



**DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Likelydende brev  
Se vedlagte liste

Delvis unntatt  
offentlighet  
§ 13 første ledd, jfr. fvl. §  
13 første ledd nr. 2

Deres ref

Vår ref  
10/1800- KAT/KSK/RHO

Dato  
06.04.2011

**Klage på Post- og teletilsynets vedtak av 050810 - Markedet for tilgang og  
originering i mobilnett, tidligere marked 15**

Det vises til klage fra Telenor Norge AS (Telenor) datert 26. august 2010, og til klager fra Network Norway AS (Network Norway), TDC AS (TDC), Tele2 Norge AS (Tele2) og Ventelo AS (Ventelo) datert 27. august 2010. Klagene gjelder Post- og teletilsynets (PT) vedtak 5. august 2010 om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (heretter kalt markedet for tilgang og originering i mobilnett, tidligere marked 15).

Videre vises det til Post- og teletilsynets innstilling i klagesaken oversendt 29. oktober 2010. TDC, Tele2 og Network Norway har inngitt kommentarer til innstillingen, henholdsvis 12. november 2010 fra TDC, og 15. november 2010 fra Tele2 og Network Norway.

Post- og teletilsynet fattet vedtak om endring av ovennevnte vedtak 29. oktober 2010. Endringen gjaldt Telenors plikt til rapportering av regnskapsmessig skille. TDC har ved brev 15. november 2010 påklaget vedtaket. Det vises til tilsynets innstilling i klagesaken 25. november 2010.

Samferdselsdepartementet har forespurt klagerne om å gi innspill til Post- og teletilsynets prinsipputtalelse om at ikke-diskrimineringsplikten understøttet av kravet til regnskapsmessig skille ikke er omfattet av tilbakebetalingsplikten, jf. ekomloven § 10-12. Telenor, TDC, Network Norway og Tele2 ga sine innspill til departementet 26. januar i år.

## **1. BAKGRUNN**

I lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) §§ 3-2 og 3-3 er Post- og teletilsynet pålagt å definere relevante produkt- og tjenestemarkeder og geografiske markeder i henhold til EFTA Surveillance Authority (ESA) anbefaling om relevante markeder (Anbefalingen)<sup>1</sup>, foreta markedsanalyser og identifisere om tilbydere har sterk markedsstilling. Tilbydere som utpekes med sterk markedsstilling skal etter ekomloven § 3-4 pålegges minst én av de særlige forpliktelsene etter ekomloven kapittel 4.

### **1.1 Tidligere vedtak i marked 15**

Post- og teletilsynet fattet 23. januar 2006 første gang vedtak om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Telenor ble i samme vedtak ilagt særskilte forpliktelser. Vedtaket ble pålagt av Telenor. Samferdselsdepartementet fattet vedtak i klagesaken 6. oktober 2006, hvor Telenor ble pålagt å gi tilgang til nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering, samt plikt til ikke-diskriminering med hensyn til pris og andre vilkår. Telenor ble også pålagt å utarbeide standardavtaler for alle tilgangsformer for publisering på selskapets nettside. For at Post- og teletilsynet skulle kunne følge opp kravet til ikke-diskriminerende MVNO-tilgang, ble Telenor pålagt å rapportere regnskapsmessig skille. Nasjonal gjesting skulle videre tilbys til en pris basert på pris-minus. Samlokalisering skulle tilbys til kostnadsorienterte priser.

### **1.2 Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010**

Markedet for tilgang og originering i mobilnett ble tatt ut av Anbefalingen da ESA publiserte sin reviderte anbefaling over relevante markeder 5. november 2008. I tråd med anbefalingen, har Post- og teletilsynet gjennomført en markedsanalyse, herunder foretatt en tre-kriterietest for å avdekke hvorvidt markedet for tilgang og originering i mobilnett fremdeles kvalifiserer for sektorspesifikk ex ante regulering i Norge.

Post- og teletilsynet fattet vedtak 5. august 2010 om at Telenor har sterk markedsstilling i markedet for tilgang og originering i mobilnett. Telenor ble pålagt særskilte forpliktelser med hjemmel i ekomloven § 3-4, jf. kapittel 4. Fra Post- og teletilsynets vedtak hitsettes;

---

<sup>1</sup> EFTA Surveillance Authority Recommendation of 5 November 2008 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with the Act referred to at point 5cl of Annex XI to the EEA Agreement (Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services), as adopted by Protocol 1 thereto and by the sectoral adaptations contained in Annex XI to that Agreement.

**Tilgang.** "Med hjemmel i ekomloven §§ 4-1 første ledd pålegges Telenor å i møtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang innenfor markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige kommunikasjonsnett".

**Ikke-diskriminering.** "Med hjemmel i ekomloven § 4-7 pålegges Telenor å ikke diskriminere med hensyn til pris og alle andre vilkår for tilgang for nasjonal gjesting, MVNO-avtaler og samlokalisering. For å være tilstrekkelig effektivt, mener PT at et krav om ikke-diskriminering må gjelde mellom eksterne virksomheter (ekomloven § 4-7 første ledd) og mellom egne og eksterne virksomheter (§ 4-7 annet ledd)."

**Offentliggjøring og standardavtaler.** "Med hjemmel i ekomloven § 4-6 pålegges Telenor å utarbeide standardavtaler for nasjonal gjesting, MVNO-avtale og samlokalisering. Med hjemmel i § 4-6 pålegges Telenor å offentliggjøre standardavtalene."

**Regnskapsmessig skille.** "Med hjemmel i ekomloven § 4-8 Pålegges Telenor å utarbeide et regnskapsmessig skille for sin mobilvirksomhet i Norge, mellom nettverksvirksomheten og sluttbrukervirksomheten. Det regnskapsmessige skillet skal gi grunnlag for å kontrollere at forbudet mot prisdiskriminering ovenfor MVNO-tilbydere og tilbydere som kjøper nasjonal gjesting overholdes. I rapporteringen skal datatrafikk skilles ut slik at Telenor ASA kan dokumentere at prisene for dette særskilte produktet er i tråd med kravet til ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet."

### 1.3 Klager og endringsvedtak

Telenor påklaget 26. august 2010 vedtaket. TDC, Ventelo, Network Norway og Tele2 påklaget vedtaket 27. august 2010. Etter mottak av Telenors klage har tilsynet hatt en dialog med Telenor vedrørende forståelsen av forpliktelsen om regnskapsmessig skille. Post- og teletilsynet fattet 29. oktober 2010 vedtak om endring av Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 – rapportering av regnskapsmessig skille. Tilsynet endrer i dette vedtaket tidspunktet for når det skal benyttes reviderte og oppdaterte fordelingsnøkler.

Samferdselsdepartementet mottok kommentarer til innstillingen fra TDC, Tele2 og Network Norway, henholdsvis 12. og 15. november 2010. Vedlagt kommentarer fra Tele2 og Network Norway fulgte en rapport fra Fjell, Foros og Steen<sup>2</sup>. TDC har som eneste selskap påklaget endringsvedtaket ved klage 15. november 2010.

## 2. KLAGERNES ANFØRSLER

I det følgende gjengis kun en overordnet oppstilling av klagerens anførsler. Det vises til en mer utførlig gjengivelse under departementets vurdering i kapittel 4 til 8.

---

<sup>2</sup> Fjell, Foros og Steen, Tilgangsregulering i det norske mobilmarked: Ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille, november 2010.

## 2.1 Telenor

Telenor er ikke enig i tilsynets konklusjon om at de tre kriteriene for forhåndsregulering etter ekomloven er oppfylt, og mener at vedtaket er materielt uriktig på dette punktet. Det er kriterium 2 (markedet tenderer ikke mot bærekraftig konkurranse) som etter Telenors mening ikke er oppfylt. Telenor påklager i tillegg utpekingen av selskapet som tilbyder med sterk markedsstilling.

Subsidiært påklager Telenor pålegget om regnskapsmessig skille for tilgang til nasjonal gjesting og MVNO. Telenor mener at vedtaket på disse områdene er i strid med hjemmelsgrunnlaget og basert på et uriktig skjønn. I tillegg har Post- og teletilsynet ikke utredet faktiske omstendigheter og ikke begrunnet vedtaket tilstrekkelig. Telenors hørings svar 30. november 2009 samt en rapport utarbeidet av Copenhagen Economics<sup>3</sup> på oppdrag fra Telenor, vedlagt hørings svaret, er en del av klagen.

Telenor har ikke påklaget Post- og teletilsynets endringsvedtak 29. oktober 2010.

## 2.2 Network Norway

Network Norway støtter Post- og teletilsynet i at markedet oppfyller vilkårene for ex ante-regulering og at Telenor har sterk markedsstilling. Network Norway fremholder at vedtaket må endres slik at det fremgår klarere hvordan riktig tilgangspris skal beregnes slik at det kan fastsettes riktig tilgangspris basert på ikke-diskrimineringsplikten og pålegges retting jf. ekomloven § 10-6. Ikke-diskrimineringskravet må presiseres, og prinsippene for rapporteringen av regnskapsmessig skille må utvides til å omfatte opplysninger om Telenors reelle internpris. Det anføres videre at vedtaket må utvides med konkrete beskrivelser av metode(r) for å beregne om det foreligger prisklemme.

## 2.3 Tele2

Tele2 er enig i at markedet oppfyller vilkårene for ex ante-regulering og at Telenor har sterk markedsstilling. Selskapet påklager utformingen av forpliktelsene om ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille. Det fremholdes at forpliktelsene må utformes slik at Telenors reelle internpris kan beregnes. Videre mener Tele2 at prisklemmer må defineres i vedtaket slik at det fremgår tydelig når prisklemmer foreligger, spesielt for sammenhengen mellom tilgangspris og termineringspris. Tele2 mener også at Post- og teletilsynet må innføre en pristaksregulering slik at kravene til ikke-diskriminering og marginskvis faktisk blir overholdt.

