

TDC A/S
regulering@tdc.dk

9. juli 2020
Sag 2019-16856
/TBK

Fremsendes alene via e-mail

Afgørelse om LRAIC-prisafgørelserne for årene 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019

Indledning

Teleklagenævnet har den 6. december 2019 truffet afgørelse om at hjemvise Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. februar 2019 om fastsættelse af maksimale netadgangspriser efter LRAIC-metoden for 2019 – korrektion af engrospriser samt inflationsberegning (fastnet) – for så vidt angår spørgsmålet om fejls betydning for tidligere LRAIC-afgørelser – til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen.

Baggrunden for hjemvisningen skyldes, at Teleklagenævnet har vurderet, at Erhvervsstyrelsen ikke har haft tilstrækkeligt grundlag for skønsmæssigt at vurdere, om konsekvenserne af den konstaterede fejl i LRAIC-modellen har været så væsentlig, at den burde føre til genoptagelse af Erhvervsstyrelsens LRAIC-afgørelser for årene 2016, 2017, 2018 samt første kvartal af 2019.

Konkret har Teleklagenævnet bedt Erhvervsstyrelsen om at inddrage konkrete økonomiske beregninger af, hvilken økonomisk betydning den konstaterede fejl i LRAIC-modellen har haft for branchen i den relevante periode i væsentlighedsvurderingen.

Erhvervsstyrelsen sendte den 11. maj 2020 et udkast til afgørelse i nærværende sag i høring i branchen. Erhvervsstyrelsen har modtaget bemærkninger fra Kviknet, Telia, Telenor og TDC. Bemærkningerne har ikke givet anledning til ændringer, bortset fra en mindre tilpasning, for så vidt angår TDC's berettigede forventninger vedrørende opretholdelsen af LRAIC-afgørelsen for første kvartal 2019.

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen træffer følgende afgørelse¹:

¹ Erhvervsstyrelsen træffer løbende LRAIC-prisafgørelser med henvisning til forpligtelser pålagt i Erhvervsstyrelsens markedsafgørelser, jf. telelovens § 41, stk. 1, jf. henholdsvis stk. 2, nr. 1, jf. § 42, og stk. 2, nr. 5, jf. § 46. Nærværende afgørelse angår spørgsmålet om genoptagelse af LRAIC-afgørelserne for 2016-2018 og 1. kvartal 2019 og træffes i medfør af almindelige forvaltningsretlige regler.

ERHVERVSSTYRELSEN
Dahlerups Pakhus
Langelinie Allé 17
2100 København Ø

Tlf. 35 29 10 00
CVR-nr 10 15 08 17
E-post erst@erst.dk
www.erst.dk

ERHVERVS MINISTERIET

Erhvervsstyrelsen finder ikke grundlag for at genoptage LRAIC-afgørelserne for årene 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019, idet den konstaterede fejl i LRAIC-modellen, der ligger til grund for afgørelserne, ikke vurderes at være væsentlig.

Denne afgørelse erstatter den del af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. februar 2019, der angår spørgsmålet om genoptagelse af LRAIC-afgørelserne for 2016, 2017, 2018 og første kvartal 2019 som følge af den konstaterede fejl i den anvendte LRAIC-model. Erhvervsstyrelsens stillingtagen til spørgsmålet om genoptagelse fremgår ikke eksplicit af afgørelsen af 27. februar 2019, men derimod af et til afgørelsen hørende bilag i form af et høringsnotat.

Den resterende del af afgørelsen af 27. februar 2019 – herunder den årlige prisfastsættelse – har således ikke været genstand for fornyet behandling hos Erhvervsstyrelsen.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen har siden 2002 en gang om året fastsat maksimalpriser på en række af TDC's engrosprodukter efter LRAIC-metoden.

Den nuværende LRAIC-model er bygget på baggrund af en revision af LRAIC-modellen i årene 2012-2014 inklusive en udvidelse af modellen i 2017, der gav mulighed for geografisk differentiering. Modellen er udviklet i et samarbejde mellem styrelsen og det økonomiske konsulentfirma TERA Consultants.

Modellen blev anvendt ved Erhvervsstyrelsens LRAIC-afgørelser i 2015, 2016, 2017 og 2018, uden at dette gav anledning til bemærkninger fra branchen i relation til inflationsberegningen. Modellen har været offentligt tilgængelig i hele perioden i forbindelse med de branchehøringer, som Erhvervsstyrelsen årligt har foretaget og under udarbejdelsen af LRAIC-modellen er der også løbende foretaget en række høringer.

I forbindelse med, at Erhvervsstyrelsen skulle træffe LRAIC-prisafgørelser for 2019, sendte styrelsen den 6. og 10. september 2018 et udkast med tilhørende LRAIC-model i høring hos aktørerne i branchen med anmodning om bemærkninger inden den 27. september 2018.

