



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Likelydende brev
Se vedlagte liste

Deres ref

Vår ref
06/1286- RHO

Dato
15.02.2007

Klage fra Tele2 Norge AS på Post- og teletilsynets vedtak i marked 1-2, 3 og 5

Vi viser til brev fra Tele2 Norge AS ("Tele2") av 12. mai 2006 med klage på Post- og teletilsynets ("PT") vedtak av 21. april 2006 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og vedtak om pålegg av særskilte forpliktelser i sluttbrukermarkedene for fasttelefoni. Videre viser vi til Post- og teletilsynets innstilling i klagesaken oversendt ved brev av 7. juli 2006 samt Tele2s kommentarer til innstillingen i brev av 7. august 2006.

1. SAKENS BAKGRUNN

Nedenfor gis en kort gjennomgang av reguleringen på ekomsektoren og prosessen frem til Post- og teletilsynets vedtak i sluttbrukermarkedene for fasttelefoni.

1.1 Regulering av ekomsektoren

I 2002 vedtok Den Europeiske Union ("EU") følgende fem nye direktiver: rammedirektivet, tilgangsdirektivet, tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og kommunikasjonsverndirektivet. Nevnte direktiver ("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 gjennomført i norsk rett gjennom lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 ("ekomloven") med tilhørende forskrifter, her særlig forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste av 16. februar 2004 ("ekomforskriften").

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) og ilegge forpliktelser på de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf. ekomloven § 3-4).

Det følger videre av Norges forpliktelser under 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 EFTAs overvåkningsorgan ("ESA").

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:
Randi Hovde
22 24 81 41

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", som igjen er fulgt opp av Post- og teletilsynet i tilsynets "Virkemiddeldokument" datert 14. oktober 2004.

Frem til endelig vedtak er fattet med hensyn til hvem som innehar sterk markedsstilling og hvilke forpliktelser disse skal ilegges etter ovennevnte regelverk, gjelder Post- og teletilsynets tidligere fattede vedtak om at Telenor har sterk markedsstilling i markedene for fasttelefoni. Videre vil særskilte forpliktelser for tilbyderne følge direkte av teleloven av 23. juni 1995 samt offentlignettforskriften av 5. desember 1997.

1.2 Post- og teletilsynets arbeid med markedsanalysen/virkemiddelbruk

Post- og teletilsynets analyse av sluttbrukermarkedene for offentlige telefonitjenester i fastnett (Marked 1 til 6) ble første gang sendt på høring 4. juli 2003. Analysens konklusjon var at Telenor hadde sterk markedsstilling i alle de seks markedene. Post- og teletilsynet mottok høringssvar fra en rekke aktører. På bakgrunn høringssvarene og møter med aktørene, oppdaterte Post- og teletilsynet markedsanalysen og utarbeidet et varsel om vedtak der særskilte forpliktelser ble foreslått. Dette ble sendt på nasjonal høring 15. september 2005.

På bakgrunn av markedsanalyse, varsel om vedtak og høringskommentarene utarbeidet Post- og teletilsynet et utkast til vedtak som ble oversatt til engelsk. Dette ble notifisert til EFTA Surveillance Authority (ESA) 2. mars 2006. Telenor mottok samtidig kopi av utkastet, oppdatert markedsanalyse og oppsummering av høringsvar.

Post- og teletilsynet mottok ESAs tilbakemelding til markedsanalysen og den foreslåtte virkemiddelbruken i brev 3. april 2006. ESA hadde ingen kommentarer til markedsanalysen og utpekingen av aktør med sterk markedsstilling. ESA påpekte imidlertid behov for å utdype kravet om kostnadsorientering av prisene for tilbud av fast forvalg og forvalg ved bruk av prefiks i abonnementsmarkedene (marked 1 og 2). Videre understreket ESA behov for at Post- og teletilsynet overvåker markedsutviklingen i sluttbrukermarkedene for fasttelefoni også innenfor vedtakets tidsramme.

På bakgrunn av markedsanalysen, varsel om vedtak, utkast til vedtak, høringssvar fra aktørene og ESAs tilbakemelding, fattet Post- og teletilsynet den 21. april 2006 vedtak i sluttbrukermarkedene for fasttelefoni. Av praktiske årsaker har Post- og teletilsynet funnet det hensiktsmessig å samle vedtakene for de seks markedene i ett og samme dokument.

2. POST- OG TELETILSYNETS VEDTAK

Post- og teletilsynet utpeker Telenor til å ha sterk markedsstilling i sluttbrukermarkedene for fasttelefoni (marked 1- 6), jf. ekomloven § 3-3. Telenor er pålagt følgende forpliktelser, jf. ekomloven § 3-4, jf. kapittel 4:

Marked 1 og 2 (abonnementsmarkedene – privat og bedrift):

Grossistnivå

- Tilgang i form av tilbud om videresalg av abonnement
- Tilbud om fast forvalg og forvalg ved bruk av prefiks
- Prisregulering av videresalg av abonnement etter pris-minusprinsippet
- Kostnadsregnskap
- Ikke-diskriminering
- Offentliggjøring og standardtilbud

Sluttbrukernivå

- Regulering av koblingssalg
- Regulering av prisdiskriminering
- Offentliggjøring av midlertidige rabatter i marked 1

Marked 3 og 4 (nasjonal og internasjonal trafikk – privat):

Sluttbrukernivå

- Regulering av koblingssalg
- Regulering av prisdiskriminering
- Offentliggjøring av midlertidige rabatter

Marked 5 og 6 (nasjonal og internasjonal trafikk – bedrift):

Sluttbrukernivå

- Regulering av koblingssalg
- Regulering av prisdiskriminering

3. TELE2S KLAGE

Tele2 påklager Post- og teletilsynets vedtak i marked 1, 2, 3 og 5. Klager mener at Post- og teletilsynet ikke har gått langt nok i virkemiddelbruken i de enkelte markedene.

