



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Telenor ASA

Snarøyveien 30
1331 FORNEBU

Deres ref

Vår ref
06/400- HG

Dato
16.03.2006

Vedtak i marked 15 - anmodning om utsatt iverksetting fra Telenor

1 Bakgrunn

Det vises til brev fra Telenor ASA ("Telenor") 13. februar d.å. hvor det anmodes om utsatt iverksetting av Post- og teletilsynets ("PT") vedtak datert 23. januar 2005 om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling ("SMP") med hjemmel i ekomloven § 3-3 og pålegg om særskilte forpliktelser med hjemmel i ekomloven § 3-4, jf. kapittel 4, i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15).

PT ilegger i vedtaket Telenor følgende forpliktelser:

- Tilgang
- Ikke-diskriminering
- Offentliggjøring og standardavtale
- Prisregulering
- Kostnadsregnskap

Etter PTs syn innebærer vedtaket en lettelse av de særskilte forpliktelsene som tidligere har vært pålagt. Samtidig anses den nye regulering mer målrettet med hensyn til å lette etableringen for nye nettverkstilbydere på mobilområdet i Norge. Telenor er uenig, og mener vedtaket skjerper de samlede forpliktelser for selskapet, bl.a. som følge av regulering av virtuelle tilbydere (MVNO).

PT har i brev 15. februar d.å. til Samferdselsdepartementet oversendt Telenors klage med anmodning om utsatt iverksetting.

Hva gjelder det nærmere innhold av, og begrunnelse for, ovennevnte forpliktelser så henvises det til vedtak av 23. januar 2005.

2 Utgangspunkt

Forvaltningsloven hovedregel er at vedtak trer i kraft straks. Etter forvaltningsloven (fvl.) § 42 kan det besluttes unntak i form av utsatt iverksetting. Ekomloven fastsetter i § 11-6, fjerde ledd at det er Samferdselsdepartementet som skal fatte beslutninger etter fvl. § 42.

Lovgrunnen for forvaltningens adgang til å gi utsatt iverksetting er hensynet til rettssikkerheten, herunder risikoen for at klageinstansens vedtak kan bli umulig, vanskelig eller kostbart å gjennomføre. Avgjørelsen av utsatt iverksetting er underlagt forvaltningens frie skjønn. Vurderingen knytter seg til betydningen av at vedtaket iverksettes straks. Sentralt i vurderingen av om utsatt iverksettelse skal gis står konsekvensene for de impliserte parter. Det må foretas en interesseavveining mellom på den ene siden de byrder og forpliktelser Telenor påføres og på den andre siden hensynet til tredjeparter og de offentlige interesser av å gjennomføre vedtaket.

3 Vurdering

Dersom det er lite trolig at vedtaket kan opprettholdes pga saksbehandlingsfeil eller annet, bør det gis utsatt iverksetting. Tilsvarende er det mindre aktuelt å gi utsatt iverksetting dersom det på forhånd er lite trolig at klagen vinner frem. Det er derfor nødvendig å foreta en foreløpig vurdering av grunnlaget for vedtaket.

3.1 Utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling

PT har truffet vedtaket med bakgrunn i markedsanalyse og høringer/konsultasjoner nasjonalt og internasjonalt i marked 15. Både GSM-nett og 3G-nett på grossistnivå er vurdert å omfattes i avgrensning av produktmarkedet, mens tilgang til og samtaleoriginering i fastnett, mobil bredbåndstelefonti og internasjonal roaming ikke omfattes av PTs analyse av det relevante produktmarkedet.

Sentralt i vurderingen av SMP er Telenors relative markedsandel av samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. I tillegg kommer vektlegging av momenter som er relevante i vurderingen av enkel dominans; etableringshindringer (faktiske og regulatoriske), kundenes valgmuligheter og tilgang til informasjon, kundenes byttekostnader/innelåsnings effekter, tilgang på grossistnivå, pris og prisutvikling,

subsidiering av terminaler, fravær av potensiell konkurranse, markedsmakt og forhandlingsstyrke på etterspørselsiden mv.

Telenor mener PT har lagt for stor og ensidig vekt på markedsandeler i SMP-vurderingen, og har anført at dette er rettslig uriktig. Telenor anfører at PT ikke har lagt tilstrekkelig vekt på at NetCom har ledig nettkapasitet som uten store kostnader er tilgjengelig i markedet. Det innebærer etter Telenors oppfatning at selskapet ikke har mulighet til å øke prisene uten samtidig å miste en merkbar andel av sine kunder til NetCom. Telenor kan følgelig ikke opptre i betydelig omfang uavhengig av konkurrenter og kunder.

Rent faktisk har det skjedd en endring i mobilmarkedet ved en forskyvning av markedsandeler (i betydningen antall mobilkunder) fra Telenor til NetCom. Dette har bakgrunn i at NetComs morselskap, TeliaSonera, ervervet Vollvik Gruppen høsten 2005¹. Endringene i markedsstyrke er reflektert i vedtaket og markedsanalysen er oppdatert. PT har således vurdert SMP med utgangspunkt i markedssituasjonen slik den forelå på vedtakstidspunktet.