Efter gennemgang af de indkomne høringssvar, traf Erhvervsstyrelsen den 23. november 2018 LRAIC-afgørelsen for 2019, der fandt anvendelse på en række engrosmarkeder på fastnetområdet, gældende fra den 1. januar 2019. Udkastet til afgørelse var forinden den 30. oktober 2018 blevet notificeret til EU-Kommissionen, der ikke havde bemærkninger til afgørelsen.

Erhvervsstyrelsen modtog den 29. november 2018 en telefonisk henvendelse fra Telenor vedrørende fejl i afgørelsen af 23. november 2018. Telenor oplyste i forbindelse med telefonsamtalen den 29. november, at man var blevet opmærksom på, at en række priser tilsyneladende steg hurtigere, end hvad der synes muligt at forklare ud fra en korrekt metodisk tilgang. Ifølge Telenors egne analyser skyldtes den for hastige prisstigning, at der i LRAIC-modellen var en

faktuel fejl, der medførte, at timelønnen for teknikere, akademikere og administration blev pålagt inflation tre gange årligt.

Som opfølgning herpå udarbejdede styrelsen et notat af 20. december 2018, hvoraf det fremgik, at styrelsen havde undersøgt modellen og fundet, at timelønnen for teknikere, akademikere og administration ganske rigtig blev pålagt tre gange inflation årligt. Styrelsen rettede derfor henvendelse til TERA Consultants, som foretog en korrektion af inflationsfejlen. Af notatet fremgik samtidig, at for engrospriser for rå kobber og rå fiber (uden for Dong-området) betød korrektionen af inflationsberegningen en ændring i prisen på henholdsvis 0,05 % og 0,01 %. For migreringspriser, samhusning og gebyrer, som er mere afhængige af lønomkostninger, betød korrektionen en reduktion med op til 18 % (gennemsnitligt 13,5 %). Styrelsen beskrev desuden i notatet, at den ekstra inflation var blevet pålagt lønomkostningerne årligt lige siden den første prisafgørelse i 2015, hvor den omstridte LRAIC-model var blevet anvendt første gang.

Som konsekvens heraf sendte styrelsen samme dag et korrigeret udkast til LRAIC-afgørelse for 2019 i ny høring hos branchen. Aktørerne i branchen blev bedt om at komme med bemærkninger inden høringsfristen den 17. januar 2019. Af fremsendelsesmailen i forbindelse med høringen fremgik, at styrelsen tilstræbte at træffe en endelig revideret prisafgørelse for 2019 hurtigst muligt efter branchehøring og notifikation til EU-Kommissionen. Konsekvensen heraf var, at prisafgørelsen truffet den 23. november 2018 dermed var gældende fra 1. januar 2019 og frem, til en revideret afgørelse kunne træde i kraft.

Den 21. december 2018 rettede Telenor henvendelse til Erhvervsstyrelsen med en anmodning om også at træffe nye afgørelser for 2016, 2017 og 2018 i lyset af den konstaterede fejl i LRAIC-modellen. Telenor angav i mailen, at Telenor i perioden 2016-2018 årligt havde betalt mellem kr. 1,5 og kr. 2 mio. for meget til TDC som følge af fejlen i LRAIC-modellen.

Erhvervsstyrelsen besvarede denne e-mail den 28. december 2018 og anførte, at Telenors bemærkninger ville blive inddraget i Erhvervsstyrelsens videre behandling af sagen.

Erhvervsstyrelsen modtog den 17. januar 2019 høringssvar fra Telenor, Telia og TDC.

Telenor anmodede i den forbindelse Erhvervsstyrelsen om snarest muligt at træffe nye korrekte LRAIC-afgørelser for årene 2016, 2017 og 2018, som også havde været påvirket af fejlen i LRAIC-modellen. Telenor anmodede samtidig om, at der blev truffet en ny afgørelse for perioden 1. januar 2019 og frem til ikrafttrædelsen af den nye korrigerede afgørelse for 2019.

Telia anførte i sit høringssvar, at de korrigerede engrospriser, der fremgik af Erhvervsstyrelsens afgørelsesudkast af 20. december 2019, skulle finde anvendelse allerede fra den 1. januar 2019.

Af TDC's hørings svar af 17. januar 2019 fremgik bl.a., at TDC konstaterede, at de relevante beregninger havde foreligget som offentlig tilgængelig information over en årrække, og på den baggrund fandt TDC det beklageligt, at en korrektion til prisafgørelsen nu skulle forceres og udsendes på et så sent tidspunkt i forhold til den aktuelle implementering af nye priser for 2019, som TDC allerede havde indrettet forretningen efter. TDC fremhævede ligeledes, at det reviderede prisudkast medførte, at langt de fleste priser blev ændret og dermed på ny skulle implementeres i TDC's systemer. Ydermere påpegede TDC, at fire accessoriske tjenester i prisafgørelsen var pålagt produktivetsforbedringer, på trods af at disse afregnes på timebasis som DKK pr. time. TDC mente, at disse tjenester, som opgøres per forbrugt tid, ikke kunne være genstand for produktivitetseffektivisering, da længden på en time altid er fastsat til 60 minutter.

