



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

POST- OG TELETILSYNET
SAKSNR: 0906788-195
29 NOV. 2011
KODE
S.beh.

Post- og teletilsynet

Postboks 93
4791 LILLESAND

Deres ref

Vår ref

Dato

10/1760- KSK/SGR

25.11.2011

Oversendelse av anmodning fra Tele2

Det vises til vedlagte brev fra Tele2 og Network Norway 19. september 2011 med anmodning om omgjøring av Samferdselsdepartementets vedtak 11. mai 2011 vedrørende regulering av termineringspriser og fastsettelse av nye maksimalpriser for perioden 1. januar 2011 til og med 31. desember 2013. Vedlagt er også rapporten "3 eller 2,75 mobilnett i Norge?" av Øystein Foros og Frode Steen som Tele2 og Network oversendte 5. oktober d.å. til støtte for sin anmodning.

Bakgrunn

Høsten 2007 inngikk Tele2 avtale med Network Norway om kjøp av halvparten av aksjene i nettselskapet AMI, senere Mobile Norway AS. Det ble samtidig kjent at Tele2 og Network Norway, gjennom det felleseide nettselskapet, ville bygge et tredje mobilnett i Norge.

Post- og teletilsynet fattet 17. november 2008 vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og ileggelse av særskilte forpliktelser i marked 16 (nå marked 7). Vedtaket ble påklaget. Samferdselsdepartementet fastholdt tilsynets vedtak overfor øvrige tilbydere vedtaket rettet seg mot, men endret 19. mai 2009 glidebanen (maksimalprisutviklingen) for Network Norway og Tele2. Til grunn for departementets mer lempelige prisregulering av de to nye nettutbyggerne var ønske om å legge til rette for etableringen av et tredje mobilnett som kan være en reell konkurrent til dagens to nettilbydere.

Post- og teletilsynet fattet 27. september 2010 nytt vedtak i marked 7. Vedtaket ble påklaget. Departementet stadfestet tilsynets vedtak 11. mai 2011 (vedtaket), med unntak av en justering av glidebanen for Network Norway og Tele2. Begrunnelsen for departementets endring av termineringsprisene var hensynet til forutsigbarhet og

Postadresse:
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse:
Akersg. 59
www.regjeringen.no/sd

Telefon
22 24 90 90 / 22248353
Org. nr.:
972 417 904

Luft- post- og
teleavdelingen
Telefaks:
22 24 56 09

Saksbehandler:
Karin Skyllingstad
22 24 83 09

behovet for å sikre at selskapene ble gitt mulighet til å opptjene merinntekt tilsvarende investeringskostnaden som ble lagt til grunn i 2009-vedtaket.

Den 12. september d.å. ble det kjent at Tele2 har kjøpt Network Norway. Gjennom oppkjøpet oppnår Tele2 100 prosent eierskap i nettselskapet Mobile Norway.

Begrunnelsen for anmodningen

Tele2 og Network Norway begrunner anmodningen om omgjøring hovedsakelig med at forutsetningene lagt til grunn for departementets vedtak i 2009 og 2011 er endret. Tele2 og Network Norway har nå vedtatt en plan om å bygge et tredje landsdekkende mobilnett med 98 prosent befolkningsmessig dekning, og ikke 75 prosent dekning slik Samferdselsdepartementet har lagt til grunn i sine tidligere vedtak. Bakgrunnen for beslutningen er at et mobilnett med befolkningsmessigdekning på 75 prosent, etter Tele2 og Network Norways vurdering, ikke er tilstrekkelig for å utgjøre et tredje konkurransedyktig mobilnett. Et konkurransedyktig tredje mobilnett må, slik Tele2 og Network Norway ser det, være så stort at det ikke lenger er avhengig av tilgang til NetCom og/eller Telenors mobilnett. Dette nødvendiggjør en ytterligere utbygging utover 75 prosent.

