



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

TDC AS

Postboks 4600, Nydalen
0405 OSLO

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

Deres ref

Vår ref
09/337- 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 TDC AS (TDC) 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 skjønnsmessig vurdering av rimelig pris. 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 TDC – anmodning om utsatt iverksetting

TDC anmodet i brev av 8. desember 2008 om utsatt iverksetting av prisreguleringen.

Samferdselsdepartementet besluttet 14. januar 2009 å ikke innvilge utsatt iverksetting av vedtaket i marked 16 for så vidt gjaldt pristak for TDCs termineringspris.

Beslutningen om ikke å innvilge utsatt iverksetting gjaldt første prisnedsettelse til NOK 1,00 fra 1. februar 2009.

1.4 TDC – klagen

TDC 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 TDCs klage til departementet ved brev 21. januar 2009 med innstilling om at klagen ikke tas til følge.

TDC har i sin klage i hovedtrekk anført at vedtaket lider av saksbehandlingsfeil ved at Post- og teletilsynets utredning er mangelfull. Videre har selskapet anført at tilsynet har vektlagt hensynet til europeisk harmonisering og målsettingen om symmetriske termineringspriser feil. TDC anfører videre at vedtaket fremskynder startidspunkt for regulering mot såkalt effektivt nivå med nesten to år og at pristaket teletilsynet setter ikke er en presisering av "rimelig pris". TDC mener videre at vedtaket svekker forutberegneligheten for aktører og investorer. Endelig anfører selskapet at vedtaket vil ha små eller ingen positive samfunnsøkonomiske effekter, at det svekker selskapets konkurransevne betydelig og er uforholdsmessig både med tanke på de totale prisreduksjonene og lengden på glidebanen.

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, begrenser etableringshindringer og tilrettelegger for bærekraftig konkurranse til beste for brukerne. Formålet med reguleringen er nedfelt i 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) side 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 pris-klemmer 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 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 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 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. Det bør likevel kunne 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 vedtak rettet mot Tele2 og Network Norway datert 19. mai 2009. Når det gjelder regulering av MVNOene finner departementet at det er lite som tilsier at finanskrisen bør tillegges selvstendig vekt.

3.2 Saksbehandlingsfeil

TDC anfører at Post- og teletilsynets utredning er mangelfull ved at tilsynet verken har vurdert eller tatt tilstrekkelig hensyn til konsekvensene av vedtaket for TDC. Selskapet viser blant annet til at tilsynet har unnlatt å tallfeste økonomiske konsekvenser og at tilsynet ikke har beregnet hva den effektive prisen er for TDC.

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 lider av rettslige mangler som følge av at saksbehandlingen er i strid med forvaltningsloven § 17, 1. ledd, første setning og forvaltningsloven § 25.

Prisregulering er et effektivt virkemiddel for å motvirke uheldige konsekvenser av overprising, og vil komme forbrukerne og konkurransen til gode på både kort og lang sikt. Dette er slått fast i tidligere vedtak i marked 16, blant annet departementets vedtak av 13. februar 2008. Videre, for TDCs vedkommende, er selskapet allerede pålagt prisregulering i form av rimelig pris og forholdet er dermed vurdert i vedtaket av 8. mai 2007. Samferdselsdepartementet anser det derfor ikke som nødvendig at tilsynet igjen konkret vurderer om prisregulering av de mindre aktørene omfattet av vedtaket vil komme forbrukerne og konkurransen til gode.

Tilsynet har vurdert de antatte konsekvensene av prisreguleringen i vedtakets kapittel 8.6 og 8.7. Post- og teletilsynet skriver i punkt 255 at tilsynet ikke har tallfestet konsekvensene for alle tilbyderne som er omfattet av vedtaket, kun for Tele2. Tilsynet begrunner dette med at det er vanskelig å fastslå den nøyaktige størrelse for virkningene for de små tilbyderne, blant annet på grunn av mangel på tall og store endringer i trafikkvolum fra år til år. Tilsynet legger likevel til grunn at de små tilbyderne som reguleres vil oppleve en inntektsreduksjon. Samferdselsdepartementet er enig med tilsynet i at det vil være usikkerhet forbundet med å tallfeste de økonomiske konsekvensene og kan derfor ikke se at manglende tallfesting medfører saksbehandlingsfeil som påvirker konklusjonen i vedtaket. Forholdet fører dermed ikke til ugyldighet jf. forvaltningsloven § 17.

