



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

NetCom as
Postboks 4444 Nydalen
0403 OSLO

Deres ref

Vår ref
00/2355-74 HG

Dato
17.11.04

Vedtak om tvangsmulkt som følge av manglende konsesjonsoppfyllelse - UMTS utbygging

Det vises til brev 29. juni d.å. med forhåndsvarsel om vedtak om tvangsmulkt for NetCom as (heretter NetCom), og til uttalelse fra NetCom oversendt departementet ved brev datert 12. august. Kort oppsummert gjør NetCom gjeldende at bruk av tvangsmulkt i dette tilfellet verken er rimelig eller nødvendig og at vedtaket som er varslet derfor må endres slik at selskapet ikke pålegges noen mulkt, subsidiært at tvangsmulkten må fastsettes til et annet og lavere nivå enn det som er varslet.

NetCom har opplyst at de har til hensikt å bygge ut et UMTS-mobilnett i henhold til konsesjonskravene, som forfaller pr. 1. mars 2005. Selv om NetCom har til hensikt å gjennomføre en utbygging i samsvar med det forpliktende utbyggingstilbudet selskapet gav for å få UMTS-konsesjon i Norge, forbeholder departementet seg retten til å møte eventuell manglende oppfyllelse av konsesjonsvilkår ved neste ordinære målepunkt for utbygging med sanksjoner i henhold til konsesjonen og ekomloven.

1 Bakgrunn

Ved offentliggjøring av utlysningstekst i mai 2000, ble interesserte invitert til å delta i åpen anbudskonkurranse om fordeling av inntil fire konsesjoner for etablering og drift av tredje generasjons mobilkommunikasjonssystem i Norge. I utlysningen ble det oppstilt nærmere bestemte minstekrav som søkerne måtte oppfylle for å komme i betraktning, og videre fremgikk det at søkerens forpliktende tilbud om dekning og utbyggingshastighet utover minstekravene i utlysningen ville bli tillagt særlig vekt som utvelgelseskriterier ved fordelingen av konsesjonene.

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:
Haakon Gjesdahl
22248217

Det ble mottatt syv søknader til de fire ledige konsesjonene, og alle søkerne var villige til å la seg forplikte til tilbud om utbygging utover minstekravene i utlysningen. Ved kgl. res. 1. desember 2000 ble NetCom tildelt konsesjon. Av vedtakets begrunnelse fremgår det at selskapet var blant de fire søkerne som var villige til å påta seg de tyngste utbyggingsforpliktelsene for å få konsesjon.

Mottatte tilbud om utbygging i anbudskonkurransen ble ved tildelingen innarbeidet som individuelle vilkår i tjenestekonsesjonene til de selskap som fikk tilbudene akseptert. Konsesjonærenes individuelle forpliktelser fremgår nærmere av den enkeltes konsesjon kapittel 6, om *Geografisk og befolkningsmessig dekning, utbyggingshastighet og kapasitet*. NetComs utbyggingsløfter er nedfelt i UMTS-konsesjonen, punkt 6.2, som følger:

	År 1 (2001)	År 2 (2002)	År 3 (2003)
Ant. pers. dekket	1 697 635	3 365 610	3 401 600
Km²	1 996	45 749	50 046
Minimumskapasitet	384 kbit/s	144/384 kbit/s	144/384 kbit/s

Etter konsesjonstildelingen har henholdsvis Samferdselsdepartementet og Stortinget gjennomført følgende to endringer i konsesjonskravene:

- Minimumskravet til overføringskapasitet ble endret fra 144 til 128 kbit/s pga. endringer i UMTS-standarden, jf. Samferdselsdepartementets vedtak 19. september 2003.
- Konsesjonens utbyggingsfrister ble utsatt med 15 måneder fra og med det andre konsesjonsåret, dvs. oppfyllelse som skulle ha skjedd pr. 1. desember 2002 ble forskjøvet til 1. mars 2004, jf. St.meld. nr. 18 (2002-2003), jf. Innst. S. nr. 192 (2002-2003).

Det følger av konsesjonen at NetCom innen 31. mars 2004 skulle hatt en dekning som omfatter 3 365 610 personer, det vil si befolkningsmessig dekning tilsvarende 75,7 %. I areal skulle NetCom ha dekket 45 749 km².

Post- og teletilsynet er gitt i oppgave å føre tilsyn med at konsesjonene etterleves, og konsesjonærene er forpliktet til å innlevere årlig statusrapport for utbygging som er gjennomført i siste konsesjonsår. Det vises i denne sammenheng til konsesjonens punkt 7. NetComs rapport for 2004 ble levert tilsynet innen fristen 31. mars d.å., og der fremgikk det at de stasjonspunktene for UMTS som er *satt i drift*, gir UMTS-dekning til 1 511 084 personer, herunder en geografisk dekning tilsvarende 4 453 km².

