

Thommesen Krefthing Greve Lund AS
Advokatfirma
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres referanse
714262/5

Vår referanse
200401969-/POS

Dato
22.02.05

Vedtak - klage på Post- og teletilsynets vedtak av 1. mars 2004 - priser for adressert brevpost utenfor enerettsområdet

1. INNLEDNING

Departementet viser til Posten Norge AS (Posten) klage i brev av 19. mars 2004, samt tilleggsmomenter i brev av 1. april 2004 på Post- og teletilsynets (PT) vedtak av 1. mars 2004 vedrørende priser for adressert brevpost utenfor enerettsområdet.

I kongelig resolusjon av 25. juni 1999 ble Arbeids- og administrasjonsdepartementet med hjemmel i lov av 29. november 1996 nr. 73 om landsdekkende postsendinger (postloven), med virkning fra 1. juli 1999, overført myndighet som klageorgan fra Samferdselsdepartementet i saker av konkurransemessig karakter. Etter endringene i departementsstrukturen med virkning fra 1. oktober 2004 ligger myndigheten nå hos Moderniseringsdepartementet.

PT vurderte saken til å være av konkurransemessig karakter og har oversendt klagen til Moderniseringsdepartementet i oversendelsesbrev av 12. mai 2004. PT viser blant annet til tilrådningsbrevet til den ovennevnte kgl. res., der det blant annet henvises til postdirektivets artikkel 12 om krav om at prisene skal stå i forhold til kostnadene, som eksempel på saker av konkurransemessig karakter. Departementet deler PTs vurdering hva gjelder sakens karakter og har behandlet saken som klageinstans.

I anledning klagesaken har departementet, i tillegg til den oversendte dokumentasjon, hatt et møte med Posten 28. juni 2004 og et møte med PT 2. juli 2004. Departementet har videre mottatt ytterligere innspill fra både PT og Posten. Departementet har også mottatt en redegjørelse fra PT om reguleringspraksis i andre land.

2. POST- OG TELETILSYNETS VEDTAK OG BEGRUNNELSE

2.1 Post- og teletilsynets vedtak

Post og teletilsynet fattet 1. mars 2004 følgende vedtak:

”Postens varslede prisøkning for adressert brevpost mellom 100-350 gram og varslet pris for adressert brevpost fra 350-2000 gram anses ikke å være i tråd med kravet til kostnadsbasert pris, jf. Postens konsesjon punkt 3.4.

Med hjemmel i postloven § 18 jf. postforskriften 13 og konsesjonen punkt 7.1 pålegges Posten Norge AS å:

a. ikke øke prisen på prioritert og uprioritert adressert brevpost mellom 100-350 gram.

b. redusere prisene for leveringspliktig adressert brevpost over 350 gram (prioriterte og uprioriterte brev), eksklusive avis og blad i abonnement, med minst 10 % for å oppfylle kravet til kostnadsbasert prising. Pålegget gjelder ikke internasjonal post, rekommandasjonsavgiften for rekommanderte brev og assuranceavgiften for verdibrev.

Etter PTs oppfatning er det grunnlag for å redusere prisene med minst 10-15 % for hver av vektclassene mellom 350 og 2000 gram. Tilsynet vil imidlertid understreke at det er Postens ansvar å oppfylle kravet om kostnadsbaserte priser på disse tjenestene.

Posten skal redegjøre for den faktiske prisreduksjonen og grunnlaget for denne. Redegjørelsen skal være Post- og teletilsynet i hende innen 1.4.04. Prisreduksjonen skal være gjennomført innen 1.7.04.

Dersom vedtaket ikke etterleves, vil PT vurdere å pålegge tvangsmulkt, jf. postloven § 23.”

2.2 PTs rettslige grunnlag

Postens konsesjon punkt 3.4 angir at Posten skal tilby formidling av leveringspliktige tjenester til kostnadsorienterte priser og på objektive, oversiktelige og ikke diskriminerende vilkår.

Postens konsesjon punkt 7.1 første ledd angir at Post- og teletilsynet fører tilsyn med kravene i postloven, postforskriften og postens konsesjon, jf. postloven § 18. Postloven § 18, jf. postforskriften § 13 gir Post- og teletilsynet kompetanse til å føre tilsyn med at bestemmelsene i postloven og tilhørende forskrifter blir overholdt.

Som grunnlag for å benytte Postens produktregnskap for å vurdere om prisene for de ulike tjenestene er kostnadsbaserte viser PT til postens konsesjon punkt 5.1. Konsesjonen punkt 5.1 angir i første ledd andre punktum at formålet med reglene om produktregnskap er å sikre at Posten utarbeider et produktregnskap som skal kunne gi grunnlag for å vurdere om prisene/takstene for leveringspliktige og ikke-leveringspliktige tjenester innenfor

enerettsområdet og leveringspliktige tjenester utenfor tjenesteområdet er kostnadsbaserte, og om ulovlig krysssubsidiering finner sted.

2.3 Post- og teletilsynets begrunnelse

Når det gjelder adressert brevpost mellom 100-350 gram, viser PT til at endringene i Postens enerettsområde fra 1. juli 2003 innebærer at nøkkeltallene for denne produktgruppen ikke framkommer i produktregnskapet av 2002. PT ba i brev av 7. november 2003 Posten om nødvendige kalkyler for denne produktgruppen, uten å motta dette. På denne bakgrunn mener PT at Posten ikke har dokumentert, eller i tilstrekkelig grad sannsynliggjort, at Postens varslede prisøkning er i samsvar med kravet til kostnadsbaserte priser. PT hadde derfor ikke grunnlag for å kunne akseptere den varslede prisøkningen.

Når det gjelder adressert brevpost over 350 gram, viser PT til produktregnskapet for 2002, som viser en driftsmargin på **[u.off. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd 2]** prosent for denne produktgruppen etter kalkulatoriske rentekostnader. PT påpeker videre at driftsmarginen er betydelig høyere når man korrigerer for et betydelig underskudd på priser for aviser i blad og abonnement. På bakgrunn av inntekts- og kostnadsberegninger anslår PT driftsmarginen etter kalkulatoriske rentekostnader til å være ca. **[u.off. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd 2]** prosent, men likevel betydelig høyere dersom det korrigeres for underskuddet for aviser og blad i abonnement.

