



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Ventelo Bedrift AS

P.b. 4403, Nydalen
0403 OSLO

Deres ref

Vår ref
07/1889- MAT/LBA/HEN

Dato
17.07.2008

Vedtak i Ventelos klage på Post- og teletilsynets vedtak av 171007 vedr. termineringspriser for fasttelefoni, marked 9

Vi viser til klage i brev av 9. november 2007 fra Ventelo Bedrift AS (Ventelo) på Post- og teletilsynets vedtak 17. oktober 2007 – pålegg om retting av termineringspriser for Ventelo (Post- og teletilsynets vedtak). Post- og teletilsynet pålegger i sitt vedtak Ventelo å redusere sin termineringspris til en nærmere fastsatt snittpris for en gjennomsnittsamtale. Ventelo mener at det ikke er grunnlag for å pålegge selskapet pristak for termineringspriser, og påklager vedtaket. Klagen, samt Post- og teletilsynets innstilling, er oversendt fra Post- og teletilsynet i brev av 6. februar 2008 til Samferdselsdepartementet for klagebehandling, jf. ekomloven § 11- 6. Klagen anses rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

1. BAKGRUNN

Med hjemmel i ekomloven §§ 3-2 og 3-3 fattet Post- og teletilsynet 24. mars 2006 vedtak (SMP-vedtaket) om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og vedtak med pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for originering, terminering og transitt av offentlig telefon-tjeneste i fastnett (marked 8-10). I SMP-vedtaket ble Ventelo og ni andre mindre tilbydere av terminering i fastnett identifisert som tilbydere med sterk markedsstilling og med hjemmel i ekomloven § 4-9 pålagt bl.a. å ha ”rimelige priser” for terminering. SMP-vedtaket ble ikke påklaget av Ventelo eller noen av de øvrige aktørene.

I SMP-vedtaket tok ikke tilsynet eksplisitt stilling til termineringsprisene til den enkelte aktør, men presiserte at kravet om rimelig pris ville måtte avgjøres særskilt. Av SMP-vedtakets pkt. 333 fremgår det at tilsynet primært ønsker at tilbyderne skal søke å komme til enighet om termineringsprisene seg i mellom, men at tilsynet kan ta opp spørsmål til vurdering dersom enighet ikke oppnås.

I brev 15. mars 2007 anmodet Telenor Post- og teletilsynet om å vurdere termineringsprisene til Ventelo opp mot SMP-vedtaket. Ventelo og tilsynet inngikk deretter en dialog om Ventelos termineringspriser. På bakgrunn av Ventelos redegjørelse og kommentarene fra Telenor,

Postadresse:
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse:
Akersg. 59

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

Luft- post- og teleavdelingen
Telefaks:
22 24 56 09

Saksbehandler:
Malin Tønseth
22 24 82 33

varslet Post- og teletilsynet i brev 23. juli 2007 vedtak om at Ventelos termineringspris skal bringes ned til samme nivå som Telenor (resiproke priser), jf. ekomloven § 4-9 og SMP-vedtaket.

Post- og teletilsynet fattet vedtak 17. oktober 2007 (heretter vedtaket) om at:

*"[...] Ventelo pålegges å endre sin termineringspris ned til samme nivå som Telenor (resiproke priser), jf. ekomloven § 10-6 og Vedtaket.
[...]*

Ventelos termineringspriser er i dag 11,6 øre per samtale og en minuttpris på henholdsvis 9,3 øre/minutt normal takst og 5 øre/minutt redusert takst. Dette gir en kostnad for å terminere en gjennomsnittssamtale på 45 øre dagtid og 35,2 øre på kveldstid. Snittkostnaden for å terminere en gjennomsnittssamtale på 4,71 minutter i Ventelos nett blir dermed 40,1 øre. Kostnaden for å terminere en tilsvarende samtale i Telenors nett er 20,5 øre.

*PT legger til grunn at Ventelos termineringspris skal reduseres til samme nivå som Telenors innen 1. februar 2008. Pris for å terminere en samtale på 4,71 minutter skal fra vedtaksdato og frem til 31. januar 2008 være maksimalt 40,1 øre. Det presiseres at pristaket gjelder for nasjonale samtaler til geografiske telefonnummer i Ventelos nett.
[...]."*

Som det fremgår ble Ventelo i vedtaket pålagt å redusere sin termineringspris til samme nivå som Telenors (resiproke priser) innen 1. februar 2008. Samtidig ble det fastsatt at maksimalprisen for å terminere en samtale på 4,71 minutter fra vedtakstidspunktet og frem til 31. januar 2008 skal være 40,1 øre.

Ventelo klagde ved brev av 9. november 2007 på Post- og teletilsynets vedtak av 17. oktober 2007. Selskapet anmodet samtidig om utsatt iverksetting. Samferdselsdepartementet gav utsatt iverksetting 15. januar 2008 for så vidt gjelder den del av vedtaket som knytter seg til reduksjon av termineringsprisen til samme nivå som Telenors innen 1. februar 2008.

Ventelo viste i klagen til at en rapport vedrørende Post- og teletilsynets analyse av marked 9 ville bli ettersendt. Departementet mottok rapporten 18. desember 2007. Rapporten fra Oeconomica er utarbeidet av professorene Espen R. Moen og Christian Riis ved Handelshøyskolen BI. Rapporten er utarbeidet på oppdrag fra Ventelo, Get, Hafslund, TDC og Lyse Tele.

Telenor kommenterte klagen ved brev av 12. desember 2007. Klagen ble oversendt til departementet for videre behandling ved brev fra Post- og teletilsynet av 6. februar 2008 (heretter "innstillingen") der tilsynet opprettholdt vedtaket. Ventelo har kommentert Post- og teletilsynets innstilling ved brev av 20. februar 2008.

2. REGULATORISK RAMMEVERK – KORT OM RETTSLIG UTGANGSPUNKT

2.1 Ekomregelverket – kort om rettslig utgangspunkt

Det regulatoriske rammeverket skal legge grunnlag for harmonisering i EU/EØS-området, begrense etableringshindringer og tilrettelegge 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 ekomloven § 3-2), utpeke tilbydere med såkalt ”sterk markedsstilling” (jf ekomloven § 3-3) for deretter å ilegge nærmere bestemte plikter for de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf ekomloven § 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 § 3-4¹ 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 § 4-9² 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 bl.a. 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 til kostnadsorientert pris kan innrømme tilbyderne en rimelig tilpasningsperiode med trappetrinnsregulering.

¹ Ot.prp. nr 58 (2002-2003) s. 100

² Ot.prp. nr 58 (2002-2003) s. 106

2.3 EØS-direktivpakken og retningslinjer fra ERG

I 2002 vedtok EU følgende fem direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikationsverndirektivet. Nevnte direktiver (heretter "Direktivpakken") trådte i kraft for Norge 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 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 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 et større marked og like rammebetingelser for nasjonale og internasjonale aktører. Det ovennevnte dokumentet fra ERG er metodisk bygget opp rundt en gjennomgang av og en beskrivelse av generelle konkurranseproblemer i sektoren. Det gir en generell redegjørelse for aktuelle virkemidler og medlemsstatenes felles synspunkt for løsning av de aktuelle konkurranseproblemer. Dokumentet er ikke uttømmende. 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 bl.a. § 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. Myndigheten skal så langt som mulig ta hensyn til ESAs merknader, og ESA skal notiseres om vedtaket når dette er fattet.

Det står klart at verken ERG eller ESA har noen formell rolle i forhold til 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. VENTELOS ANFØRSLER

Ventelo anfører innledningsvis at Post- og teletilsynets vedtak lider av prosessuelle mangler, herunder at ekomloven § 10-6 (pålegg om retting) ikke er korrekt hjemmel for vedtaket, men at vedtaket må forankres i ekomloven § 4-9, jf. § 3-4. Videre anføres det at Post- og teletilsynet har brutt med lovpålagt vurderingsnorm ved ikke å ha vurdert alle aspekter av bærekraftig konkurranse, herunder hensynet til investeringsinsentiver og forpliktelsens forholdsmessighet. Ventelo anfører også at Post- og teletilsynet har lagt til grunn feil faktum i antagelsen om at duplisering av infrastruktur ikke er mulig. Selskapet mener tilsynet har brukt feil kriterier i valget mellom prinsipp 2 (at duplisering ikke er mulig) og prinsipp 3 (virkemiddelbruk som skal støtte infrastrukturinvesteringer), og at riktig valg av prinsipp ville vært prinsipp 3. Videre anfører selskapet at Samferdselsdepartementets vedtak i marked 11 av 6. oktober 2006 (LLUB-vedtaket) har betydning for reguleringen av termineringsprisene. Selskapet anfører i tillegg at det foreligger slike spesielle forhold som forutsatt av tilsynet i SMP-vedtaket og som tilsier at Ventelos termineringspris må kunne avvike fra Telenors. Endelig avviser Ventelo at behovet for prisregulering er til stede blant annet fordi det ikke er mulig i praksis å vurdere hvilken pris som er ineffektiv i samfunnsøkonomisk forstand og fordi etableringshindringene i det relevante markedet ikke er absolutte.

