



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Legalteam advokatfirma DA

Postboks 1969 Vika
0125 OSLO

Deres ref

Vår ref
07/1908-
HK/SJK/LBA/EW

Dato
17.07.2008

**Vedtak i Hafslund Telecoms klage på Post- og teletilsynets vedtak av 17.10.2007 om
termineringspriser for fasttelefoni, marked 9**

Hafslund Telekom har ved brev 9. november 2007 påklaget Post- og teletilsynets vedtak av 17. oktober 2007, der Hafslund Telekom ble pålagt å redusere sin termineringspris til samme nivå som Telenors innen 1. februar 2008. Klagen er ved brev 6. februar 2008 fra Post- og teletilsynet oversendt Samferdselsdepartementet som rett klageinstans, jf lov om elektronisk kommunikasjon 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) § 11-6 og lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (fvl) § 28. Klagen anses rettidig, jf fvl § 29.

1. BAKGRUNN

Post- og teletilsynet fattet 24. mars 2006 vedtak (heretter "SMP-vedtaket") om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for originering, terminering og transitt av offentlig telefontjeneste i fastnett. Vedtaket ble fattet på bakgrunn av en markedsanalyse (heretter Markedsanalysen), varsel om vedtak, hørings svar fra aktørene, samt tilbakemelding fra EFTA Surveillance Authority (heretter ESA) på utkast til vedtak. I SMP-vedtaket ble Hafslund Telekom og ni andre mindre tilbydere av terminering i fastnett identifisert som tilbydere med sterk markedsstilling og pålagt bl.a. å ha "rimelige priser" for terminering. Vedtaket var hjemlet i ekomloven kapittel 3 og 4.

SMP-vedtaket trådte i kraft straks, og ble ikke påklaget verken av Hafslund Telekom eller noen av de øvrige aktørene.

I SMP-vedtaket tar Post- og teletilsynet ikke eksplisitt stilling den enkelte aktørs termineringspris, men presiserer at kravet om rimelig pris ville måtte avgjøres særskilt. Av SMP-vedtaket avsnitt 334 fremgår det at Post- og teletilsynet primært ønsker at tilbyderne skal søke å komme til enighet om termineringsprisene seg i mellom, men at tilsynet kan ta

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:
Heidi Karlsen
22 24 81 48

opp spørsmål til vurdering hvis enighet ikke oppnås.

Telenor ba i brev 15. mars 2007 Post- og teletilsynet om å vurdere om termineringsprisene til bl.a. Priority Telecom (nå Hafslund Telekom) var i samsvar med prisforpliktelsen i SMP-vedtaket. Post- og teletilsynet påla Hafslund Telekom å begrunne og dokumentere egen termineringspris i brev 19. mars 2007. Hafslund Telekom redegjorde for forhold som har vært avgjørende for selskapets fastsettelse av egen termineringspris i brev 30. april 2007.

Post- og teletilsynet kom til at Hafslund Telekom ikke i tilstrekkelig grad hadde dokumentert og begrunnet egen termineringspris, og varslet i brev 23. juli 2007 at man ville fatte vedtak om at Hafslund Telekoms termineringspriser skulle settes ned til samme nivå som Telenors priser (resiproke priser), jf ekomloven § 4-9 og SMP-vedtaket. For nærmere detaljer vedrørende saksgangen frem til Post- og teletilsynets varsel vises det til Post- og teletilsynets brev 6. februar 2008.

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

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

[...]

Hafslunds termineringspriser er i dag 11,6 øre per samtale og gir en minuttpris på henholdsvis 7,1 øre/minutt normal takst og 5 øre/minutt redusert takst. Dette gir en kostnad for å terminere en gjennomsnittlig samtale på 45 øre på dagtid og 35,2 øre på kveldstid. Snittkostnaden for å terminere en gjennomsnittsavtale på 4,71 minutter i Hafslund 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 Hafslunds 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 Hafslunds nett. [...]."

Som det fremgår ble Hafslund Telekom i Vedtaket pålagt å redusere sin termineringspris til samme nivå som Telenors (20,5 øre) 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.

Hafslund klaget ved brev 9. november 2007 på Post- og teletilsynets vedtak av 17. oktober 2008. Selskapet anmodet samtidig om utsatt iverksetting. Samferdselsdepartementet besluttet 15. januar 2008 å gi utsatt iverksetting for så vidt gjaldt den del av vedtaket som knyttet seg til reduksjon av termineringsprisen til samme nivå som Telenors innen 1. februar 2008.

Hafslund 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 DA er utarbeidet av professorene Espen R. Moen og Christian Riis ved handelshøyskolen BI, på oppdrag fra Hafslund, Ventelo, Get, TDC og Lyse Tele.

Telenor kommenterte klagen i brev 12. desember 2007. Klagen ble oversendt til Samferdselsdepartementet for behandling ved brev fra Post- og teletilsynet 6. februar 2008 (heretter "Innstillingen") der tilsynet opprettholdt Vedtaket. Hafslund Telekom kommenterte Post- og teletilsynets innstilling ved brev 27. februar 2008. På anmodning fra Samferdselsdepartementet i e-poster 14. mars og 14. april 2008, oversendte Hafslund Telekom ytterligere informasjon i brev 6. mai 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 ekommerket. 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.

¹ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 100

² Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 106

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.

2.3 EØS-direktivpakken og retningslinjer fra ERG

I 2002 vedtok EU følgende fem direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsverndirektivet. 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 forslagetets samsvar med EØS-retten, kan ESA kreve at forslaget trekkes tilbake (vetorett). Dette gjelder ved utpeking eller tilbaketrekking av tilbyder med sterk markedsstilling, eller definering av nye markeder. For pålegg av nærmere bestemte virkemidler (herunder prisregulering) har ESA en uttalelsesrett. 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. HAFSLUND TELEKOMS KLAGE

Hafslund Telekom anfører i sin klage for det første at det foreligger saksbehandlingsfeil fordi Post- og teletilsynet ikke har foretatt de nødvendige vurderinger, og fordi vedtaket ikke er tilstrekkelig opplyst, jf fvl § 17. Vedtaket er i følge selskapet heller ikke tilstrekkelig begrunnet, jf fvl § 25, og det innebærer usaklig forskjellsbehandling. I følge Hafslund Telekom må Vedtaket på dette grunnlag anses ugyldig. For det andre anfører Hafslund Telekom at det foreligger rettsanvendelsesfeil, herunder at vedtaket er i strid med ekomlovens formål, at vilkårene for pålegg om prisregulering i ekomlovens § 4-9, jf § 4-1, ikke er oppfylt, og at Post- og teletilsynet har tolket "rimelige priser" feil. Hafslund Telekom anfører videre at prisreguleringen er uforholdsmessig, og at Post- og teletilsynet ved vurdering av "spesielle forhold" ikke har vurdert de konkrete kostnader som Hafslund Telekom har fremlagt, og dessuten har vurdert kostnadene feil. Vedtaket må på dette grunnlag anses ugyldig. For det tredje anmoder Hafslund Telekom om at Post- og teletilsynet/Samferdselsdepartementet endrer SMP-vedtaket av eget tiltak. Begrunnelsen er at reguleringen slik den praktiseres av tilsynet er i strid med både ekomloven og dens formål, samt andre grunnleggende hensyn i EU/EØS-retten.

4. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VURDERING

I det følgende vil departementet foreta en gjennomgang og en vurdering av Hafslund Telekoms anførsler.

4.1 Vurdering av saksbehandlingen

4.1.1 Innledning

Saksbehandlingsfeil kan medføre at et vedtak er fattet på feil grunnlag, og innebære at den som vedtaket retter seg mot ikke får det han har krav på gjennom myndighetens saksbehandling. Forvaltningslovens bestemmelser innebærer rett til å klage til overordnet instans og få saken vurdert på nytt. Saksbehandlingsfeil er et selvstendig grunnlag for en slik klage. Fvl § 41 omhandler virkningen av saksbehandlingsfeil. Et vedtak kan anses som ugyldig dersom det er grunn til å regne med at en feil har virket bestemmende på vedtakets innhold.

4.1.2 Utrednings- og informasjonsplikt, jf fvl § 17. Begrunnelsens innhold, jf fvl § 25

Hafslund Telekom anfører at det foreligger enkelte saksbehandlingsfeil som har virket bestemmende for Vedtaket, og at Vedtaket på dette grunnlag er ugyldig. Selskapet mener Vedtaket ikke er fattet i overensstemmelse med fvl §§ 17 og 25.

Hafslund Telekom viser til at tilsynet ikke har foretatt en ny markedsanalyse i Vedtaket, til tross for at det har skjedd endringer i sentrale forutsetninger for Vedtaket. Selskapet mener videre at tilsynet ikke har vurdert om nåværende markedsituasjon tilsier endring av anvendelsen av reguleringsprinsipp 2, eller om reguleringsprinsipp 3 eventuelt bør anvendes i marked 9. Tilsynet har etter selskapets syn heller ikke vurdert dokumentasjonen om det foreligger "spesielle forhold" i tilstrekkelig grad. Selskapet mener dessuten at tilsynet har avvist en rekke kostnader og betydningen av stordriftsfordeler som Hafslund Telekom mener bør være med i grunnlaget for å bestemme termineringsprisen.

