



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Legalteam advokatfirma DA
Postboks 1969 Vika
0125 OSLO

Deres ref.

Vår ref.

Dato

12/772

28.06.2012

KSKS/RHO/JLB/SGR

**ANMODNING OM UTSATT IVERKSETTING AV PRISREGULERING 1. JULI
2012 (MARKED 7)**

Det vises til brev fra Legalteam advokatfirma DA på vegne av Tele2 Norge AS (heretter Tele2) og Network Norway AS (heretter Network Norway) datert 18. mai 2012 d.å. med anmodning om utsatt iverksetting av planlagt nedjustering av termineringspriser for perioden 1. juli 2012 fastsatt i vedtak 11. mai 2011.

1. DEPARTEMENTETS VEDTAK AV 11. MAI 2011

Samferdselsdepartementet påla i vedtaket 11. mai 2011 blant annet Tele2 og Network Norway å fastsette priser for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (markert 7) med følgende pristaksregulering som angir maksimalpriser per minutt (eks.mva.):

	1. januar 2012 – 30. juni 2012	1. juli 2012 – 31. desember 2012	1. januar 2013 – 31. desember 2013
Network Norway	0,70	0,60	0,15
Tele2	0,40	0,25	0,15
Øvrige	0,30	0,20	0,15

Tabell 1 Maksimalpris per minutt for terminering av tale i mobilnett i perioden 1. januar 2012 til 31. desember 2013. Alle priser i NOK eks. mva.

Prisen skal settes ned 1. juli 2012 fra Tele2s nåværende prisnivå på 0,40 NOK til 0,25 NOK og fra Network Norways fra 0,70 NOK til 0,60 NOK. For Tele2 innebærer prisnedjusteringen 0,15 NOK mindre per minutt og for Network Norway 0,10 NOK

mindre per minutt fra 1. juli 2012. Hva gjelder det nærmere innhold av og begrunnelse for ovennevnte forpliktelser, henvises det til vedtaket.

2. BAKGRUNN

Samferdselsdepartementet fattet 11. mai 2011 vedtak om fastsettelse av priser for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 7) med pristaksregulering som vist til ovenfor under pkt. 1. Prisreguleringen for Tele2 og Network Norway fastsatt i vedtaket gir de to aktørene merinntekter på nærmere 2 Mrd NOK. Merinntektene skal gi de to aktørene mulighet til å bygge ut det tredje mobilnettet i Norge.

Det fremgår av vedtaket at *"dersom Network Norway viser evne og vilje til å bygge ut et nett med dekning utover 75 prosent, vil det senere kunne vurderes om dette skal gjenspeiles i termineringsprisen i en lengre periode"*. Videre fremgår det i vedtaket på s. 31 at *"dersom det på et senere tidspunkt skulle vise seg at et nett med dekning på 75 prosent ikke er tilstrekkelig for å utgjøre et tredje konkurransedyktig mobilnett, og at det dermed er nødvendig med en ytterligere utbygging, vil det måtte foretas en konkret vurdering med tanke på en eventuell endring av reguleringen."* Departementets konklusjon var at vedtaket oppstilte en adgang for omgjøring dersom visse forutsetninger skulle inntre.

I brev til departementet 19. september 2011 anmodet Tele2 og Network Norway om å omgjøre vedtaket fra mai 2011 og forlenge perioden med asymmetriske termineringspriser utover fastsatt reguleringsperiode. Begrunnelsen for anmodningen var at forutsetningene lagt til grunn for departementets vedtak fra 2011, nå var endret. Da Samferdselsdepartementet fattet vedtak sist, ble asymmetrisk regulering utover vedtakets tidshorisont ikke ansett som nødvendig for å sikre utbyggingen av et tredje mobilnett. Tele2 og Network Norway har nå fremlagt dokumentasjon på at et tredje mobilnett med 75 prosent befolkningsdekning ikke er tilstrekkelig for å utgjøre et tredje konkurransedyktig mobilnett. Tele2 og Network Norway har etter at siste vedtak ble fattet derfor vedtatt en plan om å bygge et tredje landsdekkende mobilnett, og ikke 75 prosent slik departementet la til grunn i sitt tidligere vedtak.

Departementet vurderte det slik at spørsmålet om omgjøring av vedtaket var en så omfattende og viktig sak at behandlingen burde foregå etter ekomlovens saksbehandlingsregler, og oversendte derfor anmodningen til Post- og teletilsynet 25. november 2011.