Når det gjelder TDCs anførsel om at tilsynet ikke har beregnet effektiv pris vil Samferdselsdepartementet understreke at ingen av tilbyderne som er omfattet av vedtaket reguleres ned til effektiv pris i denne vedtaksrunden, jf. departementets vurdering i kapittel 3.4. Departementet anser det derfor ikke som hensiktsmessig at tilsynet skal foreta en nøyaktig beregning av effektiv pris i denne vedtaksrunden. Videre vises det til Post- og teletilsynets redegjørelse i vedtakets punkt 124 der det fremgår at dersom effektiv pris skulle beregnes for de mindre tilbyderne, er det ingenting som tyder på at prisen ville vært høyere enn effektiv pris for Telenor og NetCom. Samferdselsdepartementet kan derfor ikke se at det foreligger mangelfull vurdering som medfører saksbehandlingsfeil, jf. forvaltningsloven § 17.

3.3 Vektlegging av europeisk harmonisering og symmetri

TDC anfører at Post- og teletilsynet i vedtaket tar informasjon fra ERGs MTR "snapshot" om nivået på termineringspriser i Europa til inntekt for at termineringsprisene bør reduseres, og at tilsynet baserer seg på et tilfeldig øyeblikksbilde. TDC mener MTR "snapshot" er et lite pålitelig styringsverktøy for regulatoriske beslutninger med mindre myndighetene finner at de aktuelle landene er sammenlignbare med Norge. Videre anfører TDC at myndighetene må vurdere hva

som er til fordel for sluttbrukerne basert på nasjonale forhold. Ifølge TDC har den europeiske reguleringen, herunder ERG, lagt til grunn at det foreligger bærekraftig konkurranse som utgangspunkt for sine uttalelser, noe som ifølge TDC er en vesentlig forskjell fra markedssituasjonen i Norge. TDC mener Post- og teletilsynet ikke har vektlagt forskjellen tilstrekkelig i sitt vedtak. TDC mener tilsynet har satt et styringsmål på 50 prosent asymmetri basert på uttalelser fra ERG og at dette mangler reell begrunnelse.

Samferdselsdepartementet viser til kapittel 2.3 der det er redegjort for den formelle betydningen av ERGs arbeid og utredninger. Hensikten med det regulatoriske rammeverket er å legge til rette for harmonisering, og ERG har en rolle i denne sammenhengen, jf. Kommisjonsvedtak 2002/627/EF av 29. juli 2002 (innlemmet i EØS-avtalen 6. februar 2004). Det er derfor relevant å se hen til ERGs dokumenter. Departementet mener på ingen måte at ERGs dokumenter alene skal benyttes som styringsverktøy for norsk regulering, men de er nyttige dokumenter som kan benyttes både som sammenligningsgrunnlag og som bakgrunn. ERGs MTR "snapshot" er et slikt sammenligningsgrunnlag. Det fremgår for øvrig klart i ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates (ERGs CP) at nasjonale forhold skal vurderes forut for regulering. Departementet er av den oppfatning at man på bakgrunn av en slik vurdering ikke bør regulere likt i markeder som fungerer ulikt. Departementet mener Post- og teletilsynet har foretatt en vurdering av konkurransesituasjonen i det norske markedet (jf. Analyse av markedene for terminering av tale i individuelle, offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 16), markedsanalysen), og denne vurderingen ligger til grunn for vedtaket. Det fremgår av vedtaket av 8. mai 2007 et prinsipp om lempelig regulering i en overgangsperiode for nye tilbydere. Dette prinsippet vil måtte legges til grunn også for tilbydere som omfattes av tilleggsvedtaket. Det faktum at Norge ikke lenger er blant landene med lavest termineringspriser og i tillegg er blant landene med størst asymmetri, tilsier imidlertid at en viss reduksjon i de små tilbydernes termineringspriser er nødvendig for å ivareta hensynet til harmonisering.