4. DEPARTEMENTETS VURDERING

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at Ventelos minuttpris på dagtid er oppgitt feil i tilsynets vedtak. Korrekt minuttpris er 7,1 øre. Forholdet har imidlertid ingen betydning for det tall som er lagt til grunn som snittkostnaden for å terminere en gjennomsnittssamtale. Denne er korrekt oppgitt til 40,1 øre frem til og med 31. januar 2008. Departementet går derfor ikke nærmere inn på dette.

I det følgende vil departementet foreta en gjennomgang og vurdering av de enkelte anførsler i Ventelos klage.

4.1 Hjemmelsgrunnlaget for vedtaket

Ventelo anfører innledningsvis at Post- og teletilsynet ikke viser til noen hjemmel for vedtaket. I stedet har Post- og teletilsynet i følge selskapet forankret vedtaket i sitt tidligere vedtak (SMP-vedtaket). Ventelo har videre anført at ekomloven § 10-6 (pålegg om retting) ikke er korrekt hjemmel for vedtaket, men at vedtaket må forankres i ekomloven § 4-9, jf. § 3-4. Til støtte for dette anføres at vedtaket av 17. oktober 2007 innebærer en ny og strengere regulering som ikke kan innfortolkes i SMP-vedtaket. Selskapet viser til at SMP-vedtaket førte til krav om "rimelige priser" som må anses for en mild prisregulering, mens vedtaket av 17. oktober 2007 innebærer krav om pristak som er den strengeste form for prisregulering.

Post- og teletilsynet har i innstillingen redegjort for at den korrekte hjemmel for vedtaket etter tilsynets syn er ekomloven § 10-6. Vedtaket innebærer ikke en ny regulering og en ny vurdering etter § 4-9 kan etter tilsynets oppfatning ikke kreves for å håndheve de forpliktelsene som er fastlagt i SMP-vedtaket.

Departementet vurderer i det følgende Ventelos anførsel om feil hjemmelsbruk. Departementet viser til at et forvaltningsorgan ikke kan gå utover den kompetanse loven gir.

Hvis Post- og teletilsynet kan sies å ha gått ut over sin kompetanse ved fastsetting av vedtaket, vil vedtaket måtte ansees for å være ugyldig. I henhold til dagens funksjonsfordeling etter ekomloven har tilsynet kompetanse til å fatte vedtak etter § 10-6 og § 4-9 jf. § 3-4, jf. funksjonsfordeling innen myndigheten etter lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 nr 881. Tilsynet går derfor ikke ut over den kompetansen som loven og delegeringen gir til tilsynet uansett hvilken av hjemlene som anvendes. Spørsmålet som det må tas stilling til er om § 10-6 er korrekt hjemmel eller om vedtaket må forankres i ekomloven § 4-9 jf. § 3-4, og om dette i så fall medfører plikt eller behov for en ny vurdering etter § 4-9, jf. § 3-4. Dersom en slik ny vurdering skulle ha vært gjort, og det er grunn til å regne med at den manglende vurderingen utgjør en feil som har virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. fvl. § 41, vil vedtaket måtte ansees for å være ugyldig. Departementet vurderer i det følgende om hjemmelsbruken er riktig. Departementet kommer tilbake til spørsmålet om oppfyllelse av lovpålagt vurderingsnorm i avsnitt 4.2.

Utgangspunktet for saken er at vedtaket pålegger Ventelo et pristak på en gjennomsnittssamtale som fra 1. februar 2008 ikke kan overstige 20,5 øre og som er resiprokt med det pristak som er fastsatt for Telenor. I SMP-vedtaket pkt. 9.2.2.2 pålegges blant andre Ventelo å ha *"rimelige termineringspriser. Prisene skal ta utgangspunkt i Telenors men kan avvike noe dersom spesielle forhold tilsier det"*. Det fremgår videre av SMP-vedtaket pkt. 8.3.2.3. at *"dersom partene ikke kommer til enighet om hva som er å anse som rimelige termineringspriser, vil PT kunne vurdere dette i hvert enkelt konkrete tilfelle."*

Prisregulering i SMP-vedtaket er hjemlet ekomloven § 4-9. Bestemmelsen hjemler den strengeste virkemiddelbruk som er til myndighetenes rådighet med henblikk på å bidra til bærekraftig konkurranse. Bestemmelsen skiller ikke etter sin ordlyd mellom en "mildere og strengere form for prisregulering". I begrepet prisregulering ligger at myndigheten kan gi pålegg om at det skal anvendes ulike former for fastsetting av pris. Det fremgår av forarbeidene til ekomloven § 4-9¹ at *"myndigheten kan over tid endre på krav om pålagt prisregulering. Dette kan gjøres ved at prisreguleringen skjerpes, lempes eller ved at kravets innhold for øvrig endres"*. Videre fremgår det at *"dersom pålagte forpliktelser ikke oppfylles vil bestemmelsene i lovens kap. 10, herunder § 10-6 kunne komme til anvendelse."*

Samferdselsdepartementet mener på dette grunnlag at det ligger innenfor tilsynets kompetanse etter § 4-9 å endre, herunder både skjerpe og lempe, prisreguleringen i SMP-vedtaket. Videre ligger det innenfor tilsynets kompetanse etter § 10-6 å kreve retting dersom pålagte forpliktelser ikke etterfølges. Det vises til at § 10-6 gir hjemmel til å sette vilkår som må oppfylles for at virksomheten skal være i samsvar med krav fastsatt i medhold av loven, og at dette gjelder retting etter § 4-9, jf. ovenfor. Spørsmålet om riktig hjemmelbruk blir derfor om vedtaket skjerper prisreguleringen etter SMP-vedtaket, eller om det setter vilkår for å sikre at Ventelo er i samsvar med SMP-vedtaket. Det fremgår av SMP-vedtaket at Ventelo er forpliktet til å ta "rimelige priser" og at prisene skal ta utgangspunkt i Telenor sine priser. I vedtaket pålegges Ventelo med hjemmel i § 10-6 å endre sin termineringspris ned til samme nivå som Telenor (resiproke priser).

¹ OT. prp. Nr. 58 (2002-2003), side 106

Departementet viser til klageinstansens vedtak av 11. juli 2007, også denne med utgangspunkt i SMP-vedtaket, gjeldende Telio Telecom i marked 9 (Telio-vedtaket) hvor det på side 5 og 6 fremgår:

"Som nevnt innledningsvis ble Telio i SMP-vedtaket pålagt å ha "... rimelige priser". Det heter videre i vedtaket at: "Prisene skal ta utgangspunkt i Telenors priser, men kan avvike noe dersom spesielle forhold skulle tilsi det. Slike forhold kan bl.a. være relatert til kostnadsnivået for tilbyderens nett, balansen i trafikkstrømmer til/fra de respektive sluttkundene og hvor lang tid som har gått siden tilbyderen ble etablert i markedet. Avvik må kunne begrunnes og dokumenteres." Samferdselsdepartementet forstår dette slik at termineringsprisene normalt skal ligge rundt Telenors priser, men at forhold som avvikende kostnadsnivå, ubalanse i trafikken og høyere kostnadsnivå i en oppstartsfasen skal kunne rettferdiggjøre avvik fra normalen. Hva som nærmere ligger i disse unntakene må vurderes særskilt i den enkelte sak. Utgangspunktet skal være resiproke priser, og det er unntaket fra dette som må begrunnes."

Samferdselsdepartementet er fortsatt av den oppfatning at en naturlig språklig forståelse av "rimelige priser" sammenholdt med ordlyden for øvrig i vedtaket tilsier at prisene skal være resiproke med Telenors, men at prisene kan avvike noe dersom spesielle forhold skulle tilsi det. "Rimelige priser" kan ikke i dette tilfelle gi Ventelo anledning til på generelt grunnlag å ta en høyere pris enn Telenor.

