



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Advokatfirmaet Simonsen Føyen DA
v/advokat Tor Stokke
Postboks 6641 St. Olavs plass
0129 OSLO

Deres ref

Vår ref
05/1618- TKB/GSV

Dato
27.10.05

Utsatt iverksetting av Post- og teletilsynets vedtak 190905 tilknyttet marked 16 - NetCom as

Det vises til brev fra NetCom as ("NetCom") datert 7. oktober 2005 hvor det anmodes om utsatt iverksetting av deler av Post- og teletilsynets ("PT") vedtak datert 19. september 2005 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige kommunikasjonsnett (marked 16).

1 Innledning

1.1 Post- og teletilsynets vedtak

PT ilegger i vedtaket NetCom følgende forpliktelser:

- Samtrafikk
- Ikke-diskriminering
- Offentliggjøring og standardavtale
- Prisregulering
- Kostnadsregnskap

Med hensyn til prisregulering har PT valgt å benytte metoden med pristaksregulering ved å fastsette maksimalpriser for nærmere angitte perioder. For NetCom er følgende maksimalpriser pr. minutt (eks. mva) pålagt i vedtaket:

01.11.05 – 30.06.06: 91 øre
01.07.06 – 31.12.06: 83 øre

Postadresse:
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse:
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90 / 22248353
Org. nr.:
972 417 904

Luft- post- og teleavdelingen
Telefaks:
22245609

Saksbehandler:
Thorunn K. Bakke
22248253

Hva gjelder det nærmere innhold av, og begrunnelse for, ovennevnte forpliktelser så henvises det til vedtaket.

NetCom har påklaget vedtaket ved brev av 10. oktober d.å.

1.2 Anmodning om utsatt iverksetting

NetCom anmoder i brevet av 7. oktober då. om at det gis utsatt iverksettelse etter forvaltningsloven ("fvl") § 42 for den del av vedtaket som omhandler prisreguleringen.

NetCom viser innledningsvis til at rettsikkerhetshensyn tilsier at prisreguleringen ikke gjennomføres før klagen er avgjort. Videre peker NetCom på blant annet følgende underliggende argumenter for at utsatt iverksetting må gis:

- **Irreversibilitet:** De økonomiske konsekvensene av lavere termineringsinntekter i perioden frem til klagen er endelig avgjort antas å være irreversible. Selv om det teoretisk skulle vise seg mulig å gjenopprette de økonomiske virkningene av en umiddelbar ikrafttredelse av vedtaket, så vil et slikt etteroppgjør være komplisert og umulig å gjennomføre i praksis.
- **Økonomisk tap:** Vedtaket vil påføre NetCom et betydelig økonomisk tap, anslått til 240 millioner årlig.
- **Uopprettelige markedsmessige konsekvenser:** Umiddelbar iverksettelse vil betydelig svekke NetComs konkurranseevne mens Telenor og Tele2 vil få sin konkurranseevne tilsvarende styrket.
- **Ingen konsekvenser i form av overordnede samfunnsinteresser:** Det foreligger ikke samfunnsinteresser av betydning som taler for umiddelbar iverksetting. Dette da verken konkurranseutviklingen, hensynet til sluttbrukere eller andre interessenter påvirkes i betydelig grad av at vedtaket eventuelt utsettes til klagen er avgjort.
- **Hensynet til en "reell" klagebehandling:** Umiddelbar iverksettelse vil kunne innebære en unødvendig binding av departementet samt gi føringer for det endelige klageutfallet.

2 Bakgrunn – Ileggelse av forpliktelser på aktører med sterk markedsstilling

2.1 Rettslig utgangspunkt

I 2002 vedtok Den Europeiske Union ("EU") følgende fem nye direktiver: Rammedirektivet, Tilgangsdirektivet, Tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og Kommunikasjonsverndirektivet. Nevnte direktiver ("direktivpakken") trådte i kraft for Norge fra 1. november 2004 da de ble tatt inn i EØS-avtalen. Direktivene utgjør EUs

regulatoriske rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnett og kommunikasjonstjenester. Direktivene er implementert i norsk rett gjennom lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 ("ekomloven") med tilhørende forskrifter, her særlig forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste av 16. februar 2004 ("ekomforskriften").

Formålet med den nye reguleringen er nedfelt i ekomloven § 1-1 slik:

"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."

Det følger av ekomloven at PT skal definere relevante markeder (jf. ekomloven § 3-2), utpeke tilbydere med såkalt "sterk markedsstilling" (jf. ekomloven § 3-3) for deretter å ilegge forpliktelser på de tilbydere som er utpekt til å ha sterk markedsstilling (jf. ekomloven § 3-4).