På baggrund af TDC's hørings svar iværksatte Erhvervsstyrelsen endnu en kort høring den 25. januar 2019 med høringsfrist den 29. januar 2019. Styrelsen modtog hørings svar fra Telenor og Telia af 29. januar 2019. Samtidig anmodede Telia den 25. januar 2019 styrelsen om også at ændre LRAIC-afgørelserne for 2016, 2017 og 2018.

Erhvervsstyrelsen sammenfattede herefter de indkomne høringsbemærkningerne i et høringsnotat af 30. januar 2019. I notatet fremhævede Erhvervsstyrelsen, at LRAIC-prisafgørelserne fra 2016, 2017 og 2018 rent forvaltningsretligt måtte anses for at være gyldige. Dermed var afgørelserne hverken fastsat i strid med lovgivningen eller på anden måde ugyldige.

Derudover fremhævede styrelsen, at det var styrelsens vurdering, at, selv om der er tale om en fejl i prisafgørelserne, var spørgsmålet, hvor væsentlig denne fejl var, idet overprisen varierede fra område til område, og idet den i ubestemt udstrækning måtte anses for overvæltet i detailpriserne.

Ifølge Erhvervsstyrelsen var der flere tungtvejende forhold, der talte imod ugyldighed af LRAIC-afgørelserne for 2016, 2017 samt 2018, herunder i særdeleshed indrettelseshensynet i relation til TDC, der var adressat for afgørelserne, samt at branchen havde været inddraget i udarbejdelsen af LRAIC-modellen. Derudover lagde styrelsen vægt på, at den mere præcise økonomiske indvirkning, som fejlen i LRAIC-modellen havde medført, ikke nødvendigvis havde haft det omfang, som høringsparterne havde tilkendegivet, samt at fejlen havde påvirket branchen på en ensartet måde.

Erhvervsstyrelsen lagde også vægt på, at der i forbindelse med den årlige høring af afgørelsen om LRAIC-priser var vedlagt en offentlig version af LRAIC-modellen. Formålet med den åbne proces og løbende offentliggørelse af modellen samt inddragelse af branchen havde blandt andet haft til hensigt at sikre, at fejl blev fundet og rettet op på, allerede inden modellen blev anvendt til at sætte priser på markedet.

Samtidig, og med henvisning til de modtagne hørings svar, lagde Erhvervsstyrelsen altså til grund, at både TDC's engroskunder og TDC havde indrettet sig i

henhold til de respektive prisafgørelser, hvori Erhvervsstyrelsen havde udmøntet engrospriserne.

Efter ønske fra EU-Kommissionen blev den reviderede afgørelse den 30. januar 2019 notificeret til Kommissionen, da denne bl.a. indebar en opdatering af WACC-beregningen.

Erhvervsstyrelsen modtog den 25. februar 2019 Kommissionens høringsvar. Kommissionen havde ikke bemærkninger.

Den 27. februar 2019 fremsendte Erhvervsstyrelsen den endelige LRAIC-prisafgørelse for 2019, hvoraf bl.a. fremgik, at de justerede priser skulle anvendes fra 1. april 2019. Derudover fremsendte styrelsen samme dag et høringsnotat, hvori styrelsen tog stilling til, om fejlen i LRAIC-modellen fik betydning for 2016, 2017 og 2018-afgørelserne. Styrelsen fastholdt i det endelige høringsnotat af 27. februar 2019, at afgørelserne for 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019 blev opretholdt.

Den 28. februar 2019 indgav Telia og Telenor ved fælles klageskrift en klage til Teleklagenævnet over Erhvervsstyrelsens afgørelse om ikke at genoptage LRAIC-afgørelserne fra 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019. Telia og Telenor gentog i klagen de indsigelser, som de tidligere havde gjort gældende over for Erhvervsstyrelsen.

Telenor gentog i den forbindelse, at Telenors foreløbige opgørelse viste, at Telenor fra og med 2016 årligt havde betalt mellem kr. 1,5 og kr. 2 mio. for meget til TDC som følge af fejlen i inflationsberegningen. Dette betød samlet set, at Telenor havde betalt en overpris på mellem kr. 4,5 mio. og kr. 6. mio. i årene 2016-2018.

Telia vurderede ligeledes, at selskabet i samme periode havde betalt kr. 3 mio. for meget til TDC.

Samlet set estimerede Telia og Telenor, at branchen i alt havde betalt over kr. 15 mio. til TDC, hvilket dermed også – efter Telias og Telenors opfattelse – udgør det beløb, som det må forventes, at TDC er blevet uberettiget beriget med. Inflationsfejlen var dermed at anse for væsentlig ifølge Telia og Telenor. De to selskaber påpegede samtidig, at, eftersom bredbåndskonkurrence i Danmark er præget af en særdeles hård konkurrence, havde det ikke været muligt at overvælte meromkostningerne på detailpriserne.

Afslutningsvis gjorde Telia og Telenor gældende, at fejlen ikke havde påvirket branchen på en ensartet måde, men alene havde ført til en begunstigelse af TDC.