Departementet vurderer videre i tråd med uttalelsen på side 6 i vedtaket i Telio-saken som Ventelo refererer til, at også vedtaket i nærværende sak innebærer både en presisering og en konkretisering av SMP-vedtaket. Tilsynets vedtak hviler på den forutsetning at det ikke er påvist spesielle forhold som skulle tilsi at Ventelos termineringspris skal være høyere enn Telenors. Dette spørsmålet behandles nedenfor avsnitt 4.5. I dette konkrete tilfellet finner Samferdselsdepartementet ikke grunnlag for å fastslå at det i seg selv er tale om en skjerpet prisforpliktelse når Post- og teletilsynet pålegger Ventelo å ha termineringspriser som er resiproke med Telenors. Dette mener departementet fordi Ventelos forpliktelse til å ta utgangspunkt i Telenors nivå for termineringspris er uttrykt allerede i tidligere SMP-vedtak. Departementet finner videre at det ligger innenfor tilsynets hjemmel for retting i ekomloven § 10-6 å nærmere presisere hvilken pris (angitt ved pristak) som vil være å anse for resiprok med det pristaket som er satt å gjelde for Telenor.

Det forhold at vedtaket ikke viser til § 4-9, men i stedet hjemles i § 10-6 og det tidligere SMP-vedtak innebærer etter departementets vurdering derfor ikke feil rettsanvendelse. Videre mener departementet at vedtaket som pålegger Ventelo å rette termineringsprisen med hjemmel i ekomloven § 10-6 innebærer at det må ses hen til de vurderingsnormer som følger av § 4-9 og som er lagt til grunn i SMP-vedtaket. Dette mener departementet fordi de vurderingene som tilsynet må foreta for å treffe beslutning om retting etter § 10-6 er knyttet til SMP-vedtaket på en slik måte at også det nye vedtaket vil være hjemlet i § 4-9, selv om det ikke vises direkte til denne bestemmelsen. På dette grunnlag mener departementet også at vedtaket vil være i tråd med ekomloven og de forutsetningene som er oppstilt av departementet i Telio-vedtaket.

4.2 Brudd på lovpålagt vurderingsnorm

Ventelo har videre anført at hvis det legges til grunn at ekomloven § 10-6 er riktig hjemmel, har Post- og teletilsynet likevel plikt til å anvende samme vurderingsnormer som gjelder for fastsettelsen av regulatoriske forpliktelser etter § 4-9, jf. § 3-4. Omvendt hvis det legges til grunn at Post- og teletilsynet ikke har plikt til å foreta selvstendig vurdering i vedtak 17. oktober 2007, men kan legge til grunn vurderingene i SMP-vedtaket, da har Post- og teletilsynet ifølge selskapet brutt med den lovpålagte vurderingsnormen i SMP-vedtaket. Selskapet viser til at Post- og teletilsynet ikke har vurdert alle aspekter av bærekraftig konkurranse, at tilsynet har brutt med plikten til å vurdere forpliktelsens forholdsmessighet og at man ikke har hensyntatt prisforpliktelsens virkning på investeringsinsentiver.

Det vises til pkt. 4.1 der departementet har konkludert med at tilsynet i vedtaket med hjemmel i ekomloven § 10-6 må se hen til de vurderingsnormer som følger av § 4-9 og som er lagt til grunn i SMP-vedtaket. Vedtaket om retting etter § 10-6 er knyttet til SMP-vedtaket slik at også det nye vedtaket må ansees hjemlet i § 4-9, selv om det ikke vises direkte til denne bestemmelsen. Spørsmålet blir derfor om Post- og teletilsynet i vedtaket sett sammen med det SMP-vedtaket som det knytter seg til, har oppfylt de kravene som ekomloven stiller til tilsynets vurdering ved prisregulering i medhold av § 4-9, jf. § 3-4, herunder om de konkrete forpliktelser i vedtaket ligger innen for lovens formål.

4.2.1 Vurdering av bærekraftig konkurranse

Ventelo peker innledningsvis på at Post- og teletilsynet har plikt til å vurdere om den aktuelle prisforpliktelse vil fremme bærekraftig konkurranse. Tilsynet har i følge selskapet ikke foretatt noen vurdering av om prisforpliktelsen vil fremme bærekraftig konkurranse. Post- og teletilsynet bygger dette vedtaket (alene) på de vurderinger av hensynet til bærekraftig konkurranse som ble foretatt i SMP-vedtaket. Post- og teletilsynet er i følge Ventelo forpliktet til å foreta en konkret konkurranseanalyse i forbindelse med pålegg av forpliktelse. Konkurransanalysen skal omfatte en analyse av den regulatoriske forpliktelsens virkning på den samfunnsøkonomiske effektivitet. Vurderingen av samfunnsøkonomiske effektivitet kan ikke begrenses til kortsiktig eller statisk effektivitet. Også langsiktig eller dynamisk effektivitet må vurderes, så vel i det aktuelle marked (marked 9) som i andre markeder som påvirkes av prisreguleringen.

Det må i følge Ventelo være klart at denne feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf prinsippet i forvaltningsloven § 41, og at vedtaket følgelig er ugyldig.

Post- og teletilsynet har i sin innstilling redegjort for at formålet med det påklagede vedtaket klart fremkommer i SMP-vedtaket og at tilsynet har funnet det tilstrekkelig å henvise til de formålsbetraktninger som er gjort der.

Departementet mener at det må vurderes om de konkrete forpliktelsene i vedtaket ligger innenfor lovens formål herunder hensynet til bærekraftig konkurranse jf. ekomloven § 1-1. Det vises til departementets vurderinger ovenfor i pkt. 4.1 om at det må ses hen til de vurderingsnormer som følger av § 4-9 og som er lagt til grunn i SMP-vedtaket.

Ekomloven § 4-9 angir vilkårene for prisregulering. Hensynet til bærekraftig konkurranse er et av flere vurderingsmomenter, jf. også forarbeidene til § 4-9². Post- og teletilsynet har i SMP-vedtaket vist til at "...overprising er et alvorlig potensielt konkurranseproblem." og videre at "I markedene for terminering i fastnett er det ansett at konkurranse bare i liten grad vil bidra til prisreduksjoner." (pkt. 294). Videre vises til tilsynets SMP-vedtak pkt. 332 der det fremgår at "Slike priser vil kunne være ineffektive ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv....Eventuelle urimelig høye termineringspriser anses å utgjøre et konkurranseproblem".

Det vises videre til departementets drøftelser i Telio-vedtaket i punkt 5.1.1, der departementet konkluderte med at formålet fremkommer klart i SMP-vedtaket som Post- og teletilsynet gjennomgående henviser til i sitt nye vedtak, og derfor ikke trengte å bli behandlet nærmere i etterfølgende vedtak. Departementet fastholder dette synspunktet. Post- og teletilsynet har i SMP-vedtaket vurdert at reguleringen vil fremme lovens formål ved å hindre overprising som vil kunne være ineffektiv ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. Å regulere termineringsprisene vil etter tilsynets vurdering være til gagn for sluttbrukerne og markedet generelt. Departementet slutter seg til denne vurderingen.

Basert på de vurderinger som allerede ligger til grunn for SMP-vedtaket og som vedtaket om retting baseres på, finner departementet ikke grunnlag for å fastslå at Post- og teletilsynet er forpliktet til å foreta en ny selvstendig konkurranseanalyse i forhold til bærekraftig konkurranse. Den informasjonen departementet har om markedet tyder heller ikke på at konkurransesituasjonen har endret seg vesentlig i perioden fra utferdigelsen av SMP-vedtaket (mars 2006) og til vedtaket ble truffet (oktober 2007). Departementet mener derfor at SMP-vedtakets analyse kan legges til grunn. Departementet er ikke kjent med forhold som tilsier at det ikke lenger skulle være grunnlag for å anse overprising av terminering som et potensielt konkurranseproblem i fastnettmarkedet. Tvert i mot vises det til EU-Kommisjonen³ og ERGs arbeid⁴ med å lage veiledninger til reguleringen av faste og mobile termineringspriser i det indre marked, nettopp fordi overprising av termineringspriser anses for å være et viktig konkurransemessig problem for alle europeiske ekommarkeder. I dette arbeidet understrekes det at det er sluttbrukerne som belastes de høye termineringsprisene mellom tilbyderne.

Samferdselsdepartementet finner basert på SMP-vedtaket at også den samfunnsmessige effektivitet er tilstrekkelig vurdert i vedtaket. Det samfunnsmessige velferdstapet ved høye termineringspriser ("superprofitt") er identifisert i SMP-vedtaket pkt. 294 og pkt. 332. Departementet finner ikke grunnlag for at den samfunnsmessige effektivitet er vurdert for snevert av tilsynet selv om spørsmålet om effektene av reguleringen i termineringsmarkedet på lang sikt og dynamisk ikke er omtalt. Departementet er kjent med at reguleringen vil ha en negativ effekt på inntjeningen til Ventelo, og at dette vil få konsekvenser relativt raskt. Når det gjelder den langsiktige effekten, legger departementet til grunn at selskapet kan tilpasse sin drift over tid. Det må imidlertid understrekes at dynamiske hensyn som man for eksempel tar i reguleringen på mobilmarkedet, herunder mobiltermineringsmarkedet, ikke nødvendigvis er hensyn man kan ta i fastnettmarkedet. Hva angår vurderingen av effekten i andre markeder er departementet av den oppfatning at dette spørsmål må baseres på en vurdering av om

² Ot. prp. 58 (2002-2003), s. 106

³ Kommisjonens rekommendasjon "on the regulatory treatment of fixed and mobile termination rates in the EU" forventes å foreligge i løpet av sommeren 2008.

