



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Likelydende brev til:
Tele2 Norge AS
Telenor ASA

Deres ref

Vår ref
02/1641- TOL

Dato
19.12.2002

**KLAGE OVER POST- OG TELETILSYNETS VEDTAK AV 19. JUNI 2001 VEDR.
TELENORS SAMTRAFIKKPRISER I FASTNETTET.**

Det vises til Statens teleforvaltningsråds innstilling av 17. juni d.å. i klagesak vedr. Telenors samtrafikkpriser i fastnett. Videre vises det til departementets forhåndsvarsel av 25. juli og til partenes merknader i denne sammenheng, jf. brev fra Telenor ASA (Telenor) og Tele2 Norge AS (Tele2) datert hhv. 2. og 19. august. Det vises også til møte 20. august mellom departementet og Telenor og til Telenors etterfølgende merknader til Tele2s merknader, jf. brev fra Telenor datert 30. august.

1. BAKGRUNN

Denne klagesaken gjelder Tele2s klage av 22. august 2001 på Post- og teletilsynets vedtak av 19. juni 2001, om kostnadsorientering av samtrafikkpriser for fastnett. I det følgende vil det som bakgrunn for departementets vurderinger, først bli gitt en kort oppsummering av hovedpunktene i tilsynets vedtak, Tele2s klage og teleforvaltningsrådets innstilling. For en mer grundig gjennomgang av sakens bakgrunn, vises det til klagesakens dokumenter.

1.1 Tilsynets vedtak

Det vises til Post- og teletilsynets vedtak av 19. juni 2001. Med hjemmel i teleloven¹ § 7-4, jf. offentlignettforskriften² § 4-3, ble Telenor pålagt å kostnadsorientere prisene for terminering/orginering i fastnett innen 1. september 2001, samt med hjemmel i offentlignettforskriften § 5-1, å oversende prognoser for samtrafikk i fastnett, detaljeringsnivå 2, umiddelbart etter at disse er oppdaterte, og ikke senere enn hver tredje måned.

Forut for vedtaket hadde Post- og teletilsynet ved brev datert 27. mars og 6. april 2001, varslet om at de hadde til hensikt å treffe vedtak om reduksjon av priser for terminering/orginering

¹ Lov 23. juni 1995 nr. 39 om telekommunikasjon (teleloven)

² Forskrift 12. mai 1997 nr. 1259 om offentlig telenett og offentlig teletjeneste (offentlignettforskriften)

fra henholdsvis 1. august 2000 og 1. april 2001. Telenor kommenterte forhåndsvarslene i to brev som begge er daterte 2. mai. 2001.

I vedtaksomgangen opprettholdt tilsynet at Telenors priser for orginering og terminering i fastnettet var i strid med forskriftskravet om at disse skal være kostnadsorienterte, og forutsatte i vedtaket at Telenor må gjennomføre prisendringer som sikrer at prisene for de enkelte produktene innenfor samtrafikk er iht. de respektive kostnadene. Til tross for varsel om det motsatte, fattet tilsynet med grunnlag i Telenors kommentarer, ikke vedtak om at prisreduksjonen for orginering og terminering skulle gjelde for tidligere perioder. Av vedtaket fremgår det at tilsynet etter en ny vurdering har kommet til at de varslede prisreduksjonene for orginering og terminering ikke skal gjelde for tidligere perioder.

1.2 Tele2s klage

I motsetning til Telenor, som i brev av 2. august 2001 skriver at de ikke vil påklage tilsynets vedtak bl.a. fordi vesentlige innvendinger mot forhåndsvarslene er imøtekommet av tilsynet, påklaget Tele2 tilsynets vedtak ved brev datert 22. august 2001.