Post- og teletilsynet anfører at pålegget om retting gjelder allerede ilagte forpliktelser. Pålegget innebærer dermed ikke noen ny regulering for Hafslund Telekom og de andre regulerte aktørene. Tilsynet mener derfor det ikke er nødvendig å foreta en ny markedsanalyse og en fornyet vurdering etter ekomloven § 4-9 for å håndheve/følge opp forpliktelsene fastlagt i SMP-vedtaket. Tilsynet anfører at markedsforholdene under enhver omstendighet ikke er vesentlig endret fra SMP-vedtaket.

Til anførselen om at tilsynet ikke har vurdert oversendt dokumentasjon i forbindelse med "spesielle forhold" og begrunnet dette godt nok, mener tilsynet at det fremgår klart av Vedtaket kapittel 5 at tilsynet er kritisk til flere av Hafslund Telekoms kostnadsføringer.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at hovedansvaret for sakens opplysning etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ligger hos forvaltningsmyndigheten. Tilsynet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf fvl 17 første ledd, og sørge for å få de opplysninger som er nødvendige for å sikre en riktig avgjørelse. Dette må imidlertid ses i lys av den tid og de ressurser som er til rådighet, og de faktiske muligheter som foreligger for å kunne gå inn i alle sakens detaljer. Fvl § 25 omhandler begrunnelser for vedtak og hva en slik begrunnelse skal inneholde. Blant annet skal innholdet i reglene eller den problemstillingen vedtaket bygger på gjengis, dersom det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket. De faktiske forhold vedtaket bygger på skal også nevnes. Videre bør de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvelsen av det forvaltningsmessige skjønnet nevnes.

Når det gjelder anførselen om at tilsynet ikke har foretatt en ny markedsanalyse, viser departementet til det som er sagt i punkt 4.3.4 nedenfor.

Når det gjelder anførselen om at tilsynet ikke har vurdert om de skulle ha benyttet reguleringsprinsipp 3 istedenfor prinsipp 2 i Marked 9, henvises til det som fremgår under punkt 4.3.3.

Hafslund Telekom har videre anført at Post- og teletilsynet ikke i tilstrekkelig grad har vurdert dokumentasjonen om det foreligger "spesielle forhold". Departementet viser til vurderingen av dette i punkt 4.2.5 nedenfor.

Når det gjelder Hafslund Telekoms anførsel om at tilsynet i sin vurdering har avvist en rekke kostnader selskapet selv mener bør være med i grunnlaget for å bestemme termineringsprisen, samt at tilsynet ikke har vurdert stordriftsfordelene/-smådriftsulempene, viser departementet til vurderingen som fremgår av punkt 4.2.5 nedenfor.

4.1.3 Usaklig forskjellsbehandling

Hafslund Telekom anfører at det foreligger diskriminering mellom aktører i Marked 16 og Marked 9, og at forskjellen i regulering ikke er tilstrekkelig begrunnet. Selskapet viser til at Post- og teletilsynet refererer til sitt vedtak samt departementets vedtak av 11. juli 2007 vedrørende Telio Telecom i Marked 9 (Telio-vedtaket), og mener det ikke er relevant å sammenligne med regulering av termineringsprisen til Telio. Selskapet viser til at Telio til forskjell fra Hafslund Telekom er en ren tilbyder av bredbåndstelefoner som ikke gjør investeringer i eget aksessnett, men kun tilbyr tjenester over andre aktørers aksessnett. Selskapet mener Telio-saken derfor ikke er relevant.

Post- og teletilsynet anfører at kostnader i aksessnett ikke er relevant for termineringsproduktet, og mener derfor at Telio-saken er relevant også i forhold til Hafslund Telekoms termineringspriser. Tilsynet viser til at Hafslund Telekom og andre tilbydere, på samme måte som Telenor, har anledning til å fordele kostnader som ikke henføres til terminering til andre produkter.

Samferdselsdepartementet viser til at det kan oppstilles et likhetsprinsipp i forvaltningen. Med dette siktes til et krav om at like tilfeller skal behandles likt. Hvorvidt tilfeller skal anses å falle inn under dette likhetsprinsippet vil være en skjønnsmessig vurdering, og det er ikke alltid åpenbart innlysende hvilke tilfeller som må anses for å være like. Departementet uttalte følgende om likhetsprinsippet i Telio-vedtaket på s. 9:

"Det er på det rene at marked 9 og marked 16 reguleres forskjellig. Etter Samferdselsdepartementets mening er imidlertid denne forskjellsbehandlingen saklig begrunnet. Samferdselsdepartementet finner, i likhet med Post- og teletilsynet, at Telios situasjon i marked 9 neppe er sammenliknbar med Tele2s situasjon i marked 16. Departementet ser ikke bort ifra at framveksten av IP-basert kommunikasjon kan endre de grunnleggende kostnadsstrukturene i fastnettet, og kommer nærmere tilbake til dette under punkt 5.2.3. Dette endrer imidlertid ikke Samferdselsdepartementets syn om at Post- og teletilsynets vedtak ikke innebærer usaklig forskjellsbehandling."

Samferdselsdepartementet fastholder sitt syn når det gjelder behovet for å regulere Marked 9 og Marked 16 ulikt. Departementet mener at dette har en saklig begrunnelse, jf sitatet ovenfor fra Telio-vedtaket. Det vises videre til det som er sagt i punkt 4.3.3 om at det i Marked 16 kun er snakk om adgangen til å ta en høyere pris i en oppstartsfasen. Departementet mener videre i likhet med tilsynet at Telio-vedtaket er relevant i forhold til Hafslund Telekoms termineringspriser, ved at selskapet har anledning til å fordele kostnader som ikke henføres til terminering til andre produkter.

Samferdselsdepartementet kan derfor ikke se at det har funnet sted en usaklig forskjellsbehandling som har vært bestemmende for Vedtaket.

4.1.4 Vedrørende økonomisk analyse fra Oeconomica DA

Til støtte for anførslene i klagen har Hafslund Telekom fremlagt en økonomisk analyse utarbeidet av Oeconomica. Rapporten ble oversendt i etterkant av klagen.

Post- og teletilsynet kommenterer rapporten i innstillingen og mener den 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. Tilsynet bemerker også at rapporten ikke kommenterer at det i økonomisk teori fremkommer flere fordeler ved symmetriske priser. Tilsynet mener tilnærmingen i rapporten er stikk i strid med holdningen ellers i Europa og ESA.

Hafslund Telekom skriver i sin kommentar til innstillingen at Post- og teletilsynets kommentar til rapporten viser at det er en rekke komplekse problemstillinger og analyser som tilsynet ikke har tatt stilling til i vedtaket. Selskapet hevder dette er en saksbehandlingsfeil, og viser til det som er sagt om saksbehandlingsfeil i klagen.

Samferdselsdepartementet mener rapporten fra Oeconomica underbygger mange av Hafslund Telefons 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 4.3.3. Departementet viser til punkt 4.3.4 når det gjelder vurderingen knyttet til den andre problemstillingen. Når det gjelder saksbehandlingsfeil knyttet til anført manglende utredning i vedtaket vil departementet vise til punkt 4.1.2. Basert på vurderingen som fremkommer i punkt 4.1.2 og i andre tilhørende punkter, kan ikke departementet se at det er anført nye saksbehandlingsfeil basert på innspillene i forbindelse med Oeconomica-rapporten, og vil derfor ikke vurdere andre anførsler vedrørende saksbehandlingen enn de som fremkommer i klagen.

4.1.5 Oppsummering og konklusjon

Samferdselsdepartementet legger til grunn at Vedtaket ikke er beheftet med saksbehandlingsfeil, jf fvl §§ 17 og 25. Vedtaket er heller ikke i strid med det forvaltningsmessige likhetsprinsipp. Departementet kan videre ikke se at det skulle foreligge saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet etter fvl § 41. Det vises for øvrig til departementets vurderinger og konklusjoner i punktene 4.2.4, 4.3.3 og 4.3.4 nedenfor.

4.2 Prisregulering

Hafslund Telekom anfører prinsipalt at Post- og teletilsynet tolker ekomloven feil når tilsynet konkluderer med at prisregulering er et nødvendig og forholdsmessig virkemiddel. Videre anfører selskapet at Vedtaket ikke fremstår som en presisering av SMP-vedtaket, men må anses som et selvstendig vedtak ved siden av SMP-vedtaket, jf ekomloven § 4-1, jf § 4-9.

Subsidiært anfører Hafslund Telekom at Post- og teletilsynet har anvendt den konkrete prisreguleringen som følger av SMP-vedtaket feil. Denne anførselen bygger på at tilsynet ikke har tolket begrepet "spesielle forhold" riktig, at konsekvensene av prisreguleringen som følger av Vedtaket er i strid med ekomlovens formål og at Vedtaket er i strid med de skranker som følger av ekomloven § 4-9.

4.2.1 Er prisreguleringen nødvendig?

Hafslund Telekom mener at for å pålegge prisregulering etter ekomloven § 4-9 må en tilbyder kunne utnytte sin markedsstilling til skade for forbrukerne. Selskapet hevder at dette vilkåret ikke er oppfylt, fordi selskapet ikke kan opptre uavhengig av andre aktører i markedet. Selskapet anfører at den konkrete vurdering som Post- og teletilsynet har foretatt av selskapets termineringspriser er knyttet til om det foreligger spesielle forhold som tilsier at Hafslund Telekom har høyere kostnader enn Telenor, og at dette ikke er relevant i forhold til ekomloven. Selskapet mener også at Post- og teletilsynet må påvise at prisene er urimelig høye for at prisregulering etter ekomloven § 4-9 skal være et forholdsmessig og adekvat virkemiddel.

