TDC</b>	1,155	1,00	0,90	0,75
<b>Ventelo</b>	1,155	1,00	0,90	0,75
<b>Barablu</b>	1,61	1,00	0,90	0,75

**Tabell 1** Maksimalpris per minutt for terminering av tale i mobilnett i perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010. Alle priser i NOK.

MTU har gått konkurs og selskapet er ikke omfattet av klagebehandlingen i Samferdselsdepartementet. Tele2, Network Norway, TDC, Ventelo, Barablu, NetCom og Telenor alle har klaget på Post- og teletilsynets vedtak av 17. november 2008. Departementet har truffet vedtak overfor hver enkelt klager. Klagevedtakene fra departementet må sees i sammenheng.

I hovedsak mener de fem førstnevnte at den tillatte maksimalprisen for terminering er satt for lavt. Network Norway og Tele2 mener at for lav termineringspris truer utbyggingen av et tredje mobilnett. NetCom og Telenor mener på sin side at termineringsprisen er satt for høyt.

### **1.3 Telenor– klagen**

Telenor har ved brev datert 8. desember 2008 påklagd tilsynets vedtak av 17. november 2008 om prisregulering i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige kommunikasjonsnett. Post- og teletilsynet oversendte Telenors klage til departementet ved brev 21. januar 2009 med innstilling om at klagen ikke tas til følge.

Telenor har i sin klage i hovedtrekk anført at vedtaket lider av saksbehandlingsfeil som følge av at Post- og teletilsynet har unnlatt å vurdere vesentlige forhold ved vedtaket. Videre anfører selskapet at tilsynet har vektlagt hensynet til europeisk harmonisering og målsettingen om symmetriske termineringspriser feil. Telenor anfører videre at effekten av vedtaket i marked 16 vil være at aktører tillates overprising og krysssubsidiering mens konkurranseproblemene ikke avhjelpes. Videre anfører selskapet at vedtaket fører til forstyrrelse av konkurransen i marked 15, samt at Post- og teletilsynet ikke har hensyntatt det samfunnsøkonomiske tapet som skjevreguleringen etter Telenors oppfatning fører til. Etter Telenors oppfatning har vedtaket videre en rekke uheldige konsekvenser blant annet ved at hele Tele2s investering vil dekkes av merinntektene fra terminering samt at vedtaket vil føre til reduserte utbyggingsinsentiver. Endelig anfører Telenor at vedtaket ikke er forholdsmessig.

### **1.4 Rettslig interesse**

Etter forvaltningsloven kan enkeltvedtak påklages av en part eller annen med "rettslig klageinteresse" jf. § 28. Telenor er ikke blant de tilbyderne som Post- og teletilsynets vedtak 17. november 2008 retter seg mot. Telenor er heller ikke direkte omfattet av vedtaket og er etter departementets oppfatning følgelig ikke part i saken. Vedtaket er etter departementets oppfatning likevel av en slik art og styrke, og av så vidt stor betydning for Telenor at rettslig interesse må sies å foreligge. Departementet har for den videre behandling av klagen lagt til grunn at Telenor må anses å ha rettslig klageinteresse.

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

### **2.1 Ekomregelverket – kort om formål og systematikk**

Det regulatoriske rammeverket legger grunnlaget for harmonisering innen ekomsektoren i EU/EØS-området, begrenser etableringshindringer og tilrettelegger 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. § 3-2), gjennomføre markedsanalyser og utpeke tilbydere med såkalt ”sterk markedsstilling” (jf. § 3-3), for deretter å ilegge nærmere bestemte plikter for de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf. § 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, jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 100, 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 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, jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 106, 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 blant annet fastslår at det skal legges til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimuleres til næringsutvikling og innovasjon, jf. ovenfor. Dette åpner for at myndigheten ved pålegg om prisregulering kan innrømme tilbyderne en rimelig tilpasningsperiode med trinnvis reduksjon av termineringsprisene (glidebane).

## **2.3 EØS-regulering - ekompakken**

I 2002 vedtok EU følgende fem direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsverndirektivet. Nevnte direktiver (heretter ”Direktivpakken”) ble en del av Norges internasjonale forpliktelser 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 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 *"Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework"*. De retningslinjer og prinsipper som er nedfelt i dette dokumentet skal stimulere utviklingen av det indre markedet for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester, samt tilrettelegge for en enhetlig og konsistent praktisering av regelverket i de ulike medlemslandene. Dette antas å bidra til å skape like rammebetingelser for nasjonale og internasjonale aktører. Dokumentet er fulgt opp i Post- og teletilsynets virkemiddeldokument datert 5. desember 2006.

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 blant annet § 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 tilbyder med sterk markedsstilling, eller definering av nye markeder. For pålegg av nærmere bestemte virkemidler (herunder prisregulering) har ESA en uttalelsesrett. Post- og teletilsynet 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 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 relevant å ta et visst hensyn til uttalelser fra ESA og ERG i klagebehandlingen av Post- og teletilsynets markedsregulering.

### **3. DEPARTEMENTETS VURDERING**

#### **3.1 Saksbehandlingsfeil**

Telenor anfører i hovedtrekk fire forhold som etter selskapets oppfatning medfører at Post- og teletilsynet har begått saksbehandlingsfeil. For det første mener Telenor at tilsynet ikke har vurdert om og i hvilken grad reguleringen vil føre til økt konkurranse, og at tilsynet ikke har kvalifisert gevinsten i form av økt infrastrukturkonkurranse.

Videre mener Telenor at tilsynet unnlater å vurdere betydelige negative effekter av vedtaket som motvirker ekomlovens formål. Selskapet mener heller ikke at Post- og teletilsynet har vurdert om vedtaket er forholdsmessig. Dette mener Telenor fordi tilsynet ikke har vurdert eller påvist at overføringene, mellom etablerte nettverkstilbydere og små og nye aktører som følge av at sistnevnte aktører tillates en høyere termineringspris, ikke vil overstige faktiske kostnader ved nettutbygging og tilsynet har heller ikke vurdert hvordan asymmetrien skal sikre nettutbygging. Videre mener selskapet at tilsynet ikke har gitt tilstrekkelig eller gyldig begrunnelse for at asymmetrien øker i vedtaksperioden og at det ikke er vurdert om en slik øking er forholdsmessig. Endelig mener Telenor at Post- og teletilsynets vurdering og utredning av gevinsten ved et eventuelt tredje nett og samfunnsøkonomisk tap er mangelfull. Dette er etter Telenors oppfatning saksbehandlingsfeil, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 17.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at ansvaret for sakens opplysning etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ligger hos forvaltningsmyndigheten. Av forvaltningsloven § 17 første ledd følger det at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Ansvaret innebærer at forvaltningen må sørge for å få de opplysninger som er nødvendige for å sikre en riktig avgjørelse. Dette må ses i lys av den tid og de resurser som er til rådighet og de faktiske muligheter som foreligger. Videre stiller forvaltningslovens § 25 krav til begrunnelsens innhold.

