

Samferdselsdepartementet
Avdeling for luft, post og tele – Post og teleseksjonen
v/ Christina Christensen
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Oslo, 18. mai 2012

ANMODNING OM UTSATT IVERKSETTING AV PRISJUSTERING PR. 1. JULI 2012 I SAMFERDSELSDEPARTEMENTETS VEDTAK 11. MAI 2011

1 Bakgrunn

Legalteam advokatfirma DA representerer Tele2 Norge AS ("Tele2") og Network Norway AS ("Network Norway"). Vi viser til tidligere korrespondanse i saken, senest vårt brev til Post- og teletilsynet ("PT") av 16. mars 2012 der selskapene supplerte tidligere anførsler og kommenterte høringsinnspill fra andre aktører.

Som kjent anmodet Tele2 og Network Norway i brev 15. september 2011 om at Samferdselsdepartementet ("SD") omgjør pristaksreguleringen i vedtak 11. mai 2011 ("Anmodningen") på bakgrunn av planen om å bygge et landsdekkende nett. I oversendelsesbrevet til PT 25. november 2011 understreket departementet at tilsynet måtte fatte en beslutning raskt:

"Av hensyn til glidebanen bes Post- og teletilsynet om å treffe avgjørelsen i god tid før prisnedsettelsen 1. juli 2012."

PT signaliserte for kort tid siden resultatene av tilsynets arbeid med nevnte anmodning forventes å bli bekjentgjort i uke 26, dvs. siste uken i juni 2012.¹ Tilsynet har allerede brukt nesten seks måneder på å behandle Anmodningen. Hensyntatt behovet for høring av varsel om vedtak, notifisering til ESA og eventuelle klagerunde vil altså et vedtak fra PT ikke foreligge "i god tid før prisnedsettelsen".

Som det fremgår av Anmodningen har Tele2 og Network Norway bedt om at myndighetene fastsetter nye termineringspriser for selskapene. Formålet med en videreføring av asymmetriske termineringspriser er å finansiere utbyggingen av et tredje landsdekkende nett. Skulle prisnedsettelsen 1. juli 2012 som følger av vedtaket 11. mai 2011 gjennomføres uten at myndighetene har hatt anledning til å foreta en realitetsbehandling av Anmodningen, vil et vedtak som innebærer fortsatt asymmetriske termineringspriser bli vesentlig vanskeliggjort.

Behovet for en utsettelse av den vedtatte prisreduksjonen 1. juli 2012 gjelder i prinsippet uavhengig av hvilken materiell konklusjon PT skulle komme til i saken så lenge det ikke treffes et vedtak i god tid før 1. juli 2012. Vi antar at det er dette som ligger til grunn for SDs angivelse av tidsrammen for PTs behandling.

Ettersom PT ikke vil bekjentgjøre resultatet av tilsynets arbeid før siste uke i juni, anmoder Tele2 og Network Norway SD om å utsette iverksetting av fremtidige pristak i vedtak 11. mai 2011 inntil

¹ PT har bekreftet dette i e-post 18. mai 2012.

myndighetene har tatt stilling til om omgjøring kan skje, enten gjennom PTs vedtak eller i tilfelle vedtaket blir påklaget, gjennom vedtak fra SD.

2 Myndighetene har kompetanse til å utsette iverksetting

Normalt trer enkeltvedtak i kraft straks de er truffet. Forvaltningsloven åpner likevel for at forvaltningsorgan kan utsette iverksettingen av rettigheter og forpliktelser. To rettsgrunnlag er aktuelle i denne saken.

Forvaltningsloven § 35 gir forvaltningsorgan kompetanse til å beslutte utsatt iverksetting dersom vilkårene for omgjøring er til stede. Dette fremgår blant annet av lovgivers uttalelser om tolkningen av forvaltningsloven. I Ot.prp.nr 75 (1993-1994) uttaler departementet:²

"19 Utsatt iverksetting av vedtak

19.1 INNLEDNING

Som hovedregel kan enkeltvedtak iverksettes straks de er truffet. Unntak kan følge av særskilt lovbestemmelse. Videre vil forvaltningen, når vilkårene for omgjøring uten klage er til stede (jf fvl § 35), kunne utsette iverksettingen inntil det er bestemt om omgjøring skal skje. Etter fvl § 42 har dessuten forvaltningen en generell adgang til å utsette iverksettingen av et enkeltvedtak i forbindelse med klage og søksmål." [vår understrekning]