Når det gjelder TDCs anførsel at det må legges vekt på hva som er fordelaktig for sluttbrukere ut fra nasjonale forhold, er departementet av den oppfatning at Post- og teletilsynet gjør nettopp dette når tilsynet i vedtaket peker på at det norske mobilmarkedet skiller seg vesentlig fra tilsvarende markeder i andre europeiske land fordi det kun er to landsdekkende mobilnett i Norge.

Departementet er enig med TDC i at ERGs CP ikke setter krav til 50 prosent asymmetri verken som startpunkt eller sluttpunkt for en overgangsperiode med asymmetriske termineringspriser. Tilsynet har vist til at styringsmålet på 50 prosent asymmetri i 2010 ikke er basert på ERGs CP, men er satt etter en avveining av flere ulike hensyn (vedtakets kapittel 8.4.3.5, punkt 155 og 156). Post- og teletilsynet har blant annet begrunnet asymmetri på 50 prosent med at dette var nivået på asymmetrien

mellom de fleste små tilbydere og Telenor/NetCom da kravet til rimelig pris ble pålagt 8. mai 2007. Videre fremgår det at Post- og teletilsynet tillater høyere asymmetri enn ellers i Europa. Departementet mener på denne bakgrunn at Post- og teletilsynet ikke har latt ERGs CP være retningsgivende for å sette slutt punktet for vedtaksperioden på akkurat 50 prosent asymmetri. Departementet kan heller ikke se at Post- og teletilsynet setter et absolutt tak på 50 prosent siden asymmetrien i løpet av reguleringsperioden overstiger 50 prosent. Det er derfor departementets oppfatning at Post- og teletilsynet ikke har latt ERGs dokumenter være avgjørende for vedtakets utfall.

3.4 Prisregulering og forutberegnelighet

3.4.1 Effektiv pris eller rimelig pris

TDC anfører at vedtaket fremskynder startidspunkt for nedregulering mot såkalt effektivt nivå med nesten to år. Selskapet mener pristaket Post- og teletilsynet setter ikke er en presisering av "rimelig pris" slik det er definert i punkt 8.4.3 i vedtaket av 5. mai 2007. TDC mener videre at vedtaket svekker forutberegneligheten for aktører og investorer. Begrunnelsen for dette er at selskapet hevder at tilsynet har endret prisreguleringen underveis.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at Post- og teletilsynet har den oppfatning at pristaket i henhold til glidebanen gir uttrykk for hva som må anses som et rimelig prisnivå i denne reguleringsperioden. Departementet mener at det er god støtte i regelverket og at det er i tråd med tidligere vedtak å pålegge MVNOene prisregulering i form av krav om rimelig pris. Post- og teletilsynet har vurdert termineringsprisen til TDC og kommet frem til at det er nødvendig at denne gradvis reduseres ned til NOK 0,75 som anses som rimelig pris for TDC i 2010. Departementet mener dette er i samsvar med uttalelsen i vedtaket fra mai 2007 der det fremgår at tilsynet vil vurdere om den konkrete termineringsprisen er rimelig og eventuelt pålegge prisreduksjoner. Samferdselsdepartementet mener ikke at tilsynet ved dette har fremskyndet tidspunktet for regulering ned til effektiv pris. Videre mener departementet at rimelig pris ikke kan tolkes som opprettholdelse av dagens prisnivå og at det er betimelig at kravet til rimelig pris nå presiseres samtidig som presiseringen bør innebære prisreduksjoner i forhold til dagens nivå. Departementet mener ikke at pristak gir mindre forutberegnelighet sammenlignet med et vedtak om rimelige priser. Et pristak er etter departementets oppfatning en mer konkret regulering og gir dermed økt sikkerhet rundt hvilken pris selskapet kan sette. Departementet mener derfor heller ikke at forutberegneligheten for investorer og aktører svekkes ved vedtaket.