⁴ ERGs Common position on symmetry of mobile/fixed termination rates, ERG 07(83) datert 28. februar 2008.

ekomlovgivningen i dette tilfelle legger til rette for å hensynte konkurranseeffekten i andre relaterte markeder (marked 8). Spørsmålet om hvorvidt Ventelo bør tillates å ta en særlig høy termineringspris i marked 9 for å bøte på konkurransesituasjonen i marked 8 (krysssubsidiering) er nærmere omtalt nedenfor avsnitt 4.3.

4.2.2 Investeringsinsentiver

Ventelo anfører videre at Post- og teletilsynets vurdering av bærekraftig konkurranse i SMP-vedtaket ikke oppfyller lovens krav. I følge selskapet har tilsynet sett helt bort fra prisreguleringens virkning på insentivene til å investere i infrastruktur, hvilket er en konsekvens av valget mellom prinsipp 2 og 3.

Post- og teletilsynet viser i sin innstilling til ERGs "Draft Common position on symmetry of mobile/fixed termination rates" og anfører at subsidiering av infrastrukturbygging i andre markeder ikke er identifisert som en mulig grunn til å avvike fra prinsippet om symmetriske termineringspriser. På bakgrunn av dette er Post- og teletilsynet ikke enig med Ventelo i at det var naturlig og nødvendig å vurdere andre ikke-tilknyttede markeder i SMP-vedtaket.

Departementet vurderer at det ikke er plikt til å hensynte prisreguleringens virkning på insentivene til å investere i infrastruktur dersom dette forhold ikke anses for relevant i marked 9. Spørsmålet om investeringsinsentiver er relevant å hensynte beror langt på vei på en vurdering av om det er korrekt at Post- og teletilsynet har lagt til grunn reguleringsprinsipp 2 for marked 9. Når det gjelder om tilsynets vurdering av bærekraftig konkurranse er i strid med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper må dette vurderes på bakgrunn av om riktig reguleringsprinsipp er lagt til grunn. Det vises derfor til behandlingen av dette spørsmålet nedenfor under pkt. 4.3.

4.2.3 Forholdsmessighetsvurdering

Ventelo anfører videre i sin klage at Post- og teletilsynet har brutt med plikten til å vurdere forpliktelsens forholdsmessighet. Selskapet anfører at det hefter to feil ved tilsynets forholdsmessighetsvurdering. For det første mener Ventelo at Post- og teletilsynet har unnlatt å vurdere hvorvidt prisforpliktelsen som pålegges i dette konkrete vedtaket er forholdsmessig. I stedet har tilsynet vist til forholdsmessighetsvurderingen i SMP-vedtaket. For det andre anfører selskapet at tilsynet har lagt til grunn feil forståelse av hva forholdsmessighetskravet går ut på.

Post- og teletilsynet har i vedtaket lagt til grunn at en prisregulering av Ventelo basert på resiprok pris med Telenor vil være forholdsmessig. Det fremgår at dette baseres på den informasjonen som Ventelo har sent til tilsynet i forkant av vedtaket. Post- og teletilsynet legger til grunn at det minst byrdefulle alternativ skal velges dersom det finns flere alternative virkemidler som antas å gi like god effekt. Tilsynet har videre lagt til grunn at det ikke finns et fullgodt alternativ til prisregulering for å løse eventuelle problemer knyttet til potensiell overprising. Videre har Post- og teletilsynet i innstillingen redegjort for at Ventelos argumentasjon i klagen bygger på at vedtaket i realiteten innebærer en ny regulering som forutsetter at det foretas en forholdsmessighetsvurdering av virkemidlene som ilegges. Post- og teletilsynet er uenig i at dette er tilfellet og legger til grunn at det ikke skulle foretas noen ny forholdsmessighetsvurdering ved oppfølgingen av allerede ilagte prisforpliktelser. Tilsynet

mener det er naturlig å se hen til de forholdsmessighetsvurderingene som er gjort i SMP-vedtaket for å kunne sette pålegget om retting i en sammenheng med dette.

Departementet viser til de vurderingene som er gjort ovenfor i punkt 4.1 der det fremgår at tilsynet etter departementets vurdering har anledning til å presisere og konkretisere hva som var innholdet i SMP-vedtaket og at dette kan skje med hjemmel i § 10-6 om retting. Videre har departementet lagt til grunn at de vurderingene som tilsynet må foreta for å treffe beslutning om retting etter § 10-6 er knyttet til SMP-vedtaket på en slik måte at også det nye vedtaket er hjemlet i § 4-9, selv om det ikke vises direkte til denne bestemmelsen. Post- og teletilsynet viser i vedtaket tilbake til forholdsmessighetsvurderingene som er lagt til grunn i SMP-vedtaket. Departementet finner at dette er tilstrekkelig i et vedtak som gjelder retting, og mener derfor at dette er korrekt rettsanvendelse.

I SMP-vedtaket skriver Post- og teletilsynet følgende om forholdsmessighet (side 54, punkt 301):

"Siden bruk av prisregulering anses som nødvendig i markedet for terminering, i alle fall i forhold til Telenors termineringstilbud, er det viktig å sørge for at metodene for prisregulering er forholdsmessige, og ikke unødvendig tyngende for den enkelte tilbyder. Videre står det i merknaden til ekomloven § 4-9 i Ot.prp.nr. 58 (2002-2003) på side 106: "Dersom myndigheten etter bestemmelsens første ledd pålegger tilbyder å tilby prisregulert tilgang og pålegger metode for prisberegning etter annet ledd så skal metoden gi tilbyder anledning til å få en rimelig avkastning på anvendt kapital. Valg av kostnadsmetode skal gjøres slik at den er hensiktsmessig i relasjon til reguleringsbehovet, og at den fremmer bærekraftig konkurranse, samt maksimerer fordelene for forbruker."

Ventelo anfører at Post- og teletilsynet har unnlatt å vurdere de ulempene som Ventelo påføres opp mot de fordelene som søkes oppnådd, og mener at prisreguleringen er mer tyngende for Ventelo enn for Telenor fordi Ventelos kostnader må antas å være høyere enn Telenors.

Det vises her til ekomloven § 4-9 annet ledd, annet punktum der det fremkommer at "Myndigheten kan pålegge tilbyder å dokumentere at prisene er i samsvar med forpliktelsene." PT har i SMP-vedtaket pålagt Ventelo å dokumentere avvik fra Telenors priser. Dette omtales i forarbeidene som en "omvendt bevisbyrde". Med utgangspunkt i dette, viser departementet til vedtaket side 9 der tilsynet skriver: "Etter PTs syn vil en prisregulering av Ventelo ned til resiprok pris med Telenor basert på den oversendte informasjonen være forholdsmessig." Slik det fremgår har tilsynet basert vurderingen av vedtakets forholdsmessighet på den informasjonen som Ventelo har oversendt tilsynet i forkant av vedtak om retting. Sammenholdt med plikten til å vurdere den konkrete forpliktelses forholdsmessighet opp mot de ulemper som forpliktelsen må antas å ha for tilbyder, mener departementet at det må kunne legges til grunn at man i vedtaket har vurdert at forpliktelsen ikke vil ha uforholdsmessige ulemper for Ventelo når det ses hen til den informasjon som selskapet selv har oversendt Post- og teletilsynet i form av produktkalkyle.

Videre fremgår det at tilsynet har lagt til grunn at det ikke finnes fullgode alternativer for å løse eventuelle problemer knyttet til potensiell overprising i termineringsmarkedet. Departementet støtter denne vurdering. Departementet mener derfor at Post- og teletilsynet i

vedtaket sammen med de vurderinger som er lagt til grunn i SMP-vedtaket, har oppfylt sin plikt til å vurdere alle relevante aspekter av forpliktelsens forholdsmessighet i tråd med ekomloven og forvaltningsloven.