Departementet vil i det følgende vurdere om vedtaket lider av rettslige mangler som følge av at saksbehandlingen er i strid med forvaltningslovens § 17, 1. ledd, første setning og forvaltningslovens § 25.

Når det gjelder Telenors anførsel om at tilsynet ikke har vurdert om og i hvilken grad reguleringen vil føre til økt konkurranse, viser departementet til at tilsynet allerede i vedtak av 8. mai 2007 slo fast at det må legges til grunn at ytterligere utbygging av et tredje nett fører til økt konkurranse. Departementet mener tilsynet også i det påklagde vedtaket har lagt til grunn at utbygging av et tredje nett fører til økt konkurranse og viser til at tilsynet flere steder drøfter fordelene ved flere mobilnett.

Post- og teletilsynet uttaler i vedtakets punkt 31 *"Norge står i en særstilling blant landene i Europa ved at det kun finnes to tilbydere med landsdekkende nett. For å sikre virksom konkurranse på nettverksnivå, er det derfor behov for flere mobilnett"*. Dette blir også presisert i oppsummering av høringssvar side 18, der det uttales at:

*"PT ønsker ikke på nåværende tidspunkt å gå nærmere inn på hvor mange mobilnett som bør være målet for reguleringen. Målet for marked 15 er at det skal bli bærekraftig konkurranse i markedet, det vil si virksom [infrastrukturbasert] konkurranse på nettverksnivå som kan opprettholdes uten støtte fra sektorspesifikk konkurranseregulering".*

Samferdselsdepartementet mener på denne bakgrunn at gevinsten i form av økt konkurranse ved etablering av et tredje nett fremgår forutsetningsvis for tilsynets regulering på området og at en nærmere vurdering i vedtaket av hvorvidt utbygging av et tredje nett fører til økt konkurranse derfor ikke er nødvendig. Departementet mener dermed at vedtaket på dette punkt er tilstrekkelig opplyst og at utredningsplikten som oppstilles i forvaltningsloven § 17 er oppfylt. Forholdet fører således ikke til saksbehandlingsfeil.

Videre når det gjelder anførselen om at tilsynet har unnlatt å vurdere balansen mellom ønsket om økt infrastrukturkonkurranse og ekomlovens formål om landsdekkende tjenester, viser departementet til at ekomlovens formålsbestemmelse danner grunnlag for tilsynets markedsregulering, herunder virkemiddelbruk. Departementet viser videre til at det tidligere er fremholdt både av tilsynet og departementet at asymmetrisk regulering kan være hensiktsmessig med henblikk på målet om å styrke konkurransen gjennom etablering av flere nett, og at dette anses for samfunnsøkonomisk ønskelig. Departementet viser også til Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 26, der det fremgår at det bør være muligheter for etablering av flere større aktører enn de vi ser i dag. Tilsynet har drøftet ønsket om økt infrastrukturkonkurranse i vedtakets punkt 28 til punkt 31. Departementet finner at vurderingen i forhold til ekomlovens mål om landsdekkende tjenester er gjort på en slik måte at vedtaket ikke er mangelfullt opplyst jf. forvaltningsloven § 17.

Når det gjelder anførsel om at Post- og teletilsynet ikke har vurdert vedtakets forholdsmessighet fordi tilsynet har unnlatt å påvise at overføringene ikke vil overstige faktiske kostnader ved nettutbygging, viser departementet til vedtakets punkt 179 der det fremgår at tilsynet ikke finner det rimelig at Tele2 skal få dekket hele investeringen gjennom merinntekter fra terminering. Videre mener departementet at vedtakets punkt 8.5.4 og 8.5.5 inneholder tilstrekkelig vurdering av forholdsmessighet når det gjelder hvordan asymmetri skal sikre nettutbygging. Tilsynet har etter departementets oppfatning gitt tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor asymmetrien øker i vedtaksperioden og at økingen er forholdsmessig. Det vises til punkt 160 i vedtaket hvor tilsynet begrunner glidebanens utforming og hvor det fremgår hvorfor tilsynet har funnet denne forholdsmessig. Departementet mener på denne bakgrunn at tilsynet ikke har en mangelfull vurdering av vedtakets forholdsmessighet. Det foreligger derfor ikke saksbehandlingsfeil jf. forvaltningsloven § 17.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Post- og teletilsynets vurdering og utredning av gevinsten ved et eventuelt tredje nett og det samfunnsøkonomiske tapet vedtaket vil føre til er mangelfull, viser departementet til vedtakets kapittel 8.5 og 8.6 der tilsynet har redegjort for antatte konsekvenser både for forbrukerne og tilbyderne samt andre antatte effektivitetsgevinster. Tilsynet uttaler i punkt 263, at selv om prisreguleringen vil føre til netto tap for tilbyderne som reguleres, vil nytten for forbrukerne og effektivitetsgevinsten være mer tungtveiende. Det blir her også uttalt at

prisreguleringen i dette vedtaket vil hindre konkurransevridding og legge til rette for mer effektiv ressursbruk i mobilmarkedet.

