



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Føyen Advokatfirma DA

Pb 7086 St. Olavs plass
0130 OSLO

Deres ref

Vår ref
09/1825- EWS/KSK

Dato
17.11.2009

Klage på Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009 vedrørende pålegg om retting av Lyse Tele AS sine prisforpliktelser i markedet for terminering av offentlig telefontjeneste i individuelle fastnett - vedtak

Det vises til brev fra Lyse Tele AS (tidligere Lyse, nå Altibox) v/Føyen Advokatfirma DA datert 22. april 2009 med klage over Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009 vedrørende pålegg om retting av Lyse sine prisforpliktelser i markedet for terminering av offentlig telefontjeneste i individuelle fastnett.¹ Klagen, samt Post- og teletilsynets innstilling, ble oversendt fra Post- og teletilsynet i brev av 26. mai 2009 til Samferdselsdepartementet for klagebehandling, jf. lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 11 - 6 og lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 28. Klagen anses rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

1. BAKGRUNN

1.1 Tidligere vedtak i marked 3

Med hjemmel i ekomloven §§ 3 - 2 og 3 - 3 fattet Post- og teletilsynet 24. mars 2006 vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for originering, terminering og transitt av offentlig telefontjeneste i fastnett (tidligere marked 8 – 10). Telenors tilbud om terminering

¹ Tidligere marked 9, nå marked 3 jf. ESAs anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder av 5. november 2008.

pålegges her en pristaksregulering, mens øvrige tilbydere av terminering i fastnettet pålegges et krav om rimelig pris.

Lyse etablerte seg som tilbyder av terminering i fastnett etter at vedtakene i det som tidligere var marked 9 ble fattet. I Post- og teletilsynets vedtak av 8. april 2008 (heretter Vedtaket) ble Lyse utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling (SMP) i markedet for terminering av offentlig telefontjeneste i fastnett og pålagt særskilte forpliktelser i samme marked. Vedtaket ble fattet på bakgrunn av en markedsanalyse, varsel om vedtak, hørings svar fra aktørene, samt tilbakemelding fra EFTA Surveillance Authority (ESA) på utkast til vedtak, jf ekomloven §§ 3 - 3, 3 - 4, 9 - 2 og 9 - 3. I Vedtaket ble Lyse, med hjemmel i ekomloven § 4 - 9, blant annet pålagt *"å ha rimelige termineringspriser. 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 tilbydernes 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 dokumenteres og begrunnes"*. Vedtaket ble påklaget av Lyse ved brev 29. april 2008, og selskapet anmodet samtidig om utsatt iverksetting. Samferdsdeparterementet besluttet 29. mai 2008 å gi utsatt iverksetting for så vidt gjaldt den del av Vedtaket som knyttet seg til pålegg om "rimelig pris". Post- og teletilsynets Vedtak ble imidlertid stadfestet av departementet i klagevedtak 22. oktober 2008.

1.2 Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009

I vedtak av 3. april 2009 påla Post- og teletilsynet med hjemmel i ekomloven § 10 - 6 og Vedtaket, Lyse å redusere sine termineringspriser til samme nivå som Telenor innen 1. juli 2009 (resiproke priser).

I vedtaket foretar Post- og teletilsynet en vurdering av om Lyses termineringspris er i overensstemmelse med den allerede pålagte prisforpliktelsen, med andre ord om Lyses termineringspris er "rimelig". Tilsynet utdyper videre hvordan enkelte punkter i Vedtaket skal forstås, særlig i forbindelse med spørsmålet om det foreligger "spesielle forhold" som tilsier en høyere termineringspris for Lyse enn for Telenor. Etter Post- og teletilsynets syn har ikke Lyse dokumentert og begrunnet at det foreligger "spesielle forhold" som tilsier at selskapets termineringspris er rimelig. Tilsynet konkluderer derfor med at Lyse ikke kan fortsette å avkreve høyere termineringspris enn Telenor.

Tilsynet legger til grunn at det ved utformingen av pristaket overfor Lyse skal tas utgangspunkt i prisen for en gjennomsnittlig samtale. I 2006 var den gjennomsnittlige samtalelengden for trafikk mellom fastnettkunder 4, 71 minutter. Ettersom Lyse ikke har oppgitt snittlengden på samtaler i selskapets fastnett, har Post- og teletilsynet derfor lagt til grunn landsgjennomsnittet for 2006 i beregningen. Lyses termineringspriser er i dag 11, 6 øre per samtale og en minuttpris på henholdsvis 7, 1 øre per minutt normal takst og 5 øre per minutt redusert takst. Dette gir en kostnad for å terminere en

gjennomsnittlig samtale på 45 øre på dagtid og 32, 5 øre på kveldstid. Snittkostnaden for å terminere en gjennomsnittssamtale på 4, 71 minutter i Lyses nett er dermed 40, 1 øre. Kostnaden for å terminere en tilsvarende samtale i Telenors nett er 20, 5 øre.

På denne bakgrunn pålegger Post- og teletilsynet Lyse å redusere sin termineringspris fra 40, 1 øre til 20, 5 øre, tilsvarende Telenors pristak.

1.3 Anmodning om utsatt iverksetting

Lyse anmodet i brev av 22. april 2009 om utsatt iverksetting av Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009 vedrørende retting av selskapets termineringspriser til departementet fatter vedtak i klagesaken. Samferdselsdepartementet besluttet 2. juni 2009 ikke å etterkomme Lyses anmodning om utsatt iverksetting, jf. forvaltningsloven § 42.

1.4 Klagen

Lyse har ved brev datert 22. april 2009 påklaget tilsynets vedtak av 3. april 2009 om prisregulering i markedet for terminering av offentlig telefontjeneste i individuelle fastnett. Post- og teletilsynet oversendte Lyses klage til departementet ved brev 26. mai 2009 med innstilling om at klagen ikke tas til følge.