Det følger videre av Norges forpliktelser under EØS-avtalen at utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling skal skje i samsvar med de retningslinjer og anbefalinger som er utarbeidet av EU-kommisjonen og senere vedtatt av EFTAs overvåkningsorgan ("ESA"). Videre er det i European Regulators Group for electronic communications networks and services ("ERG") utarbeidet retningslinjer for virkemiddelbruk nedfelt i dokumentet "Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework", som igjen er fulgt opp av PT i tilsynets "Virkemiddeldokument" datert 14. oktober 2004.

Frem til endelig vedtak er fattet med hensyn til hvem som innehar sterk markedsstilling og hvilke forpliktelser disse skal ilegges etter ovennevnte regelverk, gjelder PTs tidligere fattede vedtak om at henholdsvis Telenor Mobil og NetCom har sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet. Videre vil særskilte forpliktelser for tilbyderne følge direkte av teleloven av 23. juni 1995 samt offentlignettforskriften av 5. desember 1997.

2.2 PTs arbeid med markedsanalysen/virkemiddelbruk i marked 16

PT sendte markedsanalysen for marked 16 på høring den 3. mai 2004 med frist for berørte til å gi uttalelser innen 18. juni 2004.

I varsel om vedtak datert 31. mars 2005 konkluderer PT med at aktørene Telenor ASA, NetCom as, Tele2 Norge AS og Teletopia Mobile Communications AS har sterk markedsstilling i marked 16. Videre ble det varslet ileggelse av følgende forpliktelser:

- Telenor: Plikt til å imøtekomme rimelig anmodning om samtrafikk i form av terminering i Telenors mobilnett samt pålegg om ikke-diskriminering, offentliggjøring og standardtilbud. Prisreguleringsforpliktelse i form av makspris på kr 0,68 i perioden 1. oktober 2005 til 30. juni 2006, samt på kr 0,65 fra 1. juli 2006 til 31. desember 2006. Pålegg om å føre kostnadsregnskap for terminering av tale.
- NetCom: Plikt til å imøtekomme rimelig anmodning om samtrafikk i form av terminering i Telenors mobilnett samt pålegg om ikke-diskriminering, offentliggjøring og standardtilbud. Prisreguleringsforpliktelse i form av makspris på kr 0,91 i perioden 1. oktober 2005 til 30. juni 2006, samt på kr 0,83 fra 1. juli 2006 til 31. desember 2006. Pålegg om å føre kostnadsregnskap for terminering av tale.
- Tele2: Plikt til å imøtekomme rimelig anmodning om samtrafikk i form av terminering i Tele2s virtuelle mobilnett samt pålegg om offentliggjøring og standardtilbud.
- Teletopia: Plikt til å imøtekomme rimelig anmodning om samtrafikk i form av terminering i Teletopias mobilnett samt pålegg om offentliggjøring og standardtilbud.

I tillegg til de forpliktelser som fremgår av ovennevnte opplisting vurderte også PT ileggelse av regnskapsmessig skille for samtlige fire aktører. Avslutningsvis vurderte PT den samlede effekt av de ilagte forpliktelser samt de antatte konsekvenser av det varslede vedtak.

Høringsfristen ble satt til 12. mai 2005. Høringssvar ble mottatt fra Konkurransetilsynet, Telenor, NetCom, Tele2 og Teletopia. Kommentarene ble vurdert og senere innarbeidet i utkast til vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 16) datert 5. august 2005 ("utkast til vedtak").

I sitt utkast til vedtak opprettholdt PT konklusjonene gitt i varslet med hensyn til hvem som har sterk markedsstilling og hvilke forpliktelser disse skal ilegges.

PT sendte utkast til vedtak på høring til ESA, jf. konsultasjonsprosedyren nedfelt i ekomloven § 9-3. ESA ga sine kommentarer i brev til PT av 6. september 2005. ESA påpeker særlig to forhold tilknyttet vedtaket: 1) PTs bruk av kostnadsberegningemetoden "fullfordelte historiske kostnader" gjør det ikke mulig å fastslå et effektivt prisnivå på terminering i et marked som ikke har virksom konkurranse og 2) PTs valg av asymmetrisk regulering (skjevregulering) er kun forsvarlig dersom den er begrunnet i reelle forskjeller i de underliggende produksjonskostnadene. ESA påpeker også at eventuell opprettholdelse av skjevregulering over tid vil gi grunnlag for bekymring.

2.3 Vedtak marked 16

PT opprettholder i sitt vedtak av 19. september 2005 forpliktelsene omfattet av varsel og utkast til vedtak. Det vises til opplisting gitt ovenfor under pkt. 2.2 som således også representerer forpliktelsene ilagt i vedtaket, med unntak for pristaksregulering for NetCom og Telenor som ble utsatt til 1. november 2005.

3 Utsatt iverksetting – Vurdering

Forvaltningslovens hovedregel er at vedtak trer i kraft på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket. Etter fvl. 42 kan det besluttes unntak i form av utsatt iverksetting.

