



DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Telenor ASA  
Snarøyveien 30  
1331 FORNEBU

Deres ref

Vår ref  
04/1594-8 HG

Dato  
04.10.04

**Klage fra Telenor på vedtak om begrensning i adgangen til å disponere frekvensrettigheter i 3,4-3,6 GHz båndet**

Departementet viser til innstilling fra Post- og teletilsynet i ovennevnte klagesak oversendt Samferdselsdepartementet ved brev av 15. juli 2004 og mottatt i departementet 19. juli d.å. Tilsynet innstiller på at Telenors klage ikke tas til følge.

Telenor ASA (Telenor) kommenterte i brev 11. august d.å. til departementet innstillingen fra Post- og teletilsynet. Departementet ga tilsynet frist til 23. august d.å. med å komme med eventuelle kommentarer til Telenors innspill. I brev 25. august d.å. kommenterte tilsynet Telenors uttalelse til innstillingen. I tillegg har Telenor i brev av 3. september d.å. til departementet kommentert deler av Post- og teletilsynets uttalelse 25. august d.å.

Før departementets vurdering av klagen, gis det i punkt 1 nedenfor en oppsummering av saksgangen, tilsynets vedtak og Telenors klage. For en grundigere gjennomgang av sakens bakgrunn, vises det til klagesakens dokumenter. Departementets vurdering av saken følger i punkt 2.

## **1 Bakgrunn**

### *1.1 Saksgang*

Allerede høsten 2003 inviterte Post- og teletilsynet interesserte parter til å søke om frekvenstillatelser til bruk av frekvensbåndene 3,4-3,6 GHz i neste periode, frem til 2022. Telenor var en av mange søkere til frekvensressursene. Ved søknadsfristens utløp 31. januar 2004 ble det konstatert at etterspørselen etter frekvenser var større enn tilgjengelig ressursmengde. I samsvar med Post- og teletilsynets prosedyrer for tildeling ble det besluttet å fordele frekvensressursene ved auksjon.

---

Postadresse:  
Postboks 8010 Dep  
0030 OSLO

Kontoradresse:  
Akersg. 59

Telefon  
22 24 90 90 / 22248353  
Org. nr.:  
972 417 904

Luft- post- og teleavdelingen  
Telefaks:  
22245609

Saksbehandler:  
Haakon Gjesdahl  
22248217

Post- og teletilsynet varslet Telenor 1. april 2004 om at tilsynet vurderte å fatte vedtak om å utestenge Telenor fra auksjonen over bruksrettigheter til frekvenser i 3,4-3,6 GHz båndet. Telenor ble gitt anledning til å uttale seg i samsvar med forvaltningsloven § 16. Telenor benyttet seg av uttaleretten i brev 22. april d.å. til tilsynet. Den 14. mai 2004 vedtok Post- og teletilsynet at Telenor ikke ville bli tildelt tillatelse til å bruke frekvenser i frekvensbåndet 3,4-3,6 GHz. Vedtaket innebærer et avslag på søknad om frekvenstillatelse<sup>1</sup>, og at Telenor ikke vil få anledning til å delta i auksjonen høsten 2004.

I brev av 9. juni d.å. fra Telenor til Post- og teletilsynet ble vedtaket påklaget og bedt omgjort eller opphevet med henvisning til forvaltningsloven § 34. Telenor har i klagen anført at tilsynet baserer vedtaket på feil faktum og feil rettsanvendelse, samt at vedtaket er uforholdsmessig. Klagens anførsler gjennomgås i punkt 1.3 nedenfor.

### *1.2 Post- og teletilsynets begrunnelse for vedtaket*

Det rettslige grunnlaget for Post- og teletilsynets vedtak er ekomloven § 6-2 tredje ledd, jf. andre ledd. Etter annet ledd skal det blant annet tas hensyn til effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom bærekraftig konkurranse ved tildeling av frekvenser. Det fremgår videre av henvisningen i bestemmelsens tredje ledd at en søknad som ikke anses å fremme effektiv bruk av ressursene, kan avslås. I forarbeidene<sup>2</sup> til ekomloven uttales det bl.a. om § 6-2:

*"Av hensyn til å legge til rette for bærekraftig konkurranse på området for elektronisk kommunikasjon, vil det ved fordelingen [av frekvenser]<sup>3</sup> være relevant å ta hensyn til om tildelingen vil føre til etablering eller styrking av en aktørs sterke markedsstilling i ett eller flere markeder. [...] Dersom en frekvenstilldeling ikke vil fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser vil en søknad kunne avslås."*

Når rettsgrunnlaget gir adgang til å avslå en søknad om frekvenstillatelse, må Post- og teletilsynet også kunne utelukke Telenor fra en konkurranse om frekvensene. I tillegg vil tilsynet kunne utforme vilkår som utelukker at Telenor tilegner seg frekvensene på annen måte, jf. ekomloven § 6-3 første ledd nr. 6.