I markedene 1 og 2 (abonnementsmarkedene – privat og bedrift) påklages Post- og teletilsynets prisregulering av Telenors tilbud om videresalg av abonnement. Tele2 hevder at reguleringen ikke er presis nok til å fremme konkurransen innen fasttelefoni.

I markedene 3 og 5 (nasjonale trafikkmarkeder - privat og bedrift) påklages at vedtakene ikke innfører regulering som hindrer at det oppstår prisklemmer for Telenors konkurrenter. Tele2 anfører at det oppstår prisklemmer ved at sluttbrukerprisen settes lavt i forhold til den vedtatte maksimalprisen for samtrafikk som følge av at Telenor fritt kan senke sine sluttbrukerpriser og samtidig opprettholde en høy samtrafikkpris.

Tele2 hevder videre at det også foreligger prisklemmer dersom abonnements- og trafikkmarkedene vurderes samlet.

Klagen knytter seg bare til de deler av vedtakene i marked 1, 2, 3 og 5 som nevnt ovenfor. Andre deler av vedtakene er således ikke gjenstand for klagebehandling.

Klagen fra Tele2 ble oversendt Telenor og lagt ut på PTs hjemmeside. Aktørene i markedet fikk tre ukers first til å kommentere klagen. Telenor ASA, TDC Song og Ventelo Norge AS ga innspill til klagen.

Nedenfor behandles først spørsmålet om Tele2 har klagerett. Deretter behandles den del av klagen som retter seg mot PTs vedtak i abonnementsmarkedene (marked 1 og 2), videre behandles trafikkmarkedene (marked 3 og 5) og til sist samlet vurdering av abonnements- og trafikkmarkedene.

4. DEPARTEMENTETS VURDERING AV KLAGERETT

Forvaltningsloven (fvl.), kommer til anvendelse for behandling av saker etter ekomloven "Når ikke annet er bestemt", jf. ekomloven § 9-1. Dersom vilkårene for å behandle klagen ikke foreligger skal klageinstansen avvise saken, jf. fvl. § 34, første ledd. Videre følger det av forvaltningsloven at enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med "rettslig klageinteresse", jf. § 28, første ledd. Vedtakene retter seg mot Telenor som part i saken, jf. fvl. § 2, første ledd, bokstav e). Hvorvidt Tele2 har klagerett beror på om selskapet har "rettslig klageinteresse" og om klagen gjelder et "enkeltvedtak".

Vedrørende forståelsen av begrepet rettslig klageinteresse vises det bl.a. til juridisk teori hvor det angis at rettslig klageinteresse etter fvl. § 28 kan anses å foreligge dersom klagers interesse "har slik art og styrke at det er rimelig å gi ham et rettskrav på å få vedtaket overprøvet." (Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave s. 511). Det vises videre til rettspraksis som fastslår at konkurranseforhold kan danne grunnlag for rettslig klageinteresse. Tele2 er i henhold til Post- og teletilsynets markedsanalyse en av de største konkurrentene til Telenor innen fasttelefoni. Departementet legger til grunn at Post- og teletilsynets regulering av sluttbrukermarkedene for fasttelefoni har så stor betydning for Tele2 i konkurransen med Telenor at rettslig klageinteresse må anses å foreligge.

Departementet er enig i PTs vurdering når det gjelder spørsmålet om hvorvidt PTs unnlattelse av å regulere Telenors tilbyderbyttepris og påståtte prisklemmesituasjoner i abonnements- og trafikkmarkedene, er en del av enkeltvedtakene, jf. fvl. § 2. Departementet legger i likhet med Post- og teletilsynet vekt på at tilsynet har pålagt virkemidler i alle markedene som klagen gjelder, og at den samlede virkemiddelbruken i det enkelte marked utgjør et enkeltvedtak. Tele2s klage gjelder rekkevidden av reguleringen i enkeltvedtakene, og kan ikke anses som en klage på en unnlattelse av å gripe inn ved enkeltvedtak.

Departementet konkluderer med at Tele2 har klagerett i denne saken. Klageretten omfatter også elementer som Post- og teletilsynet har unnlatt å regulere i vedtakene.

5. ABONNEMENTSMARKEDENE – MARKED 1 OG 2

Post- og teletilsynet pålegger Telenor å tilby videresalg av abonnement basert på en pris-minusmodell. Videresalgprisene for abonnementsproduktet skal fastsettes med utgangspunkt i Telenors priser for basisabonnement for henholdsvis PSTN og ISDN, fratrukket samtlige kostnader knyttet til de prosesser som overtas av videreselger (bortfallskostnadene). Post- og teletilsynet legger opp til å føre løpende tilsyn med prissettingen, og har derfor ikke funnet det nødvendig å fastsette en prosentsats som bortfallskostnadene minst skal utgjøre (pris-minus-differansen).

Videre er det bestemt at beregningen av priser for ulike tilleggstjenester som videreselgerne kjøper fra Telenor som en del av leveransen, skal ta utgangspunkt i vektete gjennomsnittspriser i sluttbrukermarkedene for disse tjenestene.

Tele2 mener at produktet videresalg av abonnement ikke er presist nok prisregulert til å fremme konkurransen innen fasttelefoni. De anfører at det er tre mangler ved den vedtatte reguleringen:

- Pris-minusdifferansen må fastsettes og økes fra dagens nivå på 18 %
- Prisen Tele2 må betale til Telenor for å overføre abonnenter fra det ene selskapet til det andre (tilbylderbytteprisen) er ikke regulert. Denne prisen må fjernes eller reduseres
- Prisen for et videresolgt abonnement må være lavere enn Telenors sluttbrukerpriser. Tele2 anfører at Post- og teletilsynet ikke har vurdert prisklemmer i forhold til

miniabonnement og ordningen med tre gratis tilleggstjenester (for eksempel "se hvem som ringer" eller "spesifisert regning"). En endring er avgjørende for at formålet med reguleringen skal fremmes.

