



DET KONGELIGE
SAMFERDSSELSDEPARTEMENT

ARKIVKOPI

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

(4)

Deres ref

Vår ref
03/1495-4 HG
845.8

Dato
22.07.2003

VEDTAK OM STERK MARKEDSSTILLING - BEGJÆRING OM UTSATT IVERKSETTING

1 Bakgrunn

Post- og teletilsynet (PT) fattet 6. mai 2003 vedtak om at NetCom as (NetCom) har sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet. Vedtaket ble påklaget av NetCom 28. mai 2003. Klagen gjelder saksbehandling, skjønn og rettsanvendelse. Statens teleforvaltningsråd har i brev 1. juli d.å. orientert NetCom om at klagen er oversendt Samferdselsdepartementet for behandling, idet klagen fra NetCom ikke ble behandlet på rådets siste møte 23. juni d.å. Statens teleforvaltningsråd avvikles samtidig med at ekomloven trer i kraft 25. juli 2003.

NetCom har i klagen til PT anmodet om utsatt iverksetting av vedtaket, jf forvaltningsloven (fvl) § 42. PT avsto 6. juni d.å. å gi slik utsatt iverksetting.

NetCom har i brev 27. juni d.å. presisert at anmodningen om utsatt iverksetting av PTs vedtak opprettholdes overfor Samferdselsdepartementet, med den begrunnelse som fremgår av NetComs klage.

2 Utgangspunkt

Underinstans, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at et vedtak ikke skal iverksettes før vedtaket er endelig, jf fvl § 42.

Lovgrunnen for forvaltningens adgang til å gi utsatt iverksettelse er hensynet til

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

rettssikkerheten, herunder risikoen for at klageinstansens vedtak kan bli umulig, vanskelig eller kostbart å gjennomføre.

Klageinstansen er ikke bundet av underinstansens nektelse av å imøtekomme utsatt iverksetting. Avgjørelsen av utsatt iverksetting er underlagt forvaltningens frie skjønn.

Vurderingen knytter seg til betydningen av at vedtaket iverksettes straks. Avgjørende vil være en skjønnsmessig helhetsvurdering av de fordeler og ulemper en utsettelse eller en gjennomføring av vedtaket vil innebære for partene og berørte offentlige interesser.

3 Forholdet til ekomloven

Lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) trer i kraft 25. juli 2003. I § 13-2 *Overgangsbestemmelser*, heter det innledningsvis i første ledd at

"Enkeltvedtak og forskrifter med hjemmel i teleloven eller eldre lover på området for elektronisk kommunikasjon og som er i kraft ved denne lovs ikrafttredelse skal fortsatt gjelde. Herunder opprettholdes forpliktelser som er pålagt tilbyder med sterk markedsstilling med hjemmel i eller i medhold av lov, inntil markedsanalyser er gjennomført og nye enkeltvedtak med hjemmel i denne lov er iverksatt."

Videre heter det i § 13-2 tredje ledd første punktum at

"Klager som er under behandling hos klageinstansen når loven trer i kraft skal behandles etter denne loven."

Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt det er teleloven eller ekomloven som NetComs klage skal behandles etter, jf særlig den siterte passus i § 13-2 tredje ledd.

Etter departementets syn må første og tredje ledd i ekomloven § 13-2 leses i sammenheng. Det fremgår av første ledd at *"[...]enkeltvedtak med hjemmel i teleloven[...] og som er i kraft ved denne lovs ikrafttredelse skal fortsatt gjelde. Herunder opprettholdes forpliktelser som er pålagt tilbyder med sterk markedsstilling[...]".*

Sammenholdt med § 13-2 tredje ledd innebærer dette at vedtak som er truffet av Post- og teletilsynet med hjemmel i eller i medhold av teleloven, forutsatt at underinstansens vedtak er truffet *før* ekomlovens ikrafttredelse, skal behandles av klageinstansen etter det regelverk som gjaldt på vedtakstidspunktet (dvs. teleloven her). § 13-2 tredje ledd første punktum, er dermed å forstå som en prosessuell bestemmelse.