Post- og teletilsynet anfører at ekomloven ikke stiller krav om at Post- og teletilsynet må konstatere at Hafslund Telekoms termineringspris faktisk er uforholdsmessig høy for å pålegge prisregulering ex ante. Tilsynet fremhever at et av vilkårene for å pålegge prisforpliktelser etter bestemmelsen er at tilbyder med sterk markedsstilling kan utnytte sin stilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå. Målsettingen med ex ante reguleringen er å avhjelpe aktuelle eller potensielle konkurranseproblemer, og det er således ingen forutsetning for anvendelse av sektorspesifikke virkemidler at misbruk av sterk markedsstilling allerede har funnet sted. Etter Post- og teletilsynets oppfatning er det relevante vurderingskriteriet for dette inngrepet om Hafslund Telekoms termineringspris er i henhold til forpliktelsen om rimelig termineringspris slik denne forpliktelsen er utformet i SMP-vedtaket. Vurderingen av om vilkårene for å anvende ekomloven § 4-9 er til stede, er allerede foretatt i SMP-vedtaket.

Samferdselsdepartementet mener at reguleringen i SMP-vedtaket innebærer en prisforpliktelse for Hafslund. Pålegg av prisforpliktelse er den strengeste virkemiddelbruk som er til myndighetenes rådighet med henblikk på å oppnå bærekraftig konkurranse. Prisregulering er hjemlet i ekomloven § 4-9. Bestemmelsen skiller ikke mellom en "mildere og strengere form for prisregulering".

Hvert nett som benyttes til terminering er et eget relevant nett i Marked 9. Ettersom kunder som ringer til en tilbyder med høy termineringspris i stor grad ikke er klar over hva det koster å avslutte samtalen, kan man slutte at tilbydere i Marked 9 har stor mulighet til å opptre uavhengig av kunder. Likeledes er det ikke teknisk mulig for en tilbyder å konkurrere om å terminere en samtale i et annet nett, slik at en tilbyder i Marked 9 kan opptre relativt uavhengig av andre tilbydere i Marked 9. Dette innebærer at hver tilbyder har 100 % markedsandel i sitt eget nett og derfor har incitament til å sette relativt høye priser. Problemer knyttet til overprising er vurdert som et stort konkurranseproblem i Marked 9, og prisregulering anses som det mest effektive virkemiddelet for å motvirke problemet.

Post- og teletilsynet har i SMP-vedtaket vurdert at reguleringen vil fremme ekomlovens formål ved å hindre overprising som vil kunne være ineffektiv ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. Ved å regulere termineringsprisene ned vil man få gevinst for sluttbrukerne ved reduserte telefonregninger. Videre vil en reduksjon av termineringsprisene gi lavere etableringshindringer siden termineringsprisene inngår direkte i kostnadsbasen til en tilbyder. En tilbyder får derfor redusert kostnadsbase og større muligheter for å konkurrere på sluttbrukernivå. Å regulere termineringsprisene vil etter tilsynets vurdering være til gagn for sluttbrukerne og markedet generelt. Departementet slutter seg til denne vurderingen.

Når det gjelder Hafslund Telekoms anførsel om at tilsynet ikke har vurdert om prisen er urimelig høy etter ekomloven § 4-9, mener departementet at tilsynet i henhold til SMP-vedtaket må vurdere om det er noe som tilsier at Hafslund Telekom kan ha en høyere pris enn Telenor. Vedtaket er en presisering av SMP-vedtaket som igjen er et gyldig vedtak i medhold av ekomloven § 4-9. Samferdselsdepartementet mener derfor at tilsynets vurdering av termineringsprisene er i samsvar med de føringene som er lagt i SMP-vedtaket og dermed også i samsvar med ekomloven § 4-9.

4.2.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Hafslund Telekom anfører at Post- og teletilsynet har brutt med plikten til å vurdere forpliktelsens forholdsmessighet. Selskapet anfører at tilsynet i stedet har vist til forholdsmessighetsvurderingen i SMP-vedtaket, hvor det kun oppstilles to ulike alternativ for prisregulering for Telenor. Hafslund Telekom anfører dessuten at produktregnskapet viser at selskapet får en margin som ikke er forretningsmessig forsvarlig, og at dette taler klart for at Vedtaket ikke er forholdsmessig. Videre anfører selskapet at Post- og teletilsynet har gitt uttrykk for feil forståelse av hva forholdsmessighetskravet går ut på. Hafslund Telekom viser i sin klage til situasjonen i Danmark og Sverige og kan ikke se at forhold i Norge skulle tilsi at en annen forholdsmessighetsvurdering skulle ligge til grunn for regulering av det norske markedet enn for regulering av markedene i disse to landene.

Post- og teletilsynet har i Vedtaket lagt til grunn at en prisregulering av Hafslund Telekom ned til resiprok pris med Telenor vil være forholdsmessig. Tilsynet viser til at alternative virkemidler for regulering av Hafslund Telekom og de øvrige aktørene i marked 9 har blitt vurdert, men at man ikke har funnet noe fullgodt alternativ til prisregulering hensett til at overprising er et alvorlig konkurranseproblem i markedet. Post- og teletilsynet har dessuten lagt til grunn at Hafslund Telekom ikke har dokumentert at selskapet får en negativ margin ved de fastsatte prisene i Vedtaket. Til anførselen om situasjonen i Sverige og Danmark, viser tilsynet til at markedssituasjonen er ulik i disse landene i forhold til i Norge, og at sammenligningen derfor ikke er relevant.

Samferdselsdepartementet viser til at i tillegg til at det er et vilkår for pålegg av prisregulering at en tilbyder har sterk markedsstilling med mulighet for tilbyder til å ta overpris etter ekomloven § 4-9, må et pålegg om prisregulering være forholdsmessig. Valget av kostnadsmetode må dessuten være hensiktsmessig i relasjon til reguleringsbehovet. Kravet til forholdsmessighet kan kort beskrives som kravet til forvaltningen om å sikre samsvar mellom middelet som anvendes og målet som nås/søkes nådd. Forholdsmessighetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i EU-retten og følger av EØS-avtalen. Myndighetsutøvelse hjemlet i

bl.a. ekomloven er underlagt kravet til forholdsmessighet. Det er også understreket i forarbeidene til ekomloven³ hvor det i merknadene til § 3-4 er sagt følgende:

"Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige, ikke-diskriminerende, bygge på objektive og saklige kriterier og være offentlig tilgjengelige. Med forholdsmessighet menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd."

Samferdselsdepartementet har merket seg at Hafslund Telekom stiller spørsmål om Post- og teletilsynet i tilstrekkelig grad har vurdert alternativer som kan bøte på konkurranseproblemet. Hafslund Telekom anfører at selskapet som følge av Vedtaket blir fratatt inntektsgrunnlaget og får svekket sin konkurranseevne. Departementet viser til tilsynets uttalelser om at alternativ regulering i Marked 9 har blitt vurdert, men fullgode alternativer til å løse eventuelle problemer knyttet til potensiell overprising mangler.

Departementet finner videre at Post- og teletilsynet har foretatt en forsvarlig gjennomgang og vurdering av Hafslund Telekoms redegjørelse for egen pris, oversendt i form av produktregnskap. Det vises blant annet til punkt 5 i Vedtaket hvor det fremgår at tilsynet har gått inn på postene og sett på fordelingen av kostnader til terminering. Post- og teletilsynet opplyser at de ikke har funnet grunn til å foreta detaljerte beregninger av Hafslund Telekoms kostnadstall knyttet til terminering, men påviser at enkelte større utgiftsposter som er henført til termineringskostnader er ført feil.

Når det gjelder Post- og teletilsynets plikt til å vurdere forpliktelsenes forholdsmessighet vises det til SMP-vedtaket punkt 8.3.6.2 og Vedtaket punkt 5 der det fremgår at tilsynet anser at reguleringen er forholdsmessig. Tilsynet har vurdert forholdsmessigheten og har i vurderingen lagt vekt på at det ikke finnes noe fullgodt alternativ til å bøte på konkurranseproblemene som følger av overprising. Prisregulering anses derfor som det mest effektive. Tilsynet har også lagt til grunn av selv om reguleringen vil legge begrensinger på prissettingen i Marked 9 og dermed også inntjeningen, så må man se det i sammenheng med at overpris er et alvorlig konkurranseproblem. Departementet finner på bakgrunn av dette at tilsynet har vurdert forholdsmessighet i forpliktelsene som er pålagt Hafslund.

