



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Likelydende brev
Se vedlagte liste

Deres ref

Vår ref
09/1939-
HEN/MAT/KAT/LBA/KSK

Dato
17.11.2009

Klage på Post- og teletilsynets vedtak om pålegg om særskilte forpliktelser i marked 4 og 5 - Vedtak

1. INNLEDNING

Det vises til brev av 11. juni 2009 med Post- og teletilsynets oversendelse av klage fra Tele2 Norge AS (Tele2), Ventelo Holding AS (Ventelo) og TDC AS (TDC) på vedtakene av 3. april 2009 (vedtaket) om utpeking av Telenor ASA (Telenor) med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i henholdsvis grossistmarkedet for full og delt tilgang til faste aksessnett (marked 4/LLUB-markedet) og grossistmarkedet for bredbåndsaksess (marked 5/Bredbåndsaksessmarkedet).

2. BAKGRUNN

2.1 Tidligere vedtak

Post- og teletilsynet fattet 20. februar 2006 det første vedtaket om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i henholdsvis LLUB-markedet (den gang marked 11) og Bredbåndsaksessmarkedet (den gang marked 12). Tilsynet konkluderte med at Telenor hadde sterk markedsstilling i begge markeder og Telenor ble ilagt en rekke forpliktelser. I LLUB-markedet ble Telenor blant annet pålagt et pristak for full aksess på NOK 105 per måned fra og med 1. juni 2006 og på NOK 95 per måned fra og med 1. januar 2007. I Bredbåndsmarkedet ble Telenor blant annet pålagt å gi bredbåndsaksess til det kobberbaserte aksessnett. Vedtaket i LLUB-markedet ble pålagt av Telenor. Vedtaket ble delvis stadfestet i klagevedtak av 6.

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:
22 24 56 09

Saksbehandler:
Hans Einar Nerhus/ Hans
Einar Nerhus
22 24 81 56

oktober 2006 der departementet endret nivået på pristaket fra og med 1. januar 2007 til NOK 105. Telenor reduserte fra og med 1. desember 2007 på eget initiativ prisen for full aksess fra NOK 105 til NOK 95.

2.2 Vedtak av 3. april 2009

Tilsynet fattet 3. april 2009 nye vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 4 og marked 5 (tidligere marked 11 og 12). Telenor utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling i begge markeder og ilegges en rekke forpliktelser. I marked 4 er Telenor blant annet pålagt å gi full og delt tilgang til det kobberbaserte aksessnettets og selskapet pålegges et pristak for full tilgang til det kobberbaserte LLUB-produktet på NOK 95 per måned. I marked 5 er Telenor blant annet pålagt å gi bredbåndsaksess til det kobberbaserte aksessnettets. Ventelo, TDC og Tele2 har ved brev av 4. mai 2009 påklagd tilsynets vedtak. Post- og teletilsynet oversendte klagen til departementet ved brev 11. juni 2009 med innstilling om at disse ikke tas til følge. Tele2 har siden trukket seg fra dette markedet og har derfor frafalt sin klage. Departementet har truffet et samlet vedtak for de to klagen fra Ventelo og TDC.

2.3 Klagen fra TDC

TDC mener at tilsynets vedtak bør endres på fire punkter. Ut over at TDC mener at vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil, anfører selskapet for det første at også ikke-kobberbasert bredbåndstilgang i aksessnettets bør inkluderes i reguleringen. For det andre mener TDC at det må skje en effektiv prisregulering av marked 4. For det tredje mener selskapet at marked 5 må prisreguleres basert på retail-minus. Og for det fjerde mener TDC at det må innføres et effektivt kostnadsregnskap for marked 5 for å sikre ikke-diskriminering.

2.4 Klagen fra Ventelo

Ventelo mener at Post- og teletilsynets vedtak bør endres på tre hovedpunkter. For det første anfører Ventelo at det bør fastsettes et reelt kostnadsorientert pristak som ligger på NOK 83 eller lavere for full og delt tilgang til det kobberbaserte aksessnettets. Videre anfører selskapet at bredbåndsaksess i marked 5 bør prisreguleres. Endelig mener Ventelo at Telenor bør pålegges en varslingsplikt på minst tre år før det gjøres store endringer i aksessnettets, og at man bør vurdere å pålegge forpliktelser til å gi tilgang til andre aksessmedier enn kobber.

3. REGULATORISK RAMMEVERK

3.1 Ekomregelverket – kort om formål og systematikk

De grunnleggende formål med reguleringen på området for elektronisk kommunikasjon fremgår av § 1-1 i lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven). Av bestemmelsen fremgår det at lovens skal *”sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon.”*

Av forarbeidene til ekomloven § 1-1¹ følger det at bærekraftig konkurranse som virkemiddel innebærer 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 best løsning over tid.

Det følger av ekomloven at Post- og teletilsynet skal definere relevante markeder (jf. § 3-2), gjennomføre markedsanalyser og utpeke tilbydere med såkalt ”sterk markedsstilling” (jf. § 3-3), for deretter å ilegge nærmere bestemte plikter for de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf. § 3-4). Bestemmelsen i § 3-4 viser til aktuelle virkemidler. § 3-4 tredje ledd presiserer at pliktene pålegges i det enkelte tilfellet. Det vises her til at det følger av merknaden til § 3-4², at *”Myndigheten skal velge den eller de særskilte forpliktelser som er best egnet i det enkelte tilfellet.”*

3.2 Ekomloven - § 4-1 tilgang

Tilgang etter § 4-1 er et av de i alt åtte virkemidler som fremkommer av lovens kapittel 4. Av § 4-1 følger det at myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å imøtekomme enhver rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller tjeneste.

Ekomloven § 3-4 tredje ledd innebærer anvendelse av et prinsipp om forholdsmessighet ved pålegging av plikter på tilbyder med sterk markedsstilling. Av bestemmelsen følger det at pålegg om tilgang skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, bidra til å fremme forbrukerinteresser, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet.

¹ jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 84

² jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 100

3.3 Ekomloven - § 4-9 pris- og regnskapsregulering

Ekomloven § 4-9 om pris- og regnskapsregulering hjemler det mest inngripende sektorspesifikke virkemiddelet som myndigheten kan pålegge en tilbyder med sterk markedsstilling for å sikre bærekraftig konkurranse i ekommarkedet. Paragraf 4-9 første ledd angir to selvstendige 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. Av merknaden til § 4-9³, fremgår at med opprettholdelse av et uforholdsmessig høyt prisnivå menes at konkurranse ikke har bidratt til at prisene faller tilstrekkelig. Myndighetene kan her sammenligne prisnivå i tilsvarende markeder nasjonalt eller internasjonalt (benchmarking). Det andre vilkåret er at tilbyder kan utnytte sin markedsstilling ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere.

Av merknaden til § 4-9 følger det videre at:

”Dersom myndigheten etter bestemmelsens første ledd pålegger tilbyder å tilby prisregulert tilgang, og pålegger metode for prisberegning etter annet ledd så skal metoden gi tilbyder anledning til å få en rimelig avkastning på anvendt kapital. Valg av kostnadsmetode skal gjøres slik at den er hensiktsmessig i relasjon til reguleringsbehovet, og at den fremmer bærekraftig konkurranse, samt maksimerer fordelene for forbruker.”

Den regulerte prisen bør således ikke være ”uforholdsmessig høy”, og den bør hindre prisklemmer for konkurrerende tilbydere.

3.1 EØS-regulering - ekompakken

I 2002 vedtok EU følgende fem direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsverndirektivet. Nevnte direktiver (heretter ”Direktivpakken”) ble en del av Norges internasjonale forpliktelser fra 1. november 2004, da de ble tatt inn i EØS-avtalen. Direktivene utgjør EUs regulatoriske rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnett og kommunikasjonstjenester. Direktivene er implementert i norsk rett gjennom ekomloven med tilhørende forskrifter, herunder forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste av 16. februar 2004 (ekomforskriften).

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 EFTA Surveillance Authority (ESA). Videre er det i European Regulators Group for electronic communications networks and services (ERG) utarbeidet retningslinjer for virkemiddelbruk nedfelt i

³ jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 106

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. Hensikten er å bidra til å skape like rammebetingelser for nasjonale og internasjonale aktører. Dokumentet er fulgt opp i Post- og teletilsynets virkemiddeldokument datert 5. desember 2006.

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.

Verken ERG eller ESA har noen formell rolle i departementets prosess knyttet til klageavgjørelse. Departementet legger likevel vekt på at både konsultasjonsordningen med ESA og utredningsarbeidet som gjøres i ERG er kommet i stand for å sikre harmonisering av ekomreguleringen innenfor Fellesskapet. På dette grunnlag mener departementet at det er relevant å ta hensyn til uttalelser fra ESA og ERG i departementets klagebehandling av Post- og teletilsynets markedsregulering.

4. DEPARTEMENTETS VURDERING

4.1 Klageinteresse

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

Vedtaket retter seg mot Telenor som part i saken. Andre selskaper kan anses å ha "rettslig klageinteresse" dersom interessen *"har slik art og styrke at det er rimelig å gi ham et rettskrav på å få vedtaket overprøvet"*, jf. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave s. 511. Ifølge rettspraksis kan konkurranseforhold danne grunnlag for rettslig klageinteresse.

Departementet finner at reguleringen av Telenor har så vidt stor betydning for både Ventelo og TDCs rammebetingelser i markedet at rettslig klageinteresse må anses å foreligge for disse to selskapene.

4.2 Saksbehandlingsfeil

Departementet vil i det følgende vurdere om vedtaket lider av rettslige mangler som følge av at saksbehandlingen er i strid med forvaltningslovens § 17, 1. ledd, første setning.

4.2.1 Er tilsynets utredning og markedsanalyse mangelfull?

TDC anfører at vedtaket er i strid med forvaltningsloven § 17 fordi vesentlige punkter i vedtaket og markedsanalysene er mangelfullt utredet.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at ansvaret for sakens opplysning etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ligger 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 riktig avgjørelse. Dette må ses i lys av den tid og de ressurser som er til rådighet og de faktiske muligheter som foreligger. Videre stiller forvaltningsloven § 25 krav til begrunnelsens innhold.

Det fremgår ikke nærmere av klagen hvilke vesentlige punkter i vedtaket og markedsanalysen som etter selskapets oppfatning er mangelfullt utredet. Samferdselsdepartementet viser derfor på generelt grunnlag til at tilsynet i sin markedsanalyse har identifisert og foretatt en avgrensning av det relevante LLUB-markedet og bredbåndsaksessmarkedet. Tilsynet har i forhold til tidligere analyser av LLUB-markedet foretatt en ny avgrensning slik at markedet omfatter andre aksessnett enn kobber. Tilsynet har videre identifisert tilbyder med sterk markedsstilling og har identifisert en rekke konkurranseproblemer innenfor både LLUB-markedet og bredbåndsmarkedet. Videre har tilsynet vurdert anvendelse av ulike reguleringsprinsipper for disse markedene. Post- og teletilsynet har videre foretatt en hensiktsmessighetsvurdering og forholdsmessighetsvurdering når det gjelder anvendelse av de virkemidler som er til rådighet etter ekomregelverket.

Departementet er på bakgrunn av ovenstående av den oppfatning at tilsynet har foretatt en tilstrekkelig og fyllestgjørende markedsanalyse og departementet har ikke funnet grunnlag for at det ved tilsynets utredning og markedsanalyse foreligger saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven § 17, første ledd og § 25.

4.2.2 Har tilsynet innhentet ensidige uttalelser og vektlagt innspill feil?

TDC anfører at det er en alvorlig saksbehandlingsfeil at kun de som antas å være enig med Post- og teletilsynet har blitt bedt om å uttale seg. TDC mener at tilsynet bare har etterspurt partsinnlegg som støtter opp om det synet som Post- og teletilsynet allerede på et tidlig punkt i prosessen hadde bestemt seg for.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at ekomloven inneholder særskilte regler for nasjonal høring av utkast til denne type enkeltvedtak. Post- og teletilsynet er etter ekomloven § 9-2 forpliktet til å gi alle interesserte mulighet til å uttale seg om vedtak tilsynet vil fatte og som har vesentlig innvirkning på det relevante markedet. I tillegg gjelder forvaltningslovens saksbehandlingsregler dersom ikke annet er bestemt i ekomloven. Etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ligger ansvaret for sakens opplysning hos forvaltningsmyndigheten. Det vises til punkt 4.2.1. Videre vises til ekomlovens regler om konsultasjoner mellom Norge og EFTA/EU. Etter nasjonal høring av varsel om vedtak er Post- og teletilsynet forpliktet til å sende utkast til vedtak til EFTAs overvåkningsorgan, EFTA Surveillance Authority (ESA), jf. ekomloven § 9-3.

Departementet viser til at alle interesserte aktører har fått flere anledninger til å uttale seg under utarbeidelsen av vedtaket. Tilsynet sendte 22. juli 2008 utkast til vedtak for marked 4 og 5 på høring. Flere markedsaktører, herunder TDC og Ventelo gav utfyllende tilbakemeldinger. Det kom imidlertid ikke inn tilbakemeldinger fra sentrale utbyggere av alternativ infrastruktur (Get og Lyse). I tråd med ekomloven § 9-3 sendte Post- og teletilsynet 4. februar 2009 utkast til vedtak til ESA for konsultasjon. I ESAs kommentar til utkast til vedtak uttalte ESA at verken Get eller Lyse synes å være interessert i å basere seg på Telenors fiberinfrastruktur og derfor mest sannsynlig ikke er opptatt av regulering av tilgang til fiber.

Samferdselsdepartementet finner det rimelig og hensiktsmessig at tilsynet gjorde henvendelse til blant annet Lyse og Get for avklaring av denne kommentaren fra ESA. Departementet er av den oppfatning at tilsynets henvendelse til Lyse, Telenor og Get angående LLUB-prisens betydning for deres investeringsintensiver i alternative nett bidro til å opplyse saken og balansere argumentene som TDC og Ventelo allerede under høringen hadde meldt inn om det samme forholdet. Departementet kan heller ikke se at synspunktene til Get eller Lyse har blitt tillagt avgjørende vekt av tilsynet. Det vises til vedtaket kapittel 8.2.2. der tilsynet redegjør for avveiningen som er gjort i forbindelse med fastsettelse av pristak. Post- og teletilsynet har sammenlignet pristaket med nivået i andre europeiske land og har vurdert forskjellige metoder for prisfastsettelse. Videre fremgår det at Post- og teletilsynet har vurdert hensynet til investering i alternativ infrastruktur og har i den forbindelse vist til informasjon fra andre aktører som investerer i alternative aksessnett (Lyse og Get). Innspillene fra disse aktørene er etter departementets oppfatning derfor bare et av flere momenter som inngår i den samlede avveining i forbindelse med Post- og teletilsynets valg av

pristaksregulering som virkemiddel. Departementet finner på denne bakgrunn ikke at tilsynet vedtak lider av saksbehandlingsfeil.

4.3 Signaler fra ESA

TDC viser i klagen til at ESA i forbindelse med notifiseringen har reist kritikk mot Post- og teletilsynets vedtak på flere punkter og selskapet anfører at tilsynet ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til kommentarene fra ESA.

Samferdselsdepartementet viser til prosedyren for enkeltvedtakskonsultasjon med ESA som er beskrevet ovenfor i kapittel 0. Etter departementet s oppfatning krever ekomloven § 9-3 og rammedirektivet artikkel 7 om konsultasjonsprosedyren at Post- og teletilsynet har plikt til så langt som mulig å ta hensyn til ESAs kommentarer.

Når det gjelder kommentaren fra ESA om at en frist på seks måneder ikke er tilstrekkelig til at alternative tilbydere kan sikre sine investeringer, er denne kommentaren etter departementets oppfatning imøtekommet ved at tilsynet har pålagt Telenor å inkludere i sitt standardtilbud en bestemmelse om varslingsfrist i forbindelse med nedleggelse av kobberaksesslinjer. Det vises til kapittel 4.8 der spørsmålet om varslingsfristen behandles nærmere.

Når det gjelder TDCs henvisning til ESAs kommentarer vedrørende prisregulering i marked 5, er departementet enig med tilsynet i at ESA i den relevante kommentaren først og fremst etterspør en utvidet vurdering fra tilsynet vedrørende påstanden fra aktører om at det ikke er mulig å oppnå positive marginer i sluttbrukermarkedet for tjenester som er basert på Bredbåndsaksess fra Telenor. Det er departementets oppfatning at tilsynet foretar en tilstrekkelig vurdering av problemet i vedtakets punkt 145-148.

Når det gjelder TDCs henvisning til ESAs kommentarer vedrørende kostnadsregnskap i marked 5, vil departementet vise til tilsynets vurderinger i vedtakets punkt 153-155. Departementet er enig med tilsynet i at når det i marked 5 er konkludert med at det ikke er nødvendig med prisregulering så vil et pålegg om regnskapsmessig skille være mer egnet for oppfølging av ikke-diskrimineringsforpliktelsen, jf. 4.6. Departementet finner tilsynets oppfølging av ESAs kommentar tilstrekkelig.

Når det gjelder klagernes referanse til ESAs kommentarer i spørsmålet om regulering av tilgang til ikke-kobberbasert LLUB viser departementet til at det fremgår av vedtaket for marked 4, punkt 95 at Post- og teletilsynet har behandlet dette spørsmålet på nytt og at det har ført til enkelte justeringer.

På bakgrunn av ovenstående er det Samferdselsdepartementets oppfatning at Post- og teletilsynet har tatt hensyn til ESAs kommentarer så langt det etter omstendighetene har vært mulig, i det endelige vedtaket.

4.4 Tilgang til faste aksessnett som ikke er kobberbaserte

Klagerne mener det er nødvendig å pålegge Telenor tilgangsforspliktelser i marked 4 og 5 også for andre aksesssteknologier enn kobber for å hindre marginskvis og for å hindre Telenor i å undra seg regulatoriske forpliktelser til skade for konkurransen.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at til forskjell fra forrige gjennomgang av markedene er definisjonen av marked 4 og 5 nå ikke lenger knyttet til aksessnett bestående av kobberkabler. I markedsanalysen fant tilsynet at Telenor har sterk markedsstilling i aksessmarkedet, men at denne posisjonen i all hovedsak er begrenset til aksessnett bestående av kobberkabler. Tilsynet valgte derfor å begrense Telenors tilgangsforspliktelser i marked 4 og 5 til kobbernettet.

Telenor har per i dag lite fiber frem til sluttbruker i aksessnettet, og det fremgår ikke av markedsanalysen og er heller ikke godtgjort av klagerne at selskapet vil kunne komme til å erstatte større deler av kobbernettet med andre aksesssteknologier i inneværende reguleringsperiode. Departementet støtter tilsynets vurderinger av Telenors markedsposisjon på de ulike aksesssteknologiene i markedsanalysen og vedtaket om å begrense pålegget om tilgangsforspliktelser til kobbernettet.

TDC hevder at manglende tilgangsregulering for andre aksesssteknologier gir Telenor mulighet til å etablere prisklemme i marked 4 og 5. TDC har, i brev av 28. august 2009, begrunnet denne påstanden ytterligere. Slik departementet tolker brevet, mener TDC at Telenor, som en vertikalt integrert tilbyder, har mulighet til å tilby lavere sluttbrukerpriser enn det som følger av kravet om ikke-diskriminering, dersom de velger å etablere deler av aksessen over andre teknologier og andre markeder. Videre anfører TDC at det vil være vanskelig og tidkrevende for selskapet å reise en eventuell sak for Konkurransetilsynet om misbruk av dominerende stilling.

Departementet støtter tilsynets drøfting av kriteriene for sterk markedsstilling i markedsanalysen kapittel 6 og konklusjonen om at Telenor har sterk markedsstilling på kobber i LLUB-markedet og at dette vil fortsette en tid fremover. Ifølge markedsanalysen har ikke Telenor per i dag sterk markedsstilling på andre aksesssteknologier enn kobberkabler. Telenor er fra tidligere markedsvedtak pålagt tilgangsforspliktelse i grossistmarkedene for overføringskapasitet levert på fiber og andre teknologier i andre deler av nettet. Departementet støtter tilsynets vurderinger i markedsanalysen av at alternative tilbydere vil ha de samme insentiver som Telenor til å benytte seg av andre teknologier i aksessnettet dersom de finner det mer lønnsomt, og ser derfor ikke behov for en nærmere analyse av konkurransemessige effekter.

Departementet anser det derfor ikke hensiktsmessig å pålegge Telenor å gi tilgang til andre aksessteknologier enn kobbernettet i denne reguleringsperioden.

4.5 Prisreguleringen i marked 4

TDC anfører at pristaket for LLUB er for høyt og at Telenor dermed tar en overpris. TDC mener at historisk kost må legges til grunn og at det på dette grunnlag er feil å sette pristaket høyere enn 78 kroner. Det fremholdes for øvrig at det kan være grunn til å tro at prisen kan være enda lavere dersom pristaket fastsettes på bakgrunn av en LRAIC-modell. Videre anfører TDC at Post- og teletilsynet legger uforholdsmessig mye vekt på investeringsinsentiver for etablering av alternativ infrastruktur, og at det ikke i tilstrekkelig grad er lagt vekt på vilkårene for de aktører som allerede har etablert infrastruktur og som leverer løsninger på den infrastruktur som vedtaket gjelder. TDC mener dette medfører at Telenors markedsandel, og dermed konkurransesituasjonen, ikke vil endres i vedtaksperioden. Det vises for øvrig til at pristaket ligger langt over nivået i sammenlignbare europeiske land og at hensynet til harmonisering tilsier at pristaket må settes lavere.

Ventelo anfører at pristaket for LLUB er for høyt og at det bør reduseres til et reelt kostnadsorientert nivå på NOK 83. Ventelo mener dette nivået vil sikre Telenors muligheter for å oppgradere og vedlikeholde eksisterende aksessnett. Selskapet viser til at LLUB-prisene i Norge ligger høyere enn de fleste land i Europa. Det fremholdes at det prisnivå som Post- og teletilsynet har fastsatt på kr 95, innebærer en overprising som er skadelig for både den langsiktige og kortsiktige konkurransen i markedet som også vil ramme forbrukere i hele landet.

Ventelo mener dessuten at det fastsatte pristaket på NOK 95 innebærer en konkurranseskadelig subsidiering av aktører som bygger alternativ infrastruktur.

Samferdselsdepartementet legger til grunn at overprising er et alvorlig og potensielt konkurranseproblem for full og delt tilgang til Telenors kobberbaserte aksessnett. Departementet viser til tilsynets vurdering av at den underliggende årsaken er at Telenor har nær 100 % markedsandel i det kobberbaserte LLUB-markedet og at etableringshindringene er svært høye. I tråd med de analysene Post- og teletilsynet har gjort, finner departementet det sannsynlig at Telenor har tilstrekkelige muligheter til å utnytte sin markedsstilling i det relevante markedet til skade for forbrukere ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå jf. ekomloven § 4-9.

Slik departementet forstår klagernes anførsler, bestrides ikke Post- og teletilsynets valg av pristaksregulering som en riktig og hensiktsmessig metode for prisregulering i markedet 4. Departementet går derfor ikke nærmere inn på en vurdering av den metode for prisregulering som er valgt, og opprettholder det prinsipielle synspunkt om at pristak/maksimalpriser er en hensiktsmessig metode for regulering som vil gi aktørene i markedet forutsigbare og hensiktsmessige rammevilkår. Departementet

viser i denne sammenheng til Ot.prp.nr 58 (2002-2003) side 106 hvor det om § 4-9 fremkommer at; *"Dersom myndighetene etter bestemmelsen første ledd pålegger tilbyder å tilby prisregulert tilgang, og pålegger metode for prisberegning etter annet ledd, så skal metoden gi tilbyder anledning til å få en rimelig avkastning på anvendt kapital. Valg av kostnadsmetode skal gjøres slik at den er hensiktsmessig i relasjon til reguleringsbehovet, og at den fremmer bærekraftig konkurranse samt maksimerer fordelene til forbruker"* .

I klagen er det derimot anført at det er *lagt uforholdsmessig mye vekt på investeringsinsentiver for etablering av alternativ infrastruktur, og at det ikke i tilstrekkelig grad er lagt vekt på de aktører som allerede har etablert infrastruktur og som leverer løsninger på den infrastruktur som vedtaket gjelder*. Det hevdes også at den konkrete prisfastsettelse *er skadelig for både den kortsiktige og langsiktige konkurransen og dessuten vil ramme forbrukerne*. Klagerne bestrider på dette grunnlag nivået som pristaket bør ligge på.

Spørsmålet er om den konkrete prisfastsettelsen på en mest mulig formålstjenelig måte evner å balansere de umiddelbare fordeler forbrukere vil ha av lavere sluttbrukerpriser på den ene siden og de fordeler forbrukerne vil nyte godt av på lengre sikt som følge av flere konkurrerende moderne aksessinfrastrukturer.

Valg av reguleringsprisnipp 2 eller 3, jf. Post- og teletilsynets virkemiddeldokument kapittel 4, har derfor særlig betydning for vurderingen av hvilke hensyn som er sentrale og avgjørende i vurderingen av det faktiske nivået for den konkrete prisfastsettelsen. Departementet viser til PTs vedtak punkt 5 hvor det konkluderes med at markedet for LLUB bør reguleres etter prinsipp 2. Departementet støtter tilsynets vurdering at det er lite trolig at en duplisering av Telenors kobberbaserte aksessnett verken er mulig eller ønskelig. Dette synes heller ikke å være bestridt av klagerne. Det understrekes at duplisering ikke innebærer at uavhengige nett må kunne levere de samme tjenestene eller være i stand til å levere full ende-til-ende-konkurranse. For å fjerne behovet for sektorspesifikk regulering og oppnå bærekraftig konkurranse er det således en forutsetning at det etableres konkurranse mellom flere uavhengige aksessnett, for eksempel gjennom kabel-TV-nett, fiber, bruk av strømmettet eller andre aksessteknologier i bredbåndsmarkedet, jf. PTs virkemiddeldokument pkt. 5.3.1.

I Post- og teletilsynets vedtak pkt. 140, fremholdes det at det er momenter som taler for en streng prisregulering av kobberbasert LLUB da duplisering av infrastruktur ikke er mulig. I tråd med de anbefalinger som følger av reguleringsprinsipp 2, anser Post- og teletilsynet at det som et generelt utgangspunkt ikke er grunnlag for å gi konkrete rammevilkår for tilgangsprisen som skal gi rom for insentiver til å bygge konkurrerende infrastruktur. Et slikt utgangspunkt følger også av PTs virkemiddeldokument hvor det uttrykkes: *"Når duplisering ikke er mulig eller lite sannsynlig, eller ikke vil avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemene, er det ikke grunn til å innrette tilgangsprisen med sikte på også å gi incentiver til å bygge alternativ*

infrastruktur. Dette taler for en relativ streng prisregulering av tilgangsprodukter". Post- og teletilsynet viser likevel til at det skal tas hensyn til at reguleringen må gi incentiver til nødvendig vedlikehold, oppgradering og innovasjon. PT understreker videre i pkt. 141 at det ved den konkrete prisfastsettelsen må legges vekt på at tilgangsprisen i den kobberbaserte delen av LLUB-markedet kan få indirekte betydning for incentivene til utbygging av alternativ aksessinfrastruktur.

Som nevnt er ekomlovens formål å sikre brukerne i landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon. I departementets vedtak av 6. oktober 2006 i marked 11 (nå marked 4) uttaltes det at det er viktig at reguleringstiltakene hensyntar de langsiktige siktemålene om bærekraftig konkurranse som følger av ekomlovens § 1-1 og som også omtales som sentrale hensyn i kommentarene til § 4-9. Det følger av vedtaket (side 10) at departementet anser at *"En regulatorisk prissetting som fører prisnivået på LLUB for langt ned kan i sin ytterste konsekvens øke avhengigheten av Telenors aksessnett. Som følge av redusert sluttbrukerpris kan flere og flere tilbydere, også nåværende infrastrukturtilbydere og potensielle investorer, finne det mest økonomisk forsvarlig å tilby sine tjenester i Telenors aksessnett. En slik utvikling vil kunne ramme kundene over hele landet (spesielt i spredtbygde strøk) på lengre sikt gjennom redusert konkurranse, økt avhengighet av regulatorisk overvåkning av grossistprisene og manglende utvikling av nye og bedre tjenester. På den annen side er det viktig at prisene ikke blir så høye at man oppmuntrer til ineffektiv (over-) etablering i markedet".*

Departementet finner det hensiktsmessig å opprettholde vektleggingen av dynamisk effektivitet i prissettingen og er enig med tilsynet i at et pålegg om en ytterligere reduksjon ned mot et nivå som nærmer seg den fullfordelte historiske kostnaden, kan redusere investeringsincentivene for utbyggerne av alternative aksessnett. Departementet velger derfor ikke å legge avgjørende vekt på argumentasjonen fra klagerne knyttet til rapporten "Regulering uten Incitament" fra Copenhagen Economics. Slik departementet ser det støttes tilsynets vurdering av internasjonale sammenligninger av bruk og tilgang til bredbånd i Norge. Bredbåndsmarkedet har utviklet seg betydelig siden det forrige vedtaket. Det har vært en kraftig økning i bredbåndstilgangen, det har kommet til flere aktører i markedet, det bygges ut alternativ infrastruktur for bredbånd, prisen på båndbredde synker og det lanseres stadig nye tjenester. Telenors markedsandel i marked 4 er stabil, men det har samtidig vært en kraftig tilvekst av nye kunder i markedet. Videre har det blitt gjort betydelige investeringer og oppgradering av eksisterende infrastruktur.

Departementet viser til at investeringer i alternativ infrastruktur er mulig i Norge i dag og at penetrasjonen av fiber til hjemmene (FTH) i Norge er en av de høyeste i Europa. Departementet mener at det er viktig med stabile rammebetingelser i et dynamisk bredbåndsmarked hvor ulike forretningsmodeller og teknologier konkurrerer mot

hverandre. Departementet finner derfor at hensynet til utvikling av nye og mer effektive aksessnett bør veie tungt i vurderingen av hvorvidt NOK 95 er en for høy eller for lav pris på tilgang til kobberaksessen. Dette støttes også av at utbygging av neste generasjon aksessnett (NGA) i dag er en sentral del av EUs politikk for elektronisk kommunikasjon og vil påvirke fremtidig regulering.

Til tross for den relativt raske fremveksten av alternative nett i Norge de senere årene, så vil kobbernettet fortsatt være viktig for å nå regjeringens mål om raskere bredbånd og tilgang i hele landet. Prisen Telenor tar for kobberaksess er ikke-diskriminerende og departementet legger til grunn at prisen gir tilstrekkelig margin til at tilbyderne kan konkurrere effektivt basert på den konkrete prisfastsettelsen. Vi vil også understreke at prisen på NOK 95 er et pristak, og at Telenor tidligere har redusert prisen på grunn av markedsmessige vurderinger. Den siste tiden har sluttbrukermarkedet for ADSL hatt en synkende tendens. Det er ventet at denne utviklingen vil fortsette i tiden fremover og at prisen på LLUB over tid vil kunne justeres for å møte konkurransen med alternativ infrastruktur for sluttbrukeraksess.

Når det gjelder hensynet til europeisk harmonisering mener Samferdselsdepartementet det er både hensiktsmessig og nødvendig å se hen til hvordan de samme markedene og tilbyderne blir regulert for øvrig i Europa. Harmonisering er et viktig hensyn bak EØS-rammeverket og ekomloven, og harmonisering må forstås slik at reguleringen skal praktiseres mest mulig likt i de ulike land innenfor EØS-området. Det vises til at harmonisering ikke bare gjelder på regelverksnivå, men også for enkeltvedtak i form av blant annet pålegg om virkemiddelbruk, noe som blant annet følger som konsekvens av konsultasjonsprosedyren jf. ekomloven § 9-3 og rammedirektivet artikkel 7. I tillegg skal harmoniserte virkemidler bidra til at virksomheter fra flere EØS-land skal møte en likest mulig behandling. Det er imidlertid et grunnleggende regulatorisk prinsipp at virkemiddelbruken må baseres på faktiske forhold i det relevante marked.

Post- og teletilsynet har i sitt vedtak lagt vekt på at det er vanskelig å foreta en "rettferdig" sammenligning av priser i ulike land. Sammenligning er vanskelig spesielt for prising av aksessprodukter der blant annet topografiske og befolkningsmessige forhold kan ha stor innvirkning på kostnadsbildet. Departementet støtter dette og kan ikke se at det er grunnlag for å fastsette pristak utelukkende på grunnlag av en sammenligning mellom aksessprising i de ulike EU-land. Departementet kan således ikke se at Post- og teletilsynet har foretatt feil vektning av hensynet til harmonisering i dette tilfellet, da departementet mener at harmoniseringen i større grad har betydning når det gjelder tilbydernes regulatoriske rammevilkår og bruk av virkemidler, enn en faktisk harmonisering av tilgangsprisen.

Når det gjelder hensynet til mulig fremtidig LRIC-modell og TDCs anførsel om at det kan være grunn til å tro at prisen kan være enda lavere dersom pristaket fastsettes på bakgrunn av en LRAIC-modell, viser departementet til at en LRIC/LRAIC-modell tar

utgangspunkt i en effektiv tilbyder i et marked med virksom konkurranse og beregner de langsiktige marginalkostnadene ved å investere i et nytt nettverk basert på gjenanskaffelseskost. Dette er dagens kostnad ved å investere i nytt utstyr med samme funksjonalitet som det opprinnelige utstyret, og det er denne kostnaden en ny aktør som ønsker å bygge et nytt nettverk vil stå overfor. En pris basert på LRIC vil kunne gi en høyere enhetskostnad enn en pris basert på fullfordelte historiske kostnader på grunn av høyere investeringskostnader i nett (investeringer i det fysiske nettet). Videre vil en pris basert på fullfordelte historiske kostnader for fastnettet ta utgangspunkt i et ferdig avskrevet nett. Dette er ikke tilfelle for LRIC. På denne bakgrunn mener departementet at det ikke kan utelukkes at en pris basert på LRIC/LRAIC vil være høyere enn dagens pris som er basert på fullfordelte historiske kostnader. Departementet finner derfor ikke grunnlag for at Post- og teletilsynets forutsetninger er feil på dette punkt.

På denne bakgrunn mener departementet at pristak er en hensiktsmessig regulering i marked 4 og at Post- og teletilsynets fastsettelse av et pristak på NOK 95 er en hensiktsmessig pris basert på en sunn konkurranse i kobbernettet og utbygging av alternative aksessnett.

4.6 Prisregulering i marked 5

TDC mener at markedsutviklingen de senere år, med Telenors vedvarende sterke markedsposisjon, viser at gjeldende regulering i marked for bredbåndsaksess ikke er tilstrekkelig effektiv. Prisregulering vil ifølge TDC muliggjøre en effektiv kontroll av om ikke-diskrimineringskravet overholdes. Manglende prisregulering av tilgang i form av bredbåndsaksess fører etter TDCs oppfatning til at grossistprisen er høyere enn det som er rimelig. Telenor tillates dermed en "superprofit" som vil gi et samfunnsøkonomisk velferdstap. I privat- og bedriftsmarkedet opererer Telenor i tillegg med relativt lave priser noe som innebærer en prisklemme for aktører som konkurrerer med Telenor. Den høye inntjeningen Telenor får i grossistleddet vil videre kunne benyttes til å subsidiere lavere marginer i sluttbrukermarkedet. De påviste konkurranseproblemene sammenholdt med ESAs kommentarer til tilsynets utkast til vedtak mener TDC viser at det ikke er forsvarlig å unnlate prisregulering i markedet for bredbåndsaksess.

TDC anfører videre i brev av 28. august 2009 med kommentarer til tilsynets innstilling, at Post- og teletilsynet kun har behandlet ett av to hovedproblem som følger av manglende prisregulering i marked 5, nemlig mulighet for prisklemme. Tilsynet har ikke behandlet mulighet for overpris. Manglende priskontroll betyr slik TDC ser det under alle omstendigheter at overprising er mulig.

Av TDCs brev av 28. august fremgår det i tillegg at selskapet anser tilknytningsproduktet og aksessen som bundlet slik at det i prinsippet er nødvendig å

kjøpe begge samlet. Selskapet mener at aksessen består av to deler og at prisen på den totale aksessen er langt høyere enn den ville vært dersom bredbåndsaksess var underlagt prisregulering.

Ventelo anfører at prisregulering i markedet for bredbåndsaksess er nødvendig for å hindre Telenor i å misbruke sin dominerende stilling. Manglende prisregulering øker ifølge Ventelo faren for at Telenors konkurrenter utsettes for marginskvis. Ventelo mener Samferdselsdepartementet bør gjennomføre en reell marginskvistest der departementet vurderer de prisene Telenor tilbyr sine konkurrenter sammenholdt med det generelle prisnivået i sluttbrukermarkedet.

Samferdselsdepartementet ser at fravær av prisregulering i markedet for bredbåndsaksess kan øke faren for at Telenors konkurrenter utsettes for prisklemme. Både TDC og Ventelo hevder at de utsettes for prisklemme i dette markedet. Ingen av selskapene underbygger imidlertid denne anførselen ytterligere i klagen. Departementet mener at det må tas hensyn til at myndigheten normalt ikke har det samme informasjonsgrunnlag som tilbyderne om blant annet bedriftsinterne forhold. I den grad klagerne besitter informasjon som viser at de her utsettes for prisklemme, må det kunne forventes at klagerne gjør myndigheten kjent med informasjonen slik at den kan vurderes.

Samferdselsdepartementet vil i den forbindelse vise til vedtakets punkt 8.2.2 hvor Post- og teletilsynet foretar en vurdering av behovet for prisregulering i forhold til ulike faktiske og potensielle konkurranseproblemer i det relevante markedet, herunder prisklemme og overprising. Post- og teletilsynet identifiserer her to potensielle prisklemmer, mellom LLUB- og bredbåndsaksessmarkedet og mellom bredbåndsaksessmarkedet og det tilhørende sluttbrukermarkedet. Ifølge tilsynet er imidlertid faren for førstnevnte prisklemme større enn for sistnevnte da Telenor har insentiver til å beholde tilbyderne som baserer seg på bredbåndsaksess i markedet da disse kjøper en større andel av innsatsfaktorene til sitt produkt fra Telenor enn tilbyderne som baserer sitt tilbud primært på LLUB-tilgang. Videre er det slått fast at Telenor har insentiver til å sette en overpris i marked 4 som kan medføre lavere marginer for aktører som baserer seg på LLUB sammenlignet med aktører som baserer seg på bredbåndsaksess. Prisklemmen som potensielt kan oppstå mellom LLUB- og bredbåndsaksessmarkedet må på sin side ivaretas gjennom prisreguleringen i LLUB-markedet. På denne bakgrunn synes en forpliktelse om ikke-diskriminering, både overfor interne og eksterne virksomheter, å være tilstrekkelig til å sikre at Telenors konkurrenter ikke utsettes for prisklemmer.

Av TDCs utdyping av behovet for prisregulering i marked 5 i møte med departementet og i selskapets etterfølgende brev av 28. august 2009, fremgår det at prisklemmen TDC mener å være utsatt for egentlig oppstår på grunn av en for høy pris på transportproduktet (marked 14) og ikke som en følge av prisene i

bredbandsaksessmarkedet. Basert på dette legger departementet til grunn at konkurranseproblemet som anføres bør tas opp i tilknytning til marked 14 og ikke marked 5. Det vises her til departementets vedtak av 29. april 2008 i marked 14, punkt 5.4 der Post- og teletilsynet forutsettes å føre et effektivt tilsyn med ikke-diskrimineringsforpliktelsen.

Når det gjelder Ventelos anførsel om at Samferdselsdepartementet bør gjennomføre en reell marginskvistest, har departementet sendt brev til Post- og teletilsynet og bedt om en redegjørelse for tilsynets oppfølging av regnskapsmessig skille i marked 5, herunder marginskvistester. I brev av 29. september 2009 skriver tilsynet at basert på resultatoppstillingen i hovedrapporteringen av regnskapsmessig skille, samt tilleggsinformasjonen fra Telenor, har tilsynet ikke funnet grunn til å konkludere med at kravet om ikke-diskriminerende priser ikke er oppfylt i marked 5. Følgelig har ikke Post- og teletilsynet ansett det som nødvendig å gjennomføre ytterligere marginskvistester utover den ovennevnte rapporteringen. Tilsynet mener at den mottatte rapporteringen gir tilstrekkelig grunnlag til å vurdere hvorvidt prisene for bredbandsaksess er i tråd med kravet om ikke-diskriminering, og til å vurdere hvilken margin det er rimelig å anta at de eksterne bredbåndstilbyderne vil kunne oppnå. Samferdselsdepartementet finner på denne bakgrunn at det ikke foreligger grunnlag for å gjennomføre ytterligere vurderinger av marginskvistest.

Til TDCs anførsel om at manglende prisregulering av prisen for tilgang basert på bredbandsaksess fører til en pris som er høyere enn det som er rimelig og til anførselen om at Post- og teletilsynet skal ha unnlatt å behandle hovedproblemet overpris, viser departementet til tilsynets vurdering under punkt 136 og 141 i vedtaket. Som det fremgår der har tilsynet ingen indikasjoner på at Telenor frem til nå har tatt en overpris for selskapets produkter i bredbandsaksessmarkedet. Ved prisreduksjoner i LLUB-markedet har selskapet selv redusert prisen for produktene i markedet for bredbandsaksess, noe som tyder på at Telenor har en egeninteresse av å tilpasse pris på grossistproduktet i marked 5 til prisutviklingen i LLUB-markedet. Det må videre kunne antas at Telenor selv vil ønske å sikre egen virksomhet som baserer seg på tilgang i form av bredbandsaksess konkurransedyktige betingelser. Som en konsekvens av ikke-diskrimineringskravet vil dette dermed sikre ekstern virksomhet de samme konkurransedyktige betingelsene. Det er således slik departementet vurderer det lite som tyder på at Telenor misbruker sin sterke markedsstilling i dette markedet ved å ta en overpris på sine produkter i markedet for bredbandsaksess. På denne bakgrunn taler overpris isolert sett ikke for at det er nødvendig å gå inn å prisregulere dette markedet.

Når det gjelder TDCs anførsel om at de siste par årenes markedsutvikling tilsier at reguleringen ikke har vært tilstrekkelig effektiv, at konkurransen forverres og at bærekraftig konkurranse ikke er etablert, vil departementet vise til at tilsynet i sin markedsanalyse nettopp har konkludert med at det ikke er effektiv konkurranse i

markedet for bredbåndsaksess og at Telenor har sterk markedsstilling i det relevante markedet. Tilsynet har derfor valgt å ilegge Telenor forpliktelsene ikke-diskriminering, regnskapsmessig skille og transparens. TDC viser i den forbindelse til Post- og teletilsynets statistikk for første kvartal 2008, som viser en svak økning i Telenors markedsandel. Ser man imidlertid på tilsynets statistikk for hele 2008, viser denne en svak reduksjon i Telenor markedsandel. Departementet mener at man på bakgrunn av utviklingen i ett kvartal således bør være forsiktig med å trekke konklusjoner. Sluttbrukermarkedet for bredbåndsaksess er et marked i sterk vekst, og selv om Telenor opprettholder en relativ stabil markedsandel i dette markedet, klarer Telenors konkurrenter å kapre en andel av veksten i markedet. Markedsutviklingen isolert sett indikerer således heller ikke etter departementets vurdering en annen regulering av markedet for bredbåndsaksess.

Post- og teletilsynet har i sin markedsanalyse kommet frem til at duplisering av infrastruktur i markedet for bredbåndsaksess er mulig og at det i praksis også finner sted. På denne bakgrunn har tilsynet basert virkemiddelbruken i det relevante grossistmarkedet på prinsipp 3 i virkemiddeldokumentet. Virkemidlene skal i henhold til dette prinsippet støtte opp under en utvikling i retning av et marked med bærekraftig konkurranse, med hovedvekt på å gi Telenors konkurrenter insentiver til å bygge egen infrastruktur. Hensynet til infrastrukturkonkurranse på lang sikt må imidlertid også veies opp mot hensynet til tjenestekonkurranse basert på tilgang på kort sikt. Departementet støtter således tilsynets valg av prinsipp 3 for regulering i marked 5. Departementet ønsker en utvikling i dette markedet der det bygges alternativ infrastruktur til Telenors infrastruktur.

Prisregulering anses for å være et av de strengeste virkemidlene myndigheten har til rådighet. Når de ulike virkemidlene tilsynsmyndigheten står overfor ved regulering vurderes, vil det være naturlig å veie gevinsten av å prisregulere opp mot gevinsten av ikke å prisregulere. Departementet støtter i dette tilfelle tilsynets vurdering av at gevinsten for samfunnet vil være størst ved ikke å prisregulere ettersom aktørene da gis insentiver til å bygge alternativ infrastruktur. Departementet mener dermed at de pålagte forpliktelsene om ikke-diskriminering, kombinert med forpliktelsen om regnskapsmessig skille og transparens, er egnet til å motvirke konkurranseskadelig adferd i markedet for bredbåndsaksess. Forholdsmessighetsprinsippet og prinsippet om minimumsregulering tilsier at det samlede sett av forpliktelser ikke må være mer byrdefullt enn nødvendig. Post- og teletilsynet har gjennom den pålagte reguleringen av Telenor, slik departementet vurderer det, ivaretatt disse to hensynene på en hensiktsmessig måte samtidig som den pålagte reguleringen også ivaretar ekomlovens formål og hensynet til reguleringsprinsipp 3.

Etter en samlet skjønnsmessig vurdering finner departementet at de anførte konkurranseproblem og den senere tids markedsutvikling ikke tilsier en annen

regulering i marked 5 enn den tilsynet har vedtatt. Det blir dermed ingen prisregulering i marked 5.

4.7 Kostnadsregnskap i marked 5

TDC anfører at reguleringen av marked 5 ikke blir tilstrekkelig effektiv uten krav om kostnadsregnskap overfor Telenor. Etter selskapets oppfatning er krav om kostnadsregnskap essensielt for å vurdere om regnskapsmessig skille etterleves og prisklemme unngås. Videre har TDC vist til ERGs virkemiddeldokument til støtte for at krav om kostnadsregnskap er essensielt for å påvise at kravet om regnskapsmessig skille reelt etterleves. TDC har i sine kommentarer til saken i brev av 28. august 2009 redegjort for at kostnadsregnskap er nødvendig for at Post- og teletilsynet skal kunne kontrollere om Telenor bruker inntekter fra transportproduktet BAP til å subsidiere utbyggingen av transportproduktet E-line.