Departementet er enig med Telenor i at vurderingen av hvorvidt konstaterbare samfunnsøkonomiske tap på grunn av asymmetrisk regulering oppveier en eventuell gevinst ved utbygging av et tredje nett, er en sentral vurdering som Post- og teletilsynet må gjøre. I den sammenheng vises til vedtakets punkt 253 der det fremgår at konsekvensene vil *"avhenge blant annet av markedsatferd og utenforliggende forhold som det er vanskelig å forutsi fullstendig"*. Videre uttaler Post- og teletilsynet i denne sammenheng at *"[n]oen av disse effektene er også vanskelig å tallfeste"*. Departementet viser til at tilsynet i markedsanalysen kapittel 4.3 identifiserer overpris som et konkurranseproblem i marked 16. Tilsynet foretar en vurdering av konsekvenser av å sette en overpris og belyser uheldige samfunnsøkonomiske konsekvenser på lengre sikt. Vurderingen av de samfunnsøkonomiske konsekvensene som Post- og teletilsynet har foretatt, er etter departementets vurdering tilstrekkelig. Selv om det i denne konkrete saken kan være hensiktsmessig å tallfeste de samfunnsøkonomiske konsekvensene av vedtaket, mener departementet at det forhold at tilsynet ikke har tallfestet tapet (vriddingstap) ikke er en saksbehandlingsfeil. Det foreligger derfor ikke saksbehandlingsfeil jf. forvaltningsloven §§ 17 og 25.

Samferdselsdepartementet kan ikke se at Post- og teletilsynet har foretatt mangelfull vurdering eller gitt mangelfull begrunnelse for vedtaket. Det foreligger dermed ikke saksbehandlingsfeil jf. forvaltningsloven § 17.

### **3.2 Vektlegging av europeisk harmonisering og symmetri**

#### **3.2.1 Harmonisering**

Telenor anfører at harmonisering er et bærende hensyn bak EØS-rammeverket og ekomloven, og at harmonisering må forstås som en lik anvendelse av regelverket. Det vises til at harmonisering ikke bare gjelder på regelverksnivå, men også for enkeltvedtak i form av blant annet pålegg om virkemiddelbruk. Det fremheves at dette dessuten følger som konsekvens av konsultasjonsprosedyren jf. Rammedirektivet artikkel 7. I tillegg skal de harmoniserte virkemidler bidra til at virksomheter fra flere EØS-land skal møte en lik behandling. Telenor mener ikke at Post- og teletilsynets regulering av marked 16 er lik den selskapet møter i andre EU-land.

Telenor hevder det er flere forhold som viser at vedtaket ikke ivaretar hensynet til harmonisering. Blant annet er graden av asymmetri svært høy og større enn i andre land. Selskapet viser til at ESA har bedt om at asymmetrien reduseres. Videre hevder Telenor at Post- og teletilsynet ikke har angitt når asymmetri skal opphøre, noe som også er i uttakt med de fleste andre EØS land og for øvrig påpekt av ESA.



Samferdselsdepartementet mener det er både hensiktsmessig og nødvendig å se hen til hvordan de samme markedene og tilbyderne blir regulert for øvrig i Europa. Hensikten med det regulatoriske rammeverket er å legge til rette for harmonisering, og ERG har en rolle i denne sammenhengen, jf. Kommisjonsvedtak 2002/627/EF av 29. juli 2002 (innlemmet i EØS-avtalen 6. februar 2004). Departementet mener på ingen måte at ERGs dokumenter alene skal benyttes som styringsverktøy for norsk regulering, men at det er nyttige dokumenter som kan og bør benyttes både som sammenligningsgrunnlag og som bakgrunn.

Når det gjelder graden av asymmetri og det faktum at denne er større i Norge enn i andre land, innebærer ikke dette at Post- og teletilsynet har valgt en modell som i prinsippet vil stride mot grunnleggende harmoniseringshensyn. Det vises til at Post- og teletilsynet har valgt en trinnvis regulering av asymmetri som skal imøtekomme en enhetlig og konsistent regulering av termineringspriser i de ulike medlemslandene. Tilsynet presiserer dette også i sitt vedtak under punkt 149 hvor det uttrykkes; *"At Norge ikke lenger er blant landene med lavest termineringspriser og at vi i tillegg er blant landene med størst asymmetri, tilsier videre at en viss reduksjon i de små tilbydernes termineringspriser er nødvendig for å ivareta hensynet til harmonisering"*.

Samferdselsdepartementet er for øvrig enig med Post- og teletilsynet i at det er spesielle forhold i Norge som gjør det uforholdsmessig å redusere prisene direkte til 50 prosent asymmetri. Det vises i denne sammenheng til ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates (ERGs CP) som konstaterer at asymmetri i øvrige land i stor grad er konsentrert i området fra 0 – 20 prosent. Det er også et faktum at de fleste landene i Europa har hatt 3-5 konkurrerende mobiltilbydere med egne nett. Det er følgelig naturlig at øvrige land som har et annet utgangspunkt for regulering av asymmetri sammenlignet med Norge, har en langt raskere nedtrapping. Departementet kan derfor ikke se at situasjonen i de øvrige EU/EØS-land er direkte sammenlignbar med situasjonen i Norge. Dette tilsier at reguleringen i Norge må spesialtilpasses den norske markedssituasjonen inntil vi får opp et nytt nett som gjør vår markedssituasjon mer sammenlignbar med andre EØS-land.

Departementet vil understreke at det er symmetriske priser som er den regulatoriske målsetningen når det gjelder harmoniseringen av termineringspriser, og ikke en harmonisering av asymmetriske priser. Departementet kan derfor ikke se at harmoniseringsmålet medfører at det er avgjørende om det er ulike asymmetriske størrelser i ulike EU/EØS-land. Dette følger av det grunnleggende regulatoriske prinsippet om at virkemiddelbruken må baseres på faktiske forhold i det relevante marked.

Når Post- og teletilsynet i sitt vedtak punkt 156 legger vekt på at Norge er i en spesiell situasjon ved at det kun finnes to etablerte mobiltilbydere med landsdekkende nett, og

at asymmetri blant annet er begrunnet med å legge til rette for økt langsiktig infrastrukturkonkurranse, finner departementet at dette er et riktig utgangspunkt for reguleringen. Departementet er på denne bakgrunn enig med tilsynet i at frem til infrastrukturbasert konkurranse i marked 15 er etablert, må reguleringen av prisene i marked 16 ikke gjøre det vanskeligere for nye tilbydere å få fotfeste i markedet.

Det vises for øvrig til vedtak overfor Tele2 og Network Norway av 19. mai 2009 når det gjelder de spesielle forhold som gjør seg gjeldende for infrastrukturutbyggere da disse aktører er tilgodesett med en spesialtilpasset glidebane. Tele2 og Network Norway har etter departementets oppfatning oppfylt forutsetningene for å få rett til en forlenget periode med rimelig pris.

