

Post- og teletilsynet
Postboks 93
4791 LILLESAND

[firmapost@npt.no]

Ansvarlig advokat
Espen Tøndel

Oslo
4. januar 2012

Vår ref.
TL

VEDR. ANMODNING FRA TELE2 – KOMMENTARER FRA TELIASONERA NORGE AS

1 INNLEDNING OG SAMMENDRAG

1.1 Innledning

Det vises til Samferdselsdepartementets vedtak 11. mai 2011, der selskapene som i dag eies av Tele2 AB, dvs. Tele2 Norge AS ("Tele2") og Network Norway AS ("NwN"), innrømmes subsidier i form av merinntekt fra terminering. Etter departementets beregning vil Tele2 ved utgangen av gjeldende reguleringsperiode ha mottatt subsidier i størrelsesorden 2 mrd. kroner, hvilket angivelig skal tilsvare investeringskostnaden selskapet står overfor ved bygging av et tredje mobilnett med 75 prosent befolkningsmessig dekning.

Videre vises det til anmodning 19. september 2011, der Tele2 under henvisning til plan om bygging av landsdekkende mobilnett, ber om ytterligere subsidier. Mer konkret ber Tele2 om å få beholde merinntekt fra terminering ut gjeldende reguleringsperiode dvs. ut hele 2013 og frem til nytt vedtak eventuelt foreligger, og at det fastsettes nytt styringsmål for når nedtrapping til symmetriske termineringspriser skal skje i neste reguleringsperiode. I henhold til gjeldende regulering skal som kjent subsidieringsordningen nedtrappes gradvis frem mot 1. januar 2013, som er skjæringspunktet for symmetriske termineringspriser.

Ved departementets brev 25. november 2011, ble anmodningen fra Tele2 oversendt Post- og teletilsynet for behandling. Departementet ber tilsynet om "*å foreta en konkret vurdering og fatte et vedtak med en utfyllende begrunnelse.*" Tilsynet har i sakens anledning bedt om at eventuelle kommentarer til anmodningen må foreligge innen 4. januar 2012.¹

SIMONSEN Advokatfirma DA representerer TeliaSonera Norge AS ("TeliaSonera"), og vil i det følgende knytte noen korte kommentarer til anmodningen fra Tele2. Innlednings-

1

http://www.npt.no/portal/page/portal/PAG_NPT_NO_NO/PAG_NPT_NO_HOME/PAG_NPT_NO_VIS_NY_HET?p_d_i=-121&p_d_c=&p_d_v=133703

vis må det imidlertid bemerkes at det er påfallende hvordan Tele2 konsernet søker å opprettholde et kunstig skille mellom Tele2 og NwN til tross av at selskapene har felles administrasjon og ledelse i Norge og er eiet av samme selskap, Tele2 AB. Opprettholdelse av ulike glidebaner for Tele2s selskaper vil som senere kommentert, åpenbart innebærer en mulighet for Tele2-konsernet til å oppnå en høyere merinntekt f.eks. ved at alt nysalg legges til det selskapet i Tele2-konsernet som har høyest termineringspris. Dette har i tillegg en uheldig effekt i forholdet til Telenor og TeliaSonera, da Tele2 har avtale om nasjonal roaming med TeliaSonera og NwN med Telenor. Opprettholdelse av forskjellige glidebaner for termineringsprisen gir følgelig flere uheldige sidevirkninger som i utgangspunktet gir Tele2 konsernet en tilfeldig fordel. Skulle eksempelvis TeliaSonera ha kommet i en situasjon hvor de kjøpte en mindre aktør som hadde ulik termineringspris, antas det at så vel departementet som tilsynet ville ha lagt til grunn at termineringsprisen til den oppkjøpte operatøren umiddelbart skulle over på TeliaSoneras pris ved gjennomføring av transaksjonen.

1.2 Sammendrag

TeliaSonera ønsker innledningsvis å gi en kort oppsummering av kommentarene til anmodningen fra Tele2. For en nærmere fremstilling av TeliaSoneras kommentarer, vises det til etterfølgende punkter.

