

10. august 2022
Sag 2021-12863
/TBK

TDC NET A/S
regulering@tdc.dk

Fremsendes alene via e-mail

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

ERHVERVSMINISTERIET

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

Indledning

Teleklagenævnet har den 12. marts 2021 truffet afgørelse om at hjemvise Erhvervsstyrelsens afgørelse af 9. juli 2020 om LRAIC-prisafgørelserne for årene 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019 til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen.

Baggrunden for hjemvisningen skyldes, at Teleklagenævnet har vurderet, at Erhvervsstyrelsen ikke har haft tilstrækkeligt belæg for at vurdere om konsekvenserne af den konstaterede modelfejl har været så væsentlige for de enkelte operatører, at de ikke burde føre til en ændring af LRAIC-afgørelserne for årene 2016, 2017, 2018 samt første kvartal af 2019.

Teleklagenævnet har vurderet, at Erhvervsstyrelsen, for på et tilstrækkeligt oplyst grundlag at kunne foretage en vurdering af væsentligheden af den konstaterede LRAIC-modelfejl for branchen, må være i besiddelse af yderligere oplysninger, herunder om, hvilke operatører der er påvirkede af den konstaterede modelfejl, og i hvilket omfang modelfejlen har påvirket den enkelte operatør økonomisk. Nævnet har således henstillet, at Erhvervsstyrelsen i sin behandling af sagen i videst muligt omfang indhenter oplysninger om de pågældende operatørers merbetalinger i den relevante periode.

Samtidig har Teleklagenævnet bedt Erhvervsstyrelsen om at indhente oplysninger om og redegøre for processen i forbindelse med et tilbagebetalingskrav, herunder hvilke tekniske eller praktiske problemer, der måtte være forbundet med en evt. tilbagebetaling til hver enkelt operatør.

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen træffer følgende afgørelse¹:

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 kunne medføre, at afgørelserne kan tilbagekaldes eller er ugyldige.

Denne afgørelse erstatter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 9. juli 2020, 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.

Denne afgørelse påvirker ikke Erhvervsstyrelsens afgørelser om årlig prisfastsættelse, der 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 NETs (herefter "TDC") engrosprodukter efter LRAIC-metoden.

Den LRAIC-model, der blev anvendt på prisafgørelserne fra 2016 til og med 1. kvartal 2019, 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

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.

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 faktisk 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 høringssvar 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 høringssvar iværksatte Erhvervsstyrelsen endnu en kort høring den 25. januar 2019 med høringsfrist den 29. januar 2019. Styrelsen modtog høringssvar 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 høringsbemærkninger 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 høringssvar, 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.

På baggrund af dialog med 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 høringssvar. 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 branche sendte 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 sendte Erhvervsstyrelsen en forespørgsel til TDC, idet Erhvervsstyrelsens beregning af den samlede effekt på brancheomsætningen var ca. kr. [⌘] og dermed resulterede i en afvigelse på ca. kr. [⌘] 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.

Den 9. juli 2020 traf Erhvervsstyrelsen igen afgørelse i sagen om, at der ikke var 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 blev vurderet til at være væsentlig.

Afgørelsen blev herefter indbragt af Telenor og Telia for Teleklagenævnet.

Den 12. marts 2021 traf Teleklagenævnet afgørelse om igen at hjemvise sagen til fornyet behandling hos Erhvervsstyrelsen, da nævnet vurderede, at Erhvervsstyrelsen ikke har haft tilstrækkeligt grundlag for skønsomt at vurdere, om konsekvenserne af den konstaterede fejl i LRAIC-modellen har været væsentlige på operatørniveau.

Konkret har Teleklagenævnet vurderet, at Erhvervsstyrelsen, for på et tilstrækkeligt oplyst grundlag at kunne foretage en vurdering af væsentligheden af den konstaterede LRAIC-modelfejl for branchen, må være i besiddelse af yderligere oplysninger, herunder om, hvilke operatører der er påvirkede af den konstaterede modelfejl, og i hvilket omfang modelfejlen har påvirket den enkelte operatør økonomisk. Nævnet har således henstillet, at Erhvervsstyrelsen i sin behandling af sagen i videst muligt omfang indhenter oplysninger om de pågældende operatørers merbetalinger i den relevante periode.

Med henblik på at foretage en nærmere beregning og vurdering af de økonomiske konsekvenser af den konstaterede fejl i LRAIC-modellen på operatørniveau, sendte Erhvervsstyrelsen den 21. april 2021 en dataanmodning til TDC. Erhvervsstyrelsen anmodede i den forbindelse TDC om at fordele omsætningen for årene 2016 t.o.m. første kvartal 2019 ud i forhold til TDC's afsætning til TDC's eksterne engroskunder. Derudover blev TDC – med henvisning til Teleklagenævnets afgørelse – anmodet om at redegøre for processen i forbindelse med en eventuel tilbagebetaling og i den forbindelse belyse, hvilke tekniske og/eller praktiske problemer der måtte være forbundet med at gennemføre en eventuel tilbagebetaling til hver enkelt operatør.

TDC sendte den 25. juni 2021 selskabets svar herpå. Af de modtagne data fra TDC fremgår det, at TDC i den omhandlede periode (2016-2019) har haft i omegnen af ca. [] engroskunder. [] % af TDC's samlede brancheomsætning relateret til inflationsfejlen kan imidlertid henføres til Telia og Telenor. Inkluderer selskabet Hiper A/S, der efterfølgende er blevet opkøbt af TDC, vedrører [] % af brancheomsætningen for så vidt angår inflationsfejlen disse tre selskaber.