Videre når det gjelder spørsmålet som reises av Ventelo i tilknytning til den forholdsmessighetsvurderingen som den danske IT- og telestyrelsen har lagt til grunn i vedtak 18. januar 2006, bemerker Samferdselsdepartementet at sitatene som Ventelo har hentet derfra synes å være tatt ut av sin sammenheng på en måte som gir et misvisende bilde av markedssituasjonen slik den danske styrelsen har vurdert denne i Danmark. Samferdselsdepartementet bemerker videre at markedssituasjonen i Norge ikke er lik situasjonen i verken Danmark eller Sverige. Den dominerende aktøren i både Danmark (TDC Danmark) og Sverige (TeliaSonera) har i praksis oppnådd resiproke priser med de andre tilbyderne, noe som ikke er situasjonen i Norge. Det vises til at TDC Danmark gjennom sin markedsmakt har greid å forhandle frem resiproke priser med de andre tilbyderne. Situasjonen er ikke oppnådd gjennom regulatoriske krav fra myndighetene, men fordi markedet der selv regulerer dette til fordel for både tilbydere og sluttbrukere. At danske myndigheter har vurdert det som ikke forholdsmessig å pålegge krav om ikke-diskriminering eller prisregulering overfor de små tilbyderne, er etter Samferdselsdepartementets oppfatning forståelig all den tid det danske markedet selv regulerer i retning resiproke priser. I Norge krever andre tilbydere vesentlig høyere termineringspris enn Telenor, noe som taler for at regulering er nødvendig.

Departementet forstår for øvrig Ventelos klage slik at det ikke er en del av Ventelos anførsel at reguleringen av selskapet, herunder den forholdsmessighetsvurderingen som er lagt til grunn for reguleringen, skal tilpasses situasjonen i Danmark og Sverige ut fra et harmoniseringshensyn. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at forholdet til harmonisering er behandlet inngående i Samferdselsdepartementets vedtak i marked 9 av 17.07.2008 (Hafslund/TDC). Departementet viser til denne gjennomgangen og de vurderingene som er lagt til grunn i dette vedtaket.

4.3 Feil faktum lagt til grunn

Ventelo har anført at Post- og teletilsynet har lagt til grunn feil faktum når det gjelder antagelsen om at duplisering av infrastruktur ikke er mulig. Selskapet mener tilsynet har brukt feil kriterier i valget mellom prinsipp 2 og prinsipp 3, og at riktig valg av prinsipp ville vært prinsipp 3. Videre anfører selskapet at det avgjørende for valg av prinsipp må være graden av sannsynlighet for at duplisering av infrastruktur er mulig. Det anføres at tilsynet ikke har knyttet sin begrunnelse til dette. Selskapet mener tilsynet har misforstått hvorfor ERGs virkemiddeldokument oppstiller et skille mellom prinsipp 2 og 3. Selskapet mener Post- og teletilsynet ikke har vurdert hvordan reguleringen virker inn på investeringsincentivene, herunder utbygging av for eksempel bredbånd.

Videre anføres det at det underliggende skillet mellom PSTN/ISDN infrastruktur og bredbåndsstruktur er feil. Selskapet mener det er ulogisk å vurdere muligheten for duplisering av PSTN/ISDN infrastruktur og bredbåndsinfrastruktur hver for seg. Det relevante produktmarkedet, terminering av telefoni, omfatter i følge Post- og teletilsynet både PSTN/ISDN og bredbånd. Selskapet mener derfor det ikke er grunnlag for å regulere originering og terminering av bredbåndstelefoni etter forskjellige prinsipper. Dersom det er mulig å bygge infrastruktur som kan benyttes til originering, kan det også bygges infrastruktur

som kan benyttes til terminering. Selskapet anfører at vedtaket er ugyldig som følge av feilene.

Post- og teletilsynet viser til ERGs virkemiddeldokument hvor de fire prinsippene som bør legges til grunn ved valg av virkemidler defineres. Post- og teletilsynet mener det fremgår av dette at grunnen til at prinsipp 3 legges til grunn er at der alternativ infrastruktur anses å være mulig, vil alternativ infrastruktur kunne legge til rette for virksom konkurranse på lengre sikt. Det er derfor slik at problemet med overprising ikke vil avhjelpest dersom det dupliseres infrastruktur. Tilsynet mener at duplisering av infrastruktur ikke vil skape konkurranse i marked 9, og at det derfor ikke er grunnlag for å legge prinsipp 3 til grunn for reguleringen.

Når det gjelder ulike valg av prinsipp i marked 9 (terminering) og marked 8 (originering) viser tilsynet til at det er spesielle forhold i marked 9 som gjør at duplisering av infrastruktur ikke vil føre til virksom konkurranse. Post- og teletilsynet viser også til at mobilmarkedene er regulert på samme måte (marked 15 basert på prinsipp 3 og marked 16 basert på prinsipp 2). Post- og teletilsynet mener derfor at vedtaket ikke bygger på feil faktum.

Departementet er innforstått med at det foregår nettutbygging som enkelte steder kan erstatte Telenors nett. De nye nettene etableres ofte for å kunne levere samlede løsninger med både telefoni, bredbånd og TV til sluttkundene. Utbyggingen av IP-baserte telefoniløsninger i nye bredbåndnett (det være seg trådløse nett, kabelTV-nett, fibernet etc) skjer med ny teknologi som er rimeligere å drifte og tilbydere kan velge å etablere seg i områder som anses som mer lønnsomme enn andre. Dette gjør det etter departementets mening vanskelig å begrunne at prisen i nye nett skal være høyere enn prisen i et PSTN/ISDN nett med krav om å dekke alle husstander i landet.

Når det gjelder Ventelos anførsel om at Post- og teletilsynet ikke har vurdert hvordan reguleringen virker inn på investeringsincentivene, herunder utbygging av bredbånd, viser departementet til at det er reguleringsprinsipp 2 som ligger til grunn i termineringsmarkedet. Konkurransproblemer i termineringsmarkedet kan derfor ikke løses ved at det investeres i nett. Departementet mener derfor at hensyn som man for eksempel tar i mobilmarkedet, ikke kan tas i fasttelefonmarkedet. I marked 16 tillates det en overgangsperiode med høyere priser i en oppstartsfase for å gi incentiver til å klatre på investeringsstigen. Som Tilsynet anfører kan ikke Ventelo etter 9 år i markedet anses for å være i en oppstartsfase lenger. Selskapet vil derfor ikke falle inn under denne ordningen.

Samferdselsdepartementet er enig med Ventelo om at man både i Sverige og Danmark tilsynelatende har lagt til grunn at prissettingen av fastnetterminering påvirker investeringsincentivene. Departementet mener imidlertid også at tilsynet har lagt en tilsvarende vurdering til grunn i sitt vedtak, men at tilsynet likevel har funnet at reguleringen av termineringsprisene i fastnettmarkedet ikke skal være et virkemiddel for å fremme infrastrukturbasert konkurranse i for eksempel bredbåndsmarkedet. Departementet mener tilsynets vurdering langt på vei er i tråd med PTS sin beslutning 6. juli 2004 s. 15, hvor det står at *reguleringen av termineringspriser skal være nøytral i forhold til investeringen i andre nett.*

Som Ventelo skriver, vil incentiver til å investere i nett avhenge av inntekter som genereres fra flere tjenester. Samferdselsdepartementet mener at Ventelo ikke kan forvente at termineringsmarkedet skal generere størsteparten av inntektene til bygging av infrastruktur,

og viser til at Ventelo også tilbyr andre tjenester som generer inntekter. Det vises til at det faktisk ikke er Ventelos egne kunder som betaler termineringsprisen, men andre tilbyders kunder som ringer til Ventelos kunder. (Departementets understreking).

Samferdselsdepartementet mener derfor at begrunnelsen som Ventelo legger opp til ikke kan forsvares overfor sluttbrukerne i markedet. Ventelo viser til at saken hadde stilt seg annerledes dersom det ikke hadde vært mulig å bygge alternative aksessnett, og at selskapet da ikke hadde hatt en forventning om inntekter fra slike investeringer. Departementet er innforstått med at det er flere tilbydere som bygger alternative aksessnett og viser til vurderingen under punkt 4.5 vedrørende kostnader knyttet til aksessnettet.

Når det gjelder Ventelos anførsel om at det er ulogisk å vurdere regulering av originering og terminering av bredbåndstelefoner ulikt, viser departementet til at termineringsmarkedet er et de facto monopol, og at alternative nett ikke vil avhjelpe dette problemet, jf ovenfor. Det vises for eksempel til mobilmarkedet der markedet for terminering reguleres etter prinsipp 2 og markedet for originering reguleres etter prinsipp 3, som da altså er et tilsvarende eksempel som reguleringen av originering og terminering av bredbåndstelefoner.