Nedenfor i kapitlene 5.1 til 5.3 drøftes hvert av de tre punktene i detalj.

5.1 Manglende konkret spesifisering av pris-minusdifferansen

Tele2 anfører at størrelsen på «minusen» må defineres. Dette innebærer at de vil ha inn i vedtaket hva som er relevante kostnader å trekke fra og at det fastsettes en minstesats i prosent. Tele2 viser til at departementet i vedtaket om Teletopias tilgang til SMS-C har fastsatt en konkret prosentsats. Klager ønsker at departementet skal pålegge Post- og teletilsynet å fastsette en slik konkret sats. De viser også til at Post- og teletilsynet allerede 11. april 2003 varslet et vedtak der størrelsen ble fastsatt til mellom 18 og 25 %, men at endelig vedtak ikke ble fattet.

Tele2 mener videre at det er hensiktsmessig at departementet pålegger Post- og teletilsynet å fastsette marginen i et eget vedtak og at de i den forbindelse vil kunne dokumentere hvorfor marginen skal økes.

I brev 7. august 2006 anfører Tele2:

«Tele2 vil hevde at å la være å foreta en slik grundig gjennomgang i forkant av vedtaket, innebærer en saksbehandlingsfeil som må føre til ugyldighet ihht. forvaltningsloven § 41. Det er grunn til å tro at vedtaket bygger på feilaktige faktiske forutsetninger når PT unnlater å innhente tilstrekkelig informasjon til å kunne avdekke om vedtakets innhold burde vært et annet. Man kan ikke avvise å gå inn på de påklagede forhold under henvisning til at man vil foreta en ny gjennomgang av disse forhold senere.»

Tele2 viser i det samme brevet også til at ERG i sitt oppdaterte virkemiddeldokument omtaler tilfeller der bruk av konkurrentens kostnader for å fastsette marginen i en pris-minusmodell kan være hensiktsmessig.

Telenor viser i sine kommentarer til klagen til at marginene for videresalg av abonnement er grundig fundert og at de gjennom sine løpende vurderinger ikke finner noe som skulle tilsi at marginen må økes. Telenor påpeker også at i brev 20. mai 2003 fra Post- og teletilsynet ble det konkludert med at (ytterligere) prisendringer ikke var aktuelt å pålegge.

Ventelo skriver i sine kommentarer til klagen at de også har opplevd prisklemmer i dette markedet og ønsker en justering av prisreguleringen slik at det blir en margin på minst 25 % mellom sluttbrukerpris og grossistpris.

I oversendelsen av klagen 7. juli 2006 skriver Post- og teletilsynet at:

«PT har ikke sett det som nødvendig eller hensiktsmessig å spesifisere differansen i pris-minus-reguleringen i vedtaket. Dette ville ha krevd at PT i forkant av vedtaket foretok en betydelig informasjonsinnhenting med etterfølgende analyser, noe som antakelig ville ha forsinket vedtaket som sådan. (...) Selv om PT i vedtaket ikke har spesifisert hva prosentsatsen i pris-minus-reguleringen skal være fremover, betyr ikke dette at det ikke kan være grunnlag for endring av denne prosentsatsen.»

Tilsynet viser videre til at det 9. juni i 2006 ble sendt brev til Telenor der de blir bedt om å dokumentere hvorvidt dagens marginer er i tråd med forpliktelsene i vedtaket. PT mottok svarbrev på dette fra Telenor 4. juli 2006.

Samferdselsdepartementets vurdering

Tele2 har anført at manglende utredning av pris-minusdifferansen i prisreguleringen utgjør en saksbehandlingsfeil, og at denne feilen må føre til ugyldighet, jf. fvl. § 41. Departementet viser til fvl. § 17, første ledd, hvoretter forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Hvor grundige undersøkelser som må gjøres, vil bero på en avveining av forskjellige hensyn, herunder sakens viktighet, forsvarlig ressursbruk, tidsmomentet med videre.

Post- og teletilsynet har for videresalg av abonnement pålagt prisregulering ut fra pris-minusprinsippet. Konkret vurdering av størrelsen på marginen er tenkt gjennomført ved etterfølgende tilsyn. Beregningen skal ta utgangspunkt i prisen for basisabonnement for henholdsvis analog- og ISDN-telefoni. Alle kostnader som blir overtatt av videreselgeren skal trekkes ut ved beregning av tilgangsprisen.

I teleloven og forskrift om offentlig telenett og offentlig teletjeneste var de generelle virkemidlene listet opp i regelverket. Den eksakte utformingen av pliktene var basert på etterfølgende tilsyn og klagesaker. Dette ga myndighetene stor fleksibilitet i og med at konkret utforming av pliktene skjedde når problemene oppsto.

Innenfor rammene av ekomloven skal markedsvedtakene gi plikter til tilbydere med sterk markedsstilling. Valg av virkemidler skal blant annet balansere hensynet til forutberegnelighet for markedsaktørene med hensynet til fleksibilitet for myndighetene. Virkemidlene som velges skal være utformet så konkret som mulig. Alle aktuelle konkurransemessige problemstillinger vil imidlertid neppe kunne forutsees og det er derfor viktig at vedtaket er fleksibelt nok, for å avhjelpe det problemet uten at vedtaket må fattes på nytt etter kun kort tid.

Post- og teletilsynet har gitt uttrykk for at de gjennom innhenting av kostnadsregnskap vil føre tilsyn med marginene. Dersom gjennomgangen viser at Telenor tar feil pris, vil det være uhensiktsmessig om vedtaket var så spesifikt at prisene ikke kunne endres eller at vedtaket måtte fattes på nytt. På den annen side ville Telenor da kunne endre marginen frivillig uten inngripen fra myndigheten.