PT erkjenner at det er visse usikkerhetsmomenter, men finner at selv med en justering for denne usikkerheten, vil driftsmarginen bli ca. **[u.off. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd 2]** prosent i produktgruppen brevpost over 350 gram. PT mener derfor at prisene kan settes ned med minst 10-15 prosent for å bringe prisene i samsvar med kravet til kostnadsbasering. Aviser og blad i abonnement holdes utenfor, da denne produktgruppen følges opp som egen sak.

3. POSTENS KLAGEANFØRSLER

Posten har påklaget vedtaket i sin helhet. Prinsipielt anfører Posten at PT savner hjemmelsgrunnlag for det fattede vedtaket. Subsidiært påklager Posten at PT ikke tilstrekkelig har dokumentert og begrunnet sine vedtak. Posten klager også over skjønnsutøvelsen.

3.1 Hjemmelsgrunnlag

Når det gjelder Postens anførsel om hjemmelsmangel, peker Posten på at det fattede vedtaket mangler støtte i postloven og EUs postdirektiv og uansett er for strengt i forhold til konsesjonskravet.

Når det gjelder adgangen til prisregulering som sådan, har Posten vist til at postloven § 5 angir konsesjonsmyndighetene ved tildeling av konsesjon skal sikre at det foreligger tilbud om landsdekkende formidling av posttjenester ”til priser som står i forhold til kostnadene”, og peker på at denne bestemmelsen kom inn i postloven i 1999 som følge av kravet i EFs postdirektiv (97/96 EF) artikkel 12 om at ”prisene skal stå i forhold til kostnadene” og krav til tiltak som sikrer ”overkommelige priser”. Posten anfører med grunnlag i uttalelsene i Ot.prp. nr. 18 (1998-99) at formålet med kravet til at prisene skal stå i forhold til kostnadene er å hindre krysssubsidiering fra enerettsområdet til konkurranseutsatte tjenester. Posten underbygger begrunnelsen om at formålet med kravet om at prisene skal stå i forhold til kostnadene er å hindre krysssubsidiering ved å vise til direktiv 2002/39/EF som legger til et

forbud mot krysssubsidiering fra enerettsområdet til konkurranseutsatte områder i postdirektivet artikkel 12.

Kravet til overkommelige priser er etter Postens oppfatning gjennomført gjennom at formålet i postloven § 2 og postens konsesjon punkt 1.1 er å sikre leveringspliktige tjenester til ”rimelig pris” og ved at postforskriften § 10 angir at Samferdselsdepartementet ”skal godkjenne Posten Norge AS’ portotakster for prioriterte brev innenlands innenfor enerettsområdet”. Utenfor enerettsområdet hevder posten at kravet til rimelig pris er en formålsbestemmelse og ikke en direkte forpliktelse for Posten. Posten har i tillegg vist til lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) og forarbeidene i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) der det angis at prisregulering skal være et virkemiddel for å oppnå virksom konkurranse og at prisregulering i sin ytterste konsekvens kan være en effektiv etableringshindring for selskaper som etablerer seg i et marked, og dermed hindre bærekraftig konkurranse.

På bakgrunn av ovennevnte mener Posten at det ikke foreligger hjemmel til å regulere ned priser i konkurranseutsatte markeder.

Posten har i tillegg vist til en dom avsagt 2. november i Asker og Bærum tingrett. I dommen ble det tatt stilling til hvorvidt Telenor Mobil hadde tatt for høye priser fra Sense, i strid med kravet til kostnadsorientering, i forbindelse med Senses bruk av Telenor Mobils mobilnett i årene 2000-2003. Posten viser til at domstolen påpekte at selve begrepet kostnadsorientering er vagt, og at det ikke kan legges mer i definisjonen enn at Telenors pris skal ha utgangspunkt i kostnadene uten å ta nærmere stilling til beregningsmetoden. Etter Postens syn støtter avgjørelsen Postens anførsel om at kravet til kostnadsbaserte priser er uklart, og anfører at dette bør føre til at myndighetene er tilbakeholdne med å gripe inn med prisjusteringer.

Uansett hevder Posten at PT ikke kan ta utgangspunkt i enkeltelementene i produktregnskapet som grunnlag for vurderingen av om prisene er kostnadsorienterte, jf. konsesjonens punkt 3.4. Posten har vist til konsesjonens punkt 5.1, som angir at ”*prisenes forhold til kostnadene må vurderes skjønnsmessig, blant annet sett i forhold til at Postens enerettsprodukter bør gi et enerettsoverskudd, at staten kjøper bedriftsøkonomisk ulønnsomme tjenester, at tjenestene produseres i samproduksjon og at det er krav om enhetsporto innenfor enerettsområdet*”, som støtte for at det ikke er krav om at hver enkelt pris skal tilsvare en kalkyle over fullt fordelte kostnader. Posten har også vist til at postdirektivet artikkel 14 kun oppstiller et krav om produktregnskap innenfor eneretten, og slutter herav at postdirektivet ikke tar sikte på at kostnadsorienteringskravet i postsektoren skal forstås som et krav om at prisen på hvert enkelt produkt skal tilsvare en kalkyle over fullt fordelte kostnader.

Dersom det foreligger et krav til kostnadsbasering anfører Posten at den eneste autoritative avgjørelsen knyttet til kostnadsallokering er Deutsche Post.¹ Saken gjaldt Deutsche Posts overtredelse av EF artikkel 82 om misbruk av dominerende stilling ved å ikke dekke de spesifikke merkostnadene (incremental cost) med inntekter innenfor postordresektoren. Posten mener at det følger av denne avgjørelsen at felles faste kostnader skal henføres til pålagte tjenester mens de spesifikke merkostnadene henføres til ikke-leveringspliktige tjenester. Dette innebærer at PT i den foreliggende avgjørelsen har henført for liten andel av felleskostnadene til det leveringspliktige tjenestene, sammenliknet med en fordeling av kostnadene etter prinsippene i Deutsche Post avgjørelsen.