Samferdselsdepartementet er derfor enig med tilsynet i at prinsipp 3 ikke vil være riktig valg av prinsipp i termineringsmarkedene, da infrastrukturkonkurranse ikke avhjelper problemene og derfor ikke fører til bærekraftig konkurranse. Videre mener departementet at tilsynet ikke har brutt med den lovpålagte vurderingsnorm ved ikke å hensynta prisforpliktelsens virkning på investeringsinsentiver, fordi tilsynet ikke har plikt til å hensynta forhold som ikke kan anses relevante for det marked som reguleres jf. departementets delkonklusjon under pkt. 4.2.2.

Departementet kan således ikke se at tilsynet har lagt feil faktum, herunder valg av prinsipp, til grunn. Departementet finner heller ikke at tilsynet har misforstått ERG eller gjort andre feil på dette punkt som skulle tilsi at vedtaket er ugyldig.

4.4 Likheter og forskjeller mellom prising av terminering og LLUB og virkningen på investeringsinsentivene

Ventelo anfører at Samferdselsdepartementets vedtak i marked 11 av 6. oktober 2006 (LLUB-vedtaket) har betydning for reguleringen av termineringsprisene. Departementet endret tilsynets vedtak ut fra en avveining mellom kortsiktig og langsiktig effektivitet – hensynet til bærekraftig konkurranse – som tilsa at prisene ikke skulle senkes så mye som tilsynet vedtok. Nivået på den regulerte termineringsprisen for en bestemt tilbyder vil etter Ventelos vurdering påvirke den samme tilbyders insentiv til å bygge infrastruktur på samme måte som i marked 11.

Tilsynet mener at Ventelos sammenligning mellom regulering av termineringsprisen i marked 9 og departementets vurderinger i marked 11 er knyttet til insentiver for å bygge egen alternativ infrastruktur, noe som ikke gjør seg gjeldende for marked 9 der en duplisering av infrastruktur ikke vil kunne avhjelpe problemer med overprising på terminering.

Departementet støtter tilsynets vurdering om at Samferdselsdepartementets vedtak i marked 11 (markedet for full tilgang til det faste aksessnettet for levering av bredbånds- og

telefontjenester) ikke har relevans for konkurranseproblemerne knyttet til overprising av terminering i marked 9.

Marked 11 er teknologispesifikt og pålegger Telenor en rekke forpliktelser etter ekomloven §§ 4-1, 4-6, 4-7 og 4-9. Ved fastsettelsen av den regulerte prisen i marked 11 ble det tatt hensyn til behovet for investeringer til å vedlikeholde og til å videreutvikle kobberaksessnett. Dette ble gjort fordi kobberaksessnettets fortsatt er en viktig bærer av bredbåndstjenester til en stor andel av norske husstander. Investeringer er derfor nødvendig for å gi alternative tilbydere og sluttkundene et godt tilbud over hele landet. Det er videre verdt å merke seg at Telenor nå tar en lavere pris i marked 11 enn den maksimalpris de ble pålagt i SDs vedtak av 6. oktober 2006.

4.5 Kravet til spesielle forhold

4.5.1 Om spesielle forhold

I SMP-vedtaket på Post- og teletilsynet de andre tilbyderne av terminering i fastnettet rimelige priser som skulle ta utgangspunkt i Telenors priser. Prisene kunne avvike noe dersom spesielle forhold skulle tilsi det. Slike forhold kunne bl.a. være relatert til kostnadsnivået ved tilbyderens nett, balansen i trafikkstrømmer til/fra de respektive sluttkundene og hvor lang tid som hadde gått siden tilbyderen ble etablert i markedet. Slike avvik skulle begrunnes og dokumenteres.

I pålegg om retting lister tilsynet opp ulike forhold som eventuelt kan eller ikke kan begrunne avvikende forhold. Disse forholdene er: Kostnadsforhold ved tilbyderens nett, herunder: topografiske/strukturelle forhold, teknologi/kvalitet/kostnadsnivå i aksessnett og kostnader for utstyr plassert hos sluttbruker, foretatte investeringer, planer om investering i nytt nett, gjensidighet i betaling av tilknytning. Et annet forhold som kan begrunne avvikende pris er tidspunkt siden etablering med grunnlag i samme vurdering som i marked 16.

Ventelo anfører at det foreligger slike spesielle forhold som kan begrunne en avvikende pris i forhold til Telenors. Departementets gjennomgang og vurdering av selskapets argumenter fremgår av det følgende.

4.5.2 Dekning for kostnader

Ventelo anfører innledningsvis at vedtaket fører til at selskapet ikke får dekket sine kostnader.

Post- og teletilsynet er kritisk til Ventelos kostnadshenføring. Tilsynet anfører at hovedbegrunnelsen til Ventelo er at reguleringen i marked 9 skal gi incentiver til å investere i infrastruktur som også skal benyttes til andre tjenester. Tilsynet mener dette ikke er et relevant hensyn og vil være i strid med den praksis som ERG nå legger opp til for å sikre europeisk harmonisering.

Samferdseldepartementet har i brev 14. april 2008 bedt Post- og teletilsynet om en utdypende redegjørelse for de vurderinger tilsynet har gjort knyttet til produktkalkylen. Departementet mener at det må legges til grunn at Post- og teletilsynet på forsvarlig måte har gjennomgått og

vurdert Ventelos redegjørelse for egen termineringspris og de enkelte postene i produktkalkylen. Det vises blant annet til tilsynets redegjørelse i brev 17. april 2008 der tilsynet skriver: "PT gikk da gjennom de mottatte regnskapene og identifiserte en rekke poster som etter tilsynets mening var feilaktig henført til terminering." Departementet mener punkt 5 i pålegg om retting gir en oversikt over hva tilsynet blant annet har vurdert. Det er imidlertid verdt å merke seg at tilsynet her skriver: "Videre er PT kritisk til andelen kostnader som er fordelt til terminering for en del av postene. Eksempelvis bør en vesentlig del andel av utstyrs kostnader for telefoniplattformer henføres til et abonnementsprodukt." (Departementets understreking). Tilsynet har altså ikke oppstilt en utømmende liste over alle postene dette berører, men trekker heller frem eksempler på konkrete poster. Videre konkluderer tilsynet med at de ikke kan se at Ventelo har trukket frem spesielle relevante kostnadsforhold ved nettet som i seg selv begrunner spesielt høye gjennomsnittskostnader. Ventelo har således ikke dokumentert at selskapet har kostnader som skulle tilsi høyere priser enn Telenor. Departementet vurderer på denne bakgrunn at det ikke er konstatert forhold som tilsier at Ventelo får udekkede kostnader på termineringsproduktet.

4.5.3 Kostnadsforhold ved Ventelos nett teknologi/kvalitet

Ventelo anfører at Post- og teletilsynet ikke har begrunnet hva som ligger i kravet til "merverdi i termineringen". Videre anføres at det er i strid med tilsynets plikt å hensynta prisforpliktelsens virkninger utenfor det berørte marked, og langsiktige virkninger. Selskapet mener at når det ikke hensyntas annen aksess teknologi vil konsekvensene være at investeringsinsentivene reduseres.

Post- og teletilsynet viser til at argumentasjonen relaterer seg til om tilsynet skulle ha hensyntatt investeringsinsentivene og fastholder at prinsipp 2 bør legges til grunn. Videre viser tilsynet til at infrastrukturutbygging i andre markeder ikke er identifisert som en mulig grunn til å avvike fra prinsippet om rimelige priser.

Samferdselsdepartementet mener det fremgår av vedtaket at Post- og teletilsynet legger til grunn at potensialet for å tilby terminering av vesentlig høyere kvalitet enn Telenor er relativt begrenset. Departementet vurderer derfor på denne bakgrunn at "merverdi i termineringen" kan være høyere kvalitet på termineringen som følge av investeringer i kostbar teknologi, men at høyere kvalitet må anses som lite sannsynlig i termineringsmarkedet. Til Ventelos anførsel om at reguleringen vil føre til reduserte investeringsincentiver og virkninger i andre berørte markeder, viser departementet til vurderingen under punkt 4.3. Departementet fastholder at det i marked 9 er tjenesten terminering som reguleres, og at det ikke er hensiktsmessig å ha en mildere regulering i dette markedet for å "subsidiere" driften i andre markeder. Departementet mener derfor at det heller ikke blir riktig å ha en midlere regulering i marked 9 for å hensynta den langsiktige utviklingen i andre markeder.

