



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Advokat Stein Ove S. Gordner
Ormsundveien 45

0198 OSLO

Deres ref

Vår ref
07/580- HBS/LBA/SJK

Dato
22.04.2008

Vedtak - klage på Post- og teletilsynets vedtak 15. november 2007 om pålegg om retting av Telio Telecom AS termineringspris samt tvangsmulkt

1. INNLEDNING

Det vises til klage av 21. november 2007 fra Telio Telecom AS (Telio) ved advokat Stein Ove S. Gordner. Klagen gjelder Post- og teletilsynets vedtak 15. november 2007 om pålegg om retting av Telios termineringspriser samt tvangsmulkt (heretter PTs vedtak). Klagen er i brev 19. desember 2007 oversendt fra Post- og teletilsynet til Samferdselsdepartementet for endelig behandling, jf. ekomloven § 11-6. Klagen anses rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

2. SAKENS BAKGRUNN

I vedtak 24. mars 2006 (SMP-vedtaket), fattet av Post- og teletilsynet, ble Telio utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og pålagt å ha "rimelige priser". Prisene skulle ta utgangspunkt i Telenors priser, men kunne avvike dersom spesielle forhold tilsa det. SMP-vedtaket ble ikke påklaget av Telio.

På bakgrunn av SMP-vedtaket forhandlet Telenor og Telio om nye termineringspriser, men uten å komme til enighet. Post- og teletilsynet ble kontaktet og fattet deretter vedtak 28. februar 2007 om at Telios termineringspriser skulle settes ned til Telenors nivå. Telio påklaget vedtaket, og 11. juli 2007 fattet Samferdselsdepartementet endelig vedtak (heretter SDs vedtak) som stadfestet at Telios termineringspriser skulle bringes ned på Telenors nivå, men med presiseringer av maksimalprisen på en gjennomsnittlig samtale. Samferdselsdepartementet fattet vedtak om at Telios pris skulle settes gradvis ned til Telenors nivå i henhold til glideskalaen under.

Periode	Maksimalpris for gjennomsnittssamtale
d.d. til 31. desember 2007	40,3 øre
1. januar 2008 til 30. juni 2008	30,4 øre
Fra 1. juli 2008	20,5 øre

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:
Hege B. Sæveraas
22 24 81 31

Samferdselsdepartementet presiserte i vedtaket at Telio kunne øke kompleksiteten av sin prisstruktur ved å gå over til dag/kveld taksering eller de kunne endre sammensetningen av oppstartspris og minuttpris.

Etter at SDs vedtak var fattet, sendte Telio 29. august og 31. august 2007 varsel til Telenor om at de ville øke sine termineringspriser for innenlandstrafikk, og henviste til SDs vedtak. Telio varslet en økning i sin minuttpris fra 6,1 øre til 6,53 øre, mens oppstartspris var uforandret. Dette førte til at kostnaden for å terminere en gjennomsnittlig nasjonal samtale økte fra 40,3 øre til 42,3 øre. Telio anså at ordlyden i SDs vedtak var slik at den åpnet for å øke prisen for nasjonal trafikk for å ta høyde for en lavere pris for internasjonal trafikk.

Telenor var uenig i at SDs vedtak ga grunnlag for den prising som Telio hadde varslet, og kontaktet Post- og teletilsynet for å få en vurdering av spørsmålet. Telenor mente Telios varslede prisøkning ikke samsvarte med SDs vedtak fordi det innebar at prisen for å terminere nasjonale samtaler lå på 42,3 øre, mens vedtaket fastslo at det skulle koste 40,3 øre.

Post- og teletilsynet varslet 6. november 2007 at de ville pålegge Telio retting av termineringsprisen og tvangsmulkt. Tilsynet mente at pristaket på 40,3 øre i SDs vedtak gjaldt for nasjonal trafikk, og at pris for internasjonal trafikk derfor ikke kunne medregnes. Tilsynet varslet videre at Telio ville bli ilagt en tvangsmulkt på kroner 10 000 per ukedag fra klagefristen gikk ut og frem til Telio etterkom pålegget. Telio kommenterte at selskapet ville avvente klagebehandlingen. Tilsynet fattet deretter vedtak 15. november 2007, i tråd med tidligere varsel, om at Telios varslede prisøkning var i strid med prisreguleringen i SDs vedtak og at Telio måtte endre sine varslede priser til å samsvare med SDs vedtak. Telio ble samtidig pålagt en tvangsmulkt på kroner 10 000 per ukedag inntil selskapet endret prisen.