Proessen med å analysere markedene, avdekke (potensielle) konkurranseproblemer og å finne egnede virkemidler er svært tidkrevende. Ytterligere innhenting og bearbeiding av informasjon for å fastsette et konkret marginnivå vil da kunne forsinke vedtaket fordi dette ville måtte skje etter at valg av virkemiddel er foretatt.

Økt grad av konkurranse i sluttbrukermarkedet vil få ned prisen til sluttkunden. En fast prosentmargin vil da utgjøre stadig mindre i kroner og øre. Dersom kostnaden forbundet med salg i sluttbrukermarkedet er uendret, vil disse kostnadene utgjøre en stadig større andel av marginen og kanskje gi en negativ margin. En eventuell prosentvis minstemargin vil i så fall måtte revideres med jevne mellomrom.

Sett fra departementets ståsted vil det være ønskelig med vedtak som har en viss varighet og som gir stor grad av forutberegnelighet som mulig for markedet. Departementet finner derfor at formen på Post- og teletilsynets vedtak er hensiktsmessig. Bakgrunnen for dette er at det er sannsynlig at marginen må endres i løpet av perioden vedtaket er ment å gjelde for.

Konklusjon dette punkt

Ut fra en samlet vurdering, anser Samferdselsdepartementet det som mest formålstjenlig at kun prisingsmetoden er fastsatt i vedtaket uten at en minstemargin er spesifisert.

Departementet har i denne vurderingen lagt stor vekt på den fleksibilitet dette gir i forhold til endring av marginen i løpet av perioden.

Det foreligger ikke noen saksbehandlingsfeil som vil kunne medføre ugyldighet etter fvl. § 41.

Samferdselsdepartementet forutsetter at Post- og teletilsynet i løpet av vedtakets levetid følger konkurransesituasjonen nøye gjennom sitt tilsyn med markedet.

5.2 Tilbyderbytteprisen

Tele2 anfører at tilbyderbytteprisen må fjernes eller reduseres og viser til at Post- og teletilsynet i vedtaket ikke har vurdert denne prisen. Klager viser til at vesentlige deler av kostnadsgrunnlaget for denne prisen allerede bør være dekket inn gjennom de tilbyderbytter som er foretatt fram til i dag og at prisen derfor bør kunne reduseres vesentlig.

Tele2 påpeker at den (lille) marginen blir brukt til å dekke inn tilbyderbytteprisen over 10 til 11 måneder. Tele2 selger på grunn av dette kun telefoniabonnement med ett års bindingstid.

Telenor omtaler tilbyderbytteprisen i sine kommentarer til klagen at «... *tilbyderbytteprisen (...)* skal dekke driftskostnader og forvaltningskostnaden...» og ikke bare de investeringer som har påløpt. Telenor mener at prisen fortsatt er i samsvar med de prinsipper som lå til grunn for beregningen i 2003.

Samferdselsdepartementets vurderinger

Post- og teletilsynet har ikke vurdert tilbyderbytteprisen i sitt vedtak. Tilsynet har imidlertid kommentert forholdet til tilbyderbytteprisen i sitt oversendelsesbrev til departementet. Departementet vil i det følgende vurdere om tilbyderbytteprisen burde vært behandlet i vedtaket, og om det i så fall er en mangel som fører til ugyldighet av vedtaket, jf. fvl. § 41.

Tilbyderbytteprisen er et viktig priselement for videresalg av abonnement. Post- og teletilsynet skriver da også i oversendelsen av klagen til departementet «*at vedtaket kunne inneholdt en konkret vurdering av denne prisen.*» Tilsynet har videre vurdert å endre vedtaket på bakgrunn av den informasjon som har fremkommet i klagerunden. I denne vurderingen har PT sett på faren for en eventuell overpris og om tilbyderbytteprisen kan sette Telenors konkurrenter i en prisklemme.

Basert på tall fra 2003 mener tilsynet at kostnader og inntekter har stått i et rimelig forhold fram til nå. Telenor lover dessuten i brev 4. juli 2006 å redusere prisen så snart investeringen er dekket. Post- og teletilsynet har følgelig funnet at det ikke er behov for å regulere denne prisen direkte på det nåværende tidspunkt, men at de vil vurdere prisen fortløpende for eventuelt på et senere tidspunkt å fatte et vedtak om regulering.

Samferdselsdepartementet legger til grunn at det er transaksjonskostnader forbundet med å flytte kunder fra en tilbyder til en annen. Det er derfor ikke grunnlag for å fjerne dette priselementet helt. På samme måte som Post- og teletilsynet, vil departementet påpeke at kravet om ikke-diskriminering sikrer at Telenors egen sluttbrukervirksomhet stilles overfor de samme vilkår som konkurrentene. Telenor må således også selv dekke kostnader for tilbyderbytte i den grad de overtar abonnenter som blir videresolgt fra andre.

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at nivået på tilbyderbytteprisen er av vesentlig betydning for konkurrentenes mulighet til å konkurrere med Telenor i marked 1 og 2. Som Tele2 påpeker er byttekostnaden av betydelig størrelse i og med at det tar nesten et år å dekke den inn gjennom marginene på månedlig abonnement. Ut fra informasjon på www.telepriser.no er det heller ikke utbredt i markedet å ta en etableringspris fra sluttbruker ved salg av standardabonnement. Dette tyder på at det er vanskelig å selge abonnementer med etableringspris ut fra at kundene allerede har et kundeforhold hos en annen tilbyder.

Tilbyderbytteprisen kan derfor sette konkurrentene i en prisklemme, noe som foranlediger bruk av prisregulering etter ekomloven § 4-9, jf. merknadene til denne bestemmelsen i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003).

