



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Likelydende brev
Se vedlagte liste

Deres ref

Vår ref
10/1760- KAW, KSK, RHO

Dato
11.05.2011

Klage på Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010 (markert 7) - vedtak

Det vises til klager fra TDC AS (TDC) og Telenor Norge AS (Telenor) datert 18. oktober 2010, og til klager fra NetCom AS¹ (NetCom), Network Norway AS (Network Norway) og Tele2 Norge AS (Tele2) datert 19. oktober 2010, på Post- og teletilsynets vedtak 27. september 2010 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (markert 7, tidligere markert 16)².

Videre vises det til tilsynets innstilling i klagesakene 3. desember 2010. Departementet har mottatt kommentarer til tilsynets innstilling fra Network Norway, Telenor og Tele2 datert 20. desember 2010. I forbindelse med departementets behandling av klagen har det vært avholdt en rekke møter med aktørene. Opplysninger som har fremkommet i disse møtene og som ikke er forretningsensitive, har vært sendt til partene for uttalelse, jf. e-post fra departementet 11. mars og 27. april 2011 med tilleggsopplysninger.

¹ NetCom AS har i mellomtiden skiftet navn til Telia Sonera Norge AS.

² ESAs nye Anbefaling om relevante markeder for ex-ante regulering trådte i kraft 5. november 2008. Denne erstatter Anbefalingen fra 2004 som identifiserer 18 markeder for ex-ante regulering. Den nye anbefalingen reduserer antall markeder til 7 i tråd med tilsvarende anbefaling fra EU-kommisjonen. Dette innebærer at markedet for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett ikke lenger er 16, men markert 7. Definisjonen av markedet er uendret.

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 anbefaling fra EFTA Surveillance Authority (EFTAs overvåkningsorgan, ESA) om relevante markeder (Anbefalingen)³, analysere disse og identifisere tilbydere med sterk markedsstilling. Tilbydere som blir funnet å ha sterk markedsstilling, skal etter ekomloven § 3-4 pålegges minst én av de særskilte forpliktelsene som følger av lovens kapittel 4.

1.1 Tidligere vedtak i marked 7

Post- og teletilsynet fattet 19. september 2005 sitt første vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 16. Tilsynet konkluderte med at Telenor, NetCom, Teletopia Mobile Communications (senere MTU) og Tele2 hadde sterk markedsstilling i markedet. Disse aktørene ble ilagt ulike forpliktelser, herunder ble NetCom og Telenor pålagt et pristak basert på fullfordelte historiske kostnader for termineringsprisene. Pristaksforpliktelsen ble pålagt av NetCom og Telenor og Post- og teletilsynets vedtak overfor Telenor ble stadfestet av departementet 20. april 2006. For NetCom ble tilsynets vedtak stadfestet med unntak av andre trinn i glidebanen som ble opphevet.

Blant annet på bakgrunn av innspill fra Samferdselsdepartementet gjennomførte Post- og teletilsynet i 2006 en analyse av markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett og utarbeidet en kostnadsmodell basert på en "Long Run Incremental Cost-modell" (LRIC). Post- og teletilsynet traff nytt vedtak i marked 16 den 8. mai 2007 med pristakforpliktelser for NetCom, Telenor og Tele2. NetCom og Telenor ble pålagt maksimalpriser i henhold til en nærmere angitt glidebane hvor sluttprisen tilsvarte effektiv pris ifølge LRIC-beregningene. Tele2 ble pålagt reduksjon i termineringsprisen basert på en skjønnsmessig vurdering av rimelig pris. MTU og TDC ble pålagt prisregulering i form av krav om rimelig pris. Samferdselsdepartementet stadfestet ved vedtak 13. februar 2008 tilsynets prisregulering for så vidt gjaldt MTU, NetCom, TDC og Telenor. På bakgrunn av Tele2s kjøp av 50 prosent av aksjene i nettselskapet Mobile Norway AS (Mobile Norway) fattet departementet 13. februar 2008 vedtak om å oppheve tilsynets prisregulering av Tele2. Den delen av vedtaket som gjaldt prisregulering av Tele2 ble sendt tilbake til Post- og teletilsynet for ny vurdering.

³ 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.

Tilsynet fattet 17. november 2008 nytt vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 16. Dette er et tilleggsvedtak til vedtaket 8. mai 2007. I vedtaket ble blant andre Network Norway og Ventelo utpekt som tilbydere med sterk markedsstilling i marked 16 og pålagt særskilte forpliktelser. I vedtaket ble MTU⁴, Network Norway, TDC, Tele2 og Ventelo blant annet pålagt å redusere sine termineringspriser trinnvis ut 2010. Vedtaket ble påklaget av samtlige tilbydere det var rettet mot, i tillegg til at NetCom og Telenor klagde. Samferdselsdepartementet fastholdt tilsynets vedtak 19. mai 2009 (vedtak 2009) overfor TDC og Ventelo, mens vedtaket ble endret hva gjaldt glidebanen for Network Norway og Tele2. Til grunn for departementets mer lempelige prisregulering av de to nye nettutbyggerne var ønske om å legge til rette for etableringen av et tredje mobilnett som kan være en reell konkurrent til dagens to nettilbydere.

1.2 Post- og teletilsynets vedtak 27. september 2010

Post- og teletilsynets fattet 27. september 2010 vedtak i marked 7 (vedtaket). Dette nye vedtaket innebærer at NetCom, Network Norway, TDC, Telenor, Tele2 og Ventelo trinnvis skal redusere egne termineringspriser frem mot 1. januar 2013 i tråd med følgende pristaksregulering som angir maksimalpriser per minutt (eks. mva.):

	Gjeldende pris ved utgangen av 2010	1. januar 2011- 30. juni 2011	1.juli 2011- 31. desember 2011	1. januar 2012 – 30. juni 2012	1.juli 2012 – 31. desember 2012	1. januar 2013 – 31. desember 2013
NetCom	0,50	0,30	0,30	0,30	0,20	0,15
Telenor	0,50	0,30	0,30	0,30	0,20	0,15
Network Norway	0,90	0,90	0,80	0,65	0,20	0,15
Tele2	0,90	0,50	0,30	0,30	0,20	0,15
TDC	0,75	0,40	0,30	0,30	0,20	0,15
Ventelo	0,75	0,40	0,30	0,30	0,20	0,15

Tabell 1 Maksimalpris per minutt for terminering av tale i mobilnett i perioden 1. januar 2011 til 31. desember 2013. Alle priser i NOK eks. mva.

Post- og teletilsynet legger i vedtaket til grunn LRAIC ved beregning av effektiv pris. Til forskjell fra LRAIC+++ som lå til grunn for den regulerte termineringsprisen i forrige vedtaksrunde, inneholder ikke denne modellen påslag for felleskostnader i nettverket, kostnader knyttet til lokalisering av håndsett og administrasjonskostnader.

1.3 Anmodning om utsatt iverksetting

NetCom, TDC og Tele2 anmodet i brev av henholdsvis 29. november, 18. oktober og 19. oktober 2010 om utsatt iverksetting av Post- og teletilsynets vedtak hva gjelder nedjusteringen av selskapenes termineringspris, inntil departementet har fattet vedtak i klagesaken. Telenor anmodet i brev 18. oktober 2010 om utsatt iverksetting for så vidt

⁴ MTU gikk i november 2008 konkurs og ble dermed ikke omfattet av departementet påfølgende klagevedtak.

gjelder fastsettelse av selskapets pristak for det tilfelle at departementet innvilger utsatt iverksetting for øvrige aktører, inntil klagen er endelig avgjort.

Samferdselsdepartementet besluttet 15. desember 2010 å etterkomme Tele2s anmodning om utsatt iverksetting av første prisnedsettelse. Tele2 ble gitt utsatt iverksetting med det vilkår at selskapet opprettet en konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet hvor Tele2 ved hver samtrafikkavregning skal overføre differansen mellom avregnet termineringspris (NOK 0,90, per 31. desember 2010) og termineringsprisen (NOK 0,50) som følger av tilsynets vedtak fra 1. januar 2011.

For øvrige tilbydere, NetCom, TDC og Telenor, besluttet departementet 15. desember 2010 ikke å gi utsatt iverksetting av vedtaket.

2. KLAGERNES ANFØRSLER

Nedenfor gjengis en overordnet oppstilling av klagernes anførsler. En mer utførlig gjengivelse fremgår av departementets vurdering i kapitlene 4.1 til 4.5.

2.1 NetCom

NetCom anfører at vilkårene for asymmetrisk prisregulering ikke er til stede og at vedtakets saksforberedelse og begrunnelse derfor er mangelfull. Videre mener NetCom at en regulering som tillater Network Norway og Tele2 å ta en overpris for terminering, er uforholdsmessig og i strid med lovens formål. NetCom anfører at Network Norway og Tele2 under enhver omstendighet ikke er berettiget en lempelig regulering så lenge merinntekten ikke benyttes til å bygge mobilnett. Manglende begrunnelse for hvorfor Network Norway og Tele2 skal få beholde muligheten til å ta en høyere termineringspris, representerer etter NetComs oppfatning en saksbehandlingsfeil. NetCom har videre innvendinger til LRAIC-modellen for så vidt gjelder kostnadsfradragene som gjøres i forbindelse med beregning av effektiv pris. Endelig mener NetCom at det ikke foreligger saklig grunn til å forskjellsbehandle med hensyn til pålegg av forpliktelsene ikke-diskriminering, standardavtale og offentliggjøring. Selskapet mener at alle tilbydere med sterk markedsstilling i disse markedene må pålegges ikke-diskriminering. Network Norway og Tele2 som bygger konkurrerende infrastruktur bør pålegges å utarbeide og offentliggjøre ett standard samtrafikktilbud. NetCom anfører i kommentarene til klagen at det heller ikke er grunnlag for å videreføre asymmetrisk prisregulering til fordel for MVNOene.

2.2 Network Norway

Network Norway anfører at det må fastsettes et nytt pristak for selskapet for å gi Network Norway en reell mulighet til å inntjene sin halvdel av den relevante investeringskostnaden. Ved beregning av historiske merinntekter mener Network Norway at selskapets faktiske trafikk tall må legges til grunn, mens det for beregninger av fremtidige inntekter bør legges til grunn null volumvekst. Videre må det, for å

utligne den fordel MVNOene har hatt relativt sett til Network Norway, tas hensyn til den merkostnad Network Norway har ved å terminere trafikk hos tilbydere som har en høyere termineringspris enn NetCom og Telenor. Network Norway mener dessuten at det må tas hensyn til videre utbygging ved fastsettelsen av glidebanen og størrelsen på asymmetrien. Endelig har selskapet anført at effektiv pris må fastsettes på bakgrunn av en LRAIC+++ modell og ikke en LRAIC-modell uten påslag for felleskostnader med mer.

2.3 TDC

TDC anfører prinsipielt at den vedtatte prisreguleringen av selskapet må endres ved at glidebanen gjøres slakere frem mot 1. januar 2013. Subsidiært mener TDC at det bør innføres forpliktelser i tidligere marked ⁵ som effektivt hindrer prisklemme ved at MVNOene sikres normale tilgangsvilkår. Videre mener TDC at prisreguleringen av NetCom og Telenor må endres slik at selskapenes termineringspris reduserer til NOK 0,17 allerede fra 1. juli 2011. På denne måten rammes utfordrerens konkurransekraft i minst mulig grad samtidig som det gir sluttbrukerne umiddelbar effekt.

2.4 Telenor

Telenor anfører at fortsatt asymmetriske termineringspriser til fordel for Network Norway, TDC, Tele2 og Ventelo er i strid med hjemmelsgrunnlaget da det ikke er begrunnet i underliggende effektive kostnadsforskjeller og basert på uriktig skjønn. Telenor mener at nivået på prisreguleringen som innføres for selskapet fra 1. juli 2012 er satt under effektiv kostnad og i strid med hjemmelsgrunnlaget. Subsidiært anføres det at vedtaket er uforholdsmessig og følgelig uten hjemmel, og at Post- og teletilsynets manglende utredning og feilaktige vurdering av vedtakets konsekvenser innebærer at vedtak er i strid med lovens formål og er ugyldig. Manglende utredning og feilaktige vurdering er i tillegg etter Telenors syn å anse som en saksbehandlingsfeil.

2.5 Tele2

Tele2 anfører at vedtaket er ugyldig ettersom det endrer departementets vedtak av 19. mai 2009. Tele2 mener at vedtaket er uforholdsmessig og i strid med kravet om forutsigbarhet. Selskapet viser også til at vedtaket fjerner insentivene til å bygge flere basestasjoner enn det som er forutsatt i den foreliggende utbyggingsavtale mellom Network Norway og Tele2. Selskapet klager dessuten på bruken av LRAIC-modellen som grunnlag for fastsettelse av effektiv pris og mener modellen inneholder feil som har medført et lavere resultat enn det som ifølge Tele2 er korrekt.

⁵ Markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (tidligere marked 15).

3. REGULATORISK RAMMEVERK

3.1 Rettslig utgangspunkt

I 2002 vedtok Den Europeiske Union (EU) følgende fem direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsvern-direktivet. Direktivene utgjør EUs regulatorisk rammeverk for elektronisk kommunikasjon og ble innlemmet i EØS-avtalen med virkning fra 1. november 2004. Direktivene er implementert i norsk rett gjennom ekomloven med tilhørende forskrifter, herunder forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste 16. februar 2004 (ekomforskriften).

EUs regulatoriske rammeverk legger grunnlaget for harmonisering innen ekom-sektoren i EU/EØS-området og gir nasjonal myndighet virkemidler for å begrense etableringshindringer og tilrettelegge for bærekraftig konkurranse til beste for brukerne. Det fremgår av ekomloven § 1-1 at formålet med reguleringen er *"å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjons-tjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon."*

Ekomloven §§ 3-2 og 3-3 slår fast at Post- og teletilsynet skal definere relevante markeder, gjennomføre markedsanalyser og utpeke tilbydere med sterk markedsstilling. Deretter skal tilsynet ilegge forpliktelser på den eller de tilbyder(e) som er utpekt til å ha sterk markedsstilling i det relevante markedet, jf. § 3-4. Prisregulering, jf. § 4-9, er ett av i alt åtte mulige virkemidler § 3-4 viser til. Paragraf 3-4 tredje ledd presiserer at pliktene pålegges i det enkelte tilfellet. Det vises her til at det følger av merknaden til § 3-4, jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 100, at *"Myndigheten skal velge den eller de særskilte forpliktelser som er best egnet i det enkelte tilfellet"*.

3.2 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. Videre er det i European Regulators Group for electronic communications networks and services (ERG)⁶ utarbeidet retningslinjer for virkemiddelbruk nedfelt i dokumentet *"Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework"*. De retningslinjer og prinsipper som er nedfelt i dette dokumentet skal stimulere utviklingen av det indre markedet for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester, samt tilrettelegge for en enhetlig og konsistent praktisering av regelverket i de ulike medlemslandene. Dette antas å bidra til å skape like rammebetingelser for nasjonale og internasjonale

⁶ ERG er oppløst og avløst av BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications).

aktører. Dokumentet er fulgt opp i Post- og teletilsynets reviderte virkemiddel-dokument datert 12. juni 2009⁷.

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 forslagetets samsvar med EØS-retten, kan ESA kreve at forslaget trekkes tilbake (vetorett). Dette gjelder ved utpeking eller tilbaketrekking av tilbyder med sterk markedsstilling, eller definering av nye markeder. For pålegg av nærmere bestemte virkemidler (herunder prisregulering) har ESA en uttalelsesrett. Post- og teletilsynet skal så langt som mulig ta hensyn til ESAs merknader, og ESA skal notifiseres om vedtaket når dette er fattet.

ESA har ingen formell rolle i departementets klageavgjørelse. Departementet legger likevel vekt på at både konsultasjonsordningen med ESA og utredningsarbeidet gjort i ERG som er kommet i stand for å sikre harmonisering av ekomreguleringen. På dette grunnlag mener departementet at det er relevant å ta et visst hensyn til uttalelser fra ESA i klagebehandlingen av Post- og teletilsynets markedsregulering.

4. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VURDERING

4.1 Saksbehandlingsfeil

Etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ligger ansvaret for sakens opplysning hos forvaltningsmyndigheten. Av forvaltningsloven § 17 første ledd følger det at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Ansvaret innebærer at forvaltningen må sørge for å få de opplysninger som er nødvendige for å sikre en så riktig avgjørelse som mulig. Utredningsplikten må ses i lys av den tid og de ressurser som er til rådighet og de faktiske muligheter som foreligger. Det går en grense for hvor langt det offentliges plikt rekker med hensyn til å innhente ytterligere informasjon fra parter som ikke selv har gitt fyllestgjørende opplysninger. Videre stiller forvaltningsloven § 25 krav til begrunnelsens innhold.

