

Professor dr. juris
Erling HJELMENG
Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo

Kontor:
PB 6706 St Olavs plass
0130 Oslo

Tele 2 ved Frode Lillebakken
Kvale & Co
PB 1752 Vika
0122 Oslo

Tlf: 22 85 97 84
Fax: 22 85 97 20
Mob: 913 21 956
E-post: e.j.hjelmeng@jus.uio.no

Network Norway ved Per-Kaare Svendsen
Legalteam DA
PB 1969 Vika
0125 Oslo

Oslo, 10. mai 2010

Post- og teletilsynets kompetanse – asymmetrisk regulering

1.	Bakgrunn	1
2.	Nærmere om vedtakene og skranker for fremtidig regulering.....	2
2.1	Gjennomgang av reguleringsvedtakene.....	2
2.2	Kompetanseskranker – rettslige innfallsvinkler.....	5
3.	SDs vedtak 19. mai 2009 – rekkevidde	7
4.	Kompetanseskranker.....	8
4.1	Innledning.....	8
4.2	Investeringskostnaden.....	10
4.3	PTs rekalkulering av akkumulert merinntekt.....	11
4.4	Valg av modell for kalkulering av merinntekt 2011-2013.....	12
5.	Konklusjon.....	13

1. Bakgrunn

Post- og teletilsynet (heretter PT) varslet den 26. mars 2010 vedtak om regulering av bl.a. Tele2 og Network Norway (NWN) i marked 7 (terminering av samtaletrafikk i mobilnett). PT varsler her for perioden 2011-2013 en termineringspris synkende fra 0,50 til 0,17 for Tele 2, og synkende fra 0,70 til 0,17 for NWN. Pristaket er i siste halvår 2009 0,5 for Tele2 og NWN. Selv om satsene reguleres ned, videreføres en asymmetrisk regulering i deler av perioden, for Tele2 frem til 1. januar 2012 og for NWN frem til 1. juli 2012.

19. mai 2009 fattet Samferdselsdepartementet (SD) vedtak i klagesak for inneværende reguleringsperiode (1. februar 2009 - 31. desember 2010).¹ Tele 2 og NWN ble her gitt delvis medhold, idet departementet fant at PTs opprinnelige regulering var uforholdsmessig i den forstand at termineringsprisen var satt så lavt at det truet utbyggingen av et tredje mobilnett. Departementet opphevet PTs regulering og fastsatte en ny regulering for perioden. Videre ga departementet prinsipielle uttalelser om hva som var passende regulering for reguleringsperioden som omfattes av PTs varsel, tatt i betraktning formålet om å realisere et tredje mobilnett.

I sitt varsel for neste periode legger PT til grunn en annen beregningsmetode enn det SD la til grunn i sitt vedtak. Dette gjelder både størrelsen på investeringen som skal dekkes inn og beregningen av merinntekt som følge av asymmetrisk regulering. Det er også på det rene at PT foretar en rekalkulering av hele perioden med asymmetrisk regulering, tilbake til 1. oktober 2007, slik at PT legger til grunn en annen og høyere akkumulert merinntekt for tidligere og inneværende periode enn det departementet la til grunn.

Jeg er bedt om å vurdere hvilke skranker SDs vedtak setter for PTs utøvelse av sin kompetanse i saken. Nærmere bestemt er jeg gitt følgende mandat

1. Er Post- og teletilsynet bundet av uttalelsene i Samferdselsdepartementets vedtak av 19. mai 2009 med hensyn til
 - A. Beregning av merinntekter
 - B. Størrelsen på investeringskostnaden i Mobile Norway
 - C. Beregningsmodellen som Samferdselsdepartementet har benyttet
2. Er Samferdselsdepartementet (ved en senere klagebehandling) bundet av sine tidligere uttalelser i sitt vedtak av 19. mai 2009.

I det følgende vil jeg først redegjøre for faktum i saken, først og fremst forklare ulikhetene mellom departementets føringer og PTs vedtaksvarsel. Videre vil jeg vurdere om SDs vedtak setter skranker for PTs vedtakskompetanse, dvs. om PTs skjønnsmyndighet er bundet av departementets vedtak.

Siden fremstillingen i det følgende inneholder forretningshemmeligheter, er denne betenkningen også utarbeidet i en offentlig versjon, der forretningshemmeligheter er markert med [...].

