



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Barablu Mobile Norway Limited
54 Marsh Wall London E14 9TP

ENGLAND

Unntatt offentlighet
§ 13 første ledd, jfr. fvl. §
13 første ledd nr. 2

Deres ref

Vår ref
08/2121- EWS

Dato
14.01.2009

Svar på anmodning om utsatt iverksetting av PTs vedtak av 17. november 2008 i markedene for terminering av tale i marked 16

Det vises til brev fra Barablu Mobile Norway Limited (Barablu) datert 8. desember d.å. med klage over Post- og teletilsynets (PT) vedtak av 17. november 2008 om prisregulering i markedet for terminering av tale i individuelle offentlige kommunikasjonsnett (marked 16), og til anmodning om utsatt iverksetting av vedtakets pristaksbestemmelse.

1 Post- og teletilsynets vedtak av 17. november 2008

PT pålegger i vedtaket blant annet Barablu å fastsette priser for terminering av tale i tråd med følgende pristakregulering som angir maksimalpriser per minutt (eks. mva):

01.02.09 – 30.06.09: kr 1,00
01.07.09 – 30.06.10: kr 0,90
01.07.10 – 31.12.10: kr 0,75

Prisen skal settes ned fra Barablus nåværende prisnivå på kr 1,61. Vedtaket og de tilhørende forpliktelser trer i kraft umiddelbart. For Barablu innebærer dette blant annet en plikt til prisreduksjon ned til kr 1,00 fra 1. februar 2009. Hva gjelder det nærmere innhold av og begrunnelse for ovennevnte forpliktelser, henvises det til vedtaket.

2 Klage og anmodning om utsatt iverksetting

Barablu har ved brev datert 8. desember 2008 påklaget PTs vedtak av 17. november 2008 om prisregulering i marked 16. Selskapet har også ved brev datert 8. desember 2008 begjært utsatt iverksetting knyttet til prisreguleringen. Barablu anmoder om utsatt iverksetting inntil klagen er avgjort av departementet.

Barablu anfører at det i lys av de ulempene pristaket påfører selskapet, ikke foreligger

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:
22 24 56 09

Saksbehandler:
Eirik Wold Sandaa
22 24 83 23

tungtveiende offentlige interesser som tilsier at vedtaket bør iverksettes umiddelbart. Barablu er av den oppfatning at den vedtatte reduksjonen i selskapets termineringspriser i perioden fra 1. februar 2009 og frem til klagen er avgjort, ikke vil komme andre sluttbrukere til gode. Lavt volum tilsier dessuten at prisreguleringen vil ha liten eller ingen innvirkning på konkurransesituasjonen til andre eksisterende eller fremtidige aktører i markedet. Verken hensynet til sluttbruker eller konkurransen i markedet påvirkes merkbart av at pristaket på Barablu utsettes til klagesaken er avgjort. Dette taler etter Barablus syn for å etterkomme anmodningen om utsatt iverksetting.

Barablu anfører videre at et en umiddelbar iverksetting av vedtaket vil påføre selskapet et stort økonomisk tap.

[Opplysning u. off.]. PTs vedtak får følgelig store umiddelbare konsekvenser for Barablu som ikke reflekteres i besparelser for forbrukerne. Dette er et moment som også trekker i retning av å gi utsatt iverksetting.

Barablu anfører også at det økonomiske tapet som selskapet vil bli påført, er irreversibelt. Selv om det teoretisk sett skulle være mulig å gjenopprette de økonomiske konsekvensene av en umiddelbar ikrafttredelse av vedtaket, vil etteroppgjøret være komplisert eller umulig å gjennomføre i praksis. Dette innebærer at Barablu vil måtte bære ethvert tap som følge av prisreduksjoner selv. Etter Barablus oppfatning taler dette for å etterkomme anmodningen om utsatt iverksetting.

Endelig anfører Barablu at det er tvilsomt at PTs vedtak opprettholdes, og at også dette momentet peker i retning av å gi utsatt iverksetting.