Samme synspunkt er gjengitt i Innst. O. nr. 4 (1994-1995):³

"18. UTSATT IVERKSETTING AV VEDTAK

Som hovedregel kan enkeltvedtak iverksettes straks de er truffet. Når vilkårene for omgjøring er tilstede, kan forvaltningen utsette iverksettelsen inntil det er bestemt om omgjøring skal skje. Det er også adgang til å utsette iverksettelsen i forbindelse med klage og søksmål." [vår understrekning]

Grunnlaget for denne lovforståelsen er at det forvaltningsorgan som har kompetanse til å omgjøre vedtaket også bør kunne beslutte at vedtaket ikke kan gjennomføres før det er avgjort om vedtaket skal omgjøres. Når et forvaltningsorgan kan beslutte å utsette iverksetting ved klage er det videre nærliggende at myndighetene har samme kompetanse dersom det er snakk om en omgjøring etter fvl. § 35. Regelsettene søker å fremme det samme formålet:⁴

"Adgangen for overordnet forvaltningsorgan til å beslutte omgjøring – uavhengig av klage fra noen med anerkjent klagerett – har særlig betydning ved å gi de overordnede organer et kontrollmiddel og mulighet til å gripe inn når de blir merksam på at loven blir praktisert på en ulovlig, urimelig, uheldig eller uensartet måte. Ordningen har i så måte til dels samme misjon og tjener samme formål som klageinstituttet. Den vil også kunne supplere dette institutt i konkrete saker der klageadgangen er stengt, enten fordi klagefristen er ute, fordi klagemulighetene er uttømt (jfr. § 28 første ledds annet punktum) eller fordi den eller de misnøydte ikke har status som gir dem formell klagerett."

Adgangen til å beslutte utsatt iverksetting som ledd i en omgjøringsvurdering, tilligger i det forvaltningsorgan som har omgjøringskompetansen.

Forvaltningsloven § 42 fastsetter at "underinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort." Det er sikker rett at bestemmelsen gir forvaltningsorgan kompetanse til å gi utsettelse der en av partene har påklaget avgjørelsen. Ordlyden er ikke til hinder for at forvaltningsorgan gir utsatt iverksetting også i andre tilfeller.

PTs vedtak av 27. september er bygget opp slik at det fra vedtakstidspunktet ikke inntreer noen direkte virkning som følge av pristaket. Vedtaket inneholder konkrete prisjusteringer på gitte fremtidige tidspunkt, første gang 1. januar 2011 og deretter med 6 måneders intervaller. Det

² Se side 53.

³ Se side 10.

⁴ Se Ot.prp.nr. 38 (1964 – 1965) side 110.

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. Dette innebærer at myndighetene også må kunne ta stilling til å utsette iverksettelsen av de enkelte prisjusteringene som vedtaket fastsetter.

3 Vilkårene for å kunne gi utsatt iverksetting av pristaket i vedtak 11. mai er oppfylt

Forvaltningsloven § 42 oppstiller ingen særskilte vilkår for at "underinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ" kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes. Som det fremgår over forutsetter forvaltningsloven § 35 til sammenlikning at "vilkårene for omgjøring uten klage" må være til stede".

Vilkåret for å kunne omgjøre etter forvaltningsloven § 35 femte ledd er vedtaket selv eller alminnelige forvaltningsrettslige regler hjemler en omgjøring.

SD legger i oversendelsesbrevet til PT 25. november 2011 til grunn at myndighetene i denne saken har kompetanse til å revurdere prisreguleringen uten klage, jf. forvaltningsloven § 35 femte ledd. Dette baserer seg på at vedtaket selv åpner for endringer. På side 3 i brevet fremgår det:

"Etter forvaltningsloven § 35 femte ledd kan myndighetene 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 75 prosent ikke er tilstrekkelig for å utgjøre et tredje konkurransedyktig mobilnett. [...] Etter departementets syn følger det således klart av vedtaket at det kan endres dersom visse forutsetninger inntreffer."