Af de fremsendte data fremgår også oplysninger om, hvor stor merbetalingen har været for de enkelte operatører fra 2016 til og med 1. kvartal 2019.

TDC har i den forbindelse bemærket, at TDC ikke mener, at det er korrekt at lade væsentlighedsvurderingen af den opståede fejl bero alene på de enkelte operatørers merbetaling.

Tværtimod er det TDC's opfattelse, at vurderingen af væsentligheden og den økonomiske påvirkning forudsætter, at vurderingen af inflationsfejls betydning sker ud fra den enkelte operatørs samlede omkostninger ved at producere bredbåndprodukter. Størrelsen af de beløb, som inflationsfejlen har kostet hver enkelt operatør, kan dermed ikke ses isoleret.

TDC har samtidig bemærket, at væsentlighedsvurderingen også bør foretages i lyset af de forskellige operatørers samlede indkøb af engrosydelser hos TDC i løbet af et enkelt år.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvilke praktiske og tekniske problemer der er forbundet med at etablere en tilbagebetalingsproces, har TDC oplyst over for Erhvervsstyrelsen, at som udgangspunkt ser fire overordnede udfordringer forbundet med at effektuere en tilbagebetaling i praksis. Disse fire udfordringer indebærer, at det overordnet set vil være forbundet med betydelige praktiske udfordringer at foretage en tilbagebetaling til hver enkelt berørt operatør.

TDC har i den forbindelse for det første oplyst, at TDC's faktureringsystem i høj grad er elektronisk baseret og som udgangspunkt er opsat til at håndtere jævnlige tilbagebetalinger. Når der sker en tilbagebetaling, er der dog typisk tale om tilbagebetaling af enkelte ydelser til enkelte operatører. Hvis Erhvervsstyrelsen skulle træffe afgørelse om at ændre LRAIC prisafgørelserne for 2016, 2017, 2018 og første kvartal 2019 for ydelser, der er påvirket af inflationsfejlen, vil dette ifølge TDC pålægge selskabet en omfattende opgave, selv om TDC kan anvende en faktureringsproces, der i høj grad (men ikke fuldt ud) er elektronisk baseret. Som eksempel nævner TDC, at der for f.eks. år 2016 samlet set er omkring [X] operatører, som hver benytter en større eller mindre mængde af de over 100 ydelser, der vil ændre pris ved en ændring af prisafgørelserne fra 2016 indtil første kvartal 2019. Tilsvarende scenarie vil gøre sig gældende for de resterende år.

TDC henviser i den forbindelse til, at det navnlig er antallet af berørte ydelser og operatører, der vil medføre stor belastning af TDC's ressourcer i forbindelse med en eventuel tilbagebetaling og dermed ikke størrelsen af den enkelte tilbagebetaling. Inflationsfejlen påvirker mange ydelser, men har kun en lille prisenfekt på langt de fleste ydelser. Selv om fejlen kun fører til mindre beløb til tilbagebetaling, vil processen for tilbagebetaling være den samme for alle ydelser og operatører.

Derudover har TDC for det andet påpeget, at tilbagebetalingen forudsætter, at operatørernes brug af ydelser og relaterede betalinger er klart afgrænset tilbage i tid og at de entydigt vedrører de regulerede bredbåndsmarkeder, som er

reguleret af LRAIC-prissætningen. Da der også faktureres for en række ydelser, der falder uden for de regulerede markeder, f.eks. ”Forgæves Kundebesøg”, ”Manuelt behandlet ordre” og ”Opsætning af KAP”, der ligeledes benyttes for produkter der ikke er LRAIC-reguleret, vil dette besværliggøre en eventuel tilbagebetaling, da det således ikke er hele operatørens omsætning på disse ydelser (men alene den andel, der er LRAIC-prisreguleret), som skal korrigeres, og hvor differencen skal tilbagebetales.

I TDC's finansielle systemer, som vil skulle bruges til en eventuel tilbagebetaling, fremgår det ikke, om et specifikt køb af en ydelse har været udløst af et reguleret produkt eller ikke-reguleret produkt. For at afklare ydelsens relation til det initierende produkt er det derfor, ifølge TDC, nødvendigt at tjekke de enkelte fakturaer manuelt tilbage i tid, for at udrede relationen, hvilket vil være ressourcekrævende.

I forbindelse med en tilbagebetaling forudser TDC ligeledes at skulle bruge en del ressourcer på at håndtere drøftelser med de enkelte operatører, der måtte vise sig ikke at være enige i enten tilbagebetalingens størrelse eller antallet af købte ydelser, som TDC har opgjort mhp. tilbagebetaling.

Ved en eventuel tilbagebetaling vil der for det fjerde, ifølge TDC, være en udfordring i relation til de operatører, der ikke længere har et aftaleforhold til TDC og dermed tilkøbet et elektronisk faktureringssystem, hvorigennem tilbagebetalinger foretages. Her vil der for hver af de operatører pågå et manuelt arbejde med at udrede hvilket firma (eller bo), der skal modtage tilbagebetalingen. Derefter vil der skulle foretages manuelle tilbagebetalinger.

Erhvervsstyrelsen har den 21. januar 2022 igen rettet henvendelse til TDC og bedt TDC konkretisere, hvor store udfordringer en tilbagebetaling vil have i praksis.