For uten å gjøre gjeldende at de formelle kravene for klagebehandling foreligger, gjør Tele2 gjeldende i klagen at Post- og teletilsynet må pålegges å fatte et konkret og begrunnet vedtak om hva kostnadsorienterte priser skal være, samt gi vedtaket virkning fra 1. august 2000. Etter Tele2s mening utfører ikke Post- og teletilsynet sin tilsynsoppgave etter offentlignettforskriften § 5-1 på en tilfredsstillende måte når det i vedtaket ikke presiseres hva samtrafikkprisen skal være. Det vises i denne sammenheng til at tilsynet i andre tilsvarende saker har konkretisert prisnivået, og til at alle som konkurrerer med Telenor er avhengige av at tilsynet bruker kostnadsgrunnlaget kritisk og analyserer dette til å fatte konkrete vedtak.

Når det gjelder kravet om at Post- og teletilsynet må pålegges å fatte vedtak med virkning fra 1. august 2000, mener Tele2 at tilsynets vedtak av 19. juni 2001 er i strid med offentlignettforskriften § 4-3, tredje ledd, idet Telenor ikke samtidig pålegges kostnadsorienterte priser for tidligere perioder. Videre anføres det at tilsynets vedtak på dette punktet er i strid med forvaltningsloven³ § 24, idet det ikke er begrunnet hvorfor vedtaket bare skal gjelde fra 1. september 2001, og ikke for tidligere perioder slik som gjort gjeldende i forhåndsvarslene. Etter Tele2s oppfatning må teleloven § 7-4 forstås slik at tilsynet har hjemmel til å kunne treffe vedtak med tilbakevirkende kraft.

1.3 Rådets innstilling

Post- og teletilsynet fant ved en ny gjennomgang av saken ikke grunnlag for å omgjøre eller oppheve vedtaket av 19. juni 2001, og sammen med en innstilling der det konkluderes med at klagen fra Tele2 ikke tas til følge, ble saken oversendt Statens teleforvaltningsråd ved brev datert 13. november 2001.

Før klagesaken ble behandlet i teleforvaltningsrådets møte 15. desember 2001, ble sakens parter gitt anledning til å uttale seg om ovennevnte innstilling fra Post- og teletilsynet. Som det fremgår innledningsvis av rådets innstilling til departementet, benyttet både Telenor og Tele2 seg av muligheten til å kommentere tilsynets innstilling, jf. brev 6. desember 2001 fra Tele2 og brev 6. og 12. desember fra Telenor.

³ Jf. Lov 10. feb. 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

I likhet med Post- og teletilsynet, har også teleforvaltningsrådet kommet til at de formelle kravene for klagebehandling foreligger. Tele2 vurderes å ha rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven § 28 og klagen er rettidig, jf. forvaltningsloven § 29. Videre har teleforvaltningsrådet sluttet seg til klagers anførsel om at saken er av prinsipiell karakter, og teleforvaltningsrådet har således bare valgt å avgi innstilling til Samferdselsdepartementet i sakens anledning, jf. offentlignettforskriften § 5-4.

Slik teleforvaltningsrådet ser det, gir ikke forarbeidene til teleloven veiledning hva angår tilbakevirkningsspørsmålet, men rådet skriver innledningsvis at kostnadsorienteringskravet er lovhjemlet og velkjent og pålegger Telenor som aktør med sterk markedsstilling i samtrafikkmarkedet, å tilby produkter på dette området til kostnadsorienterte priser. Etter teleforvaltningsrådets vurdering vil det være søkt å avskjære Post- og teletilsynet fra å ha hjemmel til å konstatere at prisene i en gitt periode ikke har vært kostnadsorienterte dersom kostnadsorienteringskravet skal ha noe mening. I innstillingen heter det videre at unnlatelse av å vurdere det fortidige og fatte vedtak med retting fra vedtakstidspunktet vil medføre at etterlevelse av kravet hele tiden blir skutt ut i tid. Slik teleforvaltningsrådet ser det vil den som har et kostnadsorienteringskrav på seg være nærmest til å bære den økonomiske risiko dersom dette ikke følges.