Det følger av forvaltningsloven § 41 at selv om reglene i loven ikke er fulgt i en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Både mangelfull utredning og feil faktum kan lede til at vedtaket blir ugyldig etter forvaltningsloven § 41. Ved mangelfull utredning vil mulighetene for feilaktig vurdering av realiteten lett kunne oppstå. Hvis

⁷ Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling, 12. juni 2009.

det er rimelig grunn til å anta at den mangelfulle utredning har virket inn på resultatet, vil vedtaket i regelen bli ugyldig hvis det er til skade for parten. Er det rimelig klart at forvaltningen har lagt et feilaktig faktum til grunn, kan vedtaket også bli ugyldig.

Departementet vil i det følgende vurdere om vedtaket lider av rettslige mangler som følge av at saksbehandlingen er i strid med forvaltningsloven § 17 første ledd, første punktum eller forvaltningsloven § 25.

4.1.1 Utredning

Telenor anfører at tilsynets manglende utredning av samfunnsøkonomisk tap eller gevinst og feilaktige vurdering av vedtakets konsekvenser er å anse som en saksbehandlingsfeil og at vedtaket følgelig er ugyldig. Å videreføre asymmetri uten å foreta noen konsekvensvurderinger strider ifølge NetCom og Telenor mot utredningsplikten oppstilt i forvaltningsloven §§ 17 og 25.

Samferdselsdepartementet viser til at utredningsplikten stiller visse krav til saksforberedelsens kvalitet. Generelt innebærer prinsippet at myndighetene må vise upartiskhet i sine undersøkelser, og at plikten omfatter en utredning av momenter som taler så vel til gunst som ugunst for partene. Utgangspunktet er at forvaltningen plikter å ta i betraktning alle de opplysninger som foreligger i saken. I saker som forutsetter konsekvensvurderinger av eventuelle fremtidige skader eller nyttevirkinger, er det likevel visse grenser for hvor langt utredningsplikten går. Er det vanskelig å forutsi konsekvensene, kan det ikke stilles krav til at skade- eller nyttevirkningene skal tallfestes eller kvantifiseres. Her vil det være tilstrekkelig å avdekke risiko- og nyttefaktorene og angi mulige, fremtidige skade- eller nyttevirkinger. Krav til grundighet må imidlertid avveies mot hensynet til rask saksbehandling og en forsvarlig bruk av ressursene.

Behovet for ytterligere utredning

Samferdselsdepartementet legger til grunn at anførselene om manglende utredning og feilaktige vurderinger i hovedsak gjelder spørsmålet om behovet for et tredje mobilnett som tilbyr telefontjeneste, og bruken av asymmetrisk prisregulering som virkemiddel for å oppnå dette.

Antallet aktører i et marked og fordelingen av omsetningen mellom aktørene, er et viktig utgangspunkt for vurderingen av konkurransesituasjonen i markedet. I markeder der omsetningen er fordelt mellom flere aktører vil konkurransen normalt være bedre enn når omsetningen er konsentrert på få.⁸

I konsentrerte markeder med få aktører økes graden av markedstransparens.⁹ I konkurranseøkonomisk teori er det antatt at markedsforholdene i konsentrerte markeder legger til rette for at markedsaktørene kan finne det rasjonelt å koordinere

⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 26 / Richard Whish, *Competition Law (fifth edition 2005)*, side 43.

⁹ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*Official Journal - 2004/C 31/03*), para. 50.

sin atferd, fremfor å konkurrere.¹⁰ Varig parallell atferd vil kunne ha tilsvarende virkninger på økonomisk effektivitet og forbrukervelferd som et monopol.¹¹

Risikoen for parallell atferd og markedskoordinering er større i markeder med få aktører enn i markeder med flere aktører.¹² Med sikte på å styrke konkurransen i markeder med få aktører, vil et virkemiddel således kunne være å lette adgangen for nye konkurrenter til markedet.¹³

Selv med kun to aktører i et gitt marked vil det i prinsippet kunne være konkurranse i markedet. Det vil imidlertid bero på en konkret vurdering av markedet hvorvidt det er bærekraftig konkurranse eller ei. Norge har hatt to infrastruktureiere på mobilsiden siden 1993. Dette har ikke gitt tilstrekkelig konkurranse sett fra telemyndighetens side. Det vises til at Samferdselsdepartementet i flere meldinger til Stortinget det siste tiåret har gitt uttrykk for bekymring når det gjelder konkurransesituasjonen i det norske mobilmarkedet.

I St. meld. nr. 32 (2001-2002) om situasjonen i den norske mobilmarknaden ga departementet uttrykk for at det var flere tegn på at konkurransen i det norske mobilmarkedet ikke var tilfredsstillende. Hovedårsaken til dette ble ansett å være for få aktører av en viss størrelse som konkurrerer i markedet. Departementet uttalte om utviklingen 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"*.

I Ot. prp. nr 58 (2002-2003) uttalte departementet videre følgende vedrørende konkurransesituasjonen i det norske markedet: *"Til tross for at konkurransen i det norske telemarkedet er styrket siden 1998, mener Samferdselsdepartementet at markedet fortsatt ikke er tilstrekkelig virksomt."* Departementet ga uttrykk for at det anså det som mulig å hente ut flere gevinster, blant annet i form av bedre tjenester og lavere priser, dersom konkurransen i markedet ble styrket. Departementet la videre til grunn at det var rom for å få etablert flere større aktører. I proposisjonen vises det også til at konkurranse er det beste virkemiddelet for å oppnå lovens formål, jf. omtale i kapittel 3.1. Det skilles imidlertid mellom konkurranse på kort og lang sikt. *"Bærekraftig konkurranse som virkemiddel innebærer imidlertid at forholdene skal legges til rette for en langsiktig virksom konkurranse i markedet. Dette medfører at i valg mellom reguleringsformer med ulike egenskaper på kort og lang sikt tilsier lovens formål at alternativene skal vurderes for å finne det som gir den gunstigste løsningen sett over tid."*¹⁴

¹⁰ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law* (2008), side 858.

¹¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law* (2008), side 859.

¹² Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*Official Journal* - 2004/C 31/03), para. 45.

¹³ Se i denne forbindelse konkurranseloven § 9 bokstav e.

¹⁴ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 84.

Det er foretatt markedsanalyser og fattet vedtak i det aktuelle markedet en rekke ganger siden 2005. Allerede i tilsynets første vedtak under dagens regelverk ble det skissert at nye aktører (MVNOer/MNOer) skulle tilgodeses med en mer lempelig regulering i en overgangsperiode. Tilbydere som klatret i investeringsstigen ville videre bli underlagt en lempeligere regulering i form av en lengre overgangsperiode. Dette reguleringsregimet har siden blitt konsekvent lagt til grunn.

Gjennom markedsanalysene av markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15) har Post- og teletilsynet analysert og vurdert konkurransesituasjonen i det norske mobilmarkedet. I to analyser, henholdsvis i 2006 og 2010, har tilsynet konkludert med at det ikke er effektiv konkurranse i det norske mobilmarkedet.

I forberedelsene til dette vedtaket har Post- og teletilsynet foretatt en ny analyse av situasjonen i termineringsmarkedet. I markedsanalysen identifiseres og utpekes tilbydere som har sterk markedsstilling og de ulike virkemidlene som kan benyttes for å avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemene overprising og krysssubsidiering vurderes. I det norske mobilmarkedet ønsker departementet å oppnå langsiktig bærekraftig konkurranse på mobilområdet gjennom å stimulere til etablering av et tredje mobilnett. Dette har ligget til grunn for myndighetens regulering av mobilmarkedet i de siste vedtakene. Konkurranseproblemene med krysssubsidiering og overprising vil etter departementets vurdering bli redusert på lang sikt ved at prisene reguleres ned til effektiv pris og ved etablering av en tredje nettilbyder.

Enkelte av markedsaktørene har fremlagt utredninger som belyser de samfunnsøkonomiske virkningene av asymmetrisk regulering for å tilrettelegge for et tredje mobilnett. Telenor har gjennom to rapporter av Bjørn Hansen¹⁵ redegjort for det samfunnsøkonomiske tapet den asymmetriske reguleringen av termineringsprisene medfører. I den siste av disse rapportene imøtegås også vurderinger gjort av Foros, Fjell og Steen¹⁶ på oppdrag av Network Norway og Tele2. Uenigheten rapportene imellom er først og fremst knyttet til at det er vanskelig å tallfeste gevinsten av økt konkurranse på lengre sikt. Departementet finner det ikke hensiktsmessig å gå inn i enkelthetene i rapportene, men vil bemerke at reduserte sluttbrukerpriser kun er én av flere mulige gevinster ved økt konkurranse. Utvikling av blant annet nye produkter og tjenester, samt ny teknologi kommer i tillegg og er vanskelig å kvantifisere.

Det er Samferdselsdepartementets oppfatning at de analyser og utredninger som foreligger, gir et tilstrekkelig grunnlag til å vurdere behovet for et tredje nett og bruken av asymmetrisk regulering. Utredningsplikten som oppstilles i forvaltningsloven § 17 er derved oppfylt.

¹⁵ R&I N 13/2008, Bjørn Hansen: Samfunnsøkonomiske effekter av skjevregulering i marked 16 og R 15/2010 Asymmetriske termineringspriser; samfunnsøkonomiske tap og mulige gevinster.

¹⁶ Kenneth Fjell, Øystein Foros, Frode Steen: Noen kommentarer til samfunnsøkonomisk lønnsomhet av et tredje mobilnett i Norge.

Behovet for et tredje nett og asymmetrisk regulering

Målet om å få etablert et tredje mobilnett som kan være en reell konkurrent til dagens to nettilbydere, har lenge vært sentralt i norsk mobilregulering. Allerede i 1998, gjennom tideling av DCS 1800-konsesjone, ble det åpnet for en tredje mobiltilbyder i Norge. Til tross for at flere tilbydere har blitt tildelt tillatelser for etablering og drift av mobilnett siden 1998, har Norge i praksis kun hatt to mobilnettilbydere siden tidlig på 1990-tallet.

I forbindelse med behandlingen klagesaken av tilsynets første vedtak i marked 16 i 2006¹⁷ uttalte departementet, angående skjevreguleringen av termineringsprisen mellom Telenor og NetCom, at *"skjevregulering vil tvert i mot kunne være nødvendig for å sikre bærekraftig konkurranse over tid, og derav oppnåelse av effektiv ressursutnyttelse."* Dette ble videreført i Samferdselsdepartementets vedtak 6. oktober 2006 i marked 15 der det ble uttalt at *"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"*.

Norge er fortsatt et av få land i Europa¹⁸ hvor det kun finnes to tilbydere med landsdekkende mobilnett som tilbyr telefontjenester. For å *"legge til rette for bærekraftig konkurranse"*, jf. ekomlovens formålsbestemmelse, besluttet Samferdselsdepartementet i vedtak fra mai 2009 å legge til rette for flere mobilnett gjennom en asymmetrisk regulering av termineringsprisene til Network Norway og Tele2. De asymmetriske termineringsprisene er ment å legge til rette for utbygging av et tredje mobilnett som på sikt vil kunne utgjøre en reell konkurrent til de etablerte nettilbyderne NetCom og Telenor. Departementet anla som styringsmål at merinntektene fra terminering for de nye nettutbyggerne skulle tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett. Det var departementets vurdering at et mobilnett som skal dekke 75 prosent av befolkningen ville kunne utgjøre et konkurransedyktig tredje mobilnett.

Først nå synes det som om NetCom og Telenor er i ferd med å få en reell utfordrer. Det faktum at Hi3G Access Norway AS i mars 2011 leverte tilbake sin tillatelse i 2,0 GHz-båndet forsterker ytterligere behovet for å legge til rette for det tredje nettet i det norske mobilmarkedet. Konkurransen i markedet er slik situasjonen nå fremstår, avhengig av at Mobile Norway lykkes.

Å tillate høyere termineringspriser for små eller nye mobiltilbydere har tradisjonelt vært ansett som et egnet virkemiddel i en overgangsfase på vei mot etablering av egen infrastruktur. Til tross for at termineringsprisene i Europa generelt er på vei nedover og at en økende andel land har termineringspriser som er symmetriske eller beveger seg mot symmetri, er det fortsatt en rekke land hvor den sist etablerte tilbyderen tillates å

¹⁷ SDs vedtak 20. april 2006

¹⁸ I tillegg til Norge er det kun Kypros som bare har to nettverkstilbydere per januar 2011.

ta en høyere termineringspris enn øvrige aktører i markedet. Norge er således ikke alene om aktivt å benytte asymmetrisk regulering av termineringsprisene som et virkemiddel for å nå telepolitiske mål.

EU-kommisjonen synes i sin tilnærming til regulering av mobilmarkedene å legge til grunn at det eksisterer tre eller flere nettverkstilbydere i et hvert geografisk marked. ESA har også i de to siste vedtaksrundene gitt sin tilslutning til Post- og teletilsynets valg av asymmetrisk regulering av termineringsprisene som virkemiddel for å legge til rette for infrastrukturbasert konkurranse. Senest i sitt tilsvarende utkast til vedtak, uttaler ESA 22. september 2010 følgende: *"The Authority has accepted in the past that the NPT's goal of promoting competition based on infrastructure can be considered as legitimate and as falling under the competences attributed to the NPT under the regulatory framework. In that light, it has accepted that higher termination rates may be used to finance the deployment of a third network in Norway."*

Samferdselsdepartementet mener at det er rettslig grunnlag for, og både nødvendig og hensiktsmessig, å videreføre asymmetrisk regulering av termineringspriser for å legge til rette for etablering av det tredje mobilnettet. En slik regulering vil etter departementets vurdering bidra til å sikre bærekraftig konkurranse og til oppnåelse av ekomlovens formål.

4.1.2 Formålsstridig

NetCom og Telenor anfører at en regulering som tillater Network Norway og Tele2 å ta en overpris for terminering, er i strid med lovens formål. Selskapene mener videre at det ikke er grunnlag for å tillate høyere termineringspriser for MVNOer basert på et formål om videre nettutbygging. NetCom mener også at den vedtatte reguleringen vanskelig kan sies å fremme ekomlovens formål ettersom Network Norway og Tele2 etter selskapets vurdering ikke bygger i overensstemmelse med fremlagte forretningsplan. Den vedtatte prisreguleringen vil ifølge NetCom tvert i mot kunne virke mot sin hensikt i det dette vil gå ut over investeringsevnen og -viljen til de tilbydere som må betale en høyere termineringspris.

Tele2 på sin side mener glidebanen som fremkommer i vedtaket er i strid med ekomlovens formål. Tilsynet vektlegger etter Tele2s oppfatning ikke tilstrekkelig hva som er det sentrale virkemiddel for å oppnå ekomlovens overordnede formål. Følgelig trues igjen rammebetingelsene for utbygging av det tredje nettet.

Samferdselsdepartementet viser til kapittel 4.1.1 over hvor departementet redegjør for bakgrunnen for valg av asymmetrisk prisregulering i termineringsmarkedene og for hvorfor denne reguleringen anses som nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå ekomlovens formål om langsiktig bærekraftig konkurranse. Det vises videre til at tilsvarende anførsel ble behandlet i departementets vedtak 2009 kapittel 3.5 overfor NetCom. Der konkluderte departementet med at reguleringen ikke var i strid med lovens formål.

Samferdselsdepartementet fastholder tidligere uttalelser om at det langsiktige målet med reguleringen av termineringsmarkedet for mobil bør være at prisene settes lik den effektive prisen i markedet og at man dermed oppnår symmetri. Dette målet vil bli nådd i løpet av gjeldende reguleringsperiode. Prisreguleringen i markedet følger den eksisterende og vedtatte planen, og asymmetrisk termineringspris er ment å gi Network Norway og Tele2 merinntekter som tilsvarer investeringskostnadene ved byggingen av et tredje mobilnett som dekker 75 prosent av befolkningen. Videre asymmetrisk regulering av termineringsprisene for en begrenset periode anses nødvendig for å sikre at ekomlovens formål om langsiktig bærekraftig konkurranse oppnås gjennom å legge til rette for infrastrukturbasert konkurranse. Gjeldende regulering av Network Norway og Tele2 bryter etter departementets oppfatning dermed ikke med ekomlovens formål.

Når det gjelder NetComs anførsel om at den vedtatte reguleringen er formålsstridig da Network Norway og Tele2 ikke bygger i henhold til planen, viser departementet til vurderingen i kapittel 4.2.3.2 hvor det fremgår at selskapenes utbygging er i overensstemmelse med fremlagt revidert utbyggingsplan.