## 2.4 TDC og Ventelo

TDC er enige i at markedet oppfyller vilkårene for ex ante-regulering og at Telenor har sterk markedsstilling. TDC er i prinsippet enige i tilsynets virkemiddelbruk, men er

---

<sup>3</sup> Foros og Steen 2010, The Norwegian Mobile Market: How to achieve more facility-based competition: The role of Price Regulation.

likevel av den oppfatning at utformingen av ikke-diskrimineringskravet og regnskapsmessig skille ikke er tilstrekkelig egnet til å hindre konkurranseskadelig atferd. Selskapet mener at tilsynet må presisere ikke-diskrimineringskravet ytterligere, og påklager dessuten utformingen av forpliktelsene om regnskapsmessig skille. TDC mener også at det bør være en kobling mellom kravet om ikke-diskriminering og prisregulering i marked 7. Ventelo har i sin helhet sluttet seg til TDCs klage.

TDC har i tillegg påklaget Post- og teletilsynets endringsvedtak ettersom dette gir en mer lempelig regulering av Telenor.

### 3. REGULATORISK RAMMEVERK – KORT OM RETTSLIG UTGANGSPUNKT

I 2002 vedtok Den Europeiske Union følgende fem direktiver: rammedirektivet, tilgangsdirektivet, tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og kommunikasjonsvern-direktivet. Direktivene utgjør EUs regulatoriske rammeverk for elektroniske kommunikasjon. Nevnte direktiver ble innlemmet i EØS-avtalen med virkning fra 1. november 2004. Direktivene er implementert i norsk rett gjennom lov om elektronisk kommunikasjon 4. juli 2003 med tilhørende forskrifter, her særlig forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste 16. februar 2004. Det regulatoriske rammeverket legger grunnlaget for harmonisering innen ekom-sektoren 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.”*

I tillegg til det grunnleggende formål i § 1-1 er det oppstilt en spesiell formålsbestemmelse i § 3-4 tredje ledd. Bestemmelsen slår fast relevante hensyn ved bruk av særskilte virkemidler:

*”Plikter etter første og annet ledd som pålegges i det enkelte tilfelle skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet. Myndigheten kan endre pålagte plikter.”*

Det følger av ekomloven at relevante markeder skal defineres, jf. ekomloven § 3-2, tilbydere med såkalt ”sterk markedsstilling” skal eventuelt utpekes, jf. ekomloven § 3-3 for deretter å ilegges særskilte forpliktelser, jf. ekomloven § 3-4. Det er i alt åtte aktuelle virkemidler som bestemmelsen i § 3-4 viser til. 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"*.

Det følger av ovennevnte bestemmelser at definering av relevante markeder, markedsanalysen og utpeking av aktør med sterk markedsstilling skal skje i henhold til:

- EFTA Surveillance Authority (ESA) anbefaling om relevante markeder som trådte i kraft 5. november 2008.<sup>4</sup> ESAs anbefaling tilsvare EU-kommisjonens anbefaling 17. desember 2007.<sup>5</sup>
- Retningslinjer fra ESA av 14. juli 2004 for markedsanalyse og vurdering av sterk markedsstilling<sup>6</sup> (Retningslinjene).
- 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"*.

Dokumentene er fulgt opp i Post- og teletilsynets reviderte metodedokument datert 11. juni 2009.

- Metode for markedsanalyse: Markedsanalyser og utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling i det norske markedet for elektronisk kommunikasjon 11. juni 2009 (Metodedokumentet).

### **3.1 EØS-regulering - ekompakken**

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. 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 (vetoett). Dette gjelder ved utpeking eller tilbaketrekking av tilbyder med sterk markedsstilling, og ved definering av nye markeder.

---

<sup>4</sup> Se fotnote 1.

<sup>5</sup> Commission Recommendation of 17 December 2007 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services.

<sup>6</sup> EFTA Surveillance Authority Guidelines 14/07/2004.

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 EU/EØS-området, og tar et visst hensyn til uttalelser fra ESA i klagebehandlingen av Post- og teletilsynets markedsregulering.

### 3.2 Relevante føringer fra vedtak i tidligere klagesaker

Målet om å få etablert et tredje mobilnett som kan være en fullverdig konkurrent til dagens to nettilbydere, NetCom og Telenor, har lenge vært sentralt i norsk telepolitikk. Samferdselsdepartementet uttalte allerede i St.meld. nr. 32 (2001-2002) om situasjonen i den norske mobilmarknaden vedrørende en utvikling mot bærekraftig konkurranse at *"For å få til ei slik utvikling i den norske mobilmarknaden, ser Samferdselsdepartementet det som ei hovudutfordring å leggje tilhøva til rette for at det vert etablert fleire reelt konkurransedyktige verksemdar som er mest mogleg uavhengige av kvarandre"*.

Denne uttalelsen ble videre fulgt opp i Samferdselsdepartementets vedtak 6. oktober 2006 *"målsettingen med regulering i mobilmarkedet er å bidra til langsiktig infrastrukturkonkurranse, dvs. parallelle nett. Dette vil føre til markedsformer som vil klare seg uten omfattende sektorregulering"*.

I klagevedtak 19. mai 2009 i termineringsmarkedet understreket departementet også betydningen av et tredje nett for å oppnå bærekraftig konkurranse. I nevnte vedtak ble det derfor lagt opp til en asymmetrisk regulering av termineringsprisene for å bidra til utbygging av et fullverdig tredje mobilnett.

Samferdselsdepartementet behandler klagesaker i både originerings- og termineringsmarkedet. Det kan i den forbindelse også være på sin plass å nevne at departementet også har uttalt seg om forholdet mellom disse markedene. I vedtak overfor Telenor 13. februar 2008 skrev departementet i kapittel 4.2.2:

*"Samferdselsdepartementet støtter tilsynets vurdering av at det i dette tilfellet ved reguleringen av marked 16, kan være relevant å ta i betraktning konsekvensene for konkurransesituasjonen og forutsetningene i marked 15. Dette skyldes blant annet den nærstående sammenheng i konkurransesituasjonen disse to markedene imellom. Departementet mener en slik regulering vil medvirke til å legge forholdene til rette for bærekraftig konkurranse, og dermed er i samsvar med formålsbestemmelsen i ekomloven"*.

Samferdselsdepartementet mener fortsatt at regulering av originering og terminering i mobilnett må ses i sammenheng. Konkurranseproblemene skal primært avhjelpes i det enkelte marked, men på den annen side må de valgte virkemidlene samordnes slik at de trekker i samme retning og ikke motvirker hverandre.

#### 4. RETTSLIG KLAGEINTERESSE

Samferdselsdepartementet viser til Telenors kommentarer 22. september 2010, hvor Telenor påpeker at selskapet ikke nødvendigvis er enige i at Network Norway, TDC, Tele2 og Ventelo har klagerett. Dersom vilkårene for å behandle en klage ikke foreligger, skal klageinstansen avvise saken, jf. forvaltningsloven § 34 første ledd.

Etter forvaltningsloven kan enkeltvedtak påklages av en part eller annen med *"rettslig klageinteresse"*, jf. § 28 første ledd. Det følger av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e) at en part er den en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder. Departementet legger til grunn at vedtaket retter seg mot Telenor idet selskapet utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegges særskilte forpliktelser i vedtaket. Departementet finner ikke at vedtaket retter seg mot Network Norway, TDC, Tele2 eller Ventelo, fordi disse aktører verken pålegges plikter eller gis direkte rettigheter i medhold av vedtaket. Disse aktørene anses derfor ikke for å være parter i saken. Spørsmålet blir derfor om disse selskapene har rettslig klageinteresse.

I følge forvaltningsrettslig teori anses rettslig klageinteresse å foreligge dersom klagers interesse *"har slik art og styrke at det er rimelig å gi ham et rettskrav på å få vedtaket overprøvet"*<sup>7</sup>. Det samme gjelder der *"avgjørelsen kan få en viss praktisk-økonomisk betydning"*<sup>8</sup>. Det er således ikke nødvendig at vedtaket har rettslige konsekvenser for klageren. I Lovavdelingens uttalelse i JDLOV-2006-5522, fremholdes det at uttrykket *"rettslig klageinteresse"* som et utgangspunkt må tolkes til å *"omfatte minst det samme som uttrykket "rettslig interesse" i tvistemålsloven § 54. Utgangspunktet er at klageren har rettslig klageinteresse dersom han har en viss aktuell tilknytning til saken og saksutfallet. Klagerens interesse i saken må ha en slik art og styrke at det er rimelig å gi klagerett"*.

I ny tvistelov benyttes ikke begrepet *"rettslig interesse"*, men erstattes blant annet av formuleringen *"et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte"*, jf. tvisteloven § 1-3. Selv om kriteriet *"rettslig interesse"* er utelatt fra lovteksten i ny tvistelov, innebærer dette ikke noen realitetsendring i forhold til tidligere tvistemålslov. Det fremgår av forarbeidene til ny tvistelov at siktemålet ved utformingen primært var en videreføring av kravet til rettslig interesse, slik dette er blitt fastlagt gjennom rettspraksis, og at hensikten med omformuleringen særlig var å gjøre reglene mer tilgjengelige.