3. TELE2 OG NETWORK NORWAYS ANFØRSLER

Tele2 og Network Norway anfører at en videreføring av asymmetriske termineringspriser vil bidra til å finansiere utbyggingen av et tredje landsdekkende nett. Dersom den planlagte prisnedsettelsen som følger av vedtaket gjennomføres, vil et omgjøringsvedtak som innebærer en forlenget periode med asymmetriske termineringspriser, bli vesentlig vanskeliggjort. Tele2 og Network Norway anfører at dersom prisreduksjonen gjennomføres

og det senere fastsettes et høyere pristak, vil det være nesten umulig å reversere dette gjennom krav om etterbetaling til samtrafikkpartnerne.

Behovet for en utsettelse av prisreduksjonen gjelder uavhengig av hvilken konklusjon Post- og teletilsynet faller ned på, så lenge det ikke treffes et vedtak i god tid før 1. juli 2012. Videre anfører Tele2 og Network Norway at det følger omgjøringsadgang av vedtaket da de faktiske forutsetninger som lå til grunn for opprinnelig vedtak ikke lenger er til stede. Uavhengig av om myndighetene vil omgjøre vedtaket eller ikke, eksisterer det i følge Tele2 og Network Norway en adgang til å omgjøre vedtaket, og dette er tilstrekkelig for å gi utsatt iverksetting. Så lenge omgjøringskompetansen er der og det ikke foreligger endelig avgjørelse, må prisnedsettelsen i følge selskapene utsettes inntil en endelig avgjørelse om omgjøring foreligger.

Tele2 og Network Norway anfører at myndigheten i tillegg til beslutning om utsatt iverksetting, kan fatte hastevedtak i medhold av ekoml. § 9-3 tredje ledd *"Når det av hensyn til å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser er behov for en rask avklaring"*. Endringsvedtaket vil gjelde inntil nytt formelt vedtak foreligger vedrørende avgjørelse om maksimalpriser foreligger.

I tillegg anføres det av Tele2 og Network Norway at dersom det skal gis en forlenget periode med asymmetriske termineringspriser, vil dette bli vesentlig vanskeliggjort dersom det ikke gis utsatt iverksetting av prisjusteringen 1. juli. Videre påpeker Tele2 og Network Norway at det ikke vil være mulig for selskapene å få tilbakebetalt det de går glipp av i termineringsinntekter ved en nedjustering siden de andre aktørene forholder seg til et lovlig vedtak.

Tele2 og Network Norway anfører at prisjusteringen 1. juli vil innebære et betydelig inntektstap for selskapene. Dersom selskapene må innrette seg etter denne nedsettelsen, vil det i følge Tele2 og Network Norway svekke selskapenes evne til å etablere et tredje landsdekkende nett. En videreføring av asymmetriske termineringspriser lik dagens nivå, er en sentral forutsetning dersom Tele2 og Network Norway skal være i stand til å finansiere en utbygging utover 75 prosent innenfor en fornuftig tidshorisont i følge selskapene. Tele2 og Network Norway mener hensynet til andre tredjeparter ikke er avgjørende for om det skal gis utsatt iverksetting. Selskapene mener at krav til nedsetting av termineringspris mellom tilbyderne med etterfølgende oppjustering av krav til termineringspris kan være samfunnsmessig ugunstig. Videre viser Tele2 og Network Norway til at en utbygging av et tredje mobilnett utover 75 prosent vil ha en betydelig samfunnsøkonomisk gevinst, noe som støttes av CSMG-rapporten.

4. MERKNADER FRA ØVRIGE AKTØRER

Departementet ba ved e-post av 18. mai 2012 øvrige aktører i markedet om eventuelle merknader til Tele2 og Network Norways anmodning om utsatt iverksetting av

Samferdselsdepartementets vedtak av 11. mai 2011. Departementet har mottatt merknader fra TDC, Telenor, TeliaSonera og Ventelo, som kort gjengis nedenfor.

4.1 TDC

Etter TDCs syn gir Tele2 og Network Norways argumentasjon ikke grunnlag for en utsettelse av prisjusteringen 1. juli 2012. Selskapet påpeker videre at det har innrettet seg etter at termineringsprisene blir som fastsatt i departementets vedtak 11. mai 2011, og at en endring av den vedtatte prisjusteringen vil medføre vesentlige økonomiske konsekvenser for selskapet. TDC viser til at selskapet allerede er utsatt for sterk konkurranse i sluttbrukermarkedet.