Ekomloven fastsetter i § 11-6, fjerde ledd at det er Samferdselsdepartementet som skal fatte beslutninger etter fvl. § 42. Sentralt i vurderingen av om utsatt iverksettelse skal gis står konsekvensene for de impliserte parter. Det må foretas en interesseavveining mellom på den ene siden de byrder og forpliktelser NetCom påføres, og på den andre siden hensynet til tredjeparter og de offentlige interesser av å gjennomføre vedtaket.

PT har vedtatt en trinnvis reduksjon av prisen der det er søkt balansert effektivitetsgevinster og forbrukerhensyn som følge av reduserte priser mot inntektstap og redusert lønnsomhet for NetCom. Samlet sett vil de pålagte reduksjoner i termineringspris innebære at NetCom må senke prisen med 18 øre innen 1. juli 2006, mens Telenor innen samme tidsperiode er pålagt en samlet prisreduksjon på 8 øre. Tilsynet har anslått det årlige økonomiske tap for NetCom og Telenor, dersom prisreduksjonene gjennomføres i tråd med vedtaket, til hhv. 240 og 180 millioner kroner. PT forventer imidlertid at tapene til en viss grad vil oppveies av økt trafikkvolum til mobilnettene. Samtidig får både NetCom og Telenor reduserte eksterne varekostnader som følge av reduksjonen i termineringspris i den andre tilbyderens nett.

Innledningsvis kan det konstateres at iverksettelse av vedtaket før klagen er avgjort vil innebære økonomiske konsekvenser for NetCom i form av lavere inntekter i termineringsmarkedet i perioden 1. november 2005 til 31. desember 2006.

Ut fra PTs vedtak hva gjelder prisregulering synes det på det rene at det økonomiske tapet for NetCom er noe større enn for Telenor. Dette blant annet som følge av at NetComs priser reduseres forholdsmessig kraftigere over den angjeldende periode, for på den måte å bringe termineringsprisen til NetCom nærmere Telenor samt nærmere prisnivået i andre sammenlignbare land. PT viser til at den store forskjellen mellom Telenor og NetComs priser her tilsier en strengere regulering av NetComs priser. På den annen side viser PT til at hensynet til konkurransesituasjonen i marked 15 (markedet for tilgang til og samtaleoriginering i mobilnett) tilsier en mer forsiktig og gradvis reduksjon av NetComs priser.

NetCom har anført at skjevregulering, dvs. at Teletopia og Tele2 ikke reguleres på pris, kombinert med at Telenor vil kunne oppleve en volumøkning og derav inntekstøkning både som mobil- og fastnettstilbyder, betydelig vil svekke NetComs konkurranseevne ved at NetCom dermed havner i en markedsmessig "skvis" mellom de forannevnte tilbydere.

PT har som vist ovenfor søkt å ivareta hensynet til NetComs konkurransesituasjon ved å foreta en gradvis tilpasning til Telenors prisnivå. De totale konsekvensene av vedtaket for NetCom fremstår imidlertid som usikre. Omfanget av det økonomiske tap for NetCom vil bl.a. avhenge av hvor raskt klagesaken blir avgjort, samt den maksimale termineringspris som eventuelt blir fastsatt for Telenor.

Det synes klart at det økonomiske tap for begge selskap vil være betydelig som følge av vedtaket. På den annen side er departementet enig med PT i at det økonomiske tapet til NetCom (og Telenor) til en viss grad vil kunne oppveies av økt trafikkvolum og reduserte eksterne varekostnader.

Videre vil trafikktviklingen samt eventuelle endringer i sluttbrukerprisene som følge av prisreduksjonen på terminering ha betydning. Spørsmålet i denne forbindelse er om vedtaket vil kunne gi irreversible skadevirkninger for NetCom.

Når det gjelder virkningene for sluttbrukerne som følge av prisreduksjonene, så vil det naturlige utgangspunkt være at brukerne vil kunne få reduserte telefoniregninger når de ringer fra fastnett til mobilnett. Utslag i markedet som resulterer i slik redusert sluttbrukerpris kan i praksis være vanskelig for tilbyderne å reversere. Hensynet til manglende muligheter for slik gjenoppretting av sluttbrukerpris for fasttelefoni er et sterkt hensyn som taler for at det gis utsatt iverksetting.

Når det gjelder mobilprisene er det imidlertid etter departementets vurdering ikke opplagt at sluttbrukerprisene settes ned som følge av reduserte termineringspriser i mobilnettene, før endelig vedtak foreligger (i den grad det er grunnlag for å sette ned disse prisene). Hensynet til mulighet for gjenoppretting antas derfor ikke å gjøre seg gjeldende i samme grad på dette punkt.