Post- og teletilsynet vurderer det derfor som klart at ekomloven § 6-2 gir tilstrekkelig grunnlag for vedtaket. Det sentrale spørsmålet for tilsynet har vært hvorvidt hensynet til effektiv samfunnsmessig ressursutnyttelse tilsier at Telenor skal utelukkes fra frekvensbåndet 3,4-3,6 GHz. Tilgang til det elektromagnetiske frekvensspekteret er en essensiell innsatsfaktor i produksjonen av radiobaserte nettverk for elektronisk kommunikasjon. Dersom en aktør alene kontrollerer en betydelig andel av frekvensspekteret, begrenser det mulighetene for etablering av konkurrerende

<sup>1</sup> Søkeren var Telenor Business Solution AS.

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), side 110 annen spalte.

<sup>3</sup> Tekst i normalskrift/klamme er tilføyd her (og inngår ikke i tekstsitatet fra Ot.prp. nr. 58).

infrastruktur. I denne forbindelse har Post- og teletilsynet bygget på at målsetningen om etablering av bærekraftig konkurranse i ekomloven impliserer infrastrukturbasert konkurranse. Tiltak som sikrer at frekvensene fordeles på flere aktører kan beskrives som en form for strukturregulering.

Tilsynet vurderer radioaksess som det eneste realistiske alternativet til parkabler og koaksialkabler (kabel-tv) i overskuelig fremtid. For å kunne tilby bredbåndsaksess med basis i egen infrastruktur med kapasitet som kan konkurrere med de to nevnte aksessteknologiene i dag og i fremtiden, må konkurrenter ha tilgang til frekvensressurser som gir grunnlag for utbygging av slik infrastruktur. Det innebærer at det må dreie seg om en relativt stor sammenhengende båndbredde som ikke disponeres av Telenor, at radiobølgeutbredelsen skal være gunstig og at det skal være (eller bli) tilgjengelig radioutstyr som er egnet til slik aksessutbygging til en rimelig kostnad. Tilsynet har konkludert med at kun to frekvensbånd tilfredsstiller alle disse kriteriene; 2,5-2,7 GHz og 3,4-3,6 GHz.

Post- og teletilsynet antar at Telenor i en auksjon kan ha den høyeste betalingsviljen uten at det nødvendigvis samsvarer med den samfunnsmessig optimale allokeringen av ressursene. Dersom Telenor har høyest betalingsvilje for frekvensressursene så kan det være et utslag av at det vil lønne seg for Telenor å skjerme seg mot etableringen av konkurrerende aksessnett. I en slik situasjon vil det kunne være nødvendig med tiltak for å sikre at aktører med markedsrett ikke kjøper tilgang til frekvensressurser for å opprettholde sin markedsposisjon.

Tilsynets vurdering er at tilgang til 3,4-3,6 GHz båndene er en nødvendig forutsetning for at konkurrenter skal kunne etablere alternative aksessnett. Frekvensbåndet 3,4-3,6 GHz antas ikke å være essensielt for Telenor. De undersøkelser tilsynet har gjort tilsier at det er gode muligheter for Telenor å benytte andre frekvensbånd de disponerer, eller vil kunne komme til å disponere i fremtiden, til radioaksess.

### *1.3 Telenors klage 9. juni 2004*

Telenor mener at Post- og teletilsynet har basert sitt vedtak på feil lovanvendelse idet verken ekomlovens formålsbestemmelse eller § 6-2 gir grunnlag for på forhånd å utelukke en aktør fra tildeling av frekvenser. Ekomloven § 6-2 regulerer tillatelse til bruk av frekvenser, herunder de hensyn som skal ligge til grunn for myndighetenes vurdering og beslutning ved fordeling av frekvensressurser. Tilsynets vedtak innebærer ikke bare et de facto avslag på søknaden, men også en utelukkelse fra fremtidig tilgang til frekvensbåndet 3,4-3,6 GHz.

Saken gjelder tildeling av en knapp ressurs og i en samfunnsøkonomisk sammenheng er det derfor viktig at ressursen blir effektivt utnyttet. Tilsynet må derfor tillate at alle interessentene kan søke. Først ved en gjennomgang av frekvenssøknadene vil tilsynet kunne vurdere hvordan og i hvilket omfang søkerne kan og vil utnytte frekvensen. Det

er først etter en slik vurdering man vil kunne være i stand til å foreta en reell vurdering basert på samfunnsmessige effektivitetshensyn og de øvrige hensyn som stilles. Uten en slik vurdering, og ved å utestenge Telenor, risikerer man en suboptimal utnyttelse av en knapp ressurs.