3. POST- OG TELETILSYNETS VEDTAK

3.1 Om prisendringen

Post- og teletilsynet mener prisendringen hos Telio innebar en reell prisendring i strid med prisforpliktelsen fastsatt i SMP-vedtaket, som ble nærmere presisert ved SDs vedtak. Tilsynet mener Telios tolkning av SDs vedtak er feil, og viser til at departementet i sitt vedtak la til grunn at Telio enten måtte akseptere Telenors pris eller inngå egne avtaler med utenlandske operatører. Tilsynet viser videre til at departementet la samtalelengde for nasjonal trafikk i fastnettet til grunn i sine beregninger.

3.2 Tvangsmulkt

Ved PTs vedtak ble Telio med hjemmel i ekomloven § 10-7 pålagt å betale en løpende tvangsmulkt på kroner 10 000 per ukedag inntil den aktuelle prisforpliktelsen oppfylles.

Tilsynet fastsatte mulkten skjønnsmessig med utgangspunkt i den eventuelle mulige merinntekt Telio kunne antas å oppnå ved å ikke overholde prisforpliktelsen dersom samtrafikkpartneren likevel skulle velge å betale den rettsstridige overprisen. Samtidig så tilsynet hen til at mulkten skulle gi et visst oppfyllellespress og ivareta et preventivt hensyn i forhold til andre tilbydere undergitt lignende prisregulering.

4. TELIOS ANFØRSLER

4.1. Saksbehandlingsfeil

Telio anfører at Post- og teletilsynet ikke har vurdert alle Telios anførsler i klagesaksbehandlingen. Herunder hevder Telio at Post-og teletilsynet har oversett anførsler som taler i selskapets favør. Etter Telios oppfatning er disse anførslene dermed ikke tillagt tilstrekkelig relevans og/eller vekt i saken.

4.2. Om Telios prisendring

Telio hevder at den varslede prisjustering ikke er i strid med SDs vedtak. De peker på at det fremgår helt klart av SDs vedtak at Telios maksimalpris for en gjennomsnittssamtale skal være 40,3 øre, og at det ikke kan utledes av vedtakets slutning at det gjøres noen unntak fra dette. Telio mener derfor at de har rett til å forholde seg til ordlyden når det i vedtaket fastsettes en maksimal pris, uten at det gjøres noen unntak eller presisering for deler av trafikken. De viser til at de etter den aktuelle pristilpasningen i gjennomsnitt ikke tar mer enn 40,3 øre for en samtale på 4,71 minutter.

Telio peker på at Samferdselsdepartementet i sitt vedtak har angitt et visst spillerom da det er fastsatt at Telio skal ha fleksibilitet mht. hvordan prisene settes, så lenge prisen ikke - i gjennomsnitt - blir liggende over et fastsatt pristak. Telio mener derfor at den varslede prisstrukturen er i samsvar med vedtaket. Telio hevder at de i realiteten ikke vil ha noen fleksibilitet med hensyn til fastsettelse av egen prisstruktur dersom Post- og teletilsynets vedtak blir stående.

Telio viser videre til at utenlandstrafikken har økt med 150 % fra august 2006 til august 2007, mens den vanlige trafikken har økt med 17 % i samme periode. Telio mener at den gjennomsnittlige prisen for å terminere en samtale i nettet til Telio er redusert som en følge av dette, siden en større andel av samtalene er fra utlandet og prisen på disse samtalene ligger på 20,5 øre.

Telio har beregnet at den reelle prisen for å terminere en samtale på 4,71 minutter koster 37,8 øre, hvilket ligger under pristaket som departementet fastsatte. Årsaken til dette er at en stor andel av trafikken er fra utlandet. Videre påpeker Telio at gjennomsnittlig samtalelengde for samtaler i Telios nett ikke ligger på 4,71 minutter, men i oktober lå på 5,26 minutter. Telio har ikke korrigert for dette, siden beregningene allerede viser at den reelle prisen ligger under pristaket. Telio mener samtalelengden på 5,26 minutter fører til at nasjonale samtaler ikke koster 42,3 øre men 41,1 øre. Telio mener at dette innebærer at den reelle prisen bare ligger 2 % over pristaket, hvilket ligger innenfor et "normalt slingringsmonn som burde være akseptabelt".

Telio mener at Telenor tillates å ha priser over og under det angitte gjennomsnittet som er fastsatt i SMP-vedtaket, og viser til at Telenors priser for en samtale innenfor samtrafikkområdet og på dagtid er 23,3 øre.

Subsidiært anmoder Telio departementet om å fremme et nytt vedtak vedrørende Telios termineringspriser.

4.3. Tvangsmulkt

Telio anfører at det ikke er grunnlag for å ilegge tvangsmulkt. Telio hevder prinsipielt at selskapet opptrer i samsvar med Samferdselsdepartementets vedtak, subsidiært at en rekke forhold som krav til vesentlighet, nødvendighet av inngrep mv. ikke er til stede for å ilegge tvangsmulkt i nærværende sak.

