

## Notat

**Til:** Telenor AS v/advokatene Vegard Thoresen og Geir Dyngeland

**Fra:** Advokatfirmaet Hjort DA v/ advokatene Erik Keiserud og Kristin Veierød

**Dato:** 23. juni 2010

### PROFESSOR ERLING HJELMENG'S NOTAT - POST- OG TELETILSYNETS KOMPETANSE

#### 1 INNLEDNING OG OPPSUMMERING

Vi er bedt om å vurdere og kommentere professor dr. juris Erling Hjelmengs notat av 10. mai 2010 knyttet til Post- og teletilsynets kompetanse ved utformingen av nytt vedtak i marked 7 – terminering av samtaletrafikk i mobilnett.

Hjelmeng konkluderer i notatet s. 13 som følger (punkt 5):

*"Slik jeg vurderer saken, vil PTs varslede vedtak bryte med de forutsetningene SD har lagt til grunn i sitt vedtak, og dermed bryte med berettigede forventninger hos Tele2 og NWN. Disse forventningene er av en slik art at de må anses å utgjøre kompetanseskaranker for PT.*

*PT foretar en avvikende kalkulering av tall som allerede er avgjort av departementet, både for så vidt gjelder merinntekt og investeringskostnad. Disse tallene vil bare kunne "gjenåpnes" der det foreligger endringer i fakta eller det viser seg at anslag tallene er bygget på avviker fra den faktiske utviklingen. Det er ikke grunnlag for å foreta en ny kalkulering, basert på en annen metodikk, for merinntektene tilbake til 2007. Dette gjelder enn mer totalinvesteringens størrelse, i den forstand at PT ikke kan fravike aksepten av partenes forretningsplan som grunnlag for å beregne investeringen."*

Vi deler ikke Hjelmengs vurdering. Utgangspunktet er at det skal mye til før forvaltningen må anses å ha bundet sin myndighet. Hjelmeng problematiserer i liten grad dette utgangspunktet. Det er etter vår oppfatning høyst tvilsomt om departementet har adgang til å binde Post- og teletilsynets og dermed sin egen fremtidige myndighetsutøvelse på dette området, som er kjennetegnet av svært dynamisk utvikling både i markedet og reguleringen av markedet (markedene). Vi kan heller ikke se at det

foreligger tilstrekkelig klare holdepunkter for at departementet har ment å binde fremtidig forvaltningsmyndighet.

Nedenfor følger i punkt 2 en oppsummering av de sentrale vurderinger i de relevante vedtak. I punkt 3 presiserer vi deretter problemstillingen. Videre følger i punkt 4 en nærmere gjennomgang av de rettslige utgangspunkter for forvaltningens adgang til å binde sin myndighet, og en nærmere vurdering av hvorvidt departementet i denne sak må anses å ha adgang til forhåndsbinding, før vi i punkt 5 vurderer om departementet under noen omstendighet rent faktisk har ment å binde forvaltningsmyndigheten. Endelig følger en oppsummering i punkt 6.

## **2 DE RELEVANTE VEDTAK I SAKEN OG DET RETTSLIGE OG FAKTISKE GRUNNLAGET FOR DEM**

### **2.1 Ekomlovens bestemmelser om prisregulering**

Myndighetene kan i følge ekomloven § 4-9 pålegge tilbyder med sterk markedsstilling prisforpliktelser for blant annet samtrafikk, jf.:

*"Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling prisforpliktelser for tilgang og samtrafikk i tilfeller hvor tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå, eller ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbyder.*

*Myndighetene kan pålegge tilbyder etter første ledd bruk av bestemte metoder for prisregulering...."*

Den prisregulering som velges skal være den best egnede for "å øke effektiviteten, skape bærekraftig konkurranse og bedre sluttbrukernes vilkår", jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) merknadene til § 4-9. Dette følger naturlig av at prisreguleringen må være egnet til å oppfylle lovens formål, jf. § 1-1 som fastsetter: "Lovens formål er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon."

Forarbeidene presiserer at det ved beregning av kostnadsorientert pris kan være aktuelt å benytte ulike kalkylemodeller og dermed ulike modeller for beregning av kostnadene, "avhengig av hva som fremstår som hensiktsmessig og forholdsmessig i det enkelte typetilfellet", jf. merknadene til samme bestemmelse.

Forarbeidene understreker også dette rettsfeltets dynamiske karakter, jf. fortsatt merknadene til § 4-9: "Myndigheten kan over tid endre på krav om pålagt prisregulering. Dette kan gjøres ved at prisreguleringen skjerpes, lempes eller ved at kravets innhold for øvrig endres."



## 2.2 Nærmere om de relevante vedtak

Post- og teletilsynet fattet 17. november 2008 vedtak om regulering av bl.a. Network Norway AS' ("Network Norway") og Tele2 AS's ("Tele2") termineringspriser for perioden 1. februar 2009 til 30. juni 2010. Alle selskaper påklaget vedtaket. Samferdselsdepartementet fattet vedtak i klagesakene 19. mai 2009. Departementet endret i vedtaket de termineringspriser Post- og teletilsynet hadde fastsatt for Network Norway og Tele2s vedkommende i den aktuelle perioden, slik at selskapene ble tillatt å ta høyere termineringspriser i siste halvdel av perioden enn det Post- og teletilsynet hadde lagt til grunn.

Det foreligger flere vedtak i klagesakene. Vi vil i denne vurderingen, på samme måte som Hjelmeng, ta utgangspunkt i og referere til vedtaket rettet mot Tele2. Dette vedtaket er i hovedtrekk likelydende med vedtaket rettet mot Network Norway.

