

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

**Kontor:**  
PB 6706 St Olavs plass  
0130 Oslo

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

Tele 2 ved Frode Lillebakken  
Kvale Advokatfirma DA  
PB 1752 Vika  
0122 Oslo

Oslo, 15. oktober 2010

## **Vedtak i marked 7 – Post- og teletilsynets kompetanse**

1. Bakgrunn.....	1
2. Nærmere om vedtakene .....	2
3. Kan PT endre merinntekt for perioden 1.10.07 – 1.2.09?.....	5
3.1 Rettslige utgangspunkter .....	5
3.2 Vurdering .....	7
4. Kan økning i merinntekt forklares med høyere trafikk tall?.....	11
5. Konklusjon.....	12

### **1. Bakgrunn**

Post- og teletilsynet (heretter PT) fattet den 27. september 2010 vedtak om regulering av bl.a. Tele 2 i marked 7 (terminering av samtaletrafikk i mobilnett). PT fastsatte for Tele 2 en termineringspris synkende fra 0,50 til 0,15 for perioden 2011-2013.

I forhold til varselet er investeringskostnaden for utbygging av et tredje mobilnett som skal dekkes inn gjennom asymmetrisk regulering korrigert til 2 mrd. Varselet opererte med en kostnad på 1,44 mrd. NOK.

PT fastholder likevel den varslede prisreguleringen, idet Tele 2 anses å ha gjenvunnet sin del av investeringen (1 mrd. NOK) ved utløpet av inneværende reguleringsperiode. PT når denne konklusjonen for Tele 2's del ved at historisk (akkumulert) merinntekt rekalkuleres tilbake til 1. oktober 2007.

I motsetning opprettholdes den asymmetriske reguleringen for Network Norway (som medinvestor i Mobile Norway) utover i neste reguleringsperiode.

19. mai 2009 fattet Samferdselsdepartementet (SD) vedtak i klagesak for inneværende reguleringsperiode (1. februar 2009 – 31. desember 2010). 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 tatt i betraktning formålet om å realisere et tredje mobilnett.

I vedtaket for neste periode legger PT til grunn en annen beregningsmetode for akkumulert merinntekt enn det SD la til grunn i sitt vedtak. For perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009, som altså ligger forut for departementets vedtak, har PT kalkulert en akkumulert merinntekt på [385] [U.off.]<sup>1</sup> mill. NOK. SD la i sitt vedtak til grunn 170 mill. NOK på bakgrunn av tilnærmet samme trafikk tall som PT, jf. nærmere nedenfor.

I betenkning av mai 2010, i kjølvannet av vedtaksvarselet, har jeg vurdert flere spørsmål knyttet til PT kompetanse i saken. Det er på det rene at PT har brakt i orden enkelte av de forhold som ble påpekt der, i første rekke reduksjonen i investeringskostnad.

Jeg er nå bedt om å foreta en vurdering av PTs kompetanse vedrørende fastsettelsen av historisk merinntekt i lys av departementets vedtak. Nærmere bestemt er spørsmålet om PT kan legge til grunn en annen og høyere merinntekt for historiske perioder (dvs. perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009), hvor departementet allerede har fastsatt den historiske merinntekten for perioden i klagevedtak.

I det følgende redegjør jeg først for vedtakenes innhold, før de rettslige problemstillingene presiseres og vurderes i avsnitt 3. Notatet bygger på PTs vedtak av 27. september 2010, vedtaksvarsel av 26. mars 2010 og utkast til vedtak publisert 25. august 2010, samt vedlegg til dette. Videre bygger jeg på SDs vedtak av 19. mai 2009. Utover dette har jeg fått videresendt eposter fra departementet og PT som presiserer det tallmaterialet som er benyttet, se løpende fotnoter.

Formålet med vurderingen er å ta stilling til om PT ved sitt vedtak overtrer materielle kompetanseskranker i lys av departementets tidligere vedtak. Dersom dette er tilfelle vil vedtaket være beheftet med ugyldighet. SD må så fall i klagerunden omgjøre PTs vedtak og opprettholde sin vurdering av merinntekten i perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009, slik det fremkommer i vedtaket av 19. mai 2009.