Telio peker på at trafikk til selskapet pr. i dag belastes de trafikkavgivende tilbyderne. I og med at trafikken går i transitt via Telenor, er det Telenor som avregner samtaletrafikken og innkrever betaling fra de respektive tilbyderne. Telio viser til at Post- og teletilsynet i sitt vedtak har redegjort for at ingen behøver å innrette seg etter den pristilpasningen som selskapet har varslet. Videre har tilsynet gjort det klart at Telenor ikke behøver å innkreve betaling for annet enn den prisen tilsynet og Telenor mener er riktig. Det vil dermed rent faktisk ikke kunne skje noen "ulovlig" betaling, og det pågår dermed heller ingen ulovlig adferd som må korrigeres ved å benytte så strenge reaksjonsformer som tvangsmulkt.

Telio hevder at tvangsmulkt kun skal benyttes når det ulovlige forhold i seg selv er svært vesentlig, slik at det av denne grunn er nødvendig eller i hvert fall svært viktig å frembringe adferdsendringen. Telio mener at selskapets justering av nasjonale termingeringspriser med 5 % ikke kan anses som vesentlig.

Telio konstaterer at det ikke foreligger generelle retningslinjer for bruken av tvangsmulkt, men hevder at en gjennomgang av diverse lovhjemler og forskrifter om tvangsmulkt illustrerer at det må oppstilles et nødvendighetskrav for at et slikt virkemiddel kan benyttes. Telio viser til at det primært er gitt adgang til å ilegge tvangsmulkt når det finnes ingen eller få andre måter å fremtvinge den ønskede adferdsendringer på. I det samme punktet i klagen hevder Telio at tvangsmulkt kun bør benyttes når selve det ulovlige forhold faktisk fortsetter.

Telio anfører videre at det må være et gjennomgående vilkår at den som tiltaket retter seg mot enten passivt eller aktivt står for en adferd som det er vesentlig for samfunnet at opphører. Telio mener dessuten at tvangsmulkt må anses som et strengt virkemiddel, og finner støtte i helselovgivningen for at det må utvises varsomhet ved bruk av virkemiddelet.

Telio er kritisk til Post- og teletilsynets praktisering av tvangsmulktinstituttet når det gjelder brudd på sentrale forvaltningsrettslige prinsipper og rettssikkerhet. Telio hevder at det ikke er noe i nærværende sak som tilser at Post- og teletilsynet kan benytte tvangsmulkt for å få Telio til aktivt å frasi seg retten til den pristilpasning selskapet selv mener er legitim. På dette punktet heter det også at "Telio må gis full anledning til å få prøvet holdbarheten av Telenors og PTs anførsler".

Videre anfører Telio at det foreligger saksbehandlingsfeil ved tvangsmulktvedtaket gjennom at det er tatt utenforliggende hensyn, at ikke alle anførsler er tilstrekkelig forsvarlig vurdert, og at det er utvist feil eller svært mangelfullt skjønn. Telio utdyper imidlertid ikke disse anførselene nærmere i klagen. Under dette punktet anfører Telio også at det ikke er tilstrekkelig forholdsmessighet mellom mål og virkemiddel i saken. Telio viser til at Post- og teletilsynet faktisk sett oppnår lite eller intet ved vedtaket om tvangsmulkt, ettersom prisene faktisk sett allerede er endret ved PTs vedtak og Telenor klart har tilkjennegitt at de ikke vil kreve inn beløp utover det som Post- og teletilsynet finner riktig. PTs vedtak vil således i seg selv ikke kunne foranledige ytterligere endringer eller korreksjoner av den faktiske situasjonen, og prisen blir faktisk sett verken høyere eller lavere som følge av tvangsmulkten.

Forutsatt at departementet kommer til at vedtaket om tvangsmulkt er gyldig, anfører Telio at mulkten må fastsettes til et annet og lavere nivå. Dessuten må tvangsmulkten ikke løpe under klagebehandlingen.

5. SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VURDERING

5.1. Saksbehandlingsfeil

Telio anfører at Post- og teletilsynet ikke har vurdert og vektlagt flere av Telios anførsler som er til fordel for selskapet. Det fremkommer av klagen at Telio trekker PTs ønske om å gjøre en uhildet og grundig vurdering i tvil. Klager går ikke i detalj mht. hvilke anførsler som ikke er vurdert av Post - og teletilsynet, men viser til brevets bilag 1-4 der anførslene fremkommer. Klager opprettholder disse anførslene. Bilagene er datert før PTs vedtak. Departementet velger likevel å ikke problematisere dette i denne konkrete saken, selv om vi på generelt grunnlag mener at det er mest hensiktsmessig at anførsler i klagen er rettet mot førsteinstansens vedtak.

