



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

BaneTele AS

Postboks 4323 Nydalen
0402 OSLO

Deres ref
D-07-00395

Vår ref
07/970- LBA/HEN

Dato
29.04.2008

Vedtak i klagesak fra BaneTele AS på PTs vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedene for overføringskapasitet - Marked 14

Vi viser til klage i brev av 24. mai 2007 på Post- og teletilsynets (PT) vedtak av 3. mai 2007 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedene for overføringskapasitet (markedene 13 og 14). Klagen gjelder marked 14.

1. INNLEDNING

1.1 Post- og teletilsynets vedtak

I PTs vedtak av 3. mai 2007 ble Telenor ASA (Telenor) utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og pålagt særskilte forpliktelser i grossistmarkedene for overføringskapasitet (marked 13 og 14).

Marked 14 er i PTs markedsanalyse av 3. mai 2007 definert som overføringskapasitet *over* 8 Mbit/s, mens marked 13 er definert som overføringskapasitet opp til og med 8 Mbit/s.

Telenor ble i vedtaket pålagt følgende forpliktelser i marked 14 (oversikt):

- **Tilgang**
Telenor skal imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til alle samband som faller inn under marked 14. Slik tilgang omfatter også tilgang til samlokalisering og eventuelle andre nødvendige tilleggstjenester.
- **Prisregulering**
Samlokalisering (telelosji) og tilhørende tjenester som etterspørres som en del av etableringen av samband i marked 14, skal tilbys til kostnadsorienterte priser. Tilgang til Telenors grossistsamband prisreguleres ikke.

- **Ikke-diskriminering**

Tilgang skal gis på ikke-diskriminerende vilkår. Forpliktelsen om ikke-diskriminering skal gjelde både mellom eksterne virksomheter og mellom egne og eksterne virksomheter.

- **Offentliggjøring og standardtilbud**

Telenor skal utarbeide et standardtilbud inkludert priser, prisberegningmetoder og eventuelle rabatter og rabattkriterier. Standardtilbudet skal offentliggjøres. Telenor skal videre oversende til PT alle grossistavtaler om overføringskapasitet over 8 Mbit/s hvor prisene avviker fra standardprisene, herunder alle avtaler som er basert på entreprispriser.

- **Regnskapsmessig skille**

Telenor skal utarbeide et regnskapsmessig skille som innebærer at nettvirksomheten som produserer og tilbyr overføringskapasitet over 8 Mbit/s i grossistmarkedet skal skilles regnskapsmessig fra Telenors sluttbrukervirksomhet som tilbyr overføringskapasitet med tilsvarende kapasiteter i sluttbrukermarkedene. Telenor skal ved hjelp av pålagt regnskapsmessig skille kunne dokumentere at prisene som gis til eksterne grossistkunder i marked 14 er ikke-diskriminerende i forhold til egen virksomhet.

1.2 BaneTeles klage

BaneTele klager på at PT ikke har pålagt Telenor pris- og regnskapsregulering i marked 14. Klagen omfatter ikke marked 13.

Prinsipalt hevder BaneTele at Telenor må pålegges å tilby grossistsamband til kostnadsorienterte priser og pålegges å føre kostnadsregnskap. De kostnadsorienterte prisene bør etter BaneTeles syn basere seg på fullfordelte historiske kostnader.

Subsidiært hevder BaneTele at Telenor må pålegges forpliktelser som nevnt i avsnittet ovenfor for grossistsamband med lengde opp til og med 10 km.

2. BAKGRUNN

2.1 Regulering av ekomsektoren

I 2002 vedtok Den Europeiske Union ("EU") følgende fem nye direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsverndirektivet. Nevnte direktiver ("direktivpakken") trådte i kraft for Norge fra 1. november 2004 da de ble tatt inn i EØS-avtalen. Direktivene utgjør EUs regulatoriske rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnett og kommunikasjonstjenester. Direktivene er implementert i norsk rett gjennom lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 (ekomloven) med tilhørende forskrifter, her særlig forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste av 16. februar 2004 (ekomforskriften).

Det følger av ekomloven at PT skal definere relevante markeder (jf. ekomloven § 3-2), utpeke tilbydere med såkalt "sterk markedsstilling" (jf. ekomloven § 3-3) og ilegge forpliktelser på de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf. ekomloven § 3-4).