Lovavdelingen uttaler videre i JDLOV-2006-5522 at; *"I Høyesteretts kjæremålsutvalg har i saker om tolking av kravet til "rettslig interesse" i tvistemålsloven § 54 uttalt at lovgrunnlaget må dekke den interesse saksøker grunner kravet sitt på, jf. Rt-1982-908 og Rt-1996-1051. Det kan ikke legges til grunn at dette kravet gjelder tilsvarende etter forvaltningsloven, men en slik interesse vil trekke i retning av at det foreligger rettslig klageinteresse. Vi viser til Backer, Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage s. 102 flg.,*

<sup>7</sup> Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 8. utgave, 5. avsnitt s. 279.

<sup>8</sup> Ibid, s 248.



særlig på s. 106-107 (med henvisning bl.a. til Lovavdelingens uttalelse i jnr. jnr. 3727/79 (JDLOV-1979-3727)) og s. 112, samt Lovavdelingens uttalelse i brev 7. mars 1995 til Finansdepartementet (snr. 1994/1027 dnr. 3)".

Klageadgangen burde derfor være så vid at den tillater at de som kan få brakt saken inn for domstolene, får prøvet en forvaltningsklage først. Som hovedregel antas den "rettslige klageinteresse" etter forvaltningsloven § 28 første ledd, å gå minst like langt som den rettslige søksmålsinteressen etter tvisteloven § 1-3.

#### **4.1 Network Norway, TDC, Tele2 og Ventelos klagerett**

Network Norway, TDC, Tele2 og Ventelo hevder at de har en slik aktuell interesse og tilknytning til saken at vilkåret i forvaltningsloven § 28 første ledd om "rettslig klageinteresse" er oppfylt. Spørsmålet er om vedtaket får en slik virkning for disse aktørene at det på annen måte må anses direkte å gjelde dem.

Det legges til grunn at Post- og teletilsynets vedtak får innvirkning på rammevilkårene for tilgangsavtaler i det relevante markedet. Network Norway, TDC og Ventelo har inngått henholdsvis, nasjonal gjestingsavtale og MVNO avtale med Telenor. Tilsynet har tillagt konkurranseforholdene vekt ved avgrensing av klageadgang, i tråd med uttalelser i tidligere klagesaker<sup>9</sup>. En slik tilnærming kan også utledes av Lovavdelingens uttalelse i JDLOV-2006-5522, hvor det uttales at "Konkurranseforhold kan etter omstendighetene være en tilstrekkelig tilknytning til saken. Tilknytningen ligger i at en offentlig tillatelse til næringsvirksomhet vil endre konkurranseforholdene til næringsaktører som driver samme næring i samme marked".

Samferdselsdepartementet legger vekt på at Network Norway, TDC og Ventelo har en tilknytning til saken i og med at de er konkurrerende aktører i det relevante nedstrømsmarkedet, samt at selskapene kjøper tilgang fra Telenor. Vedtaket vil således kunne få betydning for de rammevilkår som oppstilles for avtaleinngåelsen mellom partene i det relevante marked. Det legges derfor til grunn at klagerne har en slik tilknytning til vedtaket og saksutfallet at klagerens interesse i saken er av en slik art og styrke at det er rimelig å gi dem klagerett. I sum medfører dette at vilkåret i forvaltningsloven § 28 første ledd om "rettslig klageinteresse" er oppfylt.

#### **4.2 Tele2s klagerett**

Det vises til det som fremkommer ovenfor når det gjelder konkurransesituasjon som relevant moment i vurderingen av om Tele2 har tilstrekkelig tilknytning til saken til at det foreligger "rettslig klageinteresse". Når det gjelder Tele2, må det også legges vekt på at Tele2 er en betydelig konkurrerende aktør i det relevante nedstrømsmarkedet, og at Tele2 har en aktuell interesse i saksutfallet og til de rammevilkår som oppstilles i vedtaket.

---

<sup>9</sup> Jf. Samferdselsdepartementet vedtak 20. april 2006 samt Samferdselsdepartementet vedtak 15. februar 2007.

Tele2 kjøper per i dag ikke tilgang fra Telenor i grossistmarkedet, og vedtaket har på det grunnlag ingen direkte virkning for Tele2. Det kan imidlertid ikke utelukkes at Tele2 trer ut av sitt avtaleforhold med NetCom, og derfor presumptivt antas å kunne inngå en tilgangsavtale med Telenor. Samferdselsdepartementet mener videre det er grunn til å legge vekt på at selskapet gjennom eierskapet i Mobile Norway er en konkurrent til Telenor i grossistmarkedet. Vedtaket vil således få innvirkninger på konkurranseforholdet i grossistmarkedet. Departementet legger til grunn at Tele2s eierskap i Mobile Norway, medfører en aktuell og kvalifisert interesse av utfallet i saken. I sum taler disse interesser for at Tele2 også har slik aktuell interesse og tilknytning til saken at vilkåret i forvaltningsloven § 28 første ledd om "*rettslig klageinteresse*" er oppfylt. Departementet legger følgelig til grunn at også Tele2 har rettslig klageinteresse i saken.

## 5. TRE-KRITERIE-TESTEN

Som nevnt i kapittel 1, er markedet for tilgang til og originering i mobilnett, tidligere marked 15, tatt ut av ESAs Anbefaling. For at et marked som er tatt ut av Anbefalingen skal vurderes med hensyn til sterk markedsstilling og eventuell ex ante-regulering, må følgende tre vilkår angitt i Anbefalingens avsnitt to være oppfylt (tre-kriterietesten):

1. Det må foreligge høye og varige etableringshindringer i det aktuelle marked.
2. Markedet må ha egenskaper som gjør at det ikke beveger seg mot effektiv konkurranse innenfor det relevante tidsrom.
3. Anvendelse av EØS-konkurranserettens regler, det vil si alminnelig konkurranserett, er ikke tilstrekkelig til å avhjelpe det faktiske konkurranseunderskudd i markedet.

Kriteriene er kumulative, det vil si at alle tre vilkår må være tilstede for at et marked skal kunne kvalifisere for sektorspesifikk (ex ante) regulering. Vurderingen av hvorvidt de tre kriteriene er oppfylt skal ta utgangspunkt i en "modified greenfiled approach". Det innebærer at kriteriene skal vurderes under en forutsetning om at det aktuelle relevante markedet ikke var underlagt ex ante regulering.

Departementet vil for øvrig understreke at tre-kriterietesten og analysen av sterk markedsstilling er to distinkte analytiske verktøy som gir svar på ulike spørsmål, og som ikke kan erstatte hverandre innbyrdes. Dette har blant annet betydning for innholdet og rekkevidden av de konklusjoner som tilsynet fremmer i sine vurderinger i de enkelte analyser.

I det følgende vil Samferdselsdepartementet vurdere om markedet for tilgang til og originering i mobilnett har egenskaper som gjør at det ikke beveger seg mot bærekraftig konkurranse og således om tre-kriterietesten er oppfylt under norske forhold.

Vurderingen er fremoverskuende og det legges til grunn en tidshorisont på ett og et halvt til to år, jf. Post og teletilsynets markedsanalyse punkt 16.

### 5.1 Avgrensning av Telenors klage hva gjelder tre-kriterietesten

Telenor er ikke enig i Post- og teletilsynets konklusjon om at de tre kriteriene for forhåndsregulering er oppfylt og er av den oppfatning at vedtaket er uriktig på dette punktet. Telenor har uttalt at *"dette gjelder særlig kriterium to under tre-kriterietesten – markedet tenderer ikke mot bærekraftig konkurranse – som etter Telenors oppfatning ikke er oppfylt"*. Telenor viser videre til at høringssvaret og rapporten fra Copenhagen Economics er en del av klagen. Telenor anser det ikke hensiktsmessig eller effektivt å gjenta innholdet i disse dokumentene, og gir kun en overordnet gjennomgang i sin klage.

Klageinstansens kompetanse til å overprøve det påklagede vedtak, følger av forvaltningsloven § 34 annet ledd hvor det forutsettes at *"klageinstansen kan prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter"*. Videre skal klageinstansen *"vurdere de synspunkter klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham"*. Selv om klageinstansen ikke kan anses bundet av klagerens anførsler, påstander eller til den påklagde del av vedtaket, legges det til grunn at man i hovedsak må forholde seg til de sider av underinstansens vedtak som er direkte påklaget, jf. forvaltningsloven § 32 første ledd bokstav d, herunder de argumenter klageren har gjort gjeldende i saken, jf. § 34 annet ledd annet punktum.

Telenor har ikke fremmet noen selvstendige anførsler vedrørende kriterium 1 eller 3 slik klagen er fremlagt for departementet. Det foretas ingen overordnet gjennomgang av forhold som vedrører kriterium 1 eller 3 i Telenors klage, tilsvarende det som anføres med hensyn til kriterium 2. Rapporten utarbeidet av Copenhagen Economics avgrenses også mot kriterium 1 og 3.

Samferdselsdepartementet viser videre til at Post- og teletilsynet i sin innstilling kun har henvist til kapittel 3.2 og 3.4 i resultat av høringen (vedlegg 2 til tilsynets vedtak) når det gjelder vurderingen av kriterium 1 og 3 i tre-kriterietesten.

Både rapporten fra Copenhagen Economics og Telenors høringssvar er fremlagt for førsteinstansen for vurdering basert på tilsynets utkast til vedtak, dvs. før endelig vedtak er fattet. Tilsynet har funnet grunnlag for å endre på deler av konklusjonen som fremgikk av utkastet til vedtak i det endelige vedtaket, basert på blant annet det som fremkom i høringen og i rapporten. Telenor må som profesjonell part selv vurdere i hvilken grad de tidligere fremlagte påstander har ført frem, og i hvilken grad disse gjør seg gjeldende i en senere klage. Videre må Telenor ta stilling til de sider av vedtaket som ønskes påklaget og angi hvilken dokumentasjon og argumentasjon som underbygger deres påstander.

