



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

TDC AS

Postboks 4600, Nydalen
0405 OSLO

Deres ref
mej

Vår ref
10/1686- KAW

Dato
15.12.2010

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

Det vises til brev fra TDC AS (TDC) datert 18. oktober 2010 med klage over Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010 om prisregulering i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige kommunikasjonsnett (markert 7), og til selskapets anmodning om utsatt iverksetting.

1 Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010

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

01.01.11 – 30.06.11:	0,40 NOK
01.07.11 – 31.12.11:	0,30 NOK
01.01.12 – 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 TDCs nåværende prisnivå på 0,75 NOK. Vedtaket og de tilhørende forpliktelser trer i kraft umiddelbart. For TDC innebærer dette blant annet en plikt til prisreduksjon ned til 0,40 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

TDC har ved brev datert 18. oktober 2010 påklaget Post- og teletilsynets vedtak av 27. september 2010 om prisregulering i markert 7. TDC anmoder i eget brev av 18. oktober

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

TDC har påklaget vedtaket hva gjelder utformingen av prisreguleringsforpliktelsen for selskapet samt pristaket Post- og teletilsynet har pålagt NetCom og Telenor. Grunnlaget for klagen er feil skjønnsutøvelse, samt prosessuelle og materielle feil. TDC ber særlig om at Samferdselsdepartementet justerer forpliktelsene i marked 7 slik at prisreguleringen sikrer at utfordrerne ikke må selge terminering til en pris som er lavere enn det som er nødvendig for å dekke kostnadene som følger av avtale om tilgang, samtidig som den ikke fjerner mer konkurransekraft i sluttbrukermarkedet enn nødvendig.

TDC har i sin klage argumentert for at forpliktelser som prisregulering kun er tillat der en aktør kan opprettholde et uforholdsmessig høyt prisenivå eller der det er mulig å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere, imidlertid må ikke virkemidlene føre til eller forsterke konkurranseproblemene i tilgrensede markeder. I denne sammenheng har TDC anført at Post- og teletilsynet har plikt til å se utforming av prisregulering i marked 7 i sammenheng med konkurransesituasjonen i marked 15 og sluttbrukermarkedet. TDC viser særlig til at slik Post- og teletilsynet har utformet forpliktelsene i marked 15 vil ikke særskilte forpliktelser eller regulatoriske press sikre et kommersielt resultat. Marked 15 fungerer etter TDCs vurdering ikke som et sikkerhetsnett gitt regulering i marked 7. Det er her TDC mener myndigheten må se reguleringen av marked 7 og marked 15 under ett. Post- og teletilsynet har derfor etter TDCs vurdering ikke adgang til å fastsette prisregulering med hjemmel i ekomloven § 4-9 som ikke gir en tilbyder anledning til å få avkastning på anvendt kapital. TDC hevder med dette at verken ekomloven eller direktivpakken åpner for at myndigheten kan pålegge aktører å selge sine tjenester med tap.

Avslutningsvis anfører TDC at Post- og teletilsynet i vedtaket legger opp til regulering som delvis går utover det tilsynet har kompetanse til i henhold til ekomloven §§ 3-4 og 4-9, samt at Samferdselsdepartementet må presisere virkemidlene ovenfor Telenor slik at MVNOene ikke settes i en marginssvissituasjon.

I anmodningen om utsatt iverksetting har TDC innledningsvis vist til at myndigheten her må foreta en helhetsvurdering der de plikter og byrder som forvaltningen pålegger selskapet ved en middelbar iverksettelse av vedtaket skal holdes opp mot det offentliges og tredjeparts interesse i å få gjennomført inngrepet. Samlet sett mener TDC at hensynt som taler for utsatt iverksetting veier tyngre enn de som taler i mot. Momentene TDC anfører og som etter deres vurdering taler for at myndigheten skal gi utsatt iverksettelse er; tapt konkurransepress mot Telenor, umiddelbare negative økonomiske konsekvensene for selskapet som ikke reflekteres i besparelser for forbrukerne, irreversibilitet og hensynet til klagebehandlingen.