TDC har den 1. februar 2022 besvaret denne henvendelse og i den forbindelse oplyst, [§].

TDC har endvidere vurderet, at der til håndteringen af de fire udfordringer, der er beskrevet ovenfor, samlet set skal bruges [§]

Samtidig bemærker TDC, at selskabet allerede har anvendt [§] i forbindelse med opgørelse af omsætning på produktniveau og senere i processen på operatørniveau. Dette er sket på anmodning af Erhvervsstyrelsen, men TDC oplyser, at en stor del af dette arbejde ligeledes ville skulle gøres som forberedelse til og for at skabe overblik i forbindelse med en eventuel tilbagebetaling. TDC mener derfor, at dette tidsforbrug bør indgå i vurderingen af, hvor store omkostninger der vil være forbundet med en tilbagebetaling. TDC vurderer, at [§]

Medregnes disse, ser tidsforbruget således ud: [§]

TDC beregner totalomkostningen ud fra [§].

Den rene omkostningsmæssige side udgør dermed en forventet udgift på [X]. TDC gør dog opmærksom på, at ressourceforbruget er usikkert, og yderligere komplikationer kan forekomme, hvis tilbagebetalingen effektueres i praksis.

På baggrund af de indhentede oplysninger fra TDC og med henblik på at kunne foretage en nærmere beregning og vurdering af de økonomiske konsekvenser på operatørniveau, sendte Erhvervsstyrelsen den 27. august 2021 dataanmodninger til både Telenor og Telia, der tilsammen står for [X] % af TDC's samlede brancheomsætning relateret til inflationsfejlen.

Erhvervsstyrelsen oplyste i den forbindelse Telia og Telenor om, at styrelsen som opfølgning på Teleklagenævnets afgørelse ville belyse i "*hvilket omfang modelfejlen har påvirket den enkelte operatør økonomisk*". Erhvervsstyrelsen anmodede Telenor og Telia om for 2016, 2017, 2018 og 1. kvartal 2019 at opføre omkostninger samt detailomsætning for Telenor/Telias udbud af bredbåndsforbindelser. Oplysningerne skulle dermed danne en økonomisk referenceramme for, hvordan modelfejlen har påvirket Telenor/Telia.

Erhvervsstyrelsen modtog den 28. september 2021 oplysninger fra Telenor. Telenor fremsendte i den forbindelse oplysninger om omkostninger og omsætning for bredbåndsforretningen (DSL) i årene 2016-2019. Telenor bemærkede i den forbindelse, at eftersom der var tale om et særdeles tungt arbejde, der krævede adgang til flere systemer, har Telenor valgt at fokusere på det seneste hele år i perioden, som sagen angår, dvs. 2018.

Telenors tal for 2018 er således baseret på faktiske EDI-filer (fakturaer) og andre omkostninger mv. for den pågældende periode. Der er endvidere tale om den faktiske detailomsætning for 2018. Med udgangspunkt i kundetallene for 2016 og 2017, har Telenor derudover ved en simpel beregning fundet et beløb for hhv. engrosomkostninger, øvrige omkostninger og omsætning, som Telenor vurderer, bør ligge tæt på de faktiske niveauer, idet der for årene 2016, 2017 og 2019, ifølge Telenor, alene må antages at have været mindre forskydninger i henholdsvis engrosomkostninger til TDC og detailomsætningen i markedet.

Telenor estimerer, at selskabet i 2018 har betalt [X] kr. for meget til TDC, hvilket ifølge Telenor svarer til [X] % af det pågældende års indtjening. Dette er, ifølge Telenor, en ganske retvisende illustration for, hvor stor effekt fejl i omkostningsbyrden kan have for en tjenesteudbyder som Telenor. Telenor fremhæver i den forbindelse, at når Telenor bliver pålagt ekstra omkostninger, der på ingen måde genererer ekstra omsætning, har det således en 1:1 effekt på bundlinjen.

I forbindelse med indhentelsen af oplysninger har Telenor samtidig ved mail af 14. september 2021 tilkendegivet, at Telenor finder det uforståeligt, at Erhvervsstyrelsen i sin henvendelse til Telenor ikke kun indhenter de oplysninger, som Telenor finder, at Teleklagenævnet henstiller Erhvervsstyrelsen om at indhente, nemlig alene omfanget af de merbetalinger, som Telenor har haft til TDC i perioden 2016-2019. Telenor tilkendegiver samtidig, at selskabet har

vanskeligt ved at se, at de yderligere oplysninger Erhvervsstyrelsen efterlyser, vil bringe afklaring af det, som Teleklagenævnet efterlyser afklaring af.

Telenor uddybede på et møde med Erhvervsstyrelsen den 24. januar 2022 selskabets e-mail af 14. september 2021. Telenor udtrykte på mødet den opfattelse, at nævnets afgørelse henviste til merbetalingen og det absolutte beløb herfor. Telenor var derfor uforstående over for, at Erhvervsstyrelsen i dataanmodningen har valgt om at indhente oplysninger om omkostninger og detailomsætning fra Telenor.

Erhvervsstyrelsen oplyste på mødet den 24. januar 2022, at oplysninger om omkostninger og detailomsætning er indhentet for at få et sammenligningsgrundlag til at belyse modelfejls økonomiske betydning for Telenor. Erhvervsstyrelsen udtrykte også, at der for styrelsen at se var flere forhold, der var mulige at sammenligne med. Erhvervsstyrelsen henviste også i den forbindelse til, at Telenor i e-mail af 28. september 2021 havde henvist til Telenors indtjening, som en retvisende illustrator for betydningen af omkostningsbyrden for Telenor.