- **Tele2 ber om ytterligere subsidier.** Etter først å ha blitt tildelt om lag 2 mrd. kroner i subsidier til bygging av mobilnett med 75 prosent befolkningsmessig dekning, ber Tele2 nå om ytterligere subsidier slik at selskapet også kan få finansiert utbyggingen av et nett med tilsvarende dekning som eksisterende nett tilhørende Telenor og TeliaSonera.
- **Tele2 må først innfri løftet.** Tele2 prøvde allerede i forbindelse med vedtaket å få tilsagn om ytterligere subsidier for bygging nett i større omfang, men fikk til svar at *"Før Mobile Norway har fullført første trinn av utbyggingen, ser ikke departementet det som hensiktsmessig å ta stilling til spørsmålet om videre symmetri."*
- **Subsidiering gir utilsiktede konkurranseeffekter.** Tele2 ber ikke om mer subsidier fordi *"et nett med dekning på 75 prosent ikke er tilstrekkelig for å utgjøre et tredje konkurransedyktig mobilnett"*, men utelukkende fordi selskapet ønsker å forbedre sin egen konkurransekraft ytterligere. At fortsatt subsidiering vil kunne bidra til at det tredje nettet blir *mer* konkurransedyktig, kan etter TeliaSoneras syn ikke rettferdiggjøre utvidede subsidier til Tele2.
- **Subsidiering av landsdekkende 2G nett vil ikke gi samfunnsgevinst, men gå på bekostning av nye 4 G nett.** Verken anmodningen eller rapporten som fulgte vedlagt denne påviser at et landsdekkende nett vil gi en samfunnsøkonomisk gevinst som overstiger det samfunnsøkonomiske tapet, som Tele2 endelig erkjenner at denne form for subsidiering medfører. Kostnadene som eventuelt vil påløpe ved utvidet subsidiering av Tele2, bør heller brukes til bygging av nye 4G nett med god dekning.
- **Tele2s utbyggingsplan usikker.** Subsidier er en forutsetning, men ikke nødvendigvis en garanti, for at et tredje landsdekkende mobilnett faktisk blir realisert. I tillegg er frekvenssituasjonen for Tele2 uavklart. Utbyggingsplanen utgjør således ikke et tilfredsstillende grunnlag for å utvide subsidiene til Tele2.
- **Tele2 skylder på andre, men utnytter ikke mulighetene reguleringen gir.** Telenor er forpliktet til å behandle henvendelser om samlokalisering *"uten ugrunnet"*

opphold.” Tele2 ikke har funnet det bryet verdt å forfølge denne regulatoriske forpliktelsen, og kan således vanskelig bli hørt med at henvendelsene deres behandles sendrektig, og at dette er noe som ligger utenfor selskapets kontroll. Det feilinformeres om samlokaliseringsplikt også for TeliaSonera. Samlokalisering er ingen holdbar grunn for ikke å stå ved et eventuelt løfte om landsdekkende utbygging, eller for ikke å oppfylle utbyggingsløftet som allerede er gitt.

- **Grunnlag for å omgjøre i samsvar med vedtakets forbehold.** Utviklingen i tiden etter vedtaket tilsier ikke at gjeldende asymmetri må utvides slik Tele2 ber om, men tvert imot at asymmetrien må avvikles hurtigere, og at det må besluttes én termineringspris for selskapet. Dette av hensyn til å sikre at merinntektene fra terminering ikke overtiger investeringskostnaden knyttet til bygging av det tredje nettet. Trafikkutviklingen for Tele2, sammenholdt med effektivitetsgevinster fra oppkjøpet av Network Norway, underbygger behovet for en slik omgjøring.
- **Ikke grunnlag for å omgjøre med bakgrunn i anmodningen.** Omgjøring med grunnlag i ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” er forbeholdt atypiske situasjoner - at det er vedtatt en utbyggingsplan er ikke tilstrekkelig.

2 KOMMENTARER FRA TELIASONERA

2.1 Ikke inntrådt forhold som tilsier ny vurdering

I departementets vedtak åpnes det for å revurdere vedtatte prisregulering, forutsatt at ”*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*”, jf. vedtaket punkt 4.2.3.6.

Etter TeliaSoneras oppfatning har det i etterkant av departementets vedtak ikke inntrådt forhold som tilsier at Tele2 *må* bygge nett i større omfang og at Tele2 av den grunn må tildeles ytterligere subsidier. Det har med andre ord ikke inntrådt forhold som skulle tilsi at et nett med 75 prosent dekning ikke lenger er tilstrekkelig for å utgjøre et konkurransedyktig mobilnett. I samsvar med det departementet uttaler i vedtaket er det således ikke hensiktsmessig å ta stilling til spørsmålet om videre symmetri før Tele2 v/Mobile Norway har fullført første trinn av utbyggingen.