Når det gjelder klagers anførsel om at den kostnadsorienterte prisen må konkretiseres i vedtaket, skriver teleforvaltningsrådet at de ikke har vansker med å se at andre aktørers mulighet til vurdering av avtalt prisleie blir svekket når prisene ikke blir konkretisert i vedtaket. Teleforvaltningsrådet anser at det ikke er noe rettslig til hinder for å vedta at prisen på et gitt, tidlige tidspunkt ikke var kostnadsorientert, men at det derimot må kunne forventes at så skjer. Etter teleforvaltningsrådets vurdering kan det neppe være tvil om at reguleringsmyndighetens sentrale oppgave ligger i å se til at fastleggelsen av kostnadsorienterte priser skjer på en slik måte og til en slik tid at det gis likest mulig konkurransevilkår.

Teleforvaltningsrådet skriver avslutningsvis at en fastsettelse av om kostnadsorienteringskravet er imøtekommet, så vel fortidig basert på regnskap eller fremtidig ut fra en prognose, vil være en nødvendighet for å gi kostnadsorienteringskravet et materielt innhold, og at det er først da kravet vil tjene sitt formål.

Teleforvaltningsrådet innstiller på at tilsynets vedtak oppheves. Innstillingen ble sendt Samferdselsdepartementet 17. juni d.å.

2. DEPARTEMENTETS VURDERING

Etter departementets vurdering reiser klagen fra Tele2 to hovedspørsmål, nærmere bestemt om Post- og teletilsynet plikter å fatte vedtak med virkning fra 1. august 2000 og om Post- og teletilsynet i vedtaket plikter å konkret ta stilling til hva som er kostnadsorienterte priser. Hovedspørsmålene vil bli behandlet nedenfor under pkt. 2.2 og 2.3. Før behandlingen av disse spørsmålene, vil det imidlertid bli nærmere vurdert om vilkårene for å behandle klagen er til stede, jf. pkt. 2.1.

2.1 Formelle krav

Selv om tilsynets vedtak av 19. juli 2001 retter seg mot Telenor, anfører Tele2 at selskapet må anses for å ha rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven § 28. Slik Tele2 ser det, påvirker vedtaket samtrafikkprisene som Telenor tilbyr Tele2. Videre anfører Tele2 at klagefristen etter forvaltningsloven § 29 er overholdt. Etter Tele2s vurdering begynner klagefristen først å løpe fra 2. august 2001, som er den dagen Tele2 i brev fra Telenor om prisendringer ble gjort oppmerksom på tilsynets vedtak. Tele2 fikk oversendt kopi av tilsynets vedtak per e-post samme dag.

Selv om spørsmålet om vilkårene for å behandle klagen er oppfylt ikke er omtvistet i det foreliggende tilfellet, plikter departementet som klageinstans å foreta en selvstendig vurdering av dette spørsmålet, jf. forvaltningsloven § 34. Statens teleforvaltningsråd har sluttet seg til Post- og teletilsynets vurderinger om at Tele2 både har klagerett og at klagefristen er overholdt. Klagen som er datert 22. august 2001, anses for å være rettidig idet Tele2 etter tilsynets vurdering først fikk kjennskap til vedtaket 2. august 2001. Det legges videre til grunn at Tele2 har rettslig klageinteresse da Tele2 som den største samtrafikkpartneren til Telenor innen fastnettet, blir relativt sterkt berørt av tilsynets vedtak. Telenor har på sin side heller ikke gjort gjeldende at klagen må avises fordi vilkårene for å behandle klagen ikke foreligger.

I forhold til spørsmålet om klagen skal anses for å være rettidig til tross for at denne ble fremmet etter at klagefristen på 3 uker var løpt ut, slutter departementet seg til Post- og teletilsynets vurderinger. Departementet legger til grunn at klagefristen for Tele2s vedkommende først begynte å løpe fra 2. august 2001, som er den dagen selskapet først fikk kjennskap til tilsynets vedtak, jf. forvaltningsloven § 29, annet ledd.

Også i forhold til spørsmålet om Tele2 er berettiget til å kunne påklage vedtaket, slutter departementet seg til Post- og teletilsynets vurderinger. Departementet legger til grunn at Tele2 har rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven § 28 pga. avhengighetsforholdet til Telenor som leverandør av samtrafikkjenester på fastnettområdet og vedtakets økonomiske betydning for Tele2.