Når det gjelder anførselen om at reguleringen av MVNOene er formålsstridig, viser departementet til at gjeldende regulering av disse aktørene er i tråd med de føringer som fremkommer i Post- og teletilsynets tidligere vedtak, herunder at TDC og Ventelo er innrømmet en periode på tre til fire år med en mer lempelig prisregulering. Tilsynets regulering av MVNOenes termineringspris er således i overensstemmelse med tidligere føringer og bidrar til å sikre forutsigbare rammebetingelser for disse aktørene og tillater samtidig rimelig tid til nedtrapping til effektiv pris. Samferdselsdepartementet kan på bakgrunn av overstående ikke finne grunn til å gi NetCom og Telenor medhold i denne anførselen.

Videre hevder NetCom at den asymmetriske reguleringen påvirker investeringsevnen og viljen til øvrige tilbydere som betaler en høyere termineringspris negativt. Departementet ser at de etablerte nettilbydernes investeringsinsentiver kan påvirkes negativt av at det tillates asymmetriske termineringspriser for en begrenset periode. Departementet vil imidlertid igjen vise til kapittel 4.1.1 over hvor prinsippet om asymmetrisk regulering fortsatt blir vurdert som formålstjenelig. Videre viser departementet til at tilsvarende anførsel fra Telenor ble behandlet under kapittel 3.3.5 i vedtaket fra 2009. Der ble det blant annet pekt på at de etablerte nettverkstilbyderne i dag konkurrerer på dekning, og det antas at en kostnadsulempe fortløpende må vurderes opp mot konkurransesituasjonen. Videre ble det vist til at en tredje nettilbyder på lengre sikt forventes å bidra til økt konkurranse i markedet for tilgang til mobilnett og i sluttbrukermarkedet for mobile tjenester. Denne økte konkurransen kan manifestere seg både gjennom økt priskonkurranse og økt konkurranse på dekning og tjenesteinnovasjon. På denne bakgrunn finner departementet ikke at den vedtatte reguleringen er i strid med ekomlovens formål.

Når det gjelder Tele2s anførsel om at glidebanen er formålsstridig, ønsker Samferdsdepartementet å peke på at den glidebanen Post- og teletilsynet har utformet for Tele2, er basert på en forutsetning om at selskapet ved inngang til inneværende reguleringsperiode har oppnådd merinntekt som tilsvarer selskapets andel av investeringskostnadene. Departementet uttalte i forbindelse med vedtak 2009 at det ville være rimelig at termineringsprisen deretter relativt raskt reduseres ned mot effektivt nivå. Videre ble det gjort klart at departementet ikke anså det som aktuelt å tillate asymmetri utover den tidsperioden som er nødvendig for å sikre utbygging av det tredje nettet. Tilsynets glidebane er utformet med den hensikt å gi Tele2 en viss tilpasningstid for å rebalansere priser og tilpasse forretningsdriften. Den vedtatte glidebanen kan etter departementets syn dermed ikke sies å være i strid med lovens formål. På bakgrunn av dette anser departementet ikke at det foreligger saksbehandlingsfeil som tilsier at glidebanen må endres.

Samferdsdepartementet finner således ikke at anførselene fremmet av NetCom, Telenor og Tele2 om at den vedtatte reguleringen er i strid med lovens formål, fører frem. Departementet mener at tilsynets regulering bidrar til å legge forholdene i markedet til rette for å oppnå ekomlovens formål, jf. ekomloven § 1-1.

4.1.3 Forholdsmessighet

NetCom anfører at en regulering som tillater Network Norway og Tele2 å ta en overpris for terminering, fremstår som uforholdsmessig. NetCom mener spesielt at prisreguleringen av Network Norway fremstår som uforholdsmessig. Network Norway må pålegges å redusere egen termineringspris raskere for å hindre at selskapene bak Mobile Norway mottar en merinntekt fra terminering som overstiger investeringskostnaden.

Telenor mener subsidiært og forutsatt at asymmetri kan begrunnes i nettutbygging, at vedtaket er uforholdsmessig da den asymmetriske prisreguleringen ikke virker og ikke fører til økt nettutbygging. Network Norway og Tele2 bygger ikke i henhold til utbyggingsplanen. Det bygges ikke mobilnett utover det som er økonomisk lønnsomt. Myndighetene har ikke mulighet til å sikre utbyggingen. Videre peker Telenor på at det ikke er i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet når reguleringen medfører at merinntekten vil overstige kostnaden ved å bygge det tredje.

Tele2 mener at vedtaket er uforholdsmessig tyngende for selskapet fordi reduksjonen i termineringsinntekter for selskapet er for store. Den vedtatte reguleringen innebærer ulemper for selskapet som ikke står i forhold til det tilsynet ønsker å oppnå ved reguleringen. Vedtaket legger ikke til rette for investeringer i infrastruktur, og det legger heller ikke til rette for at det skal være mulig å overleve som konkurrent til NetCom og Telenor.

Samferdsdepartementet viser innledningsvis til at det generelle kravet til forholdsmessighet er hjemlet i ekomloven § 3-4 tredje ledd og slår fast at plikter som

pålegges tilbydere med sterk markedsstilling må være "egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet". Dette er et direkte utslag av forholdsmessighetsprinsippet og er særlig omtalt i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) under merknadene til § 3-4 "Med forholdsmessige menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd."

Det følger av dette at virkemidler som myndigheten pålegger i medhold av § 4-9 jf. § 3-4 er underlagt krav om forholdsmessighet.

Departementet viser til at det ved behandlingen av klagene i marked 16 2009, ble vurdert tilsvarende anførsler fra NetCom og Telenor. Departementet konkluderte der med at den valgte reguleringen, som nå videreføres, ikke var i strid med kravet om forholdsmessighet. En mer lempelig regulering av Network Norway og Tele2 ble ansett forholdsmessig, som følge av at disse nå investerer i mobilnett. Det vises i denne sammenheng særlig til departementets behandling av NetComs anførsel i kapittel 3.6 og tilsvarende for Telenor i kapittel 3.5 i vedtak mai 2009.

Når det gjelder Telenors anførsel om at reguleringen medfører at merinntekten vil overstige kostnadene ved å bygge det tredje nettet, vises det til kapittel 4.2.3.4.

Når det gjelder NetCom og Telenors anførsel om at den valgte reguleringen ikke er forholdsmessig all den tid Network Norway og Tele2 ikke bygger i henhold til utbyggingsplanen, vises det til kapittel 4.2.3.2 hvor departementet redegjør for selskapenes utbygging og hvor det konkluderes med at det tredje nettet bygges i henhold til revidert utbyggingsplan. For vurdering av fastsetting av effektiv pris, vises til det kapittel 4.3.1.

Når det gjelder Tele2s anførsel om at vedtaket ikke er forholdsmessig, viser departementet til at utgangspunktet for den asymmetriske prisreguleringen er at selskapet skal få merinntekter tilsvarende sin andel av den relevante investeringen. Tilsynets vedtak følger opp dette prinsippet. Tele2 har allerede mottatt mesteparten av disse pengene og vil måtte påregne at selskapets termineringspris blir redusert til symmetrisk nivå innen kort tid. På denne bakgrunn finner departementet ikke at vedtaket er uforholdsmessig på dette punkt.

Etter en samlet vurderingen finner departementet ikke at vedtaket er i strid med kravet om forholdsmessighet.

4.1.4 ESAs anbefaling¹⁹

NetCom mener tilsynets manglende vurdering av hvorfor Network Norway og Tele2 skal få beholde muligheten til å ta en høyere termineringspris, utgjør en saksbehandlingsfeil. NetCom viser til EU-kommisjonens anbefaling om regulering av termineringspriser²⁰ og anfører at vilkårene for asymmetrisk prisregulering overfor Network Norway og Tele2 ikke er til stede. NetCom savner en konkret vurdering av om disse vilkårene er oppfylt. Både vedtakets saksforberedelse og begrunnelse fremstår følgelig som mangelfull, jf forvaltningsloven §§ 17 og 25.

Samferdselsdepartementet vil innledningsvis vise til at anbefalingen formelt sett ikke var vedtatt av ESA da tilsynet fattet vedtak, og at det derfor kan stilles spørsmål om hvilken grad det etter EØS-avtalen forelå en plikt for tilsynet til å ta hensyn til anbefalingen. Anbefalingen ble vedtatt av ESA 13. april 2011. Det understrekes imidlertid at anbefalingen ikke er bindende, kun retningsgivende.

Departementet viser for øvrig til Post- og teletilsynets redegjørelse av utgangspunktet for gjeldende prisregulering i kapittel 6.4.1 i vedtaket. Her fremgår det klart at den vedtatte prisreguleringen av Network Norway og Tele2 er en videreføring av en regulering som fremkommer i tidligere vedtak fra Post- og teletilsynet (2007 og 2008) og klagevedtak av departementet (2009).

I kapittel 4.1.1 over redegjør departementet for bakgrunnen for reguleringen av mobilmarkedet i Norge og for hvorfor det anses som nødvendig å legge til rette for tre konkurrerende mobilnett i Norge for å oppfylle ekomlovens formål om langsiktig bærekraftig konkurranse. Departementet viser videre til at ESA har akseptert at asymmetriske termineringspriser kan anvendes som virkemiddel for å fremme infrastrukturbasert konkurranse slik som tilsynet her legger til grunn, jf. ESAs tilbakemelding av 22. september 2010 på notifiseringen av utkast til vedtak fra Post- og teletilsynet. Dette sammenholdt med tilsynets redegjørelse av utgangspunktet for gjeldende prisregulering i kapittel 6.4.1 i vedtaket, gjør det etter departementets vurdering verken hensiktsmessig eller formålstjenelig å vurdere nærmere vilkårene NetCom, med henvisning til EU-kommisjonens anbefaling, mener må være oppfylt for at asymmetrisk regulering av termineringsprisene skal være tillatt. Departementet kan dermed ikke se at tilsynets vurdering er mangelfull. Det foreligger derfor ingen saksbehandlingsfeil på dette punkt, jf. forvaltningsloven § 17. For en utfyllende vurdering for om vilkårene for asymmetrisk regulering er tilstede, se kapittel 4.2.3.1.

¹⁹ EFTA Surveillance Authority Decision of 13 April 2011 adopting the Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EFTA States.

²⁰ Commission Recommendation of 7 May 2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU (2009/396/EC).

4.1.5 Nettinterne anrop

Network Norway anfører at Post- og teletilsynets konklusjon om at nettinterne anrop ikke skal omfattes av ikke-diskrimineringsplikten er feil og at vedtaket på dette punkt lider av saksbehandlingsfeil ettersom det etter Network Norways oppfatning mangler en reell begrunnelse. Videre anfører selskapet at det faktisk er gjort konkrete analyser av disse forholdene utgjør en saksbehandlingsfeil. Tele2 deler Network Norways oppfatning om at Samferdselsdepartementet bør pålegge Telenor og NC et krav om ikke-diskriminering også mellom nettinterne og netteksterne anrop.

Samferdselsdepartementet viser til tilsynets vurdering i kapittel 6.2 hvor det redegjøres for hvilke vurderinger som er gjort vedrørende ikke-diskriminering, herunder problemstillingen rundt nettinterne anrop. Departementet ser at denne problemstillingen berører både terminering og originering internt i tilbydernes nett. Når det gjelder termineringsmarkedet vil noen prisplaner i sluttbrukermarkedet kunne fremstå som om den interne termineringsprisen er satt lavere enn regulert maksimalpris. Departementet ser at dette kan oppfattes problematisk, men tilbyderne står fritt til å sette egne sluttbrukerpriser. Omfanget av slik prising vil naturlig reduseres når termineringsprisene nærmer seg et effektivt nivå og etter hvert som det tredje nettet bygges.

Departementet ønsker videre å understreke at problemstillingen Network Norway trekke frem, i hovedsak er en type problemstilling som berører tilgangsregulering. Dette ivaretas etter departementets vurdering gjennom reguleringen i marked 15, og hører følgelig hjemme i klagesaken i dette markedet. Det vises i denne forbindelse til Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010, samt departementets vedtak 6. april 2011 som stadfester dette.

Når det gjelder Network Norways anførsel om at tilsynet ikke har foretatt tilstrekkelig analyse av ovennevnte forhold, viser departementet til tilsynets vurderinger i vedtaket, kapittel 6.2 hvor forholdet er behandlet. Departementet finner at tilsynet på dette punkt har foretatt tilstrekkelig analyse og det foreligger dermed ikke saksbehandlingsfeil jf. forvaltningsloven § 17.

4.1.6 Volumtall

Network Norway hevder i sin klage at prognosene for trafikkvekst hentet fra LRIC-modellen er for optimistiske, og har tilgjengeliggjort data som viser lavere vekst i trafikken enn forutsatt i Post- og teletilsynets merinntektsberegninger. Network Norway anfører at Post- og teletilsynet, ved å benytte prognoser fra LRIC-modellen, har lagt til grunn for høyt trafikkvolum ved beregning av merinntektene. Denne feilen har medført at tilsynet har lagt til grunn at selskapet gjennom den vedtatte prisreguleringen oppbærer en merinntekt tilsvarende de relevante investeringskostnadene tidligere enn hva som ville være tilfelle dersom ingen trafikkvekst var lagt til grunn. Selskapets termineringspris nedjusterer således mot effektivt nivå for tidlig. Ettersom beregningene av merinntekt er basert på nevnte prognoser og merinntekts-

beregningene har vært bestemmende for vedtaket, mener Network Norway at dette utgjør en saksbehandlingsfeil. Det er dermed en direkte sammenheng mellom tilsynets volumberegninger og den vedtatte prisreguleringen.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til våre vurderinger av volumvekst i vedtak 2009. Der valgte departementet ikke å legge inn volumøkning ved beregning av fremtidig merinntekt fordi departementet ikke hadde forutsetninger for å utarbeide gode prognoser for trafikkvekst. Post- og teletilsynet har i sitt vedtak lagt til grunn trafikktall fra tilsynets statistikk for 2007, 2008 og 2009. For 2010 (juni-desember), 2011 og 2012 har tilsynet imidlertid anvendt prognoser for forventet trafikkvekst hentet fra LRIC-modellen.

Network Norway har i sin anførsel i punkt 4.1. om at Post- og teletilsynets vedtak lider av saksbehandlingsfeil som følge av at tilsynet har lagt for høy volumvekst til grunn vist til forvaltningsloven § 41.

Departementet viser til at forvaltningsloven § 41 omhandler virkningen av brudd på saksbehandlingsregler etter forvaltningsloven og kan ikke benyttes direkte på andre typer saksbehandlingsfeil. Det følger imidlertid av rettspraksis at samme vurderingsnorm anvendes analogisk på slike feil, herunder vektlegging av utenforliggende hensyn (ulovfestet ugyldighetslære). Bestemmelsen i forvaltningsloven § 41 slår fast at selv om reglene i forvaltningsloven ikke er fulgt anses vedtaket som gyldig dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke har virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. kapittel 5.1. Blant annet kan feil faktum lede til at et vedtak blir kjent ugyldig.

Spørsmålet blir da om tilsynet har lagt for høyt trafikkvolum til grunn ved beregning av merinntekt. Departementet viser til at Post- og teletilsynet legger til grunn en prognose for trafikkvekst ved beregning av merinntekt for de neste to årene som inngår som en del av grunnlaget ment for å fastsette en langsiktig LRIC-pris. Avvik mellom realisert og prognostisert trafikk vil ha små konsekvenser for LRIC-resultatet, men vil kunne få store konsekvenser for beregning av merinntekt innenfor gjeldende reguleringsperiode. Bakgrunnen for dette er at trafikktallene for de enkelte år i modellen utgjør kun en liten andel av trafikkvolum som gir det endelige modellresultatet. Neddiskontering bidrar ytterligere til dette.

Det er mange faktorer som vil kunne påvirke volumutviklingen, både i positiv og negativ retning. En overestimering vil innebære at eierne av det tredje nettet ikke vil få dekket den relevante investeringskostnaden som ligger til grunn for vedtaket, mens en underestimering vil gi selskapene en overdekning. Å forskuttere volumutvikling vil etter departementets vurdering derfor være forbundet med usikkerhet som lett kan gi uforholdsmessige utslag.

Departementet anser det på denne bakgrunn som mest korrekt, å legge siste tilgjengelige faktiske tall til grunn ved beregning av selskapenes merinntekt så langt det er mulig. Departementet legger derfor i kapittel 4.7 til grunn tallene for hele 2010. For

fremtidige trafikk tall mener departementet at det på kort sikt er stor usikkerhet knyttet til de prognosene Post- og teletilsynet har benyttet og at det er ønskelig å legge en mer forsiktig tilnærming til grunn. Det er på samme måte som i vedtaket 19. mai 2009 vanskelig for departementet å utarbeide prognoser for trafikkvekst og det anses derfor som mest hensiktsmessig ikke å legge til grunn volumøkning ved beregning av selskapenes merinntekt. 2010 tallene legges dermed også til grunn for 2011 og 2012.