Når det gjelder effekten for sluttbrukerne i markedet ved regulering av termineringsprisene, vil departementet bemerke at Hafslund Telekom, i likhet med flere andre mindre markedsaktører, lenge har hatt mulighet til å sette en uforholdsmessig høy pris i Marked 9 som følge av den sterke markedsstillingen hver tilbyder har på terminering i eget nett, jf pkt 4.2.1. Situasjonen til nå har for Hafslund Telekom vært at det i betydelig grad har vært Telenors og andre tilbyders kunder som har subsidiert Hafslund Telekoms virksomhet, fordi det er de andre tilbydernes kunder som betaler den høye termineringsprisen til Hafslund Telekom. Effekten på sluttbrukerprisene av redusert termineringspris vil kunne bli at tilbyderne velger å sette opp noen av sine sluttbrukerpriser for å kompensere for sitt nettotap. Konsekvensene av dette vil være at det i større grad blir tilbydernes egne sluttbrukere som genererer inntekter til sin egen tilbyders virksomhet. Man går da bort fra en situasjon hvor det

³ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 100

er andre tilbyderes kunder som generer store deler av inntektene. Denne situasjonen er etter departementets syn for det første langt sunnere for sluttbrukerne som får større kontroll over egne kostnader, og for det andre sunnere i en rent samfunnsøkonomisk forstand, fordi tilbyderne vil måtte få inntekter fra egne kunder i stedet for fra andres kunder. Departementet legger betydelig vekt på at hensynet til sluttbrukerne ivaretas gjennom reduserte priser og legger til grunn at forbruker- og effektivitetshensyn taler for at prisene er resiproke.

Når det gjelder virkningen av regulering i form av relativt store inntektsreduksjoner for Hafslund Telekom, mener departementet at vedvarende priser som ligger høyt over Telenors termineringspriser ikke kan forsvares overfor de andre tilbydernes kunder som faktisk betaler disse termineringsprisene. En videreføring av denne situasjonen mener departementet er uforholdsmessig og i strid med ekomloven § 1-1, der det fremgår at formålet bl.a. er å skulle sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester. Loven skal imidlertid også stimulere til næringsutvikling og innovasjon. Fra departementets side understrekes derfor viktigheten av at reguleringen i Marked 9 skal gjøres på en måte som tilstreber at Hafslund Telekom fortsatt kan være en aktør i det norske ekommarkedet. Reguleringen i Marked 9 vil redusere Hafslund Telekoms inntjening, men inntektstapet må sees i forhold til andre viktige samfunnshensyn som ekomloven er satt til å fremme, herunder at samtaler i fastnettet bør være effektive i samfunnsøkonomisk forstand og gi rimelige sluttbrukerpriser, samt hensynet til bærekraftig konkurranse.

Departementet mener på denne bakgrunn at Post- og teletilsynet i Vedtaket, sammenholdt med de vurderinger som er lagt til grunn i SMP-vedtaket, har oppfylt sin plikt til å vurdere relevante aspekter av forpliktelsens forholdsmessighet i tråd med ekomloven og EØS-rettens forutsetninger.

4.2.3 Hjemmelsgrunnlaget for vedtaket

Hafslund Telekom anfører at Vedtaket ikke fremstår som en presisering av SMP-vedtaket, men må anses som et selvstendig vedtak ved siden av SMP-vedtaket, jf ekomloven § 4-1, jf § 4-9. Selskapet utdypet imidlertid ikke dette nærmere i klagen. Departementet forstår anførselen slik at Hafslund Telekom mener at Vedtaket må forankres i ekomloven § 4-9, og at ekomloven § 10-6 således ikke er korrekt hjemmel for Vedtaket.

Samferdselsdepartementet viser til at det 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 § 4-9⁴ 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 det utvilsomt ligger innenfor Post- og teletilsynets kompetanse å endre, herunder både skjerpe og lempe, prisreguleringen i SMP-vedtaket. Det fremgår av SMP-vedtaket at Hafslund Telekom er forpliktet til å ta "rimelige priser" og at

⁴ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 106

prisene skal ta utgangspunkt i Telenors. I Vedtaket pålegges Hafslund Telekom med hjemmel i ekomloven § 10-6 å endre sin termineringspris ned til samme nivå som Telenor (resiproke priser). Dette er etter departementets syn en presisering av SMP-vedtaket. Vedtaket som pålegger TDC 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 Vedtaket vil være hjemlet i § 4-9, selv om det ikke vises direkte til denne bestemmelsen. Det vises videre til departementets drøftelser i Telio-vedtaket avsnitt 5.1.1, der departementet konkluderte med at formålet fremkommer klart i SMP-vedtaket, og derfor ikke trengte å behandles nærmere i etterfølgende vedtak. Departementet fastholder dette synspunktet.

4.2.4 Nærmere om rimelig pris

Hafslund Telekom anfører at Post- og teletilsynet ikke har foretatt de nødvendige vurderinger når det gjelder tolkning av "rimelige priser" i Vedtaket. Selskapet mener at valg av begrepet "rimelige priser" ikke gir rom for en streng prisregulering og pålegg om lavere termineringspriser enn det som gir kostnadsdekning og rimelig avkastning. Ettersom prisregulering er et meget inngripende virkemiddel, må det etter selskapets syn legges til grunn at tilsynet tar stilling til om prisene er uforholdsmessig høye og ikke hvorvidt det er forskjeller i kostnader som tilsier at prisene skal være høyere enn Telenors pris. Hafslund Telekom har også anført at SMP-vedtaket ikke ble påklaget fordi selskapet antok at "rimelige priser" betydde at de små aktørene ville bli ilagt en lett form for prisregulering som var forskjellig og mindre bebyrdende enn de forpliktelser som ville bli pålagt Telenor. Etter selskapets oppfatning er Post- og teletilsynets praktisering av prisreguleringen i SMP-vedtaket grunnleggende i strid med det man med rimelig grunn kunne forvente ut fra SMP-vedtakets ordlyd.

Hafslund anfører at dette utgjør en rettsanvendelsesfeil.

Post- og teletilsynet mener det fremgår klart hva som menes med "rimelig priser", nemlig at prisene "skal ta utgangspunkt i Telenors priser, men kan avvike noe dersom spesielle forhold skulle tilsi det", jf SMP-vedtaket punkt 441. Tilsynet er uenig i påstanden om at innholdet av prisforpliktelsen i SMP-vedtaket må tolkes i lys av vilkåret om "uforholdsmessig høyt prisnivå" i ekomloven § 4-9, og viser til at vilkåret i bestemmelsen er ett av flere vilkår som må være oppfylt for at prisregulering kan benyttes.

Samferdselsdepartementet viser til Telio-vedtaket, hvor det på s. 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 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 oppstartsfase 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" i dette konkrete tilfellet 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 Hafslund Telekom anledning til på generelt grunnlag å ta en høyere pris enn Telenor. Videre bygger Vedtaket på en forutsetning om at det ikke er påvist spesielle forhold som skulle tilsi avvik fra Telenors termineringspris. Departementet finner følgelig ikke grunnlag for å fastslå at det er snakk om en skjerpet prisforpliktelse når Post- og teletilsynet pålegger Hafslund Telekom å ha termineringspriser som er resiproke med Telenors. Vedtaket er en presisering av SMP-vedtaket og departementet finner ikke grunnlag for å mene at Post- og teletilsynet har tolket "rimelige priser" feil. Når det gjelder anførselen om rettsanvendelsesfeil vises det til 4.2.3 der departementet har konkludert med at det ikke kreves selvstendig vedtak.

4.2.5 Nærmere om "spesielle forhold"

Hafslund Telekom anfører at den skepsis mot lik regulering av terminering av IP-trafikk og terminering i ISDN/PSTN-nettet som Post- og teletilsynet uttrykker i SMP-vedtaket punkt 309, også må legges til grunn ved reguleringen av terminering av bredbåndstelefoner i nyetablerte aksessnett. Selskapet mener termineringsprisen må dekke alle kostnader forbundet med terminering, uavhengig av hvilken teknologi som anvendes, og at prisene ikke vil være "rimelige" uten kostnadsdekning.

Hafslund Telekom anfører videre at Post- og teletilsynet ikke har tatt hensyn til smådriftsulemper. Hafslund Telekom hevder at tilsynet har tolket departementets uttalelse i Telio-vedtaket vedrørende dokumentasjonskrav feil. Hafslund Telekom mener også at så lenge Telenor krever ensidig dekning av tilknytningskostnader, må kostnader knyttet til aksessnettet inkluderes i kostnadsgrunnlaget til termineringsprisen. Selskapet anfører at det naturlige skillet mellom tilgang/aksess og trafikk i ISDN/PSTN-nettet er visket ut i et IP-basert nett. Dette fører til at reguleringen ikke gir incentiver til å investere i fremtidsrettet teknologi.

Endelig mener Hafslund Telekom at Vedtaket ikke inneholder noen drøftelse av hvilke konkurransemessige virkninger resiproke termineringspriser vil ha i sluttbrukermarkedet for fasttelefoni. Selskapet viser til at pålegg om resiproke priser vil gi Telenor konkurransefordeler i sluttbrukermarkedet for fasttelefoni, noe som ikke er en ønsket eller tilsiktet effekt av Post- og teletilsynets regulering i Marked 9.

Post- og teletilsynet anfører at så lenge dagens samtrafikk foregår via SS7, også for tilbydere som leverer IP-basert telefoni til sluttbrukerne, er det riktig å ta utgangspunkt i kostnadene for terminering av tradisjonell telefoni. Dette gjelder særlig sett i lys av at kostnader knyttet til aksessnettet ikke er relevante for termineringsproduktet.