¹ Deutsche Post AG [2001] O.J. L125/27

Som alternative reguleringsmetoder viser Posten til en maksimalprisordning. Posten viser også til Samferdselsdepartementets vedtak av 24. oktober 2003 om Teletopias tilknytning til SMS-C.

Posten har også anført at dersom myndighetene mener at Posten opererer med urimelig høye priser, må man gå veien om forbudet konkurranseloven § 11. Konsekvensen av dette er blant annet at den personelle kompetansen ligger hos Konkurransetilsynet, at vurderingstemaet blir om prisene er utilbørlig høye, og at bevisbyrden ligger hos Konkurransetilsynet.

3.2 PTs saksbehandling og faktagrunnlag

Posten anfører subsidiært at PT ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert og begrunnet sitt vedtak. Departementet forstår denne anførselen slik at Posten hevder at PT ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at de faktiske forhold tilsier at prisene ikke står i forhold til kostnadene, og at dette har to følger som begge fører til at PTs vedtak må oppheves. For det første er det en saksbehandlingsfeil at ikke faktum er tilstrekkelig sannsynliggjort. For det andre har PT basert forholdet på feil faktum slik at vedtaket savner hjemmel.

Generelt mener Posten at PTs bruk av produktregnskapet gir et usikkert bilde med hensyn til Postens kostnader. Systematiske kalkylefeil vil underestimere kostnader til mindre standardiserte produkter som for eksempel tyngre brev.

Videre mener Posten at PT ikke har tatt hensyn til Postens prissammenlikninger med produkter Posten mener det er relevant å sammenlikne med. Posten viser til at prisene på brev ikke er høy sammenliknet med prisene på dør til dør pakkeprodukter levert av Posten selv eller av konkurrenter som DHL og Linjegods

Posten betviler også relevansen og riktigheten av de prissammenlikninger PT har gjort med andre nordiske land. Når det gjelder sammenlikningen med Sverige, peker Posten på at PT har sammenliknet priser uten å legge vekt på at produktene er forskjellige og at kostnadene er forskjellige.

Når det gjelder adressert brevpost mellom 100 og 350 gram, har PT i følge Posten begått en saksbehandlingsfeil ved at Posten er gitt bevisbyrden for at Postens prisøkning er i samsvar med konsesjonens krav. Dette har etter Postens oppfatning verken støtte i postloven eller i alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

Posten har også opplyst at de i forbindelse med arbeidet med saken har avdekket at det ble begått en regnefeil ved utformingen av kalkylen i 2002, som førte til at det ble henført for lave kostnader til leveringspliktige adressert A- og B-post utenfor enerettsområdet. Dette innebærer at resultatgraden for leveringspliktig adressert brevpost er redusert fra den opprinnelige kalkylen på [u.off. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd 2] prosent, til [u.off. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd 2] prosent.

3.3 PTs skjønnsutøvelse

Posten anfører at PTs vedtak ikke tar hensyn til de samlede krav Posten stilles overfor. Posten viser til at konsesjonsområdet viser negativ lønnsomhet og at Posten i den gjenstående konsesjonsperioden ikke har mulighet til å dekke kostnadene knyttet til de konsesjonspålagte tjenestene med statlig kjøp eller økte inntekter fra andre konsesjonstjenester enn adresserte

brev. Posten påpeker videre at de er pålagt et krav om avkastning på egenkapitalen på 10,8 prosent etter skatt.

Posten anfører også PTs vedtak er egnet til å hemme konkurransen i markedet. Et vedtak om lavere priser vil medføre etableringsbarrierer for konkurrenter, og dermed lavere konkurranse. Videre anfører Posten at PTs vedtak er konkurransebegrensende for tilgrensende, og delvis overlappende, markeder for transport av lettere gods. Grunnen til dette er at disse vil bli tappet for kunder på grunn av regulerte lave priser på adressert brevpost.

Videre har Posten anført at PTs vedtak har uheldige økonomiske konsekvenser. Et for detaljert krav basert på fullkostkalkyler hindrer Posten i å tilby lønnsomme produkter som bidrar til å dekke kostnadsbasen, men ikke gir full dekning av tildelte felleskostnader. Dette vil hindre nyskaping og innovasjon, samtidig som de gjenværende produktene må dekke hele kostnadsbasen alene. Videre peker Posten på at selskapet er i en situasjon med synkende adresserte brevvolumer og økt konkurranse. Trenden med synkende volumer innebærer, til tross for Postens effektivisering, et press i retning av høyere brevpriser og/eller lavere servicenivå eller høyere statlige kjøp. Et krav om lavere brevpriser vil derfor etter Postens vurdering neppe være bærekraftig på sikt.

Posten har også anført at PTs vedtak medfører at Posten stilles overfor langt strengere krav enn sine europeiske konkurrenter og at vedtaket derfor innebærer en konkurransevridning i disfavør av Posten i forhold til Postens europeiske konkurrenter.

Departementet forstår Postens klageanførsler relatert til PTs skjønnsutøvelse slik at de både tjener til opplysning for departementets prøving av alle sider av saken etter fvl. § 35, og som grunnlag for at vedtaket uforholdsmessig tyngende overfor Posten slik at vedtaket er ugyldig.