4.2 Telenor

Telenor mener det ikke er hjemmel for å gi utsatt iverksetting etter at endelig vedtak i klagesaken foreligger. Dersom det skulle legges til grunn at omgjøringsreglene i forvaltningsloven § 35 også hjemler kompetanse til å gi utsatt iverksetting etter at endelig vedtak foreligger, mener Telenor at anførselen til Tele2 uansett ikke kan føre frem. Selskapet viser til at Tele2 og Network Norway etter deres oppfatning har anmodet om en helt ny SMP-regulering, og ikke om en omgjøring av eksisterende vedtak. Telenor mener en ny SMP-regulering må følge saksbehandlingsreglene for sterk markedsstilling i ekomloven og ikke kan baseres på omgjøringsreglene etter forvaltningsloven § 35. Selskapet mener at det heller ikke er grunnlag for å fatte hastevedtak med hjemmel i ekomloven § 9-3 tredje ledd, fordi det ikke foreligger "exceptional circumstances" eller et "urgent need to act". Telenor viser til at Tele2 er sikret merinntekter gjennom gjeldende vedtak for utbygging av et nett med 75 prosent landsdekning, og at denne utbyggingen ikke er ferdigstilt. Etter Telenors syn kan det ikke være et "urgent" behov for å overføre mer penger for en tenkt utbygging utover 75 prosent landsdekning, før utbyggingen av et nett med 75 prosent landsdekning er ferdigstilt.

Subsidiært mener Telenor at det uansett ikke er grunnlag for å gi utsatt iverksetting. Selskapet viser for det første til at en nedjustering av termineringsprisen 1. juli 2012 fremdeles vil gi Tele2 og Network Norway merinntekter tilsvarende investeringskostnadene knyttet til utbygging av et mobilnett med 75 prosent befolkningsdekning. Telenor påpeker at Tele2 og Network Norway ikke har ferdigstilt denne utbyggingen, og etter det Telenor kjenner til er Tele2 og Network Norway forsinket i forhold til den reviderte utbyggingsplanen. På bakgrunn av dette mener Telenor at problemstillingen knyttet til en ytterligere utbygging utover 75 prosent befolkningsdekning foreløpig ikke er aktuell, og ikke har betydning for den vedtatte prisreduksjonen 1. juli 2012. Videre mener Telenor at hensynet til de øvrige aktørene i markedet taler mot utsatt iverksetting, idet samtlige aktører i markedet har innrettet seg langsiktig i tillit til departementets vedtak av 11. mai 2011. Selskapet mener det ikke er sannsynlig at Tele2 og Network Norways anmodning om omgjøring av departementets vedtak vil føre frem, og viser til at det etter selskapets syn ikke foreligger noen interesseovervekt som gir grunnlag for å omgjøre gjeldende vedtak.

4.3 TeliaSonera

TeliaSonera mener verken vilkårene for omgjøring etter forvaltningsloven § 35, eller adgangen etter forvaltningsloven § 42 til å gi utsatt iverksetting, er til stede. Selskapet anfører at selv om det hadde vært adgang til å kunne gi utsatt iverksetting så er det uansett flere hensyn som taler imot, enn som taler for å imøtekomme anmodningen fra Tele2 og Network Norway. TeliaSonera viser til at det ikke foreligger noen klagebehandling å se hen til ved vurderingen av om utsatt iverksetting skal gis i dette tilfellet. Videre anfører selskapet at det verken er relevant eller mulig å vektlegge hva som antas å bli utfallet i omgjøringsbehandlingen, og viser til at Telenor har påpekt flere regnefeil og mangler ved beregningen som Tele2 og Network Norway har fått utført av konsulentselskapet CSMG. Selskapet mener at en periode med forlenget asymmetri vil bringe rettstilstanden i Norge ytterligere i disharmoni med rettsutviklingen på dette området i EU for øvrig. TeliaSonera påpeker at Tele2 og Network Norway fortsatt vil motta merinntekt fra terminering også etter at prisreduksjonen er gjennomført. Videre viser TeliaSonera til at selskapet og de øvrige tilbyderne i marked 7 har innrettet seg i tillit til at departementets vedtak vil gjelde ut inneværende reguleringsperiode, og at en utsatt iverksetting vil medføre uforutsette ekstraomkostninger av betydelige omfang, noe som etter selskapets syn taler mot at det gis utsatt iverksetting. TeliaSonera mener at det offentliges interesser ikke vil bli skadelidende ved at den planlagte nedjusteringen gjennomføres 1. juli 2012, fordi dette er ivare tatt gjennom gjeldende regulering som skal sikre utbygging av et tredje mobilnett. Etter selskapets syn vil en gjennomføring av den vedtatte prisreduksjonen heller ikke vanskeliggjøre realiseringen av en eventuell interesse fra det offentlige knyttet til ytterligere utbygging av det tredje mobilnettet.