2. Nærmere om vedtakene og skranker for fremtidig regulering

2.1 Gjennomgang av reguleringsvedtakene

Departementet la til grunn at PTs opprinnelige regulering var uproporsjonal, fordi "den pålagte prisregulering ikke i tilstrekkelig grad legger til rette for utbyggingen av et tredje konkurrerende nett."² Mer spesifikt fant departementet at det var en risiko for at "evnen til å bygge nett svekkes på en uforholdsmessig måte som følge av prisreguleringen", og at

¹ For enkelhets skyld siteres vedtaket rettet til Tele2 i det følgende. På de punkter som siteres, er det ingen substansiell forskjell mellom de to vedtakene. Der det er forskjell påpekes dette.

² Vedtaket, s. 21.

dette ville være "uheldig for konkurransen i markedet".³ Departementet viste her til uttalelser i forarbeidene om at det "bør være muligheter for etablering av flere større aktører enn de vi ser i dag."⁴ Departementet vurderte det mao. slik at de kortsiktige fordelene ved nedregulering ble mer enn oppveiet gjennom fordeler på lengre sikt knyttet til konkurranse mellom flere nett.⁵

Departementet gikk prinsipielt til verks ved etableringen av reguleringsregimet for Tele 2 og NWN. Departementet uttalte at

"[PTs regulering] kan føre til for store reduksjoner i termineringsinntektene for de nye nettutbyggerne som igjen kan true oppnåelsen av målet om et tredje konkurransedyktig mobilnett i Norge. Samferdselsdepartementet vil derfor i det følgende vurdere hvilken pristaksregulering og glidebane som bør gjelde for Tele 2 for å bidra til at ekomlovens overordnede formål nås best mulig, jf. § 1-1."

Etter dette omgjorde SD den reguleringen PT hadde vedtatt, og vurderte konkret hvordan reguleringen måtte utformes for å realisere målsetningene om et tredje mobilnett. Spørsmålet er om disse føringene legger begrensninger på PTs myndighet, slik at PT er forpliktet til å legge departementets konklusjoner til grunn for investeringens størrelse og akkumulert merinntekt pr. inngangen til neste reguleringsperiode. Videre kan det reises spørsmål om det ligger føringer også for beregningen av merinntekt i neste reguleringsperiode.

PTs varsel om vedtak av 26. mars 2010 bryter med SDs tilnærming på flere punkter. For det første nedjusterer PT nettinvesteringens størrelse fra [...] til 1,44 mrd. På dette punkt legger PT således til grunn en annen faktisk forutsetning enn departementet. Departementet la *partenes* forretningsmodell og kalkyle til grunn i sitt vedtak. Det heter:

"Departementet legger til grunn at nettutbyggeres 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."⁶

Videre sies det at

"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 viser til ... at utbyggingsgraden er basert på en kommersiell vurdering av hvilken utbygging som er nødvendig for at de nye aktørene kan etablere seg som bærekraftige konkurrenter i dagens mobilmarked."⁷

Endelig understreker departementet betydningen av forretningsplanen mht. den videre oppfølging. På dette punkt sies det at

³ Vedtaket, s. 22.

⁴ Ot.prp. nr. 58 (2002-03), s. 26.

⁵ Se særlig vedtaket, s. 24-25.

⁶ Vedtaket, s. 24.

⁷ Vedtaket, s. 25.

"Samferdselsdepartementet mener at når Tele2 tillates, gjennom merinntekt fra terminering, å dekke utbyggingskostnader utover de utbyggingskrav som følger av selskapets UMTS-tillatelse, er det behov for at myndighetene forsikrer seg om at utbyggingen faktisk skjer i henhold til fremlagte forretningsplaner for Mobile Norway."⁸

PT legger en annen og prinsipielt helt *ulik modell* til grunn ved fastsettelsen av relevant investeringskostnad. I varselet pkt. 173 heter det:

"PT har ... med utgangspunkt i LRIC-modellen vurdert nivået på investeringskostnaden som det er rimelig å legge til grunn som kostnaden ved å etablere et tredje mobilnett med 75 % befolkningsdekning innen 2011. Dette er basert på utbyggingstakten til den tredje nettverksoperatøren i modellen og er således uavhengig av den faktiske utbyggingsplanen og utbyggingstakten til Mobile Norway-gruppen."

PT legger følgelig en egennormert modell over nettet til grunn (LRIC-modell versjon 6 med egne input). Denne innebærer bl.a. en betydelig reduksjon i antallet basestasjoner (fra [...] til 1250). Denne tilnærmingen bryter med det som PT la til grunn i forrige vedtak, og som ble stadfestet av departementet, som la partenes forretningsplan til grunn for investeringen. I sitt tidligere vedtak benyttet PT LRIC-modellen (versjon 5) utelukkende for å fastsette effektiv pris for NetCom og Telenor og derigjennom merinntekt, ikke for å normere investeringskostnaden.