3.4.2 Nivå for rimelig pris

TDC mener at Post- og teletilsynet ikke vektlegger de momentene de selv har angitt som relevant for vurderingen av rimelig pris. Selskapet viser til punkt 241 i vedtaket fra 2007 og punkt 8.4.3 i vedtaket av 17. november 2008. Basert på TDCs gjennomgang av

modellen for Telenor og NetCom. TDC mener at gjeldende LRIC-modell gir lite relevant kostnadsinformasjon for TDC og de andre små MVNOene, og at Post- og teletilsynet har lagt vekt på upålitelige antakelser om selskapets kostnader. TDC mener det fremgår klart av modelldokumentasjonen for LRIC-modellen at modellen ikke er utarbeidet med tanke på regulering av andre enn NetCom og Telenor. TDC mener videre at det på grunn av tilsynets manglende kjennskap til MVNOenes kostnadsgrunnlag og dermed selskapets effektive pris, er reell risiko for at Post- og teletilsynet regulerer TDC til en pris som ligger under selskapets effektive kostnader.

TDC viser til at selv om tilgangsprisen i MVNO-avtalen nominelt ligger lavere enn termineringsprisen, fører blant annet trafikk internt i eget nett til at dette ikke gir et korrekt bilde av selskapets margin.

Samferdselsdepartementet viser til at prisregulering basert på rimelig pris er ment å være en mild form for prisregulering både når det gjelder nivå og krav til rapportering. Omfattende datainnhenting vil dermed stride mot formålet med denne formen for regulering.

Post- og teletilsynet besitter oppdatert informasjon om prisen små og nye tilbydere betaler for tilgang til de etablerte nettverkstilbydernes nett. Dette utgjør den største utgiften for disse selskapene knyttet til terminering. Tilsynet har videre generell relevant kostnadsinformasjon fra LRIC-modellen. Effektiv pris for etablerte netteiere beregnet ved hjelp av LRIC-modellen, vil være relevant med hensyn til vurdering av hva som i fremtiden vil være effektiv pris for TDC, ettersom det er vertstilbyderen som i stor grad produserer termineringen. Departementet anser således den informasjonen tilsynet har tilstrekkelig som grunnlag for nærmere å fastsette nivået for rimelig pris.

Når det gjelder TDCs anførsel om at det er fare for at tilsynet regulerer selskapet til under kostnad, mener Samferdselsdepartementet at det må tas hensyn til at myndigheten normalt ikke har det samme informasjonsgrunnlag som tilbyderne om bedriftsinterne forhold. Dersom TDC besitter informasjon som Post- og teletilsynet ikke har og som menes å være av betydning for saken, må det forventes at TDC gjør myndigheten kjent med informasjonen før vedtaket treffes. I den grad TDC ikke gjør dette må myndigheten stå fritt til å kunne bygge sitt vedtak på tilgjengelig informasjon og egne vurderinger. Departementet kan ikke se at det er fremlagt opplysninger som tilsier at pristaket er satt lavere enn TDCs kostnader skulle tilsi.

Når det gjelder TDCs anførsel om at interntrafikk med mer fører til at selskapets marginer ikke samsvarer med den marginen som fremkommer dersom MVNO-tilgangsprisen isolert sett vurderes opp mot termineringsprisen, understreker departementet at selskapene selv velger, basert på selvstendige kommersielle vurderinger, å tilby nettintern trafikk billig eller gratis. Videre vil omfaget av nettintern trafikk, som tilsynet påpeker i oversendelsen av klagen, være liten for en aktør med

liten markedsandel, og vil dermed utgjøre en liten del av TDCs totale kostnader knyttet til terminering. Departementet mener at differansen mellom selskapets termineringspris og tilgangsprisen uansett vil være tilstrekkelig til å dekke kostnader forbundet med terminering av nettintern trafikk. Departementet anser det videre heller ikke som relevant å legge stor vekt på hvordan selskapene velger å posisjonere seg og prissette egne produkter i sluttbrukermarkedet ved reguleringen av termineringsprisene.