Til støtte for klagen har Lyse hovedsakelig anført at det foreligger "spesielle forhold" som medfører at selskapets termineringspriser må anses som rimelige, selv om de avviker fra Telenors priser. I den forbindelse vises det til at selskapet har et høyere kostnadsgrunnlag sammenlignet med kostnadsgrunnlaget som danner utgangspunktet for fastsettelsen av Telenors og de øvrige regulerte tilbydernes termineringspriser. For det første har Lyse, som ønsker SIP (Session Initiation Protocol)-basert samtrafikk, merkostnader knyttet til investeringer i signaleringssystem no. 7 (SS7) sammenlignet med de andre tilbyderne, som alle har etablert et telefonnett der SS7-grensesnittet er den foretrukne løsningen for samtrafikk. For det andre har Lyse merkostnader knyttet til investeringer og vedlikehold i eget IP-nett, sammenlignet med enkelte andre tilbydere av IP-telefoni, som kun har et marginalt nett og som leier nødvendig overføringskapasitet fra andre tilbydere. Disse merkostnadene begrunner at Lyse kan sette en høyere termineringspris enn Telenor. Totalt utgjør dette etter Lyses oppfatning mer enn det dobbelte av prisforskjellen per terminerte minutt i henholdsvis Lyses og Telenors nett. Lyses termineringspris vil følgelig være rimelig selv om Samferdselsdepartementet skulle komme til at under halvparten av merkostnadene anses relevante.

På denne bakgrunn fremsetter Lyse krav om at Samferdselsdepartementet enten må oppheve Post- og teletilsynets vedtak eller endre det slik at pristaket for terminering av

en gjennomsnittssamtale på 4, 71 minutter i Lyses nett settes til henholdsvis 45 øre på dagtid og 32, 5 øre på kveldstid/helg, hvilket tilsvarer en snittpris på 40, 1 øre.

2. RETTSLIG UTGANGSPUNKT

2.1 Formålet med ekomloven

EUs regulatoriske rammeverk legger grunnlaget for harmonisering av ekomsektoren innen EU/EØS-området, begrenser etableringshindringer og tilrettelegger for bærekraftig konkurranse til beste for brukerne. EUs rammeverk er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i ekomlovgivningen. Det fremgår av ekomloven § 1 - 1 at formålet med reguleringen 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"*.

Ekomloven slår fast 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 slike tilbydere nærmere bestemte plikter (jf. § 3 - 4). Prisregulering, jf. § 4 - 9, er ett av i alt åtte aktuelle virkemidler som bestemmelsen i § 3 - 4 viser til. Det presiseres i § 3 - 4 tredje ledd at pliktene skal pålegges i det enkelte tilfelle. Formålsbestemmelsen i § 1 - 1 innebærer at prisregulering i medhold av § 4 - 9 jf. § 3 - 4 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.

2.2 Ekomloven § 4 - 9

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. Bestemmelsens første ledd angir to alternative vilkår for prisregulering. Vilkårene er ikke kumulative. Det første alternative vilkåret er at tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå. Med opprettholdelse av et uforholdsmessig høyt prisnivå, menes at konkurranse ikke har bidratt til at prisene faller tilstrekkelig. Det fremgår av forarbeidene at myndighetene her kan sammenligne prisnivå i tilsvarende markeder nasjonalt eller internasjonalt (benchmarking).² Det andre alternative vilkåret er at tilbyder kan utnytte sin markedsstilling ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere.

² Ot. prp. nr. 58 (2002-2003) side 106.

3. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VURDERING

3.1 "Spesielle forhold"

Lyse har som nevnt ovenfor i det vesentlige anført at det foreligger "spesielle forhold" som tilsier at selskapets termineringspriser må anses som "rimelige", selv om de er høyere enn Telenors priser (ikke symmetriske).

I Vedtaket 8. april 2008 ble Lyse, som tilbyder av terminering i fastnett, pålagt prisregulering i form av "rimelige priser". Det fremgår av Vedtaket at prisene skal ta utgangspunkt i Telenors priser, men at avvikende priser kan tillates dersom de er begrunnet i "spesielle forhold". Slike spesielle forhold kan blant annet være relatert til kostnadsforhold ved tilbydernes nett, balansen i trafikkstrømmer til/fra de respektive sluttkundene og hvor lang tid som har gått siden tilbyderen etablerte seg i markedet. Listen angir ikke uttømmende hvilke forhold som kan være relevante. Det er den enkelte tilbyder selv som må dokumentere og begrunne at det foreligger spesielle forhold (høyere kostnadsgrunnlag), jf. ekomloven § 4 - 9 annet ledd annet punktum. Bakgrunnen for kravet om "omvendt bevisbyrde" er at myndigheten ikke har samme informasjonsgrunnlag som tilbyder. ³

Samferdselsdepartementet legger til grunn at termineringsprisen normalt skal ligge rundt Telenors priser, men at for eksempel forskjeller i kostnadsnivå (merkostnader) i en oppstartfase og ubalanse i trafikken kan begrunne avvik fra dette utgangspunktet. Hva som nærmere ligger i disse unntakene må vurderes særskilt i den enkelte sak. Utgangspunktet er resiproke priser med Telenor, og det er unntaket fra dette som krever særskilt begrunnelse. Det følger av dette at dersom Lyse kan begrunne og dokumentere et høyere kostnadsgrunnlag enn Telenor, vil selskapet kunne ha avvikende termineringspriser.

Departementet vil i det følgende vurdere Lyses anførsler i kronologisk rekkefølge slik de fremkommer i klagen.