4. POST- OG TELETILSYNETS MERKNADER TIL KLAGEN

4.1 Hjemmelsgrunnlag

Postens anførsler har ikke endret PTs vurdering av hjemmelsgrunnlaget. PT viser til postloven § 5, som angir at konsesjonsmyndighetene ved tildelingen av konsesjon skal sikre at prisene står i forhold til kostnadene, og at dette er utdypet Postens konsesjon punkt 3.4 som angir at det er et krav til kostnadsbasert pris for de leveringspliktige tjenestene. Det vises til at postloven § 5 og konsesjonen gjennomfører postdirektivet der det i artikkel 12 heter at *"prisene skal være overkommelige"* og *"at prisene skal stå i forhold til kostnadene"*

Når det gjelder bruken av produktregnskapet som grunnlaget for beregningen av prisene, viser PT til konsesjonen punkt 5, som fastsetter en plikt til å føre produktregnskap, der det angis eksplisitt at formålet med kravet er å sikre grunnlag for å føre tilsyn med at kravene i punkt 3.4, 4.1 og 4.2 overholdes. Formålet med at Posten utarbeider produktregnskap er dermed både å vurdere om prisene/takstene er kostnadsbaserte, og om ulovlig krysssubsidiering finner sted. PT viser også blant annet til fortalen punkt 29 i postdirektivet, som angir at *"yttere av den universelle tjenesten (bør) innen rimelig tid innføre systemer som kan kontrolleres på uavhengig grunnlag og gjøre det mulig å fordele kostnadene mellom tjenestene så nøyaktig som mulig på grunnlag av oversiktelige framgangsmåter. Slike krav kan oppfylles f.eks. ved anvendelse av prinsippet om full kostnadsfordeling"*.

PTs oppfatning er derfor at PT både har en rett og en plikt til å vurdere om Postens priser oppfyller kravet til kostnadsbasing, og kan bruke spesifikke produktkalkyler for å utføre oppgaven. PT deler dermed ikke Postens syn om at kravet om kostnadsbaserte priser kun er et virkemiddel for å hindre ulovlig krysssubsidierting. PT mener Postens syn er uforenlig med ordlyden i konsesjonen og savner støtte i postdirektivet. Som et tilleggsmoment påpeker PT at Postens tolkning ville innebære at reglene om fordeling av inntekter som er inntatt i konsesjonen punkt 5.5 i praksis mistet sin funksjon og betydning.

PT viser videre til at bruken av produktregnskapet er det sentrale verktøyet for å vurdere Postens priser. Prinsippene for føring av regnskapet innebærer bl.a. en fullfordeling av historiske kostnader til ulike tjenester med utgangspunkt i finansregnskapet. Vedtaket innebærer ikke en detaljregulering, der avkastningen på hver enkelt tjeneste skal være null. Vedtaket må imidlertid sees i lys av at Posten i forkant sikter mot å priske sine tjenester slik at avkastningen forventes å bli i samsvar med kalkulatorisk rente.

Når det gjelder Postens forslag om maksimalprisregulering, ser PT på dette som et interessant innspill for framtidig regulering, men mener at det er uten betydning for gjeldende regulering. Når det gjelder SDs vedtak av 24. oktober 2004 peker PT på at dette vedtaket har begrenset relevans for saken. PT påpeker imidlertid at det er relevant å vurdere de erfaringene man har fra praktisering og regulering av kostnadsbaseringskrav i andre sektorer, og peker på at Telenor siden 1994 har vært pålagt å utarbeide et produktregnskap basert fullfordelte historiske kostnader siden 1994.

4.2 PTs saksbehandling og faktagrunnlag

I forhold til bruken av produktregnskapet som faktagrunnlag er PT enig med Posten i at det er utfordringer knyttet til kostnadsfordeling, og at fordelingen av en del av felleskostnadene er forbundet med en viss usikkerhet som øker jo lavere i produkthierarkiet man beveger seg. PT anfører imidlertid at det har tatt hensyn til dette i sin vurdering og at usikkerhet er balansert til Postens fordel.

Når det gjelder prissammenlikningene, viser PT til at det i markedet ikke finnes reelle alternativer til produktene som er omfattet av vedtaket. PT viser til at tall fra PTs produktmarkedsrapport for 2002 viser at det i markedet for tyngre brev ikke er noen virksom konkurranse. Etter PTs vurdering er tilbudene Posten sammenlikner med vesentlig forskjellige fra tjenestene som vedtaket omfatter. Hovedforskjellene består blant annet i at tjenestene Posten viser til, sammenliknet med prioriterte sendinger, inneholder elementene dør til dør formidling med kvittering ved inn- og utlevering, erstatning og tidsgaranti. Tjenestene Posten viser til har høyere servicenivå enn tradisjonell formidling av uregistrerte brev og er vesentlig dyrere å formidle. Substituerbarheten er etter PTs vurdering liten både på tilbyder- og etterspørselsiden og PT vurderer derfor Postens prissammenlikninger som lite relevante.

Posten viser videre til at det er en stor volumforskjell på prioriterte brev og ekspressendinger (kurertjenester). PT konkluderer med at tilbudene utgjør ulike markeder. For å underbygge dette viser PT til at postdirektivets avgrensning av tillatt enerettsområde underbygger at brevtenester formidlet ved tradisjonell postvirksomhet skiller seg sterkt fra brevtenester formidlet som kurertjenester. PT viser også til det er relativt store prisforskjeller mellom tradisjonell brevformidling og kurertjenester, og at prisforskjellene er større enn det Postens prissammenlikninger indikerer fordi Posten i sitt priseksempel benytter en tjeneste som etter PTs oppfatning i praksis ikke blir etterspurt.

Når det gjelder prissammenlikningene med Sverige, viser PT til at Posten i sin anførsel viser til flere forhold som kan forklare at prisnivået i Norge generelt er høyere enn i Sverige. Dette forklarer likevel ikke at prisforskjellen er vesentlig større for tyngre brev enn for lette brev. PT viser også til at sammenlikningen med Sverige ikke har vært avgjørende for vedtaket.

Når det gjelder adressert brevpost mellom 100 og 350 gram viser PT til at tilsynet i brev av 7. november 2003 ba Posten utlevere kalkyler for å vurdere om Postens priser var i samsvar med konsesjonens krav uten å motta dette. Etter PTs oppfatning har dermed Posten ikke dokumentert eller i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at Postens varslede prisøkning var i samsvar om kravet til kostnadsbaserte priser. Etter PTs oppfatning tilsier alle gode grunner at bevisbyrden for at Postens priser er kostnadsbaserte bør ligge på Posten. Dette skyldes for det første, ifølge PT, at Posten har best informasjon om regnskapstall etc. Videre påpeker PT at Posten har de beste forutsetningene for å gjøre antakelser om framtidig utvikling hva gjelder volum-, inntekts- og kostnadstall. Videre viser PT til at det finnes støtte for en slik arbeidsdeling i konsesjonens punkt 5.3 siste ledd, som gir PT fullmakt til å be om spesifikke produktkalkyler for å kunne være i stand til å vurdere om Posten priser er kostnadsbaserte og innenfor regelverkets rammer. PT mener det har formodningen mot seg at denne bestemmelsen i konsesjonen ikke skal kunne anvendes der det skjer prisendringer. PT viser også til at reelle hensyn ved å påpeke at PTs mulighet for oppfølging innen postområdet svekkes vesentlig dersom bevisbyrden i slike saker ikke lå hos Posten.