Vedtaket oppfyller heller ikke kravet til forholdsmessighet. I forvaltningsretten er det et ulovfestet prinsipp om at det må være samsvar mellom det mål som søkes og de midler som anvendes (proporsjonalitetsprinsippet). En utestenging fra de aktuelle frekvenser er et alt for vidtrekkende virkemiddel å anvende for å oppnå målet om effektiv ressursbruk. Utestenging er etter Telenors oppfatning heller ikke et nødvendig virkemiddel. De bekymringer Post- og teletilsynet har tilkjennegitt kan ivaretas gjennom å sette relevante vilkår i en frekvenstillatelse.

Telenor mener tilsynet baserer vedtaket på feil faktagrunnlag og at dette også får implikasjoner for de slutninger tilsynet har gjort om fremtidig teknologisk anvendelsesområde for det aktuelle frekvensbånd. Telenor vil de facto ikke få mulighet til å tilby WiMAX-systemer på lik linje med andre tilbydere. Telenor mener derfor at vedtaket ikke oppfyller vilkåret i ekomloven § 6-4 om at utvelgelseskriteriet skal være ikke-diskriminerende.

Internasjonalt er man forholdsvis sikker på at det blir tilgang til standardisert WiMAX-utstyr for 3,4-3,6 GHz båndet i nær fremtid, samtidig som det synes usikkert om og når det eventuelt vil bli tilbudt utstyr i andre frekvensbånd. Frekvenstildelingen bør relatere seg til den reelle utviklingen, og ikke basere seg på et fremtidsbilde som i dagens situasjon fremstår som særdeles usikkert og mindre sannsynlig. Klagen er imidlertid ikke begrenset til anvendelse til WiMAX-systemer, men gjelder generelt utelukkelse fra tilgang til 3,4-3,6 GHz båndet. Blant annet mener Telenor at det er en viss sannsynlighet for at IEEE sertifiserte standarder i 802-serien vil bli sentrale for utviklingen av fremtidens mobiltjenester. Dersom de nevnte standardene skulle bli industrialisert og vise seg å holde hva de lover, vil det være den første, virkelige realiseringen av mobilt internett og mobilt bredbånd.

Selv om man skulle legge til grunn Post- og teletilsynets forutsetning om full substituerbarhet mellom frekvensbåndene, vil det klare konkurranserettslige utgangspunkt være at utelukkelse av en aktør fra tilgang til frekvenser vil begrense konkurransen. Vedtakets varighet og usikkerhet knyttet til den fremtidige utvikling bør også tillegges vekt. Dette tilsier at en utestenging av Telenor ikke nødvendigvis vil være effektiv ressursbruk over tid. Selv om frekvensområdene per i dag skulle være fullt ut substituerbare, er det ikke gitt at de vil være det om noen års tid. Tilsynet har i vedtaket åpnet for at Telenor kan få tilgang dersom markedsstrukturen eller den teknologiske utvikling endrer seg vesentlig. Dette gir vedtaket et noe vilkårlig preg.

Vedtaket medfører at Telenor fratras muligheten for å utvikle det planlagte bredbåndstilbudet for spredt befolkede områder. Telenor blir videre avskåret fra å benytte denne teknologien til en rimeligere produksjon av leveringspliktig overføringskapasitet (2 Mbits/s samband). Anvendelse av teknologien vil skape grunnlag for prisreduksjon i forhold til gjeldende pris på tilsvarende samband som tilbys per i dag.

## 2 Departementets vurdering

### 2.1 Auksjonen i frekvensbåndet 3,4-3,6 GHz

Klagesaken gjelder hvorvidt Telenor skal få delta i auksjonen av tillatelse til bruk av frekvensene i 3,4-3,6 GHz båndet. Per i dag er BaneTele AS og Priority Telecom Norway AS innehavere av tillatelser til enkelte av frekvensblokkene som skal auksjoneres. Tele2 Norge AS sa opp sin tillatelse i 2002. Tillatelsene ble våren 1998 tildelt med varighet til 15. mai 2006. Idet enkelte av frekvensblokkene ikke er bruk per i dag<sup>4</sup>, vil de kunne disponeres av (nye) frekvensinnehavere allerede fra tildelingstidspunktet, og ikke så sent som 15. mai 2006. Det fremgår av auksjonsdokumentene at tillatelsene skal gis med varighet til 31.12.2022, det vil si en totallengde på 16-18 år for de ulike frekvensblokkene.

Auksjonen er av Post- og teletilsynet fastsatt til 11. oktober d.å. Budgivere kan by på en rekke frekvensblokker i båndet mellom 3,4 og 3,6 GHz, fordelt på i alt seks fylkesavgrensede regioner fra nord til sør i Norge<sup>5</sup>. Inndelingen av båndet åpner for tildeling av flere frekvenstillatelser, men det er ingen begrensning i auksjonsreglene med hensyn til hvor mange tillatelser det kan bys på.