3.2 Post- og teletilsynets vesentlighetskrav

Lyse anfører at Post- og teletilsynet feilaktig legger til grunn at selskapets priser må avvike *vesentlig* fra Telenors termineringspriser for at det skal kunne anses som et spesielt forhold. Dette må anses som en feilaktig tolkning av ekomloven § 4 - 9. Etter Lyses syn må bestemmelsen tolkes i lys av tidligere vedtak i marked 3 (9), og forstås slik at det er Telenors priser som danner utgangspunktet for vurderingen, med korreksjon for spesielle forhold i Lyses kostnadsgrunnlag. Alle kostnader som utgjør et spesielt forhold må følgelig hensyntas i vurderingen av om Lyses termineringspris er

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

rimelig, uavhengig av om de er vesentlige eller ikke. Lyse hevder at dette følger direkte av at prisene skal være kostnadsorienterte.

Samferdselsdepartementet viser til at Post- og teletilsynet i vedtaket uttaler at begrepet "spesielle forhold" innebærer at det er en kvalifisert terskel for at et gitt forhold kan anses som relevant, og at et forhold må avvike vesentlig fra det "normale" for å kunne anses som spesielt. Det er den bakenforliggende årsaken til kostnaden som er avgjørende for om et forhold kan anses som spesielt. Post- og teletilsynet presiserer i innstillingen at størrelsen på eventuelle kostnadsforskjeller ikke er avgjørende for vurderingen av hva som er rimelig termineringspris for Lyse. Det oppstilles således ikke et krav om at størrelsen på kostnaden må være vesentlig høyere enn Telenors kostnader. Det vises i den forbindelse til at tilsynet redegjør nærmere for hvilke forhold som kan anses som spesielle. Departementet kan på denne bakgrunn ikke se at Post- og teletilsynet har innfortolket et vesentlighetskrav i § 4 - 9 for vurderingen av om Lyses termineringspriser er rimelig. Departementet bemerker for øvrig at det ikke foreligger noe krav om kostnadsorienterte priser på terminering i fastnettet, men kun på Telenors tilknytningsprodukter.

3.3 SIP-basert samtrafikk

Lyse anfører at kostnadene knyttet til selskapets investeringer i samtrafikkgrensesnittet SS7 må anses som et spesielt forhold som begrunner en høyere termineringspris enn det Post- og teletilsynet legger til grunn i vedtaket og som avviker fra Telenors priser. Det vises i den forbindelse til at Lyse foretrekker en SIP-basert samtrafikk fordi dette er den mest kostnadseffektive løsningen for selskapet, og at investeringene knyttet til SS7 hovedsakelig er gjort for å kunne motta termineringstrafikk fra Telenors nett. Lyse skiller seg på dette punkt fra de fleste andre tilbydere av terminering som foretrekker SS7-samtrafikk.

Samferdselsdepartementet viser til at dagens samtrafikkregime baseres på et SS7 grensesnitt. Tilbydere som ønsker direkte samtrafikk er følgelig avhengig av å være tilknyttet andre tilbydere på et slikt grensesnitt. Alle tilbydere som har etablert eget tilbud om samtrafikk har dermed kostnader forbundet med SS7. Dette gjelder også for tilbydere som benytter IP-grensesnitt mot sluttbrukerne.

Siden dagens samtrafikk foregår via SS7 vil det fortsatt være riktig å ta utgangspunkt i kostnadene ved å terminere en samtale i et tradisjonelt nett. SIP-basert samtrafikk vil ventelig på sikt kunne erstatte SS7, men inntil dette skjer må Lyse i likhet med alle andre tilbydere, forholde seg til reelle begrensninger i dagens samtrafikkmarked. Departementet mener derfor at prisreguleringen av Lyse må ta utgangspunkt i Telenors priser, når Lyse benytter samme teknologi som Telenor for samtrafikk. Etter departementets vurdering følger det av dette at Lyses kostnader knyttet til

investeringer og drift av SS7 grensesnitt ikke kan anses som et spesielt forhold (merkostnader) som kan begrunne avvikende priser fra Telenors termineringspriser.

3.4 Korrekt merkostnadsvurdering

Lyse anfører videre at Post- og teletilsynet i vedtaket feilaktig legger til grunn at Lyses SS7-kostnader må reduseres med 50 prosent i forhold til selskapets egne beregninger, ettersom de resterende 50 prosent må henføres til originering. Lyse er uenig i at bare halvparten av SS7-kostnadene kan henføres til produktet terminering. Lyse viser til at disse kostnadene relateres direkte til selskapets mulighet til å kjøpe/selge terminering fra/til Telenor på grossistnivå, og kan derfor ikke allokteres til selskapets origineringspunkt på sluttbrukernivå. Lyse selger ikke originering på grossistnivå og kjøp av originering er svært begrenset.

Lyse mener videre at selv om kun 50 prosent av SS7-kostnadene kan henføres til termineringsproduktet, vil selskapets termineringspris fortsatt være rimelig. Det vises i den forbindelse til at selskapets samlede merkostnader fortsatt vil være større enn differansen mellom termineringsprisene til Lyse og Telenor.

Samferdselsdepartementet har ovenfor lagt til grunn at SS7-kostnadene ikke anses som et spesielt forhold som kan begrunne avvik fra Telenors termineringspriser. Departementet mener derfor det ikke er nødvendig å foreta en nærmere vurdering av om hvorvidt SS7-kostnadene skal fordeles på henholdsvis originerings- og termineringsproduktet.

3.5 Utgangspunkt for vurderingen er Lyse Teles kostnader

I likhet med Post- og teletilsynet finner departementet det litt vanskelig å forstå hva som er Lyses anførsel under dette punktet. Tilsynet tolker imidlertid Lyses argumenter som en anførsel om at prisreguleringen av selskapet ikke gir tilsvarende mulighet som Telenor til å få rimelig avkastning på termineringsproduktet. Det vil ifølge Lyse derfor innebære usaklig forskjellsbehandling å regulere termineringsprisen til selskapene likt. Det synes som om at selskapets anførsel bygger på en misforståelse om at det oppstilles et krav til at kostnaden må være vesentlig høyere enn Telenors kostnader for å kunne hensyntas, samt en misforståelse om at Telenors termineringspriser skal være kostnadsorienterte. Siden Lyse ikke har benyttet seg av muligheten til å kommentere tilsynets innstilling, legger departementet til grunn tilsynets forståelse av anførselen.