For det andre velger PT en modell for beregning av *merinntekt* som avviker fra det departementet la til grunn, jf. varselet pkt. 171 ff. PT sier følgende om departementets vedtak (pkt. 183):

"Det vil imidlertid at det finnes ulike måter å beregne en såkalt merinntekt på. PT tolker ikke Departementets vedtak slik at det har ment å angi et absolutt prinsipp for beregning av merinntekter. Resultatene fra versjon 6 av LRIC-modellen er langt lavere enn resultatene fra den forrige versjonen. Det gir dermed lite mening å legge 0,50 NOK til grunn som effektiv pris for en beregning av merinntekt i den kommende reguleringsperioden."

På denne bakgrunn legger PT en metodikk til grunn som avviker fra det SD har bygget på – også for de perioder SD allerede har tatt stilling til. Departementet bygger på differansen mellom regulert pris og effektiv pris (inflasjonsjustert LRIC-pris). Departementet viser til at "Å ta utgangspunkt i effektiv pris gir etter departementets oppfatning et hensiktsmessig sammenligningsgrunnlag."⁹ PT viser, jf. sitatet ovenfor, at versjon 6 av LRIC-modellen gir en "langt lavere" effektiv pris enn den forrige modellen.

Videre sier PT at "det er mest relevant å se på størrelsen på asymmetrien mellom de ulike aktørene".¹⁰ Konklusjonen blir "at Tele2 og Network Norway sin merinntekt fra terminering bør beregnes med utgangspunkt i differansen i fastsatt termineringspris mellom de ulike aktørene."¹¹

⁸ Vedtaket, s. 28.

⁹ Vedtaket s. 28.

¹⁰ Pkt. 183.

¹¹ Vedtaket, pkt. 184.

PT legger sin modell til grunn også for de perioder som er omfattet av departementets vedtak. Departementet tar for Tele 2 utgangspunkt i 1. oktober 2007.¹² Også PT beregner merinntekten fra 1. oktober 2007 til 31. desember 2010. For Tele2 kommer PT frem til merinntekter på i overkant av 1 mrd., mens NwN anses å ha oppnådd merinntekt på ca 640 mill.

PT har opplyst at de har beregnet merinntekten for Tele 2 til 355 mill. i perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 og til 645 mill. i perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010 for Tele2.¹³ Disse tallene er ulike de SD opererer med i sitt vedtak, som er hhv. 170 mill. for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009, og [...] mill. i perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010.¹⁴

PT har opplyst at de har beregnet merinntektene for NwN til 148 mill. i perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009, 172 mill. i perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2009 og 318 mill. i perioden 1. januar 2010 til 31. desember 2010. Til sammen utgjør dette 638 mill.¹⁵ Disse tallene er ulike de som fremgår av SDs vedtak. SD har ikke beregnet noen merinntekt for perioden frem til 1. februar 2009 slik det ble gjort for Tele2¹⁶. For perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010 har SD beregnet merinntekten til NOK [...] millioner.¹⁷

PTs beregning er således, henholdsvis for Tele2 og NwN, [...] og [...] høyere enn det departementet la til grunn, og bygger på en annen beregningsmetode enn det departementet har lagt til grunn for samme periode i sitt vedtak.

PT foretar dermed en rekalkulering av hele perioden fra 1. oktober 2007 og frem til investeringene er dekket inn. Dette innebærer at historisk merinntekt endres (på tvers av departementets vedtak for tidligere perioder), at merinntekten i inneværende periode endres, og at fremtidig merinntekt kalkuleres etter en annen modell enn det SD la til grunn. Videre endres totalrammen for investeringene (med konsekvens for alle perioder), ved at PT ikke bygger på partenes kommersielle anslag men på en egen normert utbyggingsmodell.

2.2 Kompetanseskranker – rettslige innfallsvinkler

PTs vedtaksvarsel av 26. mars reiser en rekke problemstillinger knyttet til PTs kompetanse og forholdet til departementets vedtak av 19. mai 2009. Her er det hensiktsmessig å vurdere de ulike elementene i reguleringen hver for seg. Dette gjelder:

¹² Vedtaket, s. 28.

¹³ Opplyst av Inger Vollstad i epost av 19. april 2010.

¹⁴ Vedtaket, s. 28 og 17. Departementets tall er bekreftet av Malin Tønseth i epost av 19. april 2010.

¹⁵ Opplyst av Inger Vollstad i e-post av 28. april 2010.

¹⁶ SDs klagevedtak er på dette punkt forskjellig for NwN og Tele2 og SD fastslår på side 27 i Klagevedtaket for NwN at "merinntektene beregnes for inneværende reguleringsperiode som er 1. februar 2009 til 31. desember 2010.