ERG tar i sitt CP dokument utgangspunkt i 50 prosent som startpunkt for asymmetri. Startpunktet fremmes som eksempel med bakgrunn i at nesten ingen land i Europa har asymmetri over 50 prosent mellom tilbydernes termineringspris. Dette er imidlertid ingen absolutt grense for startpunktet for nedtrapping. Det fremgår i dokumentet at regulatoriske myndigheter skal vurdere asymmetrien på grunnlag av nasjonale spesifikke forhold som blant annet konkurransen i markedet, sen inntreden på markedet, med mer. I reguleringen av termineringsprismarkedet skal regulatoriske myndigheter foreta en vurdering av spesifikke nasjonale hensyn og det er departementets oppfatning at disse hensynene bør veie tungt. Med tanke på å oppfylle myndighetenes målsetning om å legge til rette for økt infrastrukturbasert konkurranse, støtter departementet Post- og teletilsynets vurdering i vedtaket når de velger å avvike fra å harmonisere startpunktet for asymmetri med hva som foreslås som et utgangspunkt i ERG CP.

Når det gjelder Telenors anførsel om at ESA har bedt om at asymmetrien reduseres, kan departementet ikke se at ESA har sterke innvendinger mot at etablering av et tredje mobilnett er en adekvat begrunnelse for asymmetri. Det fremgår av ESAs merknader at *"The Authority believes that, as a principle, NPT's goal of promoting competition based on infrastructure can be considered as legitimate and falls under the competences attributed to it by the regulatory framework"*. Det vises for øvrig til at ESA også konstaterer at ERGs CP i prinsippet ikke tar høyde for at bare to MNOer er aktive i det relevante markedet.

Departementet kan således ikke se at Post- og teletilsynet har foretatt feil vekting av hensynet til harmonisering. Departementet legger til grunn at tilsynet anvender regelverket innenfor relevante rammer som er satt og at det er de faktiske markedsforhold som er årsaken til at reguleringen avviker fra øvrige EØS land.

### 3.2.2 ESAs kommentarer

Telenor anfører at en generell henvisning til at ESAs kommentarer er hensyntatt ikke er tilstrekkelig for oppfyllelse av rammedirektivet, som stiller krav om en konkret vurdering av merknadene. Selskapet mener at dette har betydning for vedtakets

gyldighet. Selv om merknadene ikke er rettslig bindende må de tillegges betydelig vekt, noe som tilsynet ifølge Telenor ikke har gjort. Selskapet anfører videre at plikten etter Rammedirektivet også påhviler Samferdselsdepartementet som klageinstans, slik at det stiller krav om at departementet foretar en selvstendig vurdering av ESAs kommentarer. Etter Telenors oppfatning er det ikke tilstrekkelig å henvise til at det *"neppe er irrelevant for klageinstansen å ta et visst hensyn til ESAs oppfatninger."*

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at Post- og teletilsynets har redegjort for at behandling av ESAs kommentarer fremgår som endringer i det endelige vedtaket sammenlignet med utkast til vedtak. Post- og teletilsynet har i innstillingen gitt eksempler på at tilsynet har fremkommet med slike begrunnelser i vedtaket. Departementet ser at tilsynet i vedtaket punkt 160 begrunner økning i asymmetri med at Norge er i en spesiell situasjon med kun to landsdekkende mobilnett som tilsier at det er viktig å legge til rette for etablering av nye mobilnett. Glidebanene er utformet med utgangspunkt i allerede fastsatt regulering og hensynet til rask iverksettelse har vært avgjørende.

Departementet er enig med tilsynet i at i de tilfeller hvor tilsynet har etterkommet ESAs kommentarer vil det ikke være nødvendig å redegjøre for at endringen er skjedd på bakgrunn av kommentarer fra ESA. I andre tilfeller hvor tilsynet ikke fullt ut har tatt hensyn til ESAs kommentarer, er det imidlertid større grunn til å kommentere og begrunne dette i vedtaket. Samferdselsdepartementet mener derfor at tilsynet har foretatt tilstrekkelig vurdering av de enkelte kommentarene fra ESA.

Når det gjelder spørsmålet om tilsynet har vektlagt ESAs kommentarer tilstrekkelig vises det til prosedyren for enkeltvedtakskonsultasjon med ESA som er beskrevet ovenfor i kapittel 2.3. Departementet mener ikke det kan utledes av ekomloven § 9-3 og rammedirektivet artikkel 7 om konsultasjonsprosedyren at Post- og teletilsynet har plikt til å følge ESAs kommentarer fullt ut. Det kreves etter departementets oppfatning at tilsynet skal ta *"the utmost account"* eller så langt som mulig ta hensyn til ESAs kommentarer.

Etter departementets oppfatning har Post- og teletilsynet tillagt ESAs kommentarer tilstrekkelig vekt i det endelige vedtaket og mener derfor ikke at forholdet medfører ugyldighet.

Når det gjelder den rettslige betydning og relevans av ESAs kommentarer for klageinstans vises det til redegjørelsen ovenfor i kapittel 2.3. Departementet fastholder at det er relevant også for klageinstansen i et visst omfang å hensynta ESAs oppfatninger, men departementet mener ikke at rammedirektivets artikkel 7 stiller krav om at klageinstansen foretar en selvstendig vurdering av de enkelte kommentarene fra ESA i det endelige klagevedtaket.

### 3.3 Effekten av asymmetrisk regulering i Norge

#### 3.3.1 Manglende adressering av konkurranseproblemer

Telenor anfører at effekten av vedtaket i marked 16 vil være at aktører tillates overprising og kryssubsidiering mens konkurranseproblemene ikke avhjelpest. Til tross for at prisene reduseres i løpet av reguleringsperioden, vil prisene ligge høyt over effektiv pris som gir en superprofitt. Samtidig legges det opp til omfattende kryssubsidiering. Kryssubsidiering og overpris vil gi en rekke negative konsekvenser, herunder at forbrukerne må betale en høyere pris for tjenesten enn ellers.