2.2 Virkningstidspunkt

Med bakgrunn i kravet fra klager om at Post- og teletilsynet må fatte vedtak med virkning fra 1. august 2000 og anførselen fra Telenor om at Post- og teletilsynet ikke har hjemmel til å fatte vedtak med virkning bakover i tid, er det overlatt til klageinstansen å ta stilling til spørsmålet om hjemmelsgrunnlaget for tilsynets vedtak gir anledning til å fastsette prisvedtak med virkning for en periode forut for vedtakstidspunktet, og subsidiært om tilsynet i det foreliggende tilfellet hadde plikt til å fatte vedtak med virkning forut for vedtakstidspunktet.

Post- og teletilsynets vedtak av 19. juni 2001 er hjemlet i teleloven § 7-4, jf. offentlignettforskriften § 4-3. Det vises til teleloven § 7-4, der det fremgår at dersom Telenor ikke oppfyller kravene fastsatt i eller i medhold av teleloven, så kan telemyndigheten påby at de ulovlige forholdene rettes eller opphører innen en fastsatt frist. Videre vises det til offentlignettforskriften § 4-3 tredje ledd, der det fremgår at Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling skal tilby samtrafikk til kostnadsorienterte priser, og til bestemmelsens fjerde ledd, der det fremgår at Telenor i denne sammenheng skal utarbeide og offentliggjøre

standard samtrafikktilbud, at tilbudet skal tilpasses markedets etterspørsel og oppdateres regelmessig og at Post- og teletilsynet i særlige tilfeller kan pålegge endringer i tilbudet.

I likhet med Statens teleforvaltningsråd, finner departementet grunn til innledningsvis å presisere at Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling plikter å tilby samtrafikk til kostnadsorienterte priser, jf. offentlignettforskriften § 4-3 tredje ledd. Etter departementets vurdering er tredje ledd utformet på en slik måte at Telenor uoppfordret og på eget initiativ plikter å etterkomme dette forskriftskravet. Det presiseres i denne sammenheng at Telenor også har en plikt og rett til regelmessig å foreta nødvendige prisjusteringer for å oppfylle kravet, jf. offentlignettforskriften § 4-3, fjerde ledd.

Det vises innledningsvis også til måten samtrafikkprisene blir fastsatt på. Som det fremgår av dokumentene i saken, fastsettes prisene før den aktuelle prisperioden basert på prognoser om forventede inntekter og kostnader. Oppdaterte prognoser blir regelmessig oversendt Post- og teletilsynet, som med utgangspunkt i disse og regnskaper gjennomfører en etterfølgende kontroll med om prisene i en gitt periode har vært i henhold til forskriftskravet, jf. offentlignettforskriften § 4-3, jf. § 3-8. Av oversendelsesbrevet fra Post- og teletilsynet til Statens teleforvaltningsråd, fremgår det at det er vanskelig å forutse hvilket nivå en pris må ligge på for å være kostnadsorientert. Tilsynet mener likevel at bruk av prognoser gir et bedre vurderingsgrunnlag enn kun den historiske informasjonen som ligger til grunn for vurderingen av den årlige ONP-rapporten fra Telenor. Selv om prisfastsetting basert på prognoser er beheftet med usikkerheter, foretrekker tilsynet en slik ordning ut fra at denne vil føre til større forutsigbarhet og mindre ressursbruk ved innkreving, m.v. Tilsynet presiserer imidlertid at de vil følge nøye opp de påfølgende produktregnskap for samtrafikk i fastnettet fra Telenor for å avklare hvorvidt prognosene har truffet.