3 Kort om bakgrunnen for PTs vedtak

Det fremgår av lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 1-1 at formålet 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."*

Ekomloven gjennomfører Norges EØS-forpliktelser på området for elektronisk kommunikasjon. Det følger av ekomloven at PT skal definere relevante markeder (jf. ekomloven § 3-2), utpeke tilbydere med 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). Utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling skal skje i samsvar med de retningslinjer og anbefalinger som er utarbeidet av Kommisjonen, samt retningslinjer for virkemiddelbruk nedfelt av European Regulators Group (ERG). Ekomloven § 9-3 fremsetter nærmere regler for en konsultasjonsprosedyre som skal bidra til å sikre den felleseuropeiske harmoniseringen også på enkeltvedtaksnivå. Se nærmere om ESAs tilbakemelding i denne saken nedenfor.

PT fattet sitt andre vedtak i marked 16 den 8. mai 2007. PT påla i dette vedtaket pristaksforpliktelser på NetCom, Telenor og Tele 2. TDC og MTU ble pålagt prisregulering i form av krav om rimelige priser. Pristaket for Telenor og NetCom er basert på kostnadsmodellen LRIC (Long Run Incremental Costs), mens pristakforpliktelsene til Tele2 var skjønsmessig fastsatt. På bakgrunn av Tele2s kjøp av 50 % av aksjene i nettselskapet

Mobile Norway AS ble saken om prisregulering av Tele2 sendt tilbake til Post- og teletilsynet for ny vurdering. Samferdselsdepartementet stadfestet i vedtak av 13. februar 2008 tilsynets prisregulering for så vidt gjelder Telenor, NetCom, TDC og MTU.

I varsel om nytt vedtak 10. juni 2008 la tilsynet frem forslag om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om blant annet prisregulering av disse. ESA gav sine uttalelser 3. november 2008 i brev til PT, jf. konsultasjonsprosedyren nedfelt i ekomloven § 9-3. ESA henviste til tidligere uttalelser der ESA har gitt klart uttrykk for målsettingen om symmetriske termineringspriser og at sen inntreden i markedet bare kan legitimere asymmetri i en begrenset tidsperiode. ESA viser også til Kommisjonens praksis på området og til utkast til rekommandasjon om termineringspriser som legger opp til symmetri innen utgangen av 2012. ESA uttrykker bekymring for at tilsynet tillater asymmetri i den fulle reguleringsperioden og at det ikke er fastsatt en klar tidshorisont for eliminering av asymmetrien. Videre uttrykker ESA bekymring for at den glidebanen som Post- og teletilsynet har lagt til grunn vil øke asymmetrien i en periode på ett år fra 1. juli 2009.

4 Utsatt iverksetting – Vurdering

Rettslig utgangspunkt

Det følger forutsetningsvis av lov 10. februar 1967 om behandling i forvaltningsaker (forvaltningsloven) § 42 første ledd, første punktum, at vedtak som hovedregel skal tre i kraft straks eller på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket. Bestemmelsen gir imidlertid forvaltningen en skjønnsmessig adgang til å fravike dette utgangspunktet ved at *"Underinstansen, klageinstansen eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort"*. En beslutning om utsatt iverksetting innebærer at vedtaket ikke pliktes etterlevd så lenge iverksettelsen er utsatt. Ekomloven § 11-6 fjerde ledd slår fast at det innenfor ekomlovens virkeområde er Samferdselsdepartementet som skal fatte beslutninger om utsatt iverksetting etter forvaltningsloven § 42.

Den legislative begrunnelsen for forvaltningens adgang til å gi utsatt iverksetting, er hensynet til rettssikkerheten, herunder risikoen for at klageinstansens vedtak kan bli umulig, vanskelig eller kostbart å gjennomføre. Avgjørelsen av spørsmålet om utsatt iverksetting er underlagt forvaltningens frie skjønn, og vil bero på en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle. Et sentralt moment i denne vurderingen er betydningen for de berørte partene av at vedtaket iverksettes straks, og det må foretas en interesseavveining mellom på den ene siden hensynet til de byrder og forpliktelser Barablu påføres og på den andre siden hensynet til tredjeparter og de offentlige interesser av å gjennomføre vedtaket. Sakens art, særlig muligheten for reversibilitet, vil også være et viktig moment i vurderingen. Videre kan det være relevant å legge vekt på hva som antas å bli utfallet av klagebehandlingen.