¹⁷ Klagevedtaket for NwN, s. 27.

- 1) Totalramme for investeringer/aksepten av Mobile Norways forretningsplan
- 2) Historisk opptjente inntekter i forrige periode lagt til grunn av departementet i sitt vedtak.
- 3) Effektiv pris og faktisk opptjente inntekter for inneværende periode.
- 4) Metode for beregning av fremtidig merinntekt.

Spørsmålet om kompetansen er bundet kan stille seg noe ulikt for disse elementene. Det spesielle i saken er at PT gjenåpner forhold som allerede er vurdert og avgjort av departementet som grunnlag for reguleringen i inneværende periode. Det er likevel ingen direkte motstrid mellom de operative delene av SDs vedtak og PTs varslede vedtak, siden disse gjelder ulike tidsperioder. Derimot er det klart at PTs vedtak representerer en vesentlig endring i forhold til SDs vedtak både mht. faktum som legges til grunn og normering av dette.

Spørsmålet er for det første om PT kan endre kalkuleringen av investeringen, etter at SD har lagt til grunn en investering ut fra partenes kommersielle anslag og etter at partene har kontrahert med utbygger av nettet (Ericsson), og deler av nettet allerede er bygget iht. partenes forretningsplan.

Spørsmålet er videre om PT er bundet av departementets kalkulering av akkumulert *merinntekt* til og med inneværende reguleringsperiode, eller om PT kan legge en alternativ modell til grunn for hele perioden. Dette gjelder både metoden for beregning, samt spørsmålet om hvilke kostnader som inkluderes i effektiv pris. Endelig er det et spørsmål om trafikkgrunnlag.

For det tredje er spørsmålet om kan legge en annen modell til grunn for neste reguleringsperiode. Rettslig sett oppstår det flere problemstillinger:

I vurderingen av de ovennevnte spørsmål må det for det første klargjøres hva som kan sies å være endelig vedtatt av departementet. Dette innebærer en tolkning av vedtaket for å komme frem til vedtakets rekkevidde.

Spørsmålet er deretter om de forhold departementet vurderte for å komme frem til sitt reguleringsvedtak er bindende for PT. Dette vil måtte vurderes som et spørsmål om forhåndsbinding av kompetansen, samtidig som varselet om vedtak inneholder elementer av tilbakevirkning/omgjøring. Det sentrale spørsmålet er da hvilke berettigede forventinger Tele2 og NWN kan sies å ha blitt gitt ved departementets vedtak. Det er her essensielt å tolke departementets vedtak for å klarlegge hvilke bindinger som kan oppstilles.

Endelig kan det reises spørsmål om det uavhengig av departementets klagevedtak finnes selvstendige kompetanseskranker som knytter seg til selve vedtakets innhold. Det minnes her om at PTs forrige vedtak ble underkjent av departementet som uproporsjonalt. Forutsatt at det varslede vedtaket vurderes på samme måte; uproporsjonalt fordi det truer realiseringen av et tredje mobilnett – vil departementet igjen måtte oppheve PTs vedtak. Disse siste aspektene faller det utenfor mitt mandat å vurdere.

3. SDs vedtak 19. mai 2009 – rekkevidde

Først må det avgjøres om deler av SDs vedtak kan anses formelt å binde PT i den forstand at PT er bundet av konklusjonen til SD. Dette gjelder først og fremst kalkuleringen av investeringskostnader samt de historiske tallene for merinntekt.

Som et utgangspunkt fastsetter SDs vedtak bare termineringsprisen for inneværende reguleringsperiode. Denne prisen kan bare endres i helt ekstraordinære tilfeller, og da som et vedtak om omgjøring, jf. uttalelser i vedtaket selv:

"Dersom det ved de halvårlige rapporteringene skulle vise seg at Mobile Norway ikke bygger infrastruktur i henhold til fremlagt plan, vil Post- og teletilsynet måtte vurdere å endre virkemiddelbruken herunder prisreguleringen og treffe nytt vedtak. Et slikt vedtak forutsettes å kunne fattes relativt raskt, innenfor reguleringsperioden og til ugunst for selskapet dersom myndigheten vurderer at utbyggingen ikke i tilstrekkelig grad oppfyller forutsetningene i utbyggingsplanen."¹⁸

Sitatet tydeliggjør at det må foreligge særskilte omstendigheter for at reguleringen skal kunne endres – dvs. at utbyggingsplanene ikke følges opp og at forutsetningen for asymmetrisk regulering dermed forsvinner. Det relevante spørsmålet her er imidlertid om PT kan rekalkulere de kostnader og merinntekter departementet har lagt til grunn – og deretter la en redusert investeringskostnad og øket akkumulert merinntekt gjenspeiles i en lavere regulert termineringspris *i neste periode*.