Med grunnlag i ovennevnte mislighold varslet Samferdselsdepartementet ved brev 29. juni d.å. om at NetCom ville bli møtt med sanksjon. I tilsvaret til varselet hevder NetCom at det ikke er grunnlag for tvangsmulkt. Selskapet anfører bl.a. at det ikke er fore-

tatt en samfunnsøkonomisk vurdering av konsekvensene av å fremtvinge en utbygging ved bruk av tvangsmulkt, og heller ikke tatt hensyn til de positive tredjepartsvirkninger (samfunnet) ved en mer hensiktsmessig og tilpasset UMTS-utbygging, der også NetComs kapitalkostnader knyttet til investeringene vektlegges. I samfunnsmessig perspektiv viser NetCom bl.a. til sin søknad om EDGE-teknologi som substitutt for å oppfylle UMTS-konsesjonens utbyggingsforpliktelser. NetCom viser videre til at det siden konsesjonstildelingen av UMTS har skjedd store, unike og uforutsette omveltninger av teknologisk, finansieringsmessig og markedsmessig karakter. Forholdet mellom utviklingen av nett, utviklingen av tjenester og markedets evne til å ta i bruk nye tjenester, er det som sterkest har vist seg som *"en feilfaktor i det bud NetCom gav på UMTS-konsesjonen"*.

Når det gjelder tvangsmulktens størrelse mener NetCom at de bør betale en bot som gjenspeiler den skade selskapet påfører samfunnet ved å avvike fra konsesjonsforpliktelsene. Etter NetComs syn er det ingen samfunnsøkonomiske tap knyttet til utsettelsen av UMTS-utbyggingen. Den midlertidige mangelen på UMTS motsvares av utviklingen på GSM, og av at mobilmarkedet og de tjenester som tilbys via UMTS ikke er på et stadium der dette gir tapt nytte for norske forbrukere og næringsliv. NetCom har også anført at det kun er *virkedager* som kan regnes med ved beregningen av tvangsmulkt. Virkedager er de arbeidsdager som står til rådighet i løpet av en uke. Ved beregning av tvangsmulkt, kan det således ikke regnes 7 dager per uke.

2 Departementets vurdering

2.1 Grunnlag for tvangsmulkt

Det følger av UMTS-konsesjonen punkt 15, jf. ekomloven § 10-7, at myndigheten har anledning til å møte konsesjonæren med tvangsmulkt ved manglende konsesjonsoppfyllelse. Som det fremgår av hjemmelsgrunnlaget er det overlatt til myndighetens skjønn å avgjøre om tvangsmulkt skal gjøres gjeldende i det enkelte tilfellet. Tvangsmulkt skal i utgangspunktet fastsettes som en løpende dagmulkt inntil det lovstridige forhold er opphørt, jf § 10-7 første ledd. Mulkten løper ikke før klagefristen er ute. Påklages vedtaket om tvangsmulkt, løper det ingen mulkt før klagesaken er endelig avgjort med mindre klageorganet bestemmer noe annet, jf § 10-7 annet ledd.

Av forhåndsvarselet fremgikk det at Samferdselsdepartementet har til hensikt å ilegge NetCom en daglig løpende mulkt inntil krav fastsatt i UMTS-konsesjonen er oppfylt. Som vist til innledningsvis, har NetCom i sin uttalelse til forhåndsvarselet gjort gjeldende anførsler mot at det blir truffet et vedtak med et slikt innhold, og det må derfor vurderes i det følgende om disse anførselene gir grunn til å gjøre endringer i vedtaket som er varslet.

Departementet anser det som helt sentralt at dersom den gjennomførte tildelingen og fremtidige tildelinger på mobilområdet skal ha legitimitet eller troverdighet, så må NetComs manglende oppfyllelse sanksjoneres. I motsetning til situasjonen ved forrige kontroll av UMTS-utbyggingen, der konsesjonærene ble innvilget 15 måneders utsettelse, kan ikke departementet denne gang se objektive argumenter til fordel for en annen løsning enn sanksjon. Utenforliggende faktorer som f.eks. forsinkelser fra utstudsprodusentene av håndsett og nettverksutstyr synes ikke lenger å være et problem, i og med lansering av UMTS-nett i flere europeiske land. Det kan bl.a. vises til at morselskapet til NetCom, TeliaSonera, har bygget ut og lansert UMTS i Sverige og Finland.