Post- og teletilsynet mener det ikke er grunnlag for å benytte et annet prinsipp for henføring av kostnader til Hafslunds termineringsprodukt enn for Telenors termineringsprodukt, og viser til at kostnader skal føres ut fra en årsakssammenheng. Tilsynet viser også til at det er

etablert praksis i så å si alle europeiske land at kostnader for faste aksessnett ikke henføres til terminering, jf ERGs dokument "*ERG's Common Position on symmetry of fixed termination rates and symmetry of mobile call termination rates*" table 2 s. 14. Post- og teletilsynet har ikke funnet grunn til å foreta detaljerte beregninger av Hafslund Telekoms kostnadstall, og mener dette ikke strider med departementets synspunkter i Telio-vedtaket. Det vises i denne sammenheng til punkt 4.2.2 avsnitt 7.

Post- og teletilsynet viser videre til at Telenor fra 1. februar 2008 har fjernet kravet om resiproke priser i sin standard samtrafikkavtale og nå aksepterer gjensidig betaling av tilknytning. Tilsynet kan derfor ikke se at betaling av tilknytningskostnader hos Telenor skulle tilsi at andre tilbydere skal kunne kreve en høyere termineringspris enn Telenor. Tilsynet mener det ikke er grunnlag for en regulatorisk tilsiktet krysssubsidiering mellom termineringsmarkedene og sluttbrukermarkedene på "permanent" basis.

Samferdselsdepartementet viser til Post- og teletilsynets kommentarer i innstillingen når det gjelder punkt 309 i SMP-vedtaket, og er enig med tilsynet i at så lenge dagens samtrafikk foregår via SS7 vil det fortsatt være riktig å ta utgangspunkt i kostnadene ved å terminere en samtale i et tradisjonelt nett.

Samferdselsdepartementet fastholder sitt syn fra Telio-vedtaket vedrørende manglende stordriftsfordeler for små tilbydere. Manglende stordriftsfordeler oppstår imidlertid ofte i oppstartsfasen på grunn av høyere faste kostnader og færre kunder tilknyttet nettet. Når tilbyderen har vært etablert i markedet en periode, må det legges til grunn at kundebasen øker og at smådriftsulempene reduseres etter hvert. I Telio-vedtaket fant departementet at det ville være rimelig å gi IP-telefonitilbydere en overgangsperiode tilsvarende det som tilstås MVNOer⁵ i markedet for terminering av tale i mobilnett. For Hafslund Telekoms del, legger departementet til grunn at en overgangsperiode med høyere priser for å bøte på eventuelle manglende stordriftsfordeler for lengst er over, da Hafslund Telekom har vært etablert i markedet siden 2001.

Samferdselsdepartementet ønsker å kommentere sin uttalelse i Telio-vedtaket vedrørende hvilket dokumentasjonskrav som påhviler mindre tilbydere når det gjelder kostnader. Departementet hadde i Telio-saken inntrykk av at saken i stor grad viste seg å være en diskusjon om tall og kostnadsfordelinger. Et slikt detaljnivå anså ikke departementet at verken de mindre tilbyderne eller saken var tjent med. Å pålegge de mindre tilbyderne å redegjøre for sine kostnader på lik linje som de store tilbyderne er pålagt å gjøre, mente departementet ikke ville være forholdsmessig. Departementet valgte derfor den linje at dokumentasjonskravet for de små tilbyderne heller burde være i form av en redegjørelse eller begrunnelse for hvorfor et eventuelt avvik skulle forekomme. Det fremgår av Vedtaket at Post- og teletilsynet har foretatt en gjennomgang av postene i Hafslund Telekoms regnskap. Det vises bl.a. til Vedtaket punkt 5 hvor det står at "*PT kan for øvrig ikke se at Hafslund har trukket frem spesielle forhold ved nettet som i seg selv begrunner spesielt høye gjennomsnittskostnader for terminering, til tross for at selskapet som følge av en lavere kundemasse ikke har samme sotdrifts- eller breddefordelene som Telenor.*". Det må derfor legges til grunn at tilsynet ikke har funnet årsaker til at Hafslund Telekoms pris skulle avvike fra Telenors pris.

⁵ Mobile Virtual Network Operator

Departementet kan derfor ikke på dette grunnlag se at Post- og teletilsynet har feiltolket departementets uttalelse vedrørende dokumentasjonskravet.

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

Når det gjelder inndekking av aksesskostnader i termineringsprisen mener departementet på generelt grunnlag at det riktige er å fordele kostnader basert på årsakssammenhenger. En henføring av aksesskostnader til termineringsproduktet vil stride i mot dette prinsippet. Kostnader i aksessnettet er i stor grad drevet av antall tilknytninger til nettet, og ikke avhengig av trafikkbelastningen isolert. Departementet kan ikke se hvorfor en fordeling etter årsakssammenhenger ikke skal gjelde for Hafslund Telekom, og ser ingen grunn til at ikke selskapet også kan henføre deler av sine kostnader til andre produkter/tjenester som selskapet tilbyr. Det fremgår av klagen at Hafslund Telekom tilbyr både bredbånd og bredbåndstelefon i tillegg til vanlig telefoni. Det presiseres avslutningsvis at Hafslund Telekom ikke er prisregulert på sluttbrukernivå. Selskapet har full frihet til å utvikle sine egne prismodeller på sluttbrukernivå, selv om kostnader i aksessnettet ikke henføres til termineringsproduktet. Departementet kan derfor i dette tilfellet ikke se at en kostnadsfordeling basert på årsakssammenhenger uforholdsmessig vil begrense selskapets muligheter til å utvikle prismodeller på sluttbrukernivå.

Hafslund Telekom anfører at Vedtaket ikke inneholder en drøftelse av hvilke virkninger resiproke priser vil ha i sluttbrukermarkedet for fasttelefoni. Til dette vil departementet vise til at konsekvensene av konkurranseproblemer knyttet til overpris er diskutert i SMP-vedtaket. Departementet legger til grunn at Vedtaket er en presisering av SMP-vedtaket, jf. ovenfor. Samferdselsdepartementet mener en regulering ned til resiproke priser vil kunne ha flere positive effekter i sluttbrukermarkedet. For det første vil resiproke priser føre til en mer oversiktlig situasjon for sluttbrukerne. For det andre kan reduserte termineringspriser føre til reduserte ringepriser. Hafslund Telekom skriver at reguleringen vil føre til en betydelig skjerpelse av prisreguleringen av de små tilbyderne noe som vil gi Telenor klare konkurransefordeler, og at dette vil få konsekvenser utover Marked 9. Departementet er klar over at reguleringen vil få konsekvenser for inntjeningen til Hafslund Telekom i Marked 9, men mener at dette tapet må veies opp mot gevinstene til blant annet sluttbrukerne. Videre vises det til Post- og teletilsynets brev av 17. april 2008 der det fremgår at: *"Som det fremgår over, har PT ved den overordnede gjennomgangen av kostnadsregnskapene ikke funnet det sannsynlig at noen av tilbyderne ikke skulle oppnå en positiv fortjenestemargin på termineringsproduktet isolert sett."* Som det fremgår av det tilsynet skriver så er det ikke noe som tilsier at selskapet ikke skal oppnå en positiv fortjenestemargin slik at de kan fortsette sin drift.

Nå gjelder det effekter utover Marked 9 vises det til vurderinger under punkt 4.3.3.

Samferdselsdepartementet kan etter en helhetsvurdering ikke se at det fremkommer forhold som tilsier at det foreligger "spesielle forhold" som begrunner at Hafslund Telekom kan sette en høyere pris enn Telenor.

4.2.6 Oppsummering og konklusjon

Samferdselsdepartementet mener at Vedtaket er en presisering av SMP-vedtaket. Det er videre departementets syn at prisregulering i form av pristak er et nødvendig og forholdsmessig virkemiddel i denne konkrete saken. Departementet kan heller ikke se at det er dokumentert spesielle forhold som skulle tilsi at Hafslund Telekoms priser skal være høyere enn Telenors.

4.3 Endring av SMP-vedtaket

4.3.1 Innledning

Hafslund Telekom anfører i klagen at ekomloven § 3-4 tredje ledd siste punktum hjemler adgang for myndigheten til å endre plikter som tilbyder med sterk markedsstilling er pålagt. Selskapet har på dette grunnlag anmodet om at Post- og teletilsynet/Samferdselsdepartementet endrer SMP-vedtaket.

Selskapets begrunnelse for at SMP-vedtaket bør endres er todelt. For det første hevder selskapet at SMP-vedtaket er i strid med både ekomloven og dens formål, harmoneringshensynet i EØS/EU-retten og hensynet til infrastrukturkonkurranse i Marked 9. For det andre mener selskapet at markedsanalysen som ligger til grunn for SMP-vedtaket ikke lenger er à jour med dagens markedsituasjon, og at det derfor må utarbeides en ny markedsanalyse. Også dette fordrer i følge Hafslund Telekom en presisering av SMP-vedtaket.

Samferdselsdepartementet viser innledningsvis til at ekomlovens § 3-4 gir myndigheten en generell kompetanse til å endre pålagte forpliktelser. Det fremkommer av merknadene⁶ til bestemmelsen at slik endring kan gjøres når det anses hensiktsmessig. Det vises videre til at slik endring kan gjøres uten ny markedsanalyse hvis de pålagte forpliktelse ikke fører frem. Dette innebærer at virkemiddelbruken kan skjerpes dersom de pålagte virkemidlene viser seg å ikke fungere som forutsatt. I det foreliggende tilfellet oppfatter departementet at klager anmoder myndigheten om å endre prisregulering før den har trådt i kraft fordi virkemidlene etter klagers oppfatning blant annet ikke er hensiktsmessige. Ordlyden i § 3-4 er såvidt generell at departementet finner at en slik vurdering som klager anmoder departementet om å foreta, ligger innenfor myndighetens kompetanse etter bestemmelsen.