4.5.4 Kostnadsnivå i aksessnett og kostnader for utstyr plassert hos sluttbruker

Ventelo mener videre at det kan reises spørsmål om det er rimelig at den fordelingen av kostnader som Post- og teletilsynet har lagt til grunn for Telenor uten videre skal gjelde også for andre tilbydere. Selskapet mener at nye tilbydere tvinges til å kopiere Telenors prisstruktur for PSTN/ISDN selv om Ventelos forretningsidé har vært, og fremdeles er, å rulle ut bredbåndstelefon, der det tradisjonelle skillet mellom abonnement og trafikk

ikke gjelder. Ventelo mener kostnadsfordelingen svekker selskapets konkurransekraft. Det vises til at Post- og teletilsynet har lagt til grunn at andre kostnader knyttet til samtrafikkrelaterte tjenester ikke kan rettferdiggjøre avvikende pris. Ventelo mener dette er feil, og at kostnadene burde anses som ”spesielle forhold”

Post- og teletilsynet mener at når det gjelder fordeling av kostnader, herunder aksesskostnader til andre tjenester, så har Ventelo på samme måte som Telenor, mulighet til å henføre kostnader til andre tjenester som selskapet tilbyr. Tilsynet fastholder at kostnader skal henføres etter en årsakssammenheng som vil si at det er størst mulig sammenheng mellom årsak og virkning i kostnadsfordelingen.

Samferdselsdepartementet mener på et generelt grunnlag at det er riktig å fordele kostnader etter en årsakssammenheng, og kan ikke se hvorfor dette prinsippet ikke skal gjelde for Ventelo i dette tilfellet. Departementet ser ingen grunn til at ikke også Ventelo kan henføre deler av sine kostnader til andre produkter/tjenester som selskapet tilbyr. Det vises til at fremgår blant annet av klagen at Ventelo tilbyr både bredbånd og bredbåndstelefon i tillegg til vanlig telefoni. Når det gjelder Ventelos anførsel om at henføring av kostnader basert på årsakssammenhenger vil føre til en svekkelse av konkurransekraften grunnet mindre kontroll med å utvikle egne prisstrukturer, presiseres det at Ventelo ikke er prisregulert på sluttbrukernivå. Departementet kan derfor i dette tilfellet ikke se at en kostnadsfordeling basert på årsakssammenhenger i stor grad vil begrense selskapets mulighet til å utvikle prismodeller på sluttbrukernivå.

Når det gjelder betaling av andre tjenester som en samtrafikkavtale omfatter, vises det til at Telenor har opphevet kravet om ensidig betaling av tilknytning i standardavtalen til samtrafikk. Departementet legger til grunn at dette vil ha en positiv effekt for lønnsomheten til tilbyderne i termineringsmarkedet.

4.5.5 Manglende stordrifts- og samdriftsfordeler

Ventelo viser til at både Post- og teletilsynet, Samferdselsdepartementet og ERG åpner for at manglende stordriftsfordeler kan rettferdiggjøre en høyere pris enn Telenor. Videre anfører Ventelo at Post- og teletilsynet har valgt å ikke foreta en detaljert analyse av Ventelos kostnader. Selskapet mener de da ikke får muligheten til å bevise manglende stordriftsfordeler, og mener tilsynets konklusjon om at selskapet ikke har fremlagt relevante kostnader er urimelig. Videre mener selskapet at det er umulig å godtgjøre dårligere vilkår enn Telenor ved kjøp av teknisk utstyr, da Ventelo ikke har informasjon om Telenors innkjøpsavtaler. Ventelo mener Post- og teletilsynets dokumentasjonskrav kan være i uoverensstemmelse med kravet Samferdselsdepartementet oppstilte i Telio-saken. Avslutningsvis vises det til at IT- og Telestyrelsens konklusjon om at de mindre aktørene ikke skulle underlegges prisregulering blant annet var begrunnet i manglende stordriftsfordeler.

Post- og teletilsynet viser til at når det gjelder tilknytningskostnader så kan slike kostnader ikke anses som et spesielt forhold, og viser videre til at Telenor har fjernet kravet om gjensidig betaling av tilknytningskostnader i samtrafikkavtalen. Tilsynet mener Ventelo ikke er å anse som i en oppstartsfase lenger, og kan derfor ikke se at en tilbyder som Ventelo skal ha mye mindre stordriftsfordeler enn Telenor.

Samferdselsdepartementet fastholder sitt syn fra Telio-saken vedrørende manglende stordriftsfordeler for små tilbydere. Departementet viser til Telio-vedtaket der det fremkom at: *"Slik departementet ser det, vil det i tillegg for mindre tilbydere komme at de har en smådriftsulempe i forhold til Telenors nett, både på grunn av lavere trafikkvolum og presumptivt dårligere vilkår ved kjøp av teknisk utstyr."* Manglende stordriftsfordeler oppstår imidlertid ofte i oppstartsfasen som er forbundet med høyere faste kostnader og færre kunder tilknyttet nettet. Når tilbyderen har vært i markedet en periode må det legges til grunn at kundebasen øker og at smådriftsulempene blir mindre etter hvert, ved at både trafikkvolum øker og at det dermed er grunnlag for bedre vilkår ved kjøp av teknisk utstyr. I Telio-saken fant departementet at det ville være rimelig å gi IP-telefonitilbydere en overgangsperiode tilsvarende det som tilstås MVNOer i markedet for terminering av tale i mobilnett. For Ventelos del, mener departementet at en overgangsperiode med høyere priser for å bøte på eventuelle manglende stordriftsfordeler, for lengst er over da Ventelo har operert i markedet i 9 år. Videre har Ventelo, i følge PTs telestatistikk fra 1. halvår 2007, 7 % av markedsandelen av trafikk på fasttelefonimarkedet. Det er dermed den 4. største tilbyderen på fasttelefonimarkedet i Norge. Departementet mener dette tilsier at Ventelo ikke lenger er i en oppstartsfase som kan tilsi manglende stordriftsfordeler.

Når det gjelder Ventelos anførsel om at Post- og teletilsynets dokumentasjonskrav kan være i uoverensstemmelse med kravet Samferdselsdepartementet oppstilte i Telio-saken, viser departementet til vurderingen under punkt 4.5.2. Departementet mener at tilsynet har gått igjennom produktkalkylen på en forsvarlig måte. Videre kan departementet ikke se at tilsynet har stilt krav utover det som fremgår av departementets uttalelse i Telio-vedtaket.

4.5.6 Sammenfatning "spesielle forhold"

Samlet sett finner Samferdselsdepartementet ikke grunnlag for å fastslå at det foreligger "spesielle forhold" som kan begrunne at Ventelo tar en høyere termineringspris enn Telenor. Basert på den tilgjengelige informasjonen kan ikke Samferdselsdepartementet se at Ventelo ikke får inndekket sine kostnader.

4.6 Behovet for prisregulering

Ventelo viser i klagen til at det ikke er mulig i praksis å vurdere hvilken pris som er ineffektiv i samfunnsøkonomisk forstand og anfører at det ikke er grunnlag for å fastslå at en pris som ligger over Telenors er samfunnsøkonomisk ineffektiv. Videre anfører selskapet at Post- og teletilsynet har unnlatt å hensynta vesentlige forhold som begrenser Ventelos mulighet til å ta en urimelig høy pris. Post- og teletilsynet har i følge Ventelo sett helt bort fra Telenors kjøpermakt i Norge. Selskapet viser til situasjonen i Danmark der IT- og telestyrelsen har lagt til grunn at TDC har en kjøpermakt som gir dem mulighet for selv å forhandle frem resiproke priser. Endelig har Ventelo anført at etableringshindringene i det relevante markedet ikke er absolutte og at Post- og teletilsynet i innstillingen har innrømmet dette forholdet.

Post- og teletilsynet skriver i innstillingen at man er enig i at det er vanskelig å fastsette samfunnsøkonomisk optimale termineringspriser, men at det ikke begrunner at myndighetene skal avstå fra å regulere. Når det gjelder Telenors kjøpermakt har tilsynet behandlet dette forholdet i markedsanalysen og har der konkludert med at Telenor ikke har tilstrekkelig kjøpermakt til å tvinge ned termineringsprisen til resiprokt nivå. Endelig uttaler tilsynet i sin

innstilling at de er enig i at andre kan tilby telefonitjenesten til Ventelos kunder, men at dette ikke avhjelper det faktum at fravær av mulighet for andre tilbydere til å tilby terminering av taleanrop hos en annen aktør utgjør en betydelig etableringsbarriere. "Calling party pays-prinsippet" gir ikke kundene incentiver til å bytte tilbyder selv om konkurrenter tilbyr lavere termineringspris i sitt nett.

Samferdselsdepartementets vurdering av spørsmålet om samfunnsøkonomisk optimale priser er at prisene i termineringsmarkedet i utgangspunktet ikke fastsettes i et marked med effektiv konkurranse. Alle tilbydere i termineringsmarkedet har en faktisk monopolstilling som tilsier at hver tilbyder har mulighet og insitament til å ta en overpris. Post- og teletilsynets markedsanalyse og gjennomgang av kostnadsregnskapene danner grunnlaget for beregningen av Telenors termineringspris som i SMP-vedtaket vurderes å være den mest samfunnsøkonomisk riktige pris i dette marked. Det legges til grunn at det ikke foreligger spesielle forhold som kan begrunne avvik for Ventelos termineringspris, jf. ovenfor.