Teleklagenævnet traf den 6. december 2019 afgørelse om at hjemvise sagen til fornyet behandling hos Erhvervsstyrelsen, da nævnet vurderede, at Erhvervsstyrelsen ikke har haft tilstrækkeligt grundlag for skønsmæssigt at vurdere, om

konsekvenserne af den konstaterede fejl i LRAIC-modellen har været væsentlig.

Med henblik på at foretage en nærmere vurdering af de økonomiske konsekvenser af den konstaterede fejl i LRAIC-modellen for den samlede branchesendte Erhvervsstyrelsen i slutningen af 2019 en dataanmodning til TDC.

Erhvervsstyrelsen anmodede i den forbindelse TDC om at opgøre og fremsende en række oplysninger til Erhvervsstyrelsen, der er nødvendige for, at Erhvervsstyrelsen kan foretage konkret beregning af, hvilken økonomisk betydning den konstaterede fejl i LRAIC-modellen har haft for branchen i den relevante periode. Konkret bad Erhvervsstyrelsen om følgende oplysninger:

- Opgørelse af samlede eksterne omsætning i 2016 for hver enkelt tjeneste, undtaget de tjenester, som Erhvervsstyrelsen vurderede, ikke var relevante for beregningen af fejlens konsekvens.
- Opgørelse af samlede eksterne omsætning i 2017 for hver enkelt tjeneste, undtaget de tjenester, som Erhvervsstyrelsen vurderede, ikke var relevante for beregningen af fejlens konsekvens.
- Opgørelse af samlede eksterne omsætning i 2018 for hver enkelt tjeneste, undtaget de tjenester, som Erhvervsstyrelsen vurderede, ikke var relevante for beregningen af fejlens konsekvens.
- Opgørelse af samlede eksterne omsætning i første kvartal 2019 for hver enkelt tjeneste, undtaget de tjenester, som Erhvervsstyrelsen vurderede, ikke var relevante for beregningen af fejlens konsekvens.

Erhvervsstyrelsen modtog oplysningerne fra TDC den 4. februar 2020. TDC har i den forbindelse oplyst, at TDC har estimeret, at den samlede effekt på brancheomsætningen ligger på cirka kr. [§]. med udgangspunkt i den opgjorte omsætning i perioden 2016-2019. TDC skønner, at den samlede LRAIC-prissatte omsætning i den omhandlede periode udgør i omegnen af kr. [§].

TDC oplyste i den forbindelse ligeledes, at ved en eventuel genåbning af tidligere prisafgørelser med henblik på tilbagebetaling til operatørerne, vil identifikation af omsætning på operatørniveau tilføje yderligere kompleksitet for alle parter.

Den 19. marts 2020 har Erhvervsstyrelsen sendt en forespørgsel til TDC, idet Erhvervsstyrelsens beregning af den samlede effekt på brancheomsætningen var ca. kr. [§] mio. og dermed resulterede i en afvigelse på ca. kr. [§] mio. ift. TDC's opgørelse. Erhvervsstyrelsen bad i den forbindelse om at få klarlagt, hvor afvigelsen stammer fra.

Ved e-mail af 24. marts 2020 modtog Erhvervsstyrelsen yderligere input fra TDC. Den 26. marts 2020 sendte Erhvervsstyrelsen yderligere en henvendelse til TDC, hvoraf fremgår, at den samlede brancheeffekt efter Erhvervsstyrelsens beregninger kan opgøres til kr. 13,8 mio. Erhvervsstyrelsen bad TDC om at

fremsende bemærkninger, hvis TDC var uenige i forudsætningerne for Erhvervsstyrelsens beregning. Det har ikke været tilfældet.

Begrundelse

Det er overordnet Erhvervsstyrelsens opfattelse, at styrelsen ikke er forpligtet til at genoptage og ændre LRAIC-afgørelserne for 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019, selv om det i november 2019 er konstateret og i øvrigt ubestridt, at den LRAIC-model, der har været anvendt siden 2015, er behæftet med en fejl i relation til indregning af inflation.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at den konstaterede fejl ikke har en sådan karakter, at Erhvervsstyrelsens afgørelser fra 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019 må anses for ugyldige. Fejlen angår alene en mindre justering i den samlede LRAIC-model. Den pris, der har været fastsat i afgørelserne for 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019, ligger – uanset fejlen – inden for rammerne af det, der lovligt kan træffes afgørelse om i medfør af telelovens regler om SMP-regulering.

Da der hverken i teleloven eller regler udstedt i medfør heraf er særskilt hjemmel for Erhvervsstyrelsen til at genoptage LRAIC-afgørelserne, kan afgørelserne derfor kun genoptages, hvis dette er i overensstemmelse med de almindelige forvaltningsretlige regler om tilbagekaldelse.