Det fremgår av forarbeidene til ekomloven § 4 - 9 at prisregulering med hjemmel i bestemmelsen skal gi rimelig avkastning på anvendt kapital. Videre følger det av reguleringsprinsipp 2 at reguleringen skal legge til rette for tilstrekkelig fortjeneste i eksisterende infrastruktur slik at det gis insentiver til nødvendig vedlikehold, oppgradering og eventuelle nyinvesteringer. Samferdselsdepartementet viser til at det

ved utformingen av pristaket til Telenor er inkludert normalavkastning på kapital. For det tilfelle at det ikke foreligger spesielle forhold ved Lyses nett som begrunner en høyere termineringspris enn Telenor, vil en tilsvarende termineringspris for Lyse kunne forventes å gi tilstrekkelig avkastning for Lyse og dermed insentiver til vedlikehold, oppgradering og nyinvesteringer. Etter departementets vurdering innebærer ikke dette en usaklig forskjellsbehandling.

Departementet viser for øvrig til vurderingen over under punkt 3.2 hvor departementet konkluderer med at tilsynet ikke har lagt til grunn et vesentlighetskrav i tolkningen av § 4 - 9. Videre vises det til at det ikke foreligger noe krav om kostnadsorienterte termineringspriser i marked 3.

3.6 Kostnadssammenligning med andre tilbydere enn Telenor

Lyse anfører at det bør foretas en kostnadssammenligning med Telio og andre tilbydere enn Telenor ved vurderingen av om Lyses termineringspriser er rimelige. Lyse er innforstått med at prisreguleringen av selskapets termineringsprodukt skal ta utgangspunkt i Telenors priser og kostnadsgrunnlag, men fremholder at en sammenligning med reguleringen av andre aktørers termineringspris og med de øvrige tilbydernes kostnadsgrunnlag bør være et relevant moment i vurderingen. Til støtte for denne anførselen viser Lyse til at Post- og teletilsynet har uttalt at det er en viss forskjell mellom tilbydere som bygger eget nettverk og aksessuavhengig tilbydere. Ifølge Lyse er relevante kostnader knyttet til terminering høyere hos Lyse, som har eget IP-nett, enn for Telio som kun har et margintalt nett. Det er derfor et kostnadmessig grunnlag for å si at Lyse kan ta en høyere termineringspris enn Telio. På denne bakgrunn mener Lyse at Post- og teletilsynets vedtak, som pålegger Lyse samme priser som Telio, innebærer en usaklig forskjellsbehandling ved at Telio får en bedre fortjenestemargin på termineringsproduktet enn Lyse. Telio gis med dette en regulatorisk fordel fremfor Lyse som medfører at vedtaket er både konkurransevridende og i strid med formålet bak reguleringen av marked 3.

Samferdselsdepartementet viser til at det i den offentlige forvaltning gjelder et ulovfestet prinsipp, utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori, om at like saker skal behandles likt. Dette omtales ofte som likhetsprinsippet. For at en anførsel om usaklig forskjellsbehandling skal føre frem, er det en forutsetning at det dreier seg om like saker både i faktisk og rettslig henseende. Likhetsprinsippet bygger på rettferdighetsbetraktninger og innebærer at de forvaltningsavgjørelser som fattes må bygge på en objektiv og saklig vurdering som krever likhet og rettssikkerhet. Når det skal tas stilling til spørsmålet om forvaltningen har utøvet forskjellsbehandling, er det ikke nødvendigvis noe galt med den enkelte avgjørelsen. Feilen kan bestå i at forvaltningen ikke kan gi noen saklig grunn for ikke å følge en konsekvent praksis.

Forvaltningsloven § 41 omhandler virkningen av brudd på saksbehandlingsregler etter forvaltningsloven, men anvendes analogisk på andre typer saksbehandlingsfeil, herunder tilfeller av usaklig forskjellsbehandling. Det følger av bestemmelsen at et vedtak kan anses som ugyldig dersom det er grunn til å regne med at feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Det er som nevnt overfor Telenors priser som er utgangspunktet for prisreguleringen av Lyse og de øvrige regulerte tilbydere i dette markedet. Ettersom Telenor forestår mesteparten av terminering i fastnett, er det naturlig å bruke Telenor som referanse i forhold til hva som er å anse som normalt. Departementet mener derfor at det ikke er relevant å foreta en direkte kostnadssammenligning mellom Lyse og Telio.

Departementet viser videre til at den pålagte reguleringen ikke er utformet med sikte på at den enkelte aktør skal sitte igjen med en gitt prosentvis avkastning. Telenor er som tidligere nevnt underlagt en pristaksregulering i dette markedet, mens øvrige regulerte tilbydere er underlagt et krav om rimelig pris hvor utgangspunktet er Telenors priser på samme måte som i Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009. Pristaksreguleringen av Telenor vil gi regulerte tilbydere incentiv til å effektivisere driften for å skape en høyere avkastning.

Endelig viser departementet til at alle øvrige regulerte tilbydere i markedet for terminering i fastnett er vurdert med utgangspunkt i Telenors priser, og pålagt resiproke priser med Telenor. Når det gjelder forholdet til infrastrukturutbygging vises til at markedet reguleres etter prinsipp 2, jf. punkt 3.11. Etter departementets vurdering innebærer derfor ikke prisreguleringen av Lyse sammenlignet med prisreguleringen av Telio en usaklig forskjellsbehandling. Departementet finner dermed heller ikke at vedtaket er konkurransevridende eller i strid med formålet bak reguleringen av marked 3.