Det følger videre av Norges forpliktelser under 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 EFTAs overvåkningsorgan ("ESA"). Marked 14 var opprinnelig ett av EUs 18 relevante forhåndsdefinerte markeder, som igjen er vedtatt av ESA og fremdeles gjeldende for EFTA/EØS landene, jf. omtalen i forarbeidene til ekomloven § 3-2. EU har senere redusert antall relevante forhåndsdefinerte markeder til 7, jf. EU-kommisjonens anbefaling 2007/879/EC av 17. desember 2007. Marked 14 er ikke lengre en del av de relevante markedene i denne anbefalingen. ESA har foreløpig ikke vedtatt sin anbefaling. 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", som igjen er fulgt opp av PT i tilsynets "Virkemiddeldokument" datert 14. oktober 2004.

2.2 Saksgang – markedene for overføringskapasitet

PTs første analyse av markedene for overføringskapasitet ble sendt på nasjonal høring 5. mars 2004. I høringen konkluderte PT med at Telenor hadde sterk markedsstilling i marked 14. På bakgrunn av mottatte høringssvar, oppdaterte tilsynet markedsanalysen og utarbeidet et varsel om vedtak der særskilte forpliktelser ble foreslått. Varselet ble sendt på nasjonal høring 21. desember 2005.

Tilsynet mottok flere innspill på avgrensningen mellom marked 13 og 14, og de fant det hensiktsmessig å følge opp noen av kommentarene fra høringsinstansene i en avgrenset høring 14. mars 2006. Tilsynet varslet den 22. juni 2006 om endringer i markedsavgrensningen og særskilte forpliktelser i disse to grossistmarkedene for overføringskapasitet i forhold til det opprinnelige varsel om vedtak.

Utkast til vedtak ble notifisert til EFTA Surveillance Authority (ESA) den 19. februar 2007. Tilsynet mottok 20. mars 2007 ESAs tilbakemelding til markedsanalysen og den foreslåtte virkemiddelbruken. ESAs tilbakemelding førte ikke til endringer i PTs vedtak. Tilsynet traff 3. mai 2007 vedtak der Telenor ble utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i marked 13 og 14 og ble pålagt særskilte forpliktelser.

BaneTele påklaget vedtaket 24. mai 2007. Tilsynet sendte deretter klagen til Telenor, TDC Song AS, Tele2 AS, NetCom AS og NextGenTel AS med 3 ukers frist for kommentarer. Innen fristen innkom kommentarer fra NextGenTel AS og Telenor.

PTs innstilling i klagesaken ble oversendt departementet 11. juli 2007. Det er innstilt på at klagen ikke tas til følge.

2.3 PTs markedsavgrensning

Med overføringskapasitet menes fast etablert kapasitet for signaltransport. Kjøperne av overføringskapasitet på grossistnivå er aktører som bruker overføringskapasitet som en innsatsfaktor for å kunne tilby tjenester til sluttbrukere eller andre tilbydere.

For overføringskapasitet er det i anbefalingen definert to relevante grossistmarkeder: Overføringskapasitet for aksess (marked 13) og overføringskapasitet for transport (marked

14). Med utgangspunkt i anbefalingen la PT opprinnelig til grunn et teoretisk skille mellom marked 13 og 14 på aksess og transport.

I høringsrunden til varsel om vedtak kom det imidlertid innvendinger fra aktørene på et slikt teoretisk skille. Innvendingene gikk blant annet på at inndelingen ikke ga et tilstrekkelig entydig skille mellom de to grossistmarkedene og var derfor egnet til å skape tvil om hvilke forpliktelser som skulle gjelde for hvilke samband.

En annen innvending mot inndelingen var at det ble uhensiktsmessig for aktørene å operere med en produktmessig inndeling basert på et slikt skille blant annet fordi aktører bygger transportnett gradvis lenger ut i nettet (nærmere kunden), slik at gjennomsnittlig kabellengde i aksessnettet blir stadig kortere.