Post- og teletilsynet viser i oversendelsesbrevet til at de løpende vil vurdere å fatte et eget vedtak i forhold til tilbyderbytteprisen. Samferdselsdepartementet ser også at tilsynet har innhentet informasjon fra Telenor om kostnadsgrunnlaget for tilbyderbytteprisen.

Samferdselsdepartementet viser til at tilbyderbytteprisen er av vesentlig betydning for om tilgangsreguleringen i marked 1 og 2 skal være effektiv. Det gir etter departementets oppfatning liten mening å ha streng regulering av deler av videresalg av abonnementsproduktet når tilbyderbytteprisen er uregulert.

Konklusjon dette punkt

Departementet finner at det i Post- og teletilsynets vedtak i marked 1 og 2 skal gjøres den endring at Telenor pålegges å ha en regulert tilbyderbyttepris. Det overlates til Post- og teletilsynet å bestemme nærmere detaljer i fastsettingen av tilbyderbyttepris.

5.3 Hvilken pris skal ligge til grunn for beregningen av pris-minus?

Tele2 viser til at Telenor i flere tilfeller priser tjenestene til sluttbrukere lavere enn grossistprisen. Det anføres at dette gjør det umulig for konkurrenter å tilby tjenester i konkurranse med Telenor. Blant annet er Telenors miniabbonnement og ordningen med tre gratis tilleggstjenester trukket fram som eksempler.

Tele2 anfører i brev 12. mai 2006 at *«For at en pris-minus regulering skal kunne bidra til økt konkurranse må det fastslås at det er den laveste sluttbrukerprisen som er utgangspunktet for fastsettelsen av grossistprisen. I motsatt tilfelle oppstår marginskvis for konkurrentene.»*

Tele2 hevder at Post- og teletilsynet har unnlatt å vurdere eventuelle prisklemmer i forhold til at Telenors pris for videresalg av abonnement er høyere enn laveste abonnementspris. Tele2 viser til Teletopia SMS-C-saken hvor Samferdselsdepartementet fremhevet pris-minusmetoden som en effektiv metode for å motvirke marginskvis.

Tele2 mener det er positivt at prisen på tilleggstjenestene reduseres basert på et vektet gjennomsnitt av prisen, men mener at det er prinsipielt feil at grossistprisen settes høyere enn en sluttbrukerpris som (i praksis) er null. Tele2s prinsipale anførsel er derfor at pris-minuskalkylen må ta utgangspunkt i Telenors laveste sluttbrukerpris, miniabbonnementet. Subsidiært anfører Tele2 at prisregningen skal baseres på et vektet gjennomsnitt av mini- og basisabbonnementet. Tele2 anfører videre at Plussabbonnementet skal unntas fra en slik beregning fordi det selges som et "flat rate" tilbud.

Telenor anfører i sine kommentarer til klagen at det vil være lite treffende å regulere grossistprisen etter billigste abonnement. Telenor er av den oppfatning at man må se på en kombinasjon av de tjenesteelementer kunden ønsker når man analyserer prisklemmer, ikke separate markeder for abonnement, trafikk og tilleggstjenester. Telenor er av den oppfatning at miniabbonnementet er en form for prisdifferensiering som det er opp til enhver tilbyder å gjennomføre. Når det gjelder tilbudet om tre gratis tilleggstjenester, viser Telenor til at de som et resultat av prosessen med Konkurransetilsynet har redusert videresalgsprisen for noen av tilleggstjenestene. *«Slik Telenor ser det vil Tele2, hvis Tele2 benytter de muligheter som ligger i de reduserte videresalgspriser og markeditiltak for økt salg av tilleggstjenester, kunne generere mer inntekter. Dette kan skje ikke bare ved at tilleggstjenestene er trafikkgenererende, men også ved at fasttelefonabonnement blir en mer attraktiv tjeneste generelt.»*

Samferdselsdepartementets vurderinger

Det sentrale ved departementets uttalelse i Teletopia SMS-C-vedtaket som Tele2 viser til i sin anførsel, er at pris-minus ofte er egnet til å motvirke prisklemmer. Hvorvidt pris-minus helt forhindrer prisklemmer er avhengig av hvilken pris beregningene tar utgangspunkt i.

Oftel (nå Ofcom), den britiske reguleringsmyndigheten, drøftet i 1999¹ problemstillinger rundt hvilken pris det er hensiktsmessig å ta utgangspunkt i ved pris-minusberegninger. De skilte mellom tre alternativer:

- 1 Ta utgangspunkt i en representativ pris, slik som basisabonnementet.
- 2 Lage et vektet gjennomsnitt for alle prisene.
- 3 Differensiere prisene avhengig av bruk (abonnements- eller samtaleyter).

Alle tre metodene har sine fordeler og ulemper som gjennomgås nedenfor.

Ved å velge én representativ pris får man et enkelt system, samtidig som konkurrentene kan oppleve en prisklemme i deler av markedet og ha mulighet til å fløteskumme andre deler av markedet. Post- og teletilsynet har i sitt vedtak gått inn for å bruke prisen for basisabonnementet som utgangspunkt for pris-minusberegningen. Dette er absolutt den enkleste måten å beregne grossistprisen på. Både Oftel og Econ peker imidlertid på at dette medfører at konkurrentene avskjæres fra muligheten til å konkurrere om de kundene som har andre prisplaner enn basis rettet inn mot seg.

Tilsvarende problemer som for en representativ pris vil også gjelde dersom man foretar en gjennomsnittsberegning. Bruk av gjennomsnitt vil imidlertid avhjelpe problemet litt fordi dette kan utjevne fordelene og ulempene mellom Telenor og konkurrentene.