4.2 Prisregulering

Ekomloven § 4-9 om pris- og regnskapsregulering hjemler det mest inngripende sektor-spesifikke virkemiddelet som myndigheten kan pålegge en tilbyder med sterk markedsstilling for å sikre bærekraftig konkurranse i ekommarkedet. Bestemmelsens første ledd angir to vilkår for prisregulering. Det første vilkåret er at tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå. Med opprettholdelse av et uforholdsmessig høyt prisnivå, menes at konkurranse ikke har bidratt til at prisene faller tilstrekkelig. Det fremgår av forarbeidene at myndighetene her kan sammenligne prisnivå i tilsvarende markeder nasjonalt eller internasjonalt (benchmarking)²¹. Det andre vilkåret er at tilbyder kan utnytte sin markedsstilling ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere.

Av § 4-9 annet ledd fremgår det at myndigheten kan pålegge tilbyder bruk av bestemte metoder for prisregulering. Myndighetene skal i sin virkemiddelbruk også se hen til formålsbestemmelsen i ekomloven § 1-1, som blant annet fastslår at det skal legges til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimuleres til næringsutvikling og innovasjon, jf. omtale ovenfor. Dette åpner for at myndigheten ved pålegg om prisregulering kan innrømme tilbyderne en rimelig tilpasningsperiode med trinnvis reduksjon av termineringsprisen (glidebane).

4.2.1 Prisregulering av NetCom og Telenor

Network Norway og TDC mener NetCom og Telenors termineringspris må reduseres til effektivt nivå raskere.

Nexia har på oppdrag for Network Norway og Tele2 utarbeidet en rapport²² hvor det foretas en oppdatert beregning av NetCom og Telenors historiske merinntekter. Her fremkommer det at NetCom og Telenor allerede har hatt en betydelig merinntekt som følge av at den regulerte termineringsprisen i flere år har ligget over effektiv pris. Tele2 ber også departementet hensynta den historiske merinntekten NetCom og Telenor har hatt. Merinntekten er ikke begrunnet i ekomlovens formål og hensynet til økt konkurranse.

²¹ Ot. prp. nr. 58 (2002-2003) side 106.

²² Nexia "Oppdatert analyse av de merinntekter Telenor Mobil og NetCom har hatt p.g.a. det historiske regimet for regulering av mobilterminering", 15. oktober 2010.

TDC på sin side mener at for i minst mulig grad å ramme konkurransekraften hos de utfordrende aktørene og samtidig gi sluttbrukerne en umiddelbar effekt, bør Telenor og NetComs termineringspris settes ned til effektiv pris fra 1. juli 2011. TDC mener videre at tilsynet ikke har begrunnet hvorfor det skulle være behov for å unnta NetCom og Telenor fra ytterligere reduksjon i termineringsprisen i perioden 1. juli 2011 til 1. juli 2012.

Nexias rapport illustrerer at det norske mobilmarkedet har vært regulert på ulike måter opp gjennom årene. Samferdselsdepartementet vil imidlertid påpeke at NetCom og Telenor har forholdt seg til den til enhver tid gjeldende regulering og innkassert en merinntekt i forhold til det som i dag anses som effektiv pris. Allerede i vedtaket 2009 slo departementet fast at det ikke var grunn til å gå nærmere inn på beregningen av historisk merinntekt, da det anses som lite hensiktsmessig og lite relevant å sammenlikne merinntekter fra en annen tidsperiode med andre markedsforhold og under et annet reguleringsregime enn dagens situasjon.

Tilsynet har i vedtaket endret prinsipp for kostnadsfastsettelse fra LRAIC+++ til LRAIC. Etter departementets vurdering er det rimelig at NetCom og Telenor innrømmes en viss tid til å tilpasse seg og at det derfor legges opp til en glidebane ned mot effektiv pris. Departementet finner det dermed ikke hensiktsmessig at disse selskapene skal settes ned til effektivt nivå umiddelbart.

4.2.2 Prisregulering av TDC

TDC mener Post- og teletilsynet har plikt til å se utforming av prisregulering i marked 7 i sammenheng med konkurransesituasjonen i marked 15 og sluttbrukermarkedet. TDC hevder tilsynet ser bort fra at den vedtatte reguleringen innebærer at termineringsprisene er lavere enn det selskapet må betale Telenor for tilgang til de samme tjenestene. Ifølge TDC forutsetter tilsynet likevel at reguleringen i marked 15 vil sikre at Telenor tilbyr tilgangsvilkår som vil gjøre det mulig å konkurrere til tross for at termineringsprisen reduseres. Dette medfører etter selskapets oppfatning ikke riktighet.

TDC mener videre at tilsynet ikke har adgang til å fastsette prisregulering med hjemmel i ekomloven § 4-9 som ikke gir tilbyder anledning til å oppnå avkastning på anvendt kapital. TDC viser til departementets vedtak 2009 og hevder på denne bakgrunn at det kun er relevant å holde inntektene opp mot kostnadene for terminering isolert sett. Inntekter fra øvrige tjenester er ikke relevant. TDC hevder med dette at verken ekomloven eller direktivpakken åpner for at myndigheten kan pålegge aktører å selge sine tjenester med tap.

Tilsynets utforming av virkemidlene fremmer ifølge TDC ikke lovens formål om bærekraftig konkurranse. Vedtaket innebærer at prispresset som har eksistert i bedriftsmarkedet frem til nå forsvinner ettersom MVNOene ikke lengre kan tilby konkurransedyktige priser. En alternativ utforming av prisreguleringen vil ifølge TDC

både sikre effektiv symmetrisk pris i 2013 og legge til rette for at lovens formål oppfylles. Følgelig mener TDC prinsipalt at selskapet må ha en slakere prisbane frem mot 1. januar 2013. Alternativt mener TDC at selskapets reduksjon av termineringsprisene kan utsettes inntil Telenor tilbyr tilfredsstillende tilgangsvilkår. Subsidiært ber TDC departementet innføre særskilte forpliktelser i marked 15 som effektivt hindrer marginskvis ved å sikre normale tilgangsvilkår for MVNOer.

Endelig ber TDC om at de særskilte forpliktelsene i marked 15 presiseres. Mer konkret ber selskapet om at forpliktelsene i marked 15 knyttes direkte til faste størrelser og at Samferdselsdepartementet presiserer at det vil være et brudd på ikke-diskrimineringsplikten dersom Telenor opererer med høyere nominelle priser for taletrafikk for MVNO-tilgang enn det som til enhver tid er pristaket på terminering til Telenor.

Samferdselsdepartementet viser til at den vedtatte reguleringen av TDC er en videreføring og iverksetting av tilsynets vedtak fra 2007 og 2008, samt departementets klagevedtak fra 2009. I tråd med føringer fra ovenfor nevnte vedtak, har TDC vært tilkjent en relativt lang periode med mer lempelig regulering. Etter endt periode med mer lempelig regulering har det lenge vært kjent at selskapet må påregne at termineringsprisen raskt reduseres ned mot effektivt nivå, jf. tilsynets vedtak 17. november 2008 side. 45. Det vises til at tilsynet har utformet TDCs glidebane med tanke på å gi en viss tilpasningstid for å rebalansere priser og tilpasse forretningsdriften.

Samferdselsdepartementet er fortsatt av den oppfatning at reguleringen av markedene for terminering og originering i mobilnett må ses i sammenheng, jf blant annet tidligere uttalelser i vedtaket 19. mai 2009 overfor TDC og vedtak 13. februar 2008 i marked 16 overfor Telenor. På den ene siden skal konkurranseproblemene avhjelpest i det enkelte marked isolert sett, på den andre siden må de valgte virkemidlene samordnes og ikke motvirke hverandre. Det er departementets oppfatning at den prisklemmen TDC hevder selskapet settes i, oppstår i tidligere marked 15 og at denne således bør søkes løst gjennom forholdsmessige virkemidler i det markedet prisklemmen oppstår. Virkemiddelbruken i marked 15 er etter departementets oppfatning egnet til å bøte på prisklemmeproblematikken. Departementet viser i den forbindelse til vedtak 6. april 2011 i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett hvor departementet stadfester bruken av ikke-diskriminering og regnskapsmessig skille for å hindre at prisklemmer oppstår.

Reguleringen av marked 7 og marked 15 er etter departementets oppfatning samlet sett utformet på en måte som er egnet til å legge til rette for etablering av ytterligere mobilnett og til å hensynta målet om langsiktig bærekraftig infrastrukturkonkurranse.

Når det gjelder TDCs anførsel om at de særskilte forpliktelsene i marked 15 må presiseres, viser departementet igjen til vedtak 6. april 2011 hvor tilsvarende anførsel er vurdert.

Videre når det gjelder TDCs anførsel om at termineringsprisene i vedtaket ikke gir tilbyderne rimelig avkastning på anvendt kapital, vil Samferdselsdepartementet vise til at tilsynets modell for LRIC-beregning også inneholder avkastning på kapitalbindingen. Modellens krav til hva som er relevante kostnader og relevant kapitalbinding setter imidlertid klare grenser for hva som kan dekkes inn gjennom termineringsprisen. Større deler av inntektene må således komme fra andre kilder i fremtiden. Modellen sikrer imidlertid en rimelig avkastning av anvendt kapital for de deler av virksomheten som er relevant i termineringssammenheng.

Departementet finner etter en samlet vurdering at det ikke er behov for å justere glidebanen for TDCs termineringspriser.

4.2.3 Prisregulering av Network Norway og Tele2

4.2.3.1 Er vilkårene for asymmetrisk regulering til stede?

NetCom og Telenor viser begge til EU-kommisjonens anbefaling om regulering av fast og mobil termineringspriser og anfører at vilkårene for asymmetrisk regulering av termineringsprisene ikke er oppfylt. Telenor viser til at termineringsprisene som hovedregel skal reguleres til symmetrisk nivå. Unntak fra dette krever forskjeller i underliggende effektive produksjonskostnader. Telenor mener at slike forskjeller ikke er dokumentert og at det således ikke er hjemmel til å videreføre asymmetri med begrunnelse om å fullfinansiere et tredje nett. Telenor viser i tillegg til tilgangs-direktivet artikkel 13 hvor det fremgår at myndigheten ved pålegg om prisregulering skal tillate en rimelig avkastning på anvendt kapital. Fullfinansiering av et tilnærmet landsdekkende nett kan ifølge Telenor ikke anses som rimelig avkastning på kapital.

NetCom på sin side mener i tillegg at en gjennomgang av vilkårene under enhver omstendighet vil vise at det ikke er grunnlag for å opprettholde asymmetrisk prisregulering. Selskapet anfører blant annet at både Network Norway og Tele2 anses for å ha blitt gitt en tilfredsstillende periode til å dekke eventuelle høyere termineringskostnader, at selskapene har hatt vekst i markedsandel og har således samlet sett en størrelse som overstiger minstestørrelsen for effektiv drift, samt at dynamikken i markedet tilsier at det ikke lengre er grunn til å forlenge perioden med mild regulering. En forlengelse av perioden med asymmetrisk regulering vil slik NetCom ser det, kunne virke ødeleggende for markedsutviklingen.

NetCom etterlyser videre en konsekvent tilnærming av tilsynet til EU-kommisjonens anbefaling. En slik konsekvent anvendelse av anbefalingen vil etter NetComs vurdering innebærer at vilkårene som fremkommer i EU-kommisjonens anbefaling må være oppfylt for å gjøre bruk av asymmetrisk prisregulering.

Samferdselsdepartementet viser til kapittel 4.1.1 og 4.1 hvor det fremgår at den vedtatte reguleringen er en videreføring av tilsynets vedtak fra 2007 og 2008 og av departementets påfølgende vedtak i klagesaken. Reguleringen er således innrettet for å oppnå det telepolitiske målet om bærekraftig konkurranse gjennom å legge til rette for

økt infrastrukturbasert konkurranse. Departementet viser til at ESA har akseptert at asymmetriske termineringspriser kan anvendes som virkemiddel for å fremme infrastrukturbasert konkurranse. Departementet finner det på denne bakgrunn verken hensiktsmessig eller formålstjenelig å vurdere nærmere de enkelte vilkårene som tilbydere, med henvisning til ESAs anbefaling, mener må være oppfylt for at asymmetrisk regulering av termineringsprisene skal være tillatt.

Samferdselsdepartementet er enig med Telenor om at symmetriske termineringspriser er det langsiktige målet, og har ved flere anledninger, blant annet i vedtaket i marked 16 fra mai 2009, gitt klart uttrykk for at det *"langsiktige målet med reguleringen av termineringsmarkedet for mobil bør være at prisene settes lik den effektive prisen i markedet og at man dermed oppnår symmetri"*.

Når det gjelder NetComs anførsel om at tilsynet må være konsekvent i sin anvendelse av EU-kommisjonens anbefaling, viser departementet til at anbefalingen formelt sett ikke var vedtatt av ESA da tilsynet fattet vedtak, og at det derfor kan stilles spørsmål om i hvilken grad det etter EØS-avtalen forelå en plikt for tilsynet til å ta hensyn til anbefalingen. Anbefalingen ble vedtatt av ESA 13. april 2011. Det understrekes imidlertid at anbefalingen ikke er bindende, kun retningsgivende, jf. Kapittel 4.1.4 over. Departementet viser videre til at Post- og teletilsynet i sitt vedtak understreker at EU-kommisjonens anbefaling er relevant for norske forhold og at anbefalingen således er et av flere relevante hensyn som har vært sentrale for utformingen av prisreguleringen. Det fremgår imidlertid også klart at tilsynet skal sikre at virkemiddelbruken er tilpasset forholdene i det relevante markedet. På denne bakgrunn har tilsynet valgt å vektlegge andre momenter høyere enn de som fremkommer i anbefalingen som grunnlag for asymmetrisk regulering. Tilsynet har således ikke benyttet ren LRIC som kostnadsgrunnlag, til tross for at dette er den foretrukne metoden i anbefalingen. Departementet er av den oppfatning at særlige nasjonale forhold skal hensyntas ved utforming av prisregulering og at Post- og teletilsynet gjør rett i å tillegge nasjonale forhold særlig vekt. Departementet støtter således tilsynet i sin anvendelse av anbefalingen, og mener at tilsynet i tilstrekkelig grad har tatt hensyn til anbefalingen.

Når det gjelder Telenors henvisning til tilgangsdirektivet artikkel 13 og til selskapets anførsel om at en fullfinansiering av et tilnærmet landsdekkende nett ikke kan anses som rimelig avkastning på anvendt kapital, er det departementets oppfatning at direktivets bestemmelse angir krav til nedre grense for hvilken pris som kan pålegges. Det er heller ingen uttalelser i fortalen til tilgangsdirektivet²³ som støtter en slik forståelse av direktivets bestemmelse som Telenor her legger til grunn. Departementet kan således ikke se at nevnte bestemmelse i tilgangsdirektivet skulle komme til anvendelse i forhold til å avgjøre hvor stor andel av investeringskostnaden til Network Norway og Tele2 som skulle kunne dekkes gjennom merinntekter fra terminering.

²³ Tilgangsdirektivet 2002/19/EC, punkt 20.

4.2.3.2 Mobile Norways utbygging

Både NetCom og Telenor anfører at Network Norway og Tele2 ikke bygger i henhold til utbyggingsplanen og at nevnte selskap således ikke oppfyller departementets forutsetning for asymmetrisk regulering. Telenor redegjør videre for hvorfor selskapet mener at det ikke bygges mobilnett utover det som er økonomisk lønnsomt. Ifølge Telenor er avgjørelsen om å bygge eller ikke helt uavhengig av asymmetriske termineringspriser og økt asymmetri gir ikke insentiver til bedre dekning. Avgjørelsen om å bygge flere basestasjoner avhenger av kostnaden ved å bygge flere basestasjoner sammenlignet med kostnaden ved å benytte seg av nasjonal gjesting. Telenor mener det er sannsynlig at manglende utbygging er et uttrykk for bedriftsøkonomiske avveining av hva som gir lavest produksjonskost for Network Norway og Tele2. Videre hevder Telenor at myndighetene ikke har mulighet til å sikre utbyggingen ei heller å sikre tilbakebetaling av midler som eventuelt er urettmessig mottatt.

Når det gjelder Mobile Norways utbygging er Samferdselsdepartementet ikke enige i NetCom og Telenors påstand om at Network Norway og Tele2 ikke bygger etter planen. Det er riktig som tilbyderne påpeker at utbyggingen av det tredje nettet er forsinket i forhold opprinnelig utbyggingsplan, dette fremkommer også blant annet i Post- og teletilsynets innstilling til klagen fra NetCom og Telenor.