I det følgende vil departementet gå igjennom og vurdere Hafslund Telekoms anførsler når det gjelder anmodning om endring av SMP-vedtaket.

⁶ Ot.prp. nr 58 (2002-2003) s. 100 annen spalte.

4.3.2 Harmoniseringshensynet

Som det fremgår av punkt 2.3, er hovedformålet med direktivpakken og de underliggende retningslinjer og anbefalinger å harmonisere regelverket i Europa. Ekompakken legger opp til at en slik harmonisering ikke bare skal skje på regelverksnivå, men at også viktige enkeltvedtak skal harmoniseres på europeisk nivå.

Hafslund Telekom anfører i klagen at reguleringen av de små aktørene i Norge er mye strengere enn i de øvrige skandinaviske land, til tross for at markedsandelsfordelingen er sammenlignbar. Selskapet mener dette er i strid med harmoniseringshensynet. Hafslund Telekom viser til at i Danmark og Sverige har henholdsvis IT- og telestyrelsen (ITT) og PTS lagt vekt på at prisreguleringen kan få konsekvenser for investeringer i infrastruktur, og lagt til grunn at dette er et relevant hensyn i forhold til regulering i Marked 9.

Når det gjelder situasjonen i Danmark anfører Hafslund Telekom at dersom reguleringsbehovet i Danmark er forskjellig fra Norge, må dette bero på at Post- og teletilsynet vurderer hensynet til sluttbrukerne og de relevante momentene markedsandeler, markedsrett og hvor inngripende en prisregulering vil være, annerledes enn det ITT har gjort. Selskapet viser til at ITT har konkludert med at det ikke er forholdsmessig å pålegge de små aktørene krav om ikke-diskriminering eller prisregulering.

Når det gjelder situasjonen i Sverige anfører Hafslund Telekom at dommene fra Kammarrätten og Länsrätten er relevante fordi de viser hvilken vurdering Länsrätten gjør av PTSs vurdering i forhold til selve lovgrunnlaget. Etter selskapets syn er rettstilstanden etter dommen at krav om rimelige priser og ikke-diskriminering, ikke innebærer at prisene skal være resiproke.

Hafslund Telekom har også synspunkter på relevansen av ERGs utkast til felles posisjon om termineringspriser, "*ERG's Common Position on symmetry of fixed termination rates and symmetry of mobile call termination rates*", og uttalelser fra Kommisjonen og ESA. Selskapet anfører bl.a. at dokumentet fra ERG fortsatt er et utkast til en felles posisjon, og at det derfor har formodningen mot seg at Post- og teletilsynet har lagt til grunn uttalelser i dokumentet ved regulering av Marked 9. Hafslund Telekom anfører at i den grad Post- og teletilsynet velger å legge vekt på hensyn i ERG-utkastet vil dette måtte skje gjennom et nytt vedtak. Selskapet mener dessuten at utkastet kun er en anbefaling om regulering av termineringspriser frem i tid, og at det ikke gir støtte til Post- og teletilsynets syn om at ekomloven må forstås slik at det er et krav om resiproke priser. Når det gjelder uttalelser fra Kommisjonen og ESA, mener selskapet at disse alltid må vurderes ut fra et legalitetssynspunkt, ettersom disse organene kun er forvaltningsorganer på lik linje med nasjonale myndigheter.

Post- og teletilsynet anfører at markedsituasjonen er ulik i Danmark og Norge, og at dette tilsier at reguleringsbehovet vil kunne være forskjellig i de to landene. Tilsynet viser til ITTs vedtak av 18. januar 2006 i Marked 9 mot Tele Danmark AS (TDC Danmark), hvor det på s. 13 fremgår at TDC Danmark i praksis oppnår resiproke priser med de andre tilbyderne. I Norge har ikke Telenor klart å oppnå det samme, med den følge at de mindre tilbyderne krever vesentlig høyere termineringspriser enn Telenor.

Når det gjelder situasjonen i Sverige, legger Post- og teletilsynet til grunn at avgjørelsene i Länsrätten og Kammarrätten ikke kan tas til inntekt for at PTS er avskåret fra å fastsette et

krav om resiproke priser. Post- og teletilsynet viser videre til uttalelser fra EU-kommisjonen og ESA i forbindelse med notifikasjoner i Marked 9 og Marked 16, og mener det også her fremgår klart at asymmetrisk regulering av termineringsmarkedene bare kan tillates i spesielle tilfeller. Tilsynet viser dessuten til ERGs utkast "*ERG's Common Position on symmetry of fixed termination rates and symmetry of mobile call termination rates*" (heretter "ERG-dokumentet"). Tilsynet mener på denne bakgrunn at reguleringen av Hafslund Telekom er konsistent med uttalelser fra Kommisjonen og ESA om hvordan reguleringen er å forstå i dag, og i samsvar med ERGs syn på hvordan reguleringen av terminering i fastnett bør være fremover.

Samferdselsdepartementet mener det fremgår av SMP-vedtaket at resiproke priser er utgangspunktet i prisreguleringen, og finner derfor ikke grunn til å kommentere de to ovennevnte avgjørelsene fra Sverige nærmere. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt markedssituasjonen i Norge er forskjellig fra situasjonen i Danmark og Sverige, viser departementet til at det fremgår av Hafslund Telekoms klage at TDC Danmark gjennom sin markedsrett har greid å fremforhandle resiproke priser med de andre tilbyderne. Tilsvarende i Sverige har TeliaSonera etter det departementet kjenner til oppnådd resiproke priser. Situasjonen både i Danmark og Sverige er ikke oppnådd gjennom regulatoriske krav fra myndighetene, men fordi markedet 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 til resiproke priser for den største delen av trafikken. Det forhold at de mindre tilbyderne har samtrafikkavtale seg i mellom i Danmark og har en høyere termineringspris enn det tilbyderne har med TDC Danmark, finner departementet ikke relevant for situasjonen i Norge. Telenor har ikke klart å oppnå resiproke priser gjennom forhandlinger i Norge og departementet mener dette gir tilstrekkelige holdepunkter til å anta at reguleringsbehovet i Danmark og Sverige er forskjellig fra det norske reguleringsbehovet. Den faktiske situasjonen i Norge viser at dersom termineringsprisene skal ned, er det behov for regulering av markedet for terminering i eget fastnett. For videre vurderinger av markedsrett vises det til punkt 4.3.4.

Når det gjelder Hafslund Telekoms anførsel om at både danske og svenske myndigheter har lagt vekt på at prisreguleringen kan få konsekvenser for investeringer i infrastruktur, og at dette er lagt til grunn som et relevant hensyn i forhold til regulering i Marked 9, vises det til punkt 4.3.3. For anførselen om uttalelser fra Kommisjonen og ESA vises det til punkt 2.

Når det gjelder relevansen av ERG-dokumentet, er Samferdselsdepartementet enig i anførselen fra Hafslund Telekom om at denne type dokument ikke ukritisk kan legges til grunn som støtte for Post- og teletilsynets vurderinger i vedtaket.⁷ Post- og teletilsynet skal generelt ikke legge dokumenter som har karakter av å være uttalelser ukritisk til grunn for sine vedtak. Departementet mener likevel det er naturlig og nødvendig å se hen til hvordan de samme markedene og tilbyderne blir regulert og hvilken type regulering man ser for seg i fremtiden for øvrig i Europa, all den tid hensikten med det regulatoriske rammeverket er å legge til rette for en harmonisering. Departementet viser i denne sammenheng til ERGs rolle

⁷ ERG-dokumentet ble vedtatt 28. februar 2008

når det gjelder harmonisering, jf Kommisjonsvedtak 2002/627/EF av 29. juli 2002.⁸ Her fremkommer det blant annet at ERG skal bidra til harmonisert gjennomføring av det regulatoriske rammeverket i fellesskapet.

Post- og teletilsynet henviser ikke direkte til ERG-dokumentet i Vedtaket, men legger etter departementets oppfatning til grunn de vurderinger som ble gjort i utarbeidelsen av markedsanalysen og i SMP-vedtaket. Resonnementene som Post- og teletilsynet anfører og argumentene for å pålegge Hafslund Telekom resiprok termineringspris med Telenor, fremstår som fremmet på selvstendig grunnlag. Tilsynet henviser imidlertid til ERG-dokumentet i innstillingen. Etter departementets oppfatning er det med formål å underbygge egne argumenter i Vedtaket. En slik tilleggsargumentasjon basert på ERG-dokumentet kan etter Samferdselsdepartementets oppfatning ikke karakteriseres som ukritisk bruk. Departementet kan ikke se at Post- og teletilsynets bruk av hensyn fremmet i ERG-dokumentet i denne sammenheng skulle tilsi behov for nytt vedtak.