Etter at Post- og teletilsynet publiserte frekvensbåndet høsten 2003, ble det registrert en rekke søkere til frekvensressursene. Det var på bakgrunn av den betydelige interesse for frekvensene at auksjonsformen ble besluttet.

### 2.2 Faktum - WiMAX-basert anvendelse av frekvensbåndet

Post- og teletilsynet og Telenor er uenige om hvilke frekvensbånd som er egnet eller vil egne seg for fremtidig bruk av WiMAX-basert teknologi. WiMAX er populærbetegnelsen på utstyr som er laget i henhold til trådløs kommunikasjonsstandarden IEEE 802.16<sup>6</sup>. Dette er trådløst utstyr som har rekkevidde

---

<sup>4</sup> Til sammen 11,5 dupleksblokker á 3,5 MHz båndbredde er ledige, og de resterende 13 dupleksblokkene løper ut 15. juni 2006.

<sup>5</sup> Det eksisterer visse restriksjoner på bruk av frekvenser nord for Trondheim (Kilde: Post- og teletilsynets auksjonsdokumenter).

<sup>6</sup> IEEE's 802.16 standarden og WiMAX sertifisert utstyr er særlig tiltenkt bredbåndsaksess i spredt befolkede områder (lengre aksesslinjer opp til 50 km) og "line of sight" utendørs aksess til kortere aksesser (også innendørs) i mer urbane, tettbygde områder ("Metropolitan Area Networks"). Dessuten vil teknologien kunne benyttes for nye bredbåndsanvendelser, som for eksempel nomadisk bruk eller en kombinasjonsbruk mellom trådløse, faste og/eller mobile tjenester.

på inntil 50 kilometer og som gir dataoverføringshastighet på flere hundre megabits per sekund.

WiMAX Forum<sup>7</sup> har gitt uttrykk for at i den kommende treårsperioden – innen 2006 – vil teknologien basert på IEEE 802.16 standarden særlig kunne få anvendelse i følgende frekvensbånd<sup>8</sup>:

- Ulisensierte 5 GHz bånd: Mest relevant er båndene mellom 5,25-5,85 GHz. Fordi frekvensspektrum som er unntatt lisensiering i majoriteten av land er "fri til bruk", vil dette båndet være et strategisk verktøy for "grasrotsbredbånd" i grisevredte og rurale områder. I motsetning til Wi-Fi, som primært dekker innendørs applikasjoner (Local Area Network), er WiMAX' primære anvendelse radioaksess med lenger rekkevidde både innendørs og utendørs.
- Lisensierte 3,5 GHz bånd: Primært allokert for trådløs bredbåndsaksess mellom 3,4-3,6 GHz. Imidlertid er det enkelte nye allokeringer mellom 3,3-3,4 og mellom 3,6-3,8 GHz. Frekvensbånd mellom 3,4-3,6 GHz har blitt allokert for trådløse bredbåndsaksess løsninger i de fleste land, med unntak av USA. Et hovedfokus for WiMAX Forum i disse bånd blir å redusere unødvendig regulatoriske og tekniske hindringer som kan oppstå som følge av markedsutviklingen.
- Lisensierte 2,5 GHz bånd: Båndene mellom 2,5 og 2,69 GHz har blitt allokert til bredbåndsaksess i USA, Mexico, Brasil og enkelte sørøstasiatiske land. Forumet vil arbeide for å fremme anbefalingene i World Radio Conference (fra 2000) om å utvide tilgangen og anvendelsen av disse bånd for faste, bærbare og mobile bredbåndsapplikasjoner.

I følge Telenor er det øverste frekvensbåndet støyutsatt og har begrenset effekt, noe som vil gi sterkt redusert rekkevidde. Dette båndet er derfor ikke aktuelt for bredbåndsaksess i grisevredte strøk. Når det gjelder det laveste frekvensbåndet, som primært er reservert som utvidelsesbånd til UMTS, er det usikkert i hvilken grad dette kan nyttes til WiMAX-systemer. Lederen i WiMAX Forum Regulatory Working Group<sup>9</sup> antar at 3,5 og 5 GHz båndene vil bli sertifisert i første kvartal 2005. De siste opplysningene departementet har innhentet tyder imidlertid på at sertifiseringen tidligst vil finne sted i september 2005.

---

<sup>7</sup> Forumet er en industriledet, ikke-kommersiell organisasjon som skal promotere og sertifisere interoperabilitet til trådløse bredbåndsprodukter i samsvar med standardene IEEE 802.16 og ETSI HiperMAN. Forumets mål er å være en pådriver i den globale utvikling og markedsvekst for standardbaserte og interoperable trådløse løsninger for bredbåndstilgang. Standardisering og sertifisering muliggjør leverandøruavhengig sluttbrukerutstyr og derigjennom lavere pris for brukerne.

<sup>8</sup> Se dokumentet "Regulatory position and goals of the WiMAX Forum" (June 16 2004).