Tele2 og Network Norway viser til at det blant annet vil bero på om departementet endrer den vedtatte prisreguleringen, om planen om en ytterligere utbygging skal gjennomføres. Den samfunnsøkonomiske kostnaden ved en eventuell endring av termineringsprisene for Tele2 og Network Norway, vil etter selskapenes vurdering oppveies helt – og overgås vesentlig – av de gevinster som samfunnet oppnår med et sterkere tredje mobilnett. Det pekes blant annet på at de positive gevinstene for forbrukerne og for grossistmarkedet ved sterkere innovasjonstakt og priskonkurranse. Den siste tids hendelser med flere utfall av de to etablerte mobilnettene, illustrerer etter selskapenes oppfatning også at det tredje nettet har sikkerhetsmessige aspekter ved seg. Videre vil etablering av et tredje nett bidra til oppnåelse av formålet med ekomloven og samtidig redusere behovet for å opprettholde den særnorske reguleringen av tidligere marked 15 (tilgang til mobilnett).

Departementets vurdering

Målet om å få etablert et tredje mobilnett som kan være en fullverdig konkurrent til dagens to nettilbydere, har lenge vært viktig i norsk mobilregulering. I departementets termineringsprisvedtak fra mai 2009, som danner grunnlaget for den mer lempelige reguleringen av Tele2 og Network Norway, ble det lagt opp til en asymmetrisk regulering av termineringsprisene for å bidra til utbygging av et fullverdig tredje mobilnett. Departementet anla som styringsmål at merinntektene fra terminering for de nye nettutbyggerne skulle tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett. Det var departementets vurdering at et mobilnett som skal dekke 75 prosent av befolkningen ville kunne utgjøre et konkurransedyktig tredje mobilnett. Departementet la blant annet til grunn *"at nettutbyggernes forretningsplaner er basert på*

en kommersiell vurdering av hva som er optimal utbyggingsgrad med henblikk på etablering av et konkurransedyktig tredje mobilnett. Departementet anser utbyggingsgraden som er lagt til grunn i forretningsplanen til Mobile Norway (...) som tilstrekkelig for å oppnå riktig balanse mellom egenproduksjon og leie av kapasitet hos andre tilbydere ved nasjonal roaming.”¹ Asymmetrisk regulering ut over den tidsperioden som er nødvendig for å sikre utbygging av et tredje nett, ble ikke ansett som aktuelt. Det fremgår imidlertid også av vedtaket at ”dersom Network Norway viser evne og vilje til å bygge et nett med dekning utover 75 prosent, vil det senere kunne vurderes om dette skal gjenspeiles i termineringsprisen i en lengre periode.”²

I tilsynets vedtak fra september 2010, med departementets påfølgende klagevedtak fra mai 2011, følges den vedtatte mer lempelige reguleringen av Tele2 og Network Norway opp, samtidig som den også videreføres inn i neste reguleringsperiode. Her fremgår det blant annet 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.”³

Omgjøringsadgangen

Regler for omgjøring av vedtak utenfor klagesak fremgår av forvaltningsloven § 35. I hovedsak følger det av § 35 første, annet og tredje ledd at gyldige enkeltvedtak kan omgjøres basert på en interesseavveining der hensynet til de vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser, veies mot interessene til andre privatpersoner eller offentlige interesser. Tele2 og Network Norway har i sin anmodning vist til omgjøringsadgangen etter forvaltningslovens § 35 femte ledd. Omgjøringsadgangen etter femte ledd er ikke bundet av de begrensninger som følger av første, annet og tredje ledd. Etter forvaltningslovens § 35 femte ledd kan myndigheten omgjøre vedtaket dersom endringsadgangen følger ”av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler”.