Alligevel opfordrede Telenor Erhvervsstyrelsen til pr. brev at kontakte Teleklagenævnet med henblik på, at få en øget forståelse for nævnets afgørelse. Erhvervsstyrelsen noterede sig dette synspunkt fra Telenor, men finder, at det rigtige er, at styrelsen selvstændigt træffer afgørelse herom, idet sagen ikke længere verserer ved Teleklagenævnet.

Erhvervsstyrelsen modtog den 24. september 2021 oplysninger fra Telia. Telia har ligesom Telenor fokuseret på at oplyse om de omkostninger og den omsætning, der vedrører DSL-forretningen, da det var denne specifikke del af Telias forretning, der blev berørt af modelfejlen. Telia bemærker i den forbindelse, at selskabet ikke normalt opdeler omkostninger i detaljer pr. produkt. Telia har derfor i de tal, der er fremsendt til Erhvervsstyrelsen, opdelt omkostningerne i tre kategorier: Engrosomkostninger, detailomkostninger og andre omkostninger.

Den første kategori er baseret på betalinger til TDC. Den anden kategori er baseret på nøgletal pr. kunde, der er udviklet internt i Telia, f.eks. vedrørende kundeservice. Den tredje kategori vedrører udgifter til f.eks. core-infrastruktur, vedligeholdelse af sites og fællesomkostninger. Telia tilkendegiver at have foretaget et konservativt og dermed relativt lavt estimat af værdien af andre omkostninger.

Telia bemærker samtidig, at priserne på bredbåndsmarkedet er meget konkurrenceprægede, og Telia dermed ikke har haft mulighed for at overvælte de højere engrospriser på grund af modelfejlen på kunderne. Der er dermed efter Telias opfattelse tale om et direkte og væsentligt tab.

Telia gør i lighed med Telenor Erhvervsstyrelsen opmærksom på, at Telia vurderer, at Erhvervsstyrelsens anmodning om indhentelse af oplysninger ikke stemmer overens med Teleklagenævnets anvisninger til styrelsen i afgørelsen

af 12. marts 2021. Telia angiver, at Erhvervsstyrelsen bør fokusere på de merbetalinger, som Telia har haft på grund af modelfejlen.

Erhvervsstyrelsen har den 11. marts 2022 sendt et udkast til afgørelse om LRAIC-prisafgørelserne for årene 2016, 2017, 2018 samt første kvartal 2019 i høring i høring hos aktørerne i branchen med anmodning om bemærkninger inden den 8. april 2022.

Erhvervsstyrelsen modtog den 6. april 2022 bemærkninger fra TDC og den 8. april 2022 bemærkninger fra både Telia og Telenor.

TDC har overordnet fire bemærkninger:

For det første bemærker TDC, at den af Erhvervsstyrelsen anført samlede brancheeffekt på 13,8 mio. kr. også inkluderer omsætningseffekt for Hiper, som TDC har opkøbt i perioden. TDC bemærker i den forbindelse, at den faktiske brancheeffekt således er flere millioner kroner lavere, end de anførte 13,8 mio. kr.

Derudover bemærker TDC, at i forbindelse med korrektion af 2019-afgørelsen, hvor inflationsfejlen blev rettet, blev den anvendte kapitalforrentning (WACC) til brug for beregningerne i afgørelsen også opdateret. Som følge af processen med korrektion af inflationsfejlen blev dette gjort på et senere tidspunkt end normalt for prisafgørelserne, og resultatet blev en lavere forrentning end der var beregnet i den oprindelige 2019-prisafgørelse. Derved blev de afregnede priser for hele 2019 lavere efter korrektion af inflationsfejlen, end hvis der ikke havde foreligget en fejl (og korrekt 2019-afgørelse derfor havde været truffet på samme tidspunkt, som den fejlbehæftede afgørelse blev truffet). Dette gælder også for produkter, der ikke var påvirket af inflationsfejlen. TDC bemærker i forlængelse heraf, at aftagere af produkter og ydelser fra TDC NET derfor allerede i et vist mindre omfang er blevet beriget ved korrektionen af fejlen, hvilket ifølge TDC bør modregnes i den opgjorte merbetaling.

For det andet bemærker TDC, at TDC kan konstatere, at Telenor, hvilket er gengivet på afgørelsens side 10, har fundet arbejdet med opgørelse af omsætning mv. særdeles tungt, hvorfor Telenor kun har opgjort omsætning for 2018. TDC bemærker derfor, at Telenors erfaring er i overensstemmelse med de erfaringer, som TDC selv har gjort sig og dermed bekræfter, at en proces for tilbagebetaling vil være særdeles byrdefuld for TDC. TDC noterer sig i den forbindelse, at Telenor har begrænset arbejdet med opgørelse af omsætning og omkostning til 2018 på trods af Erhvervsstyrelsens anmodning om alle relevante år. Så vidt TDC kan læse af udkastet, skyldes denne begrænsning ikke tekniske problemer ved opgørelse af omsætning og omkostning for tidligere år, men alene Telenors fravalg af nødvendige ressourcer til at foretage en sådan opgørelse.