4.3 PTs skjønnsutøvelse

I forhold til Postens anførsel om at PT ikke har tatt hensyn til de totale krav Posten stilles overfor, peker PT på at PT har en plikt til å håndheve eksplisitte krav i regelverket. PT mener ikke det er en riktig tolkning og praktisering av krav som gjelder leveringspliktige tjenester, å ta hensyn til at Posten ikke viser tilfredsstillende lønnsomhet for driften totalt sett. PT peker imidlertid på at Posten innenfor de gitte regulatoriske rammer kan oppfylle kravet til lønnsomhet. PT er dermed uenig i at Posten stilles overfor krav som er innbyrdes motstridende.

Når det gjelder Postens anførsel om at PTs vedtak er egnet til å begrense konkurransen, har PT pekt på flere forhold. PT har vist til at fraværet av regulering vil kunne resultere i en uheldig konkurranse fordi potensielle konkurrenter kan bli forledet av høye priser til å tro at det er rom for konkurranse når det ikke er det. PT peker også på at et bakenforliggende hensyn til krav om kostnadsorienterte priser for tjenester som er underlagt konsesjonsplikt er å hindre krysssubsidiering av tilbud som ikke er omfattet av konsesjonsplikt. PTs vedtak er dermed med på å motvirke krysssubsidiering og dermed fremme konkurransen.

I forhold til Postens anførsel om uheldige økonomiske konsekvenser, peker PT på at hensikten med vedtaket er å gi økonomiske virkninger i form av lavere priser. De ulemper dette medfører i form av redusert lønnsomhet for Posten, motsvares av tilsvarende gevinster for sluttbrukerne.

Når det gjelder Postens anførsel om at PTs regulering innebærer en langt strengere regulering i Norge enn i Europa for øvrig, viser PT til at det er flere forhold som gjør at Postens sammenlikninger må tillegges begrenset vekt fordi størrelsene som sammenliknes ikke er sammenliknbare. PT kan derfor ikke se at reguleringen i Norge er strengere enn i Europa for øvrig.

5. DEPARTEMENTETS VURDERING

5.1 Hjemmelsgrunnlaget

Forholdet til postloven

Postloven § 4 angir at regelmessig formidling mot vederlag av landsdekkende postsendinger bare kan utføres av den som er gitt konsesjon av departementet. Postloven § 3 første ledd bokstav a definerer blant annet landsdekkende postsending som brevpost inntil 2 kg som formidles landsdekkende eller i et geografisk begrenset område. Posten AS er tildelt konsesjon.

Postloven § 5 angir at det kan settes vilkår i konsesjon gitt etter § 4. Et sentralt spørsmål i saken er hvilke vilkår som kan settes i forhold til konsesjonshaverens prissetting.

Bestemmelsen angir i annet ledd første punktum at konsesjonsmyndighetene skal sikre postsendinger til allmennheten til priser som står i forhold til kostnadene. Regelen om at prisene skal stå i forhold til kostnadene kom inn ved lovendring 30. april 1999 nr. 24. Kravet implementerer postdirektivets artikkel 12 i norsk rett. Om artikkel 12 heter det i ot. prp nr. 18 (1998-1999) at:

”Artikkel 12 i postdirektivet setter krav om at prisene for den universelle posttjenesten skal stå i forhold til kostnadene, men tillater bruk av samme takst for hele landet. Formålet med et slikt krav er å sikre reell konkurranse på de tjenesteområder som faller utenfor enerettsområdet. Kostnader som knytter seg til konkurranseutsatte tjenester skal dekkes av inntektene fra disse tjenestene, ikke av inntekter fra tjenester innenfor enerettsområdet. I Norge framgår det i dag ikke konkret av lov eller forskrift at prisene for tjenester om inngår i det landsdekkende formidlingstilbudet skal stå i forhold til kostnadene, men det er i Postens konsesjon bestemt at Posten skal utarbeide et såkalt produktregnskap. Gjennom produktregnskap skal Posten framlegge dokumentasjon for at inntektene fra enerettsområdet ikke brukes til å krysssubsidiere konkurranseutsatte tjenester, verken innenfor eller utenfor Postens basistjeneste. For uttrykkelig å sikre at direktivets bestemmelser om kostnadsorienterte priser er implementert, er det imidlertid nødvendig å ta inn en bestemmelse om dette prinsippet i postloven, og departementet fremmer derfor forslag om dette.”

Av dette følger det at kravet om at prisene skal stå i forhold til kostnadene skal sikre reell konkurranse på tjenesteområder som faller utenfor enerettsområdet, ved å motvirke konkurranseskadelig krysssubsidiering fra enerettsområdet til produkter utenfor enerettsområdet. Dette vil begrunne begrensninger i prissettingen oppad for produkter innenfor enerettsområde for å begrense kilden til krysssubsidiering, og begrensninger i prissettingen nedad for konsesjonsbelagte produkter utenfor enerettsområdet for å hindre krysssubsidieringen som sådan.

Spørsmålet i saken er imidlertid om postloven § 5 hjemler at det i konsesjonen settes vilkår som oppad begrenser hvor høye prisene kan være i forhold til kostnadene for konsesjonsbelagte produkter utenfor enerettsområdet. Situasjonen savner omtale lovens forarbeider. Ordlyden i seg selv er så generell at bestemmelsen kan omfatte konsesjonsvilkår som oppad begrenser prisene i forhold til tjenestene på alle produkter som omfattes av konsesjonsplikten, også produkter utenfor enerettsområdet. Det samme er ordlyden i

postdirektivet artikkel 12, der det angis det som et generelt prinsipp at prisene på de universelle tjenestene skal være overkommelige.

