



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Simonsen Advokatfirma DA

Postboks 6641 St. Olavs plass
0164 OSLO

Deres ref

Vår ref
10/1972- KSK

Dato
15.12.2010

**NetComs klage på Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010
(markert 7) - anmodning om utsatt iverksetting**

Det vises til brev fra NetCom as (heretter NetCom) datert 19. oktober 2010 med klage over Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010 om prisregulering i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (markert 7), og til selskapets anmodning om utsatt iverksetting av 29. november 2010.

1. Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010

Post- og teletilsynet pålegger i vedtaket blant annet NetCom å fastsette priser for terminering av tale i mobilnett i tråd med følgende pristaksregulering som angir maksimalpriser per minutt (eks. mva.):

01.01.11 – 30.06.11: 0,30 NOK
01.07.11 – 30.06.12: 0,30 NOK
01.07.12 – 31.12.12: 0,20 NOK
01.01.13 – 31.12.13: 0,15 NOK

Prisen skal settes ned fra NetComs nåværende prisnivå på 0,50 NOK. Vedtaket og de tilhørende forpliktelser trer i kraft umiddelbart. For NetCom innebærer dette blant annet en plikt til prisreduksjon ned til 0,30 NOK fra 1. januar 2011. Hva gjelder det nærmere innhold av og begrunnelse for ovennevnte forpliktelser, henvises det til vedtaket.

2. Klage og anmodning om utsatt iverksetting

NetCom har ved brev datert 19. oktober 2010 påklaget Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010 om prisregulering i marked 7. NetCom anmoder i eget brev av 29.

november 2010 om utsatt iverksetting av tilsynets vedtak for så vidt gjelder nedjustering av selskapets termineringspris inntil klagen er ferdigbehandlet.

NetCom anfører i sin klage at vilkårene for asymmetrisk prisregulering ikke er tilstede, og at vedtakets begrunnelse derfor fremstår som mangelfull. Videre mener NetCom at en regulering som tillater Network Norway og Tele2 å ta en overpris for terminering, fremstår som uforholdsmessig og i strid med lovens formål. Det er NetComs vurdering at Network Norway og Tele2 ikke bygger infrastruktur i samsvar med forretningsplanene som ble fremlagt for departementet og at det derfor ikke er grunn til å legge opp til fortsatt asymmetrisk regulering av termineringsprisene. NetCom anfører at Network Norway og Tele2 under enhver omstendighet ikke er berettiget en lempelig regulering så lenge merinntekten ikke benyttes til å bygge mobilnett. Manglende begrunnelse for hvorfor Network Norway og Tele2 skal få beholde muligheten til å ta en høyere termineringspris, representerer etter NetComs oppfatning en saksbehandlingsfeil.

NetCom har videre innvendinger til LRAIC-modellen for så vidt gjelder kostnadsfradrag som gjøres i forbindelse med beregning av effektiv pris.

Avslutningsvis anfører NetCom at det ikke foreligger saklige grunner til å forskjellsbehandle med hensyn til pålegg av forpliktelsene ikke-diskriminering, standardavtale og offentliggjøring. Selskapet mener følgelig at alle tilbydere med sterk markedsstilling i disse markedene må pålegges de samme forpliktelsene.

Når det gjelder NetComs anmodning om utsatt iverksetting, har selskapet anført at en reduksjon av termineringsprisen 1. januar 2011 i henhold til tilsynets vedtak, vil innebære en risiko for at det oppstår store økonomiske tap for NetCom som vanskelig vil kunne gjenopprettes på et senere tidspunkt. NetCom mener at det er feil av Post- og teletilsynet å fastsette termineringsprisen basert på en LRAIC-modell hvor det ikke er gjort påslag for felleskostnader med mer. Den effektive prisen i vedtaket er som følge av dette satt for lavt og prisreduksjonen 1. januar 2011 er derfor altfor stor.

Videre anfører NetCom at prisreduksjonen som i henhold til vedtaket skal finne sted ved nyttår, under enhver omstendighet må utsettes dersom anmodning om utsatt iverksetting fra noen av de andre tilbyderne etterkommes. Utsatt iverksetting for andre tilbydere, vil etter NetComs oppfatning øke asymmetrien og selskapet vil, dersom vedtaket i ettertid skulle bli omgjort, kunne bli påført et betydelig økonomisk tap.