Høringsinstansene pekte på hastighet og sambandslengde som de to mest aktuelle kriteriene for inndeling av markedene. PT hadde benyttet hastighet som en indikator i vurderingen av markedsandeler til det opprinnelige varselet om vedtak. Tilsynet la til grunn at selv om det i økende grad etableres høyhastighets fiber- og radioaksessnett helt frem til sluttbrukerne, er det slik at det vesentlige av aksesssamband som omsettes i grossistmarkedet fortsatt er hastigheter som kan realiseres via kobbernettet. Dette trakk i retning av at hastighet kunne være et kriterium for å skille marked 13 og 14. Et slikt skille samsvarer også langt på vei med et tradisjonelt skille mellom aksess- og transportsamband.

Når det gjaldt sambandslengde som kriterium for inndeling, var det etter PTs vurdering grunn til å anta at de fleste aksesssamband som omsettes i grossistmarkedet er korte samband. På den annen side er det slik at en del av de korte sambandene også brukes til å binde sammen ulike aktørers nett, noe som man tradisjonelt har omtalt som transportsamband. Det er derfor ikke en entydig sammenheng mellom aksesssamband og korte samband. Videre fant PT at det ikke var like lett å finne et naturlig skille med hensyn til sambandslengde som det er med hastigheter når man skal foreta en substitusjonsanalyse.

Etter en helhetsvurdering fant PT ut at hastighet skulle legges til grunn som hovedkriterium for avgrensingen mellom marked 13 og 14. Videre bestemte PT at skillet skulle gå på 8 Mbit/s.

3. KLAGERETT

I det følgende vurderes om BaneTele har klagerett i saken.

Når ikke annet er bestemt gjelder forvaltningsloven for behandling av saker etter ekomloven, jf. ekomloven § 9-1. Etter forvaltningsloven kan enkeltvedtak påklages av en part eller annen med "rettslig klageinteresse", jf. forvaltningsloven § 28, første ledd. Vedtaket retter seg mot Telenor som part i saken.

Hvorvidt BaneTele har klagerett beror på om selskapet kan anses å ha "rettslig klageinteresse". Etter juridisk 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", jf. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave s. 511. Ifølge rettspraksis kan konkurranseforhold danne grunnlag for rettslig klageinteresse.

BaneTele er den største konkurrenten til Telenor på tilbud av grossistsamband over 8 Mbit/s. Videre er BaneTele også en av Telenors største kunder i dette markedet. Departementet finner at reguleringen av Telenor har så vidt stor betydning for BaneTeles rammebetingelser i markedet at rettslig klageinteresse må anses å foreligge. Klagen vil derfor i det følgende bli behandlet.

4. BANETELES ANFØRSLER

BaneTele anfører i hovedsak to konkurranseproblemer som begrunner at Telenor må pålegges å tilby grossistsamband til kostnadsorienterte priser og å føre kostnadsregnskap. Problemene knytter seg til: 1) skjevprising/kryssubsidiering mellom korte og lange samband, og 2) bundling av produkter/produktelementer. Anførselene utdypes nedenfor.

4.1 Skjevprising/kryssubsidiering

BaneTele hevder at Telenor fastsetter sine priser i marked 14 ut fra graden av infrastrukturkonkurranse for enkeltsamband. For eksempel peker BaneTele på at Telenor priser de korte sambandene, hvor det er lite konkurranse, unaturlig høyt i forhold til de lange sambandene hvor Telenor møter konkurranse. I BaneTeles kommentarer til den opprinnelige høringen opplyser de at prisen på de lange sambandene hos Telenor ble redusert med 17 % fra 2003 til 2006, mens prisen på de korte høyhastighetssambandene forble uendret. BaneTele legger til at skjevprisingen mellom lange og korte samband også gjelder internt i marked 14, altså uavhengig av om de korte sambandene er over eller under skillet på 8 Mbit/s, og økt etterspørsel etter korte høyhastighetssamband gjør at skjevprisingen internt i marked 14 er et særlig aktuelt konkurranseproblem. BaneTele mener at manglende pris- og regnskapsregulering medfører at Telenors samlede inntekter i marked 14 opprettholdes, samtidig som konkurransen svekkes.

BaneTele anførte videre i møte med departementet 12. september 2007 at et forsterkende problem er at Telenor ofte gir en ekstra rabatt til sluttkunden på samband der Telenor møter stor konkurranse. Dette mener BaneTele gir økte konkurranseproblemer for konkurrentene. BaneTele hevder at de derfor ikke konkurrerer med Telenor på like vilkår og heller ikke gis tilstrekkelig sikkerhet til å bygge ut alternativ infrastruktur.