Etter TeliaSoneras oppfatning underbygger heller ikke Tele2 påstanden om at et landsdekkende nett er nødvendig for at det tredje nettet skal utgjøre et konkurransedyktig nett. Eneste Tele2 skriver i denne sammenheng er kort oppsummert at et landsdekkende nett vil gjøre det tredje nettet mer uavhengig av eksisterende mobilnett, herunder sikre forutsigbare rammevilkår mht. nasjonal roaming, jf. anmodningen punkt 3. Dette er etter TeliaSoneras oppfatning selvfølgelig idet et landsdekkende tredje nett vil fjerne behovet for nasjonal roaming.

TeliaSonera har dessuten vanskelig for å se at det er avgjørende for Tele2s konkurransevne at selskapet ikke er avhengig av å leie nett av konkurrentene, slik det påstås i anmodningen. I tillegg til regulering som sikrer Tele2 tilgang til eksisterende mobilnett på ikke-diskriminerende vilkår, taler utviklingen i selskapets markedsandel de siste årene imot denne påstanden. Basert på tall fra tilsynets statistikk for 2010, har Tele2 etter sammenligningen med NwN oppnådd en markedsandel på om lag 17 prosent målt i antall abonnement.

I anmodningen indikeres det tvert imot at landsdekning ikke er nødvendig for at det tredje nettet skal fremstå som konkurransedyktig, men at dette bare vil bidra til at det tredje nettet blir *mer* konkurransedyktig. Det vises i denne sammenheng til anmodningen s. 9, der det bl.a. heter at:

”Vi mener hensynet til å skape bærekraftig konkurranse og den samfunnsøkonomiske gevinsten som oppnås ved at det tredje nettet blir landsdekkende vil oppheve de kortsiktige ulempene for andre nettoperatører som følge av endring av maksimalprisene. Hensynet til sluttbrukerne ivaretas dermed ved at sannsynligheten for sterkere konkurranse økes som følge av at det tredje nettet blir mer konkurransedyktig.”

Oppsummert mener altså TeliaSonera det ikke er grunnlag for å etterkomme anmodningen fra Tele2. Videre er vilkåret som departementet har oppstilt for å revurdere eller utvide av vedtatte subsidieringsordning, ikke oppfylt. Anmodningen fra Tele2 må således avvises.

2.2 Samfunnsøkonomiske gevinster ikke påvist

Det vises til anmodningen punkt 4, der Tele2 anfører at et landsdekkende nett vil gi en samfunnsmessig gevinst.

TeliaSonera kan ikke se at ovennevnte påstand fra Tele2 er underbygget. I tillegg til at mergevinstene som Tele2 viser til er usikre, er rapporten som Tele2 har fått utarbeidet i etterkant av anmodningen heller ikke entydig i sin konklusjon mht. om et landsdekkende nett vil gi samfunnsøkonomiske gevinster. Det vises til rapporten ”3 eller 2.75 mobilnett i Norge?”, nærmere bestemt til oppsummeringen innledningsvis hvor det i siste avsnitt heter:

”I sum er det derfor grunn til å tro at det samfunnsøkonomiske tapet i form av dupliserte kostnader ved en utbygging av et tredje landsdekkende nett er lavere enn tidligere antatt, samtidig som et landsdekkende nett synes mer nødvendig enn før antatt for å realisere de samfunnsøkonomiske gevinstene i form av lavere priser og økt innovasjon.”

TeliaSonera oppfatter ikke rapportens konklusjon på samme måte som Tele2. Rapporten sier ikke at et landsdekkende mobilnett vil gi samfunnsøkonomiske gevinster, slik Tele2 anfører. Rapporten peker bare på at det samfunnsøkonomiske tapet vil bli lavere enn tidligere antatt, samtidig som landsdekning synes mer nødvendig enn tidligere antatt for å realisere samfunnsøkonomiske gevinster. Hvorvidt de samfunnsøkonomiske gevinstene totalt sett vil overstige det samfunnsøkonomiske tapet, sier rapporten imidlertid ikke noe klart om.