Telenors reduksjon i markedsandel er karakterisert som en signifikant reduksjon i vedtaket. Overflytting av Chess/Sense' kunder fra Telenor Mobils nett til NetComs nett vil kunne medføre en reduksjon på nettverks-/grossistnivå fra ca. 70 pst. til ned mot 62-63 pst. for Telenor, mens NetCom kan øke markedsandelen tilsvarende opp til 37-38 pst². PT antar at etter ev. overflytting av kunder kommer Telenor fortsatt til å ha i overkant av 60 pst. markedsandel på nettverksnivå. Videre at Telenor fortsatt vil ha 56 pst. markedsandel i sluttbrukermarkedet. Innenfor en tidshorisont på 2-3 år fra vedtaket, regner PT med at Telenor Mobil neppe vil få et tap av markedsandel som bringer selskapet under 50 pst.

I spørsmålet av om vektleggingen av veksten i markedsandeler er avhengig av hvordan den finner sted, dvs. gjennom oppkjøp/foretakssammenslutninger eller ved organisk vekst, mener departementet at det i denne saken ikke er sentralt hva som er årsaken til veksten. Det sentrale er det reelle resultatet av markedsforskyvningen. En fusjonskontroll av den type konkurransemyndighetene i EØS/EU utøver, skjer ofte med bakgrunn i at ikke-organisk vekst (som oppkjøp/fusjon) i praksis vil utkrystallisere seg i form av endringer i markedsstruktur- og styrke. Departementet er derfor enig med Telenor i at hvorvidt TeliaSoneras økte markedsandeler skjer gjennom organisk vekst eller oppkjøp av konkurrenter, er av underordnet betydning for vurderingen i denne saken.

¹ Konkurransetilsynet avgjorde 31. oktober 2005 at konkurransemyndigheten ikke ville gripe inn overfor foretakssammenslutningen (TeliaSoneras erverv av Vollvik Gruppen).

² Telenor har i klagen estimert at NetCom vil få en markedsandel på nettverksnivå "på i underkant av 40 pst."

Av Kommisjonens Retningslinjer (2002/C165/03) pkt. 76 følger det at dersom markedsandelen ligger over 50 pst., skal det normalt mye til for at tilbyderen ikke anses å ha sterk markedsstilling.³ Dersom et foretak har en høy markedsandel som har vært stabil over tid, foreligger det en rettslig presumpsjon for at foretaket har sterk markedsstilling. At markedsandeler derfor er en viktig indikator i vurderingen av om et foretak har SMP er på denne bakgrunn uomtvistet. Det er også på det rene at markedsandeler alene ikke er tilstrekkelig for å avgjøre om en tilbyder har SMP-status, jf. Retningslinjene pkt. 79.

Det fremgår av PTs analyse at det er lagt betydelig vekt på Telenor Mobils høye markedsandel i vurderingen av foretakets markedsstilling. Imidlertid har PT også vurdert en rekke andre momenter som både isolert og i en mer helhetlig sammenheng tilsier at Telenor er SMP-tilbyder. Bl.a. er det pekt på at Telenor Mobil har et mobilnett med svært bra dekning i Norge, hvilket indikerer at selskapet har markedsstyrke og at mobilmarkedet har forholdsvis store etableringshindringer på nettverksnivå (høye ugjenkallelige kostnader knyttet til utbygging av infrastruktur) som gjør stordriftsfordelene til Telenor vesentlige. PT legger videre til grunn at Telenor Mobil har større stordriftsfordeler enn NetCom. Telenor er en hovedleverandør av innsatsfaktorer til NetCom gjennom sin posisjon som tilbyder av overføringskapasitet. Videre har Telenor en økonomisk styrke i det relevante markedet som gjør at selskapet i stor grad kan opptre uavhengig av NetCom og andre konkurrenter, kunder og sluttbrukere.

For departementet synes det klart at PTs vurderinger ikke ensidig knytter seg til en vektlegging av markedsandeler, som ville være en saksbehandlingsfeil som kunne ført til en oppheving av vedtaket. Det er en helhetlig skjønnsmessig vurdering av kriteriene for sterk markedsstilling som danner grunnlaget for subsumsjonen, og som etter PTs oppfatning gir en klar overvekt av hensyn i retning av at Telenor har SMP i marked 15. Departementet er ikke enig i at PTs subsumsjon/vektlegging av SMP-momentene er rettslig uriktige og dermed utgjør en saksbehandlingsfeil. På bakgrunn av denne foreløpige vurderingen fremstår det derfor ikke som lite trolig at vedtaket kan opprettholdes pga en saksbehandlingsfeil i forbindelse med SMP-utpekingen, noe som i så fall ville hatt til følge at det burde gis utsatt iverksetting.