Departementet viser til at vedtaket fra 11. mai 2011 oppstiller en rekke slike endrings/omgjøringsgrunner. Blant annet slår vedtaket fast at det vil ”måtte foretas en konkret vurdering” 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. Det vises videre til punkt 7 i vedtaket der det fremkommer at ”Maksimal termineringspris kan også endres innenfor reguleringsperioden til gunst eller ugunst for Network Norway og Tele2 dersom reell trafikkutvikling eller investeringskostnad blir vesentlig ulik fra forutsetninger som ligger til grunn for dette vedtaket.” Videre fremgår det av vedtaket at det kan endres dersom ”det finner sted konsolideringer og eller strukturelle

¹ Samferdselsdepartementets vedtak 19. mai 2009, side 23.

² Ibid, side 25.

³ Samferdselsdepartementets vedtak 11. mai 2011, side 31.

endringer som berører selskapene.” Etter departementets syn følger det således klart av vedtaket at det kan endres dersom visse forutsetninger inntreffer.

På tidspunktet for departementets vedtak forelå verken konkrete planer for en videre utbygging eller konkrete anførsler om at et mobilnett med en befolkningsmessig dekning på 75 prosent ikke ville være tilstrekkelig til å utgjøre en konkurransedyktige tredje mobilnett. Tele2 og Network Norway har vedlagt sin anmodning om omgjøring, fremlagt en rapport utarbeidet av Foros og Steen som fremsetter argumenter for at et mobilnett med 75 prosent befolkningsmessigdekning ikke er tilstrekkelig til å kunne utgjøre et konkurransedyktig mobilnett, og har på denne bakgrunn fremlagt en plan om å bygge et tredje landsdekkende mobilnett med 98 prosent befolkningsmessig dekning. Det foreligger således konkrete planer for videre utbygging som myndigheten kan ta stilling til.

Hvem bør vurdere om det skal omgjøres

Departementet viser til at et vedtak om omgjøring av enkeltvedtak vil utgjøre et nytt enkeltvedtak⁹. En eventuell omgjøring av vedtaket i Tele 2 og Network Norways favør vil kunne få betydelige økonomiske konsekvenser for andre markedsaktører. Spørsmålet som reises av Tele 2 og Network Norway har ikke tidligere vært vurdert. Det er derfor viktig at ekomlovens system ved pålegg om prisregulering følges. Dette inkluderer høring av interesserte aktører, jf. § 9-2 og harmonisering av virkemiddelbruk på europeisk nivå, jf. § 9-3. I § 9-3 tydeliggjøres at endringer i virkemiddelbruken skal følge en prosedyre der begrunnet utkast til vedtak sendes til EFTAs overvåkningsorgan for konsultasjon med sikte på europeisk harmonisering.

Konsultasjonsprosedyren som skal sikre en mest mulig harmonisert markedsregulering i det indre marked, følger av direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet) artikkel 7. Direktivet er tatt inn i EØS-avtalen vedlegg XI punkt 5cl. Det fremgår her at nasjonale reguleringsmyndigheter skal konsultere hverandre og Kommisjonen/ESA på enkeltvedtaksnivå ved blant annet pålegg av nye eller endrede virkemidler. Post- og teletilsynet er ansvarlig for denne konsulteringen for Norges vedkommende. Samferdselsdepartementet som klageinstans på enkeltvedtak fattet av Post- og teletilsynet, jf. ekomloven § 11-6, forvaltningsloven § 28 og rammedirektivet artikkel 4, legger ikke opp til en ny konsultering i klagerunden fordi spørsmålene som vurderes i klageomgangen allerede er hørt hos ESA tidligere i prosessen. Departementet har derfor ingen rolle i den europeiske harmoniseringsrunden.