Dokumentet fra ERG er for øvrig ikke lenger et diskusjonsgrunnlag, men en felles posisjon fra ERG hvor oppfordringen til landene er klare. I markedet for terminering i eget fastnett er symmetri på termineringspriser målet, og asymmetri skal kun tillates unntaksvis og for en overgangsperiode. De tilsynsmyndigheter som ikke har innført symmetriske priser, oppfordres således til å gjøre dette innen rimelig tid. De tilsynsmyndigheter som allerede har innført symmetriske priser forventes ikke å åpne debatten på nytt.

Hafslund Telekom anfører at ERG-dokumentet ikke gir støtte til Post- og teletilsynets syn om at ekomloven skal forstås slik at det er krav om resiproke priser for terminering. Hafslund Telekom anfører videre at dersom lovgiver hadde ment at dette skulle være en klar hovedregel ville det være naturlig at det ble nedfelt på en klarere måte i ekomloven eller lovens forarbeider. Samferdselsdepartementet bemerker at prisbestemmelsen i § 4-9 er vid. Det vises her til at det kan fastsettes forskjellig prisregulering på forskjellige tjenester, elementer i forskjellige tjenester og innenfor ulike geografiske områder avhengig av hva som ansees mest hensiktsmessig i det enkelte tilfelle. Departementet legger til grunn at et pålegg om resiproke priser kan innfortolkes i bestemmelsen. Det henføres fra merknaden til § 4-9 at: *"Myndigheten kan i det enkelte tilfelle avgjøre hvilken kostnadsmodell som skal legges til grunn."* Departementet viser til at virkemidlene som anses nødvendige for å nå målet om bærekraftig konkurranse vil kunne utvikle seg over tid, og at det derfor ikke vil være hensiktsmessig å nedfelle denne type krav i selve lovbestemmelsen. I tillegg setter EØS-avtalen skranker for konkretisering av denne type pålegg.

Sammenfattende mener Samferdselsdepartementet at harmoniseringshensynet skal tillegges vekt, men at man ikke kan regulere likt i markeder som fungerer ulikt. Post- og teletilsynets pålegg overfor Hafslund Telekom om resiprok pris med Telenor kan ikke anses å være i strid med harmoniseringshensynet innenfor EØS.

⁸ Vedtaket ble innlemmet i EØS avtalen 6. februar 2004

4.3.3 Hensynet til infrastrukturkonkurranse

Hafslund Telekom anfører at den mest markante feilen ved SMP-vedtaket, og dermed Vedtaket, er at Post- og teletilsynet legger til grunn at reguleringen ikke skal ta hensyn til investeringer i infrastruktur ved vurderingen av prisregulering. Selskapet viser til at dette utgjør en markant forskjell fra vurderingene som er blitt gjort av PTS og ITT i henholdsvis Sverige og Danmark.

Hafslund Telekom mener det finnes alternative aksessnett som benyttes til terminering av fasttelefoni, og at omfanget av slike aksessnett er stadig økende. Dette mener selskapet tilsier at Marked 9 burde reguleres etter prinsipp 3. Dersom prinsipp 2 skal anvendes, mener selskapet at den samme tilnærmingen må legges til grunn i Marked 9 som i Marked 16, det vil si at man ser reguleringen i sammenheng med ønsket om infrastrukturkonkurranse i et tilgrensende marked.

Hafslund Telekom anfører at konsekvensene av Vedtaket vil være at ny teknologi reguleres og at incentivene til investeringer i infrastruktur svekkes, noe som ikke vil være i sluttbrukernes interesse. I den sammenhengen vises det til reguleringen i Marked 14 hvor det er vedtatt å være varsom med å regulere fiber/ny teknologi. Selskapet mener det er inkonsistent å legge til grunn prinsipp 2 for reguleringen av små aktører i Marked 9 når den samme infrastrukturen reguleres etter prinsipp 3 i f.eks. Marked 12.

Post- og teletilsynet anfører at reguleringen på dette området er konsistent med reguleringen ellers i Europa. Tilsynet viser innledningsvis til ERG-dokumentet, hvor de mener det fremkommer at reguleringen bør sikre symmetriske termineringspriser. Tilsynet hevder at subsidiering av infrastrukturbygging i andre markeder ikke er identifisert som en mulig grunn til å avvike fra prinsippet om symmetriske termineringspriser, og viser til ERG-dokumentet s. 36.

Til anførselen om at det er i strid med formålet i ekomloven at ny teknologi blir regulert, viser Post- og teletilsynet til at det er tjenesten "terminering av tale i fastnett" som blir regulert, ikke teknologien/infrastrukturen tjenesten leveres over. Tilsynet mener videre at terminering av tale ikke er en ny tjeneste. Tilsynet mener derfor at sammenligningene med Marked 14 ikke er relevant i dette tilfellet.

Når det gjelder sammenligningen med reguleringen i Marked 16, viser Post- og teletilsynet til at det i Marked 16 kun tillates en overgangsperiode i en begrenset oppstartsfase, og at det derfor ikke er tale om en "permanent" overprising. Tilsynet viser også til at departementet i Telio-vedtaket mente at en overgangsperiode på 3-4 år var rimelig for IP-tilbydere, og at Hafslund Telekom har vært i markedet i syv år.

Post- og teletilsynet mener at det største konkurranseproblemet i termineringsmarkedet er overprising, og at infrastrukturkonkurranse ikke kan avhjelpe dette problemet ettersom hver tilbyder av terminering har de facto monopol grunnet Calling Party Pays-prinsippet (heretter "CPP- prinsippet").

Samferdselsdepartementet fastholder sitt syn i Telio-vedtaket for så vidt gjelder forholdet mellom mobilmarkedet og fasttelefonmarkedet. De to markedene er forskjellige, og reguleringen er derfor også utformet noe ulikt. Når Hafslund Telekom i kommentaren til

innstillingen skriver at "det blir en vesentlig og urimelig forskjell i reguleringen i marked 9 og marked 16 fordi man har valgt prinsipp 2 i marked 9 og prinsipp 3 i marked 16", vil departementet påpeke at begge termineringsmarkedene (Marked 9 og 16) er regulert med utgangspunkt i prinsipp 2. I Marked 16 tillates det en overgangsperiode med høyere priser i en oppstartsfase. Hovedårsaken til dette er at mobilmarkedet reguleres med sikte på infrastrukturkonkurranse, noe som ikke anses som samfunnsøkonomisk optimalt i markedet for fasttelefoni. Hafslund Telekom kan etter syv år i markedet ikke anses å være i en oppstartsfase lenger.

Selv om bredbåndstelefoni i Marked 8 reguleres etter prinsipp 3, må tilbydere av bredbåndstelefoni kun duplisere en relativt begrenset del av infrastrukturen for å tilby sine telefonitjenester i sluttbrukermarkedet. Departementet er inneforstått med at det foregår nettutbygging som enkelte steder kan erstatte Telenors nett. Det må imidlertid legges til grunn at utbyggingen skjer med nyere og billigere teknologi, og at tilbydere kan velge å etablere seg i områder som anses som lønnsomme. Dette gjør det vanskelig å begrunne at prisen i nye nett skal være betydelig høyere enn prisen i et tradisjonelt nett.

Til Hafslund Telekoms anførsel om at konsekvensen av Vedtaket er at ny teknologi reguleres, vil departementet fremholde at det er tjenesten terminering av tale som reguleres i Marked 9, og ikke teknologien. Som tilsynet bemerker er ikke denne tjenesten ny. Henvisningen til Marked 12 og 14 er etter departementets oppfatning heller ikke treffende, da begge disse markedene er regulert med sikte på duplisering av infrastruktur.

Samferdselsdepartementet mener at konkurranseproblemene i termineringsmarkedene er av en slik art at parallelle nettverk ikke vil avhjelpe problemene. Selv om det finnes alternative nett, vil tilbyderne fortsatt ha incentiver til å sette en monopolpris, ettersom tilbydere har faktisk monopol på termineringstjenesten. Departementet legger til grunn at prinsipp 3 ikke vil være riktig valg av prinsipp, da infrastrukturkonkurranse ikke avhjelper problemene og derfor ikke fører til bærekraftig konkurranse.

Det fremgår av klagen at Hafslund Telekom tilbyr bredbånd og bredbåndstelefoni. Videre fremgår det av rapporten fra Oeconomica DA at selskapet tilbyr overføringskapasitet, fasttelefoni og ulike datakommunikasjonsløsninger via eget nett, samt at kundeaksessene primært er fiberaksesser. Selskapet betjener både bedrifts- og grossistmarkedet. Departementet ser av dette at selskapet ikke bare tilbyr terminering som tjeneste i nettet, men også andre typer tjenester. Det må derfor legges til grunn at det ikke bare er termineringstjenesten som generer inntekter i nettet, men også andre typer tjenester. Departementet mener det ikke kan forsvares at selskapet tillates å sette en uforholdsmessig høy pris for så eventuelt å kunne sette en lavere pris på andre typer tjenester som selskapet tilbyr. Departementet finner derfor at selskapets anførsel om at stimulering av infrastrukturkonkurranse i Marked 9 vil være i sluttbrukernes interesse, ikke fører frem. Etter departementets oppfatning vil alternative nett ikke avhjelpe overprisproblematikken i termineringsmarkedet.