3. Kort om bakgrunnen for Post- og teletilsynets vedtak

Det fremgår av lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 1-1 at formålet er å sikre *"brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon"*.

Ekomloven gjennomfører Norges EØS-forpliktelser på området for elektronisk kommunikasjon. Det følger av ekomloven at Post- og teletilsynet skal definere relevante markeder (jf. ekomloven § 3-2), utpeke tilbydere med sterk markedsstilling (jf. ekomloven § 3-3) for deretter å ilegge forpliktelser til de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf. ekomloven § 3-4).

Post- og teletilsynet fattet sitt første vedtak i dette markedet (daværende marked 16) den 19. september 2005 der Telenor og NetCom ble pålagt prisforpliktelser. I tilsynets andre vedtak i marked 16 av 8. mai 2007 ble i tillegg til NetCom og Telenor blant andre også Tele2 og TDC utpekt som tilbydere med sterk markedsstilling og pålagt blant annet prisforpliktelser.

Tilsynet fattet 17. november 2008 et tilleggsvedtak til vedtaket av 8. mai 2007. Vedtaket ble påklagd til Samferdselsdepartementet, som 19. mai 2009 stadfestet tilsynets vedtak med unntak av prisreguleringen for Tele2 og Network Norway som gjennom det felleseide nettselskapet Mobile Norway bygger det tredje mobilnettet.

4. Utsatt iverksetting – vurdering

Rettslig utgangspunkt

Det følger forutsetningsvis av lov 10. februar 1967 om behandling i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 42 første ledd, første punktum, at vedtak som hovedregel skal tre i kraft straks eller på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket. Bestemmelsen gir imidlertid forvaltningen en skjønnsmessig adgang til å fravike dette utgangspunktet ved at *"Underinstansen, klageinstansen eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort"*. En beslutning om utsatt iverksetting innebærer at vedtaket ikke pliktes etterlevd så lenge iverksettingen er utsatt. Ekomloven § 11-6 fjerde ledd slår fast at det innenfor ekomlovens virkeområde er Samferdselsdepartementet som skal fatte beslutninger om utsatt iverksetting etter forvaltningsloven § 42.

Den legislative begrunnelsen for forvaltningens adgang til å gi utsatt iverksetting, er hensynet til rettssikkerheten, herunder risikoen for at klageinstansens vedtak kan bli umulig, vanskelig eller kostbart å gjennomføre. Beslutningen om det skal gis utsatt iverksetting må baseres på en konkret vurdering av de foreliggende faktiske og rettslige forhold. Avgjørelsen av spørsmålet er underlagt forvaltningens frie skjønn, og vil bero på en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle. Et sentralt moment i denne vurderingen er betydningen for de berørte partene av at vedtaket iverksettes straks, og det må foretas en interesseavveining mellom på den ene siden hensynet til de byrder og forpliktelser NetCom påføres og på den andre siden hensynet til tredjeparter og de offentlige interesser av å gjennomføre vedtaket. Sakens art, særlig muligheten for reversibilitet, vil også være et viktig moment i vurderingen. Videre kan det være relevant å legge vekt på hva som antas å bli utfallet i klagebehandlingen.

Avgrensning av videre drøftelse

I det følgende vil det bli tatt stilling til NetComs anmodning om at vedtaket skal gis utsatt iverksetting til departementet har avgjort klagen. Post- og teletilsynet har vedtatt en trinnvis reduksjon av termineringsprisen for NetCom frem til 31. desember 2013. Første prisnedsettelse skal skje 1. januar 2011. Andre prisnedsettelse skal gjelde fra 1. juli 2011. Departementet tar sikte på å fatte vedtak i klagesaken i god tid før andre prisnedsettelse og det er derfor kun spørsmålet om utsatt iverksetting knyttet til første prisnedsettelse som vurderes her.

Økonomisk tap og andre virkninger for NetCom

Omfanget av det potensielle økonomiske tapet for NetCom ved å la vedtaket tre i kraft fra 1. januar 2011 vil blant annet avhenge av hvor raskt klagesaken blir avgjort, samt den maksimale termineringsprisen som eventuelt blir fastsatt for nettilbyderne etter klagebehandlingen. Første prisnedsettelse vil etter departementets oppfatning gi en økonomisk negativ effekt for NetCom i form av lavere inntekter fra terminering.