## **2. Nærmere om vedtakene**

Formålet med den prisreguleringen Tele 2 underlegges i termineringsmarkedet er å realisere ekomlovens målsetning ved å hindre uhensiktsmessige høye priser for

---

<sup>1</sup> I forståelse med Tele 2 er forretningshemmeligheter som fremkommer i dette dokumentet markert med U.off., med tanke på at det kan offentliggjøres.

terminering hos Tele 2. Samtidig aksepteres det et inoptimalt samfunnsøkonomisk resultat på kort sikt for å realisere fordeler på lang sikt gjennom utbygging av et tredje mobilnett. Tele 2 skal således "reguleres ned" til effektiv pris og asymmetrisk regulering ut fra det tidspunkt hvor investeringen i et tredje nett er gjenvunnet. Disse formålene med den asymmetriske reguleringen fremkommer utvetydig i SDs vedtak.<sup>2</sup>

Departementets klagevedtak gjelder inneværende reguleringsperiode, dvs. perioden 1. februar 2009 – 31. desember 2010. Departementet la til grunn at PTs opprinnelige regulering for denne perioden var uproporsjonal, fordi "den pålagte prisregulering ikke i tilstrekkelig grad legger til rette for utbyggingen av et tredje konkurrerende nett."<sup>3</sup> 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 dette ville være "uheldig for konkurransen i markedet".<sup>4</sup> 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."<sup>5</sup>

Departementet gikk prinsipielt til verks ved etableringen av reguleringsregimet for Tele 2 og Network Norway. 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.

I vedtaket beregnet SD merinntekten for perioden 1. oktober 2007 tom. 31. januar 2009 til 170 mill. NOK.<sup>6</sup> Dette beløpet "tallfester den lettelse i regulering Tele2 har oppnådd ved å klatre i investeringsstigen"<sup>7</sup> SD benyttet her forskjellen mellom 1.155 og 1.00 for perioden 1. oktober 2007 til 1. juli 2008, og forskjellen mellom 1.155 og 0.85 for perioden 1. juli 2008 til 1. februar 2009.<sup>8</sup> Denne delta ble multiplisert med antall terminerende minutter for perioden, hvilket ga resultatet på 170 mill NOK.

PTs vedtak av 27. september 2010 bryter med SDs tilnærming. PT legger til grunn en modell for beregning av merinntekt som avviker fra det departementet la til grunn, jf. vedtaket pkt. 183 ff. PT sier følgende om departementets vedtak (pkt. 184 i vedtaket):

---

<sup>2</sup> 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."

<sup>3</sup> Vedtaket, s. 21.

<sup>4</sup> Vedtaket, s. 22.

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 58 (2002-03), s. 26.

<sup>6</sup> Vedtaket, s. 17. Departementets tall er bekreftet av Malin Tønseth i epost av 19. april 2010.

<sup>7</sup> Vedtaket s. 17

<sup>8</sup> Bekreftet i e-post fra Karin Skyllingstad av 1. september 2010: "Delta vi benyttet var differansen mellom Tele2s gjeldende pris for perioden og prisene som fremkom av 8. mai 2007 vedtaket."

"Det vil imidlertid finnes ulike måter å beregne en såkalt merinntekt på. PT tolker ikke Samferdselsdepartementets vedtak slik at departementet har ment å angi et absolutt prinsipp for beregning av merinntekter. Resultatene fra versjon 7.1 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. Videre er PT av den oppfatning at i en situasjon hvor alle aktørene i markedet har fastsatt en høyere termineringspris enn effektiv pris, er det mest relevant å se på størrelsen på asymmetrien mellom de ulike aktørene. Så lenge trafikken mellom tilbyderne er rimelig balansert, vil tilbydernes betaling til hverandre for terminering i praksis være bytte av penger hvor eventuell ekstra fortjeneste oppnås for tilbydere med høyere (asymmetriske) termineringspriser enn de øvrige."

På denne bakgrunn legger PT en metodikk til grunn som avviker fra det SD har bygget på for perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009, jfr. SDs metode som er beskrevet ovenfor.

PT kommer for forrige og inneværende reguleringsperiode frem til merinntekter på i overkant av 1 mrd. PT har opplyst at de har beregnet merinntekten til [385] [U.off.] mill. i perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009.<sup>9</sup> Dette tallet er ulikt det SD opererer med i sitt vedtak; jf. ovenfor er dette 170 mill. for samme periode. PTs beregning er således [215] [U.off.] mill. høyere enn det departementet la til grunn, og bygger på en annen beregningsmetode enn det departementet har lagt til grunn i sitt vedtak.