Samferdselsdepartementet er enig med Telenor i at konkurranseproblemene overpris og kryssubsidiering ikke fullt ut løses av vedtaket. Departementet er av den oppfatning at det er nødvendig å etterstrebe en riktig balanse mellom kostnadene forbundet med overpris og kryssubsidiering og gevinstene som dette i en begrenset periode kan gi. Det vises til vedtak overfor Tele2 og Network Norway i denne vedtaksrunden hvor departementet redegjør for hvorfor en begrenset tidsperiode med lempeligere regulering er nødvendig for å bidra til det langsiktige målet om infrastrukturkonkurranse i markedet.

#### 3.3.2 Forstyrrelse av konkurransen i marked 15

Telenor anfører at vedtaket legger opp til en premiering av MVNOer som bytter fra de etablerte nettverkstilbyderne til en ny nettverkstilbyder ved at de kan opprettholde en høy termineringspris i en lengre periode. Telenor mener dette vil føre til at de etablerte nettverkstilbydernes tilbud om MVNO-tilgang ikke lenger blir konkurransedyktig i forhold til de nye nettverkstilbyderne, og mener vedtaket således legger opp til en redusert konkurranse om å trekke til seg MVNOer. Telenor mener videre at merinntekten som de nye aktørene får av å tilby terminering benyttes til å tilby attraktive priser for tjenesteleverandørtilgang, og mener dette fører til at konkurransen vris.

Samferdselsdepartementet har forståelse for Telenors anførsel om at den asymmetriske reguleringen i marked 16 skaper et konkurransefortrinn for det tredje nettet når det gjelder å tiltrekke seg MVNOer og andre tjenestetilbydere. Departementet mener imidlertid det er viktig for nye nettverkstilbydere å tiltrekke seg MVNOer og andre tjenestetilbydere slik at disse kan generere trafikk og dermed bidra til å redusere kostnadene i startfasen. Departementet mener videre at det er viktig å se reguleringen i marked 15 og 16 sammenheng, blant annet fordi reguleringen i marked 15 skal tilrettelegge for at nye aktører skal kunne bygge mobilnett og at inntektene fra marked 16 er en av de største inntektskildene til tilbydere. Departementet vil igjen vise til sin vurdering i vedtak overfor Tele2 og Network Norway i denne vedtaksrunden hvor departementet redegjør for hvorfor en begrenset periode med lempeligere regulering kan være nødvendig for å sikre det langsiktige målet om infrastrukturkonkurranse i markedet.

Departementet ser at reguleringen i marked 16 påvirker priskonkurransen i marked 15, men mener på samme måte som tilsynet at det kan være positivt med økt konkurranse samtidig som departementet mener at det for andre parametre eksisterer skjevheter som trekker i andre retninger, for eksempel når det gjelder dekning.

### 3.3.3 Samfunnsøkonomisk tap som følge av skjevregulering

Telenor anfører at vedtaket medfører et direkte vridningstap på om lag NOK 500 millioner i tillegg til en samlet overføring på om lag NOK 1 400 millioner fra Telenor og NetCom til andre aktører med høye termineringspriser. Telenor mener det er sannsynlig at man får nettutbygging som er (på marginen) ulønnsom.

Resonnementet er tuftet på rapporten "*Samfunnsøkonomiske effekter av skjevregulering i marked 16*" (R&I 13/2008). I denne rapporten beregnes det samfunnsøkonomiske tapet ved at de små tilbyderne tillates å ta en høyere termineringspris (for det første høyere enn NetCom og Telenors pris, for det andre høyere enn marginalkostnaden). Det argumenteres med at både vridningstapet og overføringene fra de store til de små tilbyderne skal medregnes i det samfunnsøkonomiske tapet. Det dreier seg om totalt NOK 1 900 millioner, fordelt på et vridningstap på NOK 500 millioner og en overføring på NOK 1 400 millioner.

Argumentasjonen fra Telenor om at overføringene mellom tilbyderne på NOK 1400 millioner er å betrakte som et samfunnsøkonomisk tap bygger på tre resonnementer. For det første anføres det i rapporten at nettutbyggerne vil bygge ut mer enn det som er samfunnsøkonomisk lønnsomt for å opprettholde skjevreguleringen. For det andre vil det være et tap knyttet til at aktørene vil bruke ressurser på å utsette iverksettingen av vedtaket (rentseeking). Til sist argumenteres det med at termineringsprisene vil bidra til økt marginal kundelønnsomhet og at det derfor vil brukes store ressurser på kunderekuttering, noe som gir et samfunnsøkonomisk tap.

Telenor anfører at for at denne skjevreguleringen skal være lønnsom, må den fremtidige gevinsten ved økt infrastrukturkonkurranse ha en nåverdi som overstiger tapet på NOK 1900 millioner som det redegjøres for i rapporten.

Samferdselsdepartementet ser at det vil bli et dødvektstap (effektivitetstap som følge av at pris settes over marginalkostnad) knyttet til den vedtatte skjevreguleringen av marked 16. Departementet stiller spørsmål ved sider av Telenors beregninger, særlig ved forutsetningene om markedsandeler, priselastisitet, marginalkostnad og sammenheng mellom termineringspris og sluttbrukerpris. På bakgrunn av dette er Samferdselsdepartementet enig med Post- og teletilsynet i at det sannsynlige dødvektstapet ligger betydelig nærmere anslaget "høy" fra Bjørn Hansen rapporten, om lag NOK 200 millioner. Videre anser departementet det mindre relevant å beregne et tap for perioden juli 2008 til januar 2009 da den påklagede reguleringen ikke var trådt i

kraft. Det anslåtte dødvæktstapet vil derfor trolig være enda lavere enn NOK 200 millioner.

Telenors argumenterer for at hele inntektsoverføringen på NOK 1400 millioner er å anse som et samfunnsøkonomisk tap. Samferdselsdepartementet mener dette går lengre enn det rapporten gir grunnlag for å hevde. Departementet ser at skjevregulering i markedet har negative insentivvirkninger, men er ikke enig i Telenors argumentasjon om at hele inntektsoverføringen mellom tilbydergruppene er å anse som et tap.