Når det gjelder Telenors anførsler i forbindelse med tre-kriterietesten, vil departementet således vurdere om kriterium 2 i tre-kriterietesten er oppfylt under norske forhold. Telenors høringssvar og rapporten fra Copenhagen Economics vil bli gjort til en del av denne vurderingen i den grad disse knyttes opp mot kriterium 2 i tre-kriterietesten.

## **5.2 Vurdering av om markedet beveger seg mot bærekraftig konkurranse**

Samferdselsdepartementets vurdering av kriterium 2 er delt i tre, vurdering av priser og prisutvikling, produkt differensiering og til slutt antatt markedsutvikling.

### **5.2.1 Priser og prisutvikling**

Telenor viser til at tilsynet har konkludert med at nettselskapene ikke har beskrankninger på kapasitet, og at begge de to store aktørene vil kunne redusere tilgangsprisen for å få trafikk i sine respektive nett. Post- og teletilsynet har likevel vurdert det som sannsynlig at en slik atferd, det vil si hvor markedsaktørene reduserer prisen, ikke er et uttrykk for konkurranse, men strategisk prising i *"den begrensede perioden hvor et tredje landssekkende nett er under etablering"*. Telenor hevder at tilsynet baserer seg på en antagelse om markedsaktørenes subjektive hensikter. Telenor mener Post- og teletilsynet i stedet er forpliktet til å basere seg på påviste faktiske forhold i sine analyser.

Telenor savner også en forklaring på hvorfor betydelig fallende sluttbrukerpriser over lang tid ikke skyldes konkurranse. Telenor er ikke enig i at reduserte grossistpriser skyldes eksisterende sektorspesifikke eller konkurranserettslige forpliktelser. Telenor viser i den sammenheng til at det ikke er påvist en klar sammenheng mellom prisendringer i sluttbrukermarkedet og grossistmarkedet. Telenor mener å ha dokumentert at konkurransen har ført til grossistpriser på et nivå som gir mer enn tilstrekkelig margin mellom grossistpriser og sluttbrukerpriser. Dette viser at det ikke er ekomregulering som kan være årsak til prisreduksjonene, men en konkurranse om å selge kapasitet.

Samferdselsdepartementet viser til Post- og teletilsynets analyse av prisutviklingen på grossistnivå i markedsanalysens kapittel 4.2.6.2. Her gjør tilsynet rede for bakgrunnen for at tilsynet har konkludert med at *"prisreduksjonene ikke gir tilstrekkelig sikkerhet for at markedet for tilgang og originering i mobilnett vil bevege seg mot bærekraftig konkurranse uten sektorspesifikk regulering"*.

Samferdselsdepartementet merker seg at prisutviklingen på grossistproduktene har vært positiv. Det faktum at prisene for MVNO- og tjenesteleverandørtilgang har gått nedover i parallell sammen med nedgangen i termineringsprisene, har imidlertid gjort at det har blitt relativt mer lønnsomt å være tjenesteleverandør enn MVNO i løpet av de siste årene.

Det er vanskelig å skille mellom prisendringer som skyldes konkurranse og endringer som skjer på grunn av regulatoriske forhold. Samferdselsdepartementet finner

imidlertid at Post- og teletilsynet tar dette inn over seg i analysen, og at tilsynet har en balansert fremstilling. Bakgrunnen for departementets vurdering er først og fremst at beregninger i LRIC-modellen viser at Telenor og NetComs kostnader ligger betydelig under det som tilbys i tilgangsavtalene. Dette indikerer at konkurransen i dette markedet ikke er sterk nok til å drive ned marginene for de to store nettilbyderne. Samferdselsdepartementet konkluderer derfor med at prisnedgangen i markedet først og fremst skyldes regulatoriske forhold og ikke konkurransen i seg selv.

Når det gjelder Telenors anførsel vedrørende reduserte sluttbrukerpriser, viser Samferdselsdepartementet til figur 4 i markedsanalysen som viser fallende sluttbrukerpriser i perioden fra 2001 til 2010. Departementet er enig i at reduserte priser i utgangspunktet vil kunne være en indikasjon på konkurranse i det relevante markedet. På den annen side er økt konkurranse om sluttkundene ikke det samme som at det er en utvikling mot fungerende konkurranse i grossistmarkedet. Grossistmarkedet har over lang tid hatt en regulering som sikrer tilgang for nye tilbydere i markedet. Det er etter departementets oppfatning videreselgere, MVNOer og nye nettilbydere som det siste tiåret i det vesentlige har vært pådrivere for priskonkurransen i sluttbrukermarkedet. Dersom vilkårene for disse aktørene endres i negativ retning gjennom å fjerne reguleringen, vil dette true deres markedsposisjon. Dette medfører en betydelig risiko for at konkurransen i markedet kan bli negativt påvirket dersom reguleringen fjernes på det nåværende tidspunkt.

Når det gjelder prisutviklingen i grossistmarkedet, virker denne å henge tett sammen med regulatoriske føringer. Samferdselsdepartementet kan derfor ikke se at det er tegn på bærekraftig og ikke regulatorisk styrt konkurranse i det relevante markedet.

### **5.3 Produktdifferensiering**

Telenor er videre uenig i tilsynets konklusjoner om at aktører med landsdekkende nett har særegne muligheter til produktdifferensiering i sluttbrukermarkedet, herunder muligheter til å tilby on-net produkter. Det vises til at MVNOer, aktører med nasjonal gjesting og aktører med landsdekkende nett har de samme tekniske forutsetninger for å produsere egne sluttbrukertjenester. Disse kan også differensiere sine tilbud i markedet, da det er tilstrekkelig margin i grossistmarkedet for å tilby konkurranse-dyktige on-net produkter. Telenor fremholder videre at tilsynet ikke har vurdert eller vektlagt at høy utviklingstakt av nye produkter og tjenester tvert imot er et tegn på konkurranse i markedet.

Samferdselsdepartementet viser til forskjellene i produksjonskostnader mellom de to landsdekkende nettilbyderne og øvrige mobiltilbydere. Ulik kostnadsstruktur vil nødvendigvis påvirke de ulike typene mobilaktørers mulighet til å tilby for eksempel on-net-produkter. Tilbydere som baseres seg på MVNO-tilgang eller nasjonal gjestings-tilgang vil ha høyere marginalkostnad enn Telenor og NetCom da de enten betaler tilgangspris for alle solgte minutter (MVNO) eller for en andel av solgte minutter

(nasjonal gjesting), jf. Foros, Fjell og Steen 2010. Departementet understreker at det ikke er de tekniske forutsetningene som gjør det mindre lønnsomt for konkurrenter uten landsekkende nett å tilby on-net produkter, men tilgangsprisene. Departementet er dermed enig med Post- og teletilsynet i at Telenor (og NetCom) har særegne muligheter til å produkt differensiere i sluttbrukermarkedet.

Når det gjelder Telenors anførsel om tilsynets manglende vektlegging av høy utviklingstakt som indikasjon på konkurranse, viser departementet til Post- og teletilsynets uttalelse i markedsanalysen (punkt 382) om at mobilmarkedet er preget av hurtig teknologisk utvikling. Det som imidlertid understrekes i tilsynets analyse er at de etablerte tilbyderne bruker muligheten den teknologiske utviklingen gir til å differensiere sine sluttbrukerprodukter på en måte som er egnet til å skape asymmetriske konkurransevilkår mellom de etablerte netteierne og de ulike kjøperne av tilgang til mobilnett. Den teknologiske utviklingen synes dermed ikke å bidra til å senke etableringsbarrierene og øke markedsdynamikken i vesentlig grad innenfor denne analysens tidshorison. Tilsynets samlede vurdering og vektlegging av høy utviklingstakt fremstår etter Samferdselsdepartementet oppfatning dermed som riktig.

### 5.3.1 Markedsutviklingen

Telenor viser særlig til at Post- og teletilsynets ikke har tatt hensyn til de faktiske forhold som Telenor har understreket i sitt høringssvar og i rapporten fra Copenhagen Economics når det gjelder vurdering av kriterium 2 i tre-kriterietesten. Telenor hevder på generelt grunnlag at Post- og teletilsynet har valgt en norm for når regulering er nødvendig, som avviker fra øvrige land. Telenor viser til at tilsynet har lagt avgjørende vekt på antall landsdekkende nett og markedsandeler. Telenor er enige i at dette er relevante momenter. Telenor mener imidlertid at man ikke ut i fra markedsandeler alene eller ved å telle antall landsdekkende nett, kan avgjøre om det er nødvendig å regulere et marked.

Telenor understreker videre at det ikke er de som skal bevise at det er konkurranse, men at det er Post- og teletilsynet som må påvise at markedet ikke tenderer mot konkurranse. En slik påvisning må etter Telenors oppfatning basere seg på faktiske forhold og ikke konstruerte scenarier.

Telenor anfører på dette grunnlag at Samferdselsdepartementet må fatte nytt vedtak. Subsidiært dersom saken ikke anses for tilstrekkelig utredet, returnere saken for ny behandling.

Samferdselsdepartementet viser til kapittel 4 i markedsanalysen hvor tre-kriterietesten gjennomføres. Her har tilsynet anlagt en bred tilnærming og foretar, etter departementets vurdering, en fullstendig og inngående analyse av de tre kriteriene som må være oppfylt for at markedet skal kvalifisere for sektorspesifikk ex ante-regulering. Analysen må anses å oppfylle de krav som oppstilles av Anbefalingen og

Retningslinjene slik disse er nærmere beskrevet ovenfor. Tilsynets konklusjon baserer seg på en helhetsvurdering av en rekke ulike forhold som alle fremkommer av Anbefalingen. Samferdselsdepartementet kan på det grunnlag ikke se at tilsynet har fraveket den standard og norm som oppstilles av bakgrunnsretten.