4.4 Ventelo

Ventelo mener at det ikke foreligger forhold som tilsier at Tele2 og Network Norway skal gis utsettelse av iverksettelsen av prisjusteringen fra 1. juli 2012, og ber om at anmodningen ikke imøtekommes. Selskapet viser til at Tele2 og Network Norway allerede har en forpliktelse til å bygge ut et tredje mobilnett med 75 % dekning, uavhengig av anmodningen om forlenget periode med asymmetriske priser. Ventelo kan ikke se at planene om å utvide dekningsgraden i nettet til 98 % kan begrunne utsatt iverksetting av prisjusteringen fra 1. juli 2012. Videre påpeker Ventelo at selv om Tele2 og Network Norway skulle få medhold i anmodningen om fortsatt asymmetriske priser, vil det kun være en kort periode med reduserte priser. Ventelo kan ikke se at dette påvirker mulighetene for å etablere et tredje landsdekkende nett i noen grad av betydning, dersom man ser den totale utbyggingen under ett. Ventelo påpeker at de påståtte skadelige virkningene av en eventuell etterfølgende oppjustering av prisene i liten grad synes å være dokumentert og/eller sannsynliggjort.

5. DEPARTEMENTETS VURDERING

5.1 Adgang til å overprøve Post- og teletilsynets avslag på omgjøringsbegjæring

Post- og teletilsynet fattet 26. juni 2012 vedtak som avslår Tele2 og Network Norways omgjøringsbegjæring. Vedtaket er gitt klageadgang etter ekomloven § 11-6 og forvaltningsloven § 29. Tele2 og Network Norway påklaget vedtaket 27. juni 2012. Departementet er enige i at det rettslige utgangspunktet er at en beslutning om ikke å omgjøre, ikke er et enkeltvedtak fordi det opprinnelige vedtaket fortsatt er bestemmende for partenes rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 a. Departementet viser til at det er antatt at slike beslutninger ikke kan påklages, jf. Eckhoff/Smith, forvaltningsrett, 9. utg. s. 336. Det samme følger av Woxholt, forvaltningsloven, 5. utg. s. 566, jf. s. 492.

Post- og teletilsynets avgjørelse har imidlertid form og realitet som et enkeltvedtak og ikke som en beslutning. Tilsynet viser i sin vurdering til at departementet har bedt tilsynet om å fatte et vedtak med en utfyllende begrunnelse. Henvisningen til vedtak fra departementets side er valgt fordi telemyndigheten i denne saken tar stilling til et helt nytt og omfattende problemkompleks som vil kunne ha store implikasjoner for Tele 2 og Network Norway og for kjøpere av terminering i Tele2 og Network Norways mobilnett. I tillegg viser tilsynet til at avgjørelsen vil ha betydning for den telepolitiske målsettingen om å bidra til bærekraftig infrastrukturbasert konkurranse.

Departementet ser at spørsmålet om tilsynet har fattet et vedtak eller en beslutning i denne saken i utgangspunktet kan problematiseres. Herunder kan det reises spørsmål om det kan gjøres unntak fra det rettslige utgangspunktet om at en avgjørelse om ikke å omgjøre er å anse som en beslutning. Og i så fall om avgjørelsen etter sitt innhold kan likestilles med et enkeltvedtak på grunn av avgjørelsens begrunnelse, form og/eller materielle innhold.

Departementet er ikke kjent med at det finnes juridisk teori eller konkrete domsavgjørelser som uttrykkelig tar stilling til dette spørsmålet. Det følger imidlertid av høyesterettspraksis, blant annet i Rt. 2007 s.1 og Rt. 2012 s. 681, at avslag på begjæring om omgjøring av et forvaltningsvedtak kan bringes inn for domstolene. Etter departementets syn vil det være lite hensiktsmessig om et overordnet organ ikke kan overprøve spørsmålet om omgjøring dersom domstolene kan prøve det. Dette harmonerer også dårlig med forvaltningslovens forarbeider (Ot.prp.nr.38 (1964-65) s. 98-99) om at rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven skal sammenfalle med rettslig interesse etter sivilprosessen.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Tele2 og Network Norway har anmodet om en helt ny SMP-regulering, og ikke en omgjøring av eksisterende vedtak, viser departementet til at tilsynet som ledd i en omgjøringsvurdering vil kunne endre

gjeldende SMP-regulering. Videre viser departementet til at tilsynet i dette tilfellet har fulgt ekomlovens saksbehandlingsregler. Avgjørelsen synes derfor å oppfylle formkravene som stilles av Telenor.