Departementet har gått gjennom bilagene. Telio har i bilag 2 og 3 anførsler vedrørende Telenors kaskadeavregning, herunder tilbakeholdelse av kaskadefakturerings. Departementet viser til brev fra Telio av 21. desember 2007 og e-post fra Telio av 11. mars 2008, der det fremgår at saken om kaskadeavregningen er løst. I etterkant av dette har det fremkommet opplysninger som tyder på at problemstillingen bare er løst for den del av faktureringen som har funnet sted etter 1. januar 2008. Departementet mottok opplysninger 15. april 2008 om at faktureringen for november og desember 2007 avvendes i påvente av departementets vedtak. Problemstillingene rundt kaskadeavregningen gjelder imidlertid forholdet mellom Telio og Telenor, i det Telenor kaskadefakturerer på vegne av Telio. Denne saken er dermed et eget forhold som springer ut av det faktum at Telio er uenig i PTs vedtak. Manglende behandling av anførslene i bilag 2 og 3 har derfor ikke vært bestemmende for utfallet av PTs vedtak, og fører således ikke til ugyldighet.

Når det gjelder bilag 1 anfører Telio at SDs uttalelse i vedtaket om at selskapet alternativt kunne inngå egne peeringavtaler med utenlandske IP-telefonitilbydere som de mottar mye trafikk fra, ikke ble vektlagt i departementets vurdering. Telio mener Post- og teletilsynet som fagorgan burde vite at det er umulig å inngå slike avtaler i et omfang som ville ha en betydning for selskapet. Til dette viser departementet til at på det tidspunkt da departementet fattet vedtak hadde Telio informert departementet om at de faktisk vurderte å inngå peeringavtaler med utenlandske IP-telefonitilbydere. Departementet tok opplysningen til etterretning, og vurderte at det fra Telios ståsted kunne være et reelt alternativ. Departementet hadde imidlertid på tidspunktet for tilleggsopplysningen allerede konkludert med at Telios nasjonale termineringspris skulle reguleres ned til Telenors nivå. Informasjonen ble derfor ikke tillagt avgjørende betydning.

I bilag 4 bemerker Telio at selskapet har reist spørsmål til Telenor om økningen i andelen utenlandstrafikk kan skyldes såkalt "refiling", og at Telios forståelse av departementets vedtak vil redusere insentivene til refiling. Departementet kan ikke se at Post- og teletilsynet har kommentert forholdet som Telio beskriver i vedtaket sitt. Departementet er imidlertid usikker på om Telio mener å fremsette forholdet til refiling som en anførsel. I og med at det ikke fremgår om dette er en anførsel, kan departementet vanskelig se at manglende drøfting i vedtaket fra PT medfører saksbehandlingsfeil. Departementet kommer imidlertid tilbake til dette under punkt 5.3.

5.2. Hvordan skal SDs vedtak forstås

Telio hevder at fordi SDs vedtak ikke inneholder presiseringer eller unntak for deler av trafikken, står Telio fritt til å justere termineringsprisen på nasjonal trafikk opp, så lenge gjennomsnittlig termineringspris medregnet utenlandstrafikk blir lavere enn pristaket fastsatt av Samferdselsdepartementet. Post- og teletilsynet konkluderer i sitt vedtak med at SDs vedtak fastsetter maksimal gjennomsnittspris for nasjonale samtaler og at den prisendring som Telio har varslet dermed er i strid med SDs vedtak. Det blir således nødvendig å avklare nærmere hvorledes SDs vedtak skal forstås.

Samferdselsdepartementet bruker gjennomgående i sitt vedtak ordet "termineringspris" når det henvises til hva som reguleres, uten nærmere direkte angivelse av omfang. Telio hevder at dette innebærer at Samferdselsdepartementet ikke har ment en snever forståelse av begrepet. De hevder videre at det tvert imot fremgår av vedtaket at det gir rom for tilpassninger, da departementet klart har angitt at Telio selv kan angi forskjellige priskombinasjoner.

Departementet er i utgangspunktet enig med Telio i at en generell språklig forståelse av termineringsbegrepet, når det ikke er nærmere presisert, kan gi rom for en vid tolkning. Begrepet må imidlertid leses sammen med resten av ordlyden i vedtaket, og kan ikke forstås isolert.

Departementet skriver i sin vurdering under punkt 5.4 om prisregulering av Telio:

"...reguleringen må ta utgangspunkt i prisen for en gjennomsnittlig samtale. I fastnettet var den gjennomsnittlige samtalelengden for trafikk mellom fastnettkunder 4,71 minutter i henhold til Post- og teletilsynets statistikk."