Samferdselsdepartementet er videre enig med tilsynet i at dersom Post- og teletilsynet hadde anvendt en norm som var avvikende, må det antas at ESA ville ha kommet med innvendinger mot en slik praksis, da dette omfattes av kjerneområdet i konsultasjonsprosedyren. ESA hadde som kjent ingen innvendinger mot Post- og teletilsynets anvendelse og gjennomføring av tre-kriterietesten.

Telenor hevder videre at Post- og teletilsynet ikke baserer sine analyser på påviste faktiske forhold, men at tilsynet baserer seg på en fortolkning av subjektive hensikter. Det vises blant annet til Post- og teletilsynets uttalelser i punkt 271 i analysen.

Samferdselsdepartementet kan ikke se at tilsynet har lagt til grunn utenforliggende hensyn, ved at de for eksempel i punkt 271 uttaler at de etablerte netteiere har incentiver til å foreta en strategisk prising, i den perioden det tredje nett er under etablering. Det vises til at konklusjonen bygger på en vurdering av relevante forhold vedrørende prisfastsettelse i markedet, og i hvilken grad aktørene vil ha muligheter og incentiver til å overføre trafikk fra eget nett til det tredje nettet i reguleringsperioden. Det legges blant annet vekt på at de underliggende kostnader (jf. LRIC-modellen), er langt under gjeldende tilgangspriser, og at aktørene har et betydelig handlingsrom for å beholde trafikk i sine nett.

Samferdselsdepartementet er enig med tilsynet i at det er et relevant å legge vekt på at Telenor har, og NetCom kan ha, defensive interesser i å redusere tilgangsprisene i den perioden et tredje nett er under utbygging. Departementet mener en markedsanalyse fremover i tid, også må inkludere en vurdering av markedsaktørers incentiver. Likevel må det understrekes at en fremoverskuende markedsanalyse i stor grad bør baseres på et objektivt referansegrunnlag. Tilsynet har analysert markedet i perioden etter forrige markedsanalyse, markedsdynamikken i perioden og basert på indikasjoner som fremkommer i markedet skissert sannsynlig markedsutvikling for reguleringsperioden. Samferdselsdepartementet mener at tilsynet har foretatt en analyse i tråd med bakgrunnsretten.

Samferdselsdepartementet kan på denne bakgrunn ikke se at Post- og teletilsynet har vektlagt Telenors incentiver på en uriktig måte i form av ”subjektive hensikter”.

#### **5.4 Samlet vurdering av tre-kriterietesten**

Etter en samlet vurdering av samtlige anførsler vedrørende tre-kriterietesten finner departementet at vilkårene for fortsatt å vurdere regulering av tidligere marked 15 er tilstede.

## 6. VILKÅRET OM STERK MARKEDSSTILLING

Det er kun der markedet oppfyller vilkårene i tre-kriterietesten og det er en aktør med sterk markedsstilling, at markedet er relevant for ex ante regulering, jf. Anbefalingens punkt 23.

Telenor er ikke enig i at selskapet har sterk markedsstilling. Telenor viser til at et vilkår for å utpeke Telenor som aktør med sterk markedsstilling er muligheten til – i stor grad – å opptre uavhengig av konkurrenter og kunder. Telenor hevder det er urealistisk og udokumentert at Telenor kan opptre uavhengig av NetCom i dette markedet. Det vises til at NetCom har omtrent samme markedsandel som Telenor dersom internomsetning holdes utenfor, og at det ut ifra forskjeller i markedsandeler ikke er mulig å konkludere i forhold til vilkåret om sterk markedsstilling.

Telenor viser videre til at begge de landsdekkende nettene har tilgjengelig kapasitet og samme underliggende kostnader. Det er heller ikke nevneverdig forskjell på teknologi, produktvalg, tilgang til finansielle ressurser, lønnsomhet eller andre relevante konkurranseparametre. Telenor mener dette innebærer at Telenor ville miste sine kunder til Netcom ved en eventuell prisøkning, og at vilkåret om å opptre uavhengig av sine kunder og konkurrenter således ikke kan anses oppfylt. Telenor viser for øvrig til høringskommentarene og rapporten fra Copenhagen Economics.

Samferdselsdepartementet fastslo i vedtak av 23. januar 2006 at spørsmålet om sterk markedsstilling må vurderes ut ifra en helhetlig skjønsmessig vurdering. Blant annet må det vurderes hvorvidt Telenor har sterk markedsstilling på bakgrunn av selskapets markesandel (historisk, status quo og i fremtiden), om det foreligger markedsmessige forhold som påvirker tilbyderes prissetting, herunder substituerbarhet på tilbuds- og etterspørselssiden og muligheten for at tilbyderne kan gå inn i markedet.

Departementet legger fortsatt til grunn at stabile markedsandeler over 50 prosent danner grunnlag for en presumpsjon om sterk markedsstilling, jf. Retningslinjene punkt 76. Telenors markedsandel målt i omsetning på sluttbrukernivå har vært stabil siden forrige analyse. Markedsandeler har imidlertid falt noe målt i antall sluttbrukerabonnement og nettverkstrafikk, men er fortsatt over terskelverdien på 50 prosent. Telenors markedsandel på grossistnivå ved utgangen av 2009 var på omkring [unntatt offentlighet] prosent og således godt over terskelverdien for presumpsjon om sterk markedsstilling. Markedsandelen har imidlertid falt noe, dog har det vært størst fall i første del av perioden. Post- og teletilsynet uttaler at det heller ikke kan se at det er grunnlag for å anta at Telenors markedsandel i grossistmarkedet vil falle under 50 prosent innenfor analysens tidshorisont.

Som departementet uttalte i vedtak 23. januar 2006 er det ingen ting i veien for at tilsynet i betydelig grad vektlegger markedsandeler i vurderingen av foretakets markedsstilling, herunder presumpsjonen for sterk markedsstilling, forutsatt at de



øvrige elementer er tilstrekkelig vurdert i helhetsvurderingen og at de trekker i retning av sterk markedsstilling.

Samferdselsdepartementet viser i den forbindelse til Post- og teletilsynets markedsanalyse hvor det fremgår uttrykkelig at tilsynet har foretatt en vurdering av de elementer som er nevnt i Retningslinjene punkt 79. Det legges blant annet til grunn at Telenor har et vesentlig høyere driftsresultat enn øvrige aktører i markedet, og at lønnsomhetsvurderinger kan indikere at det ikke er effektiv konkurranse. Videre har tilsynet lagt til grunn at ulik tilgang til salgskanaler er et forhold som bidrar til markedsstyrken for Telenor. Tilsynet mener også at det er få tegn på at kjøpere kan utøve kjøpermakt overfor Telenor. Til tross for at det faktisk forekommer bytte av nettverkstilbydere, kan tilsynet ikke se at det har hatt en merkbar positiv effekt på kjøpermakten til kjøpere av tilgang hos Telenor, hvorav asymmetrisk informasjon er en del av grunnlaget som reduserer potensialet for kjøpermakt.

Under nevnte vurdering fremgår det imidlertid også at tilsynet har funnet elementer som til en viss grad nyanserer bildet noe. Det vises til at Telenor ikke har bedre tilgang på finansielle ressurser enn øvrige markedsaktører og at det til en viss grad foreligger kjøpermakt i grossistmarkedet. Tilsynet har likevel kommet frem til at dette ikke er tilstrekkelig til å motvirke de elementene som trekker i motsatt retning.

Samferdselsdepartementet mener Post- og teletilsynet har foretatt en grundig og helhetlig vurdering av Telenors markedsstilling og støtter de konklusjoner tilsynet har gjort på dette punkt. Departementet finner derfor at Telenor har sterk markedsstilling i det relevante markedet.

## **7. PÅLEGG AV SÆRSKILTE FORPLIKTELSER**

Departementet vil først gjennomgå de enkelte klagerne anførsler vedrørende virkemiddelbruken, og deretter å komme med våre vurderinger knyttet til de enkelte pålegg.

### **7.1 Anførsler**

Telenor anfører at pålegget om å utarbeide regnskapsmessig skille, for henholdsvis nasjonal gjesting og MVNO, ikke er forholdsmessig eller formålstjenlig. Selskapet påpeker videre at de etter vedtaket skal rapportere to ganger i året i stedet for én og at fristene for rapporteringen er blitt vesentlig kortere. Post- og teletilsynet har i sitt tilleggsvedtak 29. oktober 2010 presisert at halvårsrapporteringene skal avlegges på grunnlag av de mest oppdaterte fordelingsnøklerne som foreligger.

Network Norway, TDC, Tele2 og Ventelo er fornøyde med at Telenor er pålagt ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille for nasjonal gjesting og MVNO. Klagerne mener imidlertid at kravene må presiseres ut over det tilsynet har gjort i sitt vedtak. Vedtaket må beskrive konkurranseproblemene mer detaljert (krysssubsidiering mellom grossist- og detaljistleddet, men også konkurranseproblemer i grossistmarkedet),

beregning av Telenors internpris, samt at det må slås fast at Post- og teletilsynet skal kunne fastsette tilgangspris for MVNO og nasjonal gjesting (rimelig effektive konkurrenter må sikres en normal fortjeneste – bruk av *reasonably efficient* fremfor *equally efficient operator*). Videre anfører disse klagerne at dersom man baserer seg på regnskapsmessig skille som kontrollmekanisme, må tidsgapet mellom periodens slutt og rapporteringen være så lite som mulig. Telenors konkurrenter ønsker videre en forutsigbarhet når det gjelder tilsynets oppfølging av rapporteringen.