Dette spørsmålet avgjøres ikke direkte av vedtakets operative del, som utelukkende fastsetter regulert pris for inneværende periode. Derimot er det på det rene at det fremgår tydelig av vedtakets begrunnelse hva som inngår som forutsetninger for beregningen.

Departementets vedtak bygger på to grunnleggende forutsetninger: Aksepten av Mobile Norways forretningsplan som ramme for investeringene og valg av tilnærming for kalkulering av merinntekt. På bakgrunn av dette kalkulerer departementet dels en historisk merinntekt i perioden 1. oktober 2007 – 1. februar 2009, dels estimeres merinntekten for inneværende periode, hvilket danner grunnlaget for SDs prisbane i inneværende periode.

Det må likevel skilles mellom en endring av termineringsprisen for inneværende periode og det å ta hensyn til endrede forhold i inneværende periode i neste reguleringsperiode – typisk ved at akkumulert merinntekt overstiger det departementet la til grunn. Endring av termineringsprisen i inneværende periode kan iht. departementets utsagn klart nok bare være mulig der utbyggingsplanene ikke følges. Det er dermed også klart at PT ikke vil kunne gripe inn i kalkuleringen av merinntekt for inneværende periode og endre på forutsetningene som er lagt til grunn, dvs. departementets fastsettelse av effektiv pris.

¹⁸ Vedtaket, s. 29.

4. Kompetanseskranker

4.1 Innledning

Som påpekt avgjør departementet bare direkte regulert pris for inneværende periode. Spørsmålet er derfor om det eksisterer andre skranker for å endre departementets forutsetninger og beregninger og legge det til grunn for reguleringen i neste periode, slik PT har varslet.

Utgangspunktet er at en overordnet instans' vedtak vil virke bindende for en underordnet instans der det legges føringer på hvordan skjønnet skal utøves. Generelt sett synes det imidlertid å være enighet om at terskelen for at brudd på instruks skal kunne medføre ugyldighet må ligge høyt. Dette begrunnes gjerne med at interne instruksjoner ikke vil være alminnelig kjent, og dermed i liten grad ha gitt berettigede forventninger til private.¹⁹ Instruksjoner om skjønnsutøvelse kan også gis gjennom enkeltvedtak.²⁰ I slike tilfeller vil det kunne knyttes sterkere forventninger til instruksjonen, også på en slik måte at instruksjonen fungerer som en kompetanseskranke. Ekomloven § 10-2 avskjærer imidlertid departementets instruksjonsmyndighet i bl.a. saker etter loven § 3-3, som er hjemmelsgrunnlaget for varselet. Dette innebærer at SD ikke har adgang til å instruere PT om utøvelsen av myndighet. At det ikke er slik instruksjonsadgang, kan imidlertid ikke innebære at ikke tidligere vedtak i klagesaker kan ha skapt forventninger hos private parter som kan utgjøre en kompetanseskranke for PT. Bakgrunnen for bestemmelsen om instruksjonsmyndighet er å sikre tilsynets uavhengighet, jf. også den parallelle bestemmelsen i konkurranseloven § 8 annet ledd.

Det kan også reises spørsmål om klageinstansen gjennom sitt vedtak må anses å ha gitt et forhåndstilsagn om utøvelse av skjønnet. Spørsmålet er om den overordnede instansen kan sies å ha bundet sin myndighet eller skapt tilstrekkelige berettigede forventninger om at et vedtak med pågjeldende innhold skal fattes.

I teorien er det en tendens til å se spørsmålet om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet i sammenheng med spørsmålet om det foreligger berettigede forventninger for den private part.²¹ Det er på det rene at utsagn fra forvaltningen vil kunne gi opphav til forventninger som nyter godt av rettslig beskyttelse i den forstand at myndighetene ikke vil kunne fatte vedtak på tvers av disse interesser. I inneværende avsnitt drøftes det om SDs vedtak fra 19. mai 2009 (samt tidligere vedtak) kan anses å skape slike forventninger. Spørsmålet er om vedtaket har gitt opphav til en berettiget forventning om at de samme modeller og faktum må legges til grunn for videre regulering.

Saksforholdet er spesielt, fordi det dels kan ses under synsvinkelen forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, og dels som et spørsmål om det overhodet er adgang til å "gjenåpne" departementets fastsettelse av akkumulert merinntekt for tidligere perioder

¹⁹ Se for eksempel Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett 9. utgave 2010, s. 174 ff., Graver: Alminnelig forvaltningsrett, s. 182.

²⁰ Se for eksempel Frihagen: Forvaltningsrett III, 1992, s. 231.