Det fremgår her at departementet har basert utregningen av prisen for en gjennomsnittssamtale i vedtaket på gjennomsnittlig samtalelengde for *nasjonal trafikk*, noe som igjen peker på at pristrappen i vedtaket regulerer nasjonal termineringspris.

Departementet skriver videre under punkt 5.4:

"Telios termineringspriser er i dag 11,6 øre per samtale og 6,1 øre per minutt, ingen differensiering mellom dag- og kveldstakst. Dette gir en kostnad for å terminere en gjennomsnittlig samtale på 40,3 øre."

Det fremgår her av de priser som er oppgitt i beregningen av termineringspris at det er snakk om nasjonale priser, og at utregningen av den gjennomsnittlige termineringsprisen på 40,3 øre baseres på nasjonale priser. Når dette ses i sammenheng med den pristrapp, med angivelse av maksimalpriser for gjennomsnittsterminering, som oppstilles under i vedtaket, gir det dårlig sammenheng hvis termineringsprisene i pristrappen skulle basere seg på at internasjonal trafikk skulle medregnes. Samferdselsdepartementet mener således at det fremkommer klart av ordlyden i vurderingen at de maksimalpriser som er angitt refererer seg til termineringspris for nasjonale samtaler.

Videre viser departementet til punkt 5.3 i SDs vedtak der forholdet mellom nasjonale og internasjonale termineringspriser omtales:

"Departementet ser at denne ordningen reduserer Telios termineringsinntekt. Basert på tall fra tredje kvartal 2006 utgjør dette mindre enn 5 % i reduserte inntekter i forhold til hva

inntekten ellers ville ha vært. Samferdselsdepartementet kan ikke se at dette tilsier at Telios inntekter fra terminering avviker vesentlig fra deres listepriser.”

Telio skriver i sin klage at dette viser at det ikke kan være tvil om at Telenors krav om to priser faktisk sett vil medføre en lavere pris enn SDs vedtak bestemmer, men mindre det foretas en justering slik som Telio har gjort.

Samferdselsdepartementet mener at det er nødvendig å se på hvilken kontekst vurderingen i punkt 5.3 i SDs vedtak er en del av. Bakgrunnen for vurdering var at Telio i sin klage av 21. mars 2007 anførte at det må vurderes hva som er relevant grunnlag for sammenligning av Telenors og Telios termineringspriser, dvs. om de samlede betalingskravene for terminering i Telios nett avvek fra betalingskravene i Telenors nett. Ett av Telios argumenter for at betalingskravet var tilnærmet likt, var at Telenors prisfastsettelse på utenlandstrafikk førte til redusert betalingskrav til Telio som igjen førte til at forskjellen ikke var så stor som tilsynet la til grunn. Departementets vurderte dette med sikte på å finne ut av om trafikken fra utlandet var så høy at den reduserte prisen på utenlandstrafikk ville redusere Telios totale inntekt ytterligere. Departementet fastholder at forholdet generelt sett er et moment som kan vurderes ved fastsettelsen av termineringsprisen. Det er imidlertid viktig å presisere at det ikke er Telenor som betaler denne prisen, men kundene til tilbydere i utlandet. Det er derfor ikke en del av betalingskravet for Telenor i Telios nett. Telenor transitterer denne trafikken som en tjeneste, og innhenter betalingskravet fra de utenlandske tilbyderne.

Da departementet fattet sitt vedtak i juli 2007 vurderte departementet om det var forhold ved Telio som tilsa at selskapets termineringspris ikke skulle settes ned til Telenors nivå. Blant annet vurderte departementet det faktum at Telio fikk sin termineringsinntekt redusert ved at Telenor fastsatte prisen på denne trafikken. Etter en helhetsvurdering fant departementet at det ikke var grunnlag for at Telio skulle få sette en høyere pris enn Telenor.

Telio peker videre i sin klage på at Samferdselsdepartementet i sitt vedtak har skrevet at Telio står fritt til å øke kompleksiteten i sin prisstruktur. Dette må imidlertid tolkes i kontekst av vedtaket for øvrig. Formålet med reguleringen i vedtaket var at det skulle koste det samme å terminere en gjennomsnittlig samtale i både Telenors og Telios nett.

Samferdselsdepartementet er ikke enig med Telio i at dette åpner for å endre prisene slik Telio har varslet. Telio ble gitt en frihet til selv å kunne endre oppstarts- og minuttpris eller gå over til differensiering mellom dag og kveld, så lenge gjennomsnittsprisen lå innenfor pristaket. Formålet med dette var å sikre selskapet så mye kontroll over egen prisstruktur som mulig. Alternativet hadde vært å fastsette eksakte priselementer for Telio, noe departementet verken fant at selskapet var tjent med eller nødvendig for markedet om helhet. Det ble derfor ikke fastsatt oppstarts og minuttpriser. Dette står tilbyderne fritt til å velge selv, så lenge en samtale på 4,71 minutter i snitt følger pristrappen som angitt i SDs vedtak.