For det tredje bemærker TDC, at anvendelsen af 2018 som referenceår ikke er repræsentativt. Det skyldes ifølge TDC, at 2018 var det helår i den aktuelle periode, hvor effekten af inflationsfejlen var størst, da inflationsfejlen på grund af

”rentes-rente” effekten er stigende over årene. TDC bemærker i den forbindelse, at 2018 er udtryk for den maksimale effekt af fejlen. Den gennemsnitlige effekt over årene er således mindre end i 2018 – både i absolut omsætning og relativt. TDC bemærker, at det derfor ikke er korrekt, at det på afgørelsens side 20 anføres, at: *”Opgørelsen for 2018 og den påvirkning, som fejlen har haft i den henseende, er efter Erhvervsstyrelsens opfattelse repræsentativ for de øvrige år i den relevante periode.”* Effekten i de foregående år er ifølge TDC de facto mindre jo længere tilbage i tid, og år 2018 er derfor ikke repræsentativ for perioden.

TDC bemærker afslutningsvis, at TDC kan bekræfte, at priserne – uanset inflationsfejlen – alligevel ikke overstiger TDC’s faktiske omkostninger. TDC bemærker i den forbindelse, at de faktiske omkostninger for ydelserne er større, end niveauet beregnet i LRAIC-modellen. Ydelserne, der har været påvirket af inflationsfejlen, indeholder en høj andel teknikertid. Teknikertimelønnen har tidligere været genstand for en retssag, hvor Østre Landsret i 2017 kom frem til en timeløn baseret på TDC’s faktiske omkostninger på 582,50 kr. i 2009 priser. Den anvendte teknikertimeløn i LRAIC-modellen ligger under dette niveau – uanset korrektion af inflationsfejl. Inflationsfejlen har således ifølge TDC ikke beriget TDC i perioden, men blot reduceret det løbende tab på ydelserne, når man ser på TDC’s faktiske omkostninger.

Telia har i forbindelse med Erhvervsstyrelsens høring af det ny udkast til afgørelse oplyst, at Telia overordnet henviser til de oplysninger og redegørelser, der er indsendt i forbindelse med tidligere faser i sagen. Telia ser ikke, at de senest indhentede oplysninger ændrer sagens væsentlige forhold. Det er således fortsat Telias vurdering, at der bør ske tilbagebetaling af de for meget opkrævede beløb.

Telias bemærker dog for det første, at det er Telias opfattelse, at fejlen i LRAIC-modellen indebar et direkte og væsentligt tab for Telia og de øvrige udbydere, der betalte for høje priser. Dette skyldes ikke mindst, at priserne på bredbåndsmarkedet er meget konkurrenceprægede. Telia henviser i den forbindelse til de bemærkninger, som Telia fremsendte til Erhvervsstyrelsen den 24. september 2021, hvor det fremgik, at Telia ikke har haft mulighed for at overvælte de højere engrospriser på grund af modelfejlen på kunderne. Telia bemærker i forlængelse heraf, at Telia stiller sig uforstående over for, at Erhvervsstyrelsen fastholder, at operatørerne har haft en mulighed for at overvælte de uberettigede meromkostninger. Det er Telias opfattelse, at operatørerne ikke umiddelbart kan ændre priserne bl.a. pga. kontraktlige forhold, fordi en prisforhøjelse vil få kunder til at forlade selskabet, fordi nye kunder i mindre omfang vil kunne tiltrækkes efter en prisforhøjelse, samt da priskonkurrencen ikke kan ses isoleret i forhold til den konkrete teknologi, da kunderne i stedet ville overveje at benytte andre teknologier ved en prisstigning. Telia finder ikke, at Telia og de øvrige engroskunder hos TDC er nærmere til at bære risikoen for fejlen i modellen end TDC. Dette ikke mindst da reguleringen af priserne skal sikre muligheden for konkurrence, og dermed sigter på rimelige vilkår for de adgangssøgende.

Telia bemærker for det andet, at det ikke kan lægges Telia og de øvrige engroskunder, der har betalt for høj en pris på grund af modelfejlen, til last, at sagen bl.a. foreløbig har krævet to behandlinger hos Teleklagenævnet. Dermed er Telia ikke enig i, at Erhvervsstyrelsen som en del af begrundelsen, bl.a. henviser til, at LRAIC-afgørelserne i dag er 7 år gamle. Telia ønsker i den forbindelse at påpege, at Telia ikke ser antallet af år, der er forløbet siden afgørelserne, som en relevant faktor i dette tilfælde, hvor behandlingen af sagen har været meget langvarig for alle parter.

Endelig gør Telia for det tredje opmærksom på, at Telia ikke er enig med Erhvervsstyrelsen i, at det skal tillægges væsentlig vægt, at det efter det oplyste vil være forbundet med betydeligt arbejde for TDC at gennemføre en tilbagebetaling af inflationsfejlen. Telia angiver i den forbindelse, at Telia ikke er enig i, at den ekstra, uberettigede omkostning, inflationsfejlen har pålagt operatørerne, ikke kan anses for at være af mindre betydning af de årsager, som Telia tidligere har redegjort for. Telia fremhæver samtidig, at det ikke er muligt for Telia at forholde sig til omfanget af den mulige byrde for TDC hverken i faktiske tal eller relativt til omsætning m.m., da tal for TDC er udeladt i den version af udkastet til afgørelse, som Telia har fået i høring. Det forekommer dog for Telia vanskeligt at forstå, at det er muligt at opgøre den for meget betalte pris, men derefter ikke muligt at godtgøre dette beløb på en relativt simpel måde.