PT hadde, etter det jeg er opplyst, også fremlagt to andre beregninger av merinntekt for SD i forkant av vedtaket. Den ene beregningen resulterte i en merinntekt på 510 mill NOK og den andre i en merinntekt på mill NOK 800 for hele perioden 1. oktober 2007 til 31. desember 2010. Metoden PT benyttet for å komme frem til 510 mill NOK var forskjellen mellom Tele 2's og NetComs termineringspris for perioden 30. juni 2009 til 31. desember 2010. Metoden PT benyttet for å komme frem til 800 mill NOK, var forskjellen mellom Tele 2's termineringspris og NetComs termineringspris for perioden 1. oktober 2007 til 31. desember 2010.<sup>10</sup>

SD forkastet begge disse metodene med følgende begrunnelse:

"Når det gjelder begge beregningene for perioden 1. oktober 2007 til 31. desember 2010, der tilsynet konkluderer med at Tele 2 har oppnådd en fordel på henholdsvis NOK 510 og 800 millioner mener departementet at disse tallene neppe kan legges til grunn fordi beregningene baserer seg på en regulering som ikke har vært aktuell."<sup>11</sup>

Departementet avviser således at det er relevant å benytte deltaen mellom Tele 2's termineringspris og NetComs termineringspris, slik PT hadde forsøkt å gjøre. PTs vedtak er ikke fullstendig klart mht. hvilken metode som er lagt til grunn ved beregningen av merinntekt for perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009.<sup>12</sup> I epost av 27. august har PT

<sup>9</sup> Opplyst av Inger Vollstad i epost av 27. august 2010.

<sup>10</sup> PTs vedtak av 17. november 2008 punkt 175 og 176. Her referer PT til mill NOK 440. Dette tallet er senere justert opp til 510 mill NOK, jr. PTs oversendelse til SD av 21. januar 2009.

<sup>11</sup> Vedtaket side 17.

<sup>12</sup> Sml. vedtaket pkt. 185 og fotnote 36, som indikerer at dette er delta mellom Tele 2 og Netcom/Telenor.

imidlertid opplyst at det er delta mellom Tele 2 og Netcom som er lagt til grunn.<sup>13</sup> Dette innebærer at PT benytter den samme beregningsmetoden som ble avvist av departementet, og for samme periode som departementet vurderte.

I resultat for Tele 2 innebærer dette at PTs forutsetning i sitt første vedtak – som ble satt til side av departementet – om at Tele 2 ville ha dekket inn sine investeringskostnader ved utløpet av 2010, likevel opprettholdes gjennom vedtaket. Dette skyldes ikke endringer i kostnadsforhold eller nytt faktum (jf. avsnitt 4 nedenfor), men at PT overprøver departementets beregning av merinntekt for den første perioden. Spørsmålet er om det er rettslig adgang til å foreta en slik rekalkulering.

### **3. Kan PT endre merinntekt for perioden 1.10.07 – 1.2.09?**

#### **3.1 Rettslige utgangspunkter**

Det rettslige spørsmålet er om SDs vedtak av 19. mai 2009 virker bindende for PT vedrørende fastsettelsen av historisk akkumulert merinntekt for perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009. Dette spørsmålet kan ses under flere innfallsvinkler:

- Overordnet organs forhold til underordnet.
- Spørsmål om tilbakevirkning og omgjøring.
- Spørsmål om hva som kan anses som "rettskraftig" avgjort i et forvaltningsvedtak (i forhold til underordnede instansers kompetanse).

I det følgende redegjør jeg først for disse utgangspunktene, før jeg går nærmere inn på den konkrete saken.

For det første må det sondres mellom tilfellet der et underordnet organ gjenåpner vurderinger som allerede er foretatt og avgjort av departementet, uten at det foreligger nytt faktum i saken, og spørsmålet om hvilke føringer departementets vedtak legger på skjønnsutøvelsen i fremtidige saker.

Det spesielle i saken er nettopp at en akkumulert inntekt vurderes i flere etapper – ved fastsettelse av regulert pris for kommende perioder. Siden historisk merinntekt i første periode nødvendigvis inngår i beregningsgrunnlaget for hva som gjenstår av inndekningen av investering ved inngangen til senere perioder, vil det samme historiske faktum ha betydning for flere senere vedtak som regulerer et ulikt faktum; nemlig prisen i suksessive perioder. De suksessive vedtakene vil likevel ikke komme i *direkte* motstrid, fordi vedtakene tar stilling til prisen i ulike perioder.