Telio mener videre at Telenor tillates å ta priser som ligger over det fastsatte pristaket for Telenor i SMP-vedtaket, og viser til at en samtale i Telenors nett innenfor samtrafikkområdet på dagtid koster 23,3 øre. Telio anfører dette til støtte for at den varslede prisendringen til Telio er i tråd med SDs vedtak. Samferdselsdepartementet viser til SMP-vedtaket og til punkt II i PTs vedtak, for en forklaring på hvordan prisene til Telenor er fastsatt. Når det i Telenors nett koster 23,3 øre å terminere en samtale på 4,71 minutter på dagtid innenfor samtrafikkområdet, innebærer det at prisen på den samtalen ligger over taket til Telenor. Det er imidlertid slik at selv om denne typen samtaler koster over det en gjennomsnittlig samtale koster vil fortsatt gjennomsnittsprisen være 20,5 øre. Grunnen til det er at samtaler på kveldstid koster 17,6 øre, og antar man 50/50 fordeling mellom samtaler på dag og kveld, så

vil en gjennomsnittlig samtale koste 20,5 øre. Telenor har valgt å ha en annen prisstruktur (differensiering mellom dag og kveld) som også Telio står fri til å velge. Når Telenor har en høyere pris for samtaler som går innenfor samtrafikkområdet på dagtid, så innebærer det at en annen type samtale nødvendigvis må ligge under snittet, for at snittet skal beregnes til 20,5 øre. Samferdselsdepartementet har i sitt vedtak gitt Telio frihet til å differensiere sine priser mellom dag og kveld, og til å endre oppstarts og minuttpris. Departementet kan således ikke se at Telenors priser støtter Telios tolkning som ligger til grunn for den varslede prisendringen.

Departementet viser videre til at når departementet fatter vedtak om prisnedsetting av Telios termineringspris etter en nedtrappingsmodell av hensyn til at selskapet skal få innrettet seg på den nye prisen, ligger det ikke til rette for at vedtaket åpner for en prisøkning på nasjonale termineringstjenester. Departementet viser her til vedtaket av 11. juli 2007, punkt 6.

Konklusjon

Det følger klart av konteksten i SDs vedtak at det er den nasjonale termineringsprisen som reguleres. Herunder vises til vedtakets punkt 5.3 der Telios anførsel om at det er urimelig at selskapet ikke kan fastsette egen termineringspris for trafikk fra utlandet, ble vurdert.

5.3. Spørsmålet om omgjøring av SDs vedtak

Subsidiært i sin klage anmoder Telio departementet om å fremme et nytt vedtak vedrørende selskapets termineringspriser. Departementet forstår dette som en anmodning om at departementet skal omgjøre sitt tidligere vedtak, jf. forvaltningsloven § 35.

Det kan stilles spørsmål ved om Samferdselsdepartementets vedtak bør omgjøres hensett til at Telio hevder at trafikk fra utlandet har økt med 150 % siden vedtakstidspunktet. Telio mener at trafikken fra utlandet har økt såpass mye at det foreligger endrede forutsetninger for vedtaket. I bilag 4, jf ovenfor punkt 5.1, anfører Telio at selskapet har reist spørsmål til Telenor om økningen i andelen utenlandstrafikk kan skyldes "refiling". Telio skriver at Telenor har avkreftet dette. Telio mener at selv om de har akseptert svaret fra Telenor, så må man være oppmerksomme på at Telio ikke har kontroll over utenlandstrafikken, og at det for Telenor vil være mulig å manipulere denne trafikken. Telio bemerker videre at selskapets tolkning av departementets vedtak vil redusere incentivene til refiling.

Departementet mener Telios tolkning av vedtaket innebærer at selskapet ønsker å justere innenlandstermineringsprisen for å kompensere for den reduserte inntekten de får for utenlandsterminering. Departementet kan ikke se at Telios tolkning av vedtaket nødvendigvis vil endre på incentivene til å bedrive refiling, når incentivet til å refile drives av prisdifferensen mellom prisen på terminering innenlands og utenlands. En økning på innenlandsprisen fører til en større differanse slik at gevinsten ved å refile eventuelt kan øke.

Departementet bemerker at Telio ikke har lagt frem informasjon om veksten på utgående trafikk til utlandet og om denne veksten har vært like stor som den inngående. En tilnærmet lik vekst i utgående trafikk kan være en forklaring på veksten i inngående trafikk som Telio viser til i klagen.

Departementet vil imidlertid understreke at dersom det igjen viser seg at utenlandstrafikken til tilbydere øker svært mye i løpet av en kort periode uten noen påviselig grunn, og dette innebærer store inntektsreduksjoner, så vil departementet be tilsynet prioritere å undersøke saken nærmere.