3.5 Balansen mellom marked 15 og marked 16

TDC anfører at kombinasjonen av reguleringen i marked 15 (Marked for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett) og 16 skaper en prisskvis, og at denne blir ytterligere forverret dersom selskapets termineringspris reduseres.

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 forhåndsdefinerte 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 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.

Når det gjelder MVNOenes bekymring for at de havner i en prisklemme mellom lave termineringspriser i marked 16 og høye tilgangspriser i marked 15, viser Samferdselsdepartementet til at Post- og teletilsynet er i gang med en ny vurdering av reguleringen i marked 15. I dette tilsynsarbeidet må det foretas en avveining mellom ønsket om lave tilgangspriser for MVNOene innenfor rammene av dagens regulering og investeringsinsentivene for et tredje mobilnett.

3.6 Forholdsmessighet

TDC anfører at den vedtatte glidebanen ikke står i forhold til det Post- og teletilsynet ønsker å oppnå med inngrepet. TDC viser i den forbindelse til vedtak 8. mai 2007, der tilsynet selv påpeker at det ikke vil være forholdsmessig å regulere selskap med mindre enn [u. off. ██████████] av kundemassen mot en effektiv pris. Videre anfører TDC at pristaket vil svekke selskapets konkurransevne. Selskapet viser i den forbindelse til at deres kunder i stor grad etterspør totalløsninger som innebærer både fast- og mobiltjenester og mener derfor at selskapets konkurransevne også svekkes i fastnettmarkedet. Videre vises det til at selskapet blir pålagt en større nominell prisreduksjon over en periode på 1,5 år enn det tilsynet mente var forholdsmessig for NetCom over en periode på 4 år. NetCom har en langt større kundemasse enn TDC, og konsekvensen av vedtaket for TDC blir derfor langt større enn den var for NetCom. TDC anfører på denne bakgrunn at pristaket skader konkurransen og ikke er til fordel for sluttbrukerne og at vedtaket er i strid med forholdsmessighetsprinsippet.

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 merknaden til bestemmelsen i 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.

3.6.1 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 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. På denne bakgrunn finner departementet at prisregulering oppfyller forholdsmessighetsprinsippet krav til egnethet.

3.6.2 Nødvendighet

Departementet viser til tilsynets vurdering når det gjelder 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 er etter departementets oppfatning nødvendig for å oppnå bærekraftig konkurranse, for derigjennom å sikre en effektiv bruk av samfunnets ressurser til fordel for forbrukerne. Det følger av dette at forholdsmessighetsprinsippet krav til prisforpliktelsens nødvendighet er oppfylt.

3.6.3 Forholdsmessighet i snever forstand

Spørsmålet om prisforpliktelsen som TDC pålegges i vedtaket er forholdsmessig i snever forstand, beror på en avveining av hensynet for å oppnå bærekraftig konkurranse til fordel for forbrukerne mot de ulemper prisreguleringen vil medføre for TDC 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 vedtakets kapittel 8.6.1 punkt 256, der tilsynet skriver *"Prisreguleringen i vedtaket vil føre til effektiv bruk av ressursene og økt forbrukervelferd"*. I hvor stort omfang sluttbrukerprisene blir redusert er imidlertid forbundet med noen grad av usikkerhet, fordi tilbyderne 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 TDC

Gevinsten for forbrukerne ved prisreguleringen motsvares av reduserte fremtidige inntekter for TDC. Regulering av termineringsprisene vil kunne føre til forholdsvis

store reduksjoner i inntekten fra terminering. Post- og teletilsynet skriver i vedtaket punkt 255 at de ikke har tallfestet konsekvensene for TDC. 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 TDC som følge av reduserte termineringsinntekter.