Samferdselsdepartementet har vurdert Tele2s påstand om at plussabonnementet ikke er relevant for beregningen av et vektet gjennomsnitt, fordi dette abonnementet er et "flat rate" tilbud. Vi finner at dette argumentet i like stor grad gjelder for miniabonnementet, i og med at dette også er et abonnement der abonnementsprisen ikke kan vurderes separat av kunden uten å ta med de forhøyede ringeprisene. Dersom en slik logikk skulle følges, ville det eneste relevante input for en gjennomsnittsberegning være prisen for basisabonnementet. Siden basisabonnementet alene åpenbart ikke utgjør en gjennomsnittsberegning av de aktuelle abonnementsformene, bortfaller fordelene ved en gjennomsnittsberegning. En eventuell gjennomsnittsberegning for abonnementsprisen, bør derfor ta utgangspunkt i alle tre abonnementsstyper, mini, pluss og basis.

Ved å velge differensierte grossistpriser, vil man unngå de ulempene som er knyttet til de to første alternativene, men man kan få et marked som kan bli låst til den dominerende tilbyderens segmenteringsstrategi. Oftel valgte i sitt arbeid dette alternativet for tilgang til mobilnett fordi dette gir mulighet for å skape konkurranse i alle deler av markedet.

I det foreliggende markedet eksisterer det tre ulike prisplaner, mini-, basis- og plussabonnement. Grunnlaget for prisdifferensieringen er imidlertid en kobling mellom abonnement og trafikk, slik at lave abonnementspriser gir seg utslag i høye trafikkpriser og motsatt. Det gir derfor ingen mening å introdusere differensierte grossistpriser med mindre det skjer en kobling mellom abonnement og trafikk slik som for eksempel i videresalgavtalene for mobiltelefoni. I fasttelefonmarkedet baserer imidlertid Telenors konkurrenter seg på fast forvalg for trafikk. En ordning med differensierte abonnementspriser vil derfor resultere i at alle videresolgte abonnement vil være miniabonnementer. Dette alternativet anses derfor ikke som relevant i denne saken.

¹ *Customer choice: Oftel's review of indirect access for mobile networks, February 1999 og Oftel's review of the mobile market. Statement issued by the Director General of Telecommunications, July 1999.*

I Post- og teletilsynets vedtak fremkommer det at det tas utgangspunkt i basisabonnementet fordi det utgjør en svært høy andel av Telenors samlede abonnementsmasse. Tilsynet uttaler at de vil vurdere å fatte vedtak om bruk av vektete gjennomsnittspriser dersom dette gir signifikante utslag.

Post- og teletilsynets vedtak er basert på tall fra november 2005. Telenors tall for 2006 viser at både pluss- og miniabonnementet økte kraftig i omfang. Tallene fra Telenor viser at det skjer raske endringer i abonnementsstrukturen. Dersom disse raske endringene skal reflekteres i grossistprisen, vil en gjennomsnittsberegning nødvendigvis innebære store svingninger i prisen. Slike hyppige endringer i prisen vil føre til mindre forutsigbarhet for markedet og vil i tillegg være ressurskrevende å gjennomføre.

Konklusjon dette punkt

Selv om 2006-tallene viser store endringer i abonnementsfordelingen, utgjør basisabonnementet fortsatt mesteparten av abonnentene. Samferdselsdepartementet finner derfor at det er mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i prisen for basisabonnementet, all den tid denne abonnementstypen fortsatt velges av majoriteten av Telenors telefoniabonnenter.

6. DE NASJONALE TRAFIKKMARKEDENE – MARKED 3 OG 5

Post- og teletilsynets vedtak fører til at krav om kostnadsorienterte priser for nasjonal trafikk opphører. Tele 2 hevder at Post- og teletilsynet ikke har vurdert konsekvensene av dette godt nok. Tele2 påpeker at det kan oppstå en prisklemme når Telenor fritt kan senke sine sluttbrukerpriser samtidig som samtrafikkprisene er regulert gjennom pristak (marked 8-10, det vil si markedene for samtrafikk i fastnett).

6.1 Rettslig utgangspunkt for regulering av prisklemmer

Ekomloven inneholder to hjemmelgrunnlag for regulering av eventuelle prisklemmer. Det ene er § 4-9 om pris- og regnskapsregulering og det andre er § 4-10 om regulering av sluttbrukertjeneste. I § 4-9 første ledd fremkommer det at

«Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling prisforpliktelser for tilgang og samtrafikk i tilfeller hvor tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå, eller ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere.»

Bestemmelsen gir hjemmel til å regulere prisene mellom tilbydere på innsatsfaktorer som benyttes ved produksjonen av tjenester. Herunder er det mulig for ekommyndigheten å gi et generelt pålegg om at innsatsfaktoren skal prises slik at prisklemmer unngås. Dette medfører at det foreligger lov hjemmel som gir Post- og teletilsynet kompetanse til å inkludere et vilkår i prisreguleringen av samtrafikkprisen om at denne skal fastsettes slik at prisklemmer unngås. Et slikt pålegg med hjemmel i § 4-9 ville kunne oppfylt Tele2s krav om at det skal fastsettes et forbud mot prisklemme slik at dersom Telenor senker sluttbrukerprisene og det oppstår prisklemmer, så må Telenor sette ned samtrafikkprisen (marked 8-10). Et slikt krav er imidlertid ikke inkludert i vedtaket i marked 8-10. Tele2 har heller ikke påklagd vedtaket i marked 8-10.

I utgangspunktet er det § 4-10 som regulerer prisingen av sluttbrukertjenester. Bestemmelsen er ment å være subsidiær, slik at myndigheten kan anvende § 4-10, når regulering etter § 4-9 ikke fører frem. Forpliktelsene som pålegges tilbyder med sterk markedsstilling etter denne bestemmelsen kan blant annet omfatte forbud mot prisdumping. Siden § 4-10 gir hjemmel til å pålegge prisregulering på sluttbrukernivå, er det sluttbrukerprisen som kan reguleres, og ikke samtrafikkprisen. Tele 2 påberoper seg ikke at sluttbrukerprisen skal ligge fast slik at

prisklemmer unngås. Bestemmelsen kommer derfor ikke til anvendelse på prisklemmer i det foreliggende tilfellet.