Telenor har i forlængelse af høringen gjort opmærksom på, at Telenor er af den opfattelse, at en fejl, der indebærer markante merbetalinger fra en tjenesteudbyders side til TDC, der omvendt opnår en lige så markant uberettiget berigelse, bør føre til en hurtig korrektion af fejlen – både for så vidt angår det fremadrettede forløb og det bagudrettede forløb. Efter Telenors beregninger har fejlen betydet, at Telenor har betalt op mod kr. 6 mio. for meget til TDC, og at branchen samlet set har betalt op mod kr. 15 mio. for meget til TDC, og at TDC dermed er blevet uberettiget overkompenseret med et tilsvarende højt beløb.

Telenor finder det bemærkelsesværdigt, at Erhvervsstyrelsen i den første afgørelse i sagen – d. 31. januar 2019 – kom frem til at den samlede påvirkning på kr. 15 mio. ikke var tilstrækkelig væsentlig til, at tilbagebetaling skulle finde sted, men at det omvendt var tilstrækkelig væsentligt til, at Erhvervsstyrelsen ville beskytte TDC mod at skulle tilbagebetale.

Telenor bemærker i den forbindelse, at Erhvervsstyrelsen valgte efter minimale justeringer af den hjemviste afgørelse at træffe en ny afgørelse d. 9. juli 2020 med samme resultat som den første. Dette finder Telenor også bemærkelsesværdigt.

Telenor beklager, at Erhvervsstyrelsen med det seneste udsendte udkast til afgørelse kommer til samme resultat efter foretagelse af nogle få ændringer i argumentationen og tilføjelsen af lidt ekstra talmateriale.

Telenor fremhæver ligeledes i høringssvaret, at det er Telenors opfattelse, at Erhvervsstyrelsen nu har indhentet samtlige de oplysninger, som Teleklagenævnet har bedt Erhvervsstyrelsen om at indhente, herunder oplysninger om:

- hvilke operatører der er påvirkede af den konstaterede modelfejl,

- i hvilket omfang modelfejlen har påvirket den enkelte operatør økonomisk (dvs. hvilke merbetalinger har de enkelte operatører haft i den relevante periode), samt
- en redegørelse for processen i forbindelse med en evt. tilbagebetaling, herunder blandt andet en belysning af, hvilke (om nogen) tekniske eller praktiske problemer, der måtte være forbundet med en evt. tilbagebetaling til hver enkelt operatør.

Telenor forventer nu, at sagen kan få sin snarlige afslutning.

Telenor er dog af den opfattelse, at det er særdeles vanskeligt at se, hvordan de ekstra oplysninger, der er indhentet, kombineret med samme vurdering og afgørelse fra de foregående to hjemviste afgørelser, skulle kunne give et andet resultat hos Teleklagenævnet. Efter Telenors opfattelse var det ikke den manglende oplysning om, hvilke specifikke operatører der er berørte af merbetalingerne, der afstedkom en hjemvisning d. 12. marts 2021. Den oplysning må efter Telenors opfattelse have været simpel at fremskaffe, og har ikke betydning for om en afgørelse hjemvises eller ej. Det samme gør Telenor gældende om oplysningen om omfanget af merbetalinger, eftersom omfanget allerede har været kendt og bekræftet siden sagens begyndelse i 2018/2019.

Telenor er derudover af den opfattelse, at TDC's argumentation om hvor vanskeligt, ikke kærkomment og ressourcetungt det vil være for TDC at skulle betale de ellers ubestridte merbetalinger tilbage til de berørte operatører, ikke vil have nogen effekt på resultatet i en ny klagesag hos Teleklagenævnet. Telenor skriver i den forbindelse, at det alt andet lige bør veje tungest, hvor meget en række operatører har til gode hos TDC. Telenor bemærker yderligere, at TDC's oplysninger om interne bogholderi-processer og såkaldt "decimal-fnidder" næppe kan lede til et andet resultat, end at de op mod kr. 15 mio. bør finde tilbage til rette ejermand.

Telenor oplyser herefter, at TDC med jævne mellemrum krediterer sine engroskunder, når der bliver konstateret evt. fejl, eller der i øvrigt er anledning til at korrigere og efterregulere. Disse krediteringer sker ofte i samlede summer, og uden at Telenor nødvendigvis kan spore, hvilke produkter og tjenester der konkret har været tale om. Telenor ser derfor intet behov for, at TDC i denne sag skal gøre det unødigt vanskeligt og bøvl for sig selv i forbindelse med en tilbagebetaling, når TDC ifølge Telenor reelt godt kan håndtere det smidigt og hensigtsmæssigt i andre sammenhænge.

Telenor anmoder afslutningsvis om, at Erhvervsstyrelsen reducerer antallet af fortrolige beløb i afgørelsen. Ifølge Telenor forekommer det unødvendigt, at TDC's oplysninger om ressourceforbrug ifm. tilbagebetaling til TDC's engroskunder skulle være fortrolige oplysninger. Det gør det under alle omstændigheder vanskeligt for Telenor, og andre parter i branchehøringen, at forholde sig til proportionerne i relation til ressourceforbruget ved at tilbagebetale ctr. det beløb, der skal tilbagebetales.

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 2018 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 hverken overordnet eller i forhold til de enkelte operatører 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 er flere år gamle på det tidspunkt, hvor fejlen inflationsfejlen fastslås af Erhvervsstyrelsen.