Spørgsmålet om tilbagekaldelse af afgørelserne beror således på en samlet *konkret afvejning* af en række momenter, herunder den konkrete tilbagekaldelsesårsag, tilbagekaldelsens virkning for parten (TDC) og partens forhold i øvrigt samt den oprindelige afgørelses karakter, jf. Niels Fenger, Forvaltningsret, 1. udgave (2018), side 1091.

Det skal i den forbindelse også bemærkes, at selv om Telia og Telenor i denne sammenhæng ikke er egentlige parter i relation til de trufne afgørelser jf. således Højesterets afgørelse af 6. februar 2019 i sag BS-14365/2018-HJR (1. afd.) og der derfor ikke i snæver forstand foreligger et egentligt partsforhold, kan adressatens interesser selvsagt i større eller mindre omfang stå i modsætning til andres interesser.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at der på baggrund af en samlet afvejning af de foreliggende omstændigheder ikke er tilstrækkeligt grundlag for at tilbagekalde ovenstående afgørelser. Erhvervsstyrelsen har i den forbindelse lagt vægt på følgende:

For det første har Erhvervsstyrelsen vurderet, at den konkrete interesse, som Telia og Telenor påberåber sig som grundlag for tilbagekaldelsen af LRAIC-afgørelserne fra 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019, alene er et rent økonomisk hensyn. Et sådan hensyn udgør som det klare udgangspunkt ikke en stærk tilbagekaldelsesgrund, jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige emner, 6. udg. (2016), side 528.

Det skal bemærkes, at vurderingen af, hvorvidt der er tale om en stærk tilbagekaldelsesgrund ikke ændres af, at Telia og Telenors konkrete økonomiske interesse i, at LRAIC-afgørelserne fra 2016 til første kvartal 2019 genoptages, skyldes, at den sektorspecifikke konkurrenceregulering i sin natur vedrører økonomiske forhold.

For det andet, er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at der er et betydeligt hensyn at tage til TDC, der som adressat for de årlige LRAIC-afgørelser har indrettet sig og disponeret i tillid til afgørelserne, der for så vidt angår LRAIC-afgørelserne fra 2016-2018 i dag er op til 5 år gamle.

Det følger af de forvaltningsretlige principper, at adressatens berettigede forventning har forholdsvis stor vægt ved vurderingen af, om en afgørelse skal tilbagekaldes. En tilbagekaldelse af afgørelserne vil navnlig i relation til 2016-2018 LRAIC-afgørelserne udgøre et relativt intensivt indgreb over for TDC, der i en årrække har indrettet sig på de trufne afgørelser. Erhvervsstyrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at tilbagekaldelsen vil skulle ske med tilbagevirkende kraft, og at TDC's berettigede forventninger her står stærkt, da tilbagekaldelse med tilbagevirkende kraft normalt vil være ganske byrdefuldt.

I relation til tilbagekaldelse af afgørelsen for så vidt angår første kvartal af 2019, finder Erhvervsstyrelsen også, at hensynet til TDC fører til, at heller ikke denne afgørelse skal tilbagekaldes.

Erhvervsstyrelsen har i relation hertil lagt vægt på, at der er betydelige praktiske konsekvenser for TDC forbundet med at implementere en ny prisafgørelse.

Derudover har TDC allerede indrettet forretningen efter den LRAIC-afgørelse, der er truffet med virkning for første kvartal 2019.

Det bemærkes særligt, at Erhvervsstyrelsen ikke med beslutningen i december 2018 om, at afgørelsen af 23. november 2018 skulle finde anvendelse frem til 1. april 2019, havde mulighed for at "korrigere" fejlen med virkning fra 1. januar 2019.

Det skyldes, at Erhvervsstyrelsen er forpligtet til at foretage høring og notifikation, forinden en prisafgørelse kan træde i kraft. Styrelsen har ikke inden høringen var afsluttet kunne fastsætte priserne endeligt, idet dette ville have gjort høringen indholdsløs.

Erhvervsstyrelsen orienterede i mail af 20. december 2018 om, at "styrelsen træffer endelig revideret prisafgørelse for 2019 hurtigst muligt efter branchehøring og notifikation til EU-Kommissionen". Kommissionen anmodede den 7. januar 2019 Erhvervsstyrelsen om at notificere den nye prisafgørelse, hvilket styrelsen gjorde den 30. januar 2019. Den 25. februar 2019 svarede Kommissionen, at de ikke havde nogle bemærkninger til den nye afgørelse. Styrelsens nye prisafgørelse er truffet den 27. februar 2019, dvs. to dage efter Kommissionens svar.

Dertil kommer, at Erhvervsstyrelsen, som det fremgår af høringsnotatet af 30. januar 2019, i forbindelse med de årlige prisafgørelser til implementering 1. januar hvert år sædvanligvis af hensyn til de praktiske konsekvenser giver TDC ca. en måned fra endelig afgørelse til, at de nye priser skal være implementeret.

Det vil dermed ikke være proportionalt at tilbagekalde afgørelserne – hverken for så vidt angår årene 2016-2018 eller for første kvartal 2019 – i lyset af, at der ikke foreligger en stærk tilbagekaldelsesgrund.