Generelt vil TeliaSonera peke på at rapporten i all hovedsak er av teoretisk art, og at den bygger på forutsetninger som ikke er empirisk dokumentert. At det er så å si ingen empiriske estimater for de størrelsene og variablene som anvendes i modellene, og at regneeksemplene er basert på hypotetiske størrelser, har til konsekvens at eksemplene har liten informasjonsverdi fordi en kan velge tall og forutsetninger som passer med de slutningene man ønsker. I rapporten understreker også forfatterne flere steder at de ikke har innsikt i de underliggende faktiske forhold som de tar forutsetninger om.

Når det gjelder mergevinstene mer konkret, anføres det i anmodningen at et landsdekkende nett vil gi direkte og indirekte mergevinster på lang sikt som følge av:

- Større sannsynlighet for utvikling av bærekraftig konkurranse
- Sterkere innovasjonstakt
- Sterkere priskonkurranse
- Forbedring av sårbarhet
- Mindre behov for særnorsk regulering
- Reduserte muligheter for utøvelse av markedsrett fra Telenor og TeliaSonera

I anmodningen fokuseres det spesielt på at økt infrastrukturkonkurranse vil påvirke innovasjonstakt og prisreduksjoner i markedet. Også i rapporten ”3 eller 2.75 mobilnett i Norge?” er det sett nærmere på dette, jf. rapporten s. 28 der det vises til den ”omvendt U” sammenheng mellom konkurranse og innovasjon.

TeliaSonera mener som allerede nevnt at mergevinstene som Tele2 lokker med for å få ytterligere subsidier, er usikre. Sett hen til Tele2s strategi om å tilby markedets laveste priser,² foreligger det sannsynlighet for at man fort vil befinne seg helt til høyre i U-kurven som det vises til i rapporten. Dette er noe som tilsier lavere, og ikke sterkere, innovasjon.

Den kan i denne sammenheng også vises til at prisnivået her til lands er lavt. Norge kommer som kjent godt ut i internasjonale prissammenligninger (OECD) på mobilområdet, jf. halvårsstatistikken for 2011 fra tilsynet, punkt 7.2, som bl.a. viser at Norge er:

- det billigste landet for et forbruk basert på 30 samtaler i måneden
- det fjerde billigste landet for forbruk basert på 100 samtaler i måneden
- det femte billigste landet for forbruk basert på 300 samtaler i måneden

I forhold til det som sies om at samfunnet vil bli mindre sårbart dersom man har tre landsdekkende nett, vil TeliaSonera kort bemerke at anmodningen som sådan er inkonsistent. Et tredje landsdekkende mobilnett vil neppe utgjøre en nevneverdig forskjell mht samfunnets sårbarhet dersom det realiseres på den måten som er skissert i anmodningen punkt 5.3. Det vises til anmodningen hvor det bl.a. heter at:

”Byggingen av et landsdekkende nett (Utbygging del II) vil derfor være basert på så mange samlokaliserte siter som mulig.”

Siste tids nettutfall skyldes dels feil eller sammenbrudd i strøm- og transmisjonsleveranse til basestasjon. TeliaSonera har vanskelig for å se hvorfor et tredje landsdekkende nett etablert ved samlokalisering, ikke skal bli rammet ved svikt i forannevnte leveranser.

2.3 Utbyggingsplanen høyst usikker

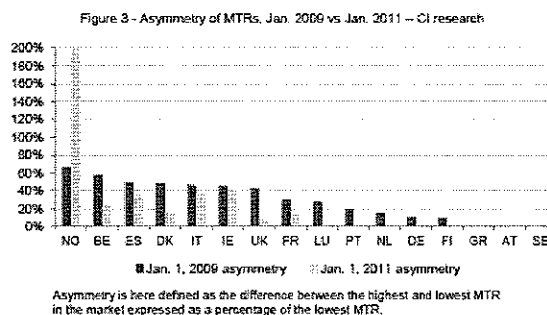
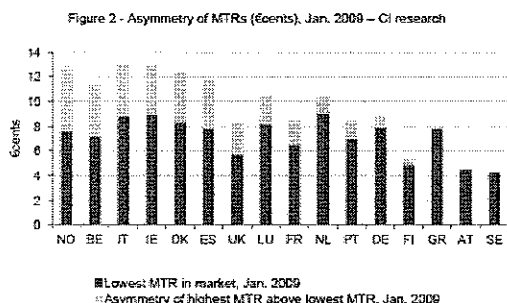
Tele2 opplyser i anmodningen at selskapets nettoperatør, Mobile Norway, har vedtatt en konkret utbyggingsplan for et landsdekkende nett, og i anmodningen, punkt 5, gjøres det