Samferdselsdepartementet mener videre at spørsmålet om klagerett ikke nødvendigvis kommer på spissen i denne saken fordi det er Samferdselsdepartementets vedtak som er begjært omgjort. Det faktum at departementet har oversendt begjæringen til utredning og avgjørelse hos Post- og teletilsynet, begrenser ikke departementets kompetanse til selv å omgjøre eget vedtak etter forvaltningsloven § 35. Spørsmålet om omgjøring etter forvaltningsloven § 35 kan bli reist av forvaltningen av eget tiltak, jf. Eckhoff/Smith, forvaltningsrett, 9. utg. s. 327. Det er derfor ikke nødvendig med noen klage for at departementet skal vurdere omgjøringssspørsmålet på selvstendig grunnlag. Siden det opprinnelige vedtaket fra mai 2011 i dette tilfellet åpner for en videre omgjøringsadgang, er departementet heller ikke begrenset av rammene for omgjøring i fvl. § 35 andre og tredje ledd. Departementet bemerker for ordenes skyld at en privat part på den annen side ikke har krav på at en omgjøringsbegjæring behandles, jf. Eckhoff/Smith op.cit.

På bakgrunn av det ovennevnte har departementet kompetanse til å overprøve Post- og teletilsynets avgjørelse om avlag på omgjøringsbegjæring.

5.2 Hjemmel for utsatt iverksetting

Departementet viser til at Tele2 og Network Norways anmodning 18. mai 2012 gjelder utsatt iverksetting av fremtidige pristak i departementets vedtak 11. mai 2011 inntil endelig avgjørelse i omgjørings-saken foreligger. Det er lite meningsfullt å behandle spørsmål om utsatt iverksetting av Post- og teletilsynets vedtak av 26. juni 2012, da tilsynet ikke har funnet grunnlag for å omgjøre departementets vedtak om at termineringsprisen skal settes ned fra 1. juli 2012. En utsatt iverksetting av tilsynets vedtak ville innebære at gjeldende prisregulering opprettholdes inntil endelig avgjørelse i omgjørings-saken er fattet, og vil ikke gi det resultat Tele2 og Network Norway har anmodet om. Departementet tar derfor ikke videre stilling til dette spørsmålet.

Departementet vil i det følgende ta stilling til om det foreligger hjemmel for å gi utsatt iverksetting av departementets vedtak 11. mai 2011 om prisnedjusteringen 1. juli 2012.

5.3 Forvaltningsloven § 42

Tele2 og Network Norway viser til at forvaltningsloven § 42 gir forvaltningsorgan kompetanse til gi utsettelse der en av partene har påklaget avgjørelsen. Det hevdes videre at ordlyden ikke er til hinder for at forvaltningsorgan gir utsatt iverksetting også i andre tilfeller.

Det følger av forvaltningsloven § 42 første ledd, første punktum, at "*[u]nderinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort*". Det fremgår av ekomloven § 11-6 fjerde ledd at "*[b]are departementet kan treffe avgjørelse som nevnt i forvaltningsloven § 42*".

Kompetanse til å fatte beslutning om utsatt iverksetting etter § 42 tilligger derfor Samferdselsdepartementet.

Paragrafen regulerer direkte forvaltningens adgang til å utsette iverksettingen av et enkeltvedtak i forbindelse med forvaltningsklage, klage til Sivilombudsmannen og søksmål. Adgangen til å gi utsatt iverksetting ble blant annet utvidet ved lov 1995-01-12-04 til å omfatte søksmål fra også andre med klageinteresse enn parter etter forvaltningsloven og også ved klage til Sivilombudsmannen. Denne utvidelsen av adgangen til å gi utsatt iverksetting taler imot Tele2 og Network Norways anførsel om at det kan foretas en ytterligere utvidende tolkning av kompetansehjemmelen. Bestemmelsen fremstår som en uttømmende oppregning av de tilfeller hvor utsettelse kan gis.

Det heter også i Woxholt, Forvaltningsloven med kommentarer, 5. utg. s. 655-656, at det ikke er noe vilkår at klage er inngitt, men at kompetansen til å bestemme utsatt iverksettelse ikke lenger vil foreligge etter at det er truffet endelig vedtak i klagesaken. Bestemmelsens synes etter dette ikke å hjemle utsatt iverksetting ut over de tilfellene som er uttrykkelig opplistet i § 42.

Tele2 og Network Norway har videre i anmodning til departementet om utsatt iverksetting av prisjustering per 1. juli 2012 i Samferdselsdepartementets vedtak 11. mai 2011 anført at:

"Vedtaket inneholder konkrete prisjusteringer på gitt fremtidige tidspunkt, første gang 1. januar 2011 og deretter med 6 måneders intervaller. Det følger derfor av vedtaket selv at det inneholder flere virkningstidspunkter i forhold til det materielle innholdet av pristakene som operatørene er pålagt innenfor vedtakets tidshorisont frem til 31. desember 2013".