²¹ Se særlig Bernt: Avtaler med stat og kommune, 1981, s. 98 – 112, med tilslutning fra Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 3. utg 2007, s. 242

(for å begrunne en strengere regulering i kommende periode). Den felles problemstillingen er imidlertid hvilke berettigede forventninger Tele2 og NWN kan sies å ha fått, ikke bare ved departementets vedtak av 19. mai 2009, men også ved tildelingen av konsesjon til utbygging av et tredje mobilnett.

Det er først hvis det er adgang til å "gjenåpne" fastsettelsen av akkumulert merinntekt for tidligere perioder at det er nødvendig å vurdere om det kan sies å foreligge relevant binding av forvaltningsmyndighet. På den annen side kan det være noe uklart hvilke kompetanseskranker som konkret gjelder, og siden vurderingstemaet i stor utstrekning er sammenfallende vil jeg fokusere på spørsmålet om berettigede forventninger.²²

Formålet med reguleringen som er varslet er dels å realisere ekomlovens målsetning på kort sikt ved å hindre uhensiktsmessige høye priser for terminering hos Tele2 og NWN, samtidig som det aksepteres et inoptimalt samfunnsøkonomisk resultat på kort sikt for å realisere fordeler på lang sikt gjennom utbygging av et tredje mobilnett. Utgangspunktet ligger således fast; at Tele2 og NWN skal "reguleres ned" til effektiv pris og at asymmetrisk regulering skal fases ut fra det tidspunkt hvor investeringen i et tredje nett er gjenvunnet. At dette er formålet med den asymmetriske reguleringen fremkommer utvetydig i SDs vedtak.²³ Selve denne målsetningen – om realisering av et tredje mobilnett – må anses som bindende for PT og også SD. Dette vil innebære at Tele2 og NWN må anses å *ha krav på asymmetrisk regulering i den periode som er nødvendig for å realisere det tredje mobilnettet*. Dette er tydelig fra departementets vedtak:

"Departementet mener det er hensiktsmessig å tillate Tele2 og Network Norway en mer lempelig regulering frem til den akkumulerte merinntekten tilsvarer investeringskostnaden.

...

Under de foreliggende forutsetninger mener departementet at når Tele2s merinntekt fra terminering anses for å tilsvare investeringskostnaden til selskapet for bygging av nett opp til en dekning på 75 prosent ..., vil det være rimelig at termineringsprisen relativt raskt reduseres ned mot et effektivt nivå."²⁴

På dette punkt må det være riktig å se vedtaket som et forhåndstilsagn om utøvelse av fremtidig forvaltningsmyndighet, som også skaper relevante berettigede forventninger for partene. Forutsatt at Mobile Norway foretar utbygging i tråd med forretningsplanen, må myndighetene måtte anses bundet til å gjennomføre en regulering som innebærer at det tredje mobilnettet vil kunne realiseres – gjennom en inndekning av investeringskostnadene.

Utgangspunktet må videre være at de suksessive reguleringsperiodene som skal lede frem til inndekning av investeringskostnaden knyttet til et tredje mobilnett vil måtte ses i

²² Jf. også Graver, op.cit., s. 242, som om spørsmålet om forhåndsbinding i ulike situasjoner uttaler at: "de sentrale spørsmål som reiser seg, best kan håndteres som et spørsmål om forvaltningens omgjøringskompetanse overfor berettigede forventninger."

²³ Jf. bl.a. vedtaket s. 26: "Departementet viser til at etableringen av et tredje konkurrerende nett lenge har vært et sentralt telepolitisk mål i norsk mobilregulering ..., og mener at det er nødvendig å endre glidebanen til Tele2 for å stimulere til at det tredje nettet bygges."

²⁴ S. 25 og 26.

sammenheng. At det foretas regulering i perioder på ca. to år, skyldes vanskelighetene med å fatte treffsikre vedtak for en lengre periode, jf. først og fremst disse markedenes dynamiske karakter. Dette er tydeliggjort i pkt. 11 i PTs markedsanalyse (Vedlegg til vedtaksvarselet):

"Markedsanalysene vil være gjenstand for jevnlig revurderinger. I markeder med hyppige og omfattende endringer vil slike revurderinger måtte gjennomføres relativt ofte. Markedsanalysene er derfor begrenset fremadskuende, jf. Retningslinjene punkt 20. Denne analysen har en tidshorisont på to til tre år."²⁵

At vedtaksperioden av er begrenset, skyldes således mulige endringer i markedet. At ikke hele investeringsperioden er regulert under ett, skyldes følgelig usikkerhet om fremtidig utvikling i markedet. I dette perspektiv må det imidlertid sondres mellom forhold som er ment å ligge fast i perioden på den ene siden, og forhold der utviklingen nødvendiggjør justeringer på den andre. Det siste vil typisk være trafikkgrunnlaget. Utformingen av nettet vil motsetningsvis måtte forutsettes å ligge fast, gjennom aksepten av partenes forretningsplan. Spørsmålet om partenes berettigede forventninger som skranke for adgangen til å rekalkulere de ulike kostnader, inntekter og investeringer må vurderes med dette som utgangspunkt.