² Jf. Melding 22. juli 2010 fra Tele2 til Konkurransetilsynet, s. 4

nærmere rede for innholdet i denne planen. Når det gjelder realisering av planen, skriver Tele2 innledningsvis at:

”Om planen vil bli gjennomført, helt eller delvis, vil bero bl.a. på om SD nå endrer termineringsprisene i vedtaket av 11. mai 2011, som følge av Mobile Norways endrede utbyggingsplan.”

Slik TeliaSonera oppfatter dette, er ytterligere subsidier en forutsetning, men altså ingen garanti for at utbyggingsplanen faktisk blir realisert. Tele2 har som kjent allerede fått ett års utsettelse på utbyggingsløftet fra 2009. Ny regulering basert på en ny og usikker utbyggingsplan fra Tele2, vil etter TeliaSoneras oppfatning bare skape ytterligere uklarhet om hvor lenge perioden med asymmetri skal vare her til lands. Ytterligere uklarhet mht. avvikling av asymmetrisk prisreguleringsregime, vil dessuten medføre at reguleringen her til lands ytterligere vil avvike fra tilsvarende regulering i EU. Det vises i denne sammenheng til oversikt fra Cullen vedr. utviklingen mot symmetriske termineringspriser i EU:³



EU-kommisjonen anbefaling fra 2009 vedr termineringspriser på mobilområdet, oppfordrer som kjent at regulatoriske myndigheter til innen utgangen av 2012 å avvike asymmetrisk prisregulering og at termineringspriser fremover skal settes til et effektivt nivå. Ytterligere periode med asymmetrisk regulering vil ikke bidra til at reguleringen her til lands harmoniseres med reguleringen i Europa for øvrig, hvilket er ett av hovedformålene med direktivpakken på området for elektronisk kommunikasjon.

Av anmodningen fremgår det videre at gjennomføring av planen om et landsdekkende nett påvirkes av en rekke eksterne forhold ”utenfor Mobile Norways kontroll”. Det vises til anmodningen punkt 5.3, der det spesielt pekes på følgende:

- Tilgang til frekvenser
- Samlokalisering
- Innplassering på eksisterende bygg
- Transmisjon

Når det gjelder frekvenssituasjonen, vil TeliaSonera fremheve at det vil fremstå som unaturlig å endre gjeldende subsidieringsordning for Tele2 før den lenge bebudede auksjonen av frekvensrettigheter i 800, 900 og 1800 MHz-båndene, faktisk er gjennomført. En sidebemerkning i denne sammenheng, er dessuten at ytterligere subsidiering av Tele2s ut-

³ Table 15 – Mobile termination rates – Symmetry, October 2011

bygging av landsdekkende 2 G nett vil kunne ha betydning for oppfyllelse av myndighetenes ønske om bygging av nye 4G nett med stor befolkningsmessig dekning.

I forhold til det som sies om samlokalisering, har TeliaSonera vanskelig for å se relevansen dette har ift. Tele2s anmodning om ytterligere subsidier. Videre stiller TeliaSonera seg uforstående til det som sies.

Rammebetingelsene for samlokalisering fremgår av departementets vedtak 6. april 2011, jf. tilsynets vedtak 5. august 2010. Departementet stadfestet tilsynets vedtak der Telenor pålegges plikt til å tilby tilgang til mobilnettet i form av samlokalisering, herunder å sluttforhandle avtaler om samlokalisering "uten ugrunnet opphold".

Tele2 skriver i anmodningen at samlokalisering er et forhold som ligger utenfor selskapets kontroll. Så lenge Tele2 ikke har funnet det bryet verdt å forfølge de regulatoriske forpliktelsene knyttet til samlokalisering, kan selskapet vanskelig bli hørt med påstanden om at samlokaliseringssøknadene behandles svært sendrektig og at dette er noe som ligger utenfor selskapets kontroll. Det kan i denne sammenheng også nevnes at Tele2 ikke var særlig opptatt av få gjort noe med samlokaliseringssøknadene i forbindelse med sin klage på tilsynets vedtak.