Departementet skrev i sitt vedtak at ordningen med at Telenor bestemmer prisen på utenlandstrafikk reduserte Telios termineringsinntekt. Det ble beregnet at ordningen førte til at inntektsreduksjonen utgjorde mindre enn 5 % i reduserte inntekter i forhold til hva inntekten ellers ville ha vært. Det betyr at dersom Telio hadde kunnet bestemme sin egen pris på trafikk fra utlandet, hadde inntektene vært ca. 5 % høyere enn det de var. Dette var basert på tall fra tredje kvartal i 2006. Departementet kunne på det tidspunktet ikke se at 5 % tilsa at Telios inntekter avvek vesentlig fra deres listepriiser.

Spørsmålet nå er om forutsetningen for denne vurderingen er endret som følge av en økning i trafikken fra utlandet. Det må derfor vurderes om det på det nåværende tidspunktet er slik at Telios inntekter avviker vesentlig fra listepriisene. Departementet har således, basert på tall fra hele 2007 og for januar og februar i 2008, beregnet inntektsreduksjonen for Telio totalt. Basert på beregningene viser det seg at inntektsreduksjonen ikke utgjorde mer enn 5 % i forhold til hva inntekten ellers kunne vært, jf vedtak 11. juli 2007 punkt 5.3. Departementet kan derfor ikke se at det er endrede forutsetninger for vedtaket slik Telio hevder. En av grunnene til at inntektsreduksjonen ikke utgjør særlig mer nå, selv om andelen utenlandstrafikk har økt, kan være at Telio har opplevd en trafikkøkning totalt sett og ikke bare på utenlandstrafikken.

Når Telio viser til at gjennomsnittlig samtalelengde for trafikk til Telio var 5,26 minutter i oktober 2007 og ikke 4,71 minutter (som lå til grunn for vedtaket basert på gjennomsnittet i 2006), kan departementet heller ikke se at informasjon om en enkeltstående måned endrer forutsetningene i SDs vedtak. Departementet legger til grunn at det vil være måneder hvor samtalelengden ligger over eller under årsgjennomsnittet. Det er likeledes naturlig at det er sesongmessige variasjoner i samtalelengden. Det vesentlige er at samtalelengden i snitt for hele 2006 lå på 4,71 minutter. Som nevnt i SDs vedtak, fant departementet at Telios trafikk i 2006 reflekterte statistikken godt. Samferdselsdepartementet kan ikke se at Telio har sannsynliggjort at det foreligger endrede forutsetninger om samtalelengde som taler for å endre vedtaket.

Departementet vil avslutningsvis vise til at det ikke bare er Telenor som avgir terminerende trafikk til Telio og som må forholde seg til Telios termineringspris. Dersom Telio skal bli kompensert for Telenors pris på utenlandstrafikk, vil dette medføre at de øvrige aktørene i markedet isolert sett må betale en høyere pris enn pristaket som er satt i vedtaket. Dette mener departementet blir urimelig når prisen på utenlandstrafikk er noe alle norske aktører må forholde seg til.

Konklusjon

På bakgrunn av ovenstående finner departementet ikke grunnlag for å omgjøre sitt tidligere vedtak.

Departementet går således ikke nærmere inn på om vilkårene for å omgjøre vedtaket er oppfylt, jf. forvaltningsloven § 35.

5.4. Tvangsmulkt

Departementet vil innledningsvis bemerke at formålet med tvangsmulkt er at det skal virke som et fremtidig press til oppfyllelse av fastsatte plikter eller pålegg. Med tvangsmulkt ønsker man således å fremtvinge særskilte handlinger eller å avslutte ulovlige forhold som ikke etterlevs. Tvangsmulkt kan ikke brukes som en etterfølgende reaksjon på regelbrudd og har ikke et pønalt formål.

Post- og teletilsynet besluttet i vedtak av 15. november 2007 å ilegge Telio en løpende tvangsmulkt på kroner 10 000 pr ukedag fra klagefristen gikk ut og frem til selskapet etterkom tilsynets pålegg om å sette ned prisen for terminering på en nasjonal gjennomsnittssamtale til 40,3 øre. Bakgrunnen for vedtaket var Telios varsel av 29. august og 31. august 2007 om at selskapet ville øke termineringsprisen for nasjonale samtaler slik at kostnaden ved å terminere en gjennomsnittssamtale ville øke fra 40,3 øre til 42, 3 øre. Klagefristen utløp 7. desember 2007.