4.2 Investeringskostnaden

Slik det har fremgått ovenfor, representerer investeringens størrelse en grunnleggende forutsetning både for reguleringen og for partenes villighet til å gå inn på en utbygging. Investeringskostnaden fremstår på denne bakgrunn som særegen, i den forstand at den representerer en avgjørende forutsetning for partene og utgjør det endelige målet for reguleringen.

Selve formatet på det tredje mobilnettet, herunder antall basestasjoner, er eksplisitt akseptert av departementet i sitt vedtak. Departementets forutsetning om at asymmetrisk regulering skal brukes inntil *denne* investeringen er dekket inn, må også leses slik at denne forutsetningen er ment å skulle ligge fast i hele reguleringsperioden. Det er ikke holdepunkter i vedtaket for at partenes forretningsplan skal tas opp til revurdering i senere perioder. Selve aksepten av Mobile Norways forretningsplan er helt utvetydig i departementets vedtak, jf. sitatene ovenfor.

For investeringens størrelse er det på det rene at partene er innrømmet dekning av sine investeringskostnader for den investering som fremgår av forretningsplanen. En endring av denne forutsetningen, i betydningen at investeringens størrelse normeres ut fra PTs modell for hva et tredje nett vil (bør) koste, er det etter min oppfatning ikke adgang til. PT reduserer antallet basestasjoner fra [...] til 1250, hvilket må anses som en temmelig vesentlig reduksjon i utbyggingen.

Det er også tungtveiende reelle hensyn som tilsier at partenes forretningsplan ikke vil kunne forkastes som grunnlag for en ny reguleringsperiode. Av særlig viktighet er at

²⁵ Se også varselet, pkt. 7.

partene allerede har foretatt investeringer i henhold til planen. Jeg har blitt opplyst at Mobile Norway pr. 31. desember 2009 har bygd ferdig [...] basestasjoner, og signert [...] leieavtaler for å sette opp basestasjoner. De ferdigbygde basestasjoner og de inngåtte leieavtaler er gjort ut fra Mobile Norways plan om å bygge [...] basestasjoner. Mobile Norway har følgelig allerede innrettet seg i betydelig utstrekning i forhold til den utbyggingsplanen som er akseptert av departementet.

De endringer som PT nå varsler, vil innebære at hele nettet vil måtte redesignes, hvis antallet basestasjoner skal reduseres. Det er også rimelig å tro, selv om jeg ikke er forelagt konkrete opplysninger på dette punktet, at en så vidt omfattende reduksjon vil redusere kvaliteten på dekningen på en slik måte at Tele2 og NWN uansett vil være avhengige av omfattende roaming hos Telenor eller Netcom. Dette vil i tilfelle representere en betydelig endring av de grunnleggende forutsetningene som partene har disponert etter.

På denne bakgrunn er det etter min oppfatning ikke adgang til å gå vekk fra partenes forretningsplan som grunnlag for å beregne investeringens størrelse.

4.3 PTs rekalkulering av akkumulert merinntekt

Slik det er vist ovenfor, rekalkulerer PT akkumulert merinntekt for hele reguleringsperioden tilbake til 1. oktober 2007. PT anfører i varselet at departementets vedtak ikke kan tolkes slik at angir "et absolutt prinsipp for beregning av merinntekter."²⁶ På dette punkt er det imidlertid en åpenbar forskjell på den historiske akkumulerte merinntekten departementet har fastsatt, og metoder for å kalkulere merinntekt i kommende periode.

Departementets fastsettelse av akkumulert merinntekt frem til 1. februar 2009 må anses som endelig avgjort. Partene vil nødvendigvis legge denne inntekten til grunn for sine kalkyler av hvilken inndekning som er realisert, og for hvilken merinntekt man kan vente seg videre. Spørsmålet kan ikke ses på som et egentlig spørsmål om forhåndsbinding, i det det gjelder den normative beregningen av en historisk inntekt, dvs. at det er en vurdering av det samme forhold som allerede er vurdert av departementet. Snarere kan spørsmålet ses på som et spørsmål om tilbakevirkning.²⁷ Å endre dette som grunnlag for den siste perioden med asymmetrisk regulering vil innebære et brudd med partenes forventninger om hvilken restinntekt de vil kunne påregne i denne perioden. Dermed endres forutsetningene for reguleringen reelt for tidligere og inneværende periode, selv om de økonomiske konsekvensene av dette først synliggjøres i neste reguleringsperiode.