Network Norway, TDC, Tele2 og Ventelo har alle anført at ettersom det er en direkte sammenheng mellom prisene i markedet for tilgang til mobilnett og markedet for mobilterminering (marked 7), må virkemiddelbruken i de to markedene ses i sammenheng. Klagerne anfører at dersom Telenor opererer med høyere nominelle priser på taletrafikk for MVNO- og nasjonal gjestingstilgang enn det som til enhver tid er pristaket for terminering, vil dette være et brudd på ikke-diskrimineringskravet.

Network Norway og Tele2 mener tilsynet ikke i tilstrekkelig grad har definert hva som menes med prisklemme og at det er usikkert når prisklemme foreligger. Det er etter selskapenes vurdering derfor nødvendig å foreta en nærmere beskrivelse av hva prisklemme omfatter og hva prisklemmetest innebærer. Det bør således fremgå av vedtaket hvilke prinsipper og modeller som skal legges til grunn ved prisklemmeberegninger. Disse klagerne viser videre til Fjell, Foros og Steen som hevder at aggregerte tester har en rekke svakheter og må suppleres med tester på individuelt nivå og for alle tilgangsformer, blant annet bør prisklemmevurderingen for nasjonal gjesting foretas for terminerende trafikk separat og ikke ses i sammenheng med andre deler av mobilvirksomheten.

TDC har påklagd endringsvedtaket av 29. oktober 2010 hva gjelder utsatte rapporteringsfrister med oppdaterte fordelingsnøkler.

## **7.2 Vurderinger vedrørende ikke-diskriminering**

Samferdselsdepartementet legger til grunn at anførslene som berører pålegget om ikke-diskriminering først og fremst går på at klagerne ønsker et mer presist og detaljert pålegg overfor Telenor. Anførslene går på hvorvidt man måler en rimelig effektiv konkurrent eller en konkurrent som er like effektiv som Telenor, hvordan og hvorvidt det skal settes internpriser og tilgangspriser, og om vedtaket skal inneholde en kobling til reguleringen av marked 7 i form av en spesifisert prisklemmetest.

Departementet er av den oppfatning at anførselen om at ikke-diskriminering skal gjelde både mellom konkurrenter og mellom konkurrenter og intern virksomhet allerede er dekket i vedtaket, om enn på et overordnet nivå. Vi vil komme nærmere tilbake til dette under punkt 7.6. Vi vil også komme tilbake til vår vurdering av en eventuell prisklemmetest.

Når det gjelder anførselene om at Post- og teletilsynet må avdekke Telenors (reelle) internpris, mener departementet dette er uhensiktsmessig bruk av ressurser. Fjell, Foros og Steen viser i sin rapport til at Telenor ut fra økonomisk teori vil benytte en marginalkostnad nær null når de kalkulerer prisen i sluttbrukermarkedet. Rapporten peker videre på at det er uheldig dersom ikke-diskrimineringskravet eliminerer gapet i marginalkostnadene ut fra hensynet til reguleringsprinsipp 3 og inndekning av store investeringskostnader knyttet til nettutbyggingen. Samferdselsdepartementet støtter disse vurderingene og kan ikke se at det skal være behov for å identifisere Telenors internpris. Det er for regulatoriske formål viktigere å finne den riktige avregningspris i det regnskapsmessige skillet og eventuelle prisklemmetester.

Når det gjelder klagernes forespørsel om en mer helhetlig virkemiddelbruk på tvers av tilgangsformer og markeder, er departementet enig med klagerne i at det er viktig å sikre konsistens i virkemiddelbruken. Dette kan blant annet oppnås ved at

- det gis insentiver til å klatre i investeringsstigen,
- det gis rom for produktskaping og innovasjon, og
- virkemiddelbruken i ulike markeder avstemmes mot hverandre.

Virkemidlene skal i samsvar med den gjeldende ekompolitikk i størst mulig grad støtte opp om å gi riktige insentiver for å klatre i investeringsstigen og sikre utbygging av et tredje mobilnett for på sikt å oppnå bærekraftig konkurranse. Det er derfor viktig med positive marginer for de regulerte tilgangsformene, og at prisene reflekterer de deler av produksjonsprosessen som overtas av konkurrentene, jf. for øvrig det som fremgår av avsnitt 3.2 ovenfor. Dersom dette ikke er tilfellet har ikke selskapene insentiver til å påta seg en større del av produksjonsprosessen og det vertikalt integrerte selskapet (Telenor) har en konkurransefordel. Det vil heller ikke tjene byggingen av et tredje nett dersom lønnsomheten knyttet til å benytte MVNO-tilgang eller nasjonal gjesting er bedre enn å bygge et eget nett eller i økt utstrekning ta i bruk eget nett.

Post- og teletilsynets pålegg om ikke-diskriminering legger til rette for at selskapene som konkurrerer innenfor dette segmentet kan oppnå tilsvarende marginer som Telenors interne tjenestetilbyder. Pålegget er etter departementets oppfatning utformet på en måte som er egnet til å hensynta målet om infrastrukturkonkurranse. Det er imidlertid en forutsetning fra departementets side at pålegget om ikke-diskriminering følges opp gjennom et aktivt og tidseffektivt tilsynsarbeid, se punkt 8.2 nedenfor.

### **7.3 Vurderinger vedrørende regnskapsmessig skille**

Samferdselsdepartementet viser til merknadene til ekomloven § 4-8 (Ot.prp. nr. 58 (2002-2003)) hvor det slås fast at:

*"Hovedformålet med bestemmelsen er å sikre at transaksjoner mellom tilbydere, og imellom tilbyders egne ulike forretningsområder skjer på vilkår som legger forholdene til rette for utvikling av bærekraftig konkurranse, og forhindrer konkurransevridende kryssubsidiering. (...). Bestemmelsen bør også sees i sammenheng med evt. krav om*

*ikke-diskriminering, jf. § 4-7. I relasjon til kravet om ikke-diskriminering vil supplerende krav om regnskapsmessig skille kunne gi myndigheten mulighet til å etterprøve oppfyllelse av eventuelle forpliktelser om ikke-diskriminering.”*

Pålegg etter ekomloven § 4-8 vil her typisk komme til anvendelse for vertikalt integrerte tilbydere. Pålegget om regnskapsmessig skille må derfor vurderes i sammenheng med pålegg om ikke-diskriminering.

Allerede i forrige vedtak om marked 15 (6. oktober 2006) skrev departementet at:

*”Pålegget om å utarbeide regnskapsmessig skille mellom nettvirksomheten og den interne tjenestetilbydervirksomheten i mobilvirksomheten er en mindre byrde enn streng prisregulering og er den eneste kontrollmekanismen for ikke-diskriminering som er hensiktsmessig i dette tilfellet. Krav om ikke-diskriminerende tilgang kan lett få kun teoretisk betydning dersom den ikke følges opp med en kontrollmekanisme.”*

Departementet anser kombinasjonen av de valgte virkemidlene som egnet til å avhjelpe konkurranseproblemene i markedet. Pålegg om ikke-diskriminering må imidlertid kunne etterprøves. På samme måte som sist dette ble vurdert, er den mest opplagte måte å etterprøve ikke-diskriminering i dette markedet ved hjelp av regnskapsmessig skille. Samferdselsdepartementet konkluderer derfor med at pålegget er formålstjenlig.

#### **7.4 Rapporteringsfrister og fordelingsnøkler**

Samferdselsdepartementet anser kombinasjonen av ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille for å være en indirekte form for prisregulering. Slik pålegget er utformet, fremstår det som klart mindre byrdefullt enn den tidligere prisreguleringen av nasjonal gjesting.

Departementet vurderer det slik at økningen av rapporteringsfrekvens er vesentlig sett i forhold til den ressursbruk Telenor må sette av til å utarbeide rapportene. Det er imidlertid ikke lett å se andre, mindre byrdefulle, kontrollmekanismer som på en tilfredsstillende måte kan ivareta behovet for å kontrollere etterlevelsen av ikke-diskrimineringspålegget. Departementet mener at de konkurranseproblemer som her skal motvirkes, fordrer en tettere kontroll enn det som har vært tilfelle frem til i dag. Halvårlig rapportering fremstår som forholdsmessig i så måte.

Samferdselsdepartementet har forståelse for at revisjon av fordelingsnøkler er et møysommelig arbeid som vanskelig kan igangsettes før tallene fra foregående periode foreligger. Utarbeiding av oppdaterte fordelingsnøkler vil således ikke kunne påbegynnes før etter periodeslutt. Departementet aksepterer at halvårlige rapporteringer kort tid etter periodeslutt vil måtte skje ved hjelp av eksisterende fordelingsnøkler. Departementet kan ikke se at nye nøkler på en forsvarlig måte kan utarbeides innenfor den frist det i vedtaket er satt for rapportering av regnskapsmessig skille. Følgelig konkluderes det med at tilsynets tilleggsvedtak på en god måte hensyn-

tar de utfordringer Telenor står overfor når det gjelder den økte rapporteringsfrekvensen.

Ut fra de ovenfor nevnte forhold, fremstår pålegget om regnskapsmessig skille i sin nåværende form som både forholdsmessig og ikke unødig byrdefullt både hva gjelder tidsfrister og hvilke fordelingsnøkler som kan nyttes i de ulike rapportene.