Departementet viser til at på tidspunktet da Post- og teletilsynet fattet vedtaket om tvangsmulkt, var regelen etter ekomloven § 10-7 annet ledd at tvangsmulkt ikke begynner å løpe før en eventuell klagesak er endelig avgjort med mindre klageorganet bestemmer noe annet. Fra den nå opphevede bestemmelsen i § 10-7 annet ledd hitsettes:

"Mulkten løper ikke før klagefristen er ute. Påklages vedtaket om tvangsmulkt, løper ingen tvangsmulkt før klagesaken er avgjort med mindre klageorganet bestemmer noe annet."

Bestemmelsen var et unntak fra den generelle regelen i forvaltningsloven § 42 om at klage over vedtak ikke gir oppsettende virkning, hvilket innebærer at tvangsmulkten som utgangspunkt begynner å løpe uavhengig av om vedtaket om å fastsette tvangsmulkt påklages.

Telio påklagde vedtaket 21. november 2007. Tvangsmulkten begynte derfor ikke å løpe når klagefristen gikk ut. Klageinstansen har heller ikke fattet beslutning at mulkten skal løpe før klagesaken er avgjort.

Ekomloven § 10-7 om tvangsmulkt ble endret ved lov 11. januar 2008 nr. 2 og lyder etter ikrafttredelsen 15. januar 2008:

"For å sikre at krav fastsatt i eller i medhold av denne lov oppfylles, kan myndigheten fastsette en løpende tvangsmulkt for hver dag som går inntil lovstridig virksomhet er opphørt eller pålegg med hjemmel i loven er oppfylt. Myndigheten bestemmer når mulkten begynner å løpe. Myndigheten kan i særlige tilfeller redusere eller frafalle påløpt tvangsmulkt. Myndigheten kan gi forskrift om tvangsmulkt."

Bakgrunnen for endringene fremgår i Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) på side 47:

"Departementet mener at gjeldende bestemmelse kan gi uheldige utslag ved at den ansvarlige gis incitament til å klage på vedtak om tvangsmulkt i treneringsøyemed. En konsekvens av gjeldende bestemmelse om tvangsmulkt er at myndigheten fratras kontroll over fastsettelse av tidspunkt for vedtakets ikrafttredelse. Dette kan virke til fordel for den som opptrer i strid med lov, forskrift eller enkeltvedtak. Det kan på den annen side tenkes tilfeller der det er hensiktsmessig å utsette iverksettingen av et vedtak om tvangsmulkt. I slike tilfeller mener departementet at det er tilstrekkelig å anvende den generelle hjemmelen for forvaltningsloven § 42 til å utsette iverksettingen av et vedtak."

Lovendringen får etter departementets vurdering uansett ingen betydning for tvangsmulktens løpetid i denne saken, da klagefristen hadde gått ut ved ikrafttredelsen av lovendringen. Det øvrige innholdet i tvangsmulktbestemmelsen videreføres, og hovedspørsmålet blir om det foreligger manglende etterlevelse av vedtaket om prisregulering fra Telios side ved at selskapets har tatt for høye priser.

Telio informerte departementet i brev av 21. desember 2007 om at Telio ikke ville fakturere priser utover det som PT hadde besluttet før det er endelig avklart om dette er for lave priser. PTs vedtak av 15. november 2007 om retting og tvangsmulkt, samt det forhold at trafikken går i transitt via Telenor og at det er Telenor som avregner samtaletrafikken og innkrever betaling fra de respektive tilbyderne, førte dermed til at Telio ikke iverksatte den varslede prisøkningen. Telio har videre fulgt SDs vedtak ved å sette prisen ytterligere ned fra 1. januar 2008, jf brev av 19. desember 2007.

I denne konkrete saken foreligger det ingen hensyn som tilsier at det er grunn til å ilegge en løpende tvangsmulkt for å fremtvinge oppfyllelse av den pålagte prisforpliktelsen, fordi Telio allerede følger den pålagte prisforpliktelsen. Riktignok har selskapet fremhevet at de forbeholder seg rett til å etterregne termineringspris dersom de får medhold i sitt syn av klageinstansen. Dette alene kan imidlertid ikke føre til tvangsmulkt i dette tilfellet.

Post- og teletilsynets vedtak om tvangsmulkt bortfaller derfor i og med Telios oppfyllelse av pålegget. Departementet finner på denne bakgrunn ingen grunn til å gå inn i anførselene om gyldighet, utmåling mv. som anført av Telio i punkt 4.3.

6. VEDTAK

Post- og teletilsynets vedtak 15. november 2007 punkt 1 stadfestes.

Post- og teletilsynet vedtak 15. november 2007 punkt 2 om tvangsmulkt fra utløp av klagefristen og frem til selskapet etterkommer tilsynets pålegg bortfaller i og med Telios oppfyllelse av pålegget.

Med hilsen



Jørn Ringlund e.f.



Line Bakken

Kopi til:

Post- og teletilsynet