Derudover har Erhvervsstyrelsen lagt vægt på, at TDC ikke har været bekendt med, at afgørelsen har været fejlbehæftet, ligesom fejlen ikke skyldes oplysninger, der er afgivet af TDC, men derimod en formelfejl i selve LRAIC-modellen.

Da baggrundsmaterialet knyttet til LRAIC-modellen har været offentligt tilgængeligt via Erhvervsstyrelsens høringer i forbindelse med de årlige LRAIC-afgørelser, har alle interessenter således haft mulighed for at opdage den eksisterende fejl.

Det ændrer heller ikke på ovenstående vurdering, at konstateringen af fejlen i LRAIC-modellen kan anses for værende en ny oplysning i sagen. Det følger af fast praksis fra ombudsmanden, at nye oplysninger ikke i sig selv er tilstrækkelig til at tilbagekalde en begunstigende forvaltningsakt, idet der under alle omstændigheder skal foretages en vurdering af, om hensynet til adressatens berettede forventninger taler imod tilbagekaldelse, jf. således FOB.1983.221, der illustrerer de generelle kriterier, der gælder for forvaltningsretlig tilbagekaldelse.

Dermed er TDC efter Erhvervsstyrelsens vurdering ikke nærmest til at bære risikoen for den opståede fejl.

For det tredje har Erhvervsstyrelsen i foråret 2020 foretaget en beregning af, hvilke økonomiske konsekvenser fejlen i inflationseffekten konkret har haft for branchen og TDC.

Erhvervsstyrelsens beregning viser, at fejlen alene har haft en maksimal samlet effekt på ca. kr. 13,8 mio. for alle årene for hele branchen.

Dette stemmer dermed overens med, at Telia og Telenor i forbindelse med klagen til Teleklagenævnet af 28. februar 2019 har oplyst, at de har opgjort egne meromkostninger til over kr. 8 mio. og anslår, at branchen samlet har betalt over kr. 15 mio. for meget til TDC.

TDC har desuden oplyst, at den samlede LRAIC-prissatte omsætning i den omhandlede periode skønsmæssigt udgør i omegnen af kr. [X]. Inflationsfejlen har derfor udgjort mindre end [X] af den samlede omsætning og vurderes derfor kun at have haft en marginal påvirkning af branchen.

De økonomiske konsekvenser af fejlen er dermed så beskedne, at det taler for, at der ikke skal ske tilbagekaldelse.

For en ordens skyld skal det bemærkes, at påvirkningen af branchen efter Erhvervsstyrelsens opfattelse må antages at være endnu lavere, hvilket navnlig skyldes, at TDC internt skal afregne til de regulerede engrospriser i medfør af markedsafgørelserne. I relation til prissætning over for slutkunder har TDC og den øvrige branche således skulle indrette sig på samme engrosomkostninger. Dertil kommer, at aktørerne i et vist omfang må antages at kunne have overvæltet meromkostninger i form af højere engrospriser på detailkunderne.

I den forbindelse har det betydning, at TDC i selskabets detailprissætning er underlagt Erhvervsstyrelsens prisklemmetilsyn. Prisklemmetilsynet har til hensigt at sikre TDC's konkurrenter en margin på detailmarkedet for de bredbåndsprodukter, der har størst betydning for konkurrencen. Prisklemmetilsynet baserer sig blandt andet på de væsentligste LRAIC-engrospriser for at udbyde bredbåndsprodukter på detailmarkedet. Stiger den beregnede LRAIC-omkostning på de relevante engrosinput for prisklemmetilsynet, stiger den detailpris, som TDC mindst skal tage i detailmarkedet for ikke at iværksætte prisklemmer. Prisklemmetilsynet understøtter således højere priser på detailmarkedet, når engrospriserne stiger. Det er derfor Erhvervsstyrelsens formodning, at forskellen i engrosprisen i de to scenarier (med og uden korrektion af inflation i modellen) i al fald i et vist omfang er dækket af højere detailpriser.

Erhvervsstyrelsen fremhæver endelig, at den konstaterede fejl - uanset om overvæltning i detailpriserne har fundet sted - ikke nødvendigvis har ført til, at engrospriserne er fastsat betydeligt over TDC's faktiske omkostninger med tillæg af en rimelig fortjeneste, og at TDC dermed skulle have opnået en betydelig berigelse.

Det skal således bemærkes, at LRAIC-prisfastsættelsesmodellen i medfør af priskontrolbekendtgørelsens § 3 tager udgangspunkt i, hvad de fremadrettede omkostninger burde være i et optimalt drevet net og selskab baseret på en moderne, effektiv teknologi. Der er med andre ord tale om en teoretisk model, hvor den maksimale pris fastsættes med udgangspunkt i de skønsmæssigt fastsatte omkostninger for en hypotetisk effektiv udbyder og ikke i TDC's faktiske omkostninger. Det er således heller ikke sikkert, at priserne – uanset inflationsfejlen – nødvendigvis overstiger TDC's faktiske omkostninger, hvorfor TDC heller ikke nødvendigvis har haft en berigelse af den størrelse, der er illustreret ovenfor.