I den alminnelige vilkårs læren er det av betydning om vilkåret som settes fremmer lovens formål. Slike vilkår er i utgangspunktet tillatt så lenge de er rimelige. Postlovens formål er etter postloven § 2 å sikre et landsdekkende formidlingstilbud av posttjenester til rimelig pris og god kvalitet. Forarbeidene til postloven § 2 er relativt knappe når det gjelder det nærmere innholdet av formålet om *"rimelige pris og til god kvalitet"*. Den trinnvise innskrenkningen i Postens enerettsområde må forstås slik at konkurranse vurderes som det primære virkemidlet for å realisere Postlovens formål for tjenester utenfor enerettsområdet. Effektiv konkurranse vil lede til en rimelig pris og gode tjenester. Postens priser er dermed presumptivt i samsvar med lovens formål, dersom det er velfungerende konkurranse i markedet. I situasjonen med velfungerende konkurranse vil bindende øvre grenser for Postens priser virke vridende på den effektive konkurransen, og dermed forstyrre bruken av konkurranse som det primære virkemidlet for å realisere postlovens formål for tjenester utenfor enerettsområdet. Dersom konkurransen først er begrenset vil imidlertid et vilkår som begrenser Postens priser oppad kunne bidra til å fremme postlovens formål om rimelige tjenester til god kvalitet. Formålet fremmes både direkte ved å begrense hvor høye prisene kan være, og indirekte ved å hindre at Posten oppnår en meravkastning på områder hvor konkurransen er begrenset som kan benyttes til å drive konkurranseskadelig kryssubsidiering på konkurranseutsatte områder. Departementets vurdering er derfor at det kan settes vilkår i konsesjonen som implementerer et slikt krav, når fraværet av konkurranse hindrer konkurranse i å være et virkemiddel for å sikre lovens formål.

Departementet bemerker at på området for elektronisk kommunikasjon er konkurranse som virkemiddel for sikre rimelige priser til god kvalitet forankret i lovens formål ved at ekomloven § 1 angir at 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..."*.

Posten har reist spørsmål om en slik adgang til å sette vilkår begrenses av legalitetsprinsippet. Departementets vurdering er at loven er tilstrekkelig klar til at ovennevnte vilkår kan settes innenfor legalitetsprinsippet rammer. Departementet vil likevel peke på at legalitetsprinsippet er relativt. Jo mer inngripende en avgjørelse er og jo viktigere rettsgode det gripes inn i, jo sterkere krav må settes til eksplisitt hjemmel. I dette dreier seg om en økonomisk regulering, og kravet til hjemmel blir svakere enn dersom det for eksempel gripes inn i personlig integritet. Videre innebærer konsesjonssystemet at det gis samtykke til konsesjonsvilkårene. Dersom det er gis samtykke, svekkes kravene til lovhjemmel.

Departementets vurdering er derfor at Postloven § 5 gir hjemmel for at det i konsesjonen settes vilkår som oppad begrenser prisen på konsesjonsbelagte tjenester, der fravær av konkurranse hindrer realiseringen av postlovens formål om rimelige priser til god kvalitet. Det neste spørsmålet blir om konsesjonen gjennomfører et slikt vilkår.

Postens konsesjon

I Postens konsesjonen punkt 1.1 slås det fast at konsesjonens formål er å *"sikre et landsdekkende tilbud om formidling av leveringspliktige tjenester til rimelig pris og god kvalitet"*. Konsesjonen punkt 3.4 angir at *"Posten skal tilby formidling av leveringspliktige tjenester angitt over i punkt 3.1 og 3.2 til kostnadsbaserte priser og på objektive, oversiktlige"*

og ikke-diskriminerende vilkår”. Av konsesjonen punkt 3.1 framgår det at brevpost inntil 2 kg omfattes av denne bestemmelsen.

Etter departements vurdering framgår det at konsesjonen hjemler en forpliktelse for Posten til å prise leveringspliktige tjenester også utenfor enerettsområdet til rimelig pris. Rimelig pris er nærmere presisert som kostnadsbaserte priser.

Kostnadsbaserte priser

Når det gjelder det nærmere kravet til kostnadsbaserte priser, angis det ikke direkte i konsesjonen hva dette innebærer, men det framgår i punkt 5.1 om føring av produktregnskapet at formålet med reglene om produktregnskap er å ”sikre at Posten utarbeider et produktregnskap som skal kunne gi grunnlag for å vurdere om prisene/taksene for leveringspliktige tjenester og ikke-leveringspliktige tjenester innenfor tjenesteområdet og leveringspliktige tjenester utenfor enerettsområdet er kostnadsbaserte, og om ulovlig krysssubsidiering finner sted”. Det vises til fotnote 3 i konsesjonen som definerer kostnadsbaserte priser som priser som er fastsatt ”med utgangspunkt i kostnadene for å frembringe produkter/tjenester inklusive en rimelig avkastning på anvendt kapital”. Det angis videre i postens konsesjon punkt 5.1 at ”prisens forhold kostnadene må vurderes skjønnsmessig, bl.a. sett i forhold til at Postens enerettsprodukter bør gi et enerettsoverskudd, at staten kjøper bedriftsøkonomisk ulønnsomme tjenester, at tjenestene produseres i samproduksjon og at det er krav om geografisk enhetsporto innenfor tjenesteområdet”. Det fremgår derfor at produktregnskapet er relevant ved vurderingen av om prisene er kostnadsbaserte.