Et av NetComs hovedargumenter mot vedtak om tvangsmulkt er at en slik sanksjon ikke gir noen positive tredjepartvirkninger, det vil si for samfunnet og forbrukerne. NetCom har i denne forbindelse kategorisert en UMTS-utbygging i henhold til konsesjonens ordlyd som en "*sløsning med samfunnets ressurser*". Etter departementets syn representerer en utsettelse med utbyggingsforpliktelser først og fremst kostnadsbesparelser for tilbyderne, og tilsier ikke nødvendigvis besparelser for samfunnet/brukerne. Hvorvidt en slik kostnadsbesparelse indirekte kan medføre reduserte priser for brukerne, vil bl.a. bero på den underliggende markedsstrukturen.

Tele2 fikk tvangsmulkt i 2002 som følge av manglende UMTS-utbygging, jf. Samferdselsdepartementets vedtak 19. april 2002. Selv om NetCom, i motsetning til Tele2, delvis har oppfylt utbyggingskravet, er avviket til NetCom likevel så markant at det ikke er grunn til å forskjellsbehandle NetCom og Tele2 med hensyn til sanksjon. Det vises i denne sammenheng spesielt til at NetCom ikke har benyttet utsettelsen på 15 måneder til å komme à jour med kravet til befolkningsmessig dekning som forfalt til oppfyllelse pr. 1. desember 2001.

Likebehandling av NetCom og Telenor tilsier også at NetComs manglende oppfyllelse bør sanksjoneres. Manglende sanksjon overfor NetCom vil ha til konsekvens at selskapet oppnår en relativ økonomisk fordel sammenlignet med Telenor, som på sin side har bygget i henhold til konsesjonskravene. Videre vektlegges i denne sammenheng forholdet til de av søkerne som ved tildelingen i 2000 ikke ble tildelt konsesjon. Konsesjonene ble tildelt etter en "skjønnhetskonkurranse" til de av søkerne med de mest omfattende utbyggingsløftene, der oppfyllelse av løftene var å anse som "betaling" for tildelingen av konsesjonen.¹

I samfunnsmessig perspektiv viser NetCom bl.a. til søknad om EDGE-teknologi som substitutt for å oppfylle UMTS-konsesjonens utbyggingsforpliktelser. Eksisterende GSM-nett oppgraderes for tiden med EDGE og tilbys i markedet uavhengig av UMTS.

¹ I St.meld. nr. 32 (2001-2002) pkt. 4.5.6 heter det at: "Krava til dekningsomfang utgjør det viktigaste delen av betalinga for konsesjonane og bidreg til at så mange som mogeleg kan ta i bruk dei nye tenestene."

NetCom legger videre til grunn at dersom selskapet får avslag på EDGE-søknaden, så bør uansett de investeringer som foretas i EDGE komme til fradrag ved beregning av tvangsmulktens størrelse.

Det har vært hevdet fra flere hold at EDGE i prinsippet ikke er en fullverdig 3G teknologi. EDGE innebærer kun en oppgradering og forbedring av funksjonaliteten i GSM-nettet, og EDGE kan implementeres uten bruk av tildelte 3G-frekvenser. EDGE er ikke den teknologi som NetCom har bundet seg til i konsesjonen: EDGE har en annen teknisk funksjonalitet enn UMTS. I følge Post- og teletilsynet er det tvilsomt om man på nåværende tidspunkt vil oppnå en kapasitet på minimum 128 kbit/s i hele dekningsområdet. Av denne grunn alene bør det ikke gis et fradrag eller "rabatt" for investering i en annen teknologisk funksjonalitet som GSM-operatørene antas å ville bygge ut i eksisterende GSM-nett uansett.

Etter Post- og teletilsynets oppfatning bør ikke bruk av EDGE-teknologi godtas som erstatning for UMTS-utbygging uten at det betales et vederlag. Departementet finner det også vanskelig å anse et tilbud om oppgradering til EDGE i GSM-nettene som et reelt vederlag for mangelfull UMTS-utbygging. Videre er det for departementet sentralt å bevare sin legitimitet som forvalter av offentlige fellesgoder ved blant annet å ta tilbørlig hensyn til de tilbyderne som ikke fikk tildelt konsesjon. På generelt grunnlag bør det etter departementets syn utvises varsomhet med å reforhandle konsesjonsforpliktelser i ettertid.