Departementet kan ikke se at vedtaket kan forstås på denne måten. Post- og teletilsynet fattet vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 7) den 27. september 2010. Vedtaket ble påklaget blant annet av Tele2 og Network Norway og Samferdselsdepartementet fattet endelig vedtak i klagesaken den 11. mai 2011. Det er truffet et samlet vedtak for hele perioden med en klagefrist som nå er utløpt.

Vedtaket gir ikke grunnlag for særlige klagefrister for den enkelte prisjustering. Prisedjusteringen 1. juli 2012 må anses som en del av et rettskraftig vedtak, og ordlyden i § 42 tilsier derfor at det ikke er adgang til å utsette iverksettingen.

5.4 Forvaltningsloven § 35

Tele2 og Network Norway har også påberopt seg forvaltningsloven § 35 som hjemmelsgrunnlag for å gi utsatt iverksetting. Forvaltningsloven § 35 regulerer omgjøringsadgangen av vedtak uten forutgående klage. Bestemmelsens første, annet, tredje ledd angir de nærmere vilkår for når omgjøring kan skje i slike tilfeller, og legger opp til en relativt snever omgjøringsadgang. Begrensningene i adgangen til å omgjøre et vedtak etter første, annet og tredje ledd gjelder ikke når endringsadgangen følger av *"vedtaket selv"*, jf. forvaltningsloven § 35 femte ledd. Departementet viser til Ot.prp. nr. 75 (1993-1994) s. 53 og Innst. O. nr. 4 (1994-1995) pkt. 18 hvor det fremgår at *"forvaltningen kan utsette iverksettelsen inntil det er bestemt om omgjøring skal skje"*. Bakgrunnen for dette er at dersom forvaltningen har kompetanse til å omgjøre, må forvaltningen også ha kompetanse til å utsette iverksetting inntil endelig avgjørelse foreligger ut ifra en *"fra det mer til det mindre"* betraktning.

Telenor har i brev av 30. mai 2012 med kommentarer til Tele2 og Network Norways anmodning om utsatt iverksetting, anført at forvaltningsloven § 35 bare kan hjemle utsatt iverksetting når det ikke er klaget. Det hevdes at bestemmelsen ikke er anvendelig i dette tilfellet siden samtlige aktører påklaget Post- og teletilsynets opprinnelige vedtak. Departementet kan ikke se at det er grunnlag for en slik forståelse, siden omgjøringsadgangen etter § 35 femte ledd ikke er bundet av de begrensninger som følger av første, annet og tredje ledd.

På bakgrunn av det ovennevnte har departementet kompetanse til å vurdere om det skal gis utsatt iverksetting av fremtidige pristak i departementets vedtak 11. mai 2011.

5.5 Ekomloven § 9-3 tredje ledd

Tele2 og Network Norway har anført at forvaltningen alternativt kan fatte et midlertidig endringsvedtak (før 1. juli) som gjelder inntil nytt formelt vedtak avgjør om maksimalprisene skal justeres med hjemmel i ekomloven § 9-3 tredje ledd. Til støtte for dette har Tele2 og Network Norway anført at det er *"påkrevet at myndighetene i denne saken handler raskt for å sikre konkurransen og beskytte sluttbrukernes interesser"*.

Ekomloven kapittel 9 regulerer de nærmere saksbehandlingsregler for behandling av saker etter ekomloven. Konsultasjonsprosedyren som skal følges når en avgjørelse vil kunne påvirke handelen mellom EØS-landene følger av ekomloven § 9-3. I slike tilfeller skal blant annet et begrunnet forslag sendes til EFTAs overvåkningsorgan (ESA) for konsultasjon med sikte på europeisk harmonisering. Ekomloven § 9-3 tredje ledd åpner for at det kan treffes vedtak uten forutgående konsultasjon med ESA når det *"av hensyn til å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser er behov for en rask avklaring"*. I slike tilfeller

skal konsultasjonsprosedyren følges etter at vedtak er truffet, og myndigheten har adgang til å omgjøre eller trekke vedtaket tilbake på bakgrunn av resultatene fra konsultasjonsprosedyren.

Departementet viser til at vedtak som er fattet etter § 9-3 tredje ledd skal notifiseres til ESA i etterkant av fastsettelsen. I dette ligger at det er det samme vedtaket som skal opprettholdes og prøves mot det europeiske harmoniseringsregimet. Det ligger ikke i tredje ledds system at slike vedtak skal vurderes igjen av den nasjonale myndigheten før notifisering. Departementet kan derfor ikke se at denne bestemmelsen er ment å anvendes på den måten som klager anfører.

For ordens skyld viser departementet til at adgangen til å fravike prosedyren med forutgående konsultasjon er ment som en snever unntaksregel, jf. merknaden til bestemmelsen i Ot.prp.nr. 58 (2002-2003) side 116, hvor det fremgår at adgangen til å treffe vedtak uten forutgående konsultasjon er forbeholdt "*særlige tilfeller*".