I forlengelsen av ovennevnte må det også understrekes at det som sies i anmodningen om samlokaliseringsplikt for TeliaSonera, er feil. Til tross for at Tele2 er bevisst ift. at TeliaSonera ikke er regulert i tidligere marked 15, jf. punkt 3, fremstilles likevel TeliaSonera som tilbyr med samlokaliseringssøknader, jf. anmodningen punkt 5.3. TeliaSonera har ikke unnlatt å behandle Tele2s forespørsler om samlokalisering, slik anmodningen indikerer. Tvert imot har TeliaSonera til tross for at selskapet ikke er forpliktet til det, inngått samlokaliseringssøknader med Mobile Norway. Lang saksbehandlingstid i denne sammenheng skyldes ikke sendrekthet, men utelukkende kapasitetsproblemer ift. både å håndtere samlokaliseringssøknader fra Tele2 og egen nettutbygging og -oppgradering. TeliaSonera har som kjent gjennomført en storstilt utbygging og oppgradering av eksisterende mobilnett de siste årene.

TeliaSonera reagerer også på det som sies innledningsvis om at det er erfaringene fra avtalene og avtaleforhandlingene med hhv. Telenor og TeliaSonera for så vidt gjelder nasjonal roaming, som skal ha utløst revideringen av opprinnelig utbyggingsplan. Tele2 har som kjent inngått ny avtale om nasjonal roaming med TeliaSonera etter at departementet fattet sitt vedtak 11. mai 2011. TeliaSonera er ikke forpliktet til å tilby tilgang i form av nasjonal roaming, og avtalen ble således inngått på kommersielle vilkår. Det må legges til grunn at Tele2 gjennom sin kjøpermakt har oppnådd en avtale med bedre betingelser hos TeliaSonera, enn det de kunne ha oppnådd hos Telenor.

Tele2 gav dessuten ikke på noe stadium i forhandlingene uttrykk for misnøye, verken mht. avtaleforholdet som har vært eller med betingelsene for videre avtaleforhold mellom partene. Til tross for at Tele2 på avtaletidspunktet var i slutfasen mht. å vedta den reviderte utbyggingsplanen, ble ikke dette reflektert fra Tele2s side verken i avtaleforhandlingene eller i selve avtalen om nasjonal roaming som til slutt ble inngått mellom partene. Tvert imot er det flere forhold i avtalen som gjør at det kan stilles spørsmål ved om Tele2s intensjoner om å stå ved opprinnelig utbyggingsløfte.

2.4 Ikke omgjøringskompetanse

2.4.1 Utgangspunkt

Det vises til departementets vedtak 11. mai, der følgende prisregulering ble vedtatt for selskapene som i dag eies av Tele2:

	1. jan 2012	1. juli 2012	1. jan 2013
Tele2	40	25	15
NwN	70	60	15

Departementet stadfestet tilsynets prisregulering for øvrige aktører, med den konsekvens at symmetriske termineringspriser i det norske markedet først vil bli oppnådd fra 1. januar 2013, dvs. fra og med dette tidspunktet skal termineringsprisen til alle de regulerte aktørene være 15 øre.

Departementet har i vedtaket tatt forbehold om at vedtatte prisregulering kan endres dersom:⁴

- *”utbyggingen av det tredje mobilnettet ikke i tilstrekkelig grad oppfyller forutsetningene om utbyggingstakt”*
- *”reell trafikkutvikling eller investeringskostnad blir vesentlig ulik fra forutsetningene som ligger til grunn for dette vedtaket”*
- *”det finner sted konsolideringer og eller strukturelle endringer som berører selskapene”*

Det er i selve vedtaket tatt forbehold om omgjøring for det tilfellet Tele2 skulle bygge mindre, men ikke for det tilfellet selskapet skulle bygge ut nett i større omfang enn det er gitt lovnad om.

Når det gjelder utbygging av nett i større omfang enn det er gitt lovnad om, heter det derimot i vedtaket at:⁵

”Før Mobile Norway har fullført første trinn av utbyggingen, ser ikke departementet det som hensiktsmessig å ta stilling til spørsmålet om videre symmetri.”