<sup>9</sup> E-mail 10. juni 2004 fra Margaret LaBrecque til Telenor, vedlagt klagesakens dokumenter.

2,5 GHz båndet har ikke blitt allokert til bredbåndsakssess i særlig grad internasjonalt og spektrumet undergår for tiden regulatoriske endringer i USA. WiMAX Forum vil arbeide for bred utbredelse via ITU<sup>10</sup>, men det vil ta tid og sertifiseringen av 2,5 GHz båndet antas å finne sted senere enn for de to andre båndene.

Post- og teletilsynet antar på samme måte som Telenor at de første WiMAX sertifiserte produkter vil bli lansert for 3,4-3,6 GHz båndet. Samtidig antar tilsynet at WiMAX sertifiserte produkter vil bli utviklet for 2,5-2,7 GHz båndet, og at dette vil skje relativt raskt etter at 3,4-3,6 GHz utstyr er lansert. Tilsynet vil ikke reservere frekvensbånd for UMTS i den forstand at den som får tilgang til frekvensbåndet ikke vil kunne anvende frekvensene til andre teknologier, herunder WiMAX. Tilsynet vurderer det som lite sannsynlig at det vil komme bindende pålegg fra EU om at frekvensene i 2,5 GHz båndet skal reserveres for bestemte teknologier.

Hvilket faktum man legger til grunn står for departementet sentralt i saken. Virkningen og betydningen av inngrepet beror på hvilke alternativer Telenor vil ha i en situasjon uten mulighet til å konkurrere på 3,4-3,6 GHz frekvensbåndet. Det er særlig spørsmålet om hvilke alternative frekvensbånd Telenor kan anvende til WiMAX-systemer som kommer på spissen. Desto færre alternativer Telenor har til fremtidig anvendelse av WiMAX-teknologi, desto hardere blir virkningen av vedtaket. Dette vil få betydning for den rettslige subsumsjon i saken, idet proporsjonalitetsprinsippet kan tilsi at Telenor ikke kan utelukkes fra auksjonen gitt de (forretningsmessig) negative virkninger vedtaket får for selskapet.

Klagesaken er imidlertid ikke begrenset til problemstillingen om fremtidig anvendelse av WiMAX-systemer; mer generelt må de prinsipielle sider ved på forhånd å utelukke én aktør fra en frekvensauksjon drøftes. I denne forbindelse er det også relevant å vektlegge andre hensyn enn konkurransesituasjonen mellom aktørene, blant annet må forbrukerhensyn og hva som er den samfunnsøkonomisk mest optimale løsning (hensynet til effektiv ressursutnyttelse) inntas i vurderingen. Samtidig bør det vurderes, for å sikre infrastrukturbasert konkurranse i bredbåndsmarkedet, å sette frekvenstak for hvor stor andel av frekvensressursene Telenor kan by på i auksjonen.

Departementet legger til grunn at det i realiteten er to frekvensbånd som i relativt nær fremtid kan sertifiseres til bruk for WiMAX-systemer; 3,5 GHz og 5 GHz frekvensbåndene. På lengre sikt antar departementet, i likhet med Post- og teletilsynet, at det kan lanseres sertifisert utstyr tilpasset også andre frekvensbånd. Hvor lang tidsramme en da taler om, er imidlertid høyst usikkert. I henhold til WiMAX Forum vil det neppe lanseres sertifisert utstyr i andre frekvensbånd før etter 2006, jf. fremstillingen ovenfor. Gitt den markedsrett den amerikanske PC-industrien utøver gjennom de standarder leverandørene tilbyr i sine produkter, vil WiMAX Forum som

---

<sup>10</sup> International Telecommunication Union (ITU).

pådriver av standardisering og sertifisering ha en betydelig innflytelse på utstyrsutviklingen og de produkter leverandørene tør satse på. Blant annet har Intel som sentral aktør i WiMAX Forum signalisert at det skal satses på teknologien, og prognostisert at innen 2007 vil majoriteten av (bærbare) PCer ha integrert WiMAX kommunikasjon.

Når det gjelder fribruksfrekvensen<sup>11</sup> 5 GHz benyttes denne i dag særlig til WLAN-teknologi. Telenor har anlagt en rekke basestasjoner som anvender båndet for radioaksess, også i tettbygde strøk. Telenor har anført at båndet er uegnet for den tiltenkte anvendelse for WiMAX, det vil si lange aksesslinjer og grisgrendte strøk, på grunn av effektbegrensningen sammenholdt med interferensrisiko. Tilsynet har pekt på at effektbegrensninger kan kompenseres ved at det etableres tettere med basestasjoner i nettet. Interferensrisikoen kan være reell, men kun i tettbebygde strøk hvor det etableres konkurrerende nett og det er mange brukere av slik aksess. Telenor har fremholdt at Post- og teletilsynet ikke kan ha tatt hensyn til kostnadsbildet ved en fortetting av baser og basestasjoner i nettet. Det vil utelukke lønnsomhet i en kommersiell utbygging av bredbåndslinjer i grisgrendte strøk. WLAN har dessuten en annen anvendelse, som aksess i lukkede celler, og tilpasset de nevnte effektbegrensninger.

