

TIL: Samferdselsdepartementet
Post- og teletilsynet

1 Innledning

Legalteam advokatfirma DA representerer Tele2 Norge AS ("Tele2") og Network Norway AS ("NwN").

Vi viser til Post- og teletilsynet ("PT") vedtak av 26. juni 2012 ("Vedtaket") vedrørende anmodning om endring av termineringspriser for Tele2 og NwN. Herved påklages PTs vedtak. Klagefristen er 3 uker fra vedtaksdato. Denne klagen er således rettidig. Klagen sendes både til PT og til Samferdselsdepartementet ("SD") jf. PTs vedtak avsnitt 303 og siden det er departementet som tar stilling til spørsmål om utsatt iverksettelse.

Grunnen til at klagen fremsettes raskt er at Tele2 og Network Norway også anmoder SD om å beslutte at prisjusteringen 1. juli 2012 utsettes inntil klagen er ferdig behandlet. Vi viser her til Tele2s og NwNs anmodning av 18. mai 2012 hvor SD anmodes om å utsette iverksettelsen av prisjusteringen pr. 1. juli 2012 som gjelder Tele2 og NwNs termineringspriser.

Klagen vil bli supplert med ytterligere faktiske og rettslige anførsler på et senere tidspunkt.

2 PTs vedtak av 26. juni 2011

PT har ikke funnet grunnlag for å videreføre asymmetrisk regulering av NwN og Tele2s termineringspriser ut over den periode som SD har fastsatt i vedtak 11. mai 2011, som følge av at selskapene skulle bygge et større mobilnett enn SD la til grunn i klagevedtaket. Tilsynet har følgelig ikke tatt anmodningen av 15. september fra Tele2 og Network Norway til følge.

PTs begrunnelse er i hovedsak:

1. PT mener at det ikke er samfunnsøkonomisk forsvarlig å subsidiere et landsdekkende tredje nett med asymmetriske termineringspriser. Tilsynet viser til at det ikke er enighet blant aktørene i bransjen om at de samfunnsøkonomiske analysene (fra CSMG) som Tele2 har fremlagt reflekterer virkeligheten. PT mener at selskapene argumentene ikke gir grunnlag for entydige konklusjoner om de samfunnsøkonomiske effektene ved videre utbygging av et tredje mobilnett som finansieres gjennom asymmetriske termineringspriser.

2. PT mener det optimale skjæringspunktet for optimal nettverksutruulling for det tredje nettet vil være mellom 85 % og 90 % (befolkningsdekning). Tilsynet har fått Analysis til å kartlegge kostnader, dekning, kapasitet og marginbilde. Nettverksanalysen viser at det er ledig kapasitet og at ytterligere investeringer kan innebære duplisering av kostnader. PT mener derfor at et tredje mobilnett med samme dekning som Telenor og NetCom ikke vil være optimal ressursutnyttelse.

3. Tilsynet mener i likhet med Tele2 at en dekning på 75 % ikke gir et konkurransedyktig tredje nett på grossistnivå. PT har foretatt en analyse av konkurransedyktigheten i sluttbrukermarkedet hovedsakelig basert på marginskvisanalyse. Tilsynets foreløpige analyser skal indikere at en tilbyder av en viss størrelse kan oppnå positive marginer basert på dagens avtalevilkår for nasjonal gjesting. PT uttaler at konkurranseevnen for et nett med 75 % dekning vil avhenge av fremtidige vilkår for nasjonal gjesting. Tilsynet konkluderer imidlertid med at eventuelle konkurranseproblemer som skyldes nasjonal gjesting bør adresseres gjennom eventuell videre regulering av marked 15.

6. PT mener å ha identifisert forhold som tilsier at NwN og Tele2 vil ha insentiver til videre utbygging ut over 75 % uten offentlig styrt subsidiering. Videre anfører tilsynet at utbygging og optimal tilpasning mellom å eie og leie infrastruktur må bero på selskapenes egne kommersielle vurderinger.

3 Klagens hovedbegrunnelse

Klagen gjelder dels PTs rettsanvendelse og dels tilsynets vurderingen av de skjønnsmessige forhold som er avgjørende for saken. Begrunnelsen for klagen er kort oppsummert nedenfor, men vil bli utdypet med ytterligere faktiske og rettslige anførsler. Vi tar derfor forbehold om justeringer og tillegg.