3.7 Prosentandel av IP-nettkostnadene

Lyse viser til at Post- og teletilsynet i vedtaket kun legger til grunn at den prosentvise henføringen av kostnadene forbundet med IP-nettet til telefoniproduktet er for høy, samtidig som tilsynet unnlater å drøfte hva som vil være riktig prosentandel. Lyse anfører imidlertid at selv om IP-nett kostnadene som allokeres til telefoniproduktet halveres, og at halvparten av dette igjen allokeres til termineringsproduktet, vil selskapets samlede merkostnader fortsatt være større enn prisdifferansen mellom Telenors og Lyses termineringspris.

Lyse mener at selskapet har gjort et konservativt anslag for telefoniproduktets andel av kostnadene knyttet til IP-nettet og er uenig i tilsynets vurderinger om at det kun er de ulike tjenestenes kapasitetsandel i nettet som er relevant ved henføringen av kostnadene til ulike produktene. Ved at 90 prosent av kostnadene fra IP-nettet fordeles

til de to andre produktene i "triple-play" løsningen (internett og IP-TV), tar Lyse hensyn til at disse produktene krever vesentlig større båndbredde enn telefoniproduktet. Lyses IP-nett er basert på utstyr som er optimalisert for å levere "triple-play" og da telefoniproduktet inngår som en nødvendig og uunnværlig del av hele produktet, kan selskapet vanskelig forstå at 10 prosent av utstyrs kostnadene ikke skal kunne allokere til ett av de tre hovedproduktene.

Når det gjelder spørsmålet om andre faktorer enn kapasitetsbehov kan spille inn i vurderingen av kostnadshenføringen, gir Lyse uttrykk for at investeringer som gjør det mulig med differensiert tjenestekvalitet for å sikre sanntidskrav for telefonitjenesten ikke var selskapets hovedansvar. Derimot understreker selskapet at kostnadsallokering for å levere tre hovedprodukter i sluttbrukermarkedet ikke utelukkende kan baseres på de ulike produktenes kapasitetsbruk. Disse tre produktene er ifølge Lyse heller ikke utelukkende priset i henhold til kapasitetsbruk i sluttbrukermarkedet. Kostnadene for telefoniproduktet utgjør mer enn 10 prosent av en gjennomsnittlig privathusholdnings samlede utgifter til de tre produktene internettaksess, telefoni og TV-tilgang. Dersom det forutsettes at prisingen av disse tre produktene i sluttbrukermarkedet tar utgangspunkt i de respektive produktkostnadene, underbygger dette at Lyses allokering av 10 prosent av IP-nettkostnadene til telefoniproduktet er et konservativt anslag i forhold til praksis hos andre aktører i markedet.

Samferdselsdepartementet mener på generelt grunnlag at fordeling av kostnader skal baseres på årsakssammenheng. En henføring av en forholdsmessig større andel av kostnadene til telefoniproduktet enn mengden kapasitet dette produktet legger beslag på i IP-nettet, vil stride mot dette prinsippet.

Departementet viser til at det påhviler den regulerte tilbyderen en plikt til å begrunne og dokumentere eventuelle avvik fra Telenors termineringspriser. Som Lyse påpeker har ikke Post- og teletilsynet drøftet nærmere hva som vil være en riktig prosentvis henføring av kostnadene til IP-nettet. Tilsynet skal vurdere det fremlagte tallmaterialet og de bakenforliggende begrunnelsene og på dette grunnlag avgjøre om Lyses termineringspriser anses som rimelige. Ifølge tilsynet har ikke Lyse dokumentert kostnadsfordelingen ved noen form for empiri, og har heller ikke fremlagt informasjon som gjør det mulig for tilsynet å fastsette en nøyaktig prosentvis fordeling av kostnadene. Det vises i den forbindelse til at Post- og teletilsynet i vedtakets punkt 5.2.2 fremsetter flere argumenter som underbygger deres oppfatning om at kapasitetsbehovet for telefonitjenesten er lavere enn 10 prosent. Tilsynet viser videre til at det også kan være andre momenter som kan spille inn i vurderingen av riktig prosentvis allokering av kostnadene til IP-nettet, men påpeker at det ikke er noe i den fremlagte informasjonen som tilsier at dette skulle være tilfelle.

Når det gjelder Lyses henvisning til prisene i sluttbrukermarkedet og til andelen av en gjennomsnittlig privathusholdnings samlede utgifter som kan knyttes til telefoniproduktet, vil departementet understreke at selskapene velger selv, basert på selvstendige kommersielle vurderinger, hvordan selskapene ønsker å posisjonere og prissette egne produkter i sluttbrukermarkedet. Sluttbrukermarkedene og sluttbrukerprisene på ekomarkedet/ene er som hovedregel ikke gjenstand for markedsregulering eller prisregulering. Det er ikke pålagt noe krav om at sluttbrukerprisene skal reflektere de underliggende kostnadene for å produsere denne tjenesten. Departementet støtter dermed Post- og teletilsynet i dens vurdering av at det synes noe søkt å begrunne kostnadshenføringen av grossistproduktet terminering basert på prisene i sluttbrukermarkedet.

På denne bakgrunn kan ikke departementet se at Lyse har dokumentert at det er forhold ved selskapets IP-nett som innebærer høyere kostnader eller merverdi sammenlignet med Telenors termineringsprodukt.

3.8 Forventet vekst i antall kunder og trafikkvolum

Lyse anfører at det ikke kan legges til grunn forventninger om vekst i antall kunder og trafikkvolum hos selskapet når kostnadene for å terminere samtaler i Lyses nett skal vurderes. Dette begrunnes med at man her står overfor anslag som vil være avhengige av generelle svingninger i markedet og selskapets markedsandeler og som således er svært usikre. Anslag over fremtidig vekst kan derfor ikke tillegges betydning ved vurderingen av om Lyses termineringspriser er rimelig basert på selskapets nåværende kostnader.