4.2 Bundling/produktkobling

BaneTele mener at bortfall av pris- og regnskapsregulering fører til at Telenor på grunn av sin dominans i telemarkedet kan bundle produkter/produktelementer til skade for konkurransen. BaneTele hevder at andre tilbydere ikke vil ha mulighet til å tilby tilsvarende eller likeverdige produkter. BaneTele nevner produktene Nordic E-line og Emulerte samband for samtrafikk (ESS) som konkrete eksempler på konkurransehemmende bundling. For disse produktene hevder BaneTele at transportelementet, som er konkurranseutsatt, synes å være underpriset, mens tilknytningen, som er en monopoljeneste, fremstår som overpriset. Alternative tilbydere av transportelementet har dermed ikke mulighet til å konkurrere om en leveranse som omfatter både transport- og tilknytningselementer. Denne bundlingen med skjevprising mellom tilknytning og transport, bidrar etter BaneTeles syn til å opprettholde Telenors samlede inntekter, samtidig som konkurransen svekkes.

BaneTele fremholder videre at pålegg om forpliktelser ikke er betinget av at utnyttelse av markedsrett faktisk finner sted, men at det er tilstrekkelig at det potensielt kan oppstå et konkurranseproblem under gitte forhold.

5. DEPARTEMENTETS VURDERING

5.1 Rettslig utgangspunkt

Departementet viser til at Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet for overføringskapasitet over 8 Mbit/s (marked 14). Etter ekomloven § 3-4, første ledd, skal dermed Telenor pålegges en eller flere særlige plikter som følger av lovens §§ 4-1 og 4-4 til 4-10.

I samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper må forpliktelser som pålegges Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling, være egnet til å fremme ekomlovens formål, jf. § 1-1. Det er videre en forutsetning at forpliktelsene oppfyller formålsangivelsen i ekomloven § 3-4, tredje ledd, hvor det fremgår:

”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.”

Det følger videre av EU-retten og alminnelig forvaltningsrett at et pålegg om forpliktelser må være forholdsmessig. Forholdsmessighetsprinsippet kan kort beskrives som krav til forvaltningen om å sikre forholdsmessighet mellom middelet som anvendes og målet som søkes nådd. Forholdsmessighetsprinsippet anvendelse på området for elektronisk kommunikasjon er nærmere beskrevet i ekomlovens forarbeider:

”Med forholdsmessighet menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd.” (Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 101).

Virkemidlene prisregulering og kostnadsregnskap, som BaneTele mener må pålegges Telenor, følger av ekomloven § 4-9. Om prisregulering angir ekomloven § 4-9 første ledd:

”Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling prisforpliktelser for tilgang og samtrafikk i tilfeller hvor tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå, eller ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere.”

Det følger videre av ekomloven § 4-9, tredje ledd, at myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling bruk av bestemte systemer for føring av kostnadsregnskap. Formålet med en slik forpliktelse vil i praksis først og fremst være å sette tilsynet i stand til å kontrollere at prisene ikke bryter med det prisregulerte nivå.

Departementet vil i det følgende vurdere om de anførte konkurranseproblemene i marked 14 kan begrunne pålegg om prisregulering og kostnadsregnskap for hele marked 14, eller subsidiært for grossistsamband med lengde opp til og med 10 km.

5.2 Skjevpris og bundling

Departementet bemerker at Telenor ikke har bestridt at lange grossistsamband i marked 14 gjennom de senere år har blitt relativt sett rimeligere enn de korte sambandene. Når det gjelder årsaken til forskjellen i prisutvikling kommenterte Telenor dette i brev av 4. oktober 2007:

"Telenor vil i denne forbindelse påpeke at tendensen over mange år har vært at kostnadene for det som tradisjonelt har vært forstått som transportsamband, har gått til dels betydelig ned. Dette skyldes både volumøkning og etterspørsel etter høyere hastigheter (økt kapasitet), og i sum gir dette vesentlige skalafordeler. Vi har ikke sett samme kostnadsutvikling for såkalte aksessamband."