WiMAX Forum har i likhet med 3,5 GHz frekvensbåndet, utpekt 5 GHz båndet som aktuell for WiMAX sertifisering i den kommende treårsperioden. Departementet finner det vanskelig å fastslå om 5 GHz båndet utgjør et like godt alternativ for Telenor som 3,5 GHz båndet med hensyn til anvendelse for den aktuelle bredbåndsaksessteknologi. Det er usikkert hvor godt egnet 5 GHz frekvensbåndet er for bruk av WiMAX-systemer, jf. kostnadsbildet (ved fortetting av basestasjoner) og interferensrisikoen i tettbygde strøk. Disse faktorer trekker i retning av at substituerbarheten for Telenor i andre frekvensbånd enn 3,4-3,6 GHz er relativt begrenset.

### *2.3 Hjemmelsvurdering – ekomloven § 6-2*

Post- og teletilsynet har bl.a. begrunnet vedtaket med at ved å opprettholde reservasjonen av 3,4-3,6 GHz båndet for aktører uten markedsrett, kan man bidra til en mer effektiv utnyttelse av ressursene. Dette kan skje både gjennom forventet de facto etablering av konkurrerende infrastruktur og potensialet for slik etablering som frekvensressursen gir grunnlag for. I utkast til markedsanalyse av grossistmarkedet for tilgang til bredbåndstjenester (marked 12), har tilsynet konkludert med at Telenor har sterk markedsstilling med en markedsandel på ca. 65 %.

Det fremgår av ekomloven § 6-2 tredje, jf. annet ledd, at en søknad om frekvenstillatelse som ikke anses å fremme effektiv bruk av ressursene, kan avslås. Spørsmålet er dermed om Post- og teletilsynet har hjemmel til å utelukke en aktør fra en konkurranse

---

<sup>11</sup> Jf. "fribruksforskriften" 20. desember 2000 nr. 1399 om tillatt bruk av frekvenser § 7. Den generelle frekvenstillatelsen kan benyttes av alle interessenter, derav begrepet "fribruk".



om frekvensene. Verken lovforarbeidene eller lovens ordlyd gir direkte svar på spørsmålet. Det synes likevel klart for departementet at når man har hjemmel til å nekte å gi tillatelse, så omfatter bestemmelsen også rett til å nekte en tilbyder å delta i en auksjon på frekvenstillatelsen. Dersom nektelse av auksjonsdeltakelse ikke skulle omfattes av regelverket, innebærer det en svært innskrenkende tolkning av lovens ordlyd. Da ville de ytre rammer for en fordeling av frekvensressurser være bestemmende for den rettslige subsumsjon, og det har neppe vært lovgivers intensjon å være så vidt formalistisk.

Departementet er på denne bakgrunn enig med Post- og teletilsynet i at § 6-2 gir tilstrekkelig rettslig grunnlag for vedtaket. Vedtaket kan dermed ikke oppheves på grunn av feil lovanvendelse.

Hvorvidt utestenging av Telenor fra 3,4-3,6 GHz frekvensbåndet er et for vidtrekkende tiltak for å fremme effektiv ressursutnyttelse, vil behandles i det følgende.

#### *2.4 Forholdsmessighetsprinsippet*

Telenor og Post- og teletilsynet er enige i at hensynet til effektiv ressursutnyttelse i utgangspunktet tilsier fri deltakelse i en auksjon på frekvenstillatelser. Departementet deler også oppfatningen om at fri deltakelse må være utgangspunktet. Tilsynet har lagt avgjørende vekt på hensynet til infrastrukturkonkurranse når Telenor likevel vedtas utestengt fra auksjonen. Et sentralt formål med ekomloven er at reglene skal sikre at brukerne får gode, rimelige og fremtidsrettede kommunikasjonstjenester. Et av virkemidlene for å nå lovens målsetning er økt infrastrukturbasert konkurranse.

Etter departementets vurdering er utelukkelse fra auksjon på frekvensressurser et sterkt regulatorisk inngrep, som kun bør vurderes i unntakstilfeller. Det bør kreves meget gode grunner for å utestenge en aktør fra konkurranse om tildeling av et knapphetsgode som frekvenser. Da vil det ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipp om forholdsmessig eller proporsjonal myndighetsutøvelse kunne få selvstendig betydning for skjønnsutøvelsen.