Videre uttaler departementet på side 4 i brevet av 25. november 2011 at:

"På tidspunktet for departementets vedtak forelå verken konkrete planer for videre utbygging eller konkrete anførsler om at et mobilnett med en befolkningmessig dekning på 75 prosent ikke ville være tilstrekkelig til å utgjøre et tredje konkurransedyktig 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 befolkningmessigdekning 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 befolkningmessig dekning. Det foreligger således konkrete planer for videre utbygging som myndighetene kan ta stilling til". (våre understrekninger)

Ettersom myndighetene har adgang til å vurdere om de ønsker å omgjøre vedtaket, er vilkårene for omgjøring uten klage dermed til stede. Hvorvidt myndighetene skulle mene at det er hensiktsmessig å benytte seg av denne kompetansen eller ikke, vil ikke være nødvendig å ta stilling til i forhold til spørsmålet om å utsette iverksettelsen inntil et endelig omgjøringsvedtak er truffet. Som nevnt ovenfor er behovet for utsatt iverksettelse begrunnet i at det materielle innholdet i et vedtak vil vanskeliggjøres dersom nedtrappingen av selskapenes termineringspriser gjennomføres 1. juli 2012. SD trenger derfor ikke ta stilling til dette spørsmålet i for å vurdere Tele2s og Network Norways anmodning om utsatt iverksetting ut over en sannsynlighetsvurdering.

Som et alternativ til å beslutte utsatt iverksetting kan forvaltningen i denne saken fatte et midlertidig endringsvedtak (før 1. juli) som gjelder inntil nytt formelt vedtak avgjør om maksimalprisene skal justeres. Et slik "hastevedtak" i form av en midlertidig avgjørelse vil i realiteten innebære et tidsbegrenset vedtak hvor det lempes på kravene til utredning, høring, forhåndsvarsel mv. Ekomloven åpner for at myndighetene fatter en avgjørelse der visse elementer i den ordinære saksbehandlingen utsettes. Forutsetningen er at disse tas igjen i den etterfølgende behandlingen.

Ekomloven § 9-3 tredje ledd fastsetter:

"Når det av hensyn til å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser er behov for en rask avklaring, kan det treffes vedtak uten forutgående konsultasjon

Bestemmelsen bygger på aksessdirektivet art 7 nr. 6, som lyder:

"In exceptional circumstances, where a national regulatory authority considers that there is an urgent need to act, by way of derogation from the procedure set out in paragraphs 3 and 4, in order to safeguard competition and protect the interests of users, it may immediately adopt proportionate and provisional measures."

Det ligger derfor innenfor myndighetenes kompetanse å fatte et vedtak om utsettelse. Det kan imidlertid ikke være tvil om så langt vilkårene er oppfylt, må en midlertidig suspensjon av det vedtatte pristaket pr. 1 juli 2012 også anses å ligge innenfor det det kan fattes vedtak om.

Vilkårene for å suspendere prisnedsettelsen 1. juli 2012 på bakgrunn av ekomloven § 9-3, jf. aksessdirektivet art 7 nr. 6 er oppfylt. Det er påkrevet at myndighetene i denne saken handler raskt for å sikre konkurransen og beskytte sluttbrukernes interesser. Som det fremgår av Anmodningen er det nå klart at 75 % utbygging ikke vil sikre et konkurransedyktig tredje mobilnett. SD forutsetter for øvrig selv i sitt vedtak at § 9-3 tredje ledd kan benyttes ved manglende utbygging og påfølgende omgjøring til ugunst for Tele 2.⁵

4 SD bør etterkomme anmodning om å gi utsatt iverksetting

SD har i denne saken adgang til å utsette prisnedsettelsen 1. juli 2012 inntil myndighetene har tatt stilling til om de vil endre reguleringen. Hvorvidt SD ønsker å benytte seg av kompetansen ligger innenfor forvaltningens frie skjønn. SD har beskrevet utgangspunktet for vurderingen i flere saker relatert til forvaltningsloven § 42:⁶

"Beslutningen om det skal gis utsatt iverksetting må baseres på en konkret vurdering av de foreliggende faktiske og rettslige forhold. Avgjørelsen er underlagt forvaltningens frie skjønn, og vil bero på en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle."