Den foreliggende saken har dermed en side mot begge problemstillinger; idet det dreier seg om å fravike departementets fastsettelse av merinntekt i den første reguleringsperioden. Hvis historisk akkumulert merinntekt i den første perioden må anses som endelig avgjort, vil ikke PT i vedtak for senere perioder kunne legge et annet tall til grunn, idet PT ikke har generell omgjøringskompetanse overfor departementets

---

<sup>13</sup> Opplyst av Inger Vollstad i epost av 27. august 2010.

vedtak. Likevel kommer denne "omgjøringen" først til uttrykk i fastsettelse av pris for den tredje perioden, hvilket minner om den sistnevnte problemstillingen.

I denne sammenheng er det av betydning at departementets klagevedtak og PTs varslede vedtak reelt gjelder samme sak (inndekning av investeringskostnadene til det tredje mobilnettet), selv om det er tale om ulike perioder. Dermed kan de to spørsmålene ikke ses isolert fra hverandre, jf. nærmere nedenfor.

Spørsmålet kan også ses i et tilbakevirkningsperspektiv, idet en økning av den historiske merinntekten innebærer at samme historiske faktum vurderes på en ny og mindre gunstig måte for partene. PT legger en ny og strengere norm til grunn for vurderingen av den første perioden, slik at den merinntekten som allerede har blitt vurdert av departementet i ettertid settes opp. Med PTs nye vurdering av det samme faktum, kommer Tele 2 således dårligere ut i neste reguleringsperiode enn de ville ha gjort hvis departementets beregning var blitt lagt til grunn. Dette er tydelig fordi de ulike reguleringsperiodene må ses under ett mht. målsetningen om at Tele 2 skal få dekket sin andel av investeringene i det tredje mobilnettet.

Uavhengig av dette må det være hevet over tvil at departementets vedtak har betydning for PTs skjønnsutøvelse i fremtidige saker, både ut fra dets formål og de forventninger det er egnet til å skape. Generelt sett synes det likevel 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.<sup>14</sup> Instruksjoner om skjønnsutøvelse kan også gis gjennom enkeltvedtak.<sup>15</sup> I slike tilfeller vil det kunne knyttes sterkere forventninger til instruksjonen, også på en slik måte at instruksjonen fungerer som en kompetanseskranke. Utgangspunktet er dermed at en overordnet instans' vedtak vil virke bindende for en underordnet instans der det legges føringer på hvordan skjønnet skal utøves.

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. Den foreliggende sak er også spesiell i den forstand at det dreier seg om en ny vurdering av et faktum SD allerede har tatt stilling til – ikke spørsmålet om instruksjoner om beregning av merinntekter i fremtidige perioder.

I teorien er det en tendens til å se spørsmålet om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet i sammenheng med spørsmålet om det foreligger berettigede

---

<sup>14</sup> Se for eksempel Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett 9. utgave 2010, s. 174 ff., Graver: Alminnelig forvaltningsrett, s. 182.

<sup>15</sup> Se for eksempel Frihagen: Forvaltningsrett III, 1992, s. 231.

forventninger for den private part.<sup>16</sup> 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. Dette kan sammenfattes som et spørsmål om Tele 2's berettigede forventninger knyttet til SD's vedtak av 19.mai 2009, hvilket reelt sett er et spørsmål om omgjøringskompetanse overfor Tele 2's berettigede forventninger knyttet til fastsettelsen av merinntekt.<sup>17</sup> Samtidig må det ses på sammenhengen mellom SDs beregningen og formålet med vedtaket – som er å fastsette pris i én av flere reguleringsperioder som skal lede til inndeckning av investeringskostnadene. Endelig vil det ha betydning hvilke føringer SDs fastsettelse av en prinsipiell modell for beregning av merinntekt har.

### 3.2 Vurdering

Som et utgangspunkt fastsetter SDs vedtak bare termineringsprisen for inneværende reguleringsperiode. *Denne prisen* kan bare endres i helt ekstraordinære tilfeller – for eksempel at utbyggingsplanene ikke følges opp og at forutsetningen for asymmetrisk regulering dermed forsvinner.<sup>18</sup> En slik endring vil måtte følge prinsippene for omgjøring til ugunst for parten.