4 Vurdering

Det er lite aktuelt å gi utsatt iverksettelse dersom det på forhånd er klart at det påklagede vedtak vil bli opprettholdt. Det er derfor nødvendig å foreta en foreløpig vurdering av grunnlaget for vedtaket.

4.1 Begrepet "det totale nasjonale samtrafikkmarkedet"

Det kan med bakgrunn i det fremtidige norske reguleringsregime og EU-kommisjonens anbefalinger stilles spørsmål ved hva som er det relevante marked for terminering.

De vurderinger og analyser som EU-kommisjonen har lagt til grunn for sin anbefaling om relevante markeder, kan på generelt grunnlag sies ha *relevans* for vurderingen av om sterk markedsstilling foreligger. Det bemerkes at den nye markedsdefinisjonen er basert på konkurranserettslig metode, og representerer en nyskaping i forhold til gjeldende rett. Inntil konsultasjonsprosedyren etter ekomloven § 9-3 har trådt i kraft¹, kan det i dagens regelverk ikke oppstilles noe krav om at markedsdefinisjonene skal være i samsvar med konkurranserettslig metode.

At PT på nåværende tidspunkt ikke finner rettslig grunnlag for å anvende EUs nye markedsdefinisjon, herunder at markedsdefinisjonen "det totale nasjonale samtrafikkmarkedet" i offentlignettforskriften § 4-3 etter sin ordlyd ikke er konkurranserettslig fundamentert, gir etter departementets syn et fornuftig utgangspunkt ved vurderingen av om sterk markedsstilling foreligger etter teleloven 2-1. Det vises i denne sammenheng til Samferdselsdepartementets vedtak 27. juni 2002.²

4.2 Hovedregelen for sterk markedsstilling

I henhold til teleloven § 2-1 første ledd skal en tilbyder normalt anses å ha sterk markedsstilling dersom selskapet har en markedsandel på 25 % eller mer i det relevante marked.

I nærværende klagesak er det uenighet om nøyaktig hvor stor markedsandel NetCom har i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet, men det er enighet om at prosentandelen ligger under 25 %. PT har beregnet markedsandelen for NetCom til 23 %, og dersom NetComs innvendinger tas til følge har PT anslått markedsandelen til 20-21 %. NetCom har antatt at selskapet etter nødvendige korreksjoner vil ha en markedsandel på under 20 %, og at denne andelen vil bli ytterligere redusert som følge

¹ § 9-3 *Konsultasjonsprosedyre* i ekomloven trer ikke i kraft 25. juli 2003, men er eksplisitt unntatt ved kronprinsregentens ikrafttredelsesvedtak 4. juli 2003. Ekomloven § 3-2 om relevante markeder henviser til § 9-3.

² Samferdselsdepartementets vedtak 27. juni 2002 om sterk markedsstilling for Telenor Mobil i markedet for samtrafikk mv.

av NetComs reduksjon av termineringspris med 10 øre pr. minutt (effektuert fra 1. juli d.å.).

Det sentrale lovhjemmelsgrunnlag for PT har dermed vært unntaksbestemmelsen i teleloven § 2-1 annet ledd.

4.3 Unntaksbestemmelsen

Teleloven § 2-1 annet ledd gir rettsgrunnlag for å fravike hovedregelen om 25 % markedsandel dersom andre reelle hensyn tilsier det.

I vurderingen av om hovedregelen skal fravikes skal det tas hensyn til:

- tilbyders mulighet til å øve innflytelse på markedsvilkårene
- virksomhetens omsetning i forhold til størrelsen på markedet
- i hvilket omfang virksomheten har kontroll over tilgang til sluttbruker
- virksomhetens tilgang til finansielle ressurser og
- tilbyders erfaring med tilbud av telenett eller teletjeneste.