Klagevejledning

Erhvervsstyrelsens afgørelse kan påklages til Teleklagenævnet, Nævnenes Hus, Toldboden 2, 8800 Viborg, tlf.: 72405600, e-mail: tkn@naevneneshus.dk.

En klage skal være Teleklagenævnet i hænde senest fire uger efter, at Erhvervsstyrelsen har truffet afgørelse i sagen.

Opmærksomheden henledes på, at der i medfør af § 3, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 383 af 21. april 2011 om Teleklagenævnets virksomhed skal betales et gebyr på kr. 4.000 for behandling af klager af denne type i Teleklagenævnet.

Beløbet vil blive opkrævet af Teleklagenævnets sekretariat.

Med venlig hilsen

Thorbjørn Bendix Kleif

Bilag 1 - retsgrundlag

Hverken teleloven eller regler udstedt i medfør heraf indeholder særskilt hjemmel for Erhvervsstyrelsen til at genoptage LRAIC-afgørelserne og træffe nye afgørelser. Dette spørgsmål skal således afgøres efter almindelige forvaltningsretlige regler.

Det antages normalt, at en sag kan genoptages, hvis der er anledning til at formode, at afgørelsen kan omgøres, jf. Niels Fenger, Forvaltningsret, 1. udg. (2018), side 378. Genoptagelsesadgangen skal ses i sammenhæng med reglerne om forvaltningens adgang til at tilbagekalde og ændre forvaltningsafgørelser.

Det er den klare hovedregel, at en afgørelse, som adressaten ønsker at fastholde – typisk en begunstigende forvaltningsakt – ikke uden videre kan tilbagekaldes. Betingelserne for tilbagekaldelse er i dette tilfælde som udgangspunkt forholdsvis strenge.

En forvaltningsmyndighed har efter almindelige forvaltningsretlige principper ret til i visse tilfælde at tilbagekalde og ændre sine gyldige afgørelser. Disse principper tager udgangspunkt i en helhedsvurdering, hvor kernen består i en afvejning mellem på den ene side det offentliges interesser i at ophæve den udstedte forvaltningsakt og på den anden side adressatens berettigede forventninger om at opretholde afgørelsen, jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige Emner, 6. udg. (2016), side 525.

Hvad angår det offentliges interesser sondres mellem stærke tilbagekaldelsesgrunde, som f.eks. hensynet til menneskers liv eller sundhed, og svage tilbagekaldelsesgrunde, som f.eks. hensynet til det offentliges økonomi eller administrativ konvens. Derimellem findes en mellemkategori af hensyn, f.eks. hensynet til andres økonomiske interesser end adressatens. Denne type hensyn vil i nogle tilfælde, men dog sjældnere end ved de tungtvejende tilbagekaldelsesgrunde, kunne begrunde tilbagekaldelse, jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige emner, 6. udg. (2016), side 528.

Kravet til tilbagekaldelsesgrundenes vægt afhænger navnlig af, hvor indgribende en tilbagekaldelse vil være for adressaten. Tilbagekaldelseslæren udtrykker således et proportionalitetsprincip. Det indebærer, at jo mere indgribende tilbagekaldelsen er i borgernes forhold, jo mere tungtvejende må begrundelsen for tilbagekaldelsen være, jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige Emner, 6. udg. (2016), side 530.

Beskyttelsen af berettigede forventninger er begrundet i et indrettelseshensyn. Adressaten bør kunne indrette sig i tillid til de afgørelser, som myndigheden træffer. Dette gør sig især gældende, hvis der er forløbet længere tid, siden afgørelsen blev truffet, ligesom det har betydning, om den pågældende har været i god eller ond tro (Højesterets dom trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 1887, side 640 ff.). Der forekommer en del situationer, hvor borgeren ikke kan have berettigede forventninger om, at en afgørelse står ved magt, hvis forholdene ændrer sig, ligesom borgeren kan have overtrådt vilkårene for et tilskud under sådanne omstændigheder, at vedkommende ikke længere kan have en berettiget

forventning om at kunne beholde tilskuddet, jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige Emner, 6. udg. (2016), side 526.

Ved vurderingen af adressatens berettigede forventninger lægges der normalt vægt på, at jo mere begrænset og detaljeret en tilladelse er, jo mere må adressaten kunne indrette sig i tillid til, at tilbagekaldelse ikke sker. Har tilladelsen omvendt et bredt indhold, og har den virkninger i en årrække, må adressaten i højere grad være indstillet på, at såvel retlige som faktiske omstændigheder kan ændre sig således, at der opstår grunde for tilbagekaldelse, jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige Emner, 6. udg. (2016), side 538.