Samferdselsdepartementet viser til vedtak 2009 hvor det fremgår at departementet var klar over at selskapene var noe forsinket i forhold til opprinnelig utbyggingsplan. Departementet uttalte i vedtak 19. mai 2009 overfor Tele2 (side 24) følgende *"Departementet har informasjon om at utbyggingen til de nye tilbyderne er forsinket i forhold til egne utbyggingsplaner, men legger likevel til grunn at selskapet har vilje og evne til å foreta de nødvendige investeringene og nå sine utbyggingsmål."* Av vedtaket fremgår det videre at departementet pålegger tilbyderne å rapportere halvårlig til Post- og teletilsynet. Network Norway og Tele2 har i etterkant av vedtaket oversendt en revidert utbyggingsplan. Ved de halvårlige rapporteringene til Post- og teletilsynet måles utbygging i henhold til denne planen. Rapportene tilsynet har mottatt har vist at selskapets utbygging følger revidert utbyggingsplan. Selskapet er om lag ett år forsinket i forhold til opprinnelig plan. Post- og teletilsynet har på grunnlag av Network Norway og Tele2s rapporter konkludert med at selskapet har vist den evne og vilje som departementet har satt som forutsetning for den mer lempelige reguleringen.

Til anførsel om at investeringsbeslutninger kun avhenger av en bedriftsøkonomisk avveining av hva som gir lavest produksjonskostnad for Network Norway og Tele2, vil departementet bemerke at det er en rekke forhold som påvirker investeringsbeslutningen. Blant annet kan det være ønske om å kontrollere egen tjenesteproduksjon, forventninger og usikkerhet knyttet til tilgangsvilkår og kvalitet. Telenors anførsel fremstår derfor som lite nyansert og tillegges følgelig ikke vekt.

Når det gjelder Telenors anførsel om at myndigheten ikke har mulighet til å sikre utbygging, vil departementet påpeke at myndigheten har virkemidler til å sanksjonere manglende utbygging. Det fremgår av departementets vedtak 2009 at *"[d]ersom det ved*

de halvårlige rapporteringene skulle vise seg at Mobile Norway ikke bygger infrastruktur i henhold til fremlagt plan, vil Post- og teletilsynet måtte vurdere å endre virkemiddelbruken herunder prisreguleringen og treffe nytt vedtak [...] og til ugunst for selskapet dersom myndigheten vurderer at utbyggingen ikke i tilstrekkelig grad oppfyller forutsetningene i utbyggingsplanene.”

Samferdselsdepartementet ser imidlertid at denne sanksjonen kun kan benyttes overfor selskaper som fortsetter å tilby sine tjenester i Norge. Samferdselsdepartementet ønsker på bakgrunn av dette å skjerpe inn reguleringen for å sikre incentivene til utbygging ytterligere. Det vises i denne forbindelse til kapittel 4.6 hvor departementet i større grad knytter merinntekt fra asymmetrisk prisregulering nærmere opp mot gjennomført utbygging.

Til Telenors påstand om at myndighetene ikke har mulighet til å sikre tilbakebetaling av midler som er urettmessig mottatt dersom forutsetningene om utbygging av det tredje nettet ikke oppfylles, hvor det blant annet vises til at ESA tilsynelatende synes å mene at tilsynet har en slik mulighet, jf. Brev fra Telenor 20. desember 2011. Departementet deler tilsynets vurdering på dette punkt om at det kan være vanskelig å vinne frem med et slikt krav etter ekomloven.

4.2.3.3 Investeringskostnad Mobile Norway

NetCom hevder at investeringskostnaden som tilsynet legger til grunn for Mobile Norways utbygging av mobilnett er overestimert. NetCom har lagt frem en alternativ beregning av utbyggingskostnad for et nett som dekker 75 prosent av befolkningen med om lag 1800 basestasjoner, jf. e-post fra departementet 11. april samt 27. april 2011 med tilleggsinformasjon.

NetCom har anført at investeringskostnadene per basestasjon er alt for høye, særlig ettersom det er snakk om et nett som bare skal dekke 75 prosent av befolkningen og derfor vil konsentrere utbyggingen til sentrale strøk. Gitt at man baserer deler av nettet på samlokalisering og kun bygger noen basestasjoner der det ikke eksisterer egnet infrastruktur for innplassering (greenfield sites), vil majoriteten av basestasjoner lokaliseres på hustak og bygninger i sentrale strøk. Med en slik utbyggingsprofil kan NetCom vanskelig se at investeringene per basestasjon i snitt skal overstige NOK 1 million.

Telenor støtter i e-post 6. mai 2011 NetCom i at kostnadsestimatet på NOK 2 milliarder er alt for høyt.

Samferdselsdepartementet viser til at Post- og teletilsynet ved hjelp av LRIC-modellen har foretatt en rimelighetsvurdering av Mobile Norways investeringskostnad. Tilsynet har i versjon 7.1 av modellen modellert et nettverk med en profil som ligger nær den utbyggingsplanen som fremkommer av Mobile Norways forretningsplan. Beregningene av investeringskostnadene, hensyntatt forsinkelsene i utbyggingen, for en slik tilbyder er noe høyere enn kostnadsestimatene fra Network Norway og Tele2. Post- og

teletilsynet har i vedtaket funnet det hensiktsmessig å legge til grunn resultatet fra LRIC-beregningene av investeringskostnaden på om lag NOK 2 milliarder.

Departementet har hatt en omfattende dialog med NetCom vedrørende de beregninger som ligger til grunn for anførselen. Departementet viser til rapporten fra Analysys Mason²⁴ der det fremkommer at de beregninger NetCom har fremlagt, viser svært sammenliknbare kostnader hva gjelder utstyr, kjernenett og transmisjon. Forskjellen mellom investeringsbehovet som fremkommer i versjon 7.1 av LRIC-modellen og NetComs beregninger knytter seg først og fremst til byggekostnadene for basestasjoner.

Analysys Mason har på bakgrunn av denne informasjonen foretatt en komparativ analyse²⁵ av LRIC-modellen versjon 7.1 mot beregninger foretatt i fire europeiske land samt av investeringsbanken Barclays. Av analysen fremgår det at den norske LRIC-modellen ikke gir spesielt høye resultater hva gjelder byggekostnader og kostnader til "site acquisition" (lokasjonsanskaffelse) sammenlignet med de andre landene. Mer konkret viser analysen at capex for en basestasjon basert på beregninger foretatt i versjon 7.1 av LRIC-modellen ligger på om lag NOK 700 000, mot i overkant av NOK 600 000 i Nederland og i underkant av NOK 800 000 i Frankrike. Det understrekes at kostnadene til utstyr og kjernenett ikke er inkludert i disse tallene.

Departementet påpeker at NetCom i sine beregninger legger til grunn langt lavere kostnadstall enn det selskapet selv har bidratt med som input til tilsynets LRIC-modell. På tidspunktet for rapportering av tallmateriale til LRIC-modelleringen, var det tredje nettet i en tidlig utbyggingsfase. Dette har blant annet medført at Analysys Mason for enkelte variabler i LRIC-modellen for det tredje nettet har benyttet tall som NetCom og Telenor selv har rapportert i forbindelse med utarbeidelse av de tilbyderspesifikke LRIC-modellene.

Tallene NetCom og Telenor har rapport i forbindelse med modelleringen av de tilbyderspesifikke LRIC-modellene, er sammenliknbare med tilsvarende tall i andre lands LRIC-modeller. Departementet er derfor av den oppfatning at tallene i LRIC-modellen er mer robuste og har mer troverdighet enn de tallene NetCom baserer sine beregninger på i klagerunden. Det er i tillegg Samferdselsdepartementets vurdering at det har presumpsjonen mot seg at det tredje nettet skal kunne oppnå vesentlig lavere kostnader enn de to etablerte tilbyderne når det gjelder bygging av basestasjoner. Det vises blant annet til at departementet har indikasjoner på at prosessen knyttet til samlokalisering er vanskelig for Mobile Norway.

²⁴ Analysys Mason, Report for the Norwegian Post and Telecommunications Authority, "NPT's mobile cost model version 7.1", 24 February 2011.

²⁵ Analysys Mason, "Benchmark of NPT's version 7.1 mobile model site acquisition and construction costs", 10 April 2011.

Departementet finner på denne bakgrunn å legge til grunn investeringskostnaden for det tredje nettet slik den fremgår av versjon 7.1 av LRIC-modellen.

4.2.3.4 Merinntekt Network Norway og Tele2

NetCom og Telenor mener at Network Norway og Tele2, som en konsekvens av vedtaket, vil motta merinntekter som overstiger kostnadene ved å bygge et nett med 75 prosent dekning. Telenor viser blant annet til at tilsynet legger opp til fortsatt asymmetri selv etter at Tele2 har fått dekket sin andel av den relevante investeringskostnaden og at tilsynet legger til grunn høyere investeringskostnader enn det selskapene selv har lagt til grunn. Telenor mener videre at merinntekter for perioden fra 2004 må beregnes og tas med for Tele2, mens både NetCom og Telenor mener at tilsvarende må gjelde for Network Norway fra årsskifte 2007/2008. NetCom på sin side mener at myndigheten må vurdere å treffe nytt vedtak for å forhindre at merinntekten på andre måter vil overstige investeringskostnaden, for eksempel ved konsolideringer i markedet, strukturelle endringer i involverte selskap med videre.

Samferdselsdepartementet er ikke enig i NetCom og Telenors anførsler om at merinntekten Network Norway og Tele2 oppnår vil overstige investeringskostnadene for det tredje nettet. Det vises i den forbindelse til departementets vurdering over i kapittel 4.2.3.3 hvor departementet konkluderer med at Post- og teletilsynets beregninger av den relevante investeringskostnaden, foretatt ved hjelp av LRIC-modellen versjon 7.1, skal legges til grunn ved beregning av merinntekt for Network Norway og Tele2. Videre, vedrørende Telenors anførsel om at tilsynet tillater fortsatt asymmetri for Tele2 selv etter at selskapet har oppnådd sin relevante del av merinntekten, vises det til kapittel 4.7 under hvor departementet redegjør nærmere for valg av prisbane.

Når det gjelder NetCom og Telenors anførsel om at merinntekt fra tidligere perioder må inkluderes for henholdsvis Network Norway og Tele2, viser Samferdselsdepartementet til vedtak 2009 hvor det allerede er tatt stilling til hvilken periode som er relevant ved beregning av merinntekt for Tele2. Tele2 ble utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling 19. september 2005 og ilagt særskilte forpliktelser. Selskapet ble først i vedtaket 8. mai 2007 pålagt pristakforpliktelser. På bakgrunn av Tele2s kjøp av 50 prosent av aksjene i nettselskapet Mobile Norway AS i 2007 ble den delen av vedtaket som gjaldt prisreguleringen av Tele2 opphevet, og sendt tilbake til tilsynet for ny vurdering. Tele2 har vært underlagt pristaksregulering siden februar 2009. Departementet uttalte i vedtak 2009 at beregninger for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 som tallfester den lettelse Tele2 har oppnådd ved å klatre i investeringstigen, har relevans. For Tele2 skal i tillegg til merinntekt for perioden fra 1. februar 2009 også beløpet for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009, som etter departementets vurdering tallfester den fordel selskapet har oppnådd ved å klatre i investeringsstigen, inkluderes.

Network Norway ble første gang utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og ilagt særskilte forpliktelser i Post- og teletilsynets vedtak 17. november 2008. I nevnte vedtak ble selskapet pålagt prisregulering i form av krav om rimelig pris fra februar 2009. Departementet anser det ikke som relevant å skulle hensynta eventuelle merinntekter selskapet har oppebåret før det ble underlagt prisregulering. Følgelig mener departementet det korrekte er å beregne merinntekt for Network Norway fra 1. februar 2009.

NetCom og Telenors anførsel om at merinntekt for Network Norway og Tele2 for tidligere perioder må inkluderes, tas således ikke til følge.

Departementet er enig i NetComs anførsel om at det må vurderes å treffe nytt vedtak for å forhindre at merinntekten for Network Norway og Tele2 vil overstige investeringskostnaden som følge av for eksempel konsolidering. Myndigheten vil måtte vurdere å endre virkemiddelbruken, herunder prisreguleringen, dersom forutsetningene for dette vedtaket endrer seg. Departementet viser for øvrig til at eventuelle konsolideringer i markedet som involverer Network Norway og/eller Tele2, eller strukturelle endringer i nevnte selskaper, normalt vil utløse en informasjonsplikt overfor myndigheten, jf. frekvenstillatelsenes bestemmelser²⁶. Dette gjelder organisering av virksomheten, endring av eierforhold og overdragelser. Samferdselsdepartementet vil i medhold av ekomloven § 6-5 ha anledning til å sette vilkår ved overdragelser.

4.2.3.5 Fremtidige endringer i investeringskostnad

Network Norway og Tele2 anfører at pristaksreguleringen av selskapene må kunne endres i selskapenes favør dersom investeringskostnadene skulle øke som følge av forhold som Network Norway, Mobile Norway eller Tele2 ikke kan påvirke.

Network Norway og Tele2 synes her først og fremst å referere til den pågående prosessen med å presisere vilkårene for beskyttelse av GSM-R i gjeldende tillatelser i 900 MHz-båndet i tilknytning til at dette båndet gjøres tilgjengelig for frekvensanvendelser på et mer teknologinøytralt grunnlag.

Samferdselsdepartementet ser at Mobile Norways investeringskostnad vil kunne bli påvirket, avhengig av resultatet av den pågående prosessen. Departementet vil imidlertid understreke at de omtalte endringene i tillatelsene foretas for å tilrettelegge for bruk av annen teknologi i det aktuelle båndet, og at disse endringene således også anses for å være til gunst for tillatelsesinnehaverne. Arbeidet med å tilrettelegge for bruk av annen teknologi i 900- og 1800 MHz-frekvensbåndet har pågått i Europa i

²⁶ Henholdsvis punkt 5 og 11 i 900 MHz-tillatelsen og 2,0 GHz-tillatelsen til Mobile Norway.

mange år og ble stadfestet i EU-kommisjonens beslutning fra oktober 2009²⁷. Fundamentet for regelverksendringene og prinsipiell enighet blant EU/EØS-landene om en slik liberalisering av regelverket forelå allerede i 2007. I denne forbindelse offentliggjorde CEPT i mars 2007 en rapport²⁸ (ECC Report 96) om kompatibilitet mellom UMTS 900/1800 og radiosystemer i nabobånd. Det fremgår av hovedkonklusjonene i denne rapporten at det vil kunne være nødvendig med koordinering mot GSM-R og at tiltak på basestasjonspunktet, herunder eventuell forbedret filtrering, kan være nødvendig når UMTS introduseres i en 5 MHz-kanal som ligger inntil GSM-R-båndet. Prosedyremessige forhold i EU medførte imidlertid forsinkelse i prosessen for det endelige vedtak av de relevante EU-rettsaktene for gjennomføring av liberaliseringen.

Den europeiske utviklingen beskrevet ovenfor sammenholdt med prinsippet om teknologinøytralitet som ligger til grunn for den norske ekomreguleringen, tilsier at Mobile Norway burde hatt forutsetninger for å gjøre regning med at myndighetene ville ha behov for å revidere vilkårene i selskapets 900 MHz-tillatelse. Ved utbygging av UMTS 900 i nabobåndet til GSM-R mener departementet videre at Mobile Norway har måttet påregne at det kan oppstå behov for å gjøre egne tiltak for å motvirke mulig skadelig interferens. I vedtaket fra mai 2009 la departementet til grunn investeringskostnaden slik den fremgikk av Mobile Norways forretningsplan. Departementet tok i vedtaket ikke høyde for eventuelle forhold som ligger utenfor selskapenes kontroll utover henvisningen til "evne og vilje". Den mulige endringen selskapene her viser til er i utgangspunktet en type endring departementet mener tilbyderne må forventes å kunne håndtere uten at dette skal føre til at investeringskostnaden departementet har lagt til grunn for reguleringen skal måtte endres.

Departementet finner på nåværende tidspunkt ingen grunn til at eventuelle økte investeringskostnader som følge av endringer i selskapets 900 MHz-tillatelse, skal medføre endringer i den investeringskostnaden myndigheten legger til grunn i sin regulering av selskapet.

4.2.3.6 Føring om fortsatt asymmetri ved videre utbygging

Både Network Norway og Tele2 hevder at tilsynet ved den vedtatte glidebanen setter til side det selskapene oppfatter som føringer fra Samferdselsdepartementet om fortsatt asymmetri ved videre utbygging. Tilsynet har ifølge Network Norway ikke vurdert konsekvensene for glidebanen ved en videre utbygging. Tilsynet forhindrer ved dette en videre utbygging. Videre anfører selskapet at tilsynet ved ikke å angi hvilke

²⁷ Commission Decision of 16 October 2009 on the harmonization of the 900 MHz and 1800 MHz frequency bands for terrestrial systems capable of providing pan-European electronic communications services in the Community.