PT har lagt feil rettsanvendelse til grunn når tilsynet konkluderer med at et nett med 75 % dekning ikke vil være konkurransedyktig, samtidig som PT ikke vidererfører asymmetriske termineringspriser i en avgrenset periode. Dette er i realiteten det eneste effektive virkemiddel myndighetene har tilgjengelig for å sikre bærekraftig konkurranse i mobilmarkedet. Myndighetenes valg av regulatoriske virkemidler i markedet for tilgang og samtaleoriginering i mobilnett (markert 15) er ikke tilstrekkelig effektiv og følges ikke opp av PT på en effektiv måte. Fortsatt asymmetri vil være et relevant og tilstrekkelig virkemiddel for å sikre bærekraftig konkurranse i mobilmarkedet i tråd med formålsbestemmelsen i ekomlovens § 1-1. Det anføres videre at myndighetene plikter å sikre at forpliktelsene som myndighetene pålegger aktørene "skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse", jf. ekomlovens § 3-4, tredje ledd. PTs vedtak innebærer at denne plikten ikke er oppfylt.

PT har gjort feil i sin vurdering av samfunnsøkonomisk lønnsomt med tre landsdekkende nett. Tilsynet har begrenset saksbehandlingen til å påpeke enkeltstående elementer i CSMGs rapport og har ikke foretatt selvstendige beregninger, verken av gevinstpostene eller kostnadspostene. Tele2 og NwN ber derfor SD om å foreta en selvstendig vurdering av den samfunnsøkonomiske lønnsomheten av tre landsdekkende nett.

PT har videre gjort feil i vurderingen av konkurransesituasjonen i sluttbrukermarkedet. Tele2 og NwN mener det er sannsynlig at dette har påvirket vurderingen konkurransedyktigheten for et nett med 75 % befolkningsdekning. Tilsynet viser til at de har foretatt en marginskvisanalyse. Tele2 og NwN vil peke på at marginskvisvurderingene er basert på en marginskvismodell som PT har sendt på høring. Tele2 og NwN leverte høringskommentarer til marginskvismodellen 20. juni 2012. PT viser selv til at tilsynet ikke har tatt hensyn til viktige og prinsipielle forhold som Tele2 og NwN har påpekt i sitt høringssvar. Her påpeker selskapene en rekke feil i både modellen og i forutsetningene for modellen samt tilsynets forslag til anvendelse av marginskvistesten. Tele2 og NwN vil anføre at PT tar feil når de konkluderer med at marginskvistesten viser at en tilbyder av en viss størrelse kan oppnå tilfredsstillende positive marginer basert på dagens avtalevilkår for nasjonal gjesting. Selv om PT selv mener at marginskvisvurderingene har hatt beskjeden innvirkning på vedtakets innhold anser Tele2 og NwN det som sannsynlig at dette har påvirket PTs delkonklusjoner. Dette gjelder særlig vurderingen av Tele2s og NwNs konkurransedyktighet så lenge selskapene kjøper nasjonal gjesting. Konkurransedyktigheten til en operatør med dekning på 75 % som er avhengig av nasjonal gjesting er en av de sentrale begrunnelser for anmodningen fra selskapenes side og reflekteres i vilkåret som SD selv har angitt. Tele2 og NwN har derfor grunn til å tro at dette har påvirket PTs konklusjon og dermed vedtakets innhold.

Tele2 og NwNs anførsel er at SD må fastsette nye termineringspriser som gjelder fra 1. juli 2012 og ut gjeldende reguleringsperiode samt fastsette nye styringsmål for selskapenes termineringspriser sett i forhold til øvrige mobiloperatørers termineringspriser etter utløpet av gjeldende reguleringsperiode.

Klagegrunnene vil bli supplert med ytterligere rettslige og faktiske anførsler på et senere tidspunkt.

4 Anmodning om oppsettende virkning

Tele2 og NwN har som nevnt tidligere anmodet SD om å utsette iverksettelsen av den prisreduksjon selskapene er pålagt å gjennomføre 1. juli 2012 i henhold til SDs vedtak av 11. mai 2011 inntil klagen er avgjort av SD. Tele2 og NwN opprettholder de faktiske og rettslige anførslene i vårt brev av 18. mai 2012.

Vedtaket er nå påklaget. Hjemmelen til å beslutte å utsette iverksettelse av termineringsprisene som er gjenstand for klagen følger nå uansett direkte av forvaltningslovens § 42. Vi viser her til de rettslige anførsler i vårt brev av 18. mai 2012 (side 2).

5 Avsluttende kommentarer

Dersom Samferdselsdepartementet har behov for ytterligere informasjon, ber vi om at Frode Lillebakken eller undertegnede kontaktes.

Med vennlig hilsen

Per-Kaare Svendsen
advokat

Adresse: Klingenberggaten 5, Postboks 1969 Vika, 0125 Oslo
Mobil: +47 91 55 42 45
E-post: pk@legalteam.no
Web: www.legalteam.no