Samferdselsdepartementet viser til at Lyse selv i brev 6. januar 2009 uttalte at de forventer en kunde- og trafikkvekst i 2009. Foreløpige tall som Post- og teletilsynet har innhentet i forbindelse med telestatistikken, bekrefter den positive utviklingen i antall trafikkminutter generert av Lyses kunder. Departementet mener på denne bakgrunn at anslagene over trafikk- og kundevækst ikke er så usikre som Lyse hevder. En vekst i kundemasse og trafikkvolum vil, til tross for at det trolig også vil føre til behov for ytterligere investeringer, erfaringsmessig føre til lavere enhetskostnader for termineringsproduktet. Departementet deler dermed Post- og teletilsynets oppfatning om at det er rimelig å legge til grunn et høyere antall trafikkminutter i Lyses nett ved beregning av enhetskostnadene.

3.9 Motstrid med hensyn til utgangspunktet for merkostnadsvurderinger

Lyse anfører at vedtaket inneholder selvmotsigende opplysninger når det gjelder selskapets merkostnadsvurdering i forhold til Telenors kostnadsnivå. Lyse viser her til et avsnitt i vedtaket som Lyse mener gir uttrykk for at utgangspunktet for vurderingen av Lyses kostnader knyttet til terminering ikke skal være Telenors termineringspris,

mens Post- og teletilsynet i andre deler av vedtaket har vurdert om Lyse har kostnader som kan tilsi en høyere pris enn Telenors termineringspriser.

Lyse mener videre at tilsynet har lagt til grunn delvis motstridende argumentasjon med hensyn til trafikkvolum. Lyse viser til at tilsynet ikke både kan legge til grunn at økt trafikkvolum gir lavere enhetskostnader og samtidig si at Telenors stordriftsfordeler/trafikkvolum ikke gir Telenor lavere enhetskostnader enn aktører uten tilsvarende fordeler. Dersom antatt vekst i Lyses kunde- og trafikkvolum skal trekkes inn som et moment i vurderingen av om Lyses termineringspris er rimelig, må også forskjellen i kunde- og trafikkvolum mellom selskapet og Telenor være et relevant moment ved reguleringen av Lyses termineringspris. Samferdselsdepartementet bes klargjøre hvordan det i samme vedtak kan fremkomme at forventet vekst i trafikkvolum gir lavere enhetskostnader for Lyse samtidig som det også fremkommer at termineringskostnaden ikke i særlig grad avhenger av trafikkvolumet. Forskjell i trafikkvolum mellom Telenor og Lyse kan derfor ikke begrunne ulike termineringspriser.

Disse selvmotsigelsene viser etter Lyses oppfatning at tilsynets vedtak ikke bygger på en reell og konkret vurdering av selskapets kostnader, og vedtaket fremstår følgelig som delvis konstruert og forutbestemt.

Samferdselsdepartementet viser til at det klare utgangspunktet for fastsettelsen av Lyses termineringspris er Telenors pris med påslag for eventuelle spesielle forhold. Selskapets øvrige kostnader knyttet til terminering må antas å være på nivå med Telenors tilsvarende kostnader. Etter departementets vurdering fremkommer dette også klart av tilsynets vedtak. Det kan imidlertid synes som om Lyse har misforstått uttalelsen i vedtaket om at startpunktet for beregning av selskapets termineringspris ikke skal være Telenors termineringspris med påslag for kostnadene til Lyse Tele. Departementet er uenig i at uttalelsen kan tas til inntekt for at selskapets merkostnader ikke kan legges på toppen av Telenors termineringspris. Tilsynets vedtak fremstår dermed etter departementets oppfatning ikke som selvmotsigende på dette punkt.

Når det gjelder Lyses anførsel om at tilsynet har lagt til grunn delvis motstridende argumentasjon med hensyn til trafikkvolum, vil departementet bemerke at det ikke nødvendigvis er et motsetningsforhold mellom på den ene side økt kundemasse som kan medføre reduserte enhetskostnader, og på den annen side en påpekning av at Lyses kostnadskurve neppe er vesentlig høyere enn Telenors. Det er ikke nødvendigvis slik at tilbydere med mindre trafikkvolum enn Telenor har smådriftsulemper. Departementet viser videre til at Lyse verken har dokumentert at selskapet har kostnadsulemper eller begrunnet hvordan eventuelle smådriftsulemper gir negative utslag for termineringskostnaden. Nye nett etableres ofte for å kunne levere kostnadseffektive løsninger med både telefoni, bredbånd og TV til sluttkundene. Utbygging av Lyses IP-nett skjer med ny og enhetlig teknologi som er rimeligere å

drifte enn tradisjonell teknologi og tilbyderne kan velge å etablere seg i lønnsomme områder. Det at tilsynet har lagt til grunn trafikkvekst og samtidig ikke lagt til grunn at Lyse skulle ha smådriftsulemper, finner departementet dermed ikke å innebære motstrid.

3.10 Endringer etter varsel om vedtak

Lyse anfører at Post- og teletilsynet har gitt selskapet medhold på enkelte punkter i forhold til varsel om vedtak, og at dette gir grunnlag for endringer i prisreguleringen. Det vises til at tilsynet erkjenner at en større del av Lyses kostnader knyttet til selskapets kjernenett og metronett kan tas med i vurderingen, og at tilsynet aksepterer at Lyses avskrivningstid knyttet til relevante nettverkselementer er syv år. Lyse mener dette må anses som særlige forhold som begrunner en høyere pris enn Telenor.

Samferdselsdepartementet viser til at selv om det er foretatt mindre endringer i vedtaket, er det ikke dokumentert og begrunnet spesielle forhold som tilsier avvikende termineringspriser fra Telenor, jf. punkt 3.2. Det er således ikke grunnlag for å gjøre endringer i prisreguleringen i forhold til varsel om vedtak.