Som referert til ovenfor, ga EFTAs overvåkingsorgan uttrykk for at reguleringsperioden der PT fortsatt tillater asymmetri er for lang og at asymmetrien som tillates i denne perioden er for stor. Etter departementets syn trekkes også dette i retning av at man bør være tilbakeholden med å gi utsatt iverksetting fordi dette kan forlenge perioden med asymmetriske termineringspriser ytterligere.

Forvaltningsloven § 42 andre ledd setter krav til at avslag på anmodning om utsatt iverksetting skal begrunnes og gis samtidig med avslaget.

Barablu viser til at Samferdselsdepartementet i andre klagesaker om reduksjoner i termineringspriser, har gitt utsatt iverksetting. Departementet finner imidlertid grunn til å presisere at tidligere beslutninger er basert på en konkret vurdering av de foreliggende faktiske og rettslige forhold. Utsatt iverksetting er et rettsinstitutt av prejudisiell karakter (beslutningene gir kun rettsvirkninger frem til endelig vedtak eller dom foreligger i saken) og vil etter sin karakter ha begrenset fremtidig virkning på andre saker. Herunder vises til at momentene som vurderes tilknyttet begjæring om utsatt iverksetting er innrettet på situasjonen i den foreliggende sak. Blant annet vil tiden som er tilgjengelig for vurderingen og kjennskapet til sakens realitet få betydning da det er relevant å legge vekt på hva som må antas å bli utfallet av klagesaken.

Avgrensning av videre drøftelse

I det følgende vil det bli tatt stilling til Barablus anmodning om at vedtaket skal gis utsatt iverksetting til departementet har avgjort klagen. PT har vedtatt en trinnvis reduksjon av termineringsprisen for Barablu frem til 31. desember 2010. Første prisnedsettelse skal skje 1. februar 2009. Andre prisnedsettelse skal gjelde fra 1. juli 2009 og tredje prisnedsettelse skal gjelde fra 1. juli 2010. Departementet tar sikte på å fatte vedtak i klagesaken før 1. juli 2009. Det vil derfor i det følgende kun bli tatt stilling til spørsmålet om utsatt iverksetting knyttet til første prisnedsettelse. Dersom det ikke er fattet endelig vedtak i saken senest innen 15. mai 2009, vil departementet på eget initiativ ta stilling til spørsmålet om eventuell utsatt iverksetting av andre trinn av reguleringsperioden (fra 1. juli 2009).

Økonomisk tap og andre virkninger for Barablu

Omfanget av det eventuelle økonomiske tapet for Barablu ved å la vedtaket tre i kraft fra 1. februar 2009 vil blant annet avhenge av hvor raskt klagesaken blir avgjort, samt den maksimale termineringsprisen som eventuelt blir fastsatt for nettilbyderne etter klagebehandlingen. Første prisnedsettelse vil etter departementets oppfatning gi en økonomisk negativ effekt for Barablu i form av lavere inntekter fra terminering. Selv om departementet er enig med PT i at de reduserte inntektene til Barablu til en viss grad vil kunne oppveies av reduserte eksterne varekostnader som følge av reduserte termineringspriser i andre tilbyders nett, kombinert med en generell forventning om økt trafikkvolum i mobiltermineringsmarkedet, vil pristaket samlet sett ha en økonomisk negativ effekt på Barablus resultat.

Samferdselsdepartementet ser at det på tidspunktet for varslet om vedtak kan ha oppstått usikkerhet rundt fremtidig inntjening på termineringssiden og at dette kan ha medført finansielle utfordringer. Departementet merker seg også at det kan hevdes at de økonomiske konsekvensene av PTs vedtak kan bli ytterligere forsterket av den rådende finanskrisen og vanskelighetene dette vil kunne medfører med tanke på blant annet finansiering. Departementet er imidlertid av den oppfatning at en eventuell beslutning om utsatt iverksetting ikke vil gi økt sikkerhet for lånegivere eller endrede risikovurderinger. Eventuell usikkerhet som kan ha oppstått som følge av PTs vedtak blir uansett ikke avklart før endelig vedtak i klagesaken foreligger.