2.4.2 Manglende omgjøringskompetanse

Forvaltningens adgang til å kunne omgjøre eget vedtak er nærmere regulert i forvaltningsloven (fvl.) § 35. Med bakgrunn i at omgjøringsfristene etter fvl. § 35 tredje ledd allerede er løpt ut, og i at det i selve vedtaket ikke er tatt forbehold om omgjøring for det tilfellet at Tele2 bygger nett i større utstrekning enn lovet, må eventuell omgjøringskompetanse utledes av *”alminnelige forvaltningsrettslige regler”*, jf. bestemmelsens femte ledd.

Som generelt utgangspunkt vil forvaltningens rett til å omgjøre med bakgrunn i *”alminnelige forvaltningsrettslige regler”* bero på en konkret helhetsvurdering. Videre er utgangs-

⁴ Jf. Vedtak punkt 7 (s. 45-46)

⁵ Jf. Vedtak punkt 4.2.3.6 (s. 31)

punktet at omgjøring på dette grunnlaget bare kan finne sted dersom de hensyn som taler til fordel for omgjøring er *vesentlig* mer tungtveiende enn de som taler mot.⁶

Tatt i betraktning at øvrige aktører i marked 7 vil bli skadelidende dersom vedtaket omgjøres i samsvar med anmodningen, har TeliaSonera rent umiddelbart vanskelig for å se at anførte begrunnelse fra Tele2 er tilstrekkelig til å begrunne en omgjøringsadgang/kvalifisert interesseovervekt. Så lenge omgjøring bare vil øke *sannsynligheten* for at det tredje nettet bli *mer* konkurransedyktig, er TeliaSonera av den oppfatning at myndigheten ikke har rettslig grunnlag til å kunne fastsette ny prisregulering for Tele2 før gjeldende vedtaksperiode er løpt ut.

2.4.3 Eventuell kompetanse først etter at løftet om 75 prosent dekning er innfridd

Forutsatt at det departementet mot formodning skulle komme til at det foreligger kvalifisert interesseovervekt, og dermed omgjøringskompetanse, følger det som allerede nevnt av vedtaket selv at en slik beslutning under enhver omstendighet skal utstå til etter at det er avklart om Tele2 faktisk har fullført første utbyggingstrinn. Vedtaket forutsetter som kjent at Tele2 skal ha fullført utbyggingen av et tredje mobilnett innen utgangen av 2012.

2.4.4 Omgjøring allerede vedtatt?

Anmodningen ble som nevnt innledningsvis oversendt fra departementet til tilsynet for videre behandling, men med bakgrunn i departementets formulering der tilsynet blir bedt om å "*fatte et vedtak med en utfyllende begrunnelse*", kan det stilles spørsmål ved om omgjøringsvedtak allerede er fattet.

Bakgrunnen for spørsmålet er at dersom tilsynet skulle komme til at det ikke er grunnlag for å omgjøre, så er det fortsatt det opprinnelige vedtaket som skal være "*bestemmende for*" partenes rettigheter og plikter, jf. fvl. § 2 bokstav a). I en slik situasjon er det altså ikke nødvendig for tilsynet å fatte et nytt vedtak, ei heller å gi en utfyllende begrunnelse for hvorfor anmodningen ikke skal etterkommes.

Sett i sammenheng med oversendelsesbrevet øvrige innhold, oppfatter imidlertid ikke TeliaSonera departementet slik at det allerede er bestemt at Tele2 skal tildeles ytterligere subsidier, men at dette er noe tilsynet skal ta stilling til på fritt grunnlag. Dersom denne oppfatningen mot formodning ikke skulle være korrekt, anføres det at departementets omgjøringsvedtak lider av slike tilblivelsesmangler at dette må settes til side som ugyldig.

2.5 Avslutning

Med bakgrunn i ovennevnte mener TeliaSonera at det verken foreligger grunnlag for eller kompetanse til å utvide gjeldende subsidieringsordning, slik Tele2 anmoder om.

Skal gjeldende regulering først tas opp til ny vurdering, mener TeliaSonera imidlertid at det foreligger forhold som tilsier gjeldende ordning må avvikles hurtigere enn vedtatt, og at det under enhver omstendighet må besluttes én felles termineringspris for Tele2.