3.11 Incentiver til vedlikehold, oppgradering og eventuelle nyinvesteringer

Lyse savner en begrunnelse for hvorfor Telenor skal sikres tilstrekkelig fortjeneste i eksisterende infrastruktur slik at selskapet gis incentiver til nødvendig vedlikehold, oppgradering og eventuelle nyinvesteringer, mens dette ikke er et relevant moment ved fastsettelsen av Lyses termineringspriser. I følge Lyse gjentar tilsynet kun at en sammenligning med Telios kostnadsgrunnlag er irrelevant. En slik argumentasjon vil etter selskapets syn gjøre muligheten for å kunne kreve avvikende pris som følge av spesielle forhold illusorisk, og følgelig i strid med formålet med reguleringen i marked 3.

Lyse anfører videre at Post- og teletilsynets vedtak ikke tar hensyn til faktiske ulikheter i avskrivningskostnadene per terminerte minutt for Lyse sammenlignet med Telenor. Det vises til at Lyses nett er under utbygging mens Telenors telefoninett ble etablert for flere tiår siden, og at det aller meste av investeringene er fullt avskrevet. Lyse fremhever derfor at det ikke kan forutsettes at Lyse automatisk gis tilstrekkelig avkastning på investert kapital selv om dette er tilfelle for Telenor med dagens prisnivå.

Samferdselsdepartementet viser til at markedet for terminering av fastnett reguleres etter reguleringsprinsipp 2. Virkemiddelbruken i dette markedet skal i størst mulig grad legge til rette for tjenestekonkurranse, det vil si konkurranse basert på tilgang til eksisterende infrastruktur. Videre skal det legges til rette for ivaretagelse av eksisterende infrastruktur slik at det gis incentiver til nødvendig vedlikehold, oppgradering og nye investeringer i nettet. I dette markedet er det ikke grunn til å

innrette termineringsprisen med sikte på også å gi insentiver til å bygge alternativ infrastruktur (asymmetriske priser), fordi en duplisering av infrastruktur ikke anses å avhjelpe konkurranseproblemene i markedet. Dette innebærer at Lyse ikke vil kunne ha noen berettiget forventning om å kunne belaste konkurrerende tilbyreres slutt kunder for hele kostnaden man har hatt med å bygge ut nett.

3.12 Overgangsperiode

Lyse anfører at vurderingen av overgangsperiode for tilbydere i marked 3 og marked 7 (16) som utgangspunkt bør være lik og at Lyse bør gis tilsvarende overgangsperiode som nye MNOer (Mobile Network Operator) gis i marked 7. Etter Lyses oppfatning har Post- og teletilsynet unnlatt å begrunne hvorfor oppstarttidspunktet i marked 7 har blitt fastsatt med utgangspunkt i tilbydernes etablering som MVNOer (Mobile Virtual Network Operator)/nye MNOer mens det i marked 3 fastsettes overgangsperioder basert på oppstarttidspunktet i sluttbrukermarkedet. Lyse påpeker at det er avvikende vektlegging av investeringsincentiver ved vurderingen av overgangsperiode i disse markedene. Lyse mener at det foreligger klare sammenhenger mellom markedene for terminering i fast- og mobilnett og at det derfor ikke er noen grunn til å ha forskjellig praksis knyttet til fortolkningen av oppstartstidspunkt. Lyse viser videre til at departementet i Telio-saken fant det rimelig å gi Telio en overgangsperiode tilsvarende det som tilstås MVNOer i markedet for terminering av tale i mobilnett. Lyse mener derfor at selskapets overgangsperiode må vurderes på samme måte som for tilsvarende type tilbydere i marked 7, det vil si som MNO.

Samferdselsdepartementet viser til at en sammenligning mellom regulering av markedet for terminering av tale i fastnett og markedet for terminering av tale i mobilnett ble avvist i Telio-saken. Departementet finner imidlertid grunn til å utdype nærmere begrunnelsen for den ulike vektleggingen av investeringsincentiver i disse to markedene. Selv om begge termineringsmarkedene reguleres med utgangspunkt i tjenestekonkurranse, reguleringsprinsipp 2, vil departementet bemerke at virkemiddelbruken i marked 7 skal støtte mulige infrastrukturinvesteringer i tidligere marked 15. Etableringen av et tredje konkurrerende mobilnett er som kjent et sentralt telepolitisk mål i norsk mobilregulering. I klagesakene i marked 7 av 19. mai 2009 la derfor departementet til grunn at det var hensiktsmessig å ha en mer lempelig regulering i en overgangsperiode for nye tilbydere med sikte på å stimulere til økt infrastrukturkonkurranse gjennom utbygging av et tredje landsdekkende mobilnett. Overgangsperioden i marked 7 ble fastsatt med utgangspunkt i tilbydernes etablering som MVNOer.

I marked 3 er det derimot ikke grunn til å innrette termineringsprisen med sikte på også å gi incentiver til å bygge alternativ infrastruktur (asymmetriske priser). Det

gjøres ikke tilsvarende koplinger mellom tidligere marked 15⁴ og marked 7 for marked 2⁵ og marked 3 fordi det ikke er ansett hensiktsmessig å regulere marked 2 ut fra muligheten til å skape infrastrukturbasert konkurranse. Bakgrunnen for dette er at duplisering av infrastruktur i fastnettet er ansett som økonomisk svært vanskelig.

Departementet viser videre til at spørsmålet om hvilket starttidspunkt som skal legges til grunn for beregning av overgangsperiode i markedet for terminering av tale i fastnett, ble avklart i Telio-saken. I denne saken kom departementet til at overgangsperioden i dette markedet skal beregnes fra tidspunktet selskapet fikk sine første slutt kunder, og ikke tidspunktet for etablering som tilbyder av terminering. Departementet fant det den gang rimelig å gi Telio en overgangsperiode tilsvarende det som ble gitt MVNOer i markedene for terminering av tale i mobilnett. Begrunnelsen for dette var både at selskapet på vedtakstidspunktet fortsatt ble ansett for å være i en oppstartfase, og at selskapet var det første av de mindre tilbyderne som ble prisregulert. På denne bakgrunn ga Samferdselsdepartementet Telio en overgangsperiode med mildere prisregulering på fire år.