Dette gjelder perioden frem til 1. februar 2009. Spørsmålet er om PT står friere til å endre beregningen av akkumulert merinntekt for *inneværende* reguleringsperiode. På dette punkt må det sannsynligvis skilles mellom merinntekten som nominell størrelse på den ene siden, og beregningsmetoden på den andre. For det første er det på det rene at departementet i sitt vedtak har avgjort hvilken beregningsmetode som skal legges til grunn i inneværende periode, samtidig som de ulike reguleringsperiodene må ses i

²⁶ Varselet, pkt. 183.

²⁷ Om tilbakevirkning og omgjøring av forvaltningsvedtak se Frihagen: Forvaltningsrett III, 1992, s. 55 ff.

sammenheng mht. inndekning av nettinvesteringen. Departementets beregning av merinntekt inngår som en integrert del av grunnlaget for fastsettelse av reguleringen i perioden. Igjen vil konsekvensen av PTs varsel være at de forutsetninger departementet har lagt til grunn i sitt vedtak endres også for inneværende periode, selv om de økonomiske konsekvenser for foretakene først viser seg i kommende reguleringsperiode. Etter min oppfatning vil valget av modell også for inneværende periode måtte anses å ligge fast.

Annerledes stiller det seg med det faktiske grunnlaget for beregningen. Her er det på det rene at departementets vedtak dels er bygget på estimater. I vedtaket s. 28 heter det:

"For 2009 har departementet innhentet trafikk tall for januar og februar som legges til grunn i beregningene for 2009 og 2010. Det er ikke lagt inn volumvekst for 2010."

Skal formålet med den asymmetriske reguleringen oppnås, dvs. inndekning av investeringskostnaden – men heller ikke mer, må det være adgang til å opp- eller nedjustere akkumulert merinntekt for perioden i henhold til faktisk termineringstrafikk. Her vil partene motsetningsvis heller ikke ha noen berettigede forventninger om å få beholde en økt merinntekt uten at dette skal hensyntas i reguleringen for kommende periode.

4.4 Valg av modell for kalkulering av merinntekt 2011-2013

Spørsmålet er om PT på bakgrunn av departementets vedtak er forhindret fra å legge sin versjon 6 av LRIC-modellen til grunn for beregningen av realisert merinntekt i perioden 2011 – 2013, samt ta utgangspunkt i differansen i fastsatt termineringspris mellom de ulike aktørene. Dette spørsmålet stiller seg annerledes enn beregningen av historisk akkumulert merinntekt og investeringens størrelse.

At departementet også legger visse føringer utover inneværende reguleringsperiode er relativt klart fra vedtaket, jf. bl.a. uttalelsene på s. 26 om når investeringen kan forventes å være tjent inn. Det er også klart at selve metoden for beregning (regulert pris minus effektiv pris) legges til grunn av departementet som en "hensiktsmessig løsning" (s. 28).

Der det dreier seg om å velge modeller for fremtidig regulering, vil PT imidlertid som utgangspunkt måtte ha myndighet til å endre og videreutvikle modellene i samsvar med rekommandasjoner og faglig utvikling. Det ville vært svært lite effektivt hvis reguleringsmodellene skulle vært låst over flere reguleringsperioder.

Samtidig er det på det rene at PT ikke vil kunne instrueres om fremtidige saker etter ekomloven § 3-3, jf. § 10-2. Det ligger i sakens natur at vedtak fattes for en avgrenset periode, nettopp av hensyn til den dynamiske utviklingen. Endelig er det vanskelig å se at departementet – i motsetning til for tidligere og inneværende periode – kan sies å ha lagt avgjørende føringer for fremtidig valg av modell for kalkulering av merinntekt. Selv om PT således ikke kan endre investeringens størrelse eller akkumulert merinntekt ved utgangen av 2010, vil det således være en viss mulighet for å endre kalkuleringen av merinntekt i neste periode. En eventuell endring av modell kan likevel ikke – uten at det foreligger endringer i faktum – bryte med SDs føring som legger til grunn at

merinntekten trolig vil tilsvare investeringskosten i 2012 for Tele2 og 2013 for NWN. Her strekker SDs føringer seg inn i neste reguleringsperiode, og disse føringene kan ikke uten videre fravikes av PT.

5. Konklusjon

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 kompetanseskranker 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.



Erling Hjelmeng
Prof. dr. juris