



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Hjort DA MNA
Postboks 471, Sentrum
0105 OSLO

Deres ref
KV/ks

Vår ref
02/2592- TOL

Dato
08.11.2002

POST- OG TELETILSYNETS VEDTAK I MEGLINGSSAKEN MELLOM TELENOR MOBIL AS OG SENSE COMMUNICATION ASA.

Det vises til brev 28. oktober d.å. fra advokatfirmaet Hjort v/Kristin Veierød. Vedlagt brevet fulgte klage og anmodning om utsatt iverksettelse når det gjelder Post- og teletilsynets vedtak i ovennevnte meklingssak. På vegne av Telenor Mobil AS (Telenor Mobil) anmodes det om at departementet vurderer utsatt iverksettelse uten å avvente tilsynets eventuelle vurdering av dette forhold.

Videre vises det til møte 23. oktober mellom Samferdselsdepartementet og Sense Communications International ASA (Sense), der det ble gitt en presentasjon av hvilke konsekvenser en eventuell avgjørelse om utsatt iverksettelse i ovennevnte sak vil ha for Sense. I tillegg har Sense i brev 5. november og e-post av 6. november kommet med merknader til anmodningen om oppsettende virkning fra Telenor Mobil.

I. BAKGRUNN

a) Tilsynets vedtak

Telenor Mobil og Sense inngikk ved årsskiftet 1999/2000 en såkalt videresalgsavtale. Av avtalen som for øvrig ble inngått på kommersielt grunnlag, fremgår det at det skal være årlige prisforhandlinger mellom avtalepartene.

Med grunnlag i stor avstand for så vidt gjelder prisforhandlingene for år 2002, anmodet Sense ved brev 11. mars om bistand fra Post- og teletilsynet i forhandlingene med Telenor Mobil, jf. offentlignettforskriften¹ § 4-8, jf. § 4-6. Av saksdokumentene fremgår det at Sense sitt krav i forhandlingene har vært at videresalgsavtalens vilkår vedrørende prisnivå og -struktur, samt vilkårene om oppsigelse må endres. Meglingen i Post- og teletilsynet pågikk i om lag 3 måneder uten at partene kom til enighet, og ved brev 23. juli ble partene varslet om at tilsynet hadde til hensikt å treffe pålegg i saken, jf. teleloven² § 7-4, jf. offentlignettforskriften § 4-9.

¹ Forskrift 12. mai 1997 nr. 1259 om offentlig telenett og offentlig teletjeneste (offentlignettforskriften)

² Lov 23. juni 1995 nr. 39 om telekommunikasjon (teleloven)

Etter at partene var gitt anledning til å komme med merknader til ovennevnte forhåndsvarsel, traff Post- og teletilsynet vedtak i meglings-saken 7. oktober. Kort oppsummert har tilsynet kommet til at Telenor Mobils priser for tilgang til GSM nettet for videresalg av tjenester ikke er kostnadsorienterte, og tilsynet har på denne bakgrunn pålagt Telenor Mobil å redusere prisene i videresalgsavtalen med minst 25 pst.. I pålegget er det presisert at de nye prisene skal fastsettes på en bestemt måte og gjelde fra 1. januar 2002, og Telenor Mobil er gitt frist til 29. oktober med å beregne nye priser. Telenor Mobil er videre pålagt å endre avtalevilkår vedr. oppsigelsesadgang, oppsigelsesgebyr og volumforpliktelser.

b) Anmodning om utsatt iverksettelse

Av Telenor Mobils klage 28. oktober på tilsynets vedtak i meglings-saken, fremgår det innledningsvis at Telenor Mobil har valgt å rette anmodning om oppsettende virkning direkte til Samferdselsdepartementet uten først å rette anmodning til Post- og teletilsynet. I klagens pkt. 4 er det gjort nærmere greie for hvorfor det bør gis utsatt iverksettelse i det foreliggende tilfellet.

Under henvisning til forvaltningsloven³ § 42, anmoder Telenor Mobil om at tilsynets vedtak, med unntak av den delen av vedtaket som omhandler andre vilkår (jf. vedtaket pkt. 6.2), ikke iverksettes før klagen er avgjort. Etter Telenor Mobils syn, tilsier en totalvurdering av saken, herunder en avveining av Sense's og andre aktørers interesse i å få gjennomført vedtaket straks og den interessen Telenor Mobil har i at iverksettelsen av vedtaket utsettes, at klagen bør gis oppsettende virkning.

Videre vises det til at det i vedtaket er tatt stilling til prinsipielt viktige og hittil uavklarte spørsmål, og Telenor Mobil anfører til fordel for utsatt iverksettelse at det etter deres syn foreligger gode grunner til at klagen vil føre frem.