Da UMTS frekvensene ble tildelt bestod motytelsen fra tilbyderne dels av et kontantbeløp, dels av en forpliktelse til å betale en årlig avgift og dels av en forpliktelse til å tilby en svært omfattende UMTS utbygging i løpet av kort tid. Tilbyderne har allerede fått store lettelser i sine forpliktelser som en ensidig innrømmelse fra myndighetene, gjennom en 15 måneders vederlagsfri utsettelse. Dette står i kontrast til situasjonen i andre land hvor tilbyderne som betalte store kontantbeløp for frekvensressursene ikke har blitt hørt etter anmodninger om lettelser eller tilbakebetalinger. I disse landene har dermed en stor andel av ressursverdien tilfalt fellesskapet.

NetCom hevder å ha opplevd unike og uforutsette teknologiske, finansieringmessige og markedsmessige omveltninger, og markedets evne og vilje til å ta i bruk nye tjenester er det som klart har vist seg som en feilfaktor i det bud selskapet gav på UMTS-konsesjonen. Slik departementet vurderer det, hadde NetCom en klar oppfordring til å ta slike forhold i betraktning ved utformingen av sitt utbyggingstilbud. Indirekte har NetCom ved budet selv bestemt UMTS-konsesjonens vilkår om dekningsomfang og utbyggingshastighet. Uavhengig av hvordan en vurderer de påståtte uforutsette omstendigheter, er det etter departementets syn konsesjonæren selv som må bære risikoen for at vurderinger og markedsestimater som lå til grunn for budet på UMTS-konsesjonen høsten 2000, har vist seg feil.

Samferdselsdepartementet har med grunnlag i ovennevnte vurderinger derfor kommet til at misligholdet av utbyggingsforpliktelser etter UMTS-konsesjonen skal møtes med tvangsmulkt, jf. konsesjonen punkt 15 og ekomloven § 10-7.

2.2 Tvangsmulktens størrelse

Når det gjelder beregningen av tvangsmulktens størrelse, har Samferdselsdepartementet tatt utgangspunkt i de innrapporterte tall på UMTS- basestasjoner som i) ikke er bygget ut overhodet og ii) er bygget ut, men som ikke er satt i drift, det vil si mangler installering av software for UMTS (Node B), også betegnet som "Ready For Installation"-stasjoner.

Etter varsel om vedtak 29. juni 2004 har NetCom opplyst å ha fremskyndet utbyggingen av UMTS-basestasjoner betydelig. Etter departementets syn viser dette at varsel om vedtak har hatt en tilsiktet effekt, nemlig at NetCom tvinges til en raskere oppfyllelse av dekningskravene i konsesjonen enn de ellers ville ha gjort. For å sikre et mest mulig rettferdig nivå på mulktens størrelse, bør NetCom imidlertid få "godskrevet" det antall UMTS-basestasjoner som er satt i drift i perioden etter varselet. NetCom har rapportert til departementet om utbyggingsstatus per 25. oktober d.å. På det tidspunktet var 550 basestasjoner satt i drift, mot 306 stasjoner i juni 2004.

Med basis i ovennevnte rapportering fra konsesjonæren er det tatt utgangspunkt i følgende regnestykke for tvangsmulktens størrelse:

Gjennomsnittkostnaden pr. basestasjon NetCom ikke har etablert eller ikke har satt i drift multiplisert med antallet basestasjoner beregnet etablert for å oppnå dekning i samsvar med kravet i konsesjonen.

Størrelsen på tvangsmulkten bør etter departementets vurdering reduseres i takt med innfrielsen av utbyggingskravet, men reduksjonene vil kun finne sted ved visse oppnådde "milepæler" i forhold til antall basestasjoner i drift som faller innenfor konsesjonens dekningskrav, jf. nedenfor. Reduksjonene i mulktens størrelse vil for hele mulktens løpetid ta utgangspunkt i den ukentlige besparelse ved tidspunkt for oppnådd milepæl for NetCom (lineær reduksjon). Mulkten løper til deknings- og utbyggingsvilkårene per 1. mars 2004 (2. konsesjonsår) er oppfylt.

Det gjøres oppmerksom på at mulkten ikke begynner å løpe før klagefrist for vedtak om tvangsmulkt er ute. Av denne grunn finner departementet det nødvendig å ta kontakt med NetCom ved klagefristens utløp for eventuell siste justering av tvangsmulktens størrelse. I dette ligger også et insentiv for NetCom i å forsere utbyggingen, ved at det er en mulighet for å redusere mulktens størrelse ytterligere.

I henhold til ekomloven § 10-7 er utgangspunktet at mulkten fastsettes som en løpende dagmulkt, men det er ikke til hinder for at myndigheten i vedtak om tvangsmulkt kan fastsette annen betalingsfrist enn daglig betaling. NetCom har anført at tvangsmulkten bare løper på arbeidsdager, og at det således ikke skal beregnes mer enn 5 dager tvangsmulkt per uke. Hjemmelsgrunnlaget sier ikke noe direkte om hvordan mulkten skal beregnes, herunder om mulkten kun løper på arbeidsdager.