PT har i sitt vedtak vurdert om det foreligger hensyn som tilsier at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. PT har kommet til at det er en klar overvekt av hensyn i retning av at NetCom har sterk markedsstilling. PT har for sin konklusjon lagt betydelig vekt på NetComs reelle mulighet for å utøve innflytelse på markedsvilkårene, og i denne forbindelse fremholdt at vedtaket om sterk markedsstilling vil være godt egnet til fremme teleregelverkets formål.

Samferdselsdepartementet er enig med PT i at det i særskilte tilfeller er grunnlag for å fravike terskelverdien på 25 %. Det vil si at en tilbyder ikke alltid har sterk markedsstilling dersom han har en markedsandel over 25 %, og motsatt at en tilbyder kan vurderes til å inneha sterk markedsstilling selv om han har en lavere markedsandel enn 25 %.

Dette kommer også til uttrykk telelovens forarbeider, der det i Ot.prp. nr. 31 (1997-1998) i tilknytning til § 2-1 heter at

"Departementet mener at det ikke i alle tilfeller vil være riktig å knytte sterk markedsstilling kun til en måling av markedsandel."

Hovedregelen må derfor ses i sammenheng med lovens formål: Aktørenes reelle markedsstilling må vurderes konkret i det enkelte tilfellet med utgangspunkt i telelovens § 2-1 annet ledd, og vurderingskriteriene som der angis.

I tillegg fremgår det av forarbeidene til loven i Ot.prp. nr. 31 (1997-98) at spørsmålet om sterk markedsstilling bl.a. må vurderes ut fra hvorvidt *"virksomheten bruker, eller har*

mulighet for å bruke markedsstillingen til å påvirke prisen i et marked. Det vil her være aktuelt å vurdere bl.a. rammebetingelser for virksomheten, offentlige reguleringer, markedsstruktur, markedsatferd og markedsresultat."

Merknaden går langt i retning av en tilnærming til tradisjonelle betraktninger om en virksomhets markedsrett idet sterk markedsstilling knyttes opp til prispåvirkning. I tillegg kommer vurderinger av markedet som virksomheten opererer i. Departementet vurderer disse merknadene som en ytterligere utdyping av kriteriet om tilbyderens innflytelse på markedsvilkårene.

Hovedhensynet bak PTs vedtak i medhold av teleloven § 2-1 annet ledd, er at NetCom gjennom sin markedsstilling og innflytelse på fastsettelsen av termineringsprisen er i stand til å sette en pris som er høyere enn det prisnivå som vil foreligge i et marked med virksom konkurranse.

Rettsvirkningen av et vedtak om sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet, er at NetCom underlegges plikt til å ha kostnadsorienterte priser for terminering i NetComs mobilnett.

4.4 Interesseavveiningen etter fvl § 42

Forvaltningslovens hovedregel er at vedtak ikke gis utsatt iverksettelse, jf fvl § 42. Sentralt i vurderingen av om utsatt iverksettelse likevel 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.

Innledningsvis kan det konstateres at for NetComs vedkommende vil iverksettelse av vedtaket før klagen er avgjort kunne innebære økonomiske konsekvenser i form av lavere inntekter i termineringsmarkedet. Vekten av dette vil avhenge av hvor raskt klagesaken blir avgjort. Spørsmålet i denne forbindelse er om vedtaket vil kunne gi irreversible skadevirkninger for NetCom.

Etter departementets syn er ulempene og kostnadene knyttet til tilbakeføring av midler i ettertid, dersom klager gis medhold, i utgangspunktet å anse som reversible. Dette standpunkt underbygges dersom en forutsetter at NetCom ikke har sterk markedsstilling. Da vil ikke selskapet kunne sette en for høy pris, og følgelig er det naturlig å legge til grunn at kostnadsorientering som følge av vedtaket ikke vil innebære noen betydelig prisreduksjon.