Saken dreier seg om tre reguleringsperioder, som likevel må ses i sammenheng gjennom inndeckningen av investeringer til det tredje mobilnettet. At reguleringen er splittet opp i perioder, skyldes usikkerhet om markedsutviklingen fremover. Dette tilsier (selvsagt) at endringer i markedsforhold eller kostnadsforhold vil kunne hensyntas i den fremtidige reguleringen. Dette er imidlertid noe annet enn å rekalkulere historiske perioder som allerede har vært gjenstand for klagebehandling. Spørsmålet som vurderes her er om PT kan foreta en rekalkulering av merinntekten i den første perioden – som departementet allerede har tatt stilling til – med det formål å redusere prisen *i senere perioder*.

Spørsmålet avgjøres ikke direkte av klagevedtakets *operative del*, som utelukkende fastsetter regulert pris for inneværende periode og ikke eksplisitt fastslår en historisk merinntekt. Derimot fremgår det tydelig av vedtakets begrunnelse hva som inngår som forutsetninger for beregningen.

Slik det er påpekt må de ulike reguleringsperiodene ses under ett; formålet med den asymmetriske reguleringen er å gi Tele 2 inndeckning for sin del av investeringskostnaden over en bestemt periode. Den opprinnelige fastsettelsen må dermed anses som ett element i den totale reguleringen som leder frem til inndeckning av investeringskostnaden. I dette perspektivet må merinntekten for første periode etter mitt skjønn anses avgjort i og med departementets vedtak.

---

<sup>16</sup> Se særlig Bernt: Avtaler med stat og kommune, 1981, s. 98 – 112, med tilslutning fra Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 3. utg 2007, s. 242

<sup>17</sup> 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."

<sup>18</sup> Jf. uttalelsene på s. 29 i departementets vedtak.

Hvis det sammenlignes med læren om rettskraft, er det på det rene at beløpets størrelse – som inngår som en forutsetning for vedtakets fastsettelse av termineringspris – ville måttet anses som rettskraftig avgjort. Poenget er at merinntekten i perioden fra 1. oktober 2007 må anses som en integrert del av selve "kravet" (dvs. reguleringen for inneværende og kommende periode). Dette har sammenheng med at størrelsen av merinntekten i denne perioden representerer en direkte og nødvendig forutsetning for å kalkulere behovet for merinntekter i senere perioder. Hvis departementets kalkulering av merinntekt for den første perioden skulle kunne gjenåpnes, ville den økonomiske realiteten være at også departementets prisregulering i inneværende periode blir endret – selv om dette først kommer til uttrykk (merinntekten "tilbakebetales") i neste periode. På bakgrunn av at de ulike reguleringsperiodene utgjør elementer i den samme reguleringen (inndekningen av investeringen), fremstår sammenhengen mellom de to størrelsene (historisk merinntekt og regulert pris i inneværende periode) som så tett at de to ikke kan vurderes adskilt fra hverandre.

Beregningen av merinntekt og regulert pris kan derfor ses på som to sider av samme sak; akkumulert merinntekt bestemmes av hvordan regulert pris regnes ut, idet formålet med den regulerte prisen er å gi inndekning for ett bestemt (nominelt) investeringsnivå. Allerede dette tilsier etter min oppfatning at PT ikke kan overprøve SDs fastsetting av merinntekt for første reguleringsperiode. Siden det dreier seg om et klagevedtak, vil det evt. måtte være SD som foretar en slik rekalkulering – men da med de skranker som følger av reglene om omgjøring/tilbakevirkning til ugunst for privat part.

Hvis PTs syn er riktig, innebærer dette at departementets vedtak får et midlertidig preg – idet de økonomiske realitetene uansett ikke blir endelig avgjort før det er fattet vedtak helt frem til investeringen anses som dekket inn. Dette støter an mot idéen om at investeringen *suksessivt* skal dekkes inn gjennom asymmetrisk regulering over flere reguleringsperioder. Realiteten er at PT korter ned perioden med asymmetrisk regulering under henvisning til at investeringen allerede er dekket inn, og oppnår dermed – når reguleringsperiodene ses under ett – et resultat som er tilnærmet likt det departementet allerede har konkludert at er uproportjonalt.