BaneTele kommenterte denne uttalelsen i sitt brev av 22. oktober 2007:

"I de siste årene har etterspørselen etter korte høyhastighetssamband økt vesentlig, og økningen i etterspørselen har vært større enn for lange høyhastighetssamband."

Telenor fikk mulighet til å kommentere BaneTeles kommentar i sitt brev 30. oktober 2007:

"Selv om volumet av slike "aksesser" har økt, produseres de i liten grad over samme infrastruktur, i motsetning til hva som er tilfellet for høyhastighetssamband i det tradisjonelle transportnettet der mange samband leveres over en og samme fiberstrekning, noe som gir en betydelig skalafordel."

Departementet viser til at det til dels er store meningsforskjeller mellom BaneTele og Telenor når det gjelder årsaken til prisutviklingen i dette markedet. Etter departementets syn vil det ikke nødvendigvis være like skalafordeler på korte og lange samband, ettersom man i større grad kan benytte seg av eksisterende infrastruktur når en tilbyr lange høyhastighetssamband. Departementet viser videre til at Telenors priser på overføringskapasitet frem til PTs vedtak har vært underlagt prisregulering. Departementet mener derfor at prisutviklingen frem til PTs vedtak i seg selv gir liten veiledning til å mene noe bestemt om Telenors mulighet til å utnytte sin sterke markedsstilling gjennom å opprettholde et uforholdmessig høyt prisnivå til skade for sluttbrukerne ved fravær av prisregulering. Isolert sett anses altså ikke prisutviklingen å kunne begrunne prisregulering, jf. ekomloven § 4-9 første ledd.

I sitt høringsvar til varsel om vedtak¹ uttrykte Telenor at tilbudet om Emulerte samband for samtrafikk innebar en teknologisk forenkling med påfølgende kostnadsreduksjoner både for Telenor og for deres samtrafikkpartnere. PTs kommentar til Telenors uttalelse var at kostnadsreduksjonen var sammenlignet med "ordinære" leide samband, noe som innebar at BaneTeles tilbud om leide samband mellom Telenors samtrafikkpunkter fremsto som mindre attraktive for Telenors samtrafikkpartnere etter at ESS-produktet ble lansert. ESS produktet kan derfor sees som et eksempel på en produktkobling som på grunn av prisingen kan bidra til å begrense BaneTeles muligheter i dette segmentet av transportmarkedet. På den andre side fikk PT innspill fra flere av Telenors samtrafikkpartnere som har fått kostnadsbesparelser som følge av lanseringen av ESS. Når det gjelder departementets vurdering av produktet ESS vises det til PTs oversending hvor de informerer om at saken fortsatt er til behandling hos PT.

¹ Varslet var på høring i perioden 21. desember 2005 til 6. februar 2006

Departementet ønsker derfor ikke å gå nærmere inn i vurderingen av dette produktet på nåværende tidspunkt.

Å bundle produkter, herunder kobling av produkter slik at sluttkunden får en billigere pakke enn ved å kjøpe enkeltkomponentene hver for seg, kan i noen tilfeller ha positive effekter for kundene. For konkurrerende tilbydere som ikke har lik mulighet til å koble produkter på samme måte, vil en slik kobling av produkter kunne være en etableringshindring. BaneTele er avhengig av å kunne kjøpe aksesser av Telenor for å kunne komplettere sin infrastruktur med sikte på å levere komplette tilbud. Hvis Telenor bundler de korte og lange sambandene i marked 14 på en slik måte at BaneTele ikke har mulighet til å gi et konkurrerende tilbud, innebærer bundlingen at BaneTele taper deler av sin konkurransevne i marked 14. Dette fører igjen til at BaneTele kan få begrensede incentiver og muligheter til å investere i infrastruktur.

Departementet mener i utgangspunktet at Telenor står fritt til å velge prisingstrategier i marked 14 gitt at selskapet overholder ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Videre legger departementet til grunn at bundling av produkter kan ha positive effekter for sluttkundene som kan kjøpe flere produkter i en pakke i stedet for hver for seg. Det fremstår som om BaneTele også ønsker å bundle korte og lange samband i sine tilbud til kundene, men at det er en ulempe for selskapet at de i liten grad tilbyr korte samband selv og i mange tilfeller er avhengig av å kjøpe disse sambandene fra Telenor. Departementet mener at en grunn til at prisene Telenor anvender i de bundlede produktene til tider avviker fra standardprisene, er at også Telenor i stor grad må bygge nye samband og derfor ofte benytter seg av entreprisepricing.