Samferdselsdepartementet er videre av den oppfatning at Telenors rapport gir et statisk bilde av den samfunnsøkonomiske effektiviteten ved å beregne det kortsiktige tapet av skjevregulering. I klagesaksbehandlingen må departementet se på dette i et lengre perspektiv og avveie det kortsiktige effektivitetstapet opp mot de langsiktige gevinstene ved økt nettverkskonkurransen. På et overordnet nivå må det foretas en verdsetting av hvor mye kortsiktig ineffektivitet som skal tillates for å få en langsiktig gevinst. Knyttet til Telenors anførsel om at nåverdien av økt infrastrukturkonkurransen må overstige det samfunnsøkonomiske tapet (beregnet til NOK 1900 millioner av Telenor), støtter departementet tankegangen i resonnetet, men mener at det kortsiktige samfunnsøkonomiske tapet er betraktelig lavere enn det Telenor gir uttrykk for i klagen. Som det følger av resonnetet ovenfor, mener Samferdselsdepartementet at gevinsten ved infrastrukturkonkurransen må overstige et statisk effektivitetstap på om lag NOK 200 millioner.

#### 3.3.4 Etableringsstøtte og effekt av mild regulering

Telenor har foretatt egne beregninger av Tele2s fordel av mildere regulering enn NetCom. Det er Telenors oppfatning at totalt antall terminerte minutter vil øke de kommende år. Dersom Tele2s fordel av å få midlere regulering enn NetCom i perioden oktober 2007 til desember 2010, beregnes basert på Telenors anslag for trafikkøkning, utgjør den NOK 890 millioner. Telenor mener derfor det er sannsynlig at vedtaket vil resultere i at hele Tele2s investeringer dekkes av merinntektene fra terminering.

Telenor mener videre at tilsynets beregninger av Tele2s fordel av mild regulering, jf. punktene 168 og 176 i Post- og teletilsynets vedtak ikke er korrekte.

Endelig mener Telenor at tilsynet underestimerer effekten av mild regulering av Network Norway. I følge Telenor vil en mindre aktør ha en større andel trafikk internt i eget nett enn en stor aktør og dermed en høyere markedsandel i terminert trafikk enn i antall abonnement. Basert på denne antakelsen kombinert med antakelsen over om økt trafikk, har Telenor beregnet Network Norways fordel av mild regulering til å utgjøre i overkant av NOK 320 millioner. Telenor viser til tilsynets uttalelser i vedtakets punkt 194 om fortsatt asymmetri i minst fem år og legger derfor til grunn at også Network Norway vil få fullfinansiert sine investeringer gjennom høye termineringsinntekter.

Samferdselsdepartementet viser til departementets vedtak overfor Network Norway og Tele2 der valget av en lempeligere regulering av disse aktørene opprettholdes som følge av at disse nå investerer i mobilnett. Departementet legger med visse forbehold til grunn at Network Norway og Tele2 skal få dekket sine infrastrukturinvesteringer gjennom merinntekter fra terminering. For en nærmere belysning av hvilke momenter som er lagt til grunn for departementets vurdering, vises det til ovennevnte vedtak.

Departementet er for øvrig enig med Post- og teletilsynet i at Tele2 og Network Norway trolig vil ha høyere enhetskostnad enn de etablerte nettverkstilbydere i en oppstartsfasen og at en ved reguleringen av disse bør ta høyde for at stordriftsfordeler ikke fullt ut er utnyttet, og andre kostnadsulemper knyttet til sen inntreden i markedet. De beregninger som er foretatt i vedtaket hvor henholdsvis Network Norways og Tele2s estimerte termineringsinntekter i reguleringsperioden sammenlignes med tilsvarende inntekter dersom termineringsprisen var satt lik NetComs, gir dermed ikke nødvendigvis et reelt og fullstendig bilde av merinntektene fra terminering for langt mindre og forholdsvis nyetablerte tilbydere. Differansen mellom den termineringspris nye tilbydere tillates å ta og effektiv pris for etablerte tilbydere utgjør ikke i sin helhet "merinntekt" nye tilbydere kan ta ut.

Departementet registrerer at beregningene av Tele2s fordel av mildere regulering enn NetCom er oppdatert i oversendelsen av Tele2s klage, og legger til grunn at vedtaket er basert på de korrigerede tallene. De beløpsmessige endringene det her er snakk om endrer uansett, slik departementet vurderer det, ikke noe på forutsetningene for vedtaket.

### 3.3.5 Reduserte utbyggingsinsentiver

Telenor anfører at den asymmetriske reguleringen medfører en inntektsoverføring mellom etablerte nettverkstilbydere og små og nye aktører. Dette innebærer ifølge selskapet en kostnadsulempe for tilbydere med landsdekkende mobilnett og vil ha konsekvenser for deres investeringer. Dette fordi den asymmetriske reguleringen fører til høyere trafikkostnader som igjen fører til en lavere verdi av kunden. Dette vil føre til at det blir lønnsomt å bygge ut færre basestasjoner, og en oppnår ifølge Telenor mindre geografisk mobildekning. Telenor mener å finne støtte for dette i Kommisjonens utkast til Explanatory Note til Kommisjonens anbefaling på termineringspriser.

Departementet ser at de etablerte nettilbydernes investeringsinsentiver kan påvirkes negativt av at det tillates asymmetriske termineringspriser for en begrenset periode. Prinsippet om asymmetrisk regulering ble imidlertid vurdert i forbindelse med departementets vedtak 13. februar 2008. Departementet konkluderte med at det for en begrenset periode vil være formålstjenelig å tillate asymmetriske termineringspriser. Det vises for øvrig til avsnitt 3.4 hvor prinsippet om asymmetrisk regulering er nærmere vurdert.

Til Telenors anførsel om at asymmetrisk regulering vil få negativ innvirkning på selskapets vurderinger når det gjelder økt geografisk mobildekning, har departementet merket seg at Telenor ikke har dokumentert konkrete konsekvenser for selskapets utbygging. Departementet viser videre til at de etablerte nettverkstilbyderne i dag konkurrerer på dekning, og antar at en kostnadsulempe fortløpende må vurderes opp mot konkurransesituasjonen. Departementet viser for øvrig til at en tredje nettilbyder på lengre sikt er forventet å bidra til økt konkurranse i markedet for tilgang til mobilnett (marked 15) og i sluttbrukermarkedet for mobile tjenester. Denne økte konkurransen kan manifestere seg både gjennom økt priskonkurranse og økt konkurranse på dekning og tjenesteinnovasjon.