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.

Dette 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. 2 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 fremkomsten af nye oplysninger ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at tilbagekalde en begunstigende forvaltningsakt, idet der under alle omstændigheder skal foretages en vurdering af, om hensynet til adressatens berettigede 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.

Samtidig vil det, efter det af TDC oplyste i august 2021, være forbundet med et betydeligt arbejde at gennemføre en tilbagebetaling af inflationsfejlen. Det skyldes navnlig, at der er tale om et stort antal operatører, ligesom tilbagebetalingen i mange tilfælde skal ske manuelt for at sikre, at det korrekte beløb tilbagebetales. En sådan tilbagebetaling kan derfor ikke nødvendigvis sammenlignes med de krediteringer, som TDC ifølge Telenor løbende foretager i andre tilfælde.

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. Derudover har Erhvervsstyrelsen i forlængelse af Teleklagenævnets afgørelse af 12. marts 2021 foretaget en vurdering af, hvilken økonomisk betydning fejlen i inflationseffekten har haft for de enkelte operatører.

Erhvervsstyrelsen kan i den forbindelse konstatere, at Telenor i forbindelse med høringen har gjort gældende, at sagen nu er fuldt oplyst. Tilsvarende har Telia i forbindelse med høringen ikke påpeget, at der er oplysninger, der mangler at blive indhentet.

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

Dette stemmer også overens med, at Telia og Telenor i forbindelse med klagen til Teleklagenævnet af 28. februar 2019 har oplyst, at de har opgjort egne merkostninger 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 engrosomsætning i den omhandlede periode skønsmæssigt udgør i omegnen af kr. [X] Inflationfejlen 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 for branchen er dermed så beskedne, at dette også taler for, at der ikke skal ske tilbagekaldelse af LRAIC-afgørelserne. Det bemærkes herved, at operatørerne desuden har haft mulighed for i al fald i et vist omfang at overvælte meromkostningerne på detailkunderne, jf. umiddelbart nedenfor.

Teleklagenævnet henstiller i afgørelsen af 12. marts 2021 til, at Erhvervsstyrelsen vurderer, i hvilket omfang modelfejlen har påvirket den enkelte operatør økonomisk.

For at kunne foretage en vurdering af, om og hvordan de enkelte operatører har været påvirket af den identificerede fejl, har Erhvervsstyrelsen indhentet oplysninger fra både TDC, Telia og Telenor.

Som beskrevet ovenfor, har TDC identificeret over [X] operatører, der har været påvirket af inflationsfejlen. Henset til, at Hiper A/S, der efterfølgende er blevet opkøbt af TDC, sammen med Telia og Telenor samlet står for ca. [X] % af brancheomsætningen for så vidt angår inflationsfejlen, har Erhvervsstyrelsen til brug for vurderingen fundet det tilstrækkeligt alene at indhente data fra Telia og Telenor. De indhentede oplysninger er således efter Erhvervsstyrelsens opfattelse tilstrækkeligt dækkende og retvisende for vurderingen af, om der skal ske tilbagekaldelse af LRAIC-afgørelserne, herunder hvorledes fejlen har påvirket markedet og de enkelte operatører.

Nedenfor fremgår til illustration påvirkningen af Telia (2016-2018) og Telenor (2018²). Tal er opgivet i mio. kr.

	Telia (2016)	Telia (2017)	Telia (2018)	Telenor
Engrosomkostninger (betalt til TDC)	[☒]	[☒]	[☒]	[☒]
Detailomkostninger	[☒]	[☒]	[☒]	[☒]
Andre omkostninger	[☒]	[☒]	[☒]	(inkluderet ovenfor)
Omkostninger i alt	[☒]	[☒]	[☒]	[☒]
Detailomsætning	[☒]	[☒]	[☒]	[☒]
Indtjening	[☒]	[☒]	[☒]	[☒]
Merbetaling som følge af inflationsfejl ³	[☒]	[☒]	[☒]	[☒]

De økonomiske konsekvenser af fejlen for de enkelte operatører set i forhold til såvel operatørernes samlede detailomsætning for bredbånd produkter som omkostninger til produktion af bredbånd produkter, er så relativt beskedne, at dette også taler for, at der ikke skal ske tilbagekaldelse af LRAIC-afgørelserne.

Ses fejlens betydning i lyset af Telia og Telenors samlede detailomsætning for bredbånd produkter, er der tale om en relativt beskedne påvirkning. Her har fejlen udgjort [☒] % af Telias detailomsætning i 2016, 2017 samt 2018 og [☒] % af Telenors detailomsætning i 2018.

En lignende relativt beskedne påvirkning ses også ift. Telia og Telenors engrosomkostninger (betalt til TDC). Her har fejlen udgjort [☒] % af Telias engrosomkostninger i 2016, 2017 samt 2018 og [☒] % af Telenors engrosomkostninger i 2018. Dette stemmer således overens med, at TDC tidligere har opgjort, at fejlens betydning for hele branchen har udgjort mindre end [☒] % ud af den samlede LRAIC-prissatte engrosomsætning oppebåret af TDC i den omhandlede periode, der skønsmæssigt udgør i omegnen af kr. [☒] Opgøres fejlen i relation til parternes detailomkostninger (inklusive andre omkostninger) har fejlen udgjort [☒] % af Telias detailomkostninger i 2016, 2017 samt 2018 og [☒] % af Telenors detailomkostninger i 2018. Sammenholdes fejlen med parternes samlede omkostninger for produkterne, er den forholdsmæssige betydning endnu mindre, henholdsvis [☒] % for Telia i 2016, 2017 samt 2018 og [☒] % for Telenor i 2018.