Med bakgrunn i den eksisterende infrastrukturkonkurransen i marked 14 har PT basert virkemiddelbruken på prinsipp 3 i virkemiddeldokumentet. Virkemidlene skal i henhold til dette prinsippet fremme formålet om bærekraftig konkurranse, med hovedvekt på å gi Telenors konkurrenter incentiver til å bygge ut egen infrastruktur. Videre må eventuelle tilgangsbestemmelser utformes slik at de ikke reduserer incentivene for investeringer som på lang sikt kan gi større grad av infrastrukturkonkurranse. Departementet støtter PTs vurderinger når det gjelder valg av prinsipp 3 for reguleringen i marked 14. Departementet ønsker en utvikling der BaneTele og andre utfordrere til Telenor i dette markedet også bygger ut sin egen alternative infrastruktur istedenfor å leie den av Telenor.

Når en vurderer de ulike virkemidlene man har til rådighet ved reguleringen vil det være naturlig å veie gevinsten av å prisregulere mot gevinsten av å ikke prisregulere. Dersom man prisregulerer kan man redusere det samfunnsøkonomiske tapet de eventuelle konkurranseproblemer gir, men samtidig vil det oppstå et tap ved at en regulerer fremtidsrettet teknologi. Departementet støtter i dette tilfellet PTs vurdering av at gevinsten for samfunnet vil være størst ved å ikke prisregulere fordi en da gir aktørene incentiver til å bygge ut alternativ infrastruktur basert på fremtidsrettet teknologi. Departementet mener videre at de pålagte forpliktelsene om ikke-diskriminering, transparens og regnskapsmessig skille er egnet til å motvirke konkurranseskadelig adferd. Etter en samlet skjønnsmessig vurdering finner departementet at de anførte konkurranseproblemer ikke tilsier prisregulering av marked 14. Det forutsettes imidlertid at PT som angitt i vedtaket følger utviklingen nøye i markedet fremover, og på ny vurderer behovet for prisregulering dersom mangel av sådan skulle vise seg å gi negative utilsiktede konkurransemessige virkninger.

Departementet kommer under punkt 5.4 tilbake til hvorvidt de anførte konkurranseproblemer kan begrunne prisregulering for bare de korte sambandene.

5.3 Særlig om entreprisepricing

Departementet vil her drøfte BaneTeles anførsel om at Telenors bruk av såkalt entreprisepricing i marked 14 svekker konkurransen i marked 14 ytterligere. Entreprisepricing innebærer at det gis tilbud på kjøp av grossistsamband hvor prisene avviker fra standardprisene. Etter departementets informasjon anvendes slik pricing ofte i tilfeller hvor kunden etterspør samband på strekninger hvor det ikke finnes samband fra før. Når det gjelder omfanget av denne praksisen vises det til markedsanalysen punkt 370, hvor det fremgår at Telenor etter PTs erfaring *i utstrakt grad* benytter seg av slik pricing. Det vises videre til opplysninger innhentet fra Telenor hvor det fremgår at det per september 2007 var solgt ca. tre ganger så mange høyhastighetssamband over 8 Mbit/s basert på entreprisepricing enn det som var basert på standard listepriiser. Med bakgrunn i disse opplysninger anser departementet omfanget av entreprisepricing som betydelig.

Departementet har ikke innsyn i de prinsippene som ligger til grunn for Telenors entreprisepricing, men vi mener at utstrakt bruk av denne metoden kan gi uheldige utslag for konkurransen og transparensen i markedet. Departementet finner at bruk av entreprisepricing fremstår som lite transparent for de andre tilbyderne i markedet, og at slik pricing i verste fall kan føre til skjevpricing og konkurranseskadelig bundling av produkter. Departementet mener derfor at utstrakt bruk av entreprisepricing kan ha uheldige sider.