PTs økning av merinntekten for den historiske perioden vil også støte an mot partenes berettigede forventninger og formålet med departementets vedtak. I sitt vedtak understreker departementet nettopp hensynet til forutsigbarhet i reguleringen der formålet er å realisere investeringer, jf. uttalelsene om "et regulatorisk klima som er så forutsigbart som mulig."<sup>19</sup> I dette perspektivet er det essensielt at den første reguleringsperioden representerer første etappe mot en inndekning av investeringskostnaden. Når så merinntekten for denne perioden er endelig fastsatt av departementet vil Tele 2 nødvendigvis legge denne inntekten til grunn for sine kalkyler av hvilken inndekning som er realisert, og for hvilken merinntekt man kan vente seg videre.

Selve målsetningen om realisering av et tredje mobilnett må anses som bindende for PT og også SD. Dette vil innebære at Tele2 må anses å *ha krav på asymmetrisk regulering i den periode som er nødvendig for å realisere det tredje mobilnettet*. På dette punkt må

---

<sup>19</sup> Departementets vedtak, s. 10.



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. Dette innebærer nødvendigvis også at det oppstår berettigede forventninger om at milepæler som passerer underveis ikke på et senere tidspunkt gjøres om, med de konsekvenser dette har for muligheten til å oppnå inndekning i senere perioder.

Selve det konkrete spørsmålet om endring av den historiske merinntekten for første reguleringsperiode kan imidlertid *ikke* ses på som et egentlig spørsmål om forhåndsbinding av en ellers fri skjønnsmyndighet, 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.<sup>20</sup> Å endre den historiske beregningen av merinntekt som grunnlag for den siste perioden med asymmetrisk regulering vil innebære et brudd med Tele 2's 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 er noe annet enn endringer i fremtidig regulering eller merinntekt i inneværende perioder, der Tele 2 nødvendigvis ikke vil kunne ha en berettiget forventning om at det ikke skal tas hensyn til ekstra merinntekt som skyldes utvikling i markedsforholdene (trafikkøkning) eller innsparinger i investeringene.

Denne prinsipielle forskjellen mellom fastsatte historiske fakta på den ene siden og fremtidige beregninger av merinntekt i senere perioder på den andre, er ikke berørt av PT i sitt vedtaksutkast. PT nøyer seg med å vise til at departementet ikke har ment å fastsette et "absolutt prinsipp" for beregningen av merinntekt. En slik tilnærming overser forskjellen på overprøving av det departementet historisk har lagt til grunn, og beregningsmetoden for merinntekt i senere reguleringsperioder.

I vedtaket pkt. 184 – som også er sitert ovenfor, sier PT at

"PT tolker ikke Samferdselsdepartementets vedtak slik at departementet har ment å angi et absolutt prinsipp for beregning av merinntekter. Resultatene fra versjon 7.1 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*."<sup>21</sup>

PTs standpunkt er gjentatt i vedlegg 2 til vedtaket – Oppsummering av den nasjonale høringen:

"Etter en fornyet vurdering mener PT fortsatt at departementets vedtak ikke angir et absolutt prinsipp for beregning av merinntekt. Det gir for eksempel liten mening å benytte 0,50 NOK som grunnlag for

<sup>20</sup> Om tilbakevirkning og omgjøring av forvaltningsvedtak se Frihagen: Forvaltningsrett III, 1992, s. 55 ff.

<sup>21</sup> Min uthevelse.

effektiv pris for en beregning av merinntekt i den kommende reguleringsperioden. ... Videre mener PT metoden bør være den samme for hele perioden, dvs. fra 1. oktober 2007 for Tele 2 og fra 1. februar 2009 for Network Norway og videre inn i neste reguleringsperiode inntil investeringskosstnaden er dekket."<sup>22</sup>

PT uttaler seg i begge sitater primært om hvilke føringer SDs vedtak legger på merinntektsberegningen i *fremtidige perioder*, jf. uthevelsen. Derimot tar PT ikke stilling til om klagevedtakets beregning av merinntekt for tidligere perioder uten videre kan endres med virkning for senere perioder. Dette representerer to ulike spørsmål, der utfallet av vurderingen meget vel kan være ulikt.

Når SD i sitt vedtak har vurdert metoden der PT benyttet deltaen mellom Tele 2 og NetComs pris (som resulterte i merinntekt på henholdsvis 510 mill NOK og 800 mill NOK), og forkastet denne, er det høyst tvilsomt om PTs standpunkt om at departementets vedtak ikke legger føringer på valget av grunnprinsipp for beregningen også for innværende og kommende periode, lar seg opprettholde. I denne sammenheng er det essensielt at departementet vurderer reguleringen i lys av investeringsincentivene til Tele 2, et perspektiv som trekkes mer i bakgrunnen i PTs tilnærming. Selv om departementet ikke kan anses å ha "låst" reguleringen for eksempel til en effektiv pris på 0,50 NOK for senere perioder, representerer departementets vedtak likevel skranker for hvilke prinsipielle modeller som kan legges til grunn. Ikke minst gjelder dette for perioder departementet allerede har vurdert som klageinstans.