Når det gjelder kravet om kostnadsbaserte priser for konsesjonsbelagte tjenester utenfor enerettsområdet, må kravet til kostnadsbasering tolkes i lys av at det gjennomfører et vilkår som skal bidra til å realisere postlovens formål om rimelige posttjenester til god kvalitet, og at konkurranse er det primære virkemidlet for å realisere dette formålet. Det er derfor først når konkurransen i de aktuelle markedene ikke virker tilstrekkelig disiplinierende på Posten at konsesjonen begrenser Postens frie prissetting for de leveringspliktige tjenestene utenfor enerettsområde oppad. Det er i denne sammenheng relevant å benytte størrelser fra produktregnskapet både som indikasjon på om konkurransen er begrenset, og i så fall om Posten oppfyller kravet til kostnadsbaserte priser. Det må imidlertid tas hensyn til at det i produktregnskapet er valgt en fordelingsnøkkel for fordeling av kostnader som ikke nødvendigvis gir en riktig indikasjon på om Posten kan utnytte at konkurransen er begrenset, og om prisen står i forhold til kostnadene. Det som skal vurderes, er om Posten oppnår en meravkastning i forhold til kostnadene utover det avkastningskravet er som er stilt til virksomheten. For å vurdere dette er det naturlig supplere vurderingene basert på produktregnskapet med andre anerkjente prinsipper for fordeling av kostnader. Dette innebærer imidlertid ikke at den kostnadsallokering som benyttes i spørsmålet om det foreligger ulovlig krysssubsidiering, er riktig kostnadsallokering i vurderingen av om Posten tar for høye priser i strid med kravet til kostnadsbasering. Den kostnadsallokering som følger av avgjørelsen i Deutsche post, kan derfor ikke legges til grunn som riktig kostnadsallokering i denne saken.

I vurderingen må det videre tas hensyn til at postlovens formål på lang sikt best kan ivaretas gjennom fungerende konkurranse. Posten prisforpliktelser etter konsesjonen kan derfor ikke være så streng at det hindrer utviklingen av fungerende konkurranse, dersom forholdene ellers ligger til rette for konkurranse.

5.2 PTs regelanvendelse og saksbehandling

PTs vurdering av om Postens priser er kostnadsbaserte

Etter departementets vurdering tilsier et utgangspunkt om at kravet om kostnadsbasering er satt for å fremme postlovens formål, og at det primære virkemidlet for å ivareta dette formålet for tjenester utenfor enerettsområdet er virksom konkurranse, at en må ta utgangspunkt i konkurransesituasjonen i vurderingen av om kravet til kostnadsbaserte priser er overholdt. Dersom tilsynet finner at konkurransen er begrenset og at Posten kan utnytte markedsmakt, blir det aktuelt å vurdere om Posten utnytter denne situasjonen til å ta priser som ikke er kostnadsbaserte. I en konkurranseanalyse er det naturlig å trekke paralleller til konkurranseretten og andre reguleringsområder, for eksempel ekomområdet, hvor det foretas systematiske konkurranseanalyser.

Selv om PT har sett på enkelte andre forhold en produktregnskapet, herunder konkurransesituasjonen og prissammenlikninger, er det departementets vurdering at PT har gjort dette fragmentert og lite systematisk. Den mangelfulle konkurranseanalysen innebærer, etter departementets vurdering, at PT ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at Postens priser ikke er i samsvar med konsesjonens krav til kostnadsbasering.

Nye opplysninger om produktregnskapet for 2002

Posten har opplyst om at de oppdaget en kalkylefeil i forbindelse med utarbeidelsen av produktregnskapet i 2002, som har redusert resultatgraden for leveringspliktig adressert brevpost utenfor enerettsområdet. Departementet har ikke tatt stilling til om de nye opplysningene medfører riktighet. Det bes imidlertid om at PT tar hensyn til dette i en fornyet vurdering, dersom tilsynet finner at det foreligger en kalkylefeil.

Bevisbyrde

Det alminnelige utgangspunkt i forvaltningsretten er at det er forvaltningen som har byrden med å sannsynliggjøre at de faktiske forholdene som hjemler en avgjørelse er tilstede. Etter postens konsesjon punkt 7.2 skal Posten i tillegg til de øvrige rapporteringskravene som er direkte angitt i konsesjonen utarbeide en årlig rapport til Post- og teletilsynet over virksomhetens oppfyllelse av konsesjonsvilkårene. Spørsmålet er om dette innebærer et avvik fra det alminnelige utgangspunktet, slik at det er opp til Posten å godtgjøre at selskapets priser for konsesjonsbelagte leveringspliktige tjenester utenfor enerettsområdet er i samsvar med kravet til kostnadsbaserte priser. Departementet kan ikke se at det er tilstrekkelig grunnlag for at det alminnelige utgangspunktet skal fravikes i denne saken. Punkt 7.2 sikrer imidlertid PT dokumentasjon i sin vurdering av om Posten tilfredstiller konsesjonskravene.

Når det gjelder brev mellom 100 og 350 gram, har PT ikke mottatt produktregnskap fra Posten til tross for forespørsel om dette i brev av 7. november 2003. PT har dermed ikke funnet at Postens varslede prisøkning for denne brevgruppen tilstrekkelig godtgjort. På denne bakgrunn har PT konkludert med at den varslede prisøkning ikke er i samsvar med konsesjonens krav til kostnadsbasering. Ettersom produktregnskapet er relevant vurderingen av om Postens priser er kostnadsorienterte, burde PT fulgt opp anmodningen overfor Posten om et slikt regnskap. Den naturlige oppfølgingen ville være å fatte vedtak om utlevering og eventuelt sanksjonere manglende utlevering etter konsesjonen punkt 7.3, jf. postloven § 23.

5.3 PTs valg av sanksjon

Et brudd på konsesjonsvilkårene kan sanksjoneres med tvangsmulkt, jf. konsesjonen punkt 7.3 og postloven § 23. Reguleringsteknisk innebærer dette at dersom Posten ikke oppfyller konsesjonens krav til kostnadsbaserte priser, kan det fattes vedtak om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av konsesjonen. Konsesjonen punkt 7.3, jf. postloven § 23 gir imidlertid ikke, etter departementets vurdering, hjemmel til i vedtak å regulere Postens priser direkte, og deretter eventuelt sanksjonere et slikt vedtak med tvangsmulkt. PT har derfor gått ut over sin kompetanse når tilsynet har valgt å utforme et vedtak som direkte regulerer Postens priser, og ved å angi at et brudd på dette vedtaket kan lede til tvangsmulkt.