Selv om det ikke er omtvistet, vil departementet i denne sammenheng fremheve at Telenor i vedtaket også ble pålagt å oversende prognoser for samtrafikk i fastnettet umiddelbart etter at disse er oppdatert og aldri sjeldnere enn hver tredje måned. Bakgrunnen for pålegget var nettopp risikoen for feilprising når prognoser benyttes som grunnlag for prisfastsetting og at risikoen blir større desto lengre frem i tid prognosen gjelder. Departementet slutter seg til tilsynets vurderinger på dette punktet, og finner at en hyppigere oppdatering av prognosene muliggjør et mer effektivt tilsyn med om Telenor oppfyller kravet i offentlignettforskriften § 4-3.

For at forskriftskravet om at Telenor må tilby samtrafikk til kostnadsorienterte priser skal ha noen mening, heter det i innstillingen fra Statens teleforvaltningsråd at det vil være søkt å avskjære Post- og teletilsynet fra å ha hjemmel til å konstatere at prisene i en gitt periode ikke har vært kostnadsorienterte. Departementet slutter seg til dette, og mener at en slik forståelse følger av ordlyden i teleloven § 7-4, idet en kontroll av om Telenor ”*oppfyller kravene fastsatt i eller i medhold av loven*” i praksis bare kan konstateres i ettertid basert på de faktiske tall for perioden.

Departementet er imidlertid ikke enig med Tele2 og Statens teleforvaltningsråd i at ovennevnte fortolkning av hjemmelsgrunnlaget også må lede til at det kan treffes vedtak med virkning bakover i tid for at kostnadsorienteringskravet skal få et materielt innhold. Etter departementets vurdering følger det av gjeldende ordning med prisfastsetting i forkant basert

på prognoser om forventede inntekter og kostnader, at kravet om kostnadsorientering må foreligge når prisene settes. Selv om dette innebærer at eventuell økonomisk gevinst eller tap tilfaller eller må bæres av Telenor for det tilfellet at prognosene ikke slår til, er dette etter departementets vurdering den best egnede fremgangsmåten for å sikre at prisene for samtrafikk til enhver tid er kostnadsorienterte. Det minnes i denne sammenheng om at Telenor iht. offentlignettforskriften § 4-3 fjerde ledd, både har rett og plikt til å tilpasse tilbudet markedets etterspørsel og oppdatere dette regelmessig, og til at Post- og teletilsynet på et hvilket som helst tidspunkt kan ”påby at ulovlige forhold rettes eller opphører innen en fastsatt frist” eller ”pålegge endringer i tilbudet”, jf. teleloven § 7-4 og offentlignettforskriften § 4-3.

Departementet finner ikke holdepunkter for at ovennevnte virkemidler også kan benyttes til å treffe vedtak med virkning bakover i tid. For uten at ordlyden i bestemmelsene etter departementets oppfatning peker i motsatt retning, finner departementet heller ikke støtte for en slik fortolkning i forarbeidene til teleloven § 7-4, jf. Ot.prp. nr. 36 (1994-95) og Ot.prp. nr. 31 (1997-98). Det presiseres imidlertid at departementet med dette ikke har tatt stilling til om samtrafikkpartnerne har krav på å få tilbakebetalt en for høyt innbetalt samtrafikkpris iht. annet regelverk enn teleloven. Det ligger etter departementets vurdering utenfor telemyndighetens kompetanseområde å ta stilling til et slikt tilbakebetalingsspørsmål, og spørsmålet må i tilfellet søkes løst på andre måter, f.eks. ved domstolsbehandling eller som teleforvaltningsrådet peker på, ved å ta inn en etterreguleringsklausul i samtrafikkavtalene.

Både Tele2 og teleforvaltningsrådet har pekt på at en slik forståelse som departementet legger til grunn, vil medføre at etterlevelse av kravet hele tiden blir skutt ut i tid og at Telenor ikke vil ha insitamant til å beregne en kostnadsorientert pris. Videre må formålsbetraktninger etter deres syn føre til at det kan treffes vedtak med virkning for tidligere perioder. Departementet viser i denne sammenheng til vurderingene ovenfor, og spesielt til tilsynets vedtak der Telenor ble pålagt å oversende prognoser for samtrafikk i fastnettet umiddelbart etter at disse er oppdatert og aldri sjeldnere enn hver tredje måned. Som tidligere nevnt, mener departementet at en hyppigere oppdatering av prognosene vil føre til en mer effektiv kontroll med at kostnadsorienteringskravet etterleves i praksis. Departementet slutter seg også til Post- og teletilsynets vurderinger om at et system der kostnadsorienteringskravet må foreligge når kostnader og etterspurte volumer er kjent, vil innebære en ordning med mindre forutsigbarhet og økt ressursbruk ved innkreving, m.v. Med bakgrunn i at departementet har kommet til at telemyndigheten ikke har hjemmel til å treffe vedtak med virkning bakover i tid, finner vi ikke grunn til å gå nærmere inn på det juridiske spørsmålet om det foreligger en plikt.

2.3 Kostnadsorienterte priser

Klager har som nevnt anført at tilsynets vedtak er meningsløst idet vedtaket ikke presiserer hva den kostnadsorienterte prisen skal være. Etter klagers vurdering følger det av offentlignettforskriften § 5-1, at tilsynet må foreta en grundig vurdering av den aktuelle prisen og fatte vedtak om hva den riktige prisen skal være.

Departementet viser til det som tidligere er sagt om måten samtrafikkprisene fastsettes på. Videre vises det til tilsynets vurderinger av spørsmålet om konkretisering av samtrafikkprisen i oversendelsesbrevet til teleforvaltningsrådet. Departementet slutter seg til tilsynets vurderinger i denne sammenheng. Med grunnlag i at prisfastsettingen skjer med grunnlag i

prognoser, er det vanskelig å på forhånd forutse hvilket nivå en pris må ligge på for å være kostnadsorientert. Etter departementets vurdering er det Telenor som har de beste forutsetningene for å beregne prisene. Som tilbyder er det Telenor som har oversikten over inntekter og kostnader ved de ulike tjenestene og som dermed er den som er nærmest til å innhente og vurdere grunnlaget for prognosene. Videre må det tillegges vekt i denne sammenheng at det er Telenor som iht. offentlignettforskriften § 4-3, har ansvaret for at det tilbys samtrafikk til kostnadsorienterte priser. Post- og teletilsynet skal på sin side føre kontroll med om Telenor oppfyller dette kravet og kan med basis i nyere prognoser og etterfølgende regnskaper føre kontroll med om prisene som kreves er lovlige, og eventuelt pålegge endringer i pristilbudet slik at dette bringes i overensstemmelse med kravet.

3. VEDTAK

Med hjemmel i offentlignettforskriften § 5-4 og med bakgrunn i vurderingene over, finner departementet ikke grunnlag for å etterkomme klagen fra Tele2 og Post- og teletilsynets vedtak av 19. juni 2001 vedrørende samtrafikkpriser i fastnettet stadfestes.

Etter departementets vurdering gir teleloven § 7-4 og offentlignettforskriften § 4-3, fjerde ledd, bare hjemmel til å kunne treffe vedtak med virkning fra vedtakstidspunktet, og ikke bakover i tid slik klager anfører at tilsynet har en plikt til å gjøre.

Etter departementets vurdering påhviler det Telenor en plikt til å tilby samtrafikk til kostnadsorienterte priser, jf. offentlignettforskriften § 4-3. Ordningen med prisfastsetting basert på prognoser, tilsier etter departementets vurdering at det er Telenor, og ikke tilsynet, som er nærmest til å fastsette prisnivået. Post- og teletilsynet skal føre tilsyn med at Telenor etterkommer dette forskriftskravet, og kan ved avdekking av ulovlige forhold pålegge endringer i samtrafikktilbudet, jf. teleloven § 7-4 og offentlignettforskriften § 4-3, fjerde ledd.

Dette vedtaket er endelig og kan ikke påklages videre. Departementet beklager at den samlede saksbehandlingstiden er blitt lang.

Med hilsen

Eva Hildrum (e.f.)

Jørn Ringlund

Kopi: - Post- og teletilsynet
- Statens teleforvaltningsråd