



DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Telenor ASA  
Postboks 800  
1331 FORNEBU

Deres ref

Vår ref

Dato

16/1094-

24. oktober 2017

## Behandling av klage på Nkoms pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess

Samferdselsdepartementet viser til klage fra Telenor ASA (Telenor) 30. mai 2016 på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 9. mai 2016 om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess ("rettevedtaket"). Videre viser departementet til Telenors anmodning 12. mai 2016 om utsatt iverksetting av rettevedtaket, og til departementets svar på anmodningen 2. juni 2016. Det vises også til Nkoms oversendelse av Telenors klage (Innstillingen) fra 29. juni 2016 og til Telenors kommentarer til innstillingen 7. juli 2016.

Videre vises det til Nkoms endring av kostnader til multicastkapasitet av 30. november 2016 og til Nkoms brev 19. desember 2016 vedrørende modellering av kostnader til multicastkapasitet i marginskvismodellen for fiberbasert Bredbåndsaksess, og til Telenors svar på dette brevet 11. januar 2017. I tillegg vises det til Nkoms tilleggsinnstilling 6. mars 2017, samt Telenors og NextGenTels merknader til denne av 27. mars 2017. Det vises for øvrig til Nkoms pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert Bredbåndsaksess 21. februar 2017 ("rettevedtaket fra 2017"), til Telenors anmodning 3. mars 2017 om utsatt iverksetting av dette vedtaket, og til departementets beslutning 27. mars 2017 om utsatt iverksetting av rettevedtaket fra 2017.

### 1 Bakgrunnen for saken

Den 20. januar 2014 ble Telenor utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for Bredbåndsaksess (marked-5 vedtaket). Selskapet ble da pålagt en rekke plikter, blant annet å tilby tilgang til fiberbasert bredbåndsaksess i marked 5 på ikke-diskriminerende vilkår. For å undersøke om Telenor overholder plikten til ikke-diskriminering utviklet Nkom en

Postadresse  
Postboks 8010 Dep  
0030 Oslo  
postmottak@sd.dep.no

Kontoradresse  
Akersg. 59  
www.sd.dep.no

Telefon\*  
22 24 90 90  
Org no.  
972 417 904

Avdeling  
Luft- post- og  
teleavdelingen

Saksbehandler  
Tarald Green-  
Stensrud  
22 24 82 14

marginskvismodell. Prinsippene og metoden for marginskvismodellen ble klarlagt og fastlagt i vedtak 27. august 2015 (marginskvisvedtaket) herunder bruk av prinsippet om justert EEO<sup>1</sup>. Vedtaket ble stadfestet av Samferdselsdepartementet 28. juni 2016. På grunnlag av denne marginskvistesten vedtok Nkom den 9. mai 2016 at Telenor måtte sette ned tilgangsprisene i markedet for fiberbasert bredbåndsaksess med -16,9 prosent innen 23. mai 2016. Telenor ba departementet om utsatt iverksetting av vedtaket i brev den 12. mai 2016, og klaget deretter på selve vedtaket 30. mai. Departementet besluttet 2. juni 2016 å vente med iverksetting av Nkoms vedtak til saken var ferdig behandlet. Utsettelsen ble gitt på visse vilkår. Nkom innstilte 29. juni 2016 på at klagen på rettevedtaket ikke ble tatt til følge av departementet.

I brev 30. november 2016 opplyste Nkom at de hadde oppdaget en feil ved tallgrunnlaget for den aktuelle marginskvistesten. Feilen gjaldt kostnader til multicastkapasitet og var knyttet til antallet ODP'er<sup>2</sup>. Etter å ha justert dette tallet slik at det ble riktig, gjorde Nkom en ny marginskvistest. Testen ga et korrigert rettekraft på -24,7 prosent. Nkom ga i brevet uttrykk for at de ikke hadde konkludert med hvordan forholdet burde håndteres. I brev av 19. desember ga Nkom sin vurdering av hvordan feilen oppstod. Telenor svarte på dette brevet den 11. januar 2017.

Nkom sendte 6. mars 2017 en tilleggsinnstilling til departementet hvor det innstilles på at departementet fatter omgjøringsvedtak som korrigerer beregningen av kostnader til multicastkapasitet, og at virkningstidspunktet for slik omgjøring settes til virkningstidspunktet for rettevedtaket, 23. mai 2016. Både Telenor og NextGenTel har kommet med kommentarer til tilleggsinnstillingen.

## **2 Klager anførsler i tilknytning til rettevedtaket**

Telenor anfører at rettevedtaket er ugyldig fordi Nkom mangler rettslig grunnlag i ekomloven til å fatte vedtaket. Vedtaket er etter selskapets oppfatning i strid med grunnleggende krav til forholdsmessighet, forutberegnelighet og ekomlovens formål. Telenor mener at Nkom ikke har hjemmel i ekomloven § 10-6 til å fatte et rettevedtak fordi vedtaket utgjør en endring av marginskvisvedtaket, samt innebærer at Telenor pålegges nye forpliktelser. Subsidiært ber Telenor departementet rette opp forholdene som påklages, og fatte et nytt vedtak. Telenor anfører videre at Nkom ikke tar inn over seg hvilke konsekvenser et slikt vedtak vil få for Telenor, både privatrettslig og omdømmemessig.

Telenor anfører at Nkoms konklusjon om at rettevedtaket er ugyldig samsvarer med konklusjonen i Telenors klage av 30. mai 2016. Selskapet mener derfor at en omgjøring av Nkoms vedtak på bakgrunn av ugyldighet rettslig sett bare vil være en konstatering av at rettevedtaket av 9. mai 2016 er ugyldig, noe som etter deres mening i realiteten vil føre til at vedtaket bortfaller uten rettsvirkning og at midlene på den sperrede kontoen må gjøres tilgjengelige for Telenor. Telenor mener at en omgjøring på grunnlag av ugyldighet ikke gir

---

<sup>1</sup> Equally Effecient Operator

<sup>2</sup> Operator delivering port, Videre selgers tilkoplingsport til VULA

forvaltningen hjemmel til å treffe et nytt og mer inngripende vedtak med tilbakevirkende kraft til skade for den private part. Et eventuelt nytt vedtak i den foreliggende saken vil derfor ikke kunne gis virkning fra 23. mai 2016, men fra det tidspunktet partene blir underrettet om det nye vedtaket. Telenor hevder at spørsmålet om tilbakevirkende kraft kun vil være aktuelt dersom rettevedtaket omgjøres i medhold av forvaltningsloven § 35 femte ledd. Selskapet bestrider forøvrig at vilkårene etter denne bestemmelsene skulle være tilstede.

NextGenTel har ikke formelt klaget på vedtaket av 9. mai 2016, men anførte i sine kommentarer til Nkoms tilleggsinnstilling at allmenne hensyn tilsier at omgjøringsvedtaket gis tilbakevirkende kraft. Selskapet viser til at det er stor differanse mellom prisreduksjon som er pålagt, og prisreduksjonen som skulle vært pålagt. NextGenTel mener videre at det må legges vekt på tiden som har gått fra ny regulering ble introdusert i 2014 og frem til Telenors etterlevelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen ble kontrollert. Dette har ført til at NextGenTel ikke har oppnådd slike vilkår som markedsreguleringen gir krav på.

### **3 Departementets vurderinger**

Det er Samferdselsdepartementet som er klageinstans på vedtak truffet av Nkom etter ekomloven, jf. ekomloven § 11-6 første ledd. Rammen for klageinstansens kompetanse og handlingsrom ved klagesaksbehandling følger av forvaltningsloven kapittel VI.

Departementet vil under punkt 3.1 til 3.6 først behandle Telenors anførsler som knytter seg til det opprinnelige rettevedtaket av 9. mai 2016, jf. Telenors klage den 30.mai 2016. Under punkt 3.7 vil departementet gå over til å vurdere hva som blir virkningene av den aktuelle feilen i marginskvistestens tallgrunnlag.

#### **3.1 Vedtaket mangler hjemmel**

Som nevnt bestrider Telenor i klagen av 30. mai 2016 at det foreligger hjemmel for et rettevedtak, og mener at vedtaket i realiteten er en endring av marginskvisvedtaket. Videre hevder Telenor at selskapet i rettevedtaket pålegges nye forpliktelser. Telenor viser i denne sammenheng til merknadene til ekomloven § 10-6 som sier at en forutsetning for at det kan gis pålegg om retting er at det allerede er begått overtredelser av eksisterende forpliktelser.

Selskapet påpeker at det er først i vedtaket 9. mai 2016 at Telenor gjøres kjent med faktiske inntekts- og kostnadstall Nkom legger til grunn. Sentrale deler av innholdet i forpliktelsen blir etter Telenors oppfatning derfor først fastlagt i rettevedtaket. Vedtak om retting må etter Telenors mening anses for å utgjøre en endring etter ekomloven § 3-4 tredje ledd, og ikke en oppfølging av forpliktelsen Telenor allerede er pålagt. Dette understøttes ifølge Telenor av at overtredelse av eksisterende forpliktelser vil kunne utløse overtredelsesgebyr. Selskapet mener det ikke er grunnlag for å sanksjonere forpliktelser Telenor ikke har hatt mulighet til å forutse innholdet i, eller har kunnet innrette seg etter.

Telenor viser videre til merknader fra Efta Surveillance Authority (ESA) til notifikasjon 9. desember 2013 der ESA etter Telenors oppfatning forutsetter at marginskvistesten blir

utformet som en klar ex ante-forpliktelse som bidrar til forutberegnelighet for alle parter. Videre peker Telenor på at NGA-anbefalingen<sup>3</sup> som også understreker behovet for forutberegnelighet, fastsetter at den klare hovedregelen er bruk av EEO-standard. Kostnadsnivå og skjønnet som benyttes må være fastlagt forut for det tidsrom testen gjennomføres. I motsatt fall mener Telenor at dette endrer selskapets marginforpliktelse med tilbakevirkende kraft. Departementet viser til at Telenor i vedtak i marked 4 og 5 pålegges plikt til å ikke diskriminere.

Departementet viser til at det følger av vårt vedtak 28. juni 2016 at

*"for å oppnå målsetningen om bærekraftig konkurranse i det enkelte marked er regulering nødvendig når en tilbyder har sterk markedsstilling. Det settes krav til adferden til tilbyder med sterk markedsstilling for å sikre seg mot at denne virksomheten utnytter egen markedsposisjon for å begrense eller vri konkurransen til virksomhetens egen fordel. Gjennom kravet om ikke-diskriminering slik dette fremgår av ekomloven § 4-7, presisert i marked 5-vedtaket og Vedtaket er det lagt føringer på Telenors adferd i marked 5."*

Av det ovennevnte går det frem at ekomloven § 4-7, marked 5-vedtaket og vedtaket 27. august 2015 legger føringer på Telenors adferd i marked 5. Videre følger det av marginskvisvedtaket at en justert EEO-tilnærming innebærer at det er Telenors data som brukes, og at det der det er berettiget vil foretas skalajusteringer. I tillegg inkluderes spesifikke kostnader for alternative tilbydere, og der Telenors data mangler, benyttes markedsdata. Departementet er enig med Telenor når selskapet uttrykker i klagen at de justeringene som Nkom foretar i modellen basert på for eksempel kostnadsdata, har betydning for den grossistpris Telenor har adgang til å ta på VULA-produktet i marked 5. Departementet er imidlertid uenig med Telenor i at vedtaket 9. mai 2016 endrer forpliktelsen selskapet er underlagt i marked 5. Enkelte justeringer i kostnadene eller modellen for å tilpasse markedsforholdene kvalifiserer ikke til bruk av ekomloven § 3-4 tredje ledd om pålegg av nye forpliktelser. Pliktene som fremkommer av ekomloven § 3-4 kan pålegges tilbyder med sterk markedsstilling. Det vises til at Telenor blant annet er underlagt krav om ikke-diskriminering i marked 5-vedtaket. Vedtaket 9. mai 2016 pålegger ikke Telenor nye plikter utover de som selskapet allerede er pålagt i marked 5-vedtaket og Marginsskvisvedtaket.

Det følger av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og av ekomloven § 3-3 at utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling skal skje i samsvar med retningslinjer og anbefalinger som er utarbeidet av EU-kommisjonen og senere også vedtatt av ESA. Departementet viser videre til at marginskvismodellen allerede er notifisert til ESA. Det fremgår ikke av ESAs tilbakemeldinger at eventuelle fremtidige mindre justeringer av data i modellen skulle notifiseres til ESA, og det følger heller ikke av ekomloven § 9-3 om konsultasjonsprosedyren at dette skal gjøres. Departementet minner om at bakgrunnen for notifisering til ESA er blant annet å sikre likebehandling av regelverket i det indre markedet. Notifisering av faktiske

---

<sup>3</sup> Commission Recommendation of 20 September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)

historiske kostnadsdata som de enkelte aktørene har rapportert inn, kan vanskelig sies å være opplysninger som er egnet til å sikre ensartet bruk av regelverket i EØS-området. Telenors anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.

### **3.2 Forutberegnelighet og klarhet**

Telenor anfører at det er umulig for selskapet å etterleve forpliktelsen fordi sentrale deler av innholdet først blir kjent for selskapet gjennom rettevedtaket fra 2016. Telenor hevder Nkom mener at Telenors forutberegnelighet er av underordnet betydning. Selskapet underbygger dette med at Nkom har vist til at det at Telenor kan klage på vedtaket gjør at de grunnleggende kravene til forutsigbarhet og klarhet ikke gjelder. Telenor viser videre til at Nkom ikke tar innover seg konsekvensene dette kan få for Telenor både for omdømme og privatrettslig.

Når det gjelder Telenors anførsel om at vedtaket ikke gir forutberegnelighet, vil departementet understreke viktigheten av at Nkom tilstreber å fatte vedtak som er så klare som mulige for å gi forutberegnelighet for aktørene, samtidig som de gir nødvendig fleksibilitet for å håndtere ekommarkedets raske tekniske- og markedsmessige endringer. I denne saken viser departementet til avgjørelse 28. juni 2016 punkt 3.1.2. Departementet fastholder sitt syn om at prosessene i forbindelse med vedtak 27. august 2015 og vedtak 9. mai 2016, i tillegg til at rettingen av prisene gjelder for tiden etter at vedtaket ble fattet, sikrer Telenor forutberegnelighet slik at selskapet kan opptre i henhold til ikke-diskrimineringsplikten i marked 5.

Det fremgår videre av Nkoms vedtak 9. mai 2016 at så lenge Telenor retter grossistprisen innen fristen fastsatt av Nkom, så anses ikke Telenor for å opptre i strid med ikke-diskrimineringsplikten. I lys av dette er det etter departementets oppfatning også klart at Telenors anførsel om at rettevedtaket utgjør en sanksjonering av Telenors priser ikke kan føre frem.

Når det gjelder anførselen om at et slikt vedtak er skadelig for Telenors omdømme har departementet forståelse for at et pålegg om å rette prisene i et marked kan ha en viss uønsket signaleffekt. I en vurdering av hensynene til konkurransen i markedet og Telenors tilgangskjøpere, anser likevel ikke departementet at hensynet til en mulig uønsket signaleffekt for Telenor kan tillegges avgjørende vekt. Når det gjelder anførselen om mulige privatrettslige konsekvenser av rettevedtaket, kan departementet heller ikke her se at slike mulige konsekvenser gjør at de samfunnsmessige virkningene av å stimulere til bærekraftig konkurranse i bredbåndsmarkedet kan vike. Departementet kommer til at Telenors anførsler på disse punktene ikke fører frem.

### **3.3 Brudd på ikke-diskrimineringsplikten**

Telenor hevder at et brudd på en marginskvistest ikke nødvendigvis innebærer et brudd på plikten til å ikke-diskriminere. En marginskvistest sier noe om prisnivå, ikke om

forskjellsbehandling. Dersom marginskvis skal være et ulovlig forhold må det klart defineres på forhånd. Prisregulering krever hjemmel i § 4-9. Dette viser seg særlig fordi det er valgt å legge til grunn en justert EEO. Dersom testen var basert på EEO ville testen, ifølge Telenor, vist et positivt resultat. Det er etter selskapets oppfatning ikke rettslig grunnlag for å legge til grunn at et negativt resultat på marginskvistest innebærer brudd på ikke-diskrimineringsplikten. Det må påvises at det faktisk foreligger en eller annen form for ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet.

I selskapets tilleggskommentarer til klager av 30. mai 2016 og 14. mars 2017 i brev 2. oktober 2017, gjentar Telenor delvis denne anførselen. Telenor skriver her at et brudd på marginskvistest under enhver omstendighet kan indikere brudd på ikke-diskrimineringsplikt bare dersom testen benytter EEO. Dersom testen er basert på en justert EEO eller REO må det stilles krav om at myndigheten i tillegg (til et eventuelt brudd på testen) sannsynliggjør at det foreligger diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet.

Departementet mener at Telenors anførsel knyttet til sammenhengen mellom ikke-diskriminering og eventuelt brudd på marginskvistest i realiteten er den samme innsigelsen som Telenor hadde til marginskvisvedtaket når det gjelder manglende hjemmel. Marginskvisvedtaket beskriver hvordan myndigheten vil følge opp ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5 gjennom et marginskvismodell. Dette vedtaket ble påklaget av Telenor, men departementet stadfestet marginskvisvedtaket i klagevedtak 28. juni 2016. Marginskvisvedtaket er derfor rettskraftig.

Departementet viser til avsnitt 3.1 i nevnte klagevedtak. Her viser departementet til at det er nødvendig med en oppfølging av de plikter som Telenor er pålagt, for å oppnå reguleringens målsetninger. Departementet viser videre til at EUs ekompakke er implementert i norsk rett gjennom ekomloven og at et av hovedformålene med ekompakken er å harmonisere ekomregelverket i Europa. Som et ledd i harmoniseringen har Kommisjonen gitt enkelte anbefalinger for å rettlede tilsynene i deres arbeid. Det følger av *Kommisjonens anbefaling 11. september 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment* (Anbefalingen) at det kan benyttes en økonomisk test til å følge opp plikter som er ilagt tilbyder identifisert å ha sterk markedsstilling i et relevant marked. Det vises i denne sammenheng til fortalen til Anbefalingen, punkt 61. Etter departementets oppfatning må dette punktet forstås slik at en "economic replicability test" (det vil si en marginskvistest) bør benyttes i tilfeller der det er pålagt ikke-diskrimineringsplikt, for å sikre at en tilgangskjøper har mulighet til å tilby et tilsvarende sluttbrukerprodukt som den regulerte tilbyderen med sterk markedsstilling. Departementet viser for øvrig til at bruk av marginskvistest i forbindelse med ikke-diskrimineringsplikt er etablert praksis innenfor dette markedet i EØS-området.

Departementet viser også til at Telenor er ilagt ikke-diskrimineringsplikt i markedet for fiberbasert Bredbåndsaksess, jf. ekomloven § 4-7. Det er departementets oppfatning at det følger av Anbefalingen at det er adgang til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten ved bruk av en marginskvistest. Departementet viser videre til ESAs kommentarer til Nkoms

notifikasjon av utkast til vedtak om marginskvistest som oppfølging av ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5. ESA har i sine kommentarer ikke gitt uttrykk for at en marginskvistest er uegnet til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten. Det må legges til grunn at dersom ESA mente at en slik test var uegnet til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten, ville ESA ha bedt Nkom om å avstå fra å treffe vedtak og/eller benytte testen. Det er departementets syn at ESAs kommentarer derfor understøtter at det kan benyttes en marginskvistest for å følge opp plikten til ikke-diskriminering.

Når det gjelder Telenors anførsel om at brudd på marginskvistest ikke er det samme som diskriminering særlig kommer til uttrykk når det anvendes en justert EEO-test, viser departementet igjen til Marginskvisvedtaket og departementets avgjørelse i klagesaken i tilknytning til dette vedtaket. Marginskvisvedtaket fastslår at det skal benyttes en justert EEO-test til å føre tilsyn med at Telenor overholder ikke-diskrimineringsplikten i marked 5.

Departementet finner på bakgrunn av ovenstående vurderinger at Telenors anførsler når det gjelder bruk av justert EEO til å avdekke brudd på ikke-diskrimineringsplikten, ikke kan tas til følge.

### **3.4 Rettekompetanse**

Telenor hevder at Nkom ikke kan pålegge selskapet å etterleve forpliktelsen til ikke-diskriminering ved å kreve retting av grossistprisen, dersom det finnes alternative måter å etterleve plikten. Telenor viser til at ekomloven § 10-6 fastsetter at Nkom har kompetanse til å pålegge forpliktelser som sikrer at atferden bringes i samsvar med forpliktelsen. Å overholde ikke-diskrimineringsplikten kan gjøres både ved å senke grossistprisen og ved å heve sluttbrukerprisene. Nkom kan kun pålegge Telenor å bringe diskrimineringen til opphør ved likebehandling. Likebehandling kan oppnås på flere måter. Det vises i denne sammenheng til rapporten om marked 15 fra Erling Hjelmeng punkt 5.3.2 om at diskriminering i prinsippet kan repareres enten ved at "alle behandles like bra, eller at alle behandles like dårlig", det vil si at det ikke er automatikk i at Nkom kan pålegge Telenor å etterleve M15-vedtaket på bestemte måter, dersom det finnes alternative måter for etterlevelse. Telenor hevder derfor at Nkom ikke har kompetanse til å kreve at Telenor retter grossistprisen, men kun at Telenor bringer diskrimineringen til opphør ved likebehandling.

Departementet viser til at ekomloven § 10-6 første ledd første punktum fastsetter at ekommyndigheten "kan gi pålegg om retting eller opphør av ulovlige forhold og fastsette vilkår som må oppfylles for at virksomheten skal være i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av denne lov." Det følger av merknaden til § 10-6 at dette blant annet gjelder "utforming av vilkår i avtaler mellom tilbydere av elektronisk kommunikasjon eller –tjeneste, f.eks. ... vilkår for tilgang." Det er med andre ord klart at § 10-6 gir Nkom kompetanse i saker som den foreliggende. Det fremkommer videre at "I pålegget kan det stilles vilkår som må oppfylles for at virksomheten skal være i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av loven". Marked-5 vedtaket detaljerer ut rettigheter og plikter etter ekomloven basert på en konkret vurdering av situasjonen i det enkelte marked på et gitt tidspunkt. På grunn av at

Telenor har sterk markedsstilling i marked 5, er selskapet underlagt særskilte vilkår i markedet for fiberbasert grossisttilgang, herunder krav om ikke-diskriminering.

Telenor er videre i Marginskvisvedtaket som er fastsatt for å følge opp marked 5-vedtaket og som ble stadfestet av departementet 28. juni 2016 pålagt å bestå marginskvistesten. Det fremgår av Marginskvisvedtaket, at ved eventuelle brudd på de krav som fremgår av nevnte marginskvistevetak "vil det være aktuelt å pålegge retting av Telenors tilgangspriser, jf. ekomloven § 10-6." Nkom har i rettevedtaket fastsatt krav for å sikre at Telenor vil oppfylle kravet til ikke-diskriminering. Nkom har således fulgt opp det som tidligere er fastsatt i medhold av loven, og innenfor rammen av § 10-6.

Departementet oppfatter Telenors anførsel slik at selskapet mener at rettevedtaket går for langt, og at Telenor selv burde ha mulighet til å velge hvordan rettingen skal skje for at ikke-diskrimineringsvilkåret skal være oppfylt. Departementet viser til at loven gir kompetansen til myndigheten til å fastsette vilkår for å rette forholdet. Det er følgelig Nkom som i dette tilfellet har kompetanse til å fastsette hvordan retting skal skje når det først er konstatert brudd på ikke-diskrimineringsplikten.

Etter marked-5 vedtaket skal Telenor tilby ikke-diskriminerende grossistpriser til henholdsvis intern og ekstern sluttbrukervirksomhet. Departementet mener derfor at et vedtak som skal rette det forhold at ikke-diskrimineringsplikten på dette punktet er brutt, jf. Marginskvisvedtaket, må pålegge retting av grossistprisen, fordi det er grossistvilkårene som er gjenstand for regulering gjennom en ikke-diskrimineringsforpliktelse.

Departementet merker seg for øvrig at Telenors uttalelse på dette punkt synliggjør at selskapet har sterk markedsstilling i sluttbrukermarkedet for bredbåndsaksess, jf. ekomloven § 3-1 som fastslår at en tilbyder har sterk markedsstilling når "tilbyder alene eller sammen med andre har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere".

Til slutt vil departementet bemerke at dersom Telenor skulle tillates å rette det ulovlige forholdet gjennom en økning av sluttbrukerprisen, så ville dette være vanskelig å forene med formålet med ekomloven som blant annet er sikre brukerne rimelige elektroniske kommunikasjonstjenester.

En innskrenkende tolkning av ikke-diskrimineringsvirkemiddelet med den følge at Telenor benytter sin sterke markedsstilling til å øke sluttbrukerpriser på det grunnlag som selskapet beskriver, vil føre til behov for å ta i bruk strengere virkemidler etter ekomloven.

Departementet viser her til at loven blant annet hjemler pris - og regnskapsregulering (§ 4-9) og innføring av funksjonelt skille (§ 4-9a).

Departementet konkluderer på dette grunnlaget med at Nkom ved brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen har kompetanse til å pålegge retting av Telenors tilgangspriser.



### 3.5 Konsekvenser for investeringsincentivene

I selskapets tilleggskommentarer til klager av 30. mai 2016 og 14. mars 2017 i brev 2. oktober 2017 viser Telenor til [Uoff. [REDACTED]

[REDACTED] Telenor hevder at slik håndhevingspraksis ved anvendelse av marginskvismodellen står i sterk motstrid med formålet bak reguleringen og illeggelse av forpliktelser. Telenor viser i denne sammenheng til marked-5 vedtaket hvor Nkom skriver at eventuell prisregulering av fiberaksess i marked 5 vil kunne ha negativ innvirkning på fiberutbygges investeringsinsentiver. Etter det departementet forstår, mener Telenor at konsekvensene av den håndhevingspraksis Nkom legger opp til, sett opp mot de uttalelser Nkom har gitt i marked-5 vedtaket, tilsier at Telenors lønnsomhet på foretatte investeringer forringes og at fremtidige investeringer i Norge blir mindre attraktive. Telenor anfører videre at dette kan indikere at parameterne i modellen bør revurderes, fordi resultatene av testen, etter Telenors oppfatning, i meget begrenset grad reflekterer de faktiske forholdene hva gjelder diskriminering. Telenor viser i denne sammenheng også til NGA-anbefalingen<sup>4</sup> hvor det i Annex II står:

*"When setting the parameters of the ex-ante economic replicability test, NRAs should ensure that the SMP operator is not put in a disadvantage vis-a-vis access seekers regarding the sharing of the investment risk"*

Telenor viser også til at salgs-og akkvisisjonskostnader i marginsskvismodellen ikke periodiseres, og anfører at dette bør endres slik at disse kostnadene blir periodisert over kundens levetid. Telenor anfører at dette vil være i overensstemmelse med NGA-anbefalingen Annex II.

Departementet oppfatter at spørsmålet om hvilken betydning Vedtaket har for insentiver til investeringer i det norske fibermarkedet generelt og for Telenors fiberinvesteringer spesielt, er en ny anførsel som Telenor ikke tok opp i den opprinnelige klagen. Når det gjelder [Uoff. [REDACTED]

[REDACTED] Når det gjelder Telenors anførsel om at den håndhevingspraksis som Nkom har lagt opp til i forbindelse med anvendelse av marginsskvismodellen for fiberbasert bredbåndsaksess vil føre til at Telenors investeringer blir mindre attraktive og at dette står i sterk motstrid til formålet bak reguleringen, viser departementet til at oppfølging av en ikke-diskrimineringsforpliktelse gjennom anvendelse av en marginskvistest, slik Telenor er pålagt

---

<sup>4</sup> Departementet legger til grunn at Telenor her sikter til Kommissjonens anbefaling 11. september 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (Anbefalingen)

for fiberbasert aksess i marked 5, i motsetning til hva tilfellet ville vært ved f.eks. kostnadsorienterte priser, innebærer regulering av forholdet mellom Telenors grossistpriser og Telenors sluttbrukerpriser. En slik regulering gir etter departementets oppfatning Telenor fleksibilitet i prisfastsettelsen på grossistnivå. Også innretningen på marginiskvismodellen, blant annet ved at modellen benytter en porteføljetilnærming ved fastsettelsen av flaggskipproduktene, gir Telenor økt fleksibilitet. Etter departementets vurdering understøtter denne fleksibiliteten Telenors investeringsinsentiver for fiberbasert bredbåndsaksess. Departementet er derfor ikke enig med Telenor i at reguleringen står i sterk motstrid til formålet bak reguleringen.

Hva gjelder Telenors henvisning til Anbefalingen Annex 2, kan departementet ikke se at det er holdepunkter for at Telenor er satt i noen "disadvantage vis-a-vis access seekers regarding the sharing of investment risk". Departementet viser til at marginiskvistesten tar sikte på å balansere Telenors investeringsinsentiver opp mot behovet for at tilgangskjøper oppnår tilgang som gir mulighet for økonomisk å kunne replikere Telenors tilbud i sluttbrukermarkedet.

Når det gjelder Telenors anførsel knyttet til periodisering av salgs- og akkvisisjonskostnader, viser departementet til at prinsippene for føring av slike kostnader fremgår av prinsippene for marginiskvistester, jf. punkt 3.6 i vedlegg 1 til marginiskvisvedtaket. Det fremgår der at akkvisisjonskostnader er nedstrømskostnader som normalt ikke periodiseres. Dette prinsippet er slik vi oppfatter det i samsvar med Anbefalingen annex 2. Departementet har også notert seg at ESA ikke hadde innsigelser mot at et slikt prinsipp ble lagt til grunn.

Departementet har på bakgrunn av ovenstående konkludert med at det ikke er grunnlag for å gjøre endringer i Vedtaket som følge av Telenors tilleggs kommentarer knyttet til Vedtakets konsekvenser for investeringsinsentivene.

### **3.6 Har den justerte EEO-marginiskvistesten feil og mangler?**

I tilfelle departementet skulle komme til at vedtaket har rettslig grunnlag, hevder Telenor subsidiært at testen lider av flere feil og mangler som innebærer at vedtaket må oppheves.

#### **3.6.1 Har Nkom vurdert og påvist at justert EEO reflekterer en effektiv aktør**

Telenor viser til at det i prinsippdokumentet er angitt at Nkom vil legge til grunn en justert EEO "for å ta hensyn til at en effektiv alternativ tilbyder ikke har tilsvarende bredde- og stordriftsfordeler som Telenor". Telenor viser videre til at det i det samme dokumentet fremgår at eventuelle justeringer av Telenors data krever "en god begrunnelse" fordi en EEO-standard er utgangspunktet. Telenor bestrider at de justeringer som Nkom har foretatt av Telenors kostnader basert på data innhentet fra andre aktører er tilstrekkelig begrunnet. Telenor stiller spørsmål ved om aktører med kostnader i henhold til de justeringer som er

foretatt reflekterer en effektiv tilbyder. Telenor viser til at dersom Telenors kostnader hadde vært lagt til grunn, ville modellen vist et positivt resultat.

Departementet viser til at kostnadene i marginskivstesten i hovedsak er hentet fra Telenors datasett eller er estimert der Telenor ikke har rapportert inn tall, jf. Vedtaket pkt. 6. For poster hvor det fremkommer store kostnadsforskjeller mellom Telenors og relevante, alternative tilbyderes data, har Nkom lagt til grunn at Telenor har bredde- og stordriftsfordeler som det er hensiktsmessig å justere for. Denne fremgangsmåten følger av Marginskivsvedtaket. Det fremgår videre av Vedtaket at de selskaper Nkom har innhentet data fra, representerer de største alternative tilbyderne i fibersegmentet og i bredbåndsmarkedet totalt. Disse tilbyderne har vært i bredbåndsmarkedet i 10-15 år og har dermed vist at de er konkurransedyktige over tid. Departementet mener at dette gir en god indikasjon på at disse selskapene er effektive tilbydere. Departementet mener videre at det er rimelig å anta at Telenor har lavere sluttbruker- og felleskostnader på grunn av stordrifts- og breddefordeler som en effektiv alternativ tilbyder ikke har mulighet til å oppnå. Departementet viser videre til at modellen ikke har lagt til grunn de relevante alternative tilbydernes data alene, men baserer seg på en vekting av dataene, hvor Telenors kostnader også tillegges en betydelig vekt. Departementet viser også til at data som avviker uforholdsmessig mye fra Telenors eller de øvrige alternative tilbydernes data, er utelatt fra datasettet. Departementet er enig med Nkom i at testens formål, som er å sikre økonomisk replikerbarhet av Telenors sluttbrukerprodukter for en effektiv, alternativ tilbyder, ikke i tilstrekkelig grad ville bli ivaretatt dersom Telenors data ble tillagt vesentlig større vekt enn det som er lagt til grunn i vedtaket.

Departementet mener på bakgrunn av ovenstående at Nkoms justeringer av datasettet er tilstrekkelig begrunnet, og er i tråd med formålet med testen som er å sikre økonomisk replikerbarhet av Telenors sluttbrukerprodukter for en effektiv, alternativ tilbyder. Testen er dermed et egnet verktøy for å føre tilsyn med etterlevelse av kravet om ikke-diskriminering som følger av markedsvedtaket. Departementet konkluderer derfor med at Telenors anførsel om at Nkom ikke har vurdert og godtgjort at justeringen reflekterer en effektiv aktør, ikke fører frem.

### **3.6.2 Har Nkom påvist at Telenor har bredde- og skalafordeler**

Telenor bestrider at Telenor har bredde- eller skalafordeler som tilsier at alle kostnadselementene under "sluttbrukerkostnader" bør korrigeres, og mener at det ikke finnes faktisk grunnlag for flere av justeringene Nkom har foretatt. Dette gjelder spesielt kostnadselementer knyttet til kundeakkvisjoner og kundeservice. Telenor skriver at her synes Nkom å ha lagt til grunn at det er "rimelig" at en effektiv alternativ tilbyder vil ha høyere kundeakkvisjonskostnader (enn Telenor) i hovedsak basert på at andre aktører har det. Telenor anfører at det ikke er vurdert eller hensyntatt at Telenor har hatt høye kostnader tilknyttet prosjektsalg. Telenor viser til at i et utbyggingsprosjekt har kundene et etablert kundeforhold når fibersalget initieres og fremdrift for leveranse og tidspunkt for idriftsetting av

tjenesten inngår i kundedialogen over en lang periode. Telenor peker også på at selskapet opererer på en infrastruktur med konkurranse.

Telenor viser videre til at selskapets leveranse av fiberaksess har lavt volum og at selskapet har satt opp egne ressurser til kundeservice og salg av disse produktene, og at disse funksjonene ikke må forveksles med Canal Digital's kundestøtte med videre. Telenor mener at det i praksis ikke har vært stordriftsfordeler i kundeservice blant annet på grunn av parallelle systemer for å betjene kundene.

Når det gjelder Telenors anførsler knyttet til bredde- og skalafordeler viser departementet til at en tilbyder som skal tilby fiberaksess gjennom grossisttilgang til Telenors fiberaksess gjør dette i konkurranse med et allerede etablert kundeforhold. Telenors salg av fiberaksess skjer derimot i hovedsak til kunder som ikke har fiberaksess fra før. Det er grunn til å tro at det er høyere salgskostnader forbundet med å etablere nye kundeforhold for fiberaksess hvis dette gjøres i konkurranse med et allerede etablerte kundeforhold enn hvis kunden ikke har fiber fra før. Departementet mener derfor at det er grunn til å anta at tilbyder som tilbyr fiber til kunder som har fiber fra før vil ha høyere salgskostnader enn en tilbyder som tilbyr fiberaksess til kunder som fra før ikke har et slikt tilbud. Til Telenors kommentar om at selskapet opererer på en infrastruktur med konkurranse, viser departementet til at det normalt sett ikke er konkurranse på infrastrukturen før bindingstiden er gått ut.

Departementet viser videre til Innstillingen hvor Nkom peker på at mottatte data viser at Telenors kostnader knyttet til kundeakkvisisjon og kundeservice er betydelig lavere enn tilsvarende kostnader for gjennomsnittet av de alternative tilbyderne Nkom har innhentet data fra. Nkom mener at dette viser at Telenor har bredde- og skalafordeler knyttet til kundeakkvisisjon og kundeservice, til tross for at Telenor hevder at det ikke har vært stordriftsfordeler mellom Canal Digital og at volumet av fibertilknytning og tilhørende TV-tjenester har vært forholdsvis lavt. Departementet støtter Nkoms vurderinger.

Departementet mener at Telenor har bredde- og skalafordeler som tilsier at alle kostnadselementene under "sluttbrukerkostnader" bør korrigeres og at det foreligger grunnlag for å justere disse kostnadene. Telenors anførsel på dette punktet fører derfor ikke frem.

### **3.6.3 Nkoms kontroll og vektlegging av andre aktørers data**

Telenor anfører at Nkom synes å legge til grunn at alternative tilbydere med egen infrastruktur ikke vil ha insentiver til å rapportere høye kostnader til Nkom fordi dette vil kunne innebære et potensielt press på sluttbrukerprisene. Telenor mener at Nkom overser at alternative tilbydere med egen infrastruktur også vil ha et insentiv til å påvirke og dempe Telenors evne og vilje til å investere i infrastruktur.

Telenor påpeker videre at selskapet gjennom lang tid har utviklet metodikk og rutiner for fordeling av kostnader i henhold til prinsipper for føring av kostnadsregnskap slik disse er

fastsatt av Nkom. Disse prinsippene ligger til grunn for utarbeidelse av produktregnskapet i Telenor, som igjen benyttes til regulatorisk rapportering. Både produktregnskapet og rapporteringen av regulatoriske regnskap til Nkom gjennomgås og bekreftes av revisor. Telenor viser til at øvrige aktører ikke er underlagt tilsvarende krav, og at det ikke finnes noen felles prinsipper for hvordan kostnadene deres skal allokeres og rapporteres i denne sammenheng. Dette innebærer, ifølge Telenor, at det er vanskelig å ettergå tallene som rapporteres og dermed kunne ha trygghet for at tallene som rapporteres er sammenliknbare. Telenor anfører i tilknytning til dette at det må stilles høyere krav til hvordan Nkom kontrollerer dataene, og til begrunnelse, når Nkom skal avgjøre om det er grunnlag for å foreta en justering av et kostnadselement i modellen.

Telenor viser også til at det følger av Vedtaket at "data som avviker mye fra Telenors og de øvrige alternative tilbydernes data, er utelatt fra datasettet". Telenor mener at nivået på beregnet sluttbrukerkost i modellen indikerer at sluttbrukerkostnaden som NextGenTel har rapportert må være særdeles høy, og anfører at NextGenTels data for sluttbrukerkostnader burde vært ekskludert fra modellen (jf. justering 6, tabell 1 i vedtaket). Selskapet anfører videre at som et minimum burde NextGenTels sluttbrukerkost vært gjennomgått svært nøye. Telenor skriver at Nkom synes å mene at tilbyder uten eget nett per definisjon har høyere kundeakkvisjonskostnader fordi NextGenTel har rapportert en salgskostnad, og at dette er tilstrekkelig begrunnelse for effektivitetsjusteringen som gjøres i modellen. At verdi i modellen fortsatt er 22,8 prosent til tross for den doble gjennomsnittsbetraktningen Nkom gjennomfører, forsterker ifølge Telenor, urimeligheten av at justeringen ikke er begrunnet.

En annen feil ved modellen er ifølge Telenor knyttet til betydningen av bruddgebyr. Telenor vant i 2015 flere kunder fra NextGenTel, og måtte i den forbindelse dekke bruddgebyret for den enkelte kunde, noe som ikke er hensyntatt av NextGenTels innrapportering av sluttbrukerkostnader til Nkom. Telenor mener at NextGenTel dermed har fått dekket deler av de innrapporterte sluttbrukerkostnadene via innbetaling av bruddgebyr, samtidig som de samme sluttbrukerkostnadene inngår i marginskvismodellen som ligger til grunn for Vedtaket. Telenor anfører at de sluttbrukerkostnadene som er inndecket av Telenor gjennom bruddgebyret ikke skulle inngått i marginmodellen.

NextGenTel viser i sin kommentar til Telenors klage at Nkom har kontrollert og verifisert de mottatte dataene, jf. punkt 5 i Vedtaket. NextGenTel viser videre til at Nkom ikke har funnet det rimelig å legge til grunn NextGenTels kostnader fullt ut i beregningen, bl.a. fordi selskapet er i en etableringsfase i fibersegmentet hvor det må påregnes noe høyere kostnader enn ellers. Ifølge NextGenTel viser dette at Nkom har foretatt en grundig verifisering av salgskostnadene til NextGenTel. NextGenTel peker også på at NextGenTel som tilgangskjøper vil ha signifikant høyere kostnader knyttet til kundeakkvisjon enn Telenor, fordi det er billigere å knytte til seg nye kunder, som ikke har fiberaksess fra før, enn å konkurrere om kunder i eksisterende kundeforhold for fiberaksess hos annen tilbyder.

Når det gjelder behandlingen av bruddgebyrer, peker NextGenTel på at nettoeffekten av inkludering av bruddgebyrene er liten som følge av vekten som er gjort i beregningene av

skuttbrukerkostnadene og NextGenTels data. NextGenTel mener at anførselen fra Telenor om at sluttbrukerkostnadene vil bli dekket to ganger bygger på en feilaktig antakelse.

Departementet viser til Telenors anførsel om at alternative tilbydere med egen infrastruktur vil ha insentiver til å rapportere høye kostnader, fordi dette kan bidra til å dempe Telenors evne og vilje til å investere i infrastruktur. Departementet anser, i likhet med Nkom jf. Innstillingen pkt. 2.5.3, at det er lite sannsynlig at alternative tilbydere er villig til å rapportere for høye kostnader for å øke prispresset på sin egen sluttbrukervirksomhet i bytte mot å oppnå redusert infrastrukturkonkurransen på sikt. Dette ville innebære at de alternative tilbyderne frivillig indirekte medvirket til press på sluttbrukerprisene for å bidra til at Telenors fikk lavere investeringsinsentiver. En slik strategi ville ha likhetstrekk med predasjonsprising, det vil si å prise lavt (under kostnad) for å presse konkurrenter ut av markedet. Departementet er enig med Nkom i at dersom en slik strategi skulle lykkes i det norske markedet, vil det synes nødvendig at de alternative tilbyderne koordinerer sin rapportering, og dermed kan opptre som et kartell. Nkom har, som det fremgår av vedtaket, ingen holdepunkter på at dette har skjedd.

Når det gjelder Telenors syn på Nkoms kontroll av dataene, viser departementet til at alle dataene som Nkom har mottatt blir verifisert og kontrollert i henhold til metoden beskrevet i Vedtaket pkt. 5. Departementet viser videre til at data som fraviker uforholdsmessig mye fra Telenors eller de øvrige alternative tilbydernes data, er utelatt fra datasettet. Videre fremgår det av vedtaket at kontrollen av dataene har medført at Nkom i flere omganger har mottatt oppdaterte og nye data. Departementet har merket seg Telenors bekymring over at det ikke er etablert noen felles prinsipper for hvordan de øvrige aktørenes kostnader skal allokeres. Etter departementets vurdering er det liten grunn til å tro at den samlede datarapporteringen fra aktørene skulle inneholde noen systematisk under- eller overrapportering, jf. vurderingene (ovenfor) knyttet til ulike insentiver for bevisst feilrapportering. Selv om det kan være en viss usikkerhet knyttet til om aktørene har lagt samme forståelse til grunn for hva disse kostnadskategoriene skal omfatte, mener departementet at denne usikkerheten er såpass liten at den ikke tilsier at rettevedtaket skal endres. Vi viser også i denne sammenheng til kravet Nkom har stilt til en effektiv alternativ operatør er 20 prosent markedsandel av de tilgjengelige aksessene på ODP'er med mer enn 1 000 tilkoblinger. Kravet må anses for å være forholdsvis konservativt sett i lys av hvilken markedsandel alternative operatører har oppnådd basert på kjøp av tilgang og hva som ellers er vanlig å legge til grunn. Vi viser videre til at når Telenors sluttbrukerinntekter benyttes i marginskvismodellen innebærer dette i seg selv en innebygget konservativ tilnærming. Alternative tilbydere kan trolig i praksis ikke oppnå tilsvarende priser i sluttbrukermarkedet som Telenor, gitt Telenors lange tilstedeværelse i det norske markedet. Den konservative innretningen til modellen innebærer etter departementets oppfatning en "sikkerhetsmargin" som vil oppveie for eventuell usikkerhet forbundet med de innrapporterte dataene. Departementet mener på denne bakgrunn at Telenors anførsel vedrørende kontroll av kostnadsdata ikke kan tas til følge.

Departementet viser videre til Telenors anførsel vedrørende NextGenTels data. Telenor peker, som omtalt over, på at nivået på beregnet sluttbrukerkost i modellen indikerer at sluttbrukerkostnaden som NextGenTel har rapportert må være særdeles høy. Telenor mener på denne bakgrunn, og med henvisning til pkt. 5 i Vedtaket, at NextGenTels data burde vært ekskludert fra modellen. Det fremkommer imidlertid av Innstillingen at alle data er blitt verifisert og kontrollert i henhold til metoden beskrevet i rettevedtaket i kapittel 5. Nkom viser videre til at gjennomgangen av NextGenTels data viser at NextGenTel har betydelig høyere kostnader knyttet til kundeakkvisisjon enn de øvrige tilbydere, og at NextGenTel er den eneste tilbyderen som inngår i datagrunnlaget som ikke har egen fiberinfrastruktur. Nkom konkluderer på bakgrunn av dette med at det er rimelig å legge til grunn at en tilbyder som opererer på en infrastruktur med konkurranse har høyere akkvisjonskostnader enn tilbydere med egen infrastruktur. Departementet er enig i denne vurderingen.

Når det gjelder spørsmålet om NextGenTels data burde vært ekskludert fra datasettet og at Telenors anførsel om at Nkoms konklusjon mangler reell begrunnelse, er det departementets oppfatning at NextGenTels data, etter å ha vært kontrollert av Nkom, i praksis gir det beste grunnlaget for å justere sluttbrukerkostnadene i modellen, selv om det ville ha vært ønskelig at datasettet besto av flere tilgangskjøpere. Departementet mener likevel at det at det kun foreligger data fra NextGenTel i seg selv ikke gjør data fra denne tilbyderen irrelevant, og at det således ikke er grunnlag for å ekskludere NextGenTels data fra modellen. Vi viser for øvrig til vurderingene ovenfor knyttet til kontrollen av de rapporterte dataene over.

Departementet har vurdert spørsmålet om Nkoms behandling av bruddgebyrer. Etter departementets oppfatning må bruddgebyrer, sett fra den som mottar bruddgebyrene, anses å være en kompensasjon for bortfall av inntekter. For den tilbyderen som eventuelt betaler slike bruddgebyrer til den avgivende tilbyderen vil bruddgebyrer måtte være å anse som en kostnad forbundet med å etablere et nytt (eller beholde et eksisterende) kundeforhold. Eventuelle kostnader til bruddgebyrer bør, etter departementets oppfatning, derfor inkluderes i modellen som en sluttbrukerkostnad. Dette gjelder både bruddgebyrer betalt av Telenor og eventuelle bruddgebyrer betalt av andre tilbydere som modellen henter data fra.

Departementet kan ikke se at det vil være korrekt å trekke bruddgebyrene fra kostnadene til den tilbyderen som mottar bruddgebyr. Bruddgebyret er som nevnt over å anse som en kompensasjon for bortfall av inntekt og bidrar ikke, etter departementets syn, til reduserte kostnader hos den avgivende tilbyderen. Videre vil departementet peke på at dersom bruddgebyret, i dette tilfellet, skulle trekkes fra NextGenTels inntekter, ville dette innebære at Telenor hadde fått et uheldig insitament til å overta flere kunder gjennom å betale bruddgebyr, fordi dette i sin tur ville føre til at marginskvistesten ga et bedre resultat sett fra Telenors ståsted. Departementet har på dette grunnlag kommet til at Telenors anførsel vedrørende bruddgebyrer ikke kan tas til følge.

### **3.6.4 Delkonklusjon**

Departementet har foreløpig behandlet Telenors innsigelser som knytter seg til selve vedtaket av 9. mai, jf. Telenors klage av 31. mai 2016. Basert på vurderingene over konkluderer departementet med at Telenors innsigelser som knytter seg til selve rettevedtaket av 9. mai. 2016, jf. Telenors klage av 31. mai 2016, ikke fører frem.

## **3.7 Feil i tallgrunnlaget**

### **3.7.1 Beskrivelse av feilens art og konsekvenser**

Størrelsen på rettekravet i Nkoms rettevedtak av 9. mai 2016 (minimum 16,9 prosent) ble fastsatt etter gjennomføring av marginskvistesten som i sin tur var fastsatt i det tidligere Marginskvisvedtaket. I brev av 30. november 2016 opplyste Nkom at de hadde oppdaget en feil ved gjennomføringen av testen. I testen hadde man lagt til grunn at tilgangskjøper kun skulle betale for multicastkapasitet for det tilkoblingspunktet som mottar tilgangskjøperens kanalpakker. Det korrekte ville imidlertid ha vært å lagt til grunn at alle ODPer (tilkoblingspunkter) i marginskvistesten ble belastet for kostnader til multicastkapasitet.

Ved fastsettelsen av en marginskvismodell foretas det skjønnsmessige vurderinger. Det gjøres også enkelte skjønnsmessige vurderinger når det avgjøres hvilke forutsetninger som skal legges til grunn i den konkrete anvendelsen av modellen. Resultatet av den konkrete anvendelsen etter at de tilpassede dataene er matet inn, fremkommer derimot uten bruk av skjønn. Departementet mener derfor at det ikke er tvilsomt hva som ville vært det korrekte resultatet dersom riktige tall hadde blitt anvendt i modellen ved gjennomføringen av marginskvistesten.

Det legges til grunn at konsekvensen av den aktuelle feilen er at rettekravet ble satt 7,8 prosentpoeng lavere enn det skulle ha vært dersom riktig forståelse av prisingen for multicastkapasitet hadde blitt brukt. Feilen ble korrigert i Nkoms nye rettevedtak av 21. februar 2017, og kan derfor anses som avhjulpet med virkning fremover i tid. Det feilaktige rettekravet har imidlertid hatt virkning i en periode mellom da rettevedtaket ble fattet den 9. mai 2016 og frem til feilen ble korrigert.

Formelt sett retter det feilaktige vedtaket seg mot Telenor, men i realiteten har vedtaket betydning også for NextGenTel, og det har samfunnsmessige konsekvenser. For Telenor har feilen ført til at selskapet har kunnet ta priser for å gi tilgang til fiberaksess som ligger 7,8 prosentpoeng over grensen som en korrekt marginskvis ville ha gitt anvisning på. Ettersom Telenor rent faktisk har benyttet seg av muligheten til å ta de prisene som feilen ga anledning til, har Telenor på grunn av feilen fått en fortjeneste de ikke ville hatt dersom den korrekte prisen for multicastkapasitet hadde vært lagt inn i marginskvismodellen.



For NextGenTel innebærer feilen at de i en periode har mistet fordelene av de prisvilkårene som selskapet ifølge reguleringen skulle ha hatt fra 23. mai 2016. På en side kan man hevde at retttekravet, selv om det ble satt for lavt, ikke hindret NextGenTel i å fremforhandle lavere priser enn det Telenor var pålagt å gi i denne perioden, og at feilen derfor ikke har påvirket dem direkte. På den annen side har reguleringen allerede slått fast at Telenor har sterk markedsstilling og i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter. Dette trekker i retning av at det kan ha vært vanskelig for NextGenTel å fremforhandle lavere priser. Det må derfor legges til grunn at det feilaktige retttekravet har hatt konkret betydning for NextGenTel på den måten at de har betalt mer enn de ellers hadde gjort dersom et korrekt retttekrav var blitt pålagt Telenor. Det vises til at NextGenTel faktisk endte opp med å betale de prisene som det feilaktige retttekravet ga anvisning på.

Når det gjelder feilens virkninger for samfunnet, vises det til marked-5 vedtaket der det fremgår at prisdiskriminering mellom egen og ekstern virksomhet kan utgjøre et konkurranseproblem, fordi det kan føre til at kostnadene for Telenors konkurrenter blir høyere enn for Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Konkurrentene kan dermed komme i såkalt marginsskvis. Marginsskvis innebærer at Telenors konkurrenter ikke kan oppnå rimelig avkastning og dermed står i fare for å bli presset ut av markedet. Når Telenor i en periode har kunnet ta høyere pris enn det en korrekt gjennomføring av marginsskvistesten tilsier, innebærer dette i praksis at selskapet har kunnet sette konkurrenter i det aktuelle markedet i en marginsskvis. Feilen kan derfor også ha vært skadelig for offentlige interesser, og den vil kunne ha denne effekten inntil den eventuelt blir korrigeret.

### **3.7.2 Feilens rettsvirkning**

Spørsmålet for departementet er hvilke virkninger det skal tillegges at marginsskvistesten ble gjennomført med feil i tallgrunnlaget, dvs. hvilke virkning det skal få at det nivået for retting som ble fastsatt i Nkoms vedtak, ble for lite omfattende.

Departementet finner at forvaltningslovens § 34 tredje ledd første punktum ikke kommer til anvendelse. Departementet kan likevel omgjøre vedtak på eget tiltak, jf. § 35 i forvaltningsloven. Av første ledd bokstav c følger at et vedtak kan omgjøres dersom "vedtaket må anses ugyldig." Det er ingen tvil om at feil i de faktiske premissene for et vedtak kan lede til ugyldighet. I den nærmere vurderingen viser departementet først til forvaltningsloven § 41. Bestemmelsen gir uttrykk for at et vedtak kan være gyldig på tross av sine feil.

Prinsippet kommer også til anvendelse ved svikt i premissene for en avgjørelse til tross for formelt korrekt saksbehandling.<sup>5</sup> Av dokumentene i vår sak fremgår det at Nkoms rettevedtak ble fattet på feil faktisk grunnlag når det gjelder beregningen av prisene for multicastkapasitet. Det er etter departementets mening ikke tvilsomt at feilen ved beregning av kostnader til multicastkapasitet har påvirket innholdet i retttekravet. Dette innebærer at vedtaket ikke kan anses som gyldig på grunnlag av forvaltningsloven § 41.

---

<sup>5</sup> Se lovkommentar i rettsdata note 1045

Selv om et vedtak ikke kvalifiserer som gyldig etter regelen i forvaltningsloven § 41, kan det likevel måtte anses gyldig i medhold av ulovfestede normer. Dette kan for eksempel være aktuelt når en ugyldighetsvirkning er til skade for den vedtaket først og fremst retter seg mot. I slike tilfeller åpnes det for en nyansert vurdering av spørsmålet om ugyldighet.<sup>6</sup> En slik vurdering må gjøres i vår sak.

Som innledning til vurderingen behandler departementet Telenors anførsel om at ugyldighet i denne saken rettslig sett vil bety at rettevedtaket faller bort i sin helhet. Departementet er ikke enig i dette. Utgangspunktet er at «ugyldighet» er en betegnelse som dekker en rekke forskjellige rettsvirkninger ("koblingsord"). Her vil det være en forskjell mellom hva slags type vