



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Legalteam advokatfirma DA

Postboks 1969 Vika
0125 OSLO

Unntatt offentlighet
§ 13 første ledd, jfr. fvl. §
13 første ledd nr. 2

Deres ref

Vår ref
09/452- MAT/KSK/LBA

Dato
19.05.2009

Klage på Post- og teletilsynets vedtak i marked 16 - vedtak

Det vises til brev 21. januar 2009 med Post- og teletilsynets oversendelse av klage fra Network Norway AS (Network Norway) på vedtak 17. november 2008 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 16).

1. Bakgrunn

1.1 Tidligere vedtak i Marked 16

Post- og teletilsynet fattet 19. september 2005 første vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 16. Tilsynet konkluderte med at aktørene Telenor ASA (Telenor), NetCom as (NetCom), Tele2 Norge AS (Tele2) og Teletopia Mobile Communications AS (senere MTU) hadde sterk markedsstilling i marked 16. Disse aktørene ble ilagt en rekke forpliktelser, herunder ble Telenor og NetCom ilagt pristaksforpliktelser på termineringsprisene basert på fullfordelte historiske kostnader. Pristaksforpliktelsene ble påklaget av Telenor og NetCom. Post- og teletilsynets vedtak om forpliktelser overfor Telenor ble stadfestet i klagevedtak av 20. april 2006. For NetCom sin del ble tilsynets vedtak om forpliktelser stadfestet med unntak av andre trinn i glidebanen som ble opphevet i klagevedtak av 20. april 2006. 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 datert 8. mai 2007 med pristakforpliktelser for Telenor, NetCom og Tele2. Telenor og NetCom ble pålagt prisreduksjoner etter en glidebane med

beregning av effektiv pris basert på LRIC-modellen. Tele2 ble pålagt reduksjoner i priser for terminering basert på en skjønsmessig vurdering av rimelig pris. TDC AS (TDC) og MTU ble pålagt prisregulering i form av krav om rimelig pris. Samferdselsdepartementet stadfestet ved vedtak av 13. februar 2008 tilsynets prisregulering for så vidt gjaldt Telenor, NetCom, TDC og MTU. På bakgrunn av Tele2s kjøp av 50 prosent av aksjene i nettselskapet Mobile Norway AS fattet departementet 13. februar 2008 vedtak om å oppheve Post- og teletilsynets vedtak 8. mai 2007 for så vidt gjaldt prisreguleringen av Tele2. Den delen av vedtaket som gjaldt prisregulering av Tele2 ble sendt tilbake til Post- og teletilsynet for ny vurdering.

1.2 Tilleggsvedtak 17. november 2008

Tilsynet fattet 17. november 2008 nytt vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 16 (vedtaket). Dette er tilleggsvedtak til vedtaket av 8. mai 2007. I vedtaket utpekes Barablu Mobile Norway Ltd (Barablu), Network Norway AS (Network Norway) og Ventelo AS (Ventelo) som tilbydere med sterk markedsstilling i marked 16 og pålegges særskilte forpliktelser med hjemmel i lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 (ekomloven) § 3-4. I tillegg pålegges Tele2 ny prisregulering og prisreguleringen for MTU og TDC presiseres. I vedtaket blir Network Norway, TDC, Tele2, Ventelo, Barablu og MTU blant annet pålagt å redusere sine termineringspriser trinnvis frem til og med 2010 (jf. Tabell 1 under).

	Gjeldende pris frem til 1. februar 2009	1. februar 2009 – 30. juni 2009	1. juli 2009 – 30. juni 2010	1. juli 2010 – 31. desember 2010
Tele2	1,155	1,00	0,90	0,75
Network Norway	1,155	1,00	0,90	0,75
TDC	1,155	1,00	0,90	0,75
Ventelo	1,155	1,00	0,90	0,75
Barablu	1,61	1,00	0,90	0,75

Tabell 1 Maksimalpris per minutt for terminering av tale i mobilnett i perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010. Alle priser i NOK.

MTU har gått konkurs og selskapet er ikke omfattet av klagebehandlingen i Samferdselsdepartementet. Tele2, Network Norway, TDC, Ventelo, Barablu, NetCom og Telenor har alle klaget på Post- og teletilsynets vedtak av 17. november 2008. Departementet har truffet vedtak overfor hver enkelt klager. Klagevedtakene fra departementet må sees i sammenheng.

I hovedsak mener de fem førstnevnte at den tillatte maksimalprisen for terminering er satt for lavt. Network Norway og Tele2 mener at for lav termineringspris truer

utbyggingen av et tredje mobilnett. NetCom og Telenor mener på sin side at termineringsprisen er satt for høyt.

1.3 Network Norway – anmodning om utsatt iverksetting

Network Norway anmodet i brev av 8. desember 2008 om utsatt iverksetting knyttet til prisreguleringen.

Samferdselsdepartementet besluttet 14. januar 2009 ikke å innvilge utsatt iverksetting av vedtaket i marked 16 for så vidt gjelder pristak for Network Norways termineringspris. Beslutningen om ikke å innvilge utsatt iverksetting gjaldt første prisnedsettelse til NOK 1,00 fra 1. februar 2009.

Ved brev av 22. januar 2009 anmodet Network Norway departementet om å omgjøre beslutning av 14. januar 2009 om ikke å gi vedtaket utsatt iverksetting. Departementet besluttet ved brev av 30. januar 2009 ikke å etterkomme Network Norways anmodning om omgjøring.

1.4 Network Norway– klagen

Network Norway har ved brev datert 8. desember 2008 påklagd tilsynets vedtak av 17. november 2008 om prisregulering i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige kommunikasjonsnett. Post- og teletilsynet oversendte Network Norways klage til departementet ved brev 21. januar 2009 med innstilling om at klagen ikke tas til følge.

Network Norway har til støtte for klagen i hovedtrekk anført følgende forhold: Selskapet anfører at vedtaket lider av saksbehandlingsfeil ved at tilsynet ikke har foretatt tilstrekkelige vurderinger og begrunnet reguleringens virkning på utbyggingen av et tredje mobilnett, og heller ikke har begrunnet målsettingen om maksimalt 50 prosent asymmetri. Videre anfører Network Norway at tilsynet har vektlagt hensynet til europeisk harmonisering og målsettingen om symmetriske termineringspriser feil. Vedtaket er ifølge Network Norway også i strid med tidligere signaler og tilsynet har ikke hensyntatt "third mover disadvantages" på tilstrekkelig måte. Selskapet anfører også at vedtaket er uttrykk for usaklig forskjellsbehandling og at tilsynet har anvendt feil reguleringsprinsipp. Videre vil vedtaket etter Network Norways oppfatning føre til forstyrrelse av balansen mellom marked 15 og marked 16. Endelig anfører selskapet at vedtaket er basert på mangelfull markedsanalyse, at det ikke er forholdsmessig og dessuten er i strid med ekomlovens formål.

2. Regulatorisk rammeverk – kort om rettslig utgangspunkt

2.1 Ekomregelverket – kort om formål og systematikk

Det regulatoriske rammeverket legger grunnlaget for harmonisering innen ekomsektoren i EU/EØS-området, begrense etableringshindringer og tilrettelegge for bærekraftig konkurranse til beste for brukerne. Formålet med reguleringen er nedfelt ekomloven § 1-1:

"Lovens formål er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon."

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). Prisregulering, jf. § 4-9, er ett av i alt åtte aktuelle virkemidler som bestemmelsen i § 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."

2.2 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 § 4-9, jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) s. 106, 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 § 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. ovenfor. Dette åpner for at myndigheten ved pålegg om prisregulering kan innrømme tilbyderne en rimelig tilpasningsperiode med trinnvis reduksjon av termineringsprisene (glidebane).

2.3 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 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 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 forslaget 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 notiseres om vedtaket når dette er fattet.

Verken ERG eller ESA har noen formell rolle i departementets klageavgjørelse. Departementet legger likevel vekt på at både konsultasjonsordningen med ESA og utredningsarbeidet som gjøres i ERG er kommet i stand for å sikre harmonisering av

ekomreguleringen innenfor Fellesskapet. På dette grunnlag mener departementet at det er relevant å ta et visst hensyn til uttalelser fra ESA og ERG i klagebehandlingen av Post- og teletilsynets markedsregulering.

3. Departementets vurdering

3.1 Om finanskrisens betydning for reguleringen

Samferdselsdepartementet har forståelse for at den finansielle situasjonen for mobilaktørene kan være vanskelig i dagens marked gitt krisen i verdensøkonomien. På den ene siden kan det hevdes at den senere tids uro i det norske telemarkedet gjennom konkursene i MTU og ICE, delvis kan knyttes til finanskrisen. På den andre siden viser resultatfremleggelsen til flere av de store teleselskapene for 2008 at virksomhetene går bra. EU Kommisjonens rapport om fremdriften i det europeiske markedet for elektronisk kommunikasjon (Progress Report on the single European Electronic Communications Market (14th report)), viser en økt omsetning på 1,3 prosent i forhold til 2007, hvilket overgår resten av økonomien (målt i BNP) som økte med 1 prosent. Heller ikke de foreløpige tallene fra første kvartal 2009 indikerer at finanskrisen har hatt en slik betydning for de økonomiske resultatene i denne sektoren at det kan tillegges stor vekt på det nåværende tidspunkt.

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at finanskrisen påvirker mobilmarkedet på lik linje med andre markeder. Departementet ser at finanskrisen kan være en særlig utfordring for de aktører som bygger mobilnett. Det vises også til at Tele2 og Network Norway begge peker på at finansieringen av det tredje nettet tar noe lengre tid på grunn av finanskrisen. Tele2 uttaler imidlertid at *"Med mindre forholdene i finansmarkedene, og da særlig bankenes evne og vilje til å gi lån, fortsetter å være i sterk ubalanse skal denne utfordringen for Mobile Norway AS isolert sett være håndterbar."* Aktører som bygger mobilnett må foreta omfattende investeringer i infrastruktur som ikke gir umiddelbar avkastning. De samme karakteristika finner man imidlertid også i enkelte andre markeder enn mobilmarkedet. Det må videre legges til grunn at aktører som planlegger å bygge Norges tredje mobilnett, tar høyde for svingninger i markedsvilkårene når de planlegger sin virksomhet.

Det er viktig at reguleringen av mobilmarkedet til enhver tid tar høyde for de markedsøkonomiske forholdene, og at den medvirker til å skape så stor forutsigbarhet som mulig i markedet. Det er særlig viktig med forutsigbarhet ved finansieringen av store og tunge investeringer. Likevel finner departementet på bakgrunn av ovenstående ikke at finanskrisen isolert sett tilsier en annen regulering av nye MNOer enn den som disse tilbyderne ellers ville blitt pålagt. Finanskrisen vil imidlertid kunne påvirke andre forhold som tillegges noe vekt i departementets vurdering knyttet til bygging av det tredje nettet. Det vises i den forbindelse til departementets vurdering i kapittel 3.13.3.

Når det gjelder regulering av MVNOene finner departementet at det er lite som tilsier at finanskrisen bør tillegges selvstendig vekt.

3.2 Saksbehandlingsfeil

Network Norway har i hovedsak trukket frem fire forhold som etter selskapets oppfatning medfører saksbehandlingsfeil fra tilsynets side. Selskapet anfører at det ikke er foretatt en helhetlig vurdering av om det er nødvendig med større asymmetri enn det Post- og teletilsynet legger opp til for å sikre at Norge får et tredje mobilnett som dekker mer enn de største byene i landet. Selskapet viser også til at tilsynet ikke har begrunnet hvordan Post- og teletilsynets egen analyse av de nasjonale markedsforhold virker inn på tilsynets konklusjon, herunder har tilsynet ikke drøftet om det er konflikt mellom målet om mer infrastrukturkonkurrans i det norske mobilmarkedet og målet om maksimum 50 prosent asymmetri mellom Telenor/NetCom og nye MNOer. Videre har Post- og teletilsynet etter Network Norways oppfatning ikke begrunnet hvordan forholdet mellom merinntekter og utbyggingskostnader har innvirket på fastsettelsen av pristaket. Endelig anføres det at markedsanalysen bygger på mangelfulle vurderinger og at tilsynet ikke har begrunnet hvorfor MNOer og MVNOer reguleres likt. Etter Network Norways oppfatning er tilsynets saksbehandling i strid med forvaltningsloven § 17, 1. ledd første setning og forvaltningsloven § 25.

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 resurser som er til rådighet og de faktiske muligheter som foreligger. Videre stiller forvaltningsloven § 25 krav til begrunnelsens innhold.

Departementet vil i det følgende vurdere om vedtaket er tilstrekkelige opplyst og begrunnet når det gjelder reguleringens virkning på et tredje mobilnett og målsettingen om symmetriske termineringspriser. Spørsmålet som må vurderes er om saksbehandlingen er i strid med forvaltningsloven § 17, 1. ledd, første setning og forvaltningsloven § 25.

Når det gjelder spørsmålet om tilsynet har foretatt en tilstrekkelig vurdering av reguleringens virkning på et tredje mobilnett, viser departementet til Post- og teletilsynets vedtak punkt 160. Her redegjør tilsynet for at situasjonen er spesiell for Norge med kun to landsdekkende mobilnett og at dette tilsier at det er viktig å legge til rette for etablering av nye mobilnett for derigjennom å oppnå større grad av infrastrukturbasert konkurranse på lengre sikt. Tilsynet mener at prisreguleringen i vedtaket fortsatt vil være en mild form for prisregulering (punkt 161). Maksimalprisene som nå fastsettes kan etter tilsynets oppfatning ikke anses å være effektive eller

kostnadsorienterte, men vil gi rom for avkastning utover normalavkastning i tråd med hva nye og små tilbydere ble forespeilet i vedtaket fra 2007. Videre redegjør tilsynet for at hensikten med mild regulering nettopp er å legge til rette for infrastrukturutbygging (punkt 162).

Ved brev til Post- og teletilsynet av 16. februar 2009 har Samferdselsdepartementet innhentet tilleggsinformasjon når det gjelder tilsynets vurderinger knyttet til at to av tilbyderne er i en nettinvesteringsfase. Tilsynet har i svar av 25. februar 2009 opplyst at tilsynet har innhentet beregninger av kostnadene knyttet til Mobile Norways nettutbygging frem til 2011 og at kostnadene er kvalitetssikret ved sammenligning med informasjon fra LRIC-modellen. I vedtaket punkt 178 har tilsynet redegjort for totalkostnaden knyttet til utbyggingsplanen. Tilsynet mener at beregningene viser at vedtaket innebærer en forholdsvis mild regulering av nettutbyggerne basert på beregnet fordel i perioden fra og med oktober 2007 til og med desember 2010 sammenlignet med NetComs nedtrappingsplan (punkt 177).

Dette viser etter Samferdselsdepartementets mening at Post- og teletilsynet i vedtaket har vurdert konsekvensene av reguleringen knyttet til målet om et tredje mobilnett. Departementet viser til at tilsynet har vurdert kostnadene ved investeringen og den fordel som nettutbyggerne oppnår ved reguleringen. Departementet er derfor av den oppfatning at tilsynet på tilstrekkelig måte har opplyst og begrunnet hvordan tilsynet mener at utbygging av det tredje nettet i Norge er hensyntatt i vedtaket. Departementet finner derfor at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven § 17, første ledd og forvaltningsloven § 25 knyttet til denne delen av vedtaket.

Når det gjelder spørsmålet om tilsynet har vurdert og begrunnet målet om maksimalt 50 prosent asymmetri innen 2010 tilstrekkelig, viser departementet til Post- og teletilsynets vurderinger i vedtakets kapittel 8.4.3.5. Her fremkommer det i punkt 155 at *"Prisreguleringen må balansere hensynet til at konkurransevidningen som følge av asymmetriske priser ikke skal bli for sterk, mot hensynet til at de små og nye tilbyderne fremdeles skal få en periode med mild regulering, for å legge til rette for økt konkurranse på nettverksnivå."* Videre vises til Post- og teletilsynets vurdering i punkt 156 der det fremkommer at det ikke er forholdsmessig eller rimelig å redusere termineringsprisene for de små og nye tilbyderne direkte ned til 50 prosent asymmetri. En reduksjon av prisene bør i henhold til Post- og teletilsynet gjøres trinnvis i løpet av vedtaksperioden. I punkt 158 skriver tilsynet at *"For at kravet til rimelig pris skal oppfylles, mener PT at termineringsprisene til små og nye tilbydere må reduseres ned mot 50 prosent asymmetri sammenlignet med prisene Telenor og NetCom vil ha i 2010."*

Departementet mener at ovenstående viser at tilsynet har begrunnet målet om 50 prosent asymmetri i 2010. Departementet mener dermed ikke at dette forholdet fører til at det foreligger saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven § 17 første ledd og forvaltningsloven § 25.

Når det gjelder anførselen om at Post- og teletilsynet ikke har begrunnet hvordan forholdet mellom merinntekter og utbyggingskostnader har innvirket på fastsettelsen av pristaket, viser departementet til at det fremgår av vedtaket hva som må anslås å være merinntekt for Network Norway som følge av reguleringen (punkt 193). Departementet er enig i at forholdets betydning i relasjon til fastsettelsen av pristaket ikke er eksplisitt forklart. Departementet mener likevel at de vurderingene i vedtaket som det er pekt på ovenfor, på tilstrekkelig måte belyser hva som ligger til grunn for reguleringen.

Når det gjelder Network Norways anførsel om feil beregning av markedsandeler som ifølge selskapet innebærer en saksbehandlingsfeil, vil departementet vise til sin vurdering i kapittel 3.9 hvor departementet sier seg uenig i at vedtaket baserer seg på feil beregninger av markedsandeler. Følgelig anser ikke departementet dette for å være en saksbehandlingsfeil, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd, første setning og § 25.

Endelig anfører Network Norway at det er en saksbehandlingsfeil når Post- og teletilsynet ikke begrunner hvorfor MNOer og MVNOer reguleres likt. Departementet viser til vurderingene nedenfor i kapittel 3.6, der det konkluderes med at vedtaket ikke legger opp til lik regulering. Departementet anser følgelig ikke manglende begrunnelse av dette forholdet å være en saksbehandlingsfeil, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd, første setning og § 25.

Departementet finner ikke at det foreligger saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven § 17, første ledd og § 25 på disse punktene.

Departementet vil i kapittel 3.12 nedenfor ta nærmere stilling til om tilsynets vurdering materielt sett er forholdsmessig og i tråd med formålsbestemmelsen i ekomloven.

3.3 Er reguleringen i strid med tidligere signaler?

Network Norway viser til at selskapet har basert sine planer og investeringer på de signaler som ble gitt overfor Tele2, og basert seg på at Post- og teletilsynet skulle tillate en periode med fritak fra effektive priser i 5-10 år. Selskapet anfører at Post- og teletilsynet har endret sitt regulatoriske hovedmål og virkemiddelbruk i strid med det som ble signalisert i varsel om vedtak i 2006 og vedtak 2007. Network Norway gir uttrykk for at de er enig med Tele2 i at tilsynet regulerer Tele2 langt strengere enn det myndigheten tidligere uttrykte de ville gjøre dersom Tele2 klatret på investeringsstigen. Network Norway mener at Post- og teletilsynet i tidligere vedtak ga uttrykk for at fritak fra krav om effektive priser innebærer å få beholde dagens termineringspris. Network Norway anfører at den vedtatte prisreguleringen setter utbyggingen av ny mobilinfrastruktur i fare.

Samferdselsdepartementet vil innledningsvis minne om at man ikke kan utlede rettsvirkninger av utkast til vedtak, og heller ikke av (deler av) vedtak som er opphevet.

Når dette er sagt mener departementet på samme måte som Network Norway, at det er viktig for tilbydere som velger å klatre på investeringsstigen, at dette skjer i et forutsigbart regulatorisk klima. Network Norway baserer seg på at de uttalelsene som Post- og teletilsynet i utkast til vedtak og tidligere vedtak (som er delvis opphevet) ga overfor Tele2 også ville gjelde for Network Norway, slik at selskapet ikke hadde grunn til å tro at de ville bli regulert på annen måte. Network Norway viser til utdrag fra varsel om vedtak i marked 16 fra 2006, og mener det fremkommer at selskapet kunne se for seg et fritak fra krav om effektive priser for de som bygger mobilnett i fem til sju år fra etablering. Videre viser Network Norway til vedtaket fra 2007 hvor det etter selskapets oppfatning fremkommer at prisreduksjoner først skulle skje 5-10 år etter etablering og mener tilsynet dermed utvider fredningstiden med fritak for prisreduksjoner.

Departementet har ikke den samme forståelsen som Network Norway når det gjelder tilsynets uttalelser i varsel om vedtak fra 2006 og vedtak fra 2007 knyttet til lengden av fredningsperioden. Det vises til at Tele2 valgte å klatre på investeringsstigen, og dermed fikk en ny periode med lettere regulering i form av rimelige priser, slik det fremgår av varsel om vedtak fra 2006. Det påklagede vedtaket som pålegger selskapet å sette ned prisen til NOK 0,75 er ikke en regulering ned til effektivt nivå, men en presisering av hva Post- og teletilsynet anser som rimelig pris forholdene tatt i betraktning. Departementet mener at det er gode grunner for å presisere hva som må anses som rimelig pris og at dette har støtte i regelverket. Videre mener departementet at henvisning til "rimelig pris" ikke nødvendigvis samsvarer med unntak fra prisreduksjoner. Departementet mener at det ikke er riktig tolking av varsel om vedtak og vedtak fra 2007 at MNOer kunne forutsette en periode på 5-10 år uten noen form for prisreduksjoner.

Departementet finner på bakgrunn av ovenstående at det ikke er grunnlag for å tolke Post- og teletilsynets uttalelser i tidligere vedtak på den måten som Tele2 og Network Norway anfører. Departementet kan dermed ikke se at Post- og teletilsynet i vedtaket fra 2008 har endret det regulatoriske hovedmålet for reguleringen av marked 16. Når det gjelder anførselen om at den vedtatte prisreguleringen setter utbyggingen av mobilinfrastruktur i fare, vises til departementets vurdering under i kapittel 3.13.

3.4 Vektlegging av europeisk harmonisering og symmetri

Network Norway anfører at Post- og teletilsynet har anvendt EU-kommisjonens utkast til en ikke-bindende anbefaling (Draft Recommendation og Explanatory Note) og ERG's Common Position on symmetry of fixed calls termination rates and on symmetry of mobile call termination rates (ERGs CP) bokstavelig uten å vurdere virkningene av å pålegge tilbyderne symmetri i det norske mobilmarkedet. Det anføres videre at Post- og

teletilsynet anvender ERGs prinsipper ut fra feil forutsetninger og at ERG åpner for nasjonale avvik som Post- og teletilsynet ikke synes å ha vurdert fullt ut. Network Norway anfører at ERG gir uttrykk for et viktig poeng, nemlig at asymmetriske priser stimulerer til markedsinntreden og bidrar til dynamisk effektivitet og konkurranse, det vil si bærekraftig konkurranse på lang sikt. Network Norway mener norske ekommyndigheter bør benytte seg av dette virkemidlet ut fra en vurdering av nasjonale forhold og ikke blindt se hen til praktiseringen i EU hvor markedsforholdene er annerledes. Network Norway anfører at det er åpenbart at vilkårene for at det fortsatt kan benyttes asymmetriske termineringspriser er oppfylt i Norge.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at EU-kommisjonens utkast til anbefaling om regulering av termineringspriser ble vedtatt av kommisjonen den 7. mai 2009 og derfor nå foreligger i sin endelige form.

Post- og teletilsynet har behandlet spørsmålet om harmonisering i vedtakets kapittel 8.4.3.3. Det fremgår av punkt 146 at Post- og teletilsynet tar EU-kommisjonens utkast til anbefaling til etterretning, men at prisreguleringen i det nye vedtaket følger av hovedvedtaket fra 8. mai 2007. Post- og teletilsynet opplyser at utkast til anbefaling ikke alene har vært styrende for prisreguleringen. Signalene som tidligere er gitt om en forholdsvis rask nedtrapping til effektiv pris etter perioden med rimelig pris, forsterkes imidlertid som følge av at Post- og teletilsynet anser det sannsynlig basert på utkast til anbefaling, at det vil komme EØS-føringer om symmetriske termineringspriser.

Departementet har ingen foranledning til å trekke Post- og teletilsynets informasjon i tvil på dette punkt, og er på denne bakgrunn ikke enig i at EU-kommisjonens utkast til anbefaling slik det forelå kan anses å ha vært avgjørende for reguleringen. At Post- og teletilsynet opplyser om hvilke signaler EU-kommisjonen er kommet med og som kan få en viss innvirkning på fremtidig regulering (herunder forsterker Post- og teletilsynets tidligere signaler) kan etter departementets oppfatning neppe være feil.

Departementet viser videre til kapittel 2.3 for omtale av ERG og den formelle betydningen av ERGs arbeid og utredninger. ERGs CP gir en klar oppfordring til tilsynsmyndighetene om at symmetri på termineringspriser er et mål, og at asymmetri kun skal tillates dersom visse vilkår er oppfylt (jf. kostnadsulikheter, sen markedsinntreden). Dokumentet setter imidlertid ingen krav til 50 prosent asymmetri verken som startpunkt eller slutt punkt for en overgangsperiode med asymmetriske termineringspriser. Tilsynet skriver i sin oversendelse av Network Norways klage at styringsmålet på 50 prosent asymmetri i 2010 ikke er basert på ERGs CP, men er satt etter en avveining av flere ulike hensyn. Det er departementets oppfatning at Post- og teletilsynet ikke ensidig har lagt til grunn ERGs dokumenter eller Kommisjonens utkast til anbefaling.

Ekkommyndigheten skal vurdere nasjonale forhold og vurdere vilkårene for å tillate asymmetri. Network Norway anfører at vilkårene for at det fortsatt kan benyttes asymmetriske termineringspriser er oppfylt i Norge, noe departementet er enig i. Det vises til 3.13 for ytterligere drøfting av dette.

Departementet viser til at det er spesielle forhold i Norge som gjør det naturlig å ha et annet reguleringsutgangspunkt og en annen nedtrappingsplan for asymmetri enn andre land i Europa. Markeder som fungerer ulikt bør ikke reguleres likt. Det er departementets oppfatning at Post- og teletilsynet har lagt dette til grunn når de tillater høyere asymmetri enn det som er vanlig ellers i Europa, med begrunnelse i at det i Norge bare er to landsdekkende mobilnett.

Når det gjelder Network Norways anførsel om at ERG gir uttrykk for at asymmetriske priser stimulerer til markedsinntreden og bidrar til dynamisk effektivitet og konkurranse, vil departementet påpeke at ERG ikke skriver *at* asymmetriske priser stimulerer til markedsinntreden og bidrar til dynamisk effektivitet og konkurranse, men at asymmetriske priser *potensielt* bidrar til dette. Det er med andre ord ikke gitt at asymmetri bidrar til å bedre konkurransen – det er etter departementets syn noe som bør vurderes nasjonalt. Post- og teletilsynet skriver i vedtaket at asymmetriske priser til en viss grad kan være ønskelig for å legge til rette for at nye tilbydere skal få etablere seg i markedet. Det vises i den forbindelse til ERGs CP side 82 hvor det argumenteres for at asymmetriske priser kan være hensiktsmessig i enkelte tilfeller. Post- og teletilsynet viser imidlertid videre til at for høy asymmetri eller asymmetri over en for lang periode kan medføre uheldig konkurransevridning og i ytterste konsekvens ineffektiv etablering og drift. Det konkluderes med at de uheldige konsekvensene av økt asymmetri, samt anbefalingen fra ERG, taler for å redusere de små og nye tilbydernes termineringspriser. Departementet mener Post- og teletilsynet på tilstrekkelig måte har drøftet om asymmetri kan bidra til økt konkurranse, og mener at det er denne vurderingen som ligger til grunn for vedtaket.

3.5 Vurdering av ”third mover disadvantages”

Network Norway og Tele2 har i fellesskap fått utarbeidet en rapport ”*Do first-mover advantages call for asymmetric regulation in the Norwegian mobile market?*” av Øystein Foros og Frode Steen ved Norges Handelshøyskole. Rapporten gir uttrykk for at det er en større ulempe for Network Norway og Tele2 å være den tredje som bygger et landsdekkende nett enn det var for NetCom å være nummer to. Forfatterne mener dette vil gi seg utslag i ulik lønnsomhet selv om den tredje tilbyderen skulle være minst like effektiv som de eksisterende nettselskapene.

Samferdselsdepartementet kan ikke se at Network Norway anfører hvilken virkning dette har på vedtaket, men legger til grunn at selskapet på samme måte som Tele2 mener at rapporten belyser helt grunnleggende forhold ved det norske mobilmarkedet

som Post- og teletilsynet ikke har vurdert eller hensyntatt på en god nok måte. Departementet vil derfor i det følgende vurdere om det foreligger en mangel ved vedtaket.

Når det gjelder fordelene ved å være blant de første i markedet som bygger landsdekkende nett har departementet i vedtak av 13. februar 2008 (overfor Telenor) i kapittel 4.2.3 redegjort for at det kan være hensiktsmessig å gi små eller nye aktører mer lempelige vilkår en tid for å skape etablering i markedet og oppnå bærekraftig konkurranse. Dette grunnis ut i fra følgende betraktning:

"Det vises her til at det må legges til grunn at det finnes såkalte "first-mover advantages" på mobilmarkedet. Det er betydelige fordeler å etablere seg i markedet hvor for eksempel mobilpenetreringsraten er lav. Videre mener departementet at selv om det kan være ineffektivt med asymmetri i en periode på kort sikt ved for eksempel høyere priser til sluttbrukerne, kan dette oppveies av gevinster på lang sikt ved at man får økt konkurranse i mobilmarkedet."

Departementet viser videre til Post- og teletilsynets oppsummering av høringssvar i kapittel 3.6.3 og finner at tilsynets drøftelse av denne problemstillingen er tilstrekkelig.

Departementet er enig i at det må tillegges betydning at Telenor og NetCom har hatt fordeler av å etablere seg først i dette markedet, men mener at tilsynet i sin behandling har vist til at de har sett problemstillingen og at dette er en av årsakene til at de fastsetter en asymmetrisk termineringspris til fordel for nye nettutbyggere.

Når det gjelder eksistensen av en mulig ulempe for en tredje nettilbyder, mener departementet at dette uansett ikke er noe reguleringen i marked 16 alene kan rette opp i. Det er Samferdselsdepartementets oppfatning at reguleringen i marked 16, eventuelt i kombinasjon med marked 15, kan gi investeringsinsentiver til å bygge et tredje nett gjennom bedre vilkår i en overgangsperiode. 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 utbygging kan sikres.

Følgelig foreligger det etter departementets oppfatning ingen mangel ved vedtaket på dette punkt fordi tilsynet forutsetningsvis har foretatt tilstrekkelig vurdering av fordelene ved å være nummer to fremfor nummer tre som bygger landsdekkende nett. Departementet kommer tilbake i kapittel 3.13.2 av hvilken betydning kostnadsulempene som følge av sen markedsinntreden har på vurderingen av merinntekten som oppnås med høyere termineringspris.

3.6 Er det usaklig forskjellsbehandling når Network Norway reguleres likt med MVNOer?

Network Norway anfører at vedtakets likebehandling av MNOer og MVNOer er i strid med de signaler som tidligere er gitt av Samferdselsdepartementet og Post- og teletilsynet. Når MVNOer og MNOer blir pålagt samme pristak frem til 31. desember 2010 oppstår en usaklig forskjellsbehandling som også er i strid med lovens formål ettersom Post- og teletilsynet gir MVNOer anledning til å få samme merinntekt (gitt at volumet er likt) som MNOer i reguleringsperioden for vedtaket. Selskapet antar at Post- og teletilsynet mener det er en sammenheng mellom pristakets nivå og hva merinntektene brukes til. Mens MNOer benytter merinntektene til bygging av nett, kan MVNOer benytte merinntektene til kundeakkvisisjon. Gitt at merinntektene fra asymmetriske termineringspriser er like stor, er det ifølge Network Norway åpenbart at dette skaper en konkurranseulempet for MNOer dersom pristaket fastsettes på samme nivå. Vedtaket stimulerer videre til tjenestekonkurranse i stedet for infrastrukturkonkurranse. De langsiktige konsekvensene for forbrukerne er som følge av dette negative. Selskapet mener videre at likebehandlingen av MNOer og MVNOer er i strid med kravet om at særskilte forpliktelser skal være ikke-diskriminerende, jf. ekomloven § 3-4.

Samferdselsdepartementet viser til kapittel 3.13 for departementets vurdering av egnet regulering for tilbydere som bygger nytt nett, og at det ikke foreligger noen likestilling mellom tilbydere som bygger nytt nett og MVNOer.

3.7 Er feil reguleringsprinsipp lagt til grunn?

Network Norway mener sammenhengen mellom marked 15 og 16 gjør at det reguleringsprinsippet som støtter opp under overgangen til et marked med bærekraftig nettverkskonkurranse, nemlig reguleringsprinsipp 3, også må gjelde for marked 16. Selskapet mener Post- og teletilsynet ikke har foretatt de riktige vurderingene ved valg av virkemiddel siden de har basert reguleringen på feil prinsipp.

Samferdselsdepartementet mener på generelt grunnlag at er riktig å regulere termineringsmarkedene etter reguleringsprinsipp 2 (forbrukerinteresser skal ivaretas fordi duplisering av infrastruktur ikke vil avhjelpe konkurranseproblemene). Slik terminering fungerer i Norge, og de fleste andre Europeiske land ("calling party pays" det vil si at den oppringende part betaler for terminering), har hver tilbyder et de facto monopol på sin termineringstjeneste som gjør at ingen tilbyder har insentiver til å redusere sin termineringspris. Det er derfor nødvendig å regulere denne prisen, og dette gjøres i marked 16. Marked 15 reguleres etter reguleringsprinsipp 3 (duplisering av infrastruktur er sannsynlig). I Norge er det nødvendig å se reguleringen av marked 15 og marked 16 i sammenheng. Dette er fordi termineringsinntektene utgjør en vesentlig del av inntekten til tilbydere. Å tillate en mildere regulering i marked 16 i en

begrenset periode kan derfor føre til mer konkurranse i marked 15 som igjen kan føre til lavere sluttbrukerpriser.

Departementet er ikke enig med Network Norway i at Post- og teletilsynet har basert reguleringen på feil prinsipp. Tilsynet har etter departementets oppfatning i kapittel 5 i vedtaket foretatt en balansert vurdering av forholdet mellom marked 15 og marked 16, og synliggjort at man ikke kan se virkemiddelbruken isolert i marked 16. Det fremgår videre av samme kapittel at konkurranseproblemene i termineringsmarkedene ikke vil avhjelpes av konkurrerende infrastruktur.

3.8 Balansen mellom marked 15 og marked 16 forskyves

Network Norway anfører at balansen mellom markedene blir vesentlig endret. Når Post- og teletilsynet viser til at reduserte termineringsinntekter medfører en prisklemme dersom ikke prisen for nasjonal roaming samtidig reduseres, mener selskapet at en lavere tilgangspris i marked 15 gir lavere insentiver til å bygge eget nett. Reduksjon av tilgangsprisene vil gi klare insentiver til å fortsette å leie kapasitet i Telenors og NetComs nett.

Samferdselsdepartementet viser til at marked 15 er tatt ut i den nye listen over relevante markeder som skal vurderes for regulering under ekomregelverket. Departementet ga uttalelse til ESA i forbindelse med høring av den nye listen over predefinerte markeder. Om konkurransen i markedet uttaler departementet i brev 16. juli 2008 til EFTA Surveillance Authority, at "[...] *the competition in Market 15 in Norway does not tend to approach an effective level in neither the short nor the medium term.*" Det fremgår av uttalelsen at det er åpenbart at Norges spesielle situasjon med bare to landsdekkende nett gjør at det fortsatt vil være et større reguleringsbehov her enn i andre land med flere nett. Departementet mener derfor at fortsatt regulering av marked 15 bør vurderes, selv om dette markedet nå ikke lenger fremgår av listen over forhåndsdefinerte markeder. Før eventuell videre regulering kan vedtas må det imidlertid forutsettes at gjennomføring av en full tre-kriterietest viser at markedet kvalifiserer til sektorspesifikk ex ante regulering.

I vedtak 13. februar 2008 i marked 16 (overfor Telenor), omtaler departementet balansen mellom marked 15 og 16 i kapittel 4.2.2:

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

Samferdselsdepartementet mener fortsatt at reguleringen av markedene for terminering og originering i mobilnett må ses i sammenheng. På den ene siden skal konkurranseproblemene avhjelpes i det enkelte marked isolert sett, på den andre siden må de valgte virkemidlene samordnes og ikke motvirke hverandre.

Samferdselsdepartementet er opptatt av at balansen mellom reguleringen i marked 15 og 16 gir de rette investeringsinsentiver til nye nettutbyggere for å investere i nett. På samme måte som de nye nettutbyggerne anfører, mener departementet at høye termineringspriser vil øke insentivene til å bygge eget nett. Departementet mener imidlertid at perioden med høye termineringspriser må ha begrenset varighet, noe som omtales nærmere i kapittel 3.13.

Departementet ser også at balansen mellom tilgangsprisene i marked 15 og termineringsprisene i marked 16 vil påvirke lønnsomhetsbetraktningen knyttet til å eie eller leie mobilnett. I den grad det er ønskelig med et tredje nett, kan termineringspriser som overstiger effektiv pris i en begrenset periode være et mulig virkemiddel for å oppnå dette.

3.9 Beregning av markedsandeler

Network Norway er uenig i den måten Post- og teletilsynet har beregnet markedsandeler på fordi tilsynet ikke tar hensyn til at Telenor og NetCom får inntekter i form av MVNO-inntekter og inntekter fra nasjonal roaming for hvert minutt som terminerer hos utfordrerne i det norske markedet. Network Norway mener derfor at markedsandelene må justeres for grossistinntekter.

Samferdselsdepartementet viser til at det følger av markedsdefinisjonen for markedene for terminering av samtaler i individuelle mobilnett at det kun er én tilbyder i det enkelte markedet. Med andre ord har samtlige aktører monopolstilling i sitt relevante marked. Det er dette som danner grunnlaget for reguleringene av markedet, og markedsandeler i totalmarkedet for terminering er således av liten betydning. Det vises for øvrig til at Post- og teletilsynet har vurdert forholdet i oppsummeringen av høringen på side 4, der tilsynet skriver at oversikten over de enkelte tilbydernes markedsandeler i et tenkt totalmarked kun gir bakgrunnsinformasjon til vedtaket. Videre skriver tilsynet at alternative måter å beregne markedsandelene på verken ville ha endret tilbydernes status som tilbydere med sterk markedsstilling eller virkemiddelbruken. Departementet er enig i dette og legger til grunn at vedtaket ikke er basert på feil beregning av markedsandeler.

3.10 Er kjøpermakten til Telenor større enn tilsynet antar?

Network Norway anfører at tilsynet ikke i tilstrekkelig grad har utredet kjøpermakt ved vurderingen av om et selskap har sterk markedsstilling. Network Norway mener at tilsynet ikke har vurdert visse potensielle taktiske trekk som NetCom og Telenor har insentiv og mulighet til å foreta.

Network Norway hevder videre at selskapets manglende prisreduksjon først og fremst skyldes at det ikke har vært økonomisk grunnlag for reduksjon i termineringspris med de utbyggingsplaner som foreligger. Manglende prisreduksjon kan derfor ifølge Network Norway ikke tas til inntekt for at Telenors eventuelle kjøpermakt ikke i tilstrekkelig grad virker disiplinerende på selskapets fastsettelse av egne termineringspriser.

Samferdselsdepartementet viser til at Network Norway anførsler på dette punkt behandles i markedsanalysens kapittel 3.2.4 der Post- og teletilsynet foretar en omfattende vurdering av markedsrett på etterspørselssiden. Sentrale momenter i Network Norways anførsel blir belyst og vurdert i tilsynets behandling. Det vises til at Post- og teletilsynet i markedsanalysen konkluderer med *"at den kjøpermakt Telenor utøver overfor de analyserte tilbyderne ikke er tilstrekkelig effektiv til å endre presumpsjonen om at tilbyderne har sterk markedsstilling i markedet for terminering av tale i eget mobilnett."* Departementet er for så vidt ikke uenig i Network Norways vurdering om at Telenor og NetCom har større kjøpermakt enn en liten aktør, og ser at Telenor til en viss grad utøver kjøpermakt overfor de andre tilbyderne. Departementet vurderer imidlertid ikke at de forhold Network Norway har påpekt gir grunn til en endret konklusjon når det gjelder at Network Norway har sterk markedsstilling i mobiltermineringsmarkedet.

3.11 Absolutt og relativ asymmetri

Network Norway anfører at det er feil å legge til grunn en relativ symmetri på 50 prosent slik de mener Post- og teletilsynet har gjort. Dersom pristaket skal legges i forhold til NetCom og Telenor Mobils priser, mener Network Norway at asymmetrien skal regnes i absolutte og ikke relative størrelser. I rapporten *"Hvorfor og hvordan sikre utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge?"* av Foros og Steen finner Network Norway støtte for sitt syn. I rapporten står det blant annet at *"I forhold til investeringsincitamentene for utbyggerne av et tredje mobilnett er imidlertid det absolutte nivået på asymmetrien svært avgjørende."*

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at tilsynet har sett på den absolutte forskjellen mellom termineringsprisene når de små tilbydernes pristak er fastsatt, ikke de relative forskjellene i termineringsprisene. Den relative forskjellen er derimot trukket frem med referanse til ERGs undersøkelse der kun et fåtall tilbydere i Europa

tillates å ha en termineringspris som er mer enn 50 prosent høyere enn laveste termineringspris i de respektive land.

3.12 Forholdsmessighet

3.12.1 Generelt om forholdsmessighet

Network Norway anfører at Post- og teletilsynet ikke har hjemmel til å pålegge de særskilte forpliktelser som er pålagt selskapet, fordi pristaket er i strid med ekomlovens formål i § 1-1. Network Norway mener at en streng prisregulering av små aktører på dette stadiet innebærer høyere etableringsbarrierer for nye nettverkstilbydere. Inntektsbortfallet som følge av reduserte termineringspriser vil virke negativt inn på insentivene til å bygge infrastruktur. Videre vil muligheten til å utfordre duopolet og skape bærekraftig konkurranse i det norske mobilmarkedet svekkes. Post- og teletilsynets vedtak vil etter selskapets oppfatning redusere konkurransen i mobilmarkedet både på kort og lang sikt, og vil motvirke ekomlovens formålsbestemmelse om bærekraftig konkurranse. Videre er vedtaket etter Network Norways syn direkte formålsstridig fordi det reduserer muligheten til å oppnå de tilsiktede velferdsgevinstene for forbrukerne som dynamisk effektivitet gir på lengre sikt.

Network Norway anfører på dette grunnlag at vedtaket ikke er forholdsmessig og at det er i strid med ekomloven § 3-4, tredje ledd.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til ekomloven § 3-4, tredje ledd som slår fast at plikter som pålegges tilbyder med sterk markedsstilling må være "egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet.". Dette er et direkte utslag av forholdsmessighetsprinsippet, og det fremgår av Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 100, at:

"Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige [...] 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. [...] hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som skal pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd."

Det følger av dette at virkemiddel som myndigheten pålegger i medhold av § 4-9 jf. § 3-4 er underlagt et krav til forholdsmessighet. Forholdsmessighetsprinsippet står for øvrig sentralt i EU-retten, og er utviklet gjennom EF-domstolens praksis. Prinsippet gjelder tilsvarende i EØS-retten gjennom EØS-avtalen artikkel 6.

Forholdsmessighetsprinsippet gir anvisning på tre krav. For det første må forpliktelsen den aktuelle aktøren pålegges være egnet til å ivareta formålet som forpliktelsen forfølger. Vurderingstemaet er om forpliktelsen må kunne antas å ha den virkning at formålet med den oppnås. For det andre stiller forholdsmessighetsprinsippet krav om at forpliktelsen ikke skal gå utover det som er nødvendig for å ivareta formålet i det enkelte tilfelle. Dersom det finnes to eller flere alternative forpliktelser som like effektivt kan avhjelpe det aktuelle konkurranseproblem og gi den ønskede virkning, må man velge det alternativ som er minst tyngende for den aktøren som forpliktelsen retter seg mot. For det tredje må den pålagte forpliktelsen være forholdsmessig i snever forstand. Dette innebærer at virkemiddelet ikke må være uforholdsmessig tyngende for den aktøren som reguleres sett i forhold til de samfunnsøkonomiske fordelene myndigheten ønsker å oppnå ved bruk av det.

I forholdsmessighetsvurderingen er det nødvendig å innta en vurdering av ekomlovens formål som er uttrykt i ekomloven § 1-1 og redegjort for innledningsvis i kapittel 2.1. Formålsbestemmelsen innebærer at prisregulering må være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse i markedet, for derigjennom å bidra til samfunnsøkonomisk gevinst og best mulig allokering av samfunnets ressurser til fordel for forbrukerne. Ved avveining av ulike hensyn står hensynet til brukerne sentralt, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 84.

I det følgende vil departementet vurdere om den vedtatte prisregulering som pålegges i medhold av ekomloven § 3-4 jf. § 4-9 oppfyller kravet til forholdsmessighet i § 3-4 tredje ledd herunder om reguleringen er i overensstemmelse med formålsbestemmelsen i ekomloven § 1-1.

3.12.2 Egnethet

Departementet viser til at det i tidligere vedtak i marked 16, blant annet departementets vedtak av 13. februar 2008, er fastslått at overprising er et stort konkurranseproblem i mobiltermineringsmarkedet. Etter departementets syn kan høye termineringspriser føre til betydelige effektivitets- og velferdstap, noe som ikke er ønskelig med hensyn til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Videre kan overprising være til hinder for nyetablering i de norske markedene for elektronisk kommunikasjon, og på sikt føre til uheldige konkurransevridninger i det totale mobilmarkedet.

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at prisregulering som sådan er et egnet virkemiddel for å bøte på konkurranseproblemet som overpris innebærer i marked 16, for derigjennom å gi samfunnsøkonomiske gevinster til fordel for forbrukerne. Departementet mener den vedtatte prisregulering fører til stort inntektsbortfall i en kritisk periode for de nye nettutbyggerne, og at det derfor kan stilles spørsmål ved om

reguleringen i tilstrekkelig grad bidrar til oppnåelse av de telepolitiske mål, jf kapittel 3.13.

3.12.3 Nødvendighet

Departementet viser til tilsynets vurdering om at det ikke finnes et fullgodt alternativt virkemiddel til å bøte på konkurranseproblemene som følger av overprising. Det må etter departementets oppfatning kunne legges til grunn at regulering i form av standardtilbud, offentliggjøring og ikke-diskriminering ikke vil bøte fullt ut på konkurranseproblemer i et marked, der prisen er den viktigste parameteren. Prisregulering som sådan er etter departementets oppfatning nødvendig for å oppnå bærekraftig konkurranse, for derigjennom å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser til fordel for forbrukerne. Departementet mener imidlertid at den pålagte prisregulering ikke i tilstrekkelig grad legger til rette for utbygging av et tredje konkurrerende nett, jf. kapittel 3.13.

3.12.4 Forholdsmessighet i snever forstand

Spørsmålet om prisforpliktelsen som Network Norway pålegges i vedtaket er forholdsmessig i snever forstand, beror på en avveining av hensynet til å oppnå en bærekraftig konkurranse til fordel for forbrukerne mot de ulemper prisreguleringen vil medføre for Network Norway som reguleres.

Antatte virkninger på forbrukerne

Når det gjelder effekten for sluttbrukerne i markedet ved regulering av termineringsprisene vil utgangspunktet være at reduserte termineringspriser på generelt grunnlag kan føre til reduserte sluttbrukerpriser. Det vises til at det tidligere er lagt til grunn at prisreguleringen på noe sikt vil føre til effektiv bruk av ressursene og økt forbrukervelferd. I hvor stort omfang reduserte termineringspriser slår ut på sluttbrukerprisene er imidlertid forbundet med noen grad av usikkerhet, fordi tilbyderne (på kort sikt) kan velge å rebalansere sine sluttbrukerpriser for å kompensere for deler av inntektsbortfallet på termineringssiden.

Til tross for at rebalansering kan medføre høyere sluttbrukerpriser for egne sluttkunder på kort sikt, vil forholdet innebære at det i større grad blir tilbydernes egne sluttkunder som genererer inntekter til sin egen tilbyders virksomhet. Man går bort fra en situasjon hvor det er andre tilbydernes kunder som genererer store deler av inntektene. Denne situasjonen er etter departementets syn for det første langt sunnere for sluttbrukerne som får større kontroll over egne kostnader, og for det andre sunnere i en ren samfunnsøkonomisk forstand fordi tilbyderne vil måtte få inntekter fra egne kunder i stedet for andres kunder. Dette vil gi en mer samfunnsøkonomisk effektiv prissetting ved at tjenestene i større grad blir prissatt etter hva de underliggende kostnadene tilsier. For eksempel vil sluttkunder i fastnett og sluttkunder hos de

etablerte mobiltilbyderne i mindre grad "subsidiere" lave sluttbrukerpriser for kunder hos de små og nye mobiltilbyderne.

Antatt virkning for Network Norway

Gevinsten for forbrukerne ved prisreguleringen motsvares av reduserte fremtidige inntekter for Network Norway. Regulering av termineringsprisene vil kunne føre til forholdsvis store reduksjoner i inntektene fra terminering. Post- og teletilsynet skriver i vedtaket punkt 255 at de ikke har tallfestet konsekvensene for Network Norway. Tilsynet viser til at det er vanskelig å fastslå nøyaktige størrelser for virkningene på grunn av mangel på tall og store endringer i trafikkvolum fra år til år. Departementet er enig i at det kan være vanskelig å tallfeste det eksakte tapet for Network Norway som følge av reduserte termineringsinntekter. Departementet legger likevel til grunn at selskapet påføres et ikke ubetydelig inntektsbortfall som også må sees i sammenheng med at Network Norway er i en oppstartfase med høye kostnader knyttet til investering i infrastruktur.

Antatt virkning på konkurransen i markedet

Når det gjelder hensynet til den øvrige konkurransen i markedet mener departementet at høye termineringspriser på generelt grunnlag kan virke som en etableringshindring for nye og mindre aktører på markedet. Samtidig kan manglende regulering av termineringsprisene for små og nye aktører føre til ineffektiv etablering i markedet. Det vises til departementets vurderinger i beslutning av 14. januar 2009 side 5 i saken om ikke å gi utsatt iverksetting av tilsynets vedtak.

Samferdselsdepartementet viser til at det påklagede vedtaket fører til reduserte inntekter hos nye og mindre aktører samtidig som dette fører til reduserte utgifter hos etablerte tilbydere. Det vises i den forbindelse til målet om økt infrastrukturkonkurranse. Det fremgår blant annet av Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 26, at *"det bør være muligheter for etablering av flere større aktører enn de vi ser i dag"*. Departementet mener derfor det er risiko for at konkurranseevnen til de nye nettverkstilbyderne svekkes på en uforholdsmessig måte som følge av prisreguleringen. Dette vil være uheldig for konkurransen i markedet.

Interesseavveining

Selv om prisreguleringen av Network Norway vil redusere selskapets inntjening, må dette inntektstapet avveies mot de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene som prisreguleringen gir på kort og lang sikt. Det vises til Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 84, der det uttales 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."*

Departementet mener derfor at selv om de vedtatte asymmetriske termineringsprisene er forbundet med et samfunnsøkonomisk tap på kort sikt vil den dynamiske effekten og

gevinsten på lengre sikt kunne oppveie for dette. Det vises til departementets vurdering nedenfor i kapittel 3.13.

Når det gjelder effekt for sluttbrukerne i markedet ved regulering av termineringsprisene, har departementet ovenfor lagt til grunn at reduksjoner i termineringspriser på sikt må antas å føre til lavere sluttbrukerpriser. Prisreguleringen ivaretar således hensynet til forbrukerinteressene gjennom rimelige sluttbrukerpriser. Videre legges det til rette for mer samfunnsøkonomisk effektiv prissetting ved at tjenestene i større grad blir priset etter hva de underliggende kostnadene tilsier.

3.12.1 Sammenfatning

Departementet mener at den vedtatte prisreguleringen av Network Norway er særlig tyngende sett i lys av de tunge infrastrukturinvesteringene selskapet står overfor. I tillegg har departementet lagt noe vekt på at selskapet må antas å ha kostnadsulemper som følge av sen markedsinntreden, jf. 3.5. Basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering finner departementet at den vedtatte prisreguleringen innebærer ulemper for de nye nettutbyggerne som ikke står i forhold til det som ønskes oppnådd. Dette mener departementet fordi den vedtatte reguleringen kan føre til for store reduksjoner i termineringsinntektene for de nye nettutbyggerne som igjen kan true oppnåelsen av målet om et tredje konkurransedyktig mobilnett i Norge. Samferdselsdepartementet vil derfor i det følgende vurdere hvilken pristaksregulering og glidebane som bør gjelde for Network Norway for å bidra til at ekomlovens overordnede formål nås best mulig, jf. § 1-1.

3.13 Prisregulering av Network Norway

3.13.1 Samfunnsøkonomisk lønnsomt med et tredje nett

Samferdselsdepartementet viser til det telepolitiske målet om rimelige og fremtidsrettede tjenester, jf. kapittel 2.1. Virkemiddelet for å nå dette målet er bærekraftig konkurranse og det tredje nettet er viktig for å oppnå bærekraftig konkurranse. Samferdselsdepartementet mener derfor det er viktig for utviklingen i det norske mobilmarkedet at det etableres et tredje nett som kan være en fullverdig konkurrent til dagens to nettilbydere. Målet om å få etablert et tredje konkurrerende nett har lenge vært sentralt i norsk mobilregulering. Samferdselsdepartementet har gjennom utlysning av ledige frekvensressurser signalisert et sterkt ønske om å få etablert flere mobilnett for å styrke konkurranse og innovasjon i det norske markedet. I brev 9. september 2008 til Kommisjonen vedrørende regulering av termineringspriser uttalte departementet:

“Norway is one of the few countries in Europe where the mobile market is dominated by only two network operators. Furthermore it can be argued that the

geography and topography in Norway, makes it a high-cost country to serve when its landmass is compared to its total population. It is important for the Norwegian authorities that the mobile market, over time, can develop a sustainable third network operator to form a competitive market to the benefit of all users."

For å få til byggingen av et tredje nett, er det viktig at det stimuleres til utbygging slik at dekningsgraden fremstår som tilstrekkelig for å få bærekraftig konkurranse. Mobile Norway er i sin frekvenstillatelse pålagt å bygge ut 40 prosent av befolkningen i Norge. Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at dette er for lite til å være en fullverdig konkurrent til dagens to landsdekkende nett. Departementet støtter derfor Post- og teletilsynets tilnærming med en asymmetrisk regulering av termineringsprisene for å bidra til bygging av et fullverdig tredje nett.

Departementet legger til grunn at netttutbyggernes forretningsplaner er basert på en kommersiell vurdering av hva som er optimal utbyggingsgrad med henblikk på etablering av et konkurransedyktig tredje mobilnett. Departementet anser utbyggingsgraden som er lagt til grunn i forretningsplanen til Mobile Norway (oversendt ved brev av 26. september 2007) som tilstrekkelig for å oppnå riktig balanse mellom egenproduksjon og leie av kapasitet hos andre tilbydere ved nasjonal roaming. Departementet har informasjon om at byggingen 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.

Samferdselsdepartementet ser imidlertid at det kan være samfunnsøkonomiske kostnader knyttet til en mer lempelig regulering av tilbyderne som bygger nye nett, og at det ikke bør gjennomføres dersom det totalt sett gir et samfunnsøkonomisk tap. På kort sikt vil det oppstå et tap på grunn av at de små tilbyderne tillates å sette en pris som ikke er effektiv. En vurdering knyttet til dette tapet fremkommer av departementets vedtak i marked 16 i denne runde overfor Telenor, hvor Samferdselsdepartementet kommer frem til at tapet trolig vil ligge rundt eller i underkant av NOK 200 millioner i perioden fra juli 2008 til desember 2010. Samferdselsdepartementets beregninger er basert på notat R&I N 13/2008 vedlagt Telenors, med enkelte endringer i forutsetningene.

Det kortsiktige økonomiske tapet knyttet til asymmetriske termineringspriser, må veies opp mot den langsiktige gevinsten av å få et fullverdig tredje nett. Gevinsten er vanskelig å tallfeste. Den består i økt konkurranse, både i sluttbrukermarkedet og i grossistmarkedet. Videre legges det til grunn at et tredje nett vil bidra til økt innovasjon og produktutvikling.

Departementet har foretatt følgende beregning av gevinsten ved et tredje nett: I 2007 var trafikken i mobilnettene 9284 millioner minutter og det ble sendt 5792 millioner SMSer og 116 millioner MMSer. Dersom effekten av et tredje nett er at bruken av

mobil tjenestene blir billigere, og man forutsetter at prisen på trafikkminutter, SMS og MMS reduseres med 1 øre, vil dette gi en gevinst på nær NOK 152 millioner hvert år (basert på trafikk tall fra 2007). Hvis man neddiskonterer dette med en rente på 5 prosent (rentesatsen er basert på 5 års statsobligasjoner i januar (risikofri rente) pluss et risikotillegg på 2 prosent, jf. Finansdepartementets rundskriv R109/2005) over en uendelig tidshorisont, vil gevinsten være på i overkant av NOK 3 milliarder. Det vil ta under to år før forbrukergevinsten av 1 øre prisreduksjon overstiger det samfunnsøkonomiske tapet for reguleringsperioden på to og et halvt år.

Dette resonnementet er på ingen måte en eksakt angivelse av fordelene ved et tredje nett, men gir en indikasjon på at det er små besparelser som skal til for at det vil være samfunnsøkonomisk lønnsomt å bygge ut et tredje mobilnett. Når det gjelder størrelsen på prisnedgangen, er 1 øre et tenkt eksempel og det kan hevdes at man kunne ha lagt til grunn et annet beløp. Fra 2002 til 2008 falt brukernes årlige utgifter til mobilabonnement med 63 prosent. I denne perioden økte konkurransen i mobilmarkedet betydelig, og det ble etablert mange nye videreselgere og MVNOer. Departementet anser derfor 1 øre som et konservativt anslag som er egnet til å illustrere den samfunnsøkonomiske gevinsten ved et tredje nett.

Samferdselsdepartementets konklusjon er at en bruk av asymmetrisk regulering som virkemiddel er samfunnsøkonomisk lønnsomt når man ønsker å stimulere til økt konkurranse gjennom bygging av et tredje mobilnett.

3.13.2 Regulering for å bidra til et tredje mobilnett

Selv om det er samfunnsøkonomisk lønnsomt med asymmetrisk regulering for å få et tredje nett, ser departementet uheldige fordelingsmessige sider ved slik regulering. Det vil derfor ikke være aktuelt med asymmetrisk regulering ut over den tidsperioden som er nødvendig for å sikre utbygging av et tredje nett.

Ut fra en helhetsvurdering og interesseavveining av de forhold som er redegjort for i kapitlet ovenfor, finner Samferdselsdepartementet at det er hensiktsmessig å anlegge som styringsmål at merinntekten for de nye nettutbyggerne i utgangspunktet bør tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett. Departementet legger til grunn et mobilnett som skal dekke 75 prosent av befolkningen innen utløpet av 2011, slik det fremgår av Mobile Norways forretningsplan og som selskapene har vist til i klagen sine. Departementet mener det er hensiktsmessig å tillate Tele2 og Network Norway en mer lempelig regulering frem til den akkumulerte merinntekten tilsvarende investeringskostnaden. Departementet forholder seg til selskapenes planlagte utbygging ut fra at omfanget og kostnaden for utbyggingen fremstår som rimelig for et nett som skal konkurrere med dagens to landsdekkende nett. Departementet viser til kapittel 3.13.1 der det er lagt til grunn at utbyggingsgraden er basert på en kommersiell

vurdering av hvilken utbygging som er nødvendig for at de nye aktørene kan etablere seg som bærekraftige konkurrenter i dagens mobilmarked.

Departementet er oppmerksom på at Network Norway i en periode trolig vil ha høyere enhetskostnad enn LRIC-prisen (for en effektiv tilbyder) tilsier. Dette skyldes blant annet at stordriftsfordeler trolig ikke fullt ut vil være utnyttet og at det kan være andre kostnadsulemper knyttet til sen inntreden i markedet, jf. departementets vurdering i kapittel 3.5. Det følger av dette at differansen mellom selskapenes termineringspris og effektiv pris ikke i sin helhet vil kunne tas ut som merinntekt. Departementet har imidlertid ikke mulighet til å tallfeste effektene av disse forholdene, ettersom den nødvendige informasjonen ikke foreligger på det nåværende tidspunkt. Departementets styringsmål må derfor ses i lys av at det ikke er mulig å fastslå nøyaktig hvilken merinntekt selskapene reelt vil oppnå.

Videre ved en vurdering av merinntekten for de nye nettutbyggerne, er det også relevant å påpeke at både NetCom og Telenor samt MVNOer får en merinntekt i deres respektive inneværende reguleringsperioder, som følge av at termineringsprisen har oversteget og fortsatt vil overstige effektiv pris. Når det gjelder Telenor og NetCom har imidlertid disse kostnader knyttet til oppgradering og vedlikehold av allerede etablerte nett. For MVNOene som ikke har tilsvarende kostnader vil merinntekten i større grad kunne benyttes til markedsføring og kundeakkvisisjon.

Under de foreliggende forutsetningene mener departementet at når Network Norways merinntekt fra terminering anses å tilsvare investeringskostnaden til selskapet for bygging av nett opp til en dekning på 75 prosent, med forbehold for eventuelle differanser jf. ovenfor, vil det være rimelig at termineringsprisen relativt raskt reduseres ned mot et effektivt nivå, eventuelt ned på de øvrige tilbyderes glidebane. Network Norway vil trolig, basert på beregningene foretatt i kapittel 3.13.3 med forbehold om blant annet volumvekst, i løpet av [u.off] [redacted] oppnå en merinntekt som tilsvarer investeringskostnaden som er lagt til grunn i dette vedtaket. Dersom Network Norway 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. Departementet anser på denne bakgrunn så langt som mulig å ha imøtekommet ESAs kommentar om angivelse av tidspunkt for opphør av fritaksperioden.

3.13.3 Nærmere om prisreguleringen

Startpunkt

Departementet mener at det er nødvendig å endre glidebanen til Network Norway for å stimulere til at det tredje nettet bygges.

Det vises til at departementet i brev 14. og 30. januar 2009 ikke etterkom selskapenes anmodning om utsatt iverksetting slik at termineringsprisen ble satt ned fra NOK 1,155

til NOK 1,00 fra 1. februar 2009. Departementet vil understreke at selv om det har vist seg å være grunnlag for å endre på glidebanen til selskapene, vil departementet fastholde at den første nedtrappingen var rimelig å gjennomføre. Departementet viser til at det er to hensyn som bør vurderes i reguleringen av marked 16. For det første er det hensynet til bærekraftig konkurranse ved at man sikrer utbygging av et tredje nett. For det andre er det hensynet til det langsiktige målet symmetriske priser. I departementets vedtak 13. februar 2008 overfor NetCom, skriver departementet at det er flere argumenter for at symmetriske priser fremmer samfunnsøkonomisk effektivitet. For det tredje oppnås en riktigere balanse mellom kundene, ettersom det i større grad blir tilbydernes egne sluttkunder som generer inntekter til virksomheten. Samferdselsdepartementet mener 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.

Samferdselsdepartementet viser til at dersom effektiv pris skulle beregnes ved hjelp av LRIC-metoden, er det ifølge tilsynet ingenting som tyder på at prisen vil være høyere enn effektiv pris for etablerte nettilbydere. Departementet legger som tidligere redegjort for til grunn at de nye netttutbyggerne, som følge av at stordriftsfordeler ikke er utnyttet fullt ut og andre kostnadsulemper knyttet til sen inntreden, kan ha noe høyere enhetskostnad enn de etablerte nettverkstilbyderne i en oppstartsfase. Basert på ovenstående finner departementet at startpunktet NOK 1,00 gir kostnadsdekning samt tilstrekkelig rom for fortjeneste utover normalavkastning til at selskapet får hensiktsmessig dekning for kostnadene forbundet med netttutbygging i den perioden det bygges og der de faktiske investeringer reelt gjennomføres. Det er i tillegg nødvendig at termineringsprisene over tid beveger seg ned mot effektiv pris, jf. ovenfor. Departementet mener at reduksjonen til NOK 1,00 er et riktig første steg i denne retning.

Samferdselsdepartementet konkluderer med at det er forholdsmessig å regulere selskapenes termineringspris til NOK 1,00 med virkning fra 1. februar 2009.

Prisbane

Samferdselsdepartementet tar utgangspunkt i Post- og teletilsynets prisbane og finner det hensiktsmessig å justere denne ved å kutte prisnedsettelsen på periodens siste trinn, samt utsette en prisnedsettelse til siste trinn. Reguleringsperiodens lengde er uendret. Departementet legger vekt på at prisbanen som er valgt skal starte på NOK 1,00 per minutt, jf. drøftelsen ovenfor. Departementet legger vekt på at det for de nye utbyggerne er viktig med merinntekter i den perioden de bygger nettet, og at merinntekter tidlig i perioden må antas å være viktigere enn sent i perioden, fordi utbyggingskostnadene er størst i den innledende fasen av utbygging.

Samferdselsdepartementet mener videre det er viktig å signalisere at prisene skal ned mot et effektivt nivå etter utbyggingsperioden og at prisbanen derfor må fortsette å peke nedover.

Basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering mener departementet at følgende prisbane for Network Norway 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:

Periode	1.februar 2009 – 30. juni 2009	1.juli 2009 – 30. juni 2010	1.juli 2010 – 31. desember 2010
Pris	1,00	1,00	0,90

Tabell 2 Maksimalpris per minutt for terminering av tale i mobilnett i perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010. Alle priser i NOK.

For Network Norway beregnes merinntekten for inneværende reguleringsperiode som er 1. februar 2009 til 31. desember 2010. For 2009 har departementet innhentet trafikk tall for januar og februar som legges til grunn i beregningene for 2009 og 2010. Det er ikke lagt inn volumvekst for 2010. Merinntekten for Network Norway er beregnet basert på differansen mellom tillatt termineringspris og effektiv pris (inflasjonsjustert LRIC-pris). Departementet viser til at LRIC-prisen tilsvarer kostnaden ved å produsere terminering for en effektiv tilbyder. Å ta utgangspunkt i effektiv pris gir etter departementets oppfatning et hensiktsmessig sammenligningsgrunnlag. Ut fra disse beregningene finner vi at Network Norway vil få en merinntekt i reguleringsperioden på om lag [u.off] [REDACTED]. Departementet mener prisbanen og reguleringen for øvrig vil medvirke til å styrke de nye nettutbyggernes økonomiske posisjon og bedre nødvendig forutsigbarhet i dagens finansmarked og dermed legge forholdene bedre til rette for bygging av et tredje konkurrerende nett. Departementet anser med dette å ha imøtekommet ESAs kommentar om at merinntekten for hver tilbyder bør beregnes.

Til sammenligning vil både NetCom og Telenor ha en beregnet merinntekt i inneværende reguleringsperiode (1. oktober 2007 til utgangen av 2010) på i underkant av NOK 450 millioner hver (basert på trafikk tall for 2007) som følge av at deres pris har ligget over effektiv pris. Dette til tross for at disse to ikke i samme grad som Tele2 og Network Norway bygger nett i perioden. Det vises i den forbindelse til rapportene utarbeidet av Nexia på oppdrag for Network Norway og Tele2. Departementet har ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på beregningen av historisk merinntekt som fremkommer i ovennevnte rapporter, da det anses som lite hensiktsmessig og lite relevant å sammenligne merinntekter fra en annen tidsperiode med andre markedsforhold og under et annet reguleringsregime enn dagens situasjon.

Oppfølging

Samferdselsdepartementet mener at når Network Norway tillates, gjennom merinntekt fra terminering, å dekke utbyggingskostnader utover de utbyggingskrav som følger av selskapets UTMS-tillatelse, er det behov for at myndigheten forsikrer seg om at utbyggingen faktisk skjer i henhold til fremlagte forretningsplaner for Mobile Norway. Post- og teletilsynet skriver i vedtakets punkt 163 at tilsynet vil følge opp utbyggingsplanene til de nye netteierne og understreker at fortsatt utbygging er en forutsetning for tilsynets mildere regulering av disse. Dersom det skulle vise seg at Network Norway og Tele2 ikke bygger nett, vil tilsynet vurdere å endre virkemiddelbruken. Tilsynet skriver videre at asymmetrisk regulering ikke er hensiktsmessig dersom det viser seg ikke å bidra til økt infrastrukturkonkurranse. Departementet understreker viktigheten av at asymmetrisk regulering fører til økt infrastrukturkonkurranse, og understreker at asymmetrisk regulering uansett kun er aktuelt i en begrenset periode. Det er særlig viktig at asymmetriske termineringspriser faktisk bidrar til at et tredje konkurrerende nett bygges, ettersom asymmetrisk regulering vil føre til et samfunnsøkonomisk tap, jf. 3.13.1. Det er viktig at perioden med asymmetriske termineringspriser blir så kort som mulig, men likevel så lang som nødvendig ut fra de formål som ligger bak bruken av virkemiddelet.

For at myndigheten skal kunne påse at byggingen av et tredje mobilnett skjer i henhold til planene selskapet har fremlagt, anser departementet det som hensiktsmessig og nødvendig med en jevnlig rapportering av utbygging. Departementet vil derfor pålegge Network Norway å rapportere om fremdriften i utbyggingen til Post- og teletilsynet på halvårlig basis, per 1. januar og 1. juli, frem til perioden med lempelig regulering er avsluttet. Rapporten skal omfatte opplysninger om utbygging i henhold til fremlagte planer og skal inneholde tall for antall siter som er tatt i bruk, under bygging og under planlegging, samt dekning i prosent av befolkningen og arealdekning.

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 endre virkemiddelbruken herunder prisreguleringen og treffe nytt vedtak. 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. Dette vil også møtekomme ESAs merknad om at tilsynet skal overvåke at tilbydernes planer for etablering av nytt mobilnett dersom asymmetriske priser opprettholdes i en overgangsperiode.

3.13.1 Hensynet til europeisk harmonisering

Departementet viser til kapittel 2.3 siste avsnitt der det er lagt til grunn at det er relevant å ta et visst hensyn til uttalelser fra ESA. Departementet har, der det er funnet relevant,

tatt hensyn til ESAs kommentarer. Det vises i den forbindelse til kapittel 3.13.2 og 3.13.3 hvor det fremgår på hvilken måte kommentarene er tatt hensyn til. Norge skiller seg fra de øvrige europeiske land ved at det kun er to landsdekkende mobilnett. Samferdselsdepartementets vedtak er nødvendig for å oppnå det telepolitiske målet om bærekraftig konkurranse gjennom etableringen av et tredje konkurransedyktig mobilnett. ESAs kommentarer er, i lys av dette, tatt hensyn til så langt som mulig.

3.14 Krav om ikke-diskriminering og offentliggjøring

Network Norway anfører at forpliktelsen om ikke-diskriminering i praksis vil innebære at alle skal ha beste vilkår og at kravet derfor fratår selskapet nødvendig handlingsrom. Selskapet mener virkemiddelet er nytt og inngripende og at det ikke kan anses å være forholdsmessig overfor en mindre aktør. Selskapet viser videre til at MTU og TDC ikke ble pålagt en slik forpliktelse i vedtaket 8. mai 2007. Som følge av at Network Norway ikke finner grunnlag for et krav om ikke-diskriminering, mener selskapet videre at det verken vil være nødvendig eller forholdsmessig å pålegge krav om offentliggjøring.

Departementet viser til at Post- og teletilsynet i sitt vedtak av 17. november 2008 under punkt 8.2 drøfter kravet om ikke-diskriminering. Videre fremgår det av markedsanalysen at Network Norway vil kunne ha insentiver til å gi bedre vilkår til enkelte eksterne tilbydere enn andre. Forskjellsbehandling mellom eksterne tilbydere vil resultere i økte kostnader for enkelte tilbydere og kan i ytterste konsekvens lede til utestenging fra markedet. Departementet ser at fravær av en ikke-diskrimineringsforpliktelse vil kunne føre til et potensielt konkurranseproblem fordi Network Norway da kan utnytte sin posisjon ved å gi enkelte aktører bedre vilkår og det derfor ikke fører til den forbedringen av konkurransesituasjonen Samferdselsdepartementet ønsker å oppnå med et tredje nett.

Når det gjelder anførselen om at kravet om ikke-diskriminering for en mindre aktør er et nytt og inngripende virkemiddel som ikke kan anses å være forholdsmessig, støtter departementet tilsynet i vektleggingen av kundemasse og trafikkvolum fremfor tid i marked. Det vises for øvrig til at Tele2 i vedtaket av 8. mai 2007 ble pålagt tilsvarende forpliktelse på et tidspunkt der selskapets markedsandel lå på omtrent samme nivå som Network Norway har per i dag. Departementet mener virkemiddelet er forholdsmessig.

Kravet om offentliggjøring skal ivareta hensyn til effektiv regulering og etterprøvbarehet og departementet er ikke enig med Network Norway i at det verken vil være nødvendig eller forholdsmessig å pålegge selskapet et krav om offentliggjøring. Network Norway gis derfor ikke medhold i denne anførselen.

4. Samferdselsdepartementets vedtak

Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak 17. november 2008 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet

for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett for så vidt gjelder reguleringen av Network Norway, med unntak av kapittel 9.2.4, punkt 283 om regulering av pris som fastsettes gjennom tabellen for maksimalpris for terminering av tale i Network Norways mobilnett. Pristabellen oppheves og erstattes av følgende tabell:

Periode	1.februar 2009 30. juni 2009	1.juli 2009- 30.juni 2010	1.juli 2010- 31. desember 2010
Pris	1,00	1,00	0,90

Tabell 3 Maksimalpris per minutt for terminering av tale i mobilnett i perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010. Alle priser i NOK.

Videre endres vedtakets punkt 285 ved at prisen ikke skal overstige NOK 0,90 per minutt frem til nytt vedtak er fattet.

Departementet treffer i medhold av forvaltningsloven § 34 fjerde ledd slikt nytt

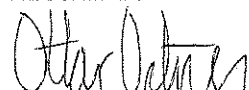
vedtak:

Network Norways maksimale termineringspris per minutt skal fra 1. februar 2009 til 30. juni 2010 være NOK 1,00 og fra 1. juli 2010 til 31. desember 2010 eller fram til eventuelt nytt vedtak være NOK 0,90. Prisen beregnes som et vektet gjennomsnitt av ulike prislelementer som angitt i Post- og teletilsynets vedtak punkt 284.

Maksimal termineringspris kan endres innenfor reguleringsperioden til ugunst for Network Norway 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. Network Norway pålegges å rapportere til Post- og teletilsynet om fremdriften i utbyggingen på halvårlig basis, per 1. januar og 1. juli, fram til perioden med lempelig regulering er avsluttet.

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

Med hilsen


Ottar Ostnes e.f.


Christina Christensen

Kopi: Post- og teletilsynet