### 7.5 Prisklemmer

Samferdselsdepartementet viser til at Post- og teletilsynet legger opp til at det skal foretas en prisklemmetest på aggregert nivå gjennom regnskapsmessig skille for tale, SMS og data. Det er Telenors tilgangspriser for ulike typer tilgang som skal benyttes som avregningspris. Det er videre Telenors egne kostnader og volumer som skal legges til grunn i de atskilte regnskapene. Den aggregerte testen baserer seg således på en tilnærming med *equally efficient operator*.

Departementet mener forutsetningene for det regnskapsmessige skillet som tilsynet legger opp til i vedtaket, er hensiktsmessige for en aggregert test på det nivået det her er snakk om. Departementet merker seg European Court of Justice' uttalelse 17. februar 2011 vedrørende prisklemme i det svenske markedet for ADSL, som gir støtte til en tilnærming basert på *equally efficient operator*.

Samtidig ser departementet at en ensidig vektlegging av rapporten om regnskapsmessig skille basert på en like effektiv tilbyder, kan gi et unyansert bilde av konkurransen i markedet og derfor være uheldig. Departementet finner det hensiktsmessig at en aggregert test følges opp av en analyse av enkeltprodukter og trafikkstrømmer og av hvorvidt det er mulig for andre tilbydere enn Telenor å drive lønnsomt (*reasonable efficient operator*). Ved utarbeidelse av slike analyser kan ikke departementet se at det skal være et absolutt krav at alle typer trafikk skal gå med overskudd. Departementet ber imidlertid tilsynet sørge for at disse analysene tjener som grunnlag for en vurdering av at alle typer tilbydere i det norske markedet har en rimelig mulighet til å drive lønnsomt og at Telenors prising av de ulike typene tilgang ikke bidrar til å opprettholde konkurranseproblemer i markedet. Departementet kan på bakgrunn av det ovenstående ikke se at det er grunnlag for å etablere et fast forhold mellom termineringspris og tilgangspris, relatert til en prisklemmetest. Det forutsettes at tilsynet foretar en nærmere helhetsvurdering av resultatene for å avgjøre om konkurrentene blir diskriminert sammenliknet med den interne tjenesteleverandøren i Telenor. Samferdselsdepartementet konkluderer således med at det ikke er behov for å definere spesifikke prisklemmetester på mer detaljert nivå.

### 7.6 Prisregulering

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at kombinasjonen av regnskapsmessig skille og ikke-diskriminering er en mild form for prisregulering. Vedtaket legger ganske sterke føringer på Telenors frihet til å sette prisen i tilgangsmarkedene. Dersom

det regnskapsmessige skillet eller andre prisklemmetester viser at Telenor ikke overholder ikke-diskrimineringskravet, vil dette normalt måtte medføre en prisendring. Departementet viser til at Post- og teletilsynet vil kunne pålegge Telenor å rette forholdet. Et eventuelt krav om retting kan også understøttes av sanksjonene i ekomloven kapittel 10. Departementet mener således tilsynet er utstyrt med de nødvendige sanksjoner for å sikre en sunn prisutvikling i dette markedet.

Enkelte av anførselene fra Telenors konkurrenter går på at de vil ha en plikt/hjemmel for Post- og teletilsynet til å vedta en konkret prisregulering umiddelbart dersom Telenor ikke overholder ikke-diskrimineringskravet. Ut fra dette vedtakets relativt korte tidshorisont og forholdene for øvrig finner departementet det mer hensiktsmessig at tilsynet bruker de sanksjoner de har tilgjengelig på en effektiv måte, fremfor å sette vilkår for en ny prisregulering etter ekomloven § 4-9.

Ut fra forholdene i dette markedet mener Samferdselsdepartementet at det ikke er hensiktsmessig å pålegge direkte prisregulering.

## 8. TILSYN OG OPPFØLGING

### 8.1 Tilbakebetaling

I Post- og teletilsynets innstilling til klage fra Network Norway punkt 3.2, uttalte tilsynet følgende vedrørende vurdering av eventuelle sanksjoner ved brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen:

*"Etter PTs oppfatning gir ikke ekomloven hjemmel til å kreve tilbake eventuell overpris som følge av brudd på kravet til ikke-diskriminering understøttet av kravet til regnskapsmessig skille. Det vil i alle tilfelle være ubestridt at Telenor i medhold av vedtaket har plikt til å ikke diskriminere. Det synes således klart at eventuelle brudd på kravet til ikke-diskriminering vil kunne gi grunnlag for krav om tilbakebetaling av overpris gjennom det ordinære rettsapparatet. PT mener tilsynet på bakgrunn av blant annet det regnskapsmessige skillet vil kunne fastslå omfanget av et eventuelt brudd på kravet til ikke-diskriminering. PT legger videre til grunn at tilsynets vurderinger vil kunne tillegges stor betydning ved behandlingen av eventuelle krav om tilbakebetaling, og at plikten således vil ha en disiplinerende effekt".*

Network Norway har i sine kommentarer til Post- og teletilsynets innstilling 15. november 2010 anmodet departementet om å presisere at ikke-diskrimineringsplikten understøttet av kravet til regnskapsmessig skille, gir grunnlag for tilbakebetalingskrav etter ekomloven § 10-12.

### **Innspill fra de berørte**

Samferdselsdepartementet har ansett Post og teletilsynets uttalelse for å være av prinsipiell karakter, og har ved e-post 13. januar 2011 gitt partene og andre berørte anledning til å uttale seg om *"hvorvidt ikke-diskrimineringsplikten understøttet av kravet til regnskapsmessig skille er omfattet av tilbakebetalingsplikten, jf. ekomloven § 10-12"*. Samferdselsdepartementet mottok innspill fra Telenor, Network Norway, TDC og Tele2.

Network Norway, TDC, og Tele2 har i hovedsak anført at det ikke kan være tvilsomt at ikke-diskrimineringsbestemmelsen i ekomloven § 4-7 første og annet ledd, er et prisreguleringskrav som må anses å være omfattet av ordlyden *"prisforpliktelse fastsatt i eller i medhold av denne lov"*, jf. ekomloven § 10-12. I forarbeidene til ekomloven § 4-7 omtales bestemmelsen som "en slags beste vilkårs bestemmelse", hvor prisen er et relevant vilkår som omfattes av ordlyden i § 4-7. Det anføres at dette også fremgår direkte av tilsynets vedtak punkt 174, hvor det forutsetter at prisen for tilgang er omfattet av vedtaket. For øvrig vises det til EU kommisjonens rekommendasjon vedrørende regnskapsmessig skille at ikke-diskrimineringsprinsippet er en prisforpliktelse<sup>10</sup>. Det anføres på dette grunnlag at ikke-diskrimineringsforpliktelsen er et prisreguleringskrav som ikke avklarer riktig pris på forhånd og derfor danner grunnlag for et eventuelt tilbakebetalingskrav.

Videre fremholdes det at det er klart i strid med ekomloven at Post- og teletilsynet har gitt føringer om at brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen faller utenfor anvendelsesområdet til ekomloven § 10-12. Det vises blant annet til at anvendelsesområdet til § 10-12 vil bli snever, at formålet med bestemmelsen uthules og at det i praksis ikke vil være effektive sanksjonsmuligheter for tilsynets vedtak.

Telenor mener det ikke kan være tvilsomt at Post- og teletilsynet gir uttrykk for en riktig forståelse av rekkevidden av tilbakebetalingsplikten i ekomloven § 10-12. Selv om kravet til ikke-diskriminering også vil kunne ha sider til en tilbyders prisfastsettelse, er Telenor av den oppfatning at dette kravet ikke kan anses som et prisregulerende virkemiddel som omfattes av begrepet *prisforpliktelse*, slik det fremkommer i § 10-12 i loven. Telenor fremholder at kravet om ikke-diskriminering først og fremst innebærer et forbud mot at like tilfeller behandles ulikt, og innebærer i så måte ikke pålegg om konkrete prisforpliktelser. Dette gjelder selv om kravet understøttes av kravet til regnskapsmessig skille.

Telenor viser til at forarbeidene ikke eksplisitt nevner ikke-diskriminering som eksempel på begrepet "prisregulering", og at dette også faller utenfor en naturlig forståelse av begrepet. Telenor understreker at departementets arbeidsgruppe som ble

---

<sup>10</sup> Commission recommendation of 19 September 2005 on accounting separation and cost accounting systems under the regulatory framework for electronic communications (2005/698/EC), artikkel 4.

nedsatt i forbindelse med innføring av virkemiddelet, har avgrenset mot å vurdere tilbakebetaling som følge av brudd på kravet til ikke-diskriminering, idet det presiseres at dette er et spørsmål som i tilfelle må underlegges en særlig vurdering. Telenor fremholder at det ikke er noe i de etterfølgende forarbeidene som tilsier at arbeidsgruppens mandat ble utvidet eller at departementet i den etterfølgende behandlingen av arbeidsgruppens rapport og lovspørsmålet har ment å utvide bestemmelsens virkeområde til også å innføre en hjemmel om etteroppgjør ved brudd på øvrige forpliktelser pålagt av tilsynet, som for eksempel kravet til ikke-diskriminering.

Telenor mener det klart følger av lovens ordlyd, sammenholdt med forarbeidene og reelle hensyn, at ekomloven § 10-12 ikke gir hjemmel til å kreve tilbakebetalt eventuell overpris som følge av brudd på kravet til ikke-diskriminering sammenholdt med kravet til regnskapsmessig skille.

### **Departementets vurdering**

Det relevante spørsmål er om ikke-diskrimineringsprinsippet alene eller i kombinasjon med regnskapsmessig skille kan anses som prisforpliktelse (som ikke avklarer riktig pris på forhånd) og som derfor er omfattet av ordlyden i ekomloven § 10-12 første ledd.