²⁸ ECC Report 96 – Compatibility Between UMTS 900/1800 and Systems Operating in Adjacent Bands (Krakow, March 2007)

prinsipper som skal gjelde for fremtidig reguleringen av selskapets termineringspris dersom Network Norway velger å bygge mer enn dagens vedtatte 75 prosent, forhindrer videre utbygging. Network Norway ber departementet beskrive hvilke prinsipper som skal gjelde dersom Network Norway velger å bygge mer enn det som følger av gjeldende utbyggingsplan. Tele2 mener departementet må konkretisere hvilke konsekvenser utbygging utover 75 prosent vil få for termineringsprisen.

Samferdselsdepartementet ønsker innledningsvis å understreke at asymmetrisk regulering kun skal benyttes i en begrenset periode, og at asymmetrisk regulering ut over den tidsperioden som er nødvendig for å sikre utbygging av et tredje nett, ikke anses som aktuelt. Network Norway og Tele2 baserer sin forståelse om fortsatt asymmetri ved videre utbygging på en uttalelse i Samferdselsdepartementets vedtak 2009 om at dersom selskapene *"viser evne og vilje til å bygge et nett med dekning utover 75 prosent, vil det senere kunne vurderes om dette skal gjenspeiles i termineringsprisen i en lengre periode"*²⁹. Det var departementets vurdering i 2009-vedtaket at et mobilnett som skal dekke 75 prosent av befolkningen, ville kunne utgjøre et konkurransedyktig tredje mobilnett. En eventuell lempelig regulering av selskapenes termineringspris utover 75 prosent befolkningsmessig dekning vil dermed i utgangspunktet måtte vurderes på nytt dersom en konkret plan om slik landsdekkende utbygging legges frem. På vedtakstidspunktet er det ikke lagt frem konkrete planer som kan gjøres til gjenstand for en slik vurdering som nevnt i 2009-vedtaket.

Det vises for øvrig til at departementet i 2009-vedtaket også skrev at *"på lengre sikt vil det imidlertid ikke være aktuelt å gi særvilkår til nettutbyggerne. Det vil da avhenge av det tredje nettets konkurransekraft i seg selv om den videre utbyggingen sikres"*³⁰. Det bør dessuten understrekes at asymmetrisk regulering av termineringsprisene har uheldige fordelingsmessige sider ved seg, da det er andre tilbyderes kunder som genererer store deler av selskapets inntekter. En termineringspris som bedre gjenspeiler de underliggende kostnadene til en effektiv tilbyder innebærer at det i større grad blir tilbydernes egne sluttbrukere som genererer inntekter til sin egen tilbyders virksomhet, hvilket gir en riktigere samfunnsøkonomisk prissetting.

Samferdselsdepartementet har ved flere anledninger tidligere lagt vekt på at det langsiktige målet er at termineringsprisene skal være symmetriske og skal gjenspeile de underliggende kostnadene til en effektiv tilbyder. Departementet utalte derfor i vedtak 2009 at det vil være rimelig at Network Norway og Tele2s termineringspris relativt raskt etter at selskapenes merinntekt fra terminering tilsvarer investeringskostnadene ved å bygge et nett med en befolkningsmessig dekning på 75 prosent, reduseres ned mot et effektivt nivå.

²⁹ Samferdselsdepartementet vedtak overfor Network Norway side 25.

³⁰ Samferdselsdepartementet vedtak overfor Network Norway side 13.

Dersom det på et senere tidspunkt skulle vise seg at et nett med dekning på 75 prosent ikke er tilstrekkelig for å utgjøre et tredje konkurransedyktig mobilnett, og at det dermed er nødvendig med en ytterligere utbygging, vil det måtte foretas en konkret vurdering med tanke på en eventuell endring av reguleringen.

Det vil være å forskuttere utfallet av en fremtidig vurdering dersom departementet allerede nå skulle varsle opprettholdelse av asymmetriske termineringspriser utover gjeldende reguleringsperiode for det tilfelle at selskapene på et senere tidspunkt skulle forplikte seg til en ytterligere utbygging. Det vil kunne føre til en uheldig forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet. Før Mobile Norway har fullført første trinn av utbyggingen, ser ikke departementet det som hensiktsmessig å ta stilling til spørsmålet om videre asymmetri.

4.2.4 Prisregulering av Network Norway

4.2.4.1 Beregning av merinntekt for Network Norway

Network Norway anfører at den vedtatte glidebane og pristak for selskapets termineringspris fra 1. juli 2011 må oppheves og ny glidebane og pristak må fastsettes som gir selskapet en reell mulighet til å tjene inn selskapets halvdel av den relevante investeringskostnaden. Network Norway mener videre at den asymmetrien MVNOene har hatt, og fortsatt får frem til 1. juli 2011 må hensyntas ved fastsettelsen av selskapets glidebane. Dersom dette ikke hensyntas vil reguleringen innebære en usaklig forskjellsbehandling ettersom MVNOene tillates merinntekt uten at disse har relevante investeringskostnader knyttet til bygging av nett. Denne "merkostnaden" Network Norway har ved å betale en termineringspris som er høyere en NetCom og Telenors til andre aktører i perioden 1. februar 2009 - 1. juli 2011 må komme til fradrag fra selskapets merinntekter når ny glidebane skal fastsettes. Network Norway mener videre at Post- og teletilsynet har lagt feil volumtall for perioden 2011-2012 til grunn når tilsynet har benyttet prognoser hentet fra LRIC-modellen versjon 7.1. Tilsynet har ifølge Network Norway ikke rettslig grunnlag til å erstatte selskapets volumtall med hypotetiske prognoser. Dersom volumøkning skal legges inn, må departementet benytte Network Norways egne prognoser og ikke tall hentet fra LRIC-modellen hvor prognosene antakelig er knyttet til forventet markedsandel for selskapet. Selskapet mener videre at tilsynet gjør feil når det legger til grunn at volum fordeles likt per halvår, trafikken er vanligvis lavere annet halvår enn første grunnet lavere trafikk i ferieperioden. Endelig mener Network Norway at departementets uttalelser i klagevedtaket fra 2009 om at selskapet i løpet av 2013 trolig vil oppnå en merinntekt som tilsvarer investeringskostnaden og relativt raskt etter det skal ned til symmetrisk pris, er bindende. Tilsynet kan derfor ifølge Network Norway ikke sette selskapets termineringspris ned til symmetri før etter 2013.

Samferdsdepartementet viser til at utgangspunktet for departementet er at selskapene skal få dekket sine andeler av investeringskostnader forbundet med å etablere et mobilnett med 75 prosent dekning. Dette lå til grunn for vedtaket i 2009 og er en forutsetning også i dette vedtaket.

Når det gjelder Network Norways anførsel om at manglende hensyntagen av "merkostnaden" selskapet har ved å betale en høyere termineringspris enn NetCom og Telenors termineringspris til MVNOene utgjør en usaklig forskjellsbehandling, viser departementet til at gjeldende reguleringen av MVNOene er i tråd med de føringer som fremkommer i tilsynets tidligere vedtak. TDC og Ventelo er i samsvar med dette innrømmet en periode på tre til fire år med en mer lempelig prisregulering. Departementet kan ikke se at "merkostnaden" Network Norway har ved terminering hos MVNOenes er av vesentlig betydning i perioden frem til 1. juli 2011. En justering av merinntekten for å imøtekomme Network Norways anførsel på dette punkt, forutsetter dessuten meget god kunnskap om trafikkstrømmer selskapene imellom og vil innebære en fremskriving av forventet kundeadferd. Dette vil etter departementets vurdering medføre en unødvendig komplisering av merinntektsberegningene og føre til økt usikkerhet knyttet til resultatene av beregningene. På denne bakgrunn vurderer departementet det som lite hensiktsmessig å imøtekomme Network Norway på dette punkt.

Til Network Norways anførsel om at departementets uttalelse i vedtaket fra mai 2009 om at selskapet trolig i løpet av 2013 vil oppnå en merinntekt som tilsvarer investeringskostnaden er bindende, viser departementet til at beregningen som lå til grunn i nevnte vedtak var basert på en fremskriving av historiske tall og at vedtaket tok forbehold om blant annet volumvekst. Departementets uttalelse om tidspunktet for når merinntekten trolig ville tilsvare investeringskostnaden er således ikke bindende for tilsynets videre regulering av selskapets termineringspris.

Endelig når det gjelder Network Norways anførsel om at tilsynet har lagt til grunn feil volumtall, vises det til departementets vurdering i kapittel 4.1.6 over. Vedrørende anførselen om at trafikken vanligvis er lavere annet halvår enn første halvår grunnet lavere trafikk i ferieperioden og at tilsynet derfor ikke kan dele hele volumet per kalenderår i to, understreker departementet at en eventuell tilpasning av merinntektsberegningene for å hensynta dette vil sette uforholdsmessige krav til tilgjengelig statistikk og prognosematerialet. Samferdselsdepartementet kan derfor ikke se at tilsynet skulle ha foretatt slike tilpasninger ved utarbeidelsen av reguleringen. Det vises i denne forbindelse til kapittel 4.1.6 hvor departementet redegjør for bakgrunn for utformingen av ny prisbane for Network Norway og Tele2. Her fremgår det at departementet velger å legge til grunn gjennomsnittstall per halvår (total trafikk for hele 2010 delt på to) til grunn ved beregning av merinntekt for 2010, 2011 og 2012. Departementet vurderer at en slik gjennomsnittsbetraktning ivaretar hensynet til aktørene på en god måte.

4.2.5 Prisregulering av Tele2

4.2.5.1 Beregning av merinntekt for Tele2

Tele2 mener at merinntekten for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 er endelig fastslått i kraft av Samferdselsdepartementets vedtak mai 2009. Tele2 hevder derfor at Post- og teletilsynet ikke har rettslig kompetanse til å endre historiske merinntekter

fastsatt av departementets vedtak, i alle fall ikke til ugunst. Som følge av den kompetansemangelen mener Tele2 at Post- og teletilsynets vedtak hva gjelder beregningsmetode for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 er ugyldig. Tele2 har innhentet en betenkning av professor Hjelmeng³¹ som understøtter selskapets vurdering.

Tele2 anfører videre at tilsynet ved beregning av merinntekt for perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010 har benyttet et for høyt antall terminerte minutter. Selskapet påpeker dessuten at tilsynet til tross for at de selv uttaler at det mest relevante er å se på størrelsen på asymmetrien mellom de ulike aktørene, ikke har foretatt denne beregningen.

På bakgrunn av ovennevnte mener Tele2 at Post- og teletilsynet feilaktig legger til grunn at Tele2 har oppebåret en merinntekt på NOK 1 milliard ved utgangen av 2010.

Samferdselsdepartementet viser til vedtaket kapittel 6.4.5.2 hvor tilsynet redegjør for valg av metode for beregning av merinntekt. Det fremgår her at tilsynet anser det som mest relevant å se på størrelsen på asymmetrien mellom de ulike aktørene all den tid alle aktørene i markedet har fastsatt en termineringspris som er høyere enn effektiv pris. Dette innebærer at tilsynet ved beregning av merinntekten for Tele2 for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 benytter forskjellen i termineringspris mellom NetCom og Tele2. Departementet uttalte i vedtaket 19. mai 2009 overfor Tele2 vedrørende de samme beregningene foretatt av tilsynet i vedtaket fra 17. november 2008 at *"disse tallene neppe kan legges til grunn fordi beregningene baseres på en regulering som ikke har vært aktuell"*. Departementet står fast ved at det relevante her er å se på den prisreguleringen Tele2 var pålagt som MVNO mot den prisreguleringen selskapet ble pålagt etter at selskapet valgte å gå inn som deleier av nettselskapet Mobile Norway. Beregninger basert på dette utgangspunktet for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 tallfester etter departementets vurdering den fordel Tele2 har oppnådd ved å klatre i investeringstigen. Dette beløpet er slik departementet ser det relevant. Departementet vil derfor i den videre behandlingen av klagen legge til grunn en fordel for Tele2 på NOK 170 millioner for denne perioden. Differansen mellom beløpet tilsynet legger til grunn for den aktuelle perioden og beløpet departementet legger til grunn utgjør NOK 215 millioner. Tele2s akkumulerte merinntekt ved inngangen til gjeldende reguleringsperiode vil således måtte korrigeres for dette. Det vises i den forbindelse til kapittel 4.7 hvor departementet redegjør nærmere for den konkrete glidebanen til Tele2.

Når det gjelder Tele2s anførsel om at tilsynet har benyttet et for høyt antall terminerte minutter for perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010, viser departementet til vurderingen over i kapittel 4.1.6 hvor det redegjøres for hvorfor departementet anser det som mest korrekt, så langt det er mulig, å legge siste tilgjengelige faktiske tall til

³¹ Professor Erling Hjelmeng "Vedtak i marked 7 – Post- og teletilsynets kompetanse", 15. oktober 2010.

grunn ved beregning av selskapenes merinntekt. Departementet konkluderer derfor med at det ikke anses som hensiktsmessig å legge til grunn volumøkning ved beregning av selskapenes merinntekt.

Endelig, vises det til Tele2s anførsel om at tilsynet burde ha beregnet merinntekt med hensyntagen til størrelsen på asymmetrien mellom de ulike aktørene. Det er departementets vurdering at selskapets anførsel på dette punkt i praksis er den samme som det Network Norway anfører under kapittel 4.2.4.1 vedrørende økte kostnader ved å terminere trafikk i MVNOenes mot NetCom og Telenors nett. For en nærmere vurdering av dette punktet vises det derfor til kapittel 4.2.4.1 over.

4.2.5.2 Glidebanen

Tele2 mener den vedtatte glidebanen nedjusterer termineringsprisen alt for hurtig og til et for lavt nivå. Glidebanen må endres slik at selskapet får en høyere pris i begynnelsen, symmetri må inntreffe senere og termineringsprisen må ende på et høyere nivå. Tele2 anfører videre at tilsynets vurdering hva gjelder hvor raskt - "relativt raskt" mot "så raskt som mulig" - termineringsprisen skal reduseres ned mot effektivt nivå, er i strid med departementets forutsetninger. Tele2 mener dessuten at det er relevant å se på Telenor, NetComs og forventet glidebane for Tele2 som MVNO når glidebanen for selskapet skal fastsettes, samt andre lands glidebaner der det foreligger asymmetri. Tele2 viser i den forbindelse til at selskapet på bakgrunn av tilsynets tidligere uttalelser i vedtak rettet mot Tele2 som MVNO, har hatt en forventning om når selskapet kunne påregne å nå effektivt nivå om lag to år etter NetCom og Telenor.

Samferdselsdepartementet viser til vedtak 2009 hvor det ble angitt som styringsmål at merinntekten for de nye nettutbyggerne i utgangspunkt skulle tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett med 75 prosent dekning. Dette målet står fortsatt ved lag og er også lagt til grunn ved tilsynets utforming av nåværende glidebane.

Tele2 har ved inngang til gjeldende reguleringsperiode, ervervet en betydelig andel av merinntekten selskapet i henhold til styringsmålet er berettiget å få. Reguleringen har således oppfylt forventninger som ble skapt når det gjelder at merinntekt tidlig i perioden er viktigere enn sent. Argumentet er dermed ikke lengre like relevant.

Når det gjelder Tele2s anførsel om at helningen på glidebanen bør utformes i lys av glidebanene til NetCom, Telenor og til tilbydere i andre land med asymmetri, vil departementet understreke at det fremstår som lite hensiktsmessig og lite relevant å sammenligne glidebaner for ulike tidsperioder med andre markedsforhold og under ulike reguleringsregimer når styringsmålet er å oppnå en nærmere angitt merinntekt. Internasjonale sammenligninger vil kunne si noe om nivået på termineringsprisene og grad av symmetri. Internasjonale sammenligninger er således relevant, men nasjonale forhold er avgjørende ved utforming av glidebanene. De konkrete glidebanene vil således ikke nødvendigvis være overførbare til norske forhold. Departementet viser for

øvrig til kapittel 4.7 under hvor departementet redegjør nærmere for den konkrete glidebanen til Network Norway og Tele2.

Videre, når det gjelder anførselen om hvor raskt termineringsprisen skal reduseres, viser departementet til at begrepet "relativt raskt" er skjønnsmessig og kan tolkes ulikt. Departementet legger til grunn at tilsynets tolkning ligger innenfor tolkningsrommet.

Departementet ønsker videre å påpeke at det førende for prisreguleringen av Tele2 og reduksjonen av termineringsprisen mot effektiv pris, er når merinntekt tilsvarer Tele2s andel av den relevante investeringskostnaden. Når Tele2 viser til at tilsynet på et tidspunkt har uttalt at "*PT forventer at termineringsprisen til Tele2 vil nå effektivt nivå ca. to år etter NetCom og Telenor*" er dette et estimat ut fra daværende prognoser. Departementet anser denne uttalelsen for å være underordnet føringene om at investeringskostnaden skal tilsvare total termineringsfordel.