6. VURDERING AV UTSATT IVERKSETTING

Departementet vil i det følgende ta stilling til Tele2 og Network Norways anmodning om utsatt iverksetting av prisregulering 1. juli 2012 som fastsatt i departementets vedtak 11. mai 2011. Beslutningen om det skal gis utsatt iverksetting, må baseres på en konkret vurdering av de foreliggende faktiske og rettslige forhold i den enkelte sak. Avgjørelsen av spørsmålet om utsatt iverksetting er underlagt forvaltningen frie skjønn.

Ved vurderingen av om det skal gis utsatt iverksetting vil et sentralt moment være hvilken betydning det har for Tele2 og Network Norway at prisreduksjonen 1. juli 2012 opprettholdes. Det må foretas en interesseavveining mellom på den ene siden hensynet til de plikter Tele2 og Network Norway ilegges, og på den andre siden hensynet til tredjeparter og de offentlige interesser av å gjennomføre prisnedjusteringen. 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 av omgjøringsaken.

I departementets vedtak 11. mai 2011 er det fastsatt trinnvis reduksjon av termineringsprisen for blant annet Tele2 og Network Norway frem til 31. desember 2013. Neste prisnedsettelse skal skje 1. juli 2012, og deretter ny prisnedsettelse fra 1. januar 2013. Departementet tar sikte på å fatte vedtak i klagesaken før 1. januar 2013. Departementet vil av den grunn kun ta stilling til spørsmålet om utsatt iverksetting knyttet til prisnedsettelsen som skal skje 1. juli 2012. Departementet vil på eget initiativ kunne ta stilling til spørsmålet om eventuell utsatt iverksetting av prisnedsettelse fra 1. januar 2013, for det tilfelle at departementets avgjørelse ikke vil foreligge innen den tid.

6.1. ØKONOMISK TAP OG ANDRE VIRKNINGER FOR TELE2 OG NETWORK NORWAY

Bortfall av potensielle inntekter fra mobilterminering for Tele2 og Network Norway ved å la prisjustering 1. juli 2012 i departementets vedtak 11. mai 2011 tre i kraft som planlagt, utgjør i underkant av NOK 90 millioner frem til nyttår. Beregningen er basert på reelle trafikk tall for 2011 hentet fra Post- og teletilsynets statistikk. På samme måte som i departementets vedtak av 11. mai 2011 er det ikke lagt til grunn volumvekst for perioden frem til nyttår. Det potensielle bortfallet av inntekter fra mobilterminering for annet halvår 2012 utgjør i underkant av fem prosent av den ytterligere merinntekt selskapene har anmodet om å få ved en utbygging til landsdekning.

Den negative økonomiske effekten for Tele2 og Network Norway er betinget av at det gjøres vedtak om ytterligere merinntekt for å finansiere et landsdekkende nett. Dersom et slikt vedtak ikke blir fattet, vil den økonomiske effekten være null.

Det relativt beskjedne omfanget av det potensielle inntektsbortfallet, og muligheten for at det ikke vil være noe inntektsbortfall i det hele tatt, taler mot å gi utsatt iverksetting.

6.2. IRREVERSIBILITET

Et sentralt moment i vurderingen av om prisjusteringen skal utsettes inntil endelig avgjørelse om omgjøring foreligger, er om prisreduksjonen medfører en uopprettelig, irreversibel situasjon for Tele2 og Network Norway.

Tele2 og Network Norway har anført at virkningen av en nedjustering medfører at et fremtidig omgjøringsvedtak som innebærer videreføring av asymmetriske priser utover gjeldende regulering, vil vanskeliggjøres. Selskapene mener at dersom en prisreduksjon gjennomføres 1. juli og det senere fastsettes et høyere pristak, vil det være nesten umulig å reversere dette gjennom krav om etterbetaling til samtrafikkpartnerne.

Departementet viser til at termineringsprisene fortsatt vil være asymmetriske selv etter prisreduksjonen 1. juli 2012. Departementet har vurdert det slik at det vil være mulig å forlenge perioden med asymmetriske priser slik at det "inntektstap" nedjusteringen medfører, kan rettes opp i ny reguleringsperiode. En beslutning om ikke å gi utsatt iverksetting vil således ikke være irreversibel.

6.3. PRIVATE PARTERS INTERESSER

Når det gjelder virkningen for sluttbrukerne av prisnedsettelsen som skal iverksettes fra 1. juli 2012, er utgangspunktet at reduserte termineringspriser vil kunne medføre at sluttbrukerne får redusert sine utgifter til mobiltelefoni. Dette taler etter departementets syn mot å skulle gi utsatt iverksetting.