### **3.4 Begrunnelse for asymmetri**

Telenor viser i klagen til at det klare rettslige utgangspunktet om effektive og symmetriske termineringspriser ikke synes å være omtvistet. Å legge til rette for infrastrukturutbygging er etter Telenors oppfatning ikke en rettslig holdbar begrunnelse for å avvike fra den klare hovedregelen om symmetri. Telenor mener at Post- og teletilsynet er forpliktet til å legge anbefaling om symmetriske priser fra Kommisjonen (Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in EU) til grunn og viser til at det motsatte kan føre til erstatningsbetingende traktatbrudd. Telenor anfører videre at asymmetri som begrunnes i såkalt "market entry assistance" bare er tillatt i en avgrenset periode dersom "entry assistance" knytter seg til underliggende objektive forskjeller i produksjonskostnader for terminering. Telenor viser til uttalelser fra ESA og Kommisjonen som etter selskapets oppfatning understøtter at det ikke er rettslig grunnlag for å videreføre den asymmetri som vedtaket fastsetter. Telenor viser til at Post- og teletilsynet i vedtaket punkt 124 har slått fast at det ikke foreligger forskjeller i underliggende kostnader og mener derfor at det ikke er hjemmel i ekomloven til å treffe vedtak som bygger på fortsatt asymmetri.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at når det gjelder Telenors anførsler knyttet til rettslig betydning av utkast til anbefalingen om symmetriske priser så er EU-kommisjonens utkast til anbefaling om regulering av termineringspriser blitt vedtatt av kommisjonen den 7. mai 2009 og foreligger derfor nå i sin endelige form. Anbefalingen er foreløpig ikke vurdert for innlemming i EFTA/EØS-avtalen. Det vil uansett dokumentets status som endelig fortsatt kunne stilles spørsmål til hvilke rettsvirkninger som kan utledes av en slik anbefaling.

Når det gjelder anførselen knyttet til grunner for å tillate asymmetri fastholder Samferdselsdepartementet uttalelsene i vedtaket av 13. februar 2008 (overfor Telenor) hvor det fremgår at lempeligere regulering kan tillates i en overgangsperiode for nye tilbydere. Departementet mener det er flere grunner til at det i Norge er vilkår til stede for å ha en asymmetrisk regulering av termineringsprisene. For det første har norske



myndigheter en overordnet målsetting om å få etablert et bærekraftig tredje nettverk for bedre å kunne oppfylde formålet med ekomreguleringen. Reguleringen i marked 16 må ses i sammenheng med dette målet. For det andre mener departementet at det er gode argumenter for at det er mer kostbart å bygge nett i Norge sammenlignet med andre europeiske land, blant annet på grunn av spredt befolkning og topografiske utfordringer. For det tredje er departementet enig med tilsynet i at i den grad man skal forberede seg på det nye regelverket fra EU som kan bli gjort gjeldende i EØS-avtalen og dermed legge føringer på norske forhold, jf. EU Kommisjonens anbefaling om termineringsprising (med Explanatory Note), åpner dette for midlertidig asymmetri.

Departementet er ikke uenig med Telenor i at ESA og Kommisjonen i betydelig grad vektlegger eksogene kostnadsforskjeller ved vurdering av om asymmetri skal tillates i en oppstartfase. Telenor henviser til at Post- og teletilsynet i vedtaket har lagt til grunn at slike kostnadsforskjeller ikke er til stede. Departementet er enig med tilsynet i at vedtaket på dette punktet kan misforstås. Det som imidlertid må kunne legges til grunn er at den effektive prisen på lang sikt for tilbyderne omfattet av vedtaket neppe vil være høyere enn en tilsvarende effektiv pris for Telenor og NetCom. Departementet viser til vurderingen under kapittel 3.3.4 hvor det fremgår at det er flere årsaker til at tilbydere kan ha en høyere enhetskostnad i en oppstartsfase.

### 3.5 Forholdsmessighet

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til ekomloven § 3-4 tredje ledd som slår fast at plikter som pålegges tilbyder med sterk markedsstilling må være *"egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet"*. Dette er et direkte utslag av forholdsmessighetsprinsippet, og det fremgår av merknaden, jf. Ot. prp. nr 58 (2002-2003) side 100 at:

*"Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige [...] 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. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd. [...] hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som skal pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd."*

Det følger av dette at virkemiddel som myndigheten pålegger i medhold av § 4-9 jf. § 3-4 er underlagt et krav til forholdsmessighet. Forholdsmessighetsprinsippet står for øvrig sentralt i EU-retten, og er utviklet gjennom EF-domstolens praksis. Prinsippet gjelder tilsvarende i EØS-retten gjennom EØS-avtalen artikkel 6.

### 3.5.1 Etableringsstøtte

Telenor anfører at dersom etableringsstøtte er å anse som et lovlig virkemiddel er likevel ikke etableringsstøtten i dette tilfelle et forholdsmessig tiltak. Selskapet viser til forvaltningsrettslige prinsipper og at det er nødvendig å foreta en vurdering av om tiltaket fremmer lovens formål. Telenor anfører at det er lite sannsynlig at den vedtatte reguleringen vil føre til utbygging av et tredje nett og at det er stor sannsynlighet for at prisreguleringen vil bli stående i hele reguleringsperioden uavhengig av om det bygges mobilnett eller ikke.

Videre anføres at det er i strid med forholdsmessighetsprinsippet at Tele2 og Network Norways inntekter fra asymmetriske termineringspriser vil dekke mer enn hva utbyggingen til Mobile Norway koster.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at det i kapittel 3.1 er konkludert med at tilsynet har foretatt vurdering av konsekvensene av vedtaket sammenholdt med lovens formål, og at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil som følge av manglende vurdering. Departementet vil i det følgende vurdere vedtakets forholdsmessighet.

Departementet viser til at departementet i sitt vedtak opprettholder Post- og teletilsynets synspunkt om at det er hensiktsmessig å regulere Network Norway og Tele2 lempeligere i denne vedtaksrunden. Lempeligere regulering vurderes forholdsmessig som følge av at disse nå investerer i mobilnett. Departementet legger til grunn at Network Norway og Tele2 skal få dekket sine infrastrukturinvesteringer gjennom merinntekter fra terminering. Det vises til nevnte vedtak for en nærmere gjennomgang av hvilke momenter som er lagt til grunn for departementets vurdering. Det vises også til at departementet har satt som vilkår for å opprettholde en lempeligere regulering av Tele2 og Network Norway at disse bygger ut det tredje mobilnettet.