Derudover er det en betingelse, at der er proportionalitet mellem tilbagekaldelsesindgrebets intensitet og begrundelsen for tilbagekaldelsen. Med andre ord gælder det, at jo mere intensivt indgrebet, desto stærkere tilbagekaldelsesgrundlag må der kræves. Intensiteten kan bl.a. vurderes på baggrund af dets relative betydning for parten ud fra en almen (f.eks. økonomisk) målestok, dels på baggrund af partens realistiske muligheder for at kunne nå at indrette sig på den nye situation, der skabes ved tilbagekaldelsen, jf. Niels Fenger, Forvaltningsret, 1. udg. (2018), side 1099.

Det kan derudover tillægges betydning, hvorvidt tilbagekaldelsen sker på baggrund af nye oplysninger, der ikke forelå på tidspunktet, hvor afgørelsen blev truffet. Således kan nye oplysninger indebære, at væsentlige forudsætninger for afgørelsen er bristet, jf. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige Emner, 6. udg. (2016), side 532.

Nye oplysninger er dog ikke i sig selv tilstrækkeligt til at tilbagekalde en begunstigende forvaltningsakt, hvis hensynet til adressatens berettigede forventninger taler imod tilbagekaldelse, jf. side 533 og FOB 2000.520. I den forbindelse er et væsentligt element, om det kan bebrejdes adressaten, at den oprindelige afgørelse baserede sig på forkerte oplysninger. Hvis det er adressaten, der har givet de urigtige oplysninger eller i øvrigt er i ond tro med hensyn til en vildfarelse hos myndigheden, er hensynet til adressatens berettigede forventninger normalt mindre, jf. Hans Gammeltoft Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udg. 2003, side 950, og Niels Fenger, Forvaltningsret, 1. udg. (2018), side 1102.

I U.1976.925/2H fandt Højesteret således, at myndigheden kunne ændre en afgørelse, fordi den var truffet på ufuldstændige og urigtige oplysninger, som delvist var meddelt af adressaten for afgørelsen.

Hvis der omvendt er tale om en tilbagekaldelsesgrund, der har eksisteret forud for den oprindelige afgørelse, vil det følge af officialprincippet, at risikoen for, at en oprindelig tilbagekaldelsesgrund ikke er indgået i den oprindelige afgørelse, påhviler myndigheden, der burde have taget den i betragtning ved den oprindelige afgørelse, jf. Niels Fenger, Forvaltningsret, 1. udg. (2018), side 1100.

I FOB 1983.221 fandt ombudsmanden, at en forvaltningsmyndighed ikke kunne tilbagekalde en begunstigende afgørelse blot med henvisning til, at afgørelsen var truffet på et urigtigt faktisk grundlag. Ombudsmanden udtalte, at det påhvilede vedkommende myndighed at drage omsorg for at tilvejebringe de fornødne oplysninger til at træffe afgørelse, og at det ikke kunne bebrejdes adressaten:

"Hvis det senere viser sig, at de faktiske forudsætninger, hvorpå den trufne afgørelse byggede, var urigtige, men ansøgeren ikke har været skyld i eller i øvrigt har forårsaget myndighedens vildfarelse, må risikoen for det passerede derfor som regel placeres hos det offentlige, (...)". (Erhvervsstyrelsens understregning)

Det kan således have betydning for vurderingen af adressatens berettigede forventninger, hvem der er nærmest til at bære risikoen for, at der opstod en tilbagekaldelsesgrund, ligesom mere objektive prægede forhold også kan tillægges betydning, jf. desuden FOB 2000.520.

Derudover kan det tillægges betydning, om der er tale om en partstvist, da det i almindelighed antages, at der er en videregående adgang til tilbagekaldelse af afgørelser i sager, hvor adressatens interesser står i modsætning til andres interesser. Det skyldes, at en tilbagekaldelse til ugunst for den ene part vil være til gunst for den anden part.

Det er dog ikke alle situationer, hvor andres interesser i en afgørelse kan berettigede en videregående adgang til tilbagekaldelse. Således er det ikke i alle tilfælde, at der i snæver forstand foreligger et partsforhold, men snarere et partslignende forhold. Sådanne tilfælde må som udgangspunkt bedømmes som en normal tilbagekaldelsessituation, idet der formelt set kun er én adressat, jf. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, side 487 og 491, og Jens Garde m.fl., Forvaltningsret – Almindelige Emner, 6. udg. (2016), side 537.

Ikke desto mindre må det indgå i vurderingen, at hensynet til adressatens berettigede forventninger og interesse i stabilitet i større eller mindre omfang står over for andre private interesser, jf. FOB 2000.520. Endelig skal det i afvejningen tillægges betydning, om der er tale om en tilbagekaldelse med tilbagevirkende kraft eller med virkning for fremtidige forhold, idet adgangen til at tilbagekalde forvaltningsakter med virkning for fremtidige forhold er videre, end hvis tilbagekaldelsen tillægges tilbagevirkende kraft og dermed også angår forhold tilbage i tid. Det skyldes, at adressatens berettigede forventninger her står stærkt, og at tilbagekaldelse med tilbagevirkende kraft normalt er meget byrdefuldt.