Spørsmålet er etter dette om ekomloven § 4-9 kan anvendes i forbindelse med foreliggende vedtak ved regulering av sluttbrukermarkeder. I dette konkrete tilfellet om bestemmelsen kan anvendes til å vedta et forbud for Telenor mot å sette konkurrentene i en prisklemme som følge av at sluttbrukerprisen settes lavt i forhold til den vedtatte maksimalprisen for samtrafikk. Et slikt forbud mot prisklemme vil innebære at dersom Telenor senker sluttbrukerprisene slik at det oppstår prisklemmer, så må Telenor følge opp ved å sette ned samtrafikkprisen (marked 8-10).

Tilbydere som ønsker å konkurrere med Telenor på markedene 3 og 5 vil i praksis benytte samtrafikk fra Telenor. Departementet mener derfor at sammenhengen mellom markedene 8-10 og 3 og 5 er så nær, at § 4-9 i dette tilfellet kan anvendes som hjemmelsgrunnlag for å hindre prisklemmer som følger av den pålagte prisreguleringen i markedene.

Ekomloven gir med andre ord departementet som klageinstans kompetanse til å pålegge regulering av prisklemmer i forbindelse med klagen i marked 3 og 5. Den nærmere vurderingen av om eventuelle prisklemmer burde vært regulert, følger nedenfor.

6.2 Er det pålagt tilstrekkelige virkemidler til å hindre prisklemmer?

Tele2 anfører at Telenor skal gis et generelt forbud mot å fastsette sluttbrukerpriser som innebærer en prisklemme for Telenors konkurrenter. Dette innebærer at dersom Telenor senker sluttbrukerprisene slik at det oppstår en prisklemme, så må samtrafikkprisen senkes.

Tele2 hevder i klagen at Post- og teletilsynet ikke har vurdert om det foreligger prisklemmer per i dag eller er en risiko for at slike klemmer skal oppstå i fremtiden, heller ikke hvilke muligheter tilsynet da har for å kunne iversette tiltak. Dette til tross for at tilsynet ser på prisklemmer som et mulig konkurranseproblem i disse markedene.

Tele 2 viser også til ERGs virkemiddeldokument som påpeker at de nasjonale tilsynsmyndigheter må være beredt til å gripe inn med sluttbrukerregulering i prisklemmetilfeller. Tele 2 henviser også til ESAs uttalelse i disse markedene, der følgende fremkommer:

«The Authority welcomes NPTs intentions in this regard and encourages it to monitor market dynamics and developments very closely in the retail fixed telephony calls markets, and in particular in markets 4, 5 and 6.»

Tele2 anfører at tilsynet burde beholdt en inngrepsmulighet i forhold til prisklemmer. Videre hevdes det at tilsynet etter å ha konstatert at prisklemmeproblematikken kan komme til å oppstå, skyver slike problemer over til en konkurranserettslig *ex-post* vurdering. Konkurransetilsynet har etter Tele2s oppfatning mindre effektive muligheter til å gripe inn i slike saker.

Tele2 illustrerer kravet med å vise til at selskapet er utsatt for en prisklemmesituasjon på grunn av Telenors plussabonnement, der selskapet har en varekost basert på gjeldende samtrafikkavtaler, mens Telenors trafikkpriser (fast til fast) er kr 0. Tele2 mener innføringen av denne prismodellen innebærer en prisklemme også når trafikk og abonnement blir vurdert samlet. Det hevdes også at Telenors NBBL-avtale innebærer en prisklemme i konkurransen om kunder som har tilgang til denne avtalen. I begge disse tilfellene har Tele2 fått utarbeidet rapporter fra Econ.

Tele2 trekker fram at regulatørene i flere andre land har valgt å ha en prisregulering i markedene for nasjonal trafikk, blant annet Irland, Frankrike, Nederland og Østerrike.

Telenor viser i sine kommentarer til analyser de har gjennomført i forbindelse med Konkurransetilsynets sak om totalkunderabatten. De mener disse analysene viser at det ikke er grunnlag for å si at Telenor utsetter sine konkurrenter for prisklemmer, ei heller i trafikkmarkedene.

Telenor skriver videre at de ikke ønsker å kommentere Econs rapporter i detalj, men finner enkelte sider ved angrepsmåten vanskelig å stå uimotsagt. Blant annet gjelder dette kritikken av NBBL-avtalen som Telenor viser til at er behandlet av Konkurransetilsynet som har konkludert med at rabattene ikke er konkurransebegrensende. Telenor mener også at Econs analyser og konklusjoner er «*i beste fall svake, og kan gi feilaktige og misvisende resultater av sammenhengen mellom kostnader og inntekter i telefonimarkedet.*»

Ventelo og TDC Song mener det foreligger konkrete prisklemmesituasjoner i fasttelefoni-markedene. Dette er spilt inn i høringsrunden av vedtaket og som kommentar til Tele2s klage.

Samferdselsdepartementets vurderinger

Spørsmålet blir her om grossistreguleringen av samtrafikkmarkedene er tilstrekkelig til å motvirke eventuelle prisklemmer i markedene 3 og 5.

I trafikkmarkedene har Post- og teletilsynet pålagt Telenor forpliktelser om ikke-diskriminering og transparens. Tilsvarende er pålagt Telenor i samtrafikkmarkedene. I en prisklemmesituasjon vil disse forpliktelsene måtte vurderes, for eksempel hvorvidt Telenors konkurrenter forfordes i forhold til Telenors egen interne virksomhet. Krav om ikke-diskriminering skal spesielt sikre at tilbydere med sterk markedsstilling som er vertikalt integrerte, ikke kan påvirke konkurransesituasjonen negativt i tilfeller der de tilbyr tjenester til tilbydere de konkurrerer med i nedstrømsmarkedet. I den grad marginen mellom sluttbrukerpris og samtrafikkpris reduseres, vil ikke-diskrimineringskravet kunne komme til anvendelse. I den grad forpliktelsene i vedtaket ikke strekker til, vil også den generelle konkurranseretten kunne bidra til å regulere eventuelle prisklemmer.