Departementet viser til at begrepet "prisforpliktelse" ikke er avgrenset i forarbeidene. Det fremgår imidlertid av Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) side 34 at; *"Forslaget medfører at den som har krevd og fått en ulovlig høy pris, ikke skal ha rett til å beholde den ulovlige inntekten av overprisen. Formålet med forslag til hjemmel om tilbakebetaling er å bidra til at uenighet mellom tilbyderne når det gjelder pris for tilgang til nett ikke skal ta unødige tid og ressurser, og forhindre "trenering" som kan svekke utvikling av konkurranse i ekomarkedet"*. I eksemplifiseringen av hvilke hjemmelsgrunnlag (forpliktelser) som er relevante for anvendelsen av § 10-12, er §§ 4-9, 4-11, 4-12 og ekomforskriften § 6-3 eksplisitt nevnt, i motsetning til § 4-7, jf. merknaden til § 10-12 annet ledd side 63 i Ot. prp. nr. 72. Opplistingen fremstår imidlertid ikke som utømmende, det fremgår kun at et slikt krav kan følge av de nærmere opplistede eksempler eller av vedtak gitt med hjemmel i lov.

Samferdselsdepartementet viser videre til rapport fra arbeidsgruppen av 19. januar 2005, *"Utredning av spørsmålet om det skal inntas en hjemmel om tilbakebetaling i ekomloven"*<sup>11</sup>, hvor det uttales at: *"Arbeidsgruppen mener at vurderingen om det bør innføres en hjemmel for tilbakebetaling ikke bør begrenses til kun en form for prisregulering. I praksis antar arbeidsgruppen at en hjemmel om tilbakebetaling først og fremst vil være relevant for de tilfeller hvor prisen ikke har vært i samsvar med kravet om kostnadsorientering"*. Departementet mener at krav om ikke-diskriminering, både alene og i kombinasjon med krav om rapportering av regnskapsmessig skille, stiller et visst krav til Telenors prisfastsettelse og at dette må anses for å være en mild form for prisregulering.

---

<sup>11</sup> Utredning av spørsmålet om det skal inntas en hjemmel om tilbakebetaling (etteroppgjør) i ekomloven, 19. januar 2005



Departementet finner at de overnevnte forpliktelser vil kunne ha en effekt liknende prisreguleringskrav i medhold av § 4-9. Departementet legger til grunn at virkemidler skal kunne håndheves effektivt, og viser til at det vil være vanskeligere for en regulert aktør å presse kjøpere ut av markedet dersom prisreguleringen medfører muligheter for kjøpere av tilgang til å kreve tilbake eventuell overpris i medhold av ekomloven. En slik kombinasjon vil gi økte incentiver for etterlevelse, noe som vil legge til rette for økt konkurranse i den begrensede reguleringsperioden som er lagt til grunn i vedtaket. De grunnleggende hensynene bak regelen om tilbakebetaling gjør seg dermed også gjeldende ved vedtak om ikke-diskriminering.

Imidlertid må dette veies opp mot det krav om forutberegnelighet som fremkommer av forarbeidene til bestemmelsen og av arbeidsgruppens anbefalinger. Som Telenor fremholder gir ekomloven § 10-12 et *"objektivt grunnlag for tilbakebetaling, og går ved dette lenger enn det som ellers følger av ulovfestede prinsipper om tilbakebetaling"*. Bestemmelsen ble innført som en konsekvens av flere rettstvister om spørsmålet og det mange oppfattet som en uklar rettssituasjon. Det fremgår klart av forarbeidene at spørsmålet om å innta slik hjemmel var et vanskelig og sammensatt spørsmål. Departementet pekte bl.a. på at en *"For streng regulering på dette punktet kan få store uheldige konsekvenser for markedet, og er derfor viktig å unngå"*. Departementet kan imidlertid ikke se at dette hensynet gjør seg gjeldende i større grad når det gjelder vedtak etter § 4-7 enn ved andre prisforpliktelser.

En tilbakebetalingsforpliktelse vil gi Telenor et incentiv til å verifisere at prisene er i samsvar med ikke-diskrimineringsforpliktelsen og de rammer som oppstilles av det regnskapsmessige skillet. Det er departementets oppfatning at et tilbakebetalingskrav vil kunne være rimelig og rettferdig sett hen til at det er den regulerte aktør som har full oversikt over hva som er ikke-diskriminerende pris(nivå). En alminnelig foretningmessig vurdering tilsier at den regulerte aktør selv må ha risikoen for de vurderinger som er foretatt med hensyn til den fastlagte pris. For de tilfeller hvor det viser seg at det er tatt for høy pris i følge ikke-diskrimineringskravet, vil Telenor således ha oppnådd en uventet fortjeneste. I et slikt tilfelle fremstår det som rimelig i lys av formålet med bestemmelsen at tilbakebetaling av den uventede fortjeneste finner sted.

Et ytterligere hensyn bak innføring av regelen om i § 10-12 har vært at andre hjemler for tilbakebetaling har vist seg utilstrekkelige og vanskelig tilgjengelige i rettspraksis, særlig for mindre aktører. Også dette hensynet vil være like aktuelt ved vedtak om ikke-diskriminering som prisforpliktelser for øvrig. Det er således departementets syn at formålsbetraktninger og reelle hensyn klart taler for en tolkning som innebærer at ikke-diskrimineringsregelen er å anse som et prisreguleringskrav i henhold til ekomloven § 10-12. Videre finner departementet at heller ikke ordlyden er til hinder for en slik tolkning, da pålegg om ikke-diskriminering kan ha betydning for prissetting og således utgjøre en prisforpliktelse.

Det fremgår av rapporten av 19. januar 2005 fra arbeidsgruppen at den avgrenset mot å vurdere hvorvidt det burde innføres en hjemmel om etteroppgjør ved brudd på kravet til ikke-diskriminering, siden dette ikke var en del av mandatet. Arbeidsgruppen forutsatte således en nærmere vurdering av spørsmålet. Departementet fulgte imidlertid ikke opp med en særlig drøftelse av ikke-diskriminering i forarbeidene i Ot.prp.nr. 72 (2006-2007). Derimot gjennomgikk departementet problemstillingene rundt tilbakebetaling på et generelt grunnlag med vekt på de hensyn som begrunnet innføring av en slik regel for alle former for prisforpliktelse.

Etter departementets syn tilsier de generelle hensyn, som begrunnet innføringen av regelen i § 10-12, at også vedtak om ikke-diskriminering etter § 4-7 kan medføre tilbakebetaling, jf. gjennomgangen ovenfor. Siden Ot.prp.nr. 72 ikke utelukker at § 4-7 omfattes av bestemmelsen, kan departementet heller ikke se at arbeidsgruppens forutgående mandat kan innebære noen innskrenkende fortolkning av begrepet "prisforpliktelse".

Departementet finner på dette grunnlag at § 10-12 gir hjemmel til å kreve tilbakebetalt eventuell overpris som følge av brudd på kravet til ikke-diskriminering sammenholdt med kravet til regnskapsmessig skille.

Når det gjelder tilbydernes anførsler med hensyn til hvorvidt det vil være effektive sanksjonsmuligheter for tilsynets vedtak, vises det til departementets vurdering under punkt 8.2.

### **8.2 Post- og teletilsynets oppfølging**

Når Samferdselsdepartementet konkluderer med at ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille er tilstrekkelige virkemidler for å motvirke konkurranseproblemer i markedet for origineringsnett, forutsettes det at Post- og teletilsynet håndhever vedtaket på formålstjenlig måte.

Som mange av klagerne har påpekt er tidsaspektet viktig for å sikre en effektiv håndhevelse av vedtaket. Som det fremgår av kapittel 7.4 ovenfor, finner departementet ikke grunnlag for å endre tidsfrister for Telenors rapportering av regnskapsmessig skille. Departementet forutsetter imidlertid at Post- og teletilsynet prioriterer arbeidet med å vurdere Telenors rapportering svært høyt og at behandlingen av rapportene normalt skal være sluttført innen seks uker etter rapporteringstidspunktet. For at rapporteringen skal ha verdi, må alle rapporter og all korrespondanse gjøres offentlig, om nødvendig i sladdet versjon. Det må imidlertid etterstrebases at tilstrekkelig informasjon gjøres offentlig slik at rapporter og korrespondanse gir mening for berørte tilbydere. Det må også offentliggjøres referater fra eventuelle møter. Samferdselsdepartementet forutsetter videre at eventuelle brudd på ikke-diskrimineringsplikten sanksjoneres.

Det har fra enkelte hold vært anført at vedtaket mangler et pålegg overfor Telenor til å sende inn alle inngåtte avtaler i det regulerte markedet. Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at tilsynet når som helst kan kreve å få tilgang til inngåtte avtaler med hjemmel i ekomloven § 10-3. Et spesifikt pålegg om utlevering av alle avtaler synes derfor overflødig.

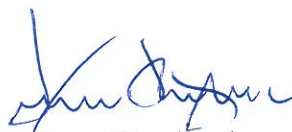
## 9. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK

Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 hvor Telenor utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegges særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Departementet stadfester videre tilsynets endringsvedtak 29. oktober 2010 vedrørende Telenors rapportering av regnskapsmessig skille.

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

Med hilsen

  
Ottar Ostnes e.f.

  
Jørn Ringlund

### Kopi til:

Post- og teletilsynet

**Likelydende brev sendt til:**

Network Norway

TDC AS

Tele2 Norge AS

Telenor Norge AS

Ventelo