Selv om departementet mener at det økonomiske tapet kan oppveies noe på grunn av lavere varekost og muligheten for økt trafikk, trekker hensynet til økonomisk tap for Barablu isolert sett i retning av å gi utsatt iverksetting av vedtaket.

Private parters interesser

Når det gjelder virkningene for sluttbrukerne som følge av at prisreduksjonene iverksettes fra 1. februar 2009, vil utgangspunktet være at reduserte termineringspriser kan føre til at brukerne får reduserte telefonregninger.

Departementet kan ikke med sikkerhet forutsi utviklingen i sluttbrukerprisene. Det er størst usikkerhet knyttet til beslutningens virkning på utviklingen av sluttbrukerprisene for samtaler mellom de ulike mobilnettene som nå reguleres. Mobiltilbyderne kan velge å rebalansere sine sluttbrukerpriser for å kompensere deler av inntektsbortfallet på termineringssiden. Dette kan føre til at sluttbrukerprisene ikke settes ned som følge av reduserte termineringspriser i mobilnettene. Interessen til sluttbrukerne tilknyttet disse mobiltilbyderne kan dermed ikke tillegges avgjørende vekt i vurderingen av spørsmålet om utsatt iverksetting.

Også interessen til andre tilbydere som belastes med termineringspriser som eventuelt ligger over effektivt nivå må hensyntas. For eksempel har Telenor i klagebrev av 8. desember 2008 hevdet at utsatt iverksetting vil føre til et dokumentert vridningstap på 8 millioner NOK per måned og i tillegg en økning i overføring på 16 millioner NOK. Samferdselsdepartementet legger til grunn at disse tallene reflekterer Telenors anslåtte tap som følge av utsettelse av vedtaket som helhet. Hensynet til berørte tredjeparter taler isolert sett mot at det gis utsatt iverksetting.

Samlet sett anser departementet at hensynet til private parters interesser i denne saken peker i retning av ikke å gi utsatt iverksetting.

Offentlige interesser

I vurderingen av spørsmålet om utsatt iverksetting, skal det også ses hen til offentlige interesser. Trafikken som termineres i de aktuelle mobilnettene utgjør en forholdsvis beskjeden andel av trafikken i markedet. Dette forholdet kan derfor isolert sett sies å trekke svakt i retning av å gi utsatt iverksetting.

Målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier at prisene på lengre sikt bør bevege seg mot et nivå som reflekterer de underliggende kostnadene. Forsinkelser i dette vil neppe isolert sett være i det offentliges interesse.

Myndighetene skal gjennom sin regulering gi insentiver til at nye aktører etablerer seg i markedet og legge til rette for bærekraftig konkurranse. Muligheten for å oppnå høy inntjening i et gitt marked vil være et sterkt insentiv til etablering. Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at utsikten til å oppnå avkastning på termineringssiden kan fungere som et etableringsinsentiv i mobilmarkedet. Departementet er videre kjent med at forretningsmodellen til enkelte aktører delvis kan være basert på at termineringsinntektene skal utgjøre en betydelig andel av totalinntektene og at vedtak som reduserer disse kan føre til at en del av forretningsmodellen svekkes. Samferdselsdepartementet mener likevel at hensynet til offentlige interesser tilsier at det ikke gis insentiver til overetablering i markedet,

men at myndighetene bidrar til etablering på et grunnlag som på lengre sikt er å anse som effektivt.

Sammenfattet mener Samferdselsdepartementet at hensynet til offentlige interesser taler imot å gi utsatt iverksetting.

Irreversibilitet

Departementet legger til grunn at variasjoner i termineringsprisen på grossistnivå vil være mulig å håndtere siden termineringspriser avregnes mellom tilbyderne en gang i måneden etterskuddsvis. Dette muliggjør i prinsippet etteroppgjør ved prisendring mellom tilbyderne, og innebærer etter departementets oppfatning derfor ikke at det foreligger irreversibilitet.