Departementet har i tidligere praksis pekt på en rekke forhold som bør vektlegges, herunder muligheten for å reversere prisreduksjoner gjennom etterberegninger, tap for den som reguleres, private parters interesser, offentlige interesser, og det sannsynlige utfallet av saken. Tele2 og Network Norway antar at det er relevant å foreta den samme vurderingen uansett rettslig grunnlag.

Tele2 og Network Norway vil anføre at det mest tungtveiende hensynet er at et fremtidig vedtak som samsvarer med anmodningen og legger til grunn fortsatt asymmetri som gir merinntekter som fastsettes ut fra en vurdering av investeringskostnadene for å legge til rette for et bærekraftig tredje landsdekkende nett vil bli vesentlig vanskeliggjort dersom nedtrappingen gjennomføres 1. juli 2012. En prisreduksjon vil derfor kunne begrense utfallet av saksbehandlingen. Dette taler for å utsette iverksettelse av prisjusteringen 1. juli 2012.

Dersom prisreduksjonen gjennomføres 1. juli og det senere fastsettes et høyere pristak, vil det være nesten umulig å reversere dette gjennom krav om etterbetaling til samtrafikkpartnerne. Vi viser her til departementets tidligere vurdering av reversibilitet av en nedjustering og at hensynet til reversibilitet ikke tillegges vekt i retning av å ikke gi utsatt iverksettelse.⁷

Prisreduksjon 1. juli 2012 innebærer et betydelig inntektstap for både Tele2 og Network Norway. Dersom selskapene må innrette seg etter denne nedsettelsen, vil det svekke selskapenes evne til å etablere et tredje landsdekkende nett. En videreføring av asymmetri på dagens nivå er en sentral forutsetning dersom Tele2 og Network Norway skal være i stand til å finansiere utbygging utover 75 % innenfor en fornuftig tidshorisont.

Hensynet til andre private parter er ikke noe tungtveiende argument for å unnlate å gi utsatt iverksetting. Det er snakk om å beholde dagens priser i en kort mellomperiode inntil myndighetene har tatt stilling til spørsmålet om omgjøring. Offentlige hensyn taler samtidig sterkt for utsatt iverksetting. Utbygging av et tredje landsdekkende nett vil sikre bærekraftig konkurranse og en

⁵ Vedtaket, s. 44-45.

⁶ Se beslutning 15. Desember 2010 side 3. Dokumentet er tilgjengelig på http://www.regjeringen.no/pages/1969236/Tele2_klage_27sept.pdf.

⁷ Samferdselsdepartementets brev av 30. januar 2009, side 2 og 3.

betydelig samfunnsøkonomisk gevinst. Dette er beskrevet nærmere i Anmodningen samt rapporten fra CSMG.

Andre relevante forhold vil være at:

- at det vil være vanskelig å gjenopprette den skade som selskapene påføres dersom vedtaket om å redusere termineringsprisen iverksettes før anmodningen er avgjort og
- at krav til nedsetting av termineringspris mellom tilbydere med etterfølgende oppjustering av krav til termineringspris kan være samfunnsmessig ugunstig.

Som det fremgår over veier de hensyn som tilsier utsatt iverksettelse betydelig tyngre enn de som taler for en iverksettelse av prisreduksjonen 1. juli 2012.

5 Avsluttende kommentarer

På bakgrunn av det som er sagt over anmoder Tele2 og Network Norway om at SD utsetter prisnedsettelsen 1. juli 2012 i vedtaket av 11. mai 2011 for begge selskap inntil myndighetene har tatt stilling til om omgjøring kan skje.

Som det fremgår innledningsvis forutsatte SD i sin oversendelse til PT at det skulle foreligge et endelig vedtak "i god tid før prisnedsettelsen". Av hensyn til forutsigbarhet for alle aktørene i markedet ber vi SD ta stilling til anmodningen om utsatt iverksettelse så for som mulig. Det er nå klart at PT først kommer med en avklaring i uke 26, og Tele2 og Network Norway ber på bakgrunn av dette om at SD tar stilling til anmodningen om utsatt iverksettelse så snart som mulig og fortrinnsvis innen utgangen av mai.

Dersom SD har behov for ytterligere informasjon, ber vi om at Frode Lillebakken i Tele2 Norge AS eller undertegnede kontaktes.

Med vennlig hilsen
Per-Kaare Svendsen

Legalteam advokatfirma