Post- og teletilsynet har i varsel om vedtak 26. mars 2010 redegjort for hvordan tilsynet vil regulere termineringsprisene for aktørene i mobilmarkedet (marked 7) i perioden 1. januar 2011 til 31. desember 2013. Tilsynet legger til grunn at perioden med asymmetriske priser mellom de aktuelle tilbyderne skal opphøre i den kommende reguleringsperioden, slik at alle tilbyderne fra 1. juli 2012 har lik termineringspris på kr 0,25, synkende til kr 0,17 pr. 1. januar 2013. Dette bygger bl.a. på at tilsynet er av den oppfatning at Network Norway og Tele2 ved utgangen av 2010, gjennom asymmetrisk reguleringspris, har fått dekket inn kostnaden ved å bygge det tredje mobilnettet i Norge.

Hjelmengs vurdering omhandler premissene for departementets vedtak 19. mai 2009, nærmere bestemt departementets vurdering av Network Norways og Tele2s investeringskost og antatte merinntekter som følge av den asymmetriske reguleringen som grunnlag for beregning av termineringsprisene. Han reiser spørsmål ved hvorvidt Samferdselsdepartementets vedtak når det gjelder disse forhold setter skranker for Post- og teletilsynets utøvelse av sin myndighet ved fastsettelsen av nytt markedsvedtak i termineringsmarkedene i perioden 2011-2013.

Vi vil nedenfor gjennomgå innholdet i de relevante vedtak av betydning for vurderingen.

Når det gjelder Tele2s (og Network Norways) investeringer, uttalte Post- og teletilsynet i sitt vedtak av 17. november 2008, jf. vedtaket punkt 178:

*"PT har mottatt en oversikt fra Mobile Norway over antall basestasjoner som selskapet har planlagt å bygge frem til 2011 og hva denne utbyggingen er beregnet å koste (U.off.) PT har sammenliknet kostnadsestimaterne fra Mobile Norway mot tilsvarende nettverksinvesteringer i LRIC-modellen. PT har ikke funnet vesentlig avvik mellom disse beregningene.*

*PT mener det ikke vil være rimelig at Tele2 skal få dekket hele investeringen gjennom merinntekter fra terminering..."*

Når det gjelder merinntekten, har PT ulike vurderinger og resonnementer knyttet til størrelsen av den fordel Network Norway og Tele2 har oppnådd og oppnår ved at termineringsprisen har vært høy og uregulert forut for vedtaket, og den fordel selskapene vil oppnå ved vedtaket sammenholdt med de

øvrige tilbyderne i markedet. Vi finner det ikke hensiktsmessig å redegjøre detaljert for de ulike beregningene.

Departementet legger i vedtaket 19. mai 2009 rettet mot Tele2 følgende til grunn når det gjelder investeringskostnad, jf. vedtaket s. 25 (punkt 3.12.2.):

*"Ut fra en helhetsvurdering av interesseavveining av de forhold som er redegjort for i kapitlet ovenfor, finner Samferdselsdepartementet at det er hensiktsmessig å anlegge som styringsmål at merinntekten for de nye nettutbyggerne i utgangspunktet bør tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett. Departementet legger til grunn et mobilnett som skal dekke 75% av befolkningen innen utløpet av 2011, slik det fremgår av Mobile Norways forretningsplan og som selskapet har vist til i klagen sine. Departementet mener det er hensiktsmessig å tillate Tele2 og Network Norway en mer lempelig regulering frem til den akkumulerte merinntekten tilsvarer investeringskostnaden. Departementet forholder seg til selskapenes planlagte utbygging ut fra at omfanget og kostnaden for utbyggingen fremstår som rimelig for et nett som skal konkurrere med dagens to landsdekkende nett. ... Departementet er oppmerksom på at Network Norway i en periode trolig vil ha høyere enhetskostnad enn LRIC-prisen (for en effektiv tilbyder) tilsier. .. Det følger av dette at differansen mellom selskapenes termineringspris og effektiv pris ikke i sin helhet vil kunne tas ut som merinntekt. Departementet har imidlertid ikke mulighet til å tallfeste effekten av disse forholdene, ettersom den nødvendige informasjonen ikke foreligger på det nåværende tidspunkt. Departementets styringsmål må derfor ses i lys av at det ikke er mulig å fastslå nøyaktig hvilken merinntekt selskapene reelt vil oppnå."*

Videre heter det om merinntekt, jf. vedtaket s. 28:

*"For Tele2 beregnes merinntekten for inneværende reguleringsperiode som er 1. februar 2009 til 31. desember 2010. ... Merinntekten for Tele2 er beregnet basert på differansen mellom tillatt termineringspris og effektiv pris (inflasjonsjustert LRIC-pris). ... Å ta utgangspunkt i effektiv pris gir etter departementets oppfatning et hensiktsmessig sammenligningsgrunnlag."*

Post- og teletilsynet legger i utkastet til vedtak av 26. mars 2010 følgende til grunn når det gjelder relevant investeringskostnad, jf. vedtaket punkt 171:

*"Investeringskostnaden som departementet legger til grunn er hentet fra forretningsplanen til Network Norway og Tele2 og utgjør (u.off). PT gjorde en rimelighetsvurdering av investeringskostnaden i tilknytning til vedtaket 17. november 2008 og la da til grunn at det ikke var vesentlige avvik mellom investeringskostnaden i følge forretningsplanen og kostnaden for tilsvarende nettverksinvesteringer i PTs LRIC-modell.*

*PT mener det er hensiktsmessig å benytte den oppgraderte LRIC-modellen for beregningen av investeringskostnaden for den tredje nettverksoperatøren da denne gir et objektivt grunnlag for en slik vurdering. Bruk av LRIC-modellen innebærer at normkostnader legges til grunn og at insentivene til produksjonseffektivitet vektlegges slik det er beskrevet i*