Departementet ser at vedtaket vil kunne påvirke selskapets konkurransevne negativt i mobilmarkedet med avledet effekt i fastnettmarkedet. Departementet kan ikke se at det medfører riktighet når TDC anfører at selskapet pålegges en større nominell reduksjon på 1,5 år sammenlignet med NetComs reduksjon på 4 år. TDC pålegges å redusere sin pris med 40,5 øre i løpet av en 17 måneders periode sammenlignet med 41 øre over en 21 måneders periode for NetCom. Videre vil den prosentvise reduksjonen for TDC være større enn for NetCom.

Når det gjelder TDCs anførsel om at det ikke vil være forholdsmessig å regulere selskap med mindre enn [u. off.] [redacted] av kundemassen mot en effektiv pris, viser departementet til at dette uansett ikke er tilfelle, jf. punkt 3.4.1.

Departementet antar at reduserte termineringsinntekter i gjeldende reguleringsperiode for TDC til en viss grad vil oppveies av økt trafikkvolum til og i mobilnettene, blant annet som følge av prisreduksjonen hos andre tilbydere. Det er vanskelig å forutsi hvor stor veksten i trafikk til mobilnett kan bli som følge av prisreduksjonen.

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 som manglende regulering av termineringsprisene for små og nye aktører kan føre til ineffektiv etablering i markedet, skal myndighetene gjennom sin regulering gi insentiver til at nye aktører etablerer seg i markedet og legge til rette for bærekraftig konkurranse. Muligheten for å oppnå høy inntjening i et gitt marked vil være et sterkt insentiv til etablering. Utsikten til å oppnå avkastning på termineringssiden kan fungere som et etableringsinsentiv i mobilmarkedet. Departementet er kjent med at forretningsmodellen til enkelte aktører delvis kan være basert på at termineringsinntektene skal utgjøre en betydelig andel av totalinntektene. Vedtak som reduserer disse kan føre til at en del av forretningsmodellen svekkes. Samferdselsdepartementet mener hensynet til offentlige interesser tilsier at det ikke bør gis insentiver til overetablering i markedet, men at myndighetene bidrar til etablering på et grunnlag som på lengre sikt er å anse som effektivt. Disse hensynene gjør seg gjeldende uavhengig av tilbyderens størrelse.

Interesseavveining

Selv om prisreguleringen av TDC 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."*

Når det gjelder effekt for sluttbrukerne i markedet ved regulering av termineringsprisene, har departementet ovenfor lagt til grunn at reduksjoner i termineringspriser må antas å føre til lavere sluttbrukerpriser over tid. Videre mener departementet at vedtaket legger til rette for mer samfunnsøkonomisk effektiv prissetting ved at tjenestene i større grad blir priset etter hva de underliggende kostnadene tilsier. På denne bakgrunn finner departementet at de antatte virkningene av prisreguleringen er i overensstemmelse med målsettingen om å ivareta forbrukeres interesser og effektiv ressursutnyttelse.

Etter departementets vurdering er også utformingen av glidebanen forholdsmessig. Departementet mener at en gradvis nedtrapping mot effektivt nivå vil sikre at tilbyderne får tilpasset driften i forhold til reduserte inntekter.

Basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering av prisreguleringens virkning på sluttbrukerne, konkurransen i markedet og TDC, finner departementet at tilsynets pristaksregulering av selskapet på nåværende tidspunkt må anses som forholdsmessig i snever forstand.

På bakgrunn av ovenstående mener departementet at vedtaket oppfyller alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper og ekomlovens krav til forholdsmessighet jf. § 4-9 jf. § 3-4.

4. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK

Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak 17. november 2008 for så vidt gjelder pålegg om pristak for TDC AS.

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 til:

Post- og teletilsynet