4.2.5.3 Uforutsigbart

Tele2 mener at vedtaket er i strid med det grunnleggende kravet til forutsigbarhet i forvaltningen idet tilsynet overprøver departementets vedtak og forutsetninger kun 16 måneder etter at det ble truffet. Videre peker Tele2 på at vedtaket for Network Norway er uendret mellom Samferdselsdepartementets vedtak og tilsynets, mens det er endret for Tele2. Dette bidrar ifølge Tele2 til å skape uforutsigbarhet i markedet.

Samferdselsdepartementet ser at det kan bidra til å skape usikkerhet at tilsynet har lagt til grunn et annet beløp for deler av de historiske merinntektene til Tele2 enn det departementet la til grunn i vedtak 2009. Departementet viser til at det lenge har vært varslet en reduksjon av termineringsprisen og kan derfor ikke se at det skulle utgjøre en stor overraskelse for Tele2 at termineringsprisen skal justeres ned mot et effektivt symmetrisk nivå i denne reguleringsperioden. Departementet finner derfor ikke at vedtaket bryter med kravet til forutsigbarhet.

4.3 Beregning av effektiv pris

NetCom stiller spørsmål om hvorvidt LRIC-modellen i det hele tatt er egnet som grunnlag for fastsettelsen av effektiv pris. NetCom anfører at så lenge det ikke utarbeides sammenlignbare kostnadsmodeller for tilbyderne, har ikke tilsynet det nødvendige grunnlaget for å definere effektiv pris for alle tilbyderne i kommende reguleringsperiode.

Tele2 anfører at effektiv termineringspris for tilbydere som kjøper MVNO-tilgang eller nasjonal gjestingstilgang, må inkludere prisen for slik tilgang.

Samferdselsdepartementet mener det fortsatt er slik at LRIC som prinsipp er godt egnet for fastsettelse av termineringspriser i det norske mobilmarkedet, jf. tidligere vedtak i dette markedet. Ut fra et harmoniseringshensyn er det også ønskelig å velge samme modell som benyttes i de fleste andre europeiske land. Så lenge den valgte modellen gir incentivriktige priser og kostnadsdekning, samt insentiver til å bygge et tredje

mobilnett, vil det være riktig å fortsette å bruke LRIC ved prisfastsettelsen. Departementet kommer tilbake til enkelte forhold knyttet til detaljer i modellen i kapitlene som følger nedenfor.

Når det gjelder anførselen om at de tre modellerte nettene ikke er sammenliknbare, viser Samferdselsdepartementet til at det her i størst mulig grad er valgt å ta utgangspunkt i eksisterende nett og ikke i hypotetiske modellnett. Modellene for NetCom og Telenors nett er basert på faktiske noder og kostnader, for Mobile Norway gjelder dette så langt det har vært tilgjengelig informasjon. Som en konsekvens av dette kan det være vanskelig å sammenlikne resultatene nettene i mellom. Når det er sagt, er resultatene påfallende like. Det er heller ingen indikasjon på at noen av de modellerte nettene er ineffektive. Ut fra dette har departementet ingen motforestillinger mot at den regulerte prisen tar utgangspunkt i høyeste kostnad for de tre modellerte nettene.

Vedrørende Tele2s anførsel om at effektiv pris for tilbydere som kjøper tilgang av nettilbydere må inkluderes i tilgangsprisen, vises det til den redegjørelsen tilsynet har gitt i forbindelse med høringen av utkast til vedtak, kapittel 5. 4 (vedlegg 2 til vedtaket). Departementet støtter tilsynets vurdering av at eventuelle prisklemmer mellom tilgangspris og termineringspris best ivaretas gjennom reguleringen av marked 15.

4.3.1 LRAIC+++ eller LRAIC?

Samtlige selskaper som har klaget synes å være enige om at modellen, LRAIC uten påslag for felleskostnader med mer, som er valgt, gir en for lav termineringspris.

NetCom mener LRAIC+++ bør videreføres inntil det er gjort en grundig utredning av konsekvenser av et endret kostnadsprinsipp. NetCom mener at vedtakets fastsettelse av effektiv pris fremstår som tilfeldig og fastsatt ut fra et ønske hos myndighetene når det gjelder prisnivå.

Telenor mener at tilsynets begrunnelse for å se bort fra felleskostnader ikke er i tråd med kostnadsorienteringskravet og dermed uhjemlet ettersom regulering av priser til under effektiv kostnad ikke vil fremme effektiv ressursbruk eller bærekraftig konkurranse. LRAIC+++ bør derfor fortsatt benyttes som grunnlag for å fastsette effektiv termineringspris da det ikke er påvist forhold som gir grunn til å avvike fra dette utgangspunktet.

Tele2 mener tilsynet ikke har analysert konsekvensene av å regulere til under kost. Effektiv pris/LRIC-pris for MVNO og nasjonal gjestingsaktører må etter Tele2s oppfatning inkludere de faktiske tilgangsprisene disse har.

Network Norway mener overgangen til (ren) LRAIC ikke er begrunnet. Selskapet anfører videre at så lenge det er avhengig av å produsere en stor del av sin trafikk i Telenors nett, vil bruk av en modell som kun reflekterer kostnader for trafikk i eget nett innebære en risiko for at Network Norway ikke får dekket sine faktiske kostnader. Ettersom LRAIC-modellen ikke hensyntar dekningskostnader og felleskostnader blir

departementet bedt om å vurdere bruken av en LRAIC-modell uten påslag opp mot en mulig utbygging utover 75 prosent.

Samferdselsdepartementet viser til at tilsynet i vedtaket legger til grunn LRAIC ved beregning av effektiv pris. Til forskjell fra LRAIC+++ som lå til grunn for den regulerte termineringsprisen i forrige vedtak, inneholder ikke denne modellen påslag for felleskostnader i nettverket, kostnader knyttet til lokalisering av håndsett og administrasjonskostnader. I en ren LRIC-modell, i tråd med ESAs anbefaling, ser en bort ifra et slikt påslag for felleskostnader, lokasjonskostnader samt administrasjonskostnader i tillegg til at det kun er trafikkdrevne kostnader som skal inkluderes i beregningen av effektiv pris.

Når det gjelder anførselene om at LRAIC ikke gir kostnadsdekning, er det departementets oppfatning at LRAIC gir kostnadsdekning for de trafikkdrevne kostnadene for terminering. Hvor stor andel av andre kostnader som skal inngå i kostnadsgrunlaget, er avhengig av om man tar utgangspunkt i ESAs tilnærming hvor markedet for mobilterminering er et såkalt tosidig marked. Et påslag for administrasjons-, lokasjons- og felleskostnader vil etter departementets oppfatning innebære at kun originerende side bærer kostnadene knyttet til en samtale. En slik ensidighet vil kunne medføre uheldige konsekvenser i form av at det ringes mindre enn om alle som har nytte av en samtale, belastes for denne. Departementet finner således at termineringsmarkedet er et tosidig marked og støtter derfor tilsynets vurdering. En slik termineringspris som tilsynet her legger til grunn, innebærer at det i større grad blir tilbydernes egne sluttkunder som generer inntekter til tilbyders virksomhet.

Det vises til at en ren LRIC basert på en streng fortolkning av ESAs anbefaling kan innebære svært lave kostnader for terminering i det norske markedet. Post- og tele-tilsynet skriver i punkt 164 i vedtak 27. september 2010 at:

"Det er imidlertid mye som tyder på at resultatene basert på en ren LRIC-tilnærming i mobilnett blir forholdsvis lave i Norge sammenlignet med en del andre land i Europa. Dette synes å være forårsaket av at Norge har et stort landområde med spredt bosetning og derfor relativt høye dekningskostnader sammenlignet med for eksempel Nederland, Belgia eller Danmark. Etersom utbyggingen av mobilnett i Norge i større grad er drevet av dekning enn trafikk, og det kun er trafikkdrevne kostnader som er relevante i ren LRIC-sammenheng, blir resultatene for Norge tilsvarende lavere. På bakgrunn av dette mener PT det i Norge bør brukes lengre tid på å innfase priser basert på ren LRIC i mobilnett enn det Kommisjonens anbefaling tilsier (innen utgangen av 2012). PTs erfaring er også at resultatene fra en ren LRIC-modell for norske tilbydere slik den er definert av Kommisjonen, per i dag vil være lite robust."

Post- og teletilsynet har valgt LRAIC fremfor ren LRIC i denne reguleringsperioden. Tilsynet velger LRAIC fremfor ren LRIC på grunn av at mobilutbygging i Norge skjer hovedsaklig på basis av dekning og myndighetene må ha mer tid til innfasing av en eventuell ren LRIC-modell enn det legges opp til i ESAs anbefaling.

Den siste tids utvikling viser en klar nedadgående trend i de regulerte prisene i Europa. Blant annet har Ofcom nylig publisert ny regulering for perioden frem til april 2014 hvor termineringsprisen reguleres ned til om lag NOK 6 øre per minutt³². I lys av den europeiske utviklingen i termineringsmarkedene, fremstår tilsynets betraktninger om at resultatene ved av ren LRIC tilnærming blir forholdsvis lave i Norge sammenlignet med en del andre europeiske land, ikke fullt ut like dekkende.

LRAIC-modellen inneholder prinsipielt sett ikke kostnader knyttet til dekning, men det er likevel en andel kostnader som kan knyttes til in-fill-dekning. Modellen viser at 14 prosent av termineringskostnaden kan henføres til dekning mens de resterende 86 prosent er trafikkdrevne kostnader.

Samferdselsdepartementet ser at det kan argumenteres for at det i Norge kan være et behov for å se på dekning som en parameter for å fastsette termineringspriser. Departementets vektlegging av behovet for et tredje nett taler for dette. På den annen side viser beregningene i tilsynets siste LRIC-modell at det norske kostnadsnivået ikke ligger vesentlig over nivået i andre land, til tross for vår komplekse geografi.

Departementet konkluderer på bakgrunn av drøftelsene i dette kapittelet med at det er riktig å gå fra en LRAIC med påslag for felleskostnader til en LRAIC uten slike påslag. Videre støtter departementet tilsynets syn om at det skal utføres en konsekvensutredning før en eventuell senere overgang fra LRAIC til ren LRIC. Dersom ren LRIC velges som modell, må man være sikker på at modellen er robust og sikrer at de sektorpolitiske målene blir tilstrekkelig ivaretatt i vårt nasjonale marked.

4.3.2 Feil i LRIC-modellen

Network Norway og Tele2 har engasjert konsulentselskapet CSMG³³ til å gjennomgå tilsynets LRAIC-modell. CSMG mener modellen er beheftet med feil i forutsetningene om antall basestasjoner og migrasjon av trafikk fra 2G til 3G.

Samferdselsdepartementet har vurdert rapportene fra CSMG. Når det gjelder antall basestasjoner, opererer LRIC-modellen med 1696 2G- og 3G-basestasjoner og 120 repeaterer. LRIC-modellen er fremoverskuende og modellerer kostnadene til en effektiv tilbyder, departementet anser derfor som det naturlig at det forekommer avvik mellom modellen og virkeligheten. Post- og teletilsynet viser i oversendelsen av Network Norways klage til at Network Norway og Tele2 synes å modellere et nett der nettverkskapasiteten i betydelig grad vil være underutnyttet. Dette innebærer ifølge tilsynet høy grad av ineffektivitet og er følgelig ikke forenelig med prinsippene i LRIC-

³² <http://consumers.ofcom.org.uk/2011/03/lower-mobile-rates-to-benefit-consumers/>

³³ CSMG "Response to NPT's Decision on MTRs: Analysis of LRIC Model and MTR Determination", 17th October 2010. CSMG "Response to NPT's Decision on MTRs: Analysis of LRIC Methodologies and Consequences", 19th October 2010.

modellen. Departementet er enig med tilsynet i at LRIC-modellen skal modellere kostnaden for en effektiv tilbyder med en optimalisert nettverksstruktur. Samferdselsdepartementet finner ikke at dette utgjør et vesentlig avvik fra det antall basestasjoner Mobile Norway har planlagt å bygge og gir derfor ikke Network Norway og Tele2 medhold i sin anførsel om at antall basestasjoner i LRIC-modellen er for lavt.

Når det gjelder anførselen om feil forutsetninger hva gjelder migrering av trafikk fra 2G til 3G, viser departementet nok en gang til at forutsetningene for beregning av en LRIC-pris er en modell av en effektiv tilbyder. Eierne av det tredje nettet har oppgitt til myndighetene at de skal bygge 2G- og 3G-nett i parallell. I likhet med tilsynet finner departementet grunn til å sette spørsmålstegn ved at tilbyderne i sin anførsel synes å legge til grunn en stor andel ubenyttet 3G-kapasitet som følge av at overvekten av trafikkstrømmen genereres over 2G-plattformen. Dette fremstår for departementet som ineffektiv kapasitetsutnyttelse. Tall fra elektronikkbransjen³⁴ viser at langt de fleste mobiltelefoner som selges i Norge i dag er 3G-kompatible. Departementet finner, ut i fra forutsetningene om å modellere en effektiv tilbyder og den stadig større andelen 3G-kompatible telefoner, at tilsynets forutsetning om migrasjon fra 2G til 3G skal legges til grunn i LRIC-modellen.

4.3.3 Forholdet til MVoIP

Det har i forbindelse med Samferdselsdepartementets arbeid med klagen i marked 7, blitt avholdt møter mellom departementet og partene i saken. Både NetCom og Telenor har i disse møtene hevdet at en fremtidig symmetrisk termineringspris basert på LRAIC uten påslag for blant annet felleskostnader, og på sikt muligens også basert på ren LRIC, ikke i tilstrekkelig grad hensyntar de kostnadmessige utfordringene som økende bruk av nye tjenester (MVoIP med mer) fører med seg for mobiltilbydere. Telenor peker videre på at svært lave termineringspriser vil påvirke balansen mellom MVoIP-aktører og mobiltilbydere. En regulering av prisen for mobilterminering til et nivå under fullfordelte kostnader styrker således ifølge Telenor VoIP-aktørens stilling på bekostning av mobiltilbydere. Endelig hevder Telenor at ved underestimering av kostnader til tale, forsterkes konsekvensene beskrevet ovenfor ytterligere.

Samferdselsdepartementet har på bakgrunn av Telenors innspill bedt Post- og teletilsynet vurdere spørsmålet rundt de kostnadmessige utfordringene som økende bruk av nye tjenester (MVoIP med mer) fører med seg for mobiltilbydere. Tilsynet har innhentet en vurdering av dette fra Analysys Mason³⁵. Departementet viser til rapport utarbeidet av Analysys Mason hvor konsekvensene av en stadig økende bruk av MVoIP er ett av to spørsmål som blir vurdert. Det er Analysys Masons oppfatning at tilbyderne her står overfor to typer utfordringer; først, hvorvidt mobiltilbydere vil være i stand til

³⁴ <http://www.elektronikkbransjen.no/forside/toppmeny/presse/tabeller%20og%20presentasjoner/>

³⁵ Analysys Mason, Report for the Norwegian Post and Telecommunications Authority, "NPT's mobile cost model version 7.1", 24 February 2011.

å opprettholde inntektene fra kunder som går over til MVoIP og dernest, hvorvidt linjesvitsjet taletrafikk vil gå ned (på 2G og/eller 3G nettverk).

Departementet finner det sannsynlig at den økende bruken av MVoIP fører til utfordringer for mobiltilbyderne. Utfordringene synes imidlertid å være uavhengige av prisreguleringsmetode på grossistnivå. I utgangspunktet synes utfordringene mobiltilbyderne her står overfor å være konsekvenser av en uunngåelig markedsutvikling som mobiltilbyderne må tilpasse seg. Videre har departementet ingen informasjon som tilsier at MVoIP-trafikken vil nå et omfang som vil kunne påvirke det totale volumet av linjesvitsjet mobiltrafikk innenfor denne reguleringsperioden. Departementet finner derfor, etter en samlet vurdering, ikke på det nåværende tidspunkt behov for å justere prisreguleringen av mobiltilbyderne på grunn av konkurranse fra MVoIP.

Post- og teletilsynet varsler i vedtaket kapittel 6.4.3.2 at det i løpet av inneværende reguleringsperiode *"vil gjøre en nærmere konsekvensutredning av kun å inkludere trafikkrelaterte kostnader og ekskludere alle dekningskostnader fra LRIC-beregningen i Norge"*. Departementet oppfordrer tilsynet til i forbindelse med den varslede konsekvensutredningen også å vurdere de mer langsiktige spørsmål rundt konsekvenser av økt MVoIP trafikk.