Før sin vurdering av om NetCom påføres en irreversibel skade dersom klagen fører frem, har departementet lagt vekt på at PT i vedtaket har gitt uttrykk for at det vil være nødvendig med en *gradvis innføring* av forpliktelsen.

NetCom har videre anført at vedtaket om sterk markedsstilling berører uavklarte prinsipielle sider ved NetComs rettslige stilling i telemarkedet. Departementet er på dette punkt enig med PT i at anvendelse av unntaksbestemmelsen i teleloven § 2-1 annet ledd, som ikke har vært anvendt til å fastslå sterk markedsstilling tidligere, ikke i seg selv er et tilstrekkelig argument for at utsatt iverksetting bør gis.

Det er usikkert om NetCom med sin anførsel har ment noe mer enn bare selve anvendelsen av unntaksbestemmelsen i § 2-1, men det fremstår for departementet (i likhet med PT) som uklart hva det eventuelt da siktes til. Et vedtak av den karakter som PT har truffet vil nødvendigvis endre NetComs regulatoriske stilling, men det er nettopp hensikten med hjemmelen i teleloven § 2-1 til å treffe vedtak om sterk markedsstilling.

Et viktig hensyn ved vurderingen av om utsatt iverksettelse bør gis, er de samfunnsmessige gevinster som vedtaket vil kunne gi. I denne forbindelse bør vurderingen etter departementets syn ta utgangspunkt i hvorvidt vedtaket:

- bidrar til virksom konkurranse i mobilmarkedet
- legger til rette for lavere priser for sluttbrukere
- sørger for effektiv bruk av samfunnets ressurser i telesektoren

Det er i samsvar med intensjonene bak telereguleringen, og et viktig virkemiddel i gjennomføringen av telelovens formål, å legge til rette for økt konkurranse i mobilmarkedet. Dersom det viser seg at NetComs termineringspris er for høy, vil en regulering av prisen kunne gi lavere priser til sluttbrukerne og sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser i telesektoren. Departementet er av den oppfatning at en gjennomføring av vedtaket vil bidra til økt konkurranse i samtrafikkmarkedet.

5 Konklusjon

Det kan konstateres at en nektelse av å imøtekomme anmodningen om utsatt iverksettelse vil skape ulemper og kostnader for NetCom, uten at dette isolert gir grunnlag for å innvilge eller avvise begjæringen.

Ulempene og kostnadene for NetCom avhjelpes imidlertid ved at det i vedtaket legges opp til en innfasing av forpliktelsen, jf punkt 4.4 over, og det er et moment som er vektlagt i departementets interesseavveining.

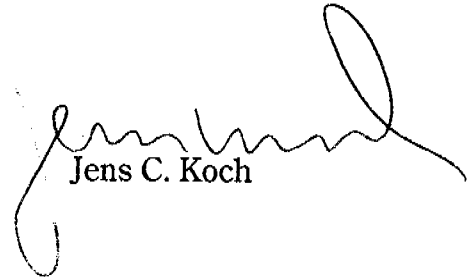
Samferdselsdepartementet legger avgjørende vekt på at hensynet til tredjeparter og de samfunnsmessige interesser taler for å iverksette vedtaket med virkning fra vedtakets dato. Departementet kan som utgangspunkt ikke se at vedtaket vil gi irreversible

virksomheter for Netcom. Da bør hovedregelen etter fvl § 42 få anvendelse, det vil si at vedtaket ikke gis utsatt iverksetting.

Samferdselsdepartementet finner etter en samlet avveining av hensynene at NetComs begjæring om utsatt iverksetting blir å avvise, jf fvl § 42.

Med hilsen


Eva Hildrum e.f.


Jens C. Koch

Kopi: NetCom as, postboks 4444 Nydalen, 0403 Oslo
TDC AS
Song Networks AS
Ventelo Norge AS