Mer alvorlig er det imidlertid at PT ikke anfører noen selvstendig begrunnelse eller vurderer mulige kompetanseskranker ift. en rekalkulering av merinntekten for første periode, utover at PT "mener" at "metoden bør være den samme for hele perioden".<sup>23</sup> Det følger av sitatet at PT primært uttaler seg om beregningen av akkumulert merinntekt for kommende reguleringsperiode, og dette innebærer at PT ikke kan ha tatt hensyn til forskjellen mellom hva som historisk sett er lagt til grunn og beregningen av merinntekt for fremtidige perioder. Vedtaket adresserer således ikke de kompetanseskranker det er redegjort for her.

Konklusjonen er at PT er bundet av departementets fastsettelse av merinntekt for perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009.

De forhold som er påvist vil slik jeg ser det representere materielle kompetanseskranker for PT, fordi PT ikke vil kunne gjenåpne departementets beregning av merinntekt for den første reguleringsperioden uten at dette vil bryte med partens berettigede forventninger. Konsekvensen av materiell kompetansemangel vil som den klare hovedregel være at vedtaket anses som ugyldig. Jeg forstår imidlertid at vedtaket vil påklages til departementet, som i alle tilfeller har full kompetanse slik at spørsmålet om vedtakets gyldighet ikke behøver å komme på spissen. For øvrig vil heller ikke departementet etter min oppfatning kunne gjøre om på den historisk beregnede merinntekten slik denne ble fastsatt i departementets vedtak av 19. mai 2009.

---

<sup>22</sup> Oppsummering av den nasjonale høringen, s. 17.

<sup>23</sup> Jf. oppsummering av nasjonal høring s. 17, sitert ovenfor.

#### **4. Kan økning i merinntekt forklares med høyere trafikktall?**

Drøftelsene så langt har forutsatt at det ikke har skjedd endringer i de faktiske forhold. I den utstrekning departementet har bygget på anslag eller de faktiske opplysningene ikke viser å stemme, er det mindre grunn til å konstatere at det foreligger berettigede forventninger.

Dette er også tydelig allerede ut fra departementets vedtak, som for inneværende periode delvis er bygget på estimater. I vedtaket s. 28 heter det:

"For 2009 har departementet innhentet trafikktall 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 inneværende periode 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.

Også i forhold til den første perioden vil det sannsynligvis være adgang til å la endringer i merinntekten, basert på korreksjoner ut fra faktiske trafikktall, komme til uttrykk i en strengere fremtidig regulering. Selv om merinntekten på 170 mill. NOK er fastsatt av departementet i sitt klagevedtak, kan det neppe anføres sterke grunner for at Tele 2 har en berettiget forventning om at en høyere inntekt som skyldes faktisk øket trafikk, gitt samme beregningsmetode ikke skal tas hensyn til. I så fall vil jo Tele 2 selv kunne se at den faktiske merinntekten er høyere enn det departementet har lagt til grunn. Hvis trafikktallene som er benyttet viser seg å stemme, vil det motsetningsvis være i strid med prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger å endre beregningsmetoden med tilbakevirkende kraft.

I PTs oppsummering av den nasjonale høringen er det benyttet formuleringer som indikerer at man mener at departementets vedtak bygger på et feilaktig faktum. På dette punkt er oppsummeringen endret i forhold til hva som opprinnelig ble publisert. I versjonen som ble publisert 25. august ifm. notifikasjonen til ESA heter det:

"I tillegg må beregningene av Tele2s merinntekter for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 etter PTs mening baseres på faktiske trafikktall. Det skal her bemerkes at departementet sitt klagevedtak ikke foretok en selvstendig vurdering av merinntektene i denne perioden, men i stedet benyttet på tallmateriale levert av PT. Dette tallmaterialet var basert på trafikktall for 2007. Det er åpenbart at PT i et etterfølgende vedtak må kunne legge til grunn en merinntektsberegning som baseres på faktiske trafikktall når resultatet man skal komme frem til er de reelle merinntektene selskapet har hatt. Dette vil innebære at merinntektene for Tele2 blir høyere for perioden 1. november 2007 til 1. februar 2009 enn de 170 millioner NOK departementet har referert til i sitt vedtak."<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Oppsummering av nasjonal høring, s. 17 (versjon 25. august 2010).