Selv om departementet mener at det økonomiske tapet for NetCom vil oppveies noe på grunn av lavere varekost som følge av reduserte termineringspriser i andre tilbyders nett, kombinert med en generell forventning om økt trafikk, trekker hensynet til økonomisk tap for NetCom isolert sett i retning av å gi utsatt iverksetting av vedtaket.

Private parters interesser

Når det gjelder virkningene for sluttbrukerne som følge av at prisreduksjonene iverksettes fra 1. januar 2011, vil utgangspunktet være at reduserte termineringspriser kan føre til at brukerne får reduserte utgifter til telefoni. Departementet kan ikke med sikkerhet forutsi utviklingen i sluttbrukerprisene. Det er størst usikkerhet knyttet til beslutningens virkning på utviklingen av sluttbrukerprisene for samtaler mellom de ulike mobilnettene. Mobiltilbyderne avgjør hvordan eventuelle kostnadsbesparelser og inntektsbortfall gjenspeiles i sluttbrukerprisene. En mulig følge er at sluttbrukerprisene ikke settes ned ved reduserte termineringspriser i mobilnettene. Interessen til sluttbrukerne tilknyttet disse mobiltilbyderne kan dermed ikke tillegges avgjørende vekt i vurderingen av spørsmålet om utsatt iverksetting.

Også interessen til andre tilbydere som blir belastet med termineringspriser som ligger over effektivt nivå dersom vedtaket ikke iverksettes må hensyntas. Selv om departementet legger til grunn at belastningen av å betale termineringspriser som ligger over effektivt nivå langt på vei vil påføres sluttbrukerne, kan det ikke utelukkes at også tilbyderne vil oppleve et tap.

På denne bakgrunn anser departementet at hensynet til private parters interesser i denne saken peker i retning av ikke å gi utsatt iverksetting.

Offentlige interesser

I vurderingen av spørsmålet om utsatt iverksetting, skal det også ses hen til offentlige interesser. Målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier at prisene på lengre sikt bør bevege seg mot et nivå som reflekterer de underliggende kostnadene for en effektiv operatør. Også ekommyndighetenes målsetting om symmetriske termineringspriser trekker i denne retningen. Forsinkelser i dette vil neppe isolert sett være i det offentliges interesse.

Myndighetene skal gjennom sin regulering gi incentiver til at nye aktører etablerer seg i markedet og legge til rette for bærekraftig konkurranse. Muligheten for å oppnå høy inntjening i et gitt marked vil være et sterkt incentiv til etablering, men kan samtidig innebære en fare for overetablering i markedet.

Det må foretas en avveining mellom de to ovenfor nevnte hensyn.

Samferdselsdepartementet mener at hensynet til offentlige interesser tilsier at det ikke bør gis incentiver til overetablering i markedet, men at myndighetene bør bidra til etablering på et grunnlag som på lengre sikt er å anse som effektivt.

Sammenfattet mener Samferdselsdepartementet at hensynet til offentlige interesser taler imot å gi utsatt iverksetting.

Irreversibilitet

Samferdselsdepartementet har tidligere lagt til grunn at variasjoner i termineringsprisen på grossistnivå vil være mulig å håndtere siden termineringspriser avregnes mellom tilbyderne en gang i måneden etterskuddsvis.

Departementet mener fortsatt at det vil være mulig å foreta et økonomisk etteroppgjør for en periode på inntil én måned. Departementet mener videre at det i prinsippet burde være mulig å få til tilsvarende for en lengre periode, selv om det i praksis kan være noen utfordringer knyttet til etteravregning. Hensynet til irreversibilitet kan derfor etter departementets syn ikke tillegges avgjørende vekt.

Foreløpig vurdering av klagesaken hva gjelder første prisnedsettelse

Dersom det på forhånd fremstår som klart at klagen på vedtaket vedrørende den første prisnedsettelsen for NetCom til 0,30 NOK fra 1. januar 2011 ikke vil føre frem, er det lite aktuelt å etterkomme anmodningen om utsatt iverksetting.