Spørsmålet om høyere termineringspriser på det grunnlag som anføres av Tele 2 og Network Norway er ikke behandlet tidligere, berørte parter er ikke hørt, og ESA har

⁹ Jf. Woxholt kommentarutgave til forvaltningsloven § 35 s. 566 (5. utgave 2011) Eckhoff og Smith Forvaltningsrett (9. utgave 2010) s 336, Frihagen (2. utgave 2010) s. 321.

ikke fått uttalt seg. Dersom departementet skulle ta stilling til dette spørsmålet gjennom en omgjøring av eget vedtak, så vil departementet ta stilling i første instans. Dette vil kreve en konsultasjon som dagens system ikke legger opp til. Det forutsettes at tilsynet forestår slik konsultering. Det er derfor tilsynet som bør ta stilling til det fremlagte spørsmålet i første hånd. Dette vil også tilfredsstillende ekomlovens alminnelige to-instans system.

Det kan stilles spørsmål til om Post- og teletilsynet har kompetanse til å omgjøre departementets vedtak av 11. mai 2011 siden vedtaket er fattet av overordnet klagemyndighet. Departementet viser til at det følger av 11. mai-vedtaket at det er "myndigheten" som kan omgjøre, jf. punkt 7 tredje siste og nest siste avsnitt. "Myndigheten" henspeiler på lovens myndighetsbegrep, jf. § 1-4. Det følger av § 1-4 at myndigheten er Kongen, departementet og Post- og teletilsynet. Det kan på denne bakgrunn ikke være tvilsomt at Post- og teletilsynet har kompetanse til å omgjøre vedtaket av 11. mai 2011.

Konklusjon

Det er departementets vurdering at en så omfattende og viktig sak som denne, bør følge ekomlovens alminnelige saksgang for pålegg av virkemidler. Saken oversendes derfor Post- og teletilsynet for behandling i førsteinstans. Dette vil sikre at saken utredes på vanlig måte, at virkemiddelbruken følger EØS-avtalens system for harmonisering, og at berørte aktører som ønsker det kan benytte den alminnelige klageadgangen etter ekomloven § 11-6.

Omfanget av Post- og teletilsynets omgjøringskompetanse

Når det gjelder omfanget av tilsynets kompetanse vises til vedtaket der det fremgår at:

*"Det vil være å forskuttere utfallet av en fremtidig vurdering dersom departementet allerede nå skulle varsle opprettholdelse av asymmetriske termineringspriser utover gjeldende reguleringsperiode for det tilfelle at selskapene på et senere tidspunkt skulle forplikte seg til en ytterligere utbygging. Det vil kunne føre til en uheldig forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet. Før Mobile Norway har fullført første trinn av utbyggingen, ser ikke departementet det som hensiktsmessig å ta stilling til spørsmålet om videre asymmetri"*¹⁰.

Den vedtatte reguleringen av Tele2 og Network Norway forutsetter at den planlagte utbyggingen opp til 75 prosent ferdigstilles innenfor gjeldende reguleringsperiode. Forutsetningen for vedtaket var at et nett opp til 75 prosent ville utgjøre et konkurransedyktig nett. Dersom det viser seg på et senere tidspunkt at et mobilnett med 75 prosent dekning ikke kan utgjøre et konkurransedyktig nett, kan myndigheten imidlertid vurdere en endring i gjeldende regulering. Post- og teletilsynet har derfor

¹⁰ Samferdselsdepartementets vedtak 11. mai 2011, side 31.

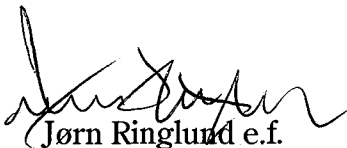
etter departementets oppfatning, kompetanse til å omgjøre vedtaket dersom tilsynet finner at forutsetningene er tilstede.

Beslutning

Departementet oversender saken til Post- og teletilsynet for videre behandling.

Departementet ber tilsynet om å foreta en konkret vurdering og fatte et vedtak med en utfyllende begrunnelse. Av hensyn til glidebanen bes Post- og teletilsynet om å treffe avgjørelsen i god tid før prisnedsettelsen 1. juli 2012.

Med hilsen



Jørn Ringlund e.f.



Karin Skyllingstad

Kopi til: Tele2 Norge AS