Rettsvirkningen av utpekingen av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett, er at Telenor skal pålegges en eller flere særskilte forpliktelser med hjemmel i ekomloven § 3-4 jf. kapittel 4. Departementet antar derfor etter en foreløpig vurdering av SMP-spørsmålet at Telenor skal pålegges virkemidler i henhold til kapittel 4. Departementet kan ikke på den korte tiden som er til rådighet før beslutning om utsatt iverksetting skal avgjøres, ta stilling til virkemiddelbruken i en slik grad at det kan legges vekt på om det er trolig at klagen fører frem på dette punkt. Det fremstår derfor ikke på det

³ Dette følger bl.a. av sikker domstolspraksis fra EF-domstolen.

nåværende tidspunkt som så trolig at klagen vinner frem i spørsmålet om virkemiddelbruk, at det alene av denne grunn bør gis utsatt iverksetting.

3.2 Interesseavveiningen etter fol. § 42

Telenor har anført at de må igangsette omfattende og arbeidskrevende prosesser, blant annet i forbindelse med regnskapsmessig skille. Telenor kan ikke se at det er tungtveiende ulemper forbundet med å gi utsatt iverksettelse siden dagens regulering i så fall vil gjelde inntil klagen er endelig avgjort. Telenor viser i denne forbindelse til at PTs oppfatning om at gjeldende regulering er strengere enn regulering i henhold til vedtaket, tilsier at utsatt iverksettelse ikke vil ha negative følger for konkurransen i marked 15.

Det må foretas en interesseavveining mellom på den ene siden de byrder og forpliktelser Telenor påføres og på den andre siden hensynet til tredjeparter og de offentlige interesser av å gjennomføre vedtaket. Sentralt for interesseavveiningen er om vedtaket vil kunne gi skadevirkninger som er irreversible/ugjenopprettelige, vanskelige eller uforholdsmessig kostbart for klageren. Telenor har ikke fremlagt konkret informasjon om hvilke ulemper og/eller kostnader foretaket vil påføres ved at vedtaket trer i kraft umiddelbart, utover at det vil måtte igangsettes "omfattende og arbeidskrevende prosesser", bl.a. knyttet til regnskapsmessig skille.

I vurderingen av om Telenor påføres en irreversibel/ugjenopprettelig, vanskelig eller uforholdsmessig skade dersom det ikke gis utsatt iverksetting, har departementet lagt vekt på at Telenor ikke sannsynliggjør denne påstanden. Departementet har derfor ikke grunnlag for å anta at slike skader vil inntreffe dersom det ikke gis utsatt iverksetting.

Videre har departementet lagt vekt på at PT i vedtaket har gitt uttrykk for at de særskilte forpliktelser som pålegges Telenor i marked 15 samlet sett innebærer en lettelse for tilbyderer vurdert i forhold til gjeldende regulering. Departementet vurderer dette slik at eventuelle skadevirkninger for Telenor isolert sett vil oppveies av fordeler for selskapet totalt sett. Dette taler imot at vedtaket gis utsatt iverksetting. Videre vil hensynet til tredjeparter og til konkurransen i markedet etter departementets oppfatning være ivaretatt gjennom at reguleringen i PTs vedtak er spesielt tilpasset dagens markedssituasjon. Samfunnsmessige interesser skulle dermed være ivaretatt i forhold til tidligere reguleringssituasjon, noe som også taler imot at det gis utsatt iverksetting.

4 Konklusjon

Det kan konstateres at en nektelse av å imøtekomme anmodningen om utsatt iverksetting vil skape visse ulemper for Telenor, bl.a. knyttet til innføring av regnskapsmessig skille. Telenor har imidlertid ikke sannsynliggjort at en beslutning om å iverksette vedtaket før klageavgjørelsen er fattet, vil gi skadevirkninger som er irreversible, vanskelige eller uforholdsmessig kostbart for klageren å gjenopprette, slik at dette isolert gir grunnlag for å innvilge anmodningen. På prinsipielt grunnlag understreker departementet at ikke ethvert gjenopprettelsesbehov kan føre til at det skal gis utsatt iverksettelse.

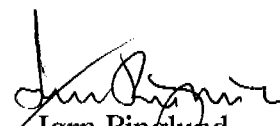
Samferdselsdepartementet legger videre særlig vekt på det ikke fremstår som så sannsynlig at klager får medhold i det grunnleggende spørsmålet om utpeking av sterk markedsstilling i marked 15 at dette fører til at det bør gis utsatt iverksetting. Hensynet til tredjeparter og sluttbrukere taler heller ikke for å beslutte utsatt iverksetting i dette tilfellet. Departementet legger derfor hovedregelen etter fvl. § 42 til grunn, det vil si at vedtaket ikke gis utsatt iverksetting.

Beslutning

Departementet finner etter en samlet avveining av hensynene at Telenors begjæring om utsatt iverksetting blir å avvise, jf. fvl. § 42. Post- og teletilsynets vedtak av 23. januar 2006 skal følgelig iverksettes i samsvar med vedtaket.

Med hilsen


Ottar Ostnes e.f.


Jørn Ringlund

Kopi til:

Post- og teletilsynet