Telenor Mobil anfører til fordel for utsatt iverksettelse at pålegget ikke bare vil ha vidtrek-kende konsekvenser for Telenor Mobil, men for markedet som helhet. Pålegget innebærer at det skal gjennomføres en betydelig prisreduksjon, og det vises i denne sammenheng til at det er mye som tyder på at NetCom ikke vil kunne redusere sine priser tilsvarende som følge av mindre stordriftsfordeler og høyere enhetskost. Markedsmessig vil pålegget kunne medføre at det skjer en overgang av tjenesteleverandører fra NetComs til Telenor Mobils mobilnett, noe som i tilfellet vil være vanskelig reverserbart og ødeleggende for NetComs stilling som tilbyder av dette produktet.

For det tilfellet at lavere videresalgpris skulle slå ut i lavere sluttbrukerpris, anføres det også til fordel for utsatt iverksettelse at det i ettertid vil være vanskelig å øke sluttbrukerprisene dersom departementet ved sin klagebehandling skulle komme til et annet resultat enn tilsynet. I forlengelsen av dette, viser Telenor Mobil til at tregheten som kan forventes i markedet mht. reduksjon av sluttbrukerprisene tilsvarende reduksjonen i videresalgprisene, vil kunne stimulere til etablering av ineffektive tjenesteleverandører som ikke vil kunne overleve på sikt. Etter Telenor Mobils syn er det derfor ikke maktpåliggende for tjenesteleverandørene å redusere prisen med virkning fra 29. oktober.

³ Lov 10. feb. 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Telenor Mobil anmoder videre om at vedtakets angivelse av virkningstidspunkt under enhver omstendighet gis utsatt iverksettelse. Det vises i denne sammenheng til at påleggets virkningstidspunkt innebærer en tilbakebetalingsplikt for Telenor Mobil til tjenesteleverandørene i størrelsesorden 80 millioner kroner. Det forhold at det dreier seg om et betydelig beløp tilsier etter Telenor Mobils vurdering at vedtaket bør gis oppsettende virkning. Etter Telenor Mobils syn, må det også være et sentralt moment i departementets vurdering om utsatt iverksettelse at det ikke foreligger noen sikkerhet for at en eventuell utbetaling til tjenesteleverandørene rent faktisk vil kunne la seg reversere dersom klagen skulle føre frem, samtidig som det med grunnlag i Telenor Mobils finansielle styrke ikke foreligger noen risiko med at tilbakebetalingen utstår til departementet har fastsatt tilsynets vedtak.

c) Innspill fra Sense

Møtet mellom Sense og departementet fant etter ønske fra Sense sted før anmodning om utsatt iverksettelse ble mottatt fra Telenor Mobil. I møtet ble det for det første anført mot å gi oppsettende virkning at Sense i et slikt tilfelle vil måtte minimalisere driften, stoppe tjenesteutvikling og erodere kundemassen da det ikke vil være midler til å vedlikeholde den. Tatt i betraktning den tiden som allerede er medgått til forhandlinger og megling, ble det videre anført at det ville være uheldig å innrømme oppsettende virkning til fordel for Telenor Mobil. Den tredje anførselen var at innrømmelse av oppsettende virkning ville oppfattes som et klart uttrykk for at videreselgerne ikke lenger skal være et instrument til å nå telepolitiske mål. Avslutningsvis ble det vektlagt at utsatt iverksettelse i ytterste konsekvens vil kunne føre til at kapitalmarkedet mister tilliten til tjenestemarkedet, noe som vil være en uopprettelig effekt på lang sikt.

I brevet fra Sense gjentas og utdypes flere av anførselene som allerede er gjort gjeldende mot å etterkomme anmodningen fra Telenor Mobil. I tillegg er brevet utformet med utgangspunkt i anmodningen, og Sense knytter således kommentarer til flere av Telenor Mobils anførsler for oppsettende virkning. I det følgende vil noen av hovedpunktene i brevet kort bli gjengitt.

Sense gjør for det første gjeldende at det i det foreliggende tilfellet ikke er grunnlag for å fravike hovedregelen om at vedtak skal iverksettes straks. Etter Sense's vurdering står dette prinsippet særskilt sterkt på telerettens område, og det vises til at saken har grunnleggende betydning for tjenestetilbyderne.

Videre anføres at det er særskilt viktig at det ikke blir gitt utsatt iverksettelse i forhold til virkningstidspunktet som angitt i pålegget fra Post- og teletilsynet. Tatt i betraktning dagens kapitalmarked vil dette tilbakebetalingsbeløpet slik Sense ser det, utgjøre forskjellen på fortsatt kamp for overlevelse eller muligheten til å kunne konkurrere reelt, mens det for nettoperatorene, etter Sense sin vurdering, kun har marginal betydning å måtte betale et beløp i denne størrelsesorden.