5.4 PTs skjønnsutøvelse

Når det gjelder betydningen av de totale krav Posten stilles ovenfor, deler departementet hovedsakelig PTs vurdering. Dersom det skal ta hensyn til Postens totale lønnsomhet, vil dette kunne gi uheldige virkninger for Postens investeringsinsentiver og kan bidra til overinvesteringer fra Postens side ettersom ellers ulønnsomme investeringer kan dekkes gjennom å sette prisene høyere på de konsesjonsbelagte tjenestene. En annen uheldig side er at dette vil gi Posten et ytterligere insentiv til å foreta konkurranseskadelig kryssubsidiering av konkurranseutsatte tjenester. Kravet til kostnadsbaserte priser på leveringspliktige tjenester utenfor enerettsområdet må vurderes med utgangspunkt i Postens avkastningskrav og kostnadene for de produktene det dreier seg om.

Posten anfører at PTs vedtak kan virke konkurransebegrensende fordi lave priser fra Posten reduserer insentivene til å etablere seg, mens PT anfører at det er et sentralt poeng å unngå at andre tilbydere satser innen segmenter der høye priser fra Posten kan gi et feilaktig inntrykk av at det er rom for andre aktører. Departementets vurdering er at dette er et spørsmål om forholdet mellom kravet til kostnadsorientering og postlovens formål. Et krav til kostnadsorientering som hindrer tilretteleggelsen av en fungerende konkurranse, vil på sikt bidra til å motvirke realiseringen av postlovens formål gjennom fungerende konkurranse. Departementet mener det i skjønnsutøvelsen ikke bør gjøres til et poeng å unngå etablering der det etter PTs syn ikke er rom for konkurranse. Dette vil undergrave at markedsmekanismen bidrar til realiseringen av postlovens formål. Det er tvert i mot de tjenestene det er fravær av disiplinerende konkurranse den regulatoriske oppmerksomheten bør rettes mot, og hvor kravet om kostnadsbasering utgjør en begrensning i Postens prissetting.

Posten har også anført at en uheldig virkning av vedtaket er at et for detaljert krav basert på fullkostkalkyler hindrer Posten i å utvikle produkter som bidrar til å dekke kostnadsbasen, men ikke full dekning av tildelte felleskostnader. Departementet kan ikke se at et krav til kostnadsbasering på leveringspliktige tjenester hindrer Posten i å utvikle andre lønnsomme tjenester, så lenge disse tilfredstiller Postens avkastningskrav. Kravet innebærer imidlertid at det tas hensyn til at nye produkter skal bidra til å dekke felleskostnadene, og dermed til det tas hensyn til de relevante alternativkostnadene i lønnsomhetsvurderingene. Departementet er imidlertid enig i at dersom ikke en tilstrekkelig andel av felleskostnadene er fordelt de leveringspliktige tjenestene kan dette bidra til å i praksis øke avkastningskravet for tjenester som ikke omfattes av konsesjonen. Dette understreker betydningen av produktregnskapet er relevant, men ikke alene er tilstrekkelig for å avgjøre om konsesjonens krav til kostnadsbaserte priser er oppfylt.

Posten har anført at vedtaket innebærer en strengere regulering i Norge enn i Europa for øvrig. PT mener dette ikke er riktig, ettersom det er ikke-sammenliknbare størrelser som sammenliknes. Departementet har ikke tatt stilling til om Posten er strengere regulert enn postoperatører i andre land, og kan ikke se at dette burde gjøre innskrenkninger i avgjørelsen, så lenge avgjørelsen ligger innen for de grensene som følger av Norges EØS-rettslige forpliktelser.

6. KONKLUSJON

Det foreligger et rettslig grunnlag i postloven for et konsesjonsvilkår som oppad begrenser Postens priser på konsesjonsbelagte tjenester. Et slikt vilkår er gjennomført for leveringspliktige tjenester utenfor enerettsområde ved å angi at disse prisene skal være kostnadsbaserte.

PT kan sanksjonere med tvangsmulkt der Posten ikke overholder kravet til kostnadsbaserte priser for konsesjonsbelagte leveringspliktige tjenester utenfor enerettsområdet. PTs hjemmelsgrunnlag er dermed isolert til å vurdere om prisene for konsesjonsbelagte leveringspliktige tjenester utenfor enerettsområdet er kostnadsbaserte, og eventuelt illegge tvangsmulkt dersom dette ikke overholdes. PT har derfor gått utover sitt hjemmelsgrunnlag når tilsynet i vedtaks form har regulert Postens priser.

PT har dessuten ikke i tilstrekkelig grad godtgjort at Postens priser ikke overholder konsesjonens krav til kostnadsbaserte priser. Etter Departementets vurdering må PT gjennomføre en fullstendig konkurranseanalyse, slik at det framstår klarere om fravær av konkurranse bidrar til å forhindre rimelige priser i samsvar med postlovens formål. Dersom PT finner at konkurransen er begrenset, må det vurderes om Posten bryter konsesjonsvilkårene ved å ikke oppfylle kravet til kostnadsbaserte priser. I denne vurderingen er Postens produktregnskap relevant og inngår i en helhetsvurdering av om prisene er kostnadsbaserte. Etter departementets oppfatning har PT ikke tilstrekkelig grad foretatt en analyse av konkurransesituasjonen og foretatt en tilstrekkelig helhetsvurdering, men valgt et for isolert fokus på Postens produktregnskap. Når det gjelder brevpost mellom 100 og 350 gram, har PT ikke i det hele tatt sannsynliggjort at prisene ikke er kostnadsbaserte.

Med hjemmel i forvaltningsloven § 35, jf. kgl. res av 25. juni 1999 fatter derfor Moderniseringsdepartementet følgende vedtak:

Post- og teletilsynets vedtak av 1. mars 2004 oppheves.

Med hilsen

Jan A. Halvorsen (e.f.)
ekspedisjonssjef

Gunnar Birkelund
prosjektleder

Vedlegg 0

Kopi:

Post- og teletilsynet, Postboks 447 Sentrum, 0104 Oslo

Samferdselsdepartementet, Postboks 8010 Dep, 0030 Oslo