Når det gjelder Ventelos anførsel om at tilsynet ikke har hensyntatt Telenors kjøpermakt i markedet og sammenligningen med situasjonen i Danmark, bemerker departementet at markedssituasjonen i Norge ikke er lik situasjonen i Danmark. Det vises til avsnitt 4.2.3 ovenfor der det fremgår at tilsynet ikke vurderer at Telenors kjøpermakt i Norge er sterk nok til å oppnå resiproke priser gjennom forhandlinger. Departementet er enig i denne vurderingen.

Til spørsmålet om etableringshindringene i markedet er absolutte anfører Ventelo at det ikke er korrekt at det er lite praktisk for kundene å skifte tilbyder og viser i den sammenheng til at det er en høy mobilitet i fasttelefonmarkedet. Departementet mener at en høy mobilitet i markedet kan skyldes andre forhold enn sluttbrukernes ønske om lavere termineringspris, for eksempel ringeprisen eller kundeprofil. Departementet mener derfor ikke at argumentet til Ventelo er treffende. Departementet viser til at sluttbrukerne ikke vil ha noen insentiver til å skifte tilbyder på bakgrunn av termineringsprisene siden det er den som ringer som betaler termineringsprisen.

Til slutt bemerkes at når det gjelder uttalelsen fra Konkurransetilsynet som Ventelo har referert til, oppfatter departementet uttalelsen slik at Konkurransetilsynet ikke har innvendinger mot skjevregulering under de forutsetninger som Post- og teletilsynet har oppstilt i SMP-vedtaket, nemlig at høyere pris bare kan forsvares dersom det foreligger spesielle forhold. Samferdselsdepartementet finner derfor heller ikke grunnlag for å fastslå at vedtaket om retting av pris er i strid med Konkurransetilsynets uttalelser.

4.7 Vedrørende økonomisk analyse fra Oeconomica DA

Til støtte for anførselene i klagen har Ventelo fremlagt en økonomisk analyse utarbeidet av Oeconomica.

Post- og teletilsynet skriver i innstillingen at rapporten ikke tar hensyn til det rammeverket som tilsynet må forholde seg til for markedsreguleringen. Tilsynet mener utgangspunktet for rapporten er feil siden det fokuseres på at det må tas hensyn til investeringen i andre tilgrensende markeder når man regulerer marked 9.

Videre skriver tilsynet at rapporten unnlater å kommentere det forhold at en regulatorisk "krysssubsidiering" fører med seg en risiko for at et samfunnsøkonomisk tap oppstår. Tilsynet bemerker også at rapporten ikke kommenterer at det i økonomisk teori er flere fordeler ved symmetriske priser i termineringsmarkedene.

I rapporten argumenteres det for bruk av "Ramsey prising". Tilsynet kommenterer at for å sikre en maksimal forbrukervelferd, så ville det innebære full regulering av alle produktene, og at dette ikke kan antas ønskelig på ekomområdet. Post- og teletilsynet mener tilnærmingen i rapporten er stikk i strid med holdningen ellers i Europa, herunder ERG og ESA. Tilsynet skriver også at fordelene ved symmetriske priser er et velkjent fenomen i økonomisk teori, og viser til den såkalte målestokk-konkurransen (Schleifer 1985).

Ventelo har i kommentarer til innstillingen anført at de er uenig i at rapporten ikke forholder seg til rammeverket som Post- og teletilsynet må forholde seg til. Selskapet mener rapporten peker på flere forhold som er relevante innenfor det regulatoriske rammeverket i ekomloven. Videre påpekes det at tilsynets innstilling mangler forankring i reguleringslitteraturen.

Ventelo skriver videre at tilsynets bruk av begrepene "overprising", "krysssubsidiering" og "effektive produksjonskostnader", blir tomme utsagn når de ikke forankres i en effektivitetsanalyse.

Videre mener Ventelo at tilsynet har misforstått den underliggende økonomiske litteraturen når det gjelder målestokkkonkurranse (yardstick competition), og at tilsynet tar feil når de skriver at Ramseyprising fordrer en form for totalregulering.

Samferdselsdepartementet mener rapporten fra Oeconomica underbygger mange av Ventelos anførsler. Hovedspørsmålene i rapporten er om Post- og teletilsynets valg av reguleringsprinsipp er faglig forankret, og om tilsynets overordnede analyse av behovet for regulering er tilstrekkelig gjennomarbeidet. Når det gjelder den første problemstillingen vil departementet vise til vurderingen under punkt 4.3. Departementet viser til punkt 4.6 når det gjelder vurderingen knyttet til den andre problemstillingen.

Departementet vil imidlertid kommentere noen av Ventelos anførsler i brev av 20. februar 2008. Når det gjelder anførselen om at tilsynets innstilling ikke er forankret i reguleringslitteratur, er det uklart for departementet hva Ventelo legger i dette begrepet. Departementet anser i utgangspunktet reguleringslitteratur som et bredt begrep. Departementet mener Post- og teletilsynets innstilling i hovedsak skal relateres til klagen den angår. Dersom henvisinger til relevant litteratur er ønskelig, så står tilsynet fritt til å gjøre det. Det er imidlertid ikke noe krav at tilsynet forankrer sin innstilling gjennom å vise til faglitteratur. Det avgjørende er at tilsynet forankrer vedtaket i ekomloven og det underliggende regulatoriske rammeverket.

Ventelo kommenterer at tilsynets bruk av begrepene "overprising", "krysssubsidiering" og "effektive produksjonskostnader" blir "tomme utsagn" fordi de ikke forankres i en effektivitetsanalyse. Departementet mener Ventelo ikke kan se på bruken av begrepene isolert sett i det aktuelle kapittelet. Det fremgår klart av innstilling, vedtak, SMP-vedtak og markedsanalyse sammen hvordan tilsynet anvender og tolker disse begrepene.

Departementet kan ikke se at tilsynets kommentar i innstillingen om målestokk-konkurranse gir uttrykk for at tilsynet har misforstått den underliggende økonomiske litteraturen. Departementet leser tilsynets kommentar dit hen at målestokk-konkurranse kan gi mange av de samme fordelene som symmetrisk regulering gir, herunder incentiver til kostnadseffektivitet.

For øvrig støtter departementet tilsynet i at Ramsey-prising fordrer en totalregulering, det vises til departementets vurdering om dette temaet i sitt vedtak til NetCom i marked 16 av 13. februar 2008, punkt 4.3.1. Departementet har den samme oppfatningen som tilsynet om at en Ramsey-prising har totalregulering som forutsetning. Videre kan det vises til at det finnes svært liten praktisk erfaring fra andre land når det gjelder Ramsey-prising. Det er etter departementets oppfatning ikke hensiktsmessig å anvende Ramsey-prising på dette markedet.

4.8 Sammenfatning

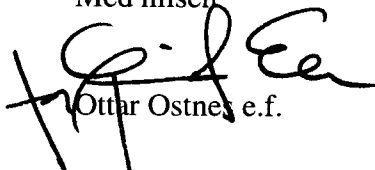
Basert på en samlet vurdering finner Samferdselsdepartementet verken grunnlag for at Post- og teletilsynets vedtak lider av prosessuelle mangler eller bryter med lovpålagt vurderingsnorm. Videre har ikke departementet funnet grunnlag for at tilsynet har lagt til grunn feil faktum. Det anses heller ikke å være dokumentert at det foreligger slike spesielle forhold som tilsier at Ventelos termineringspris kan avvike fra Telenors. Departementet finner derfor grunnlag for å opprettholde Post- og teletilsynets pålegg om retting av 17. oktober 2007. Av hensyn til at selskapet skal gis tid til å innrette seg etter vedtaket fastsettes nedsettingsfristen til 1. oktober 2008.

5. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK

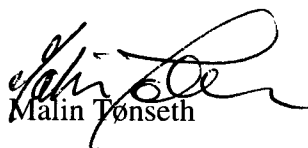
Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak 17. oktober 2007 med pålegg om retting av termineringsprisen for Ventelo til samme nivå som Telenor (resiproke priser) jf. ekomloven § 10-6 og SMP-vedtaket, dog slik at prisnedsettingen skal skje innen 1. oktober 2008.

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

Med hilsen



Ottar Ostnes e.f.



Malin Tønseth

Kopi til:

Post- og teletilsynet
Advokatfirma Selmer DA
Telenor ASA