Det kan imidlertid hevdes at spørsmålet om irreversibilitet påvirkes dersom sluttbrukerprisene settes ned som en følge av prisreduksjonen av termineringspriser mellom mobiltilbyderne. Departementet viser i den forbindelse til de vurderinger som er gjort ovenfor i avsnittet om private parters interesser. Departementet antar at mobiltilbyderne kan velge å rebalansere sine sluttbrukerpriser for å kompensere deler av inntektsbortfallet på termineringssiden. Dette kan føre til at sluttbrukerprisene ikke settes ned som følge av reduserte termineringspriser i mobilmarkedet. Departementet oppfatter således ikke en iverksetting av vedtakets første prisnedsettelse som irreversibel for tilbyderne så lenge tilbyderne på kort sikt selv kan velge hvordan de vil prissette sine produkter.

Det er så langt departementet kan se heller ikke noe i veien for å sette sluttbrukerpriser opp igjen etter at de først er blitt satt ned (hvis tilbyder velger prisnedsettelse på sluttbrukernivå, jf. ovenfor) dersom klager får medhold i klagen. Erfaring tilsier at variasjoner i termineringsprisene har ført til at sluttbrukerprisene har blitt justert både opp og ned i tråd med prisvariasjonene. Det vises her til NetComs oppjustering av sluttbrukerprisene som følge av variasjoner i termineringsprisene til andre tilbydere.

Departementet konkluderer derfor med at konsekvensene av umiddelbar iverksetting av prisjusteringene i tilsynets vedtak ikke vil være irreversible, selv om de til en viss grad kan innebære ulemper for tilbyderne. Isolert sett taler dette punktet for ikke å gi utsatt iverksetting.

Foreløpig vurdering av klagesaken hva gjelder første prisnedsettelse

Dersom det på forhånd fremstår som klart at klagen over vedtaket vedrørende den første prisnedsettelsen til kr. 1, 00 fra 1. februar 2009 ikke vil føre frem, er det lite aktuelt å etterkomme anmodningen om utsatt iverksetting. Foreløpig gjøres følgende betraktninger: Barablu termineringspris er på nåværende tidspunkt kr 1,61,-, hvilket er langt over 100 % mer enn den termineringspris Telenor og NetCom tillates og som er basert på det effektive kostnadsnivået til disse tilbyderne.

Når det gjelder den felleseuropeiske reguleringen forventes Kommisjonen i kommende anbefaling om regulering av termineringspriser å legge opp til at termineringsprisene skal bringes ned til et kostnadsorientert nivå og at sluttmålet er kostnadsnivået til en effektiv tilbyder. Departementet understreker her at anbefalingen fra Kommisjonen verken er ferdig utformet eller formelt vedtatt og at det endelige utfallet uansett ikke vil være direkte juridisk bindende i forhold til norske regulatørers myndighetsutøvelse.

Samferdselsdepartementet viser til at spørsmålet om sannsynligheten for at vedtaket vedrørende første nedsettelse opprettholdes i klageomgangen er vanskelig å ta stilling til innenfor den korte tidsrammen departementet har til rådighet.

Sammenfattende mener departementet derfor at hensynet til klagesakens sannsynlige utfall isolert sett verken taler for eller imot å gi utsatt iverksetting. I så måte er det verdt å merke seg at forvaltningslovens utgangspunkt er at et vedtak skal iverksettes straks eller på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket, jf § 42.

5 Beslutning

Samferdselsdepartementet finner etter en samlet skjønnsmessig avveining av ovennevnte hensyn ikke grunnlag for å etterkomme Barablu's anmodning om utsatt iverksetting for så vidt gjelder første pristak for Barablu's termineringspris i perioden 1. februar 2009 til 30. juni 2009, inntil departementet har tatt stilling til klagen i marked 16, jf. fvl. § 42.

Med hilsen


Yorn Ringland e.f.


Eirik Wold Sandaa