Når det gjelder anførselen om at det er i strid med forholdsmessighetsprinsippet at Tele2s og Network Norways inntekter fra asymmetriske termineringspriser vil dekke mer enn hva utbyggingen til Mobile Norway koster, er departementet enig med tilsynet i at Tele2 og Network Norway trolig vil ha høyere enhetskostnad enn de etablerte nettverkstilbydere i en oppstartsfase. Regulering av disse bør derfor ta høyde for at stordriftsfordeler ikke fullt ut er utnyttet og at det trolig er andre kostnadsulemper knyttet til sen inntreden i markedet. De beregninger av merinntekt som tilsynet har foretatt i vedtaket hvor NetComs termineringspris er brukt som referansebane, gir dermed ikke nødvendigvis et reelt og fullstendig bilde av merinntektene fra terminering for de nyetablerte tilbydere. Differansen mellom den termineringspris nye tilbydere tillates å ta og effektiv pris for etablerte tilbydere utgjør dermed ikke i sin helhet "merinntekt" nye tilbydere kan ta ut. Departementet viser for øvrig til vedtak overfor Tele2 og Network Norway av 19. mai 2009, der det legges til grunn at merinntektene fra terminering ikke vil overstige nettverksinvesteringene disse to selskapene står overfor. Departementet mener dermed at det ikke er i strid med kravet om forholdsmessighet.

### 3.5.2 Særlig om reguleringen av MNO

Telenor anfører i klagen at hovedregelen om symmetriske termineringspriser tilsier at det må legges til grunn en annen glidebane for nedtrappig til effektive priser for at vedtaket kan anses som forholdsmessig.

Samferdselsdepartementet viser til vurderingene av glidebanens forholdsmessighet i vedtaket overfor Tele2 og Network Norway av 19. mai 2009. Glidebanen endres for å legge forholdene bedre til rette for bygging av et tredje konkurrerende nett.

### 3.5.3 Særlig om reguleringen av MVNO

Telenor anfører at det ikke er grunnlag for å tillate MVNOene å ta høye termineringspriser basert på et formål om videre nettutbygging. Selskapet mener at vedtaket vil virke som et disinsentiv til å ta steget til å bli MNO. Dette fører til at vedtaket er i strid med det forvaltningsrettslige prinsippet om forholdsmessighet.

Samferdselsdepartementet viser til vurderingene av forholdsmessighet i vedtaket overfor TDC, Barablu og Ventelo av 19. mai 2009. Glidebanen for MVNOene opprettholdes.

### 3.6 Særlig om reguleringen av Tele2

Telenor anfører at Tele2 vil være MVNO i hele reguleringsperioden for vedtaket og selv under Post- og teletilsynets forståelse av regelverket som åpner for mild regulering av MVNOer i 3-4 år, skal Tele2s periode med mild regulering nå avsluttes. Telenor anfører videre at begrunnelsen for asymmetrien og tidsperioden Tele2 tillates å holde høye termineringspriser ikke kan begrunnes i underliggende effektive kostnadsforskjeller utenfor Tele2s kontroll.

Tele2 har på sin side anført at det ikke er grunnlag for å regulere Tele2 som de øvrige MVNOene all den tid selskapet har vist vilje til å klatre på investeringsstigen og bygge mobilnett i Norge. Det er, etter Tele2s oppfatning, ikke i samsvar med myndighetenes mål om å legge til rette for en tredje MNO aktør i Norge, når Tele2 blir regulert likt som tre MVNO aktører uten utbyggingsplaner.

Samferdselsdepartementet viser til at tilsynet i vedtakets kapittel 8.4.4 særlig punkt 166 legger til grunn at Tele2 fremdeles er MVNO hos NetCom. Departementet mener at dette er et korrekt utgangspunkt for reguleringen under de foreliggende forutsetningene. Tilsynet legger videre til grunn at Tele2 dekker sin andel av investeringene til tross for at de fremdeles er MVNO hos NetCom. Post- og teletilsynet mener derfor at selskapet viser reell vilje til å klatre på investeringsstigen med målsetting om å etablere seg som fullverdig MNO i løpet av relativt kort tid. Tilsynet mener det ikke er grunn til å tro at Tele2 vil forbli MVNO hos NetCom når avtalen med NetCom utløper ca ett år før utløpet av reguleringsperioden for dette vedtaket.

Departementet har ikke grunn til å betvile Tele2s reelle vilje til å klatre på investeringsstigen, og anser det også for overveiende sannsynlig at selskapet har til hensikt å etablere seg som MNO. Departementet mener denne vurderingen understøttes av utbyggingsplanene til Mobile Norway der det er forutsatt at Tele2 skal dekke 50 prosent av kostnadene. Det vises også til departementets vurderinger i vedtak overfor Tele2 og Network Norway i denne vedtaksrunden. Departementet mener at selv om Tele2 formelt sett fortsetter å være MVNO i denne vedtaksperioden kvalifiserer Tele2s investeringer i et nytt mobilnett som skal dekke større deler av landet til en forlenget periode med rimelig pris ut over den tiden man ville ha tillatt for en ren MVNO. Departementet legger til grunn at selskapet har vilje og evne til å foreta de nødvendige investeringene for å nå sine utbyggingsmål. Departementet viser i tillegg til vedtak av 19. mai 2009 ovenfor Tele2 og Network Norway hvor departementet pålegger Tele2 og Network Norway en rapporteringsplikt for at myndighetene skal kunne følge opp at utbyggingen skjer i henhold til fremlagte planer.

### **3.7 Sammenfatning**

Basert på en samlet vurdering finner Samferdselsdepartementet ikke grunnlag for å etterkomme Telenors klage på Post- og teletilsynets prisregulering av nye og mindre tilbydere i vedtak av 17. november 2008.

### **4. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK**

Telenor klage av 8. desember 2008 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 16 tas ikke til følge.

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

Med hilsen

  
Ottar Ostnes e.f.

  
Christina Christensen

**Kopi til:**

Post- og teletilsynet