Telenor har over for Erhvervsstyrelsen angivet, at fejlen rettelig bør ses i lyset af de enkelte operatørers *indtjening* for de enkelte år. Telenor skønner eksempelvis selv, at Telenor i 2018 har betalt kr. [☒] for meget til TDC, hvilket

² Telenor har indleveret data for 2018 og har for de øvrige år lavet en omregning med udgangspunkt i kundetal for de enkelte år. Telenor bemærkede i forbindelse med fremsendelse af data, at eftersom der var tale om et særdeles tungt arbejde, der krævede adgang til flere systemer, havde Telenor valgt at fokusere på det seneste hele år i perioden, som sagen angår, dvs. 2018. Erhvervsstyrelsen har derfor valgt at gengive Telenors data fra 2018 og ikke for de øvrige år, idet data for de øvrige år er baseret på ekstrapolation fra omkostningerne, der vedrører 2018.

³ Oplysninger herom er indhentet fra TDC

svarer til [X] % af det pågældende års indtjening på kr. [X] Det bemærkes, at Telenors opgørelse heraf er baseret på et skøn, og den reelle størrelse af fejlen i 2018 er således [X], hvilket følger af den opgørelse, som TDC har foretaget.

Ifølge Telenor vil man ved at se fejlens størrelse i lyset af en operatørs indtjening få illustreret, hvor stor effekt fejl i omkostningsbyrden kan have for en tjenesteudbyder som Telenor. Ifølge Telenor er denne metode mest retvisende, da de ekstra omkostninger, som inflationsfejlen har medført, ikke genererer ekstra omsætning, og således ifølge Telenor, har en 1:1 effekt på bundlinjen.

Erhvervsstyrelsen er enig i, at den af Telenor foreslåede metode til sammenligning også i et vist omfang kan bidrage til at belyse et aspekt af inflationsfejls økonomiske påvirkning for de enkelte operatører. Den af Telenor foreslåede metode overvurderer imidlertid inflationsfejls betydning for de enkelte operatører.

Det skyldes for det første, at den foreslåede metode ikke tager højde for, at de enkelte operatører kan have forskellige omkostnings- og prisstrategier, som giver sig udslag i forskellige interne omkostninger og indtjening. Eksempelvis har Telia [X]. For Telia udgør inflationsfejlen kun ca. [X] % af indtjeningen i årene 2016, 2017 samt 2018.

For det andet tager metoden ikke højde for, om operatørerne har overvæltet meromkostningerne, i form af højere engrospriser, på detailkunderne. Det må antages, at operatørerne har haft mulighed for i al fald i et vist omfang at overvælte meromkostningerne (i lighed med andre omkostninger) på detailkunderne, jf. umiddelbart nedenfor.

Det synes derfor mere retvisende at holde inflationsfejls betydning op mod de forskellige omsætnings- eller omkostningsgrundlag, jf. ovenfor.

Efter en samlet vurdering af inflationsfejls størrelse både nominelt og set i forhold til såvel omsætning, omkostninger og indtjening for branchen og for de enkelte operatører, finder Erhvervsstyrelsen, at inflationsfejls økonomiske konsekvenser ikke har en sådan karakter, at det i sig selv kan føre til tilbagekaldelse, når henses til de ovenfor gengivne hensyn, som taler imod tilbagekaldelse.

For en ordens skyld skal det bemærkes, at påvirkningen af branchen og de enkelte operatører 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.

I den forbindelse har det betydning, at TDC i selskabets detailprissætning i perioden var 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. TDC har således også i forbindelse med høringen bekræftet, at de faktiske omkostninger har været højere, end forudsat i LRAIC-modellen. Det tyder derfor ikke på, at priserne – uanset inflationsfejlen – nødvendigvis overstiger TDC's faktiske omkostninger, hvorfor TDC ikke nødvendigvis har haft en berigelse.

Undtagelse af oplysninger

Afslutningsvis skal Erhvervsstyrelsen oplyse, at styrelsen i denne afgørelse har valgt at ekstrahere visse oplysninger fra de udgaver af afgørelsen, der er sendt til henholdsvis TDC samt Telia og Telenor.

Styrelsen har i den forbindelse taget udgangspunkt i princippet i offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2, og den tilsvarende bestemmelse i forvaltningslovens § 15b, nr. 5, hvorefter retten til aktindsigt ikke omfatter oplysninger om ”tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår.” Bestemmelsen omfatter bl.a. oplysninger om produktionsmetoder og produktionsforhold.⁴

Det bemærkes for en ordens skyld, at uagtet at visse forretningsfølsomme oplysninger er ekstraheret i den udgave af afgørelsen, som er sendt til Telia og Telenor, ændrer dette dog ikke ved, at Telia og Telenor fuldt ud har kunnet varetage sine interesser i forhold til klagen. Som det fremgår af bilag 1, er spørgsmålet om, hvorvidt en forvaltningsmyndighed efter de almindelige forvaltningsretlige principper har ret til i visse tilfælde at tilbagekalde og ændre sine

⁴ Jf. i den forbindelse betænkning 1510 fra 2009 om offentlighedsloven, side 706.

gyldige afgørelser 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.

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.