Samferdselsdepartementet viser til at spørsmålet om sannsynligheten for at vedtaket vedrørende første nedsettelse opprettholdes i klageomgangen er vanskelig å ta stilling til innenfor den korte tidsrammen departementet har til rådighet. Foreløpig gjøres imidlertid følgende betraktning: NetComs termineringspris skal i henhold til vedtaket i første trinn settes ned til 0,30 NOK. Selv om departementet ved klagebehandlingen skulle konkludere med at beregninger basert på en LRAIC+++ modell gir riktig effektiv

pris, vil ikke selskapets termineringspris bli regulert til under kost gjennom første prisnedsettelse. NetCom vil således ikke måtte selge eget termineringsproduktet med tap. Departementet mener videre at hensynet til at nedtrapping skal skje gjennom en glidebane heller ikke kan tillegges avgjørende vekt, ettersom NetComs nedtrapping mot effektiv pris har foregått gradvis siden 2005.

Sammenfattende mener departementet derfor at hensynet til klagesakens sannsynlige utfall isolert sett taler imot å gi utsatt iverksetting. Det vises til at hovedregelen i forvaltningsloven er at vedtak skal iverksettes straks eller på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket, jf § 42.

Totalvurdering

Departementet finner på den ene siden at hensynet til NetComs mulige økonomiske tap isolert sett taler for å gi utsatt iverksetting. På den annen side taler hensynet til både private parters og det offentliges interesser mot å gi vedtaket utsatt iverksetting. Hensynet til klagesakens sannsynlige utfall taler isolert sett også mot å gi utsettelse for første prisnedsettelse. Hensynet til irreversibilitet tillegges ikke avgjørende vekt i vurderingen. Samlet sett mener Samferdselsdepartementet at hensynene som taler mot å gi utsatt iverksetting veier tyngre enn de som taler for å gi utsatt iverksetting av vedtaket.

Departementet viser til at ytterligere tre selskaper har anmodet om utsatt iverksetting i denne vedtaksrunden i marked 7. Ved siden av NetCom har TDC, Tele2 og Telenor også gjort dette. Departementet har ikke funnet grunnlag for å etterkomme verken TDCs eller Telenors anmodning om utsatt iverksetting av Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010, jf. beslutning av 14. desember 2010. Tele2 er gitt utsatt iverksetting, jf. beslutning av 14. desember 2010 om å gi utsatt iverksetting for Tele2 for så vidt gjelder første pristak for selskapets termineringspris med virkning fra 1. januar 2011. Beslutningen om å gi utsatt iverksetting til Tele2 setter som vilkår at Tele2 ved samtrafikkavregning avsetter på sperret konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet differansen mellom gjeldende termineringspris (0,90 NOK) og termineringsprisen (0,50 NOK) som følger av Post- og teletilsynets vedtak fra 1. januar 2011. Beløpet stilles til Tele2s rådighet dersom Samferdselsdepartementet i sitt endelige vedtak gir selskapet medhold i klagen hva gjelder første prisnedsettelse. Dersom Tele2 gis delvis medhold får selskapet en forholdsmessig andel av det avsatte beløpet mens resten tilbakebetales til selskapets samtrafikkpartnere. Dersom Tele2 ikke gis medhold tilbakebetales beløpet i sin helhet. Eventuelle renteinntekter fordeles forholdsmessig.

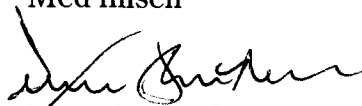
NetComs anførsel om at den første prisreduksjonen under enhver omstedighet må utsettes dersom anmodning om utsatt iverksetting fra noen av de andre tilbyderne etterkommes, avgrenses til å gjelde beslutningen om å gi Tele2 utsatt iverksetting. Samferdselsdepartementet legger her til grunn at NetCom og de øvrige

samtrafikkpartnerne til Tele2 gjennom vilkåret som er satt for å gi utsatt iverksetting, på en tilfredsstillende måte sikres tilbakebetaling av eventuelt for mye betalt termineringspris for mellomperioden inntil klagevedtak er fattet. Det vil med andre ord være mulig å gjenopprette følgene av økt asymmetri fordi beslutningen om å gi Tele2 utsatt iverksetting legger opp til at en eventuell overpris skal tilbakebetales.

5. Beslutning

Samferdselsdepartementet finner etter en samlet skjønnsmessig avveining av ovennevnte hensyn ikke grunnlag for å etterkomme NetComs anmodning om utsatt iverksetting for så vidt gjelder første pristak for NetComs termineringspris med virkning fra 1. januar 2011, inntil departementet har tatt stilling til klagen i marked 7, jf. forvaltningsloven § 42, jf. ekomloven § 11-6.

Med hilsen



Jørn Ringlund e.f.



Karin Skyllingstad