Hvorvidt entreprisepricing utgjør et konkurranseproblem som tilsier ytterligere regulatoriske grep må vurderes på bakgrunn av de pålegg som allerede følger av tilsynets vedtak. Etter vedtaket er Telenor pålagt å oversende PT kopi av samtlige avtaler om tilgang i marked 14 hvor prisene avviker fra standardprisene, herunder alle avtaler som er basert på entreprisepricing. PT har opplyst at de vil gjennomgå avtalene og sammenholde dem med de prinsipper Telenor legger til grunn for entreprisepricing. Tilsynet uttaler at gjennomgangen av enkeltavtaler vil gi grunnlag for å vurdere om kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter overholdes, samt om kravet til ikke-diskriminering mellom Telenors egne og eksterne virksomheter overholdes. Videre uttales det at kravet om regnskapsmessig skille i marked 14, og Telenors rapportering av dette, vil gi PT ytterligere grunnlag for å vurdere om kravet til ikke-diskriminering mellom Telenors egne og eksterne virksomheter overholdes.

Departementet mener at ovennevnte plikter for Telenor, kombinert med en effektiv håndhevelse fra tilsynets side, er hensiktsmessige tiltak for å avhjelpe de konkurranseproblemer BaneTele opplever som følge av Telenors utstrakte bruk av entreprisepricing. På den andre side vil den vedtatte regulering miste mye av sin effekt dersom oppfølgingen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen ikke fungerer tilfredsstillende, herunder raskt nok, til å påvirke eventuelle anskaffelsesprosesser. Departementet legger derfor til grunn at tilsynet vil føre et nært tilsyn av de innsendte avtalene for å sjekke at Telenor overholder ikke-diskrimineringsforpliktelsen.

5.4 Særlig om korte samband i marked 14

BaneTele ønsker subsidiært en prisregulering av grossistsamband med lengde opp til og med 10 km i marked 14. I PTs markedsanalyse s. 53 fremgår det at Telenor har en markedsandel for korte grossistsamband over 8 Mbit/s på 84 %, mens for de lange sambandene over 8 Mbit/s har en andel på 60 % av markedet. PT vurderte derfor et regulatorisk skille mellom korte og lange samband i marked 14. PT varslet i juni 2006 (Nasjonal høring av endringer i markedsavgrensning og virkemiddelbruk i marked 13 og 14) prisregulering av marked 14 for samband under 10 km, ut fra en vurdering av den ulike konkurransesituasjonen i de to delene av marked 14. Basert på høringssvarene revurderte PT behovet for prisregulering og konkluderte med at det ikke var forholdsmessig å pålegge Telenor prisregulering for samband under 10 km. Til grunn for denne konklusjonen ligger blant annet at PT mener det er grunn til å være ekstra varsom med å regulere fremtidsrettet teknologi, samt at potensielle konkurranseproblemer langt på vei kan løses gjennom forpliktelsen om ikke-diskriminering.

Departementet legger til grunn at de signifikante forskjellene i markedsandelene på korte og lange samband kan begrunne et regulatorisk skille i marked 14, altså evt. prisregulering bare av korte samband. Etter departementets mening er imidlertid prisregulering et tyngende virkemiddel i et marked med konkurranse og flere alternative tilbydere med egen infrastruktur. I tillegg er det vanskelig å lage et praktisk og hensiktsmessig skille innad i marked 14 da det verken er formålstjenlig å skille markedet i to produktmarkeder eller ulike geografiske markeder, jf. PTs vurdering i markedsanalysen.

Videre mener departementet at et effektivt tilsyn av innsendte avtaler som baseres på entreprisepricing i marked 14 kan virke forebyggende for å forhindre konkurranseskadelig adferd. Departementet legger til grunn at tilsynet kan gripe raskt inn og kreve retting dersom avtaler bryter ikke-diskrimineringsforpliktelsen ved at avtalen innebærer for eksempel skjevpris eller konkurranseskadelig bundling. Etter en samlet vurdering finner departementet at de anførte konkurranseproblemer ikke tilsier prisregulering av de korte sambandene etter ekomloven § 4-9.

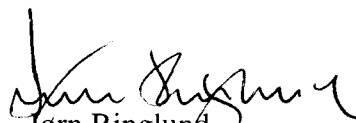
6. DEPARTEMENTETS VEDTAK

Post- og teletilsynets vedtak av 3. mai 2007 stadfestes.

Samferdselsdepartementets vedtak er endelig, og kan ikke påklages videre, jf. forvaltningsloven § 28.

Med hilsen


Ottar Ostnes e.f.


Jørn Ringlund