⁶ Jf. Geir Woxholth "Forvaltningsloven" (2006), s. 542, Frihagen "Forvaltningsrett" Bind I (2003), s. 278,

I forhold til at førstnevnte, vises det til Telenors henvendelse 28. oktober til Post- og teletilsynet vedrørende avvik i reell trafikkutvikling i forhold til de forutsetningene som er lagt til grunn i vedtaket. TeliaSonera har gjennomført tilsvarende beregninger av trafikkutviklingen, og disse samsvarer med Telenors beregninger. Det forhold at nettet skal stå ferdig ila 2012, sammenholdt med tidsbruken knyttet til å avdekke avvik og fastsette ny prisregulering, tilsier at det er behov for å justere reguleringen allerede nå for å sikre at Tele2 ikke mottar merinntekt som overstiger investeringskostnaden knyttet til byggingen av det tredje nettet. I vedtaket er det som allerede nevnt, tatt eksplisitt forbehold om omgjøring i forhold til en situasjon som dette.

Videre vises det til foretakssammenslutning 21. juli 2011 mellom Tele2 og Network Norway. At konsolideringen i seg selv kan danne grunnlag for omgjøring, vil bli nærmere kommentert nedenfor. Poenget her er imidlertid å understreke at konsollideringen vil medføre effektivitetsgevinster for Tele2 når det gjelder byggingen av det tredje nettet. Besparelsen som Tele2 oppnår gir grunnlag for å revurdere gjeldende prisregulering. Uten en konkret vurdering foreligger risiko for oppnåelse av merinntekt som overstiger reell investeringskostnad. Det vises i denne sammenheng til det Tele2 skriver om dette i sin melding til Konkurransetilsynet av 22. juli 2011:

*”Denne foretakssammenslutningen vil styrke og sikre utbyggingen av det tredje mobilnett. Tele2 har både industriell erfaring og kompetanse og finansielle muskler til å gjennomføre det tredje nettet. Videre vil en flytting av Tele2 Norge AS sin trafikk til Mobile Norway AS sitt nett redusere investeringsrisikoen.”*⁷

”Foretakssammenslutningen vil forsterke konkurransen i markedet for både mobiltelefoni og i grossistmarkedet. Ervervet vil bidra til at Tele2 Norge AS, Network Norway AS og Lebara AS blir mer konkurransedyktige utfordrere til Telenor og NetCom i grossistmarkedet samtidig som Tele2 Norge AS vil få lavere kostnader med sitt eget mobilnett og dermed øke sin konkurransekraft i markedet” (understreket her).⁸

Forandring av gjeldende regulering med grunnlag i konsolideringen og de effektivitetsgevinstene som dermed oppstår, ligger innenfor det myndigheten kan gjøre, jf. vedtakets forbehold.

I forhold til anførselen om at det under enhver omstendighet må besluttes én felles termineringspris for Tele2, vises det til at foretakssammenslutningen gir ett og samme selskap kontroll over både Tele2 Norge AS og Network Norway AS. Da det er vedtatt ulike glidebaner for Tele2s selskaper, foreligger det en mulighet til å oppnå en høyere merinntekt enn det som er forutsatt i vedtaket. Etter TeliaSoneras vurdering må det derfor besluttes én felles glidebane for Tele2 for å unngå at dette skjer. TeliaSonera vil dessuten umiddelbart anta at krav om én felles termineringspris automatisk hadde blitt lagt til grunn av myndigheten dersom det hadde vært Telenor eller TeliaSonera som hadde vært kjøper av NwN. Likebehandlingshensynet tilsier at tilsvarende må gjelde for Tele2.

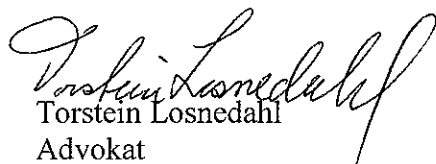
⁷ Jf. Tele2s melding 22. juli 2011 til Konkurransetilsynet, s. 9

⁸ Jf. Tele2s melding til Konkurransetilsynet, s. 10

Myndigheten har som allerede nevnt også tatt forbehold om at gjeldende prisregulering vil kunne komme til å bli endret for det tilfellet ”*det finner sted konsolideringer og eller strukturelle endringer som berører selskapene*”.

0000

Med vennlig hilsen
SIMONSEN Advokatfirma DA


Torstein Losnedahl
Advokat