4.3.4 Markedsanalysen

Hafslund Telekom mener det ikke er riktig at selskapet har 100 % markedsandel for taleterminering i eget fastnett. Selskapet hevder at det er feil at selskapet i stor grad kan optre

uavhengig av kundene og andre tilbydere når det gjelder terminering i fastnettet. Videre mener selskapet at det ikke er riktig å si at etableringshindringer utgjør kjernen i konkurranseproblemene i dette markedet.

Når det gjelder Post- og teletilsynets vurdering av markedsrett på etterspørselssiden, anfører Hafslund Telekom at Markedsanalysen ikke er riktig, ettersom Telenor nå setter som absolutt krav for inngåelse av nye samtrafikkavtaler at termineringsprisene skal være resiproke. Hafslund Telekom mener at Telenor har kjøperrett og derfor har mulighet til å forhandle seg frem til resiproke priser.

Endelig har Hafslund Telekom påpekt at Post- og teletilsynet har unnlatt å vurdere lønnsomhet som kriterium i SMP-analysen ut fra en begrunnelse om at Hafslund Telekoms lønnsomhet ikke er kjent. Selskapet mener at Post- og teletilsynet har gjort en relativt overfladisk vurdering av kostnadene i saksbehandlingen forut for Vedtaket, og viser til at det heller ikke fremgår hvilken begrunnelse tilsynet har hatt for ikke å vurdere lønnsomheten nærmere.

Post- og teletilsynet anfører at Markedsanalysen fortsatt gir et riktig bilde av situasjonen i markedene for terminering i fastnett, og at Hafslund Telekom kan opptre uavhengig av kunder og andre tilbydere med hensyn til fastsettelse av egen termineringspris.

Til anførselen om Telenors kjøperrett, viser Post- og teletilsynet til punkt 8.5.3 i Markedsanalysen i vedlegg 1 til SMP-vedtaket. Post- og teletilsynet mener at de høyere prisene som mange aktører har opprettholdt over flere år, viser at Telenors kjøperrett er begrenset.

Til anførselen om at nummerportabilitet gjør at byttekostnaden er liten, anfører Post- og teletilsynet at CPP-prinsippet i stor grad medfører at sluttbrukerne ikke vil ha noe incentiv til å skifte tilbyder dersom det etablerer seg konkurrenter som tilbyr lavere termineringspriser, jf SMP-vedtaket kap. 3.3.3.

Til anførselen om at Telenor den siste tiden har stilt krav til resiproke priser for å inngå nye samtrafikkavtaler, viser Post- og teletilsynet til at dette har vært mulig ettersom Telenor ikke har vært underlagt en plikt til å kjøpe terminering i andre tilbyders nett. Tilsynet legger imidlertid opp til at denne reguleringen endres og planlegger en notifikasjon til ESA der kjøpsplikt for terminering i andre nett foreslås pålagt. Uansett kan ikke samtrafikkavtalen forhindre at andre tilbydere gradvis vil kunne øke sine termineringspriser.

Post- og teletilsynet informerer om at tilsynet på tidspunktet for SMP-vedtaket ikke hadde konkret informasjon om lønnsomheten til Hafslund Telekom og de andre mindre tilbyderne i Marked 9. I forbindelse med vurderingen av termineringsprisene til Telio, Get, Hafslund Telekom, TDC og Ventelo har Post- og teletilsynet imidlertid fått innsyn i kostnadsbildet for termineringsproduktet til disse tilbyderne. Etter tilsynets oppfatning er det ikke noe som tyder på at disse tilbyderne ikke har tilstrekkelig inntjening på terminering. Uansett er lønnsomhet kun ett av flere kriterier som vurderes.

Samferdselsdepartementet er enig med Hafslund Telekom i at sluttbrukere som kjøper bredbånd fra selskapet, og som dermed er tilknyttet nettet, kan kjøpe telefonitjenesten hos

andre tilbydere. Departementet mener imidlertid at termineringsmarkedet reguleres uavhengig av hvilket nett som anvendes og hvor mange som kan tilby en tjeneste på et nett. Markedsavgrensningen er knyttet til leveransen av telefontjenesten og ikke til det aktuelle fysiske nettet. Uavhengig av nett og teknologi, vil en tilbyder ha incentiver til å prise tjenesten til monopolpris fordi ingen andre tilbydere kan terminere samtalen hos den eksakte tilbyderen. Forutsetningen om at hver nettilbyder har 100 % markedsandel i det relevante markedet, er etter departementets oppfatning riktig. Det vises her også til departementets uttalelser under pkt 4.2.1. Hafslund Telekom har 100 % markedsandel i sitt termineringsmarked, fordi det kun er Hafslund Telekom som terminerer for leveranse av egen tjeneste til egne kunder.

Samferdselsdepartementet er uenig i Hafslund Telekoms anførsel om at selskapet ikke i stor grad kan opptre uavhengig av sluttbrukerne. Hafslund Telekom uttaler at selskapet f.eks. ikke kan øke prisen vesentlig uten av dette slår negativt ut på selskapets salg av telefoniprodukter. Departementet vil her presisere at det ikke er selskapets egne sluttbrukere som merker prisøkningen på terminering. Det er de andre tilbydernes kunder som må betale termineringsprisen som settes av Hafslund Telekom for terminering i selskapets nett. Det er med andre ord de andre tilbydernes kunder som må avfinne seg med at ringeprisen går opp og dermed sitter igjen med regningen. Hafslund Telekom kan derfor i stor grad opptre uavhengig av kundene som her må betale for den høye termineringsprisen. Hafslund Telekoms termineringspris får ingen betydning for selskapets egne sluttbrukere.

Departementet mener videre det ikke er konkurranse i termineringsmarkedet når sluttbrukerne ikke kan velge hvilken tilbyder de ønsker at skal terminere samtalen. Sluttbrukerne har redusert informasjon om hvilken tilbyder som faktisk terminerer samtalen og CPP-prinsippet gjør at kundene til "høykosttilbyder" ikke har noen incentiver til å skifte til en "lavkosttilbyder". Det er de færreste brukere av elektronisk kommunikasjon som foretar en beslutning om å ringe til andre basert på hvilken tilbyder vedkommende benytter.

Når det gjelder Hafslund Telekoms mulighet til å opptre uavhengig av andre tilbydere, herunder Telenor, mener departementet at de høye termineringsprisene som de mindre tilbydere har tatt indikerer at Telenor har begrenset kjøpermakt. Når det gjelder anførselen om markedsrett på etterspørselssiden, viser departementet til at Post- og teletilsynet fattet vedtak 8. april 2008 som innebærer en kjøpsplikt for Telenor. Vedtaket er påklagd, og vil bli tatt stilling til av departementet på et senere tidspunkt.

Som nevnt ovenfor er vurderingen av lønnsomhet kun ett av flere kriterier som skal vurderes ved utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling, i tillegg til f.eks. markedsandel og etableringshindringer. Departementet har ovenfor konkludert med at det er flere forhold som tyder på at termineringsmarkedene er et de facto monopol. Det vises videre til Markedsanalysen hvor tilsynet fastslår at det faktisk er mange tilbydere de siste årene har hatt vesentlig høyere termineringspris enn Telenor, indikerer at tilbydere har sterk markedsstilling. Departementet vil videre vise til at tilsynet ved innhenting og vurdering av Hafslund Telekoms produktkalkyle ikke har funnet grunnlag for at selskapet skal operere med en høyere pris enn Telenor. Departementet legger til grunn at tilsynet har foretatt en forsvarlig vurdering av Hafslund Telekoms lønnsomhet.

Samferdselsdepartementet er enig med Hafslund Telekom i at markedet for fastnett er i endring i den forstand at sluttbrukere kan kjøpe telefonitjeneste hos andre tilbydere enn

netteier. Departementet har imidlertid ingen informasjon som tyder på at konkurransesituasjonen i dette markedet har endret seg så vesentlig i perioden fra ferdigstillingen av SMP-vedtaket (mars 2006) til Vedtaket ble truffet (oktober 2007) at det på nåværende tidspunkt skulle tilsi noen endring av SMP-vedtaket.

4.3.5 Oppsummering og konklusjon

Etter Samferdselsdepartementets syn har det ikke fremkommet momenter i drøftelsen av hensynet til harmonisering innenfor EØS, hensynet til infrastrukturkonkurranse og vurderingen av markedsanalysen som tilsier at det er grunnlag for å endre SMP-vedtaket etter ekomloven § 3-4 tredje ledd siste punktum.

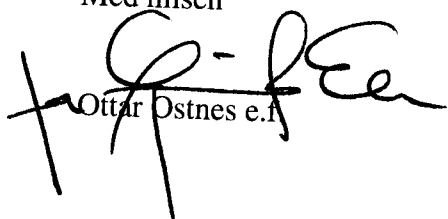
Departementet finner grunnlag for å opprettholde Post- og teletilsynets vedtak om retting av 17. oktober 2007. Av hensyn til at selskapet skal gis tid til å innrette seg etter vedtaket skal prisnedsettelsen skje innen 1. oktober 2008.

5. VEDTAK

Samferdselsdepartementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak av 17. oktober 2007, med den endring at Hafslund Telekom pålegges å redusere sin termineringspris til samme nivå som Telenors innen 1. oktober 2008.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages videre, jf. fvl § 28 første ledd.

Med hilsen


Ottar Ostnes e.f.


Heidi Karlsen

Kopi til:
Post- og teletilsynet
Telenor ASA