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 NetCom og Telenor ble pålagt prisforpliktelser.

I Post- og teletilsynets andre vedtak i marked 16 av 8. mai 2007 ble NetCom, Telenor og Tele2 pålagt pristaksforpliktelser mens blant andre TDC ble pålagt prisregulering i form av krav om rimelige priser.

Tilsynet fattet 17. november 2008 et tilleggsvedtak til vedtaket av 8. mai 2007. I vedtaket ble prisreguleringen av blant andre TDC presisert ved et pålegg om pristak på terminering. I henhold til tilsynets vedtak skal den maksimale termineringsprisen per minutt for TDC fra 1. februar 2009 være 1,0 NOK, fra 1. juli 2009 være 0,90 NOK og fra 1. juli 2010 være 0,75 NOK. Vedtaket ble påklaget til Samferdselsdepartementet, som 19. mai 2009 stadfestet tilsynets vedtak hva gjaldt TDC pristaksregulering.

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 TDC 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 TDCs anmodning om at vedtaket skal gis utsatt iverksetting til departementet har avgjort klagen. Post- og teletilsynet har vedtatt en trinnvis reduksjon av termineringsprisen for TDC 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 TDC

Omfanget av det potensielle økonomiske tapet for TDC 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. TDC har selv anført at deres økonomiske situasjon også vil avhenge av utfallet av klagesaken i marked 15.

Første prisnedsettelse vil etter departementets oppfatning gi en økonomisk negativ effekt for TDC i form av lavere inntekter fra terminering. Det vises til at TDCs termineringspris på det nåværende tidspunktet er 0,75 NOK og at nedsettelsen til 0,40 NOK vil innebære nesten en halvering av den prisen selskapet tillates i dag.

Selv om departementet mener at det økonomiske tapet for TDC vil oppveies noe på grunn av lavere varekost som følge av reduserte termineringspriser i andre tilbyderes nett, kombinert med en generell forventning om økt trafikk, trekker hensynet til økonomisk tap for TDC 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.

TDC har i denne sammenheng anført at de med deres tapte konkurransekraft ikke lenger vil kunne utfordre Telenor og at dette vil ramme sluttbrukerne både på kort og på lang sikt. Departementet ser dette som en midlertidig utfordring knyttet til pristaksreguleringen, men vil fremheve at opprettholdelse av kunstig høye termineringspriser på sikt vil ramme sluttbrukerne hardere i form av høye priser for samtaler.

Også interessen til andre tilbydere som belastes 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 insentiver 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 insentiv 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 insentiver til overetablering i markedet, men at myndighetene bidrar 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 TDC til kr 0,40 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: TDCs termineringspris er på nåværende tidspunkt 50 prosent høyere enn den termineringspris NetCom og Telenor tillates å ta og som tilsvarer effektiv pris beregnet ved hjelp LRIC-modellen. Det vises til departementets tidligere uttalelser i vedtakene om termineringspris fra mai 2009 hvor det fremgår at dersom effektiv pris for mindre tilbydere skulle beregnes er det ikke noe som tyder på at denne prisen ville vært høyere enn effektiv pris for Telenor og NetCom.

Sammenfattende mener departementet derfor at hensynet til klagesakens sannsynlige utfall isolert sett verken taler for eller 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 TDCs 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 irreversibilitet tillegges ikke avgjørende vekt. Hensynet til klagesakens sannsynlige utfall taler verken for eller imot å gi utsatt iverksetting. 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.

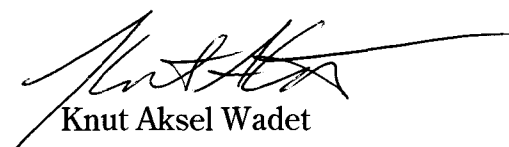
5 Beslutning

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

Med hilsen



Jørn Ringlund e.f.



Knut Aksel Wadet