Det er klart at man ved utvikling av nye teknologistandarder og tjenester, bør være forsiktig med å forutsette og anta i vesentlig grad om fremtidig markedsatferd og markedsutvikling. Det er etter departementets vurdering ikke relevant å vektlegge hvordan Telenor antas å agere i et marked som enda ikke er utviklet. Til det er usikkerhetsmomentene alt for store, jf. punkt 2.2 over, og et vedtak kan få utilsiktede og uheldige virkninger. Det er på den annen side relevant å ta hensyn til om tildelingen vil føre til etablering eller styrking av en aktørs sterke markedsstilling, jf. forarbeidene til ekomloven.

Til grunn for tilsynets vedtak ligger en rekke antagelser og forutsetninger om fremtidig teknologiutvikling og markedsutvikling. Bl.a. står standardisering, utvikling av og etterspørsel etter nye tjenester, samt antatt styrkeforhold mellom aktørene i bredbåndsmarkedet, i fokus. Usikkerhetsfaktorene er søkt avhjulpet ved at vedtaket kan endres dersom markedsstrukturen eller de endrede teknologiske forhold tilsier at Telenor bør gis adgang til å tilegne seg frekvensressurser i det aktuelle frekvensbånd. Post- og teletilsynet har uttrykt at dette i praksis kan skje ved kjøp enten av ledige frekvensblokker eller ved kjøp/leie i annenhåndsmarkedet.

En utelukkelse av Telenor vil i utgangspunktet gis forholdsvis lang varighet, nye frekvenstillatelser tildeles frem til 2022. Sammenholdt med usikkerhet i fremtidig markedsstruktur og ny, standardisert teknologi for bredbåndsaksess under utvikling, kan man spørre om vedtaket vil utgjøre "effektiv ressursbruk" over tid. I forholdsmessighetsvurderingen må det også tas hensyn til at WiMAX-systemer mest sannsynlig vil bli introdusert i 3,4-3,6 GHz frekvensbåndet først, jf. drøftelsen i punkt 2.2 over. Det synes også å være svak substituerbarhet – i alle fall på kort sikt – for anvendelse av WiMAX sertifisert utstyr i andre frekvensbånd enn 3,4-3,6 GHz. Dermed vil Telenor i den kommersielt viktige implementeringsfasen i praksis bli utestengt fra et marked som bl.a. kan resultere i teknologi godt egnet for "last mile" bredbåndsaksess i griseendte strøk. Vedtaket antas på denne bakgrunn å vesentlig innskrenke Telenors mulighet til å konkurrere i bredbåndsmarkedet med ny teknologi.

Effektiv bruk av samfunnets ressurser kan etter departementets syn like sannsynlig oppnås ved å la Telenor delta i auksjonen som gjennom å stenge selskapet ute. Det vises i denne sammenheng til at brukerne av nye tjenester vil kunne dra nytte av at en kapital-, kompetanse- og teknologisterk aktør kan være med på å utvikle markedet. Videre vises det til at auksjonen gjelder flere blokker i 3,4-3,6 GHz båndet, se punkt 2.1 over. Departementet antar på denne bakgrunn at flere aktører vil kunne tildeles frekvenstillatelser ved auksjonen, selv om Telenor gis anledning til å delta. Dersom dette scenario ikke skulle inntreffe, og Telenor oppnår et tilnærmet markedshegemoni eller de facto kjøper seg fri fra konkurranse<sup>12</sup>, vil Post- og teletilsynet kunne stille relevante vilkår i en frekvenstillatelse. For eksempel kunne en tenke seg at myndighetene stilte vilkår om at Telenor leverer tilbake frekvenstillatelse i 3,6-3,8 GHz båndet før utløpstiden 1. januar 2008<sup>13</sup>, dersom selskapet skulle tilegne seg en vesentlig andel av frekvensbåndet 3,4-3,6 GHz. Dette alternativ antas imidlertid å være vanskelig gjennomførbart i praksis uten Telenors medvirking, i og med at det dreier seg om allerede tildelte frekvensrettigheter. Myndighetene vil heller ikke ha sanksjonshjemmel

---

<sup>12</sup> Post- og teletilsynet har uttrykt det slik i vedtakets punkt 4, side 3: *"Dersom Telenor har høyest betalingsvilje for frekvensressursene i 3,4-3,6 GHz båndene så kan det være et utslag av at det vil lønne seg for Telenor å skjerme seg mot etableringen av konkurrerende aksessnett."*

<sup>13</sup> Denne mulighet åpner Telenor for i klagen 9. juni d.å. I klagens punkt 2.4, øverst på side 4, heter det bl.a. at: *"Dersom PT ser andre behov for disse frekvensene [3,6-3,8 GHz], er Telenor villig til å forsere utfasingen og levere lisensen tilbake tidligere enn planlagt."*

etter ekomloven, dersom Telenor ikke finner å kunne forsere utfasingen av 3,6-3,8 GHz båndet eller levere frekvenstillatelsen tilbake før tiden.