Sense anfører også at umiddelbar gjennomføring av pålegget er av større betydning for tjenesteleverandørene enn utsatt iverksettelse er for Telenor Mobil. Det vises i denne sammenheng bl.a. til at Telenor Mobil må være nærmest til å bære risikoen for at tilsynets vedtak eventuelt måtte være feil.

II. DEPARTEMENTETS VURDERING

a) Hjemmel

Adgangen til å innrømme utsatt iverksettelse av forvaltningsvedtak er nærmere regulert i forvaltningsloven § 42. Hovedregelen om at vedtak skal iverksettes umiddelbart, er forutsatt i bestemmelsens første ledd, første punktum, der det heter: ”*Underinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort.*”

Spørsmålet om utsatt iverksettelse er underlagt forvaltningens frie skjønn og skal vurderes konkret basert på en helhetsvurdering i det enkelte tilfellet. Vurderingen vil knytte seg til betydningen av at vedtaket iverksettes umiddelbart. Avgjørende vil være en konkret helhetsvurdering av de fordeler og ulemper en utsettelse eller gjennomføring av vedtaket vil innebære for partene og berørte offentlige interesser for øvrig. Av hensyn til den raske utviklingen på telesektoren, må det som et utgangspunkt imidlertid kunne legges til grunn at det er av selvstendig betydning at Post- og teletilsynets avgjørelser etterleves så raskt som mulig.

Selv om Telenor Mobil har gjort selve anmodningen om oppsettende virkning til en del av klagen, forstår departementet det likevel slik at spørsmålet om oppsettende virkning er adressert direkte til departementet. I henhold til hjemmelen i forvaltningsloven § 42 har ikke Telenor Mobil *krav* på at departementet tar stilling til begjæringen om oppsettende virkning i stedet for Post- og teletilsynet, men av hensyn til at spørsmålet er av stor betydning og gjelder en prinsipielt viktig sak for Telenor Mobil, finner departementet det likevel hensiktsmessig at det er klageorganet som tar stilling til spørsmålet. Departementet finner det videre påkrevd med hurtig avgjørelse av spørsmålet om oppsettende virkning idet Telenor Mobil iht. vedtaket er gitt frist til 29. oktober med å beregne nye priser.

b) Virkningstidspunkt

Departementet oppfatter Telenor Mobils anmodning dit hen at det primært må bli gitt oppsettende virkning for den delen av tilsynets vedtak som er påklaget (vedtaket pkt. 6.1), og subsidiært, for det tilfellet at oppsettende virkning ikke blir innrømmet for denne delen av vedtaket som sådan, at det under enhver omstendighet blir gitt oppsettende virkning for den delen av vedtaket som angir virkningstidspunktet.

Det vil i det følgende først bli tatt stilling til den subsidiære anmodningen om at det bør bli gitt oppsettende virkning for den delen av pålegget der det heter at ”Nye priser skal gjelde fra 1. januar 2002.” I likhet med Telenor Mobil, forstår departementet dette punktet i vedtaket slik at Telenor Mobil med dette pålegges å betale tilbake til Sense differansen mellom innkrevd og kostnadsorientert pris iht. tilsynets vedtak, for perioden 1. januar 2002 til 29. oktober 2002. Departementet er videre enig med Telenor Mobil i at så lenge virkningstidspunktet baseres på en generell vurdering av at videresalgsprisene ikke har vært kostnadsorienterte, så vil Telenor Mobil vanskelig kunne behandle tjenesteleverandørene ulikt, jf. offentlignettforskriften § 3-2. Av anmodningen fremgår det at samlede tilbakebetalingsbeløpet til videreselgerne stipuleres til om lag 80 millioner kroner.

Departementet har etter en konkret vurdering kommet til at det bør gis oppsettende virkning til klagen er avgjort i forhold til virkningstidspunktet som angitt i pålegget. Avgjørende for departementets vurdering i denne sammenheng har vært at en eventuell utbetaling til

videreselgerne i praksis vanskelig vil kunne reverseres for det tilfellet at tilsynets vedtak på dette punktet senere skulle bli endret ved klagebehandlingen. At det i tillegg er tale om et betydelig tilbakebetalingsbeløp, støtter etter departementets vurdering opp under dette. Slik departementet ser det, lider ikke Sense noe økonomisk tap som følge at vedtaket blir gitt oppsettende virkning. Det forhold at Sense og andre videreselgere ville ha fått en økonomisk vinning dersom vedtaket hadde blitt gjennomført umiddelbart, anses ikke relevant i forhold til vurderingen av spørsmålet om oppsettende virkning. Videre er det tillagt vekt at spørsmålet om virkningstidspunkt for vedtak fattet med hjemmel i teleloven § 7-4 ikke tidligere har vært gjenstand for departementets prøving, og det kan således ikke utelukkes at klagen fra Telenor Mobil vil kunne føre frem i forhold til denne delen av vedtaket.

c) Videresalgspisene

Av den delen av tilsynets vedtak som er påklaget, følger det i tillegg til ovennevnte at Telenor Mobil er pålagt å redusere videresalgspisene til Sense med minst 25 pst. og at de nye prisene skal beregnes på en bestemt måte. Post- og teletilsynet har videre forbeholdt seg muligheten til å fastsette priser på enkeltelementer dersom Telenor Mobils prissetting skulle vise seg å være i strid med regelverket.