Departementet kan imidlertid ikke med sikkerhet forutsi utviklingen i sluttbrukerprisene. Mobiltilbyderne kan velge å rebalansere sine sluttbrukerpriser for å kompensere for deler av inntektsbortfallet på termineringssiden. 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 mobilnettet. I lys av denne usikkerheten er departementet kommet til at interessen til sluttbrukerne likevel ikke kan tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av om utsatt iverksetting skal gis i dette tilfellet.

Interessen til øvrige berørte parter må også hensyntas ved vurderingen av om utsatt iverksetting skal gis. Dersom det gis utsatt iverksetting av prisnedsettelsen 1. juli i år vil dette innebærer økte kostnader til terminering for øvrige aktører i markedet. De økte kostnadene for terminering på i underkant av NOK 90 millioner, vil tilsvare de økte merinntektene for Tele2 og Network Norway ved utsatt iverksetting. Selv om departementet legger til grunn at belastningen av å betale termineringspriser i et større omfang enn det er lagt opp til etter gjeldende regulering vil kunne bli påført sluttbrukerne, kan det ikke utelukkes at også tilbyderne vil oppleve et tap.

Videre viser departementet til at de øvrige aktørene i markedet har innrettet seg i tillit til departementets vedtak av 11. mai 2011. Departementet mener at hensynet til forutberegnelighet for de øvrige aktørene i markedet må tillegges vekt ved vurderingen av om det skal gis utsatt iverksetting i dette tilfellet, og viser særlig til den tid som er gått siden endelig vedtak i klagesaken ble fattet. Etter departementets syn taler dette mot utsatt iverksetting.

Departementet er på bakgrunn av dette kommet til at hensynet til private parters interesser i denne saken taler mot å gi utsatt iverksetting.

6.4. OFFENTLIGE INTERESSER

Hensynet til offentlige interesser skal tillegges vekt ved vurderingen av om utsatt iverksetting skal gis. Departementet viser til at målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier at termineringsprisene bør bevege seg mot et nivå som reflekterer de underliggende kostnadene til en effektiv tilbyder, og at prisen skal ned på et langsiktig riktig prisnivå. Dette taler isolert sett mot at utsatt iverksetting gis i dette tilfellet.

Departementet viser til at gjeldende regulering har lagt til rette for utbygging av et tredje mobilnett med en befolkningsdekning på 75 prosent, og mener at hensynet til offentlige interesser er ivaretatt ved gjeldende prisbane og den planlagte prisreduksjon i termineringsprisen 1. juli 2012. Selv om det skulle være i den offentlige interesse at selskapet bygger dekning utover 75 prosent, er det for departementet for tidlig å ta stilling til om det er i den offentlige interesse å tilgodese selskapene med ytterligere merinntekt utover den gjeldende reguleringen før departementet har fått realitetsvurdert saken.

Samlet sett er departementet kommet til at hensynet til offentlige interesser i denne saken taler mot utsatt iverksetting av prisreduksjonen 1. juli 2012.

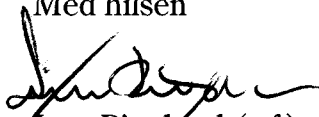
6.5. FORELØPIG VURDERING AV OMGJØRINGSSAKEN

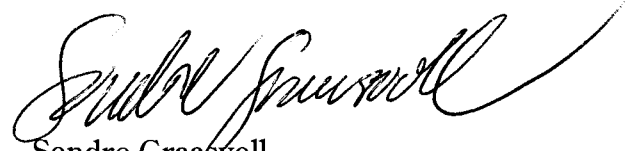
Ved vurderingen av om utsatt iverksetting skal gis kan det være relevant å legge vekt på hva som antas å bli utfallet i klagebehandlingen. Post- og teletilsynets innstilling på klage(r) på vedtaket 26. juni 2012 er ikke formelt oversendt departementet for klagebehandling, og klagefristen utløper først tre uker fra vedtaket er mottatt. Samferdselsdepartementet vil derfor ikke foreta en foreløpig vurdering av sannsynlig utfall i en eventuell klagesak på nåværende tidspunkt.

7. BESLUTNING

Samferdselsdepartementet finner etter en samlet skjønnsmessig avveining av det ovennevnte ikke grunnlag for å etterkomme Tele2 og Network Norways anmodning om utsatt iverksetting av prisregulering 1. juli 2012, jf. forvaltningsloven § 35.

Med hilsen


Jørn Ringland (e.f.)
avdelingsdirektør


Sondre Graasvoll
Førstekonsulent

Kopi
Post- og teletilsynet