### *2.5 Frekvenstak?*

Departementet vurderer, i likhet med Post- og teletilsynet, det som viktig å sikre infrastrukturkonkurransen også i nye markeder for trådløs bredbåndsaksess. Ovenfor har departementet konkludert med at tilsynets vedtak om å nekte Telenor deltakelse i auksjonen er et for sterkt virkemiddel for å ivareta hensynet til infrastrukturbasert konkurranse (og effektiv ressursutnyttelse). Et mulig alternativ i denne sammenheng vil være å stille vilkår i auksjonen som hindrer Telenor i å kjøpe seg fri fra konkurranse, det vil konkret si å legge begrensninger i hvor stor andel av frekvensene i 3,4-3,6 GHz båndet Telenor kan by på i auksjonen ("frekvenstak"). Når myndigheten kan nekte å gi tillatelse bruk av frekvenser etter ekomloven § 6-2 ut fra hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom bærekraftig konkurranse, må også myndigheten kunne fastsette begrensninger i hvor stor andel av frekvensressursene enkeltaktører kan by på i en auksjon.

Departementet har i denne forbindelse gjort undersøkelser med hensyn til hvor stor andel av frekvensressursene i 3,4-3,6 GHz båndet Telenor har behov for dersom WiMAX-systemer skal lanseres i den nærmeste fremtid. Informasjonen som er innhentet i denne forbindelse tilsier at seks frekvensblokker eller 42 MHz båndbredde anses som en tilstrekkelig stor ressursmengde til bredbåndsaksess. Vurderingen tar utgangspunkt i at en såkalt gjenbruksfaktor på 4 (kanaler), med tillegg av 2 kanaler avsatt som "beskyttelsesbånd", skal være tilstrekkelig til etablering av WiMAX-sertifisert teknologi. I tilknytning til dette kan det nevnes at den eneste aktøren med tilsvarende frekvenstillatelse i Storbritannia disponerer 2x20 MHz båndbredde og at dette anses som tilstrekkelig for bredbåndsaksess. Det vil si at til bruk for Telenors formål bør tillatelse til å bruke 2x21 MHz båndbredde (tilsvarende 6 frekvensblokker) i 3,4-3,6 GHz båndet være tilstrekkelig.

Som nevnt i punkt 2.1 over, er det til sammen 24,5 frekvensblokker i seks forskjellige regioner som skal auksjoneres i 3,4-3,6 GHz båndet. For å ivareta hensynet til infrastrukturbasert konkurranse og effektiv ressursutnyttelse i bredbåndsmarkedet har departementet kommet til at Telenor kun gis tillatelse til å by på maksimalt 6 – seks – frekvensblokker med 3,5 MHz båndbredde i hver enkelt region. Dette tilsvarer ca. 25 % av frekvensressursene som skal auksjoneres.

For å sikre alle deltakere i auksjonen like konkurransevilkår og i samsvar med prinsippet om bærekraftig konkurranse ved tildeling av frekvenstillatelser, jf. ekomloven § 6-2 annet ledd, finner departementet at et tak på seks frekvensblokker i hver enkelt region må gjelde som begrensning for alle enkeltaktører (og ikke bare overfor Telenor) som deltar i auksjonen.

## 2.6 Oppsummering

Etter departementets vurdering er det ikke i det konkrete tilfellet forholdsmessighet mellom hva man søker å oppnå med tiltaket og det virkemiddel som anvendes.

Departementet er etter en samlet vurdering kommet til at en utestenging av Telenor fra 3,5 GHz auksjonen er et for vidtrekkende tiltak for å fremme effektiv ressursutnyttelse. Telenor vil derfor gis anledning til å delta i auksjonen på lik linje med andre tilbydere.

Departementet anser det likevel som viktig å sikre infrastrukturbasert konkurranse i nye bredbåndsmarkeder. Frekvenstak vurderes som det mest hensiktsmessige tiltak i denne forbindelse. En begrensning i hvor stor andel av frekvensressursene aktørene kan by på i auksjonen vil også ivareta hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom bærekraftig konkurranse, jf. ekomloven § 6-2 annet ledd.

## 3 Vedtak

Klage 9. juni 2004 fra Telenor over Post- og teletilsynets vedtak 14. mai 2004 tas til følge. Telenor gis anledning til å delta i auksjonen over bruksrettigheter til frekvenser i 3,4-3,6 GHz båndet, jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd, med følgende generelle begrensning som gjelder for alle enkelttilbydere:

Det gis anledning til kun å bli tildelt maksimalt 6 frekvensblokker á 3,5 MHz båndbredde i hver enkelt region auksjonsvilkårene dekker.

Med hilsen



Eva Hildrum e.f.



Haakon Gjesdahl

**Kopi til:**

Post- og teletilsynet