Uten å ta stilling til om kostnadsorienteringskravet tilsier en prisreduksjon på 25 pst. i det foreliggende tilfellet, finner departementet på generelt grunnlag at et pålegg i denne størrelsesorden må kunne karakteriseres som betydelig og vil ha store økonomiske konsekvenser for Telenor Mobil. Dette taler etter departementets vurdering til fordel for å etterkomme anmodningen om oppsettende virkning.

Det er som kjent et overordnet telepolitisk mål å legge forholdene til rette for virksam konkurranse på mobilområdet, og etter departementets vurdering vil umiddelbar iverksettelse av tilsynets pålegg kunne virke uheldig inn på konkurransesituasjonen i mobilmarkedet. En overflytting av videreselgere fra NetCom til Telenor Mobil slik som gjort gjeldende i anmodningen, taler etter departementets vurdering også til fordel for å etterkomme anmodningen om oppsettende virkning.

På den andre siden vil et pålegg om å sette ned videresalgspisene med virkning fra og med 29. oktober etter departementets vurdering være opprettelig selv om Telenor Mobil skulle få helt eller delvis medhold i klagen, da det vil være mulig å sette prisene opp igjen når klagen er behandlet. Det samme resonnementet gjelder også for det tilfellet at reduksjon i videresalgspisene skulle slå ut i lavere sluttbrukerpriser. Departementet ser imidlertid at det kan være vanskelig for markedsaktørene å øke sluttbrukerprisene for det tilfellet at tilsynets vedtak senere skulle bli endret, men finner at denne vanskeligheten ikke kan tillegges avgjørende betydning i forhold til spørsmålet om oppsettende virkning idet en eventuell beslutning om å sette opp prisene vil kunne begrunnes ut fra klageorganets avgjørelse. At det må forventes en treghet i markedet mht. at sluttbrukerprisene følger reduksjonen i videresalgspisene, slik det er vist til anmodningen fra Telenor Mobil, gjør at eventuelle negative konsekvenser for Telenor Mobil vil være begrenset selv om pålegget skulle endres ved klagebehandlingen. Dette taler etter departementets vurdering mot å innvilge oppsettende virkning.

Departementet viser til uttalelser fra Sense om at det er Telenor Mobil som har ansvaret for at prisene er kostnadsorienterte og som er i dialog med tilsynet om prissettingen, og at det derfor er mer rimelig at Telenor Mobil bærer risikoen for at tilsynets vedtak er riktig enn at de øvrige

markedsaktørene bærer denne risikoen. Etter departementets vurdering er dette et argument mot å gi oppsettende virkning.

Departementet har etter en helhetsvurdering av momentene i saken kommet til at Telenor Mobils primære anmodning om oppsettende virkning for hele pkt. 6.1 i tilsynes vedtak, ikke blir innvilget. Det har i denne sammenheng blitt lagt vekt på hensynet til at aktørene og sluttbrukerne ikke skal belastes med priser som ikke er kostnadsorienterte, samt at umiddelbar iverksetting kun vil innebære at prisene settes ned og opp igjen i løpet av relativt kort tid dersom Telenor Mobil skulle få medhold i klagen.

III. KONKLUSJON:

Telenor Mobil gis ikke medhold i anmodning om oppsettende virkning for Post- og teletilsynets vedtak 7. oktober d.å. i meglings sak mellom Telenor Mobil AS og Sense Communications International ASA, bortsett fra at vedtakets angivelse av virkningstidspunkt gis oppsettende virkning til etter at klagen er avgjort. Inntil klagen er avgjort, innebærer dette at nye priser iht. vedtaket skal gjelde fra 29. oktober d.å. Dette betyr at evt. tilbakebetaling for tidsrommet 01.01.02 - 29.10.02 utstår til klagen er avgjort av Samferdselsdepartementet.

Med hilsen

Eva Hildrum (e.f.)

Torstein Losnedahl

Kopi: - Post- og teletilsynet, Postboks 447 Sentrum, N-0104 OSLO
- Sense Communications International ASA v/ Advokatfirmaet Schjødt, Postboks 2444 Solli, N-0201 OSLO, att: adv. K. M. Risung