Econ-rapportene legger forutsetninger om representativ sammensetning av samtaler (fast/mobil, dag/kveld) til grunn i sine analyser. Gitt disse forutsetningene kan det synes som om det bare er mulig å konkurrere om deler av kundegrunnlaget, selv når man ser bort fra konkurrentens kostnader og krav til avkastning. Dette er isolert sett bekymringsfullt, men er en av ulempene ved kun å ha én tilgangspris i et marked med flere ulike prisplaner for abonnentene, jf. vårt resonnement under punkt 5.3. Departementet ser imidlertid at mange av forutsetningene reduserer mulighetsområdet i modellen mer enn strengt tatt nødvendig. For eksempel har mindre enn 10 % av de norske fasttelefonikundene NBBL-vilkår hos Telenor.

Det er grunn til å tro at utbredelsen av bredbåndstelefonie og mobiltelefonie kan føre til et prispress mot den ordinære telefonitjenesten. Dette er imidlertid en naturlig del av den markedsdynamikken som preger et konkurransemarked. Departementet kan ikke se at det er verken forholdsmessig eller hensiktsmessig å regulere Telenors priser for fasttelefoni for å hindre et prispress som følge av overgang til andre telefonitjenester. Tvert imot må det antas å ville gagne brukerne om Telenor totalt sett gis mulighet til å konkurrere på lik linje med andre om kundene i dette markedet.

Konklusjon dette punkt

Ut fra en samlet vurdering kan ikke Samferdselsdepartementet se at det er behov for å pålegge en ytterligere regulering i markedene 3 og 5.

7. SAMLET VURDERING AV ABONNEMENTS- OG TRAFIKKMARKEDENE

Tele2 anfører at det finnes en prisklemme også dersom man velger å se på abonnements- og trafikkmarkedene under ett. Tele2 viser til at det er støtte i Econs rapporter for at det foreligger slik prisklemme.

Telenor anfører i sitt tilsvarende til klagen at man ikke kan se på hvert enkelt priselement når prisklemmer vurderes, men at man må se på hele pakken av tjenesteelementer som dekker en kundes behov.

Samferdselsdepartementets vurdering

Det er en rekke forhold som taler for at Telenors konkurrenter er presset i fasttelefoni-markedene. På den annen side er dette også en indikasjon på at konkurransen fungerer i disse markedene. Det følger av Post- og teletilsynets statistikk at det er en reduksjon i antall ordinære telefonabonnenter og en rask økning i antall bredbåndstelefonabonnenter. Departementet viser også til at det er blitt mer og mer vanlig bare å ha mobiltelefon.

Uansett underliggende kostnader er det opp til en tilbyder selv å velge prisingsstrategier i sluttbrukermarkedet. Dette kan innebære at enkeltelementer i en prisplan kan ligge under grossistprisen. Departementet legger stor vekt på å sikre alle tilgang til grunnleggende telefontjeneste til overkommelig pris. Kunder med miniabonnement betaler en høy ringepris mot en lav abonnementspris, noe som ut fra målet om universell tilgang til telefoni er hensiktsmessig. I en slik sammenheng finner ikke departementet det formålstjenelig sett i forhold til ekomlovens formålsbestemmelse (§ 1-1) å vurdere det enkelte priselement isolert. Etter departementets oppfatning må totalprisen for abonnement og trafikk ses i sammenheng.

Som beskrevet ovenfor i kapittel 6.1 finner departementet ikke at eksistensen av eventuelle prisklemmer foranlediger ytterligere pålegg overfor Telenor. Vi kan heller ikke se at mulige prisklemmer når abonnements- og trafikkmarkedene vurderes samlet, skulle tilsi en annen konklusjon. I den grad dette skyldes diskriminerende atferd fra Telenors side, vil det fanges opp av eksisterende virkemidler i disse markedene.

Konklusjon dette punkt

Samferdselsdepartementet kommer ikke til en annen konklusjon når vi ser på abonnements- og trafikkmarkedene under ett, enn når vi vurderte markedene hver for seg. Vi ser at det kan være forhold i disse markedene som til sammen kan indikere at det foreligger prisklemmer, men kan ikke se at disse er av en slik art at de ikke kan løses gjennom de virkemidler som allerede er pålagt og konkurranselovens bestemmelser om misbruk av dominerende stilling.

Vi finner derfor at det ikke er behov for ytterligere virkemidler ut over det som Post- og teletilsynet har pålagt i sitt vedtak.

8. VEDTAK

8.1 Vedtak i marked 1 og 2

I Post- og teletilsynets vedtak av 21. april 2006 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og vedtak om pålegg av særskilte forpliktelser i marked 1 og 2 gjøres den endring at Telenor pålegges å ha en regulert tilbyderbyttepris for videresalg av abonnement. Det overlates til Post- og teletilsynet å bestemme nærmere detaljer i fastsettingen av tilbyderbyttepris. Samferdselsdepartementet stadfester for øvrig Post- og teletilsynets vedtak.

8.2 Vedtak i trafikkmarkedene 3 og 5

Samferdselsdepartementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak av 21. april 2006 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og vedtak om pålegg av særskilte forpliktelser i marked 3 og 5.

Vedtakene er endelig og kan ikke påklages videre, jf. fvl. 28.

Med hilsen


Jørn Ringlund e.f.


Randi Hovde

Kopi til:

Post- og teletilsynet

Likelydende brev sendt til:

Tele2 Norge AS

Telenor ASA