Hensikten med tvangsmulkt er å fremtvinge en utbygging slik at mulkten minst tilsvarende renteutgiftene på et investeringslån. Rentene på et lån løper som kjent hver dag. Etter en naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd sammenholdt med mulktens formål – å tvinge NetCom til oppfyllelse av konsesjonsvilkår - synes det klart for departementet at en ikke kan skille mellom arbeidsdager og fridager ved beregning av mulktens størrelse. Mulkten beregnes å løpe 7 dager i uken.

Etter en skjønnsmessig vurdering fastsettes tvangsmulkten til kroner 65.000 pr. dag, med en ukentlig innbetaling på kroner 455.000. Ved varselet 29. juni d.å. utgjorde mulkten kroner 100.000 pr. dag, med en ukentlig innbetaling på kroner 700.000. Som nevnt vil departementet ta kontakt med NetCom når mulkten gjøres effektiv ved klagefristens utløp, for å eventuelt redusere mulktnivået i samsvar med utbyggingstakten.

I tillegg vil størrelsen på den ukentlige tvangsmulkten deretter bli redusert med 10 % for hver 75. basestasjon som settes i drift av NetCom i henhold til Post- og teletilsynets kontrollmålinger og som dermed kan medregnes ved beregning av dekningsgrad etter konsesjonens punkt 6. Den prosentvise reduksjon vil for hele mulktens løpetid ta utgangspunkt i den ukentlige mulkt som løper ved tidspunkt for rapportering/måling. I praksis innebærer dette at når NetCom rapporterer til tilsynet om å ha satt i drift 75 nye basestasjoner, vil mulkten for den påfølgende uke kunne bli redusert med 10 %.

2.3 Rapportering/kontroll

NetCom er i henhold til konsesjonens punkt 7 forpliktet til å sende dokumentasjon av utbyggingen til Post- og teletilsynet i en egen rapport. NetCom pålegges å rapportere til Post- og teletilsynet ved hver 75. basestasjon satt i drift så lenge mulkten løper. Rapporteringsskjemaet følger vedlagt.

Post- og teletilsynet vil så lenge mulkten løper gjennomføre stikkprøvekontroller av UMTS stasjonspunkter for å verifisere at de opplysninger NetCom gir om utbyggingen er korrekte, samt måle oppnåelsen av de sanksjonerte konsesjonskrav. NetCom plikter å medvirke til gjennomføringen av tilsynet i samsvar med konsesjonens punkt 7 annet avsnitt. Departementet avgjør spørsmålet om endelig utbygging.

3 Vedtak

Departementet har med grunnlag i vurderingene overfor besluttet slikt vedtak:

Med hjemmel i UMTS-konsesjonen punkt 15, jf. ekomloven § 10-7, pålegges NetCom å betale en tvangsmulkt på kroner 455.000 pr. uke inntil oppfyllelse av utbyggingsvilkårene i konsesjonens punkt 6.2 har skjedd. Mulkten er fastsatt skjønnsmessig med utgangspunkt i den ukentlige besparelsen NetCom kan antas å ha hatt ved ikke å ha etterkommet kravene i UMTS-konsesjonen.

Ved hver 75. UMTS-basestasjon som er bygget ut i henhold til konsesjonens vilkår og kontrollmålt av Post- og teletilsynet, jf. konsesjonens punkt 6 og 7, reduseres den ukentlige tvangsmulkten med 10 %.

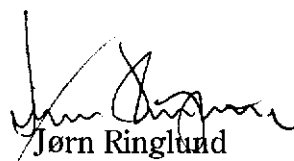
Mulkten blir å betale til Samferdselsdepartementets konto nr. 7694 05 00342 for én uke av gangen, første virkedag i påfølgende uke.

Det gjøres oppmerksom på at mulkten ikke begynner å løpe før klagefrist for vedtak om tvangsmulkt er ute. Vedtaket kan påklages til Kongen i henhold til forvaltningslovens § 28. Eventuell klage skal rettes til Samferdselsdepartementet. Klagefristen er 3 uker fra tidspunkt for underretning om vedtaket, jf. forvaltningsloven § 28.

Med hilsen



Eva Hildrum e.f.



Jørn Ringlund

Vedlegg: Rapporteringsskjema for utbyggingsforpliktelser

Kopi til:

Finansdepartementet

Post- og teletilsynet