Samferdselsdepartementet viser til redegjørelse over hvor departementet finner at tilsynets valg av ikke-diskrimineringsforpliktelse overfor Telenor er tilstrekkelig effektivt for å bøte på aktuelle og potensielle konkurranseproblem. Markedsutviklingen og det anførte konkurranseproblemet tilsier etter departementets vurdering ikke prisregulering i markedet for bredbåndsaksess

Virkemidlene regnskapsmessig skille og kostnadsregnskap har isolert sett liten selvstendig verdi. Begge virkemidlene er i hovedsak ment å støtte opp om eventuelle krav til ikke-diskriminering og/eller prisregulering. Hovedformålet med et regnskapsmessig skille er oppfølging av krav om ikke-diskriminering, mens hovedformålet med et kostnadsregnskap er oppfølging av en forpliktelse om prisregulering. Som nevnt over er departementet enig i tilsynets valg av ikke-diskrimineringsforpliktelse, og anser det som nødvendig og hensiktsmessig å kombinere dette virkemiddelet med et krav om regnskapsmessig skille og transparens. Et krav om regnskapsmessig skille er, slik Samferdselsdepartementet vurderer det, tilstrekkelig for å nå formålet med reguleringen og vil kunne gi en god indikasjon på om ikke-diskrimineringskravet overholdes. Et krav om kostnadsregnskap vil ikke tilføre særlig merverdi utover hva et krav om regnskapsmessig skille gir til å avdekke en eventuell prisklemme.

Når det gjelder TDCs henvisning til ERGs virkemiddeldokument, vil departementet vise til at tekstutdraget er hentet fra et kapittel hvor prissetting av tilgangspris vurderes. Vurderingene som det er henvist til i dette kapitlet er dermed ikke relevante for vurderinger vedrørende markedssituasjonen i marked 5 i Norge siden det hos oss ikke er funnet grunnlag for å prisregulere i marked 5.

Endelig vises det til TDCs anførsel om at kostnadsregnskap er nødvendig for å kontrollere om inntekter fra BAP brukes for å subsidiere E-line utbygging. Som

redegjort for over synes dette å gjelde transportproduktet i marked 14, og det er departementets vurdering at konkurranseproblemet TDC her viser til bør tas opp i tilknytning til marked 14 og ikke marked 5.

4.8 Varslingsfrist for endringer i aksessnettet

Ventelo anfører at en varslingsfrist for endringer i aksessnettet på 6 måneder er for kort fordi Telenor relativt raskt vil kunne gjøre valg som påvirker konkurransesituasjonen vesentlig og det derfor er nødvendig med en større grad av transparens enn det som tilsynet har lagt opp til. Ifølge Ventelo har Telenor i sitt høringssvar selv vist til at en varslingsfrist på 3 år vil kunne være passende.

Samferdselsdepartementet viser til at Post- og teletilsynet i vedtaket har pålagt Telenor å inkludere i sitt standardtilbud en bestemmelse om varslingsfrist i forbindelse med vesentlige endringer i aksessnettet. Varsling skal skje umiddelbart etter at endringene er bestemt og senest seks måneder før endringene gjennomføres. Videre pålegges Telenor senest innen 1. januar 2010 å inkludere i sitt standardtilbud en bestemmelse om varslingsfrist i forbindelse med utfasing av kobberaksesslinjer. Hjemmel for vilkår i standardtilbud og offentliggjøring følger av ekomloven § 4-6.

Etter departementets oppfatning skilles det således i vedtaket mellom to typer tilfeller av endringer i aksessnettet knyttet til tilsynets varslingsfrister. Den ene typen relaterer seg til der Telenor planlegger vesentlige endringer i nettet. Departementet legger til grunn at dette vil omfatte blant annet oppgraderinger av aksessnettet i form av endringer i struktur, koplinger og lignende. Den andre typen endringer i aksessnettet relaterer seg til utfasing av kobberaksesslinjer. Det vises til vedtaket pkt. 268 der tilsynet redegjør for at pålegget også omfatter varsel knyttet til nedleggelse av hovedkoplinger.

Departementet er av den oppfatning at kommentaren fra ESA til Post- og teletilsynets notifikasjon der ESA gir uttrykk for at en frist på seks måneder ikke er tilstrekkelig for at alternative tilbydere kan sikre sine investeringer, bare relaterer seg til de tilfellene der det skjer utfasing av kobberaksesslinjer og/eller hovedkoplinger. Departementet legger også til grunn at det er disse tilfellene Telenor omtaler i sitt høringssvar der det fremgår at en varslingsfrist på tre år vil kunne være passende.

Tilsynet synes å ha imøtekommet kommentaren fra ESA ved å pålegge Telenor å inkludere en bestemmelse om varslingsfrist i forbindelse med utfasing av kobberaksesslinjer i sitt standardtilbud. Tilsynet gir ikke anvisning på lengden av en slik varslingsfrist, men forutsetter at en passende lengde fastsettes gjennom dialog mellom Telenor og de berørte grossistkundene. Det fremgår videre at tilsynet kan megle ved en eventuell uenighet mellom partene. Etter departementets oppfatning,

fremgår det av vedtaket at fristen som skal fastsettes for varsel om utfasing må være vesentlig lenger enn seks måneder.

Etter departementets oppfatning er den fastsatte fristen på seks måneder knyttet til varsel om vesentlige endringer i aksessnettet hensiktsmessig for disse tilfellene. Departementet mener også at pålegget om at Telenor, gjennom dialog med grossistkundene, skal fastsette en passende varslingsfrist for de tilfelle som knytter seg til nedleggelse av aksesslinjer er en forholdsmessig og hensiktsmessig tilnærming.

4.9 Sammenfatning

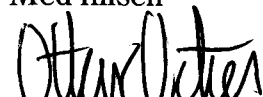
Samferdselsdepartementet konkluderer etter dette med at det ikke er grunnlag for en annen markedsregulering enn den som Post- og teletilsynet har gjort i sin regulering av marked 4 og 5.

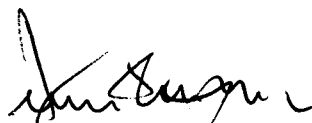
5. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK

Samferdselsdepartementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedet for full og delt tilgang til faste aksessnett (marked 4) og Post- og teletilsynets vedtak 3. april 2009 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedet for Bredbåndsaksess (marked 5).

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

Adressater:
Ventelo Bedrift AS
TDC AS