Det er lite aktuelt å gi utsatt iverksettelse dersom det på forhånd er klart at det påklagede vedtak vil bli opprettholdt. Spørsmålet om sannsynligheten for at vedtaket vil bli opprettholdt, er vanskelig å ta stilling til innenfor en så vidt kort tidsramme som her er til rådighet. Foreløpig gjøres følgende betraktninger:

Fastsettelse av pristak for hhv. Telenor og NetCom er i PTs vedtak basert på en helhetlig, skjønnsmessig vurdering. Kostnadene selskapene har rapportert i ONP-rapportene er tillagt betydelig vekt i vurderingen. Kommisjonen har anbefalt bruk av en LRIC-modell i marked 16, dersom det reguleres, og dette er fulgt opp i mange EU-land.

ESA har i sine kommentarer til PTs utkast til vedtak vist til at den kostnadsberegningemetoden som PT benytter, ikke gjør det mulig å sette termineringsprisen på et effektivt nivå. ESA ber derfor PT om å forplikte seg til å benytte en pris- og kostnadsmetodikk som sikrer effektive priser på sikt, og peker på at en slik metodikk i samsvar med tilgangsdirektivets art. 13 (3) kan være uavhengig av den som benyttes av Telenor og NetCom, slik som for eksempel LRIC.

ESAs vurderinger må anses retningsgivende for norske reguleringsmyndigheter, og skal som det fremkommer i særmerknaden til ekomloven § 9-3, hensyntas så langt som mulig. Departementet anser det hensiktsmessig med ytterligere noe tid for å vurdere konsekvensene av ESAs kommentarer til vedtaket. Dette er et moment som taler for å gi vedtaket utsatt iverksettelse. Det vil derfor i klageomgangen bli vurdert hvorvidt det er tatt tilstrekkelig hensyn til ESAs kommentarer.

PT har i sin oversendelse av vedtaket til tilbyderne varslet at tilsynet i løpet av 2005 vil gjennomføre en internasjonal anbudskonkurranse med intensjon om å utvikle en LRIC-modell for mobilterminering. En slik modell skal ivareta det regulatoriske målet om å sikre effektive termineringspriser på sikt, og gi tydeligere signaler om hvordan termineringsprisene vil reguleres i tiden fremover, og da særlig fra 1. januar 2007.

Vurderinger av spørsmål om termineringspriser og valg av kostnadsberegningmodell er etter departementets syn ofte kompliserte og skjønnsmessige. Det er derfor vanskelig å forutsi utfallet av en klagebehandling. Dette i seg selv er ikke et avgjørende argument for å gi utsatt iverksettelse. Det er imidlertid i denne sammenheng verdt å merke seg at vedtakets tidshorisont for så vidt gjelder pristaksregulering kun er 13 måneder. Sammenholder en dette med ESAs merknad om valg av kostnadsmodell, samt PTs intensjon om å gå over til en ny kostnadsmodell basert på LRIC i løpet av 2006, vil det etter departementets vurdering skapes en usikkerhet for både Telenor/NetCom, tredjeparter og markedet om hvilket nivå termineringsprisene vil bli regulert til fra årsskiftet 2006/2007. Vanskelighetsgraden av å sette prisene korrekt, herunder valget av kostnadsmodell, taler derimot i en slik situasjon for å innvilge utsatt iverksettelse for å unngå stadige endringer i rammebetingelsene.

Departementet viser også til melding om TeliaSoneras oppkjøp av Chess/Sense som er under behandling i Konkurransetilsynet. Dersom Konkurransetilsynet godkjenner kjøpet, kan dette medføre en endring i beregningsgrunnlaget for NetComs termineringspriser. PT har i oversendelsesbrevet understreket at tilsynet fortløpende vil vurdere konsekvensene for NetComs termineringspriser særskilt, og kan eventuelt presentere nytt varsel om vedtak i første del av 2006. For departementet er det på det nåværende tidspunkt vanskelig å overskue effekten av en eventuell godkjenning av oppkjøpet. Oppkjøpet kan gi endret trafikkvolum i mobilnettene til Telenor og NetCom og dermed indirekte ha en viss innvirkning på beregningen av termineringsprisene på

sikt. Departementet har imidlertid ikke valgt å legge vekt på det eventuelle oppkjøpet av Chess/Sense i forhold til spørsmålet om utsatt iverksetting.

4 Beslutning

Samferdselsdepartementet finner etter en samlet avveining av ovennevnte hensyn at NetComs anmodning om utsatt iverksetting for så vidt gjelder pristak for NetComs termineringspriser, blir å etterkomme inntil departementet har tatt stilling til klagen i marked 16, jf. fvl. § 42.

Med hilsen


Eva Hildrum e.f.


Christina Christensen

Kopi til:
Telenor ASA
Post- og teletilsynet