I vedtaksutkastet pkt. 184 sies det at PTs beregninger er basert på "trafikktall fra PTs statistikk for 2007, 2008 og 2009." Dette indikerer at PT har lagt til grunn et annet og høyere trafikktall enn det SD bygget på.

I oppsummeringen av nasjonal høring som er publisert sammen med vedtaket av 27. september lyder avsnittet:

"I tillegg må beregningene av Tele2s merinntekter for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 etter PTs mening baseres på faktiske trafikktall. Det skal her bemerkes at departementet sitt klagevedtak ikke foretok en selvstendig vurdering av merinntektene i denne perioden, men benyttet på tallmateriale levert av PT. Dette tallmaterialet var basert på trafikktall for 2007. Volumtallene som henholdsvis departementet og PT har benyttet i sine respektive beregninger vedrørende nevnte periode, avviker ikke vesentlig fra hverandre. PT presiserer imidlertid at i et etterfølgende vedtak bør myndighetene legge til grunn en merinntektsberegning basert på faktiske trafikktall så langt disse foreligger, når formålet er å komme frem til de reelle merinntektene selskapet har hatt. En slik forståelse synes konsistent med departementets føringer om at partene skal få dekket investeringskostnadene ved utbyggingen av et tredje mobilnett ved merinntekter fra terminering.

Prinsipp for beregning av merinntekt, herunder fastsettelse av volum, tidsperiode og prisforskjell som grunnlag for beregning, vil innebære at merinntektene for Tele2 blir høyere for perioden 1. november 2007 til 1. februar 2009 enn de 170 millioner NOK departementet har referert til i sitt vedtak."<sup>25</sup>

Selv om det i den siste versjonen fremgår at tallene ikke avviker "vesentlig" fra hverandre, vises det i siste avsnitt fremdeles til trafikktall ("volum") som ett av flere momenter som forklarer endringen i merinntekt for den første perioden. Jeg har imidlertid blitt opplyst at PT og departementet har benyttet tilnærmet *identiske trafikktall* for beregningen av merinntekt i den første perioden, faktisk slik at PTs trafikktall er noe lavere enn departementets. Iht. de opplysningene jeg har mottatt benyttet SD [774][u.off.]<sup>26</sup> millioner minutter, mens PT har benyttet [772][u.off.]<sup>27</sup> millioner minutter. Det er dermed vanskelig å se at en økning i merinntekt for den første perioden kan forklares med korreksjoner i det faktiske grunnlaget og ikke utelukkende endrede prinsipper for beregningen. De formuleringene som er valgt i oppsummeringen av den nasjonale høringen virker etter mitt syn villedende i forhold til endringens begrunnelse, og gir inntrykk av at det faktisk er lagt til grunn et annet faktum, selv om dette er dempet noe ned i siste versjon.

## 5. Konklusjon

Slik det er vist vil det være i strid med departementets vedtak å øke den historiske merinntekten for første reguleringsperiode, både fordi det vil stride mot partenes berettigede forventninger og samtidig være i strid med formålet med departementets vedtak. PTs vedtak leder tilbake til en regulering som departementet allerede har konstatert at er uproporsjonal. Ut fra de opplysninger jeg er forelagt er det ikke grunnlag for den varslede endringen pga. justerte trafikktall for første periode, idet disse er tilnærmet like for hhv. PT og SD.

<sup>25</sup> Oppsummering av nasjonal høring, s. 17 (versjon 27. september 2010).

<sup>26</sup> Opplyst i e-post av 1. september 2010 fra Karin Skyllingstad i SD.

<sup>27</sup> Opplyst i e-post av 27. august 2010 fra Inger Vollstad i PT.

At PT i realiteten omgjør departementets vurdering av perioden 1. oktober 2007 – 31. januar 2009 må slik jeg ser det få betydning i klagerunden. Slik det også er vist, vil en omgjøring av den historisk beregnede merinntekten måtte anses å stride mot Tele 2's berettigede forventninger, og vil således også kunne anses å representere en materiell kompetansemangel som vil føre til at vedtaket må anses ugyldig.



Erling Hjelmeng, prof. dr. juris