4.4 Øvrig regulering

4.4.1 Ikke-diskriminering

NetCom er av den prinsipielle oppfatning at det ikke foreligger saklig grunn til ikke å pålegge TDC og Ventelo plikt til ikke-diskriminering. Ut fra et likebehandlingshensyn bør alle tilbydere med sterk markedsstilling i dette markedet pålegges ikke-diskriminering. Tele2 anfører på samme måte at de to minste tilbyderne også må pålegges ikke-diskriminering. Selskapet mener videre at NetCom og Telenor må pålegges et krav om ikke-diskriminering mellom nettinterne og netteksterne anrop.

Samferdselsdepartementet viser til Post- og teletilsynets vurdering i kapittel 6.2.2 i vedtaket av nødvendigheten og forholdsmessigheten av å pålegge TDC og Ventelo et krav om ikke-diskriminering. TDC og Ventelos beskjedne størrelse tilsier at de i liten grad vil ha forhandlingsmakt overfor de større tilbyderne og at diskriminering derfor neppe vil oppstå. Departementet kan ikke se at ikke-diskriminering vil være forholdsmessig overfor tilbydere med få kunder og lavt trafikkvolum.

Når det gjelder Tele2s anførsel om at NetCom og Telenor også må pålegges et krav ikke-diskriminering mellom nettinterne og netteksterne anrop, viser departementet til vurderingen av tilsvarende anførsel fra Network Norway under kapittel 4.1.5.

4.4.2 Offentliggjøring

Det anføres av NetCom at det prinsipielt sett ikke er noen grunn til å forskjellsbehandle med hensyn til pålegg om å utarbeide og offentliggjøre standardavtaler. Eierne av det tredje mobilnettet bør følgelig gis en tilsvarende plikt som NetCom og Telenor.

Samferdselsdepartementet merker seg at Post- og teletilsynets siste vedtak innebærer en lemping av reguleringen for Tele2 hva gjelder standardavtaler. Departementet ser imidlertid at markedet for samtrafikk i stor grad er styrt av de standardavtaler Telenor og NetCom utarbeider. Et pålegg om fullstendige standardavtaler vil være mer byrdefullt for små enn store tilbydere. En begrenset plikt som bare omfatter offentliggjøring av samtrafikkpriser synes derfor å være tilstrekkelig for å sikre transparens i markedet. Departementet mener ut fra dette at tilsynets mer lempelige regulering av de små tilbyderne er forholdsmessig.

4.5 Forholdet mellom marked 7 og marked 15

Tele2 mener at termineringsprisen ikke kan settes så lavt som til NOK 0,15 i inneværende reguleringsperiode uten samtidig å regulere tilgangsprisen i marked 15 til en pris lavere enn termineringsprisen. Dersom selskapets termineringspris blir regulert ned til NOK 0,15 uten at tilgangsprisen reguleres ned, havner selskapet i en prisklemme. Tele2 anfører at prisklemmen som da oppstår er relevant for marked 7 ettersom det er den lave termineringsprisen som "skaper" prisklemmen.

Network Norway mener at departementet må vurdere om regulering av termineringsprisen basert på LRAIC (eventuelt ren LRIC på sikt) vil gjøre det mulig å adressere prisklemmeproblemene gjennom endring av vedtaket i tilgangsmarkedet (marked 15) alene. Selskapet mener videre utfordringen knyttet til harmonisering av tilgangspriser og termineringspriser er så stor at termineringsprisen ikke bør reguleres til et nivå lavere enn LRAIC+++.

Samferdselsdepartementet vil innledningsvis vise til at tilgangsprisene i marked 15 ikke er underlagt maksimalpris regulering, men at Telenor isteden er pålagt en plikt til ikke-diskriminering understøttet av et regnskapsmessig skille, jf. tilsynets vedtak 5. august 2010, stadfestet ved departementets vedtak 6. april 2011. Virkemiddelbruken i tilgangsmarkedet er lagt opp slik at regnskapsmessig skille skal muliggjøre oppfølging av ikke-diskrimineringskravet ovenfor Telenor og motvirke konkurranseskadelige prisklemmer. I vedtaket 6. april 2011 fremgår følgende:

"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.”

Departementet er av den oppfatning at prisklemmer først og fremst skal søkes løst i det markedet problemet oppstår. I dette tilfellet knytter problemet seg primært til tilgangs-
prisen som reguleres i marked 15.

4.6 Bygges det i henhold til Mobile Norways utbyggingsplan?

Samferdselsdepartementet ser at det i klagen fra NetCom og Telenor rettes kritikk mot at eierne av det tredje nettet mottar merinntekt uten at det tilsynelatende bygges i henhold til utbyggingsplanen. Departementet kan til en viss grad forstå at det kan oppfattes slik av konkurrentene dersom utbyggingen måles opp mot opprinnelig plan. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at Network Norway og Tele2 i mars 2010 fremla en revidert utbyggingsplan og at utbyggingen etter mars 2010 har vært målt opp mot revidert utbyggingsplan og ikke opprinnelig utbyggingsplan, jf kapittel 4.2.3.2.

Samferdselsdepartementet ønsker i denne reguleringsperioden å knytte prisreguleringen tettere opp til faktisk utbygging. Bakgrunnen for denne endringen er et ønske om å sikre at reguleringen resulterer i bygging i henhold til revidert utbyggingsplan. Myndighetene mottar i dag halvårlige rapporter om status i byggingen. Utbyggingen var i rute per 1. januar i år, målt opp mot Mobile Norways reviderte utbyggingsplan fra mars 2010.

4.7 Prisbane

Ettersom en stor andel av utbyggingen skjer sent i reguleringsperioden, vil glidebanen for Network Norway og Tele2 som en konsekvens av ovenstående måtte utformes flatere sammenliknet med glidebanen i tilsynets vedtak. Det tas imidlertid sikte på å dekke inn samme merinntekt i løpet av perioden frem til 31. desember 2013, altså totalt om lag NOK 1 milliard for henholdsvis Network Norway og Tele2.

I departementets vedtak 2009 ble den effektive prisen (NOK 0,50) basert på LRIC-modellen benyttet som referansebane ved beregning av merinntekt for Network Norway og Tele2 for perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010. Siden resultatene fra versjon 7.1 av LRIC-modellen er langt lavere enn i den versjonen av LRIC-modellen som ble lagt til grunn i det forrige vedtak, blir det etter departementets oppfatning ikke korrekt å anvende effektiv pris fra forrige vedtak ved beregning av merinntekt for inneværende reguleringsperiode. Videre fremstår det heller ikke som hensiktsmessig å benytte differansen mellom Network Norway og Tele2s termineringspris og effektiv pris basert versjon 7.1 av LRIC-modellen, når øvrige aktører i markedet tillates å ta en høyere termineringspris enn effektiv pris. Det vises for øvrig til forvaltningens prinsipp om likebehandling, og til at både NetCom og Telenor innrømmes en viss tilpasningstid. I likhet med tilsynet finner derfor departementet det som mest hensiktsmessig å benytte størrelsen på asymmetrien mellom de ulike aktører ved beregning av

merinntekt. Departementet finner det imidlertid unødig kompliserende å skulle beregne merinntekt for de ulike trafikkkstrømmene, i tillegg til at det etter departementets vurdering vil føre til økt usikkerhet knyttet til resultatene av beregningene, jf. kapittel 4.2.4. På denne bakgrunn finner departementet det hensiktsmessig å legge øvrige nettverksutbyggeres termineringspris til grunn ved beregning av merinntekt for Network Norway og Tele2 for gjeldende reguleringsperiode.

Samferdselsdepartementet har tatt utgangspunkt i de mest oppdaterte trafikktallene³⁶ og foretatt en fremskriving for de neste periodene. I denne fremskrivingen er trafikkkveksten satt lik null, jf. kapittel 4.1.6. Dette medfører at departementets beregninger avviker fra Post- og teletilsynets beregninger. Dersom det skulle vise seg at de tilbyderne det gjelder oppnår en trafikkkvekst utover det normale, vil myndigheten måtte foreta en konkret vurdering av om det skal fattes nytt termineringsprisvedtak i det enkelte tilfelle.

Basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering mener departementet at følgende prisbane for eierne av det tredje nettet er mer egnet og samtidig tilstrekkelig i denne reguleringsperioden for å bidra til at ekomlovens overordnede formål og målsetting nås best mulig, jf. § 1-1:

	1.januar 2011- 30. juni 2011	1.juli 2011- 31. desember 2011	1.januar 2012 - 30. juni 2012	1.juli 2012 - 31. desember 2012	1.januar 2013 - 31. desember 2013
Network Norway	0,90	0,80	0,70	0,60	0,15
Tele2	0,65	0,50	0,40	0,25	0,15

Tabell 2 Maksimalpris per minutt for terminering av tale i mobilnett i perioden 1. januar 2011 til 31. desember 2013. Alle priser i NOK eks. mva.

5. UTSATT IVERKSETTING OVERFOR TELE2

Tele2 ble i departementets beslutning om utsatt iverksettelse 6. desember 2010 gitt tillatelse til å ta en pris på NOK 0,90 mot at differansen mellom gjeldende termineringspris (NOK 0,90) og termineringsprisen (NOK 0,50) som følger av Post- og teletilsynets vedtak fra 1. januar 2011, ble satt på konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet. Ut fra at departementet nå velger å anlegge en flatere glidebane for reduksjon av selskapets termineringspris, vil det måtte skje en etterregning av Tele2s termineringspriser for perioden fra 1. januar 2011 og til vedtakets dato. Dersom det imidlertid skulle vise seg at det ikke lar seg gjennomføre å endre termineringsprisen for den resterende perioden (perioden frem til 1. juli 2011), vil etterregningen måtte skje for hele perioden fra 1. januar 2011 til 1. juli 2011. Tele2 beholder en forholdsmessig andel av det avsatte beløpet (NOK 0,15 per terminert

³⁶ Foreløpige trafikktall for 2010 hentet fra rapporteringer til Post- og teletilsynets årlige statistikk.

minutt), mens resten tilbakebetales til selskapets samtrafikkpartnere (NOK 0,25 per terminert minutt). Pengene som skal tilbakebetales til samtrafikkpartnerne er innsatt på sperret konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet.

Samferdselsdepartementet vil oppheve sperringen av den pantsatte kontoen og frafalle pantet i forbindelse med tilbakebetalingen til samtrafikkpartnerne. Departementet ber om at tilbakebetalingen til samtrafikkpartnerne skjer ved første mulige oppgjør for samtrafikk mellom partene. Renteinntektene skal fordeles forholdsmessig.

6. OPPFØLGING

I departementets vedtak 2009 ble det lagt til grunn en asymmetrisk regulering av Network Norway og Tele2s termineringspriser slik at selskapene skulle oppebære en merinntekt fra terminering tilsvarende den relevante investeringskostnaden forbundet med bygging av det tredje nettet. Ved inngangen til gjeldende reguleringsperiode hadde verken Network Norway eller Tele2 oppnådd en merinntekt tilsvarende den relevante investeringskostnaden og den asymmetriske reguleringen av selskapenes termineringspris videreføres derfor i inneværende reguleringsperiode. Forutsetningen for en mildere regulering av Network Norway og Tele2 er imidlertid fortsatt utbygging i henhold til fremlagt revidert utbyggingsplan fra mars 2010. Det er særlig viktig at asymmetriske termineringspriser faktisk bidrar til at et tredje konkurrerende nett bygges, ettersom asymmetrisk regulering har uheldige fordelingsmessige sider ved seg. Det vises til at det er andre tilbyderes sluttbrukere som generer store deler av selskapets inntekter, jf. 5.2.3.6. Det er viktig at perioden med asymmetriske termineringspriser blir så kort som mulig, men likevel så lang som nødvendig ut fra det formål som ligger bak bruken av virkemiddelet.

For at myndigheten skal kunne påse at byggingen av et tredje mobilnett skjer i innenfor en forsvarlig utbyggingstakt basert på utbyggingsplanene selskapet har fremlagt, er det nødvendig med en jevnlig rapportering av utbygging. Det vises til Post- og teletilsynets vedtak, henholdsvis kapittel 7.4.5 overfor Network Norway og kapittel 7.3.5 overfor Tele2, hvor tilsynet pålegger selskapene å rapportere om fremdriften i utbyggingen for Mobile Norways mobilnett på halvårlig basis.

Dersom det ved de halvårlige rapporteringene skulle vise seg at Mobile Norway ikke bygger infrastruktur i henhold til fremlagt plan, vil Post- og teletilsynet måtte vurdere å treffe nytt vedtak om virkemiddelbruken, herunder om prisreguleringen. Post- og teletilsynet kan ved eventuelle avvik i antall idriftsatte basestasjoner, dersom det ikke kan godtgjøres at det skyldes forhold utenfor Network Norway og Tele2s kontroll, sette ned termineringsprisen til symmetrisk nivå for Network Norway og Tele2 umiddelbart. Et slikt vedtak forutsettes å kunne fattes relativt raskt, innenfor reguleringsperioden og til ugunst for selskapet dersom myndigheten vurderer at utbyggingen ikke i tilstrekkelig grad oppfyller forutsetningene i utbyggingsplanene. Det vises i den forbindelse til ekomloven § 9-3 tredje ledd, som hjemler myndighetens adgang til å

kunne treffe vedtak uten forutgående konsultasjon med ESA, dersom det er behov av hensyn til å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser.

Myndigheten vil måtte vurdere å endre virkemiddelbruken, herunder prisreguleringen, dersom forutsetningene for dette vedtaket endrer seg. Departementet viser for øvrig til at eventuelle konsolideringer i markedet som involverer Network Norway og/eller Tele2, eller strukturelle endringer i nevnte selskaper, vil utløse en informasjonsplikt overfor myndigheten. Dette gjelder organisering av virksomheten, endring av eierforhold og overdragelser. Samferdselsdepartementet vil for øvrig i medhold av ekomloven § 6-5 ha anledning til å sette vilkår ved overdragelser av frekvenstillatelser.

7. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK

Departementet treffer i medhold av ekomloven § 11-6 og forvaltningsloven § 34 følgende vedtak:

Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak 27. september 2010 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett overfor NetCom, TDC og Telenor.

Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak 27. september 2010 overfor Network Norway og Tele2 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett med unntak av kapittel 7.4.4 punkt 317 og 322 for Network Norway og kapittel 7.3.4 punkt 299 for Tele2.

Network Norways maksimale termineringspris per minutt skal fra 1. januar 2011 til 30. juni 2011 være NOK 0,90, fra 1. juli 2011 til 31. desember 2011 NOK 0,80, fra 1. januar 2012 til 30. juni 2012 NOK 0,70 og fra 1. juli 2012 til 31. desember 2012 NOK 0,60 og fra 1. januar 2013 til 31. desember 2013 eller fram til eventuelt nytt vedtak NOK 0,15.

Tele2s maksimale termineringspris per minutt skal fra 1. januar 2011 til 30. juni 2011 være NOK 0,65, fra 1. juli 2011 til 31. desember 2011 NOK 0,50, fra 1. januar 2012 til 30. juni 2012 NOK 0,40, fra 1. juli 2012 til 31. desember 2012 NOK 0,25 og fra 1. januar 2013 til 31. desember 2013 eller fram til eventuelt nytt vedtak være NOK 0,15.

Tele2 skal snarest mulig tilbakebetale til sine samtrafikkpartnere NOK 0,25 per terminert minutt for perioden fra 1. januar 2011 til dato for dette vedtaket, eventuelt for perioden frem til 1. juli 2011 dersom det ikke lar seg gjøre å endre termineringsprisen for perioden fra vedtaksdato til 1. juli 2011.

Prisen for begge selskapene beregnes som et vektet gjennomsnitt av ulike priselementer som angitt i Post- og teletilsynets vedtak, henholdsvis i vedtakets punkt 302 overfor Network Norway og i punkt 320 overfor Tele2.

Maksimal termineringspris kan endres innenfor reguleringsperioden til ugunst for Network Norway og Tele2, dersom myndigheten finner at utbyggingen av det tredje mobilnettet ikke i tilstrekkelig grad oppfyller forutsetningene om utbyggingstakt. Ved slik endring kan merinntekt i forutgående reguleringsperiode som følge av manglende investering, hensyntas.

Maksimal termineringspris kan også endres innenfor reguleringsperioden til gunst eller ugunst for Network Norway og Tele2 dersom reell trafikkutvikling eller investeringskostnad blir vesentlig ulik fra forutsetninger som ligger til grunn for dette vedtaket. Tilsvarende kan vedtaket endres dersom det finner sted konsolideringer og eller strukturelle endringer som berører selskapene. Network Norway og Tele2 skal informere myndigheten om konsolideringer og eller strukturelle endringer som berører selskapene, jf. ekomloven § 10-3.

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 ASA

TeliaSonera Norge AS

NetCom