Departementet legger tilsvarende utgangspunkt til grunn ved vurderingen av om Lyse skal tilstås en overgangsperiode. Det fremgår av punkt 15 i markedsanalysen at Lyse begynte å tilby bredbåndstelefonie via egne fiberaksesser som en del av selskapets "triple-play"-tilbud i privatmarkedet i 2002. Lyse har dermed vært tilbyder av IP-telefonie i sluttbrukermarkedet i om lag syv år og kan følgelig ikke betraktes som en nyetablert tilbyder. Lyse bygger riktignok nett, men selskapet har i praksis allerede hatt en overgangsperiode med mildere regulering av termineringsprisene sammenlignet med de fem øvrige regulerte tilbyderne. Det må dessuten antas å være påregnelig for Lyse at reguleringen ville komme, siden tilsvarende er gjort gjeldende overfor flere andre sammenlignbare tilbydere.

Endelig viser departementet til Kommissjonens anbefaling 2009/396/EF av 7. mai 2009 om regulering av termineringspriser i fast- og mobilnett.⁶ Anbefalingen legger til grunn at nyetablerte tilbydere i *mobilmarkedet* kan ha høyere enhetskostnader i en overgangsperiode, inntil de oppnår minstestørrelsen for en effektiv tilbyder. Slike tilbydere kan tillates en mildere prisregulering sammenlignet med øvrige, etablerte tilbydere i en overgangsperiode på inntil fire år etter at de har etablert seg i markedet. Det fremgår imidlertid av punkt (17) i fortalen, at det kun er nyetablerte tilbydere i *mobilmarkedet* som eventuelt bør kunne innrømmes en slik overgangsperiode. Dette er basert på en forventning om at det i mobilmarkedet tar tre til fire år for å oppnå en markedsandel på mellom 15 og 20 prosent, hvilket antas å være minstestørrelsen for en

⁴ Markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (ikke opprettholdt i ESAs nye anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder).

⁵ Markedet for originering av offentlig telefontjeneste i fastnett, tidligere marked 8.

⁶ Commission Recommendation 2009/396/EC of 7 May 2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU.

effektiv tilbyder. Situasjonen er imidlertid ikke helt sammenlignbar for nye tilbydere i fastnett, fordi disse har mulighet til raskere å oppnå lavere enhetskostnader ved å tilpasse eget nett i særlige geografiske områder med tett trafikk og/eller leie relevant kapasitet av etablerte nettilbydere.

Anbefalingen slår videre fast at termineringsprisene skal settes ned til et kostnadsorientert nivå og at det endelige målet er kostnadsnivået til en effektiv tilbyder (symmetriske priser). Avvik fra dette skal begrunnes i objektive kostnadsforskjeller utenfor tilbyders kontroll. Det fremgår imidlertid av punkt(16) i fortalen til anbefalingen at det for fastnett ikke er konstatert noen objektive kostnadsforskjeller som er utenfor tilbyders kontroll. Departementet understreker for øvrig at anbefalingen er en ikke-bindende rettsakt ("soft-law") jf. EF-traktaten artikkel 249 og følgelig ikke direkte juridisk bindende for norske regulatørers myndighetsutøvelse. Anbefalingen er for øvrig ennå ikke vedtatt av ESA.

På denne bakgrunn mener Samferdselsdepartementet at den ulike vektleggingen av investeringsincentiver i markedene for terminering av tale i fast- og mobilnett er saklig begrunnet. Departementet fastholder med dette sin konklusjon i Telio-saken og deler ikke Lyses synspunkter om at det er relevant å vurdere Lyse på tilsvarende måte som nye MNOer i marked 7. Departementet ser imidlertid ikke bort fra at fremveksten av IP-basert kommunikasjon (nye teknologier) kan endre de grunnleggende kostnadsstrukturene i fastnettene. Den typen teknologiskift som en eventuell overgang til fullt ut IP-basert kommunikasjon vil innebære, kan på sikt føre til at infrastrukturkonkurranse kan bli et riktig prinsipp for fastnettmarkedene, jf. reguleringsprinsipp 3. Hvorvidt denne og mulige andre endringer vil medføre skift i prinsipp fra tjenestekonkurranse til infrastrukturkonkurranse er ennå for tidlig å si.

3.13 Sammenfatning

På bakgrunn av en samlet vurdering av Lyses anførsler, kan ikke Samferdselsdepartementet se at Lyse har dokumentert at det foreligger "spesielle forhold" ved Lyses IP-nett som kan begrunne at selskapet kan sette en høyere termineringspris enn Telenor. Samferdselsdepartementet finner heller ikke at Post- og teletilsynet har utøvet usaklig forskjellsbehandling ved fastsettelsen av pristaket for terminering i Lyses nett, og vedtaket er følgelig ikke i strid med det ulovfestede forvaltningsmessige likhetsprinsipp. Samferdselsdepartementet finner ikke at vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil som kan medføre at vedtaket anses ugyldig etter analogi med forvaltningsloven § 41. Etter departementets syn er det ikke grunnlag for verken å endre eller oppheve Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009.

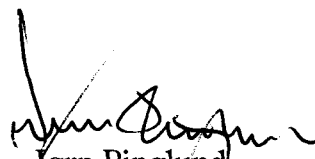
4. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK

Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak av 3. april 2009 med pålegg om retting av Lyse Teles prisforpliktelser i markedet for terminering av offentlig telefontjeneste i individuelle fastnett, jf. ekomloven § 10 - 6 og Vedtaket.

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

Med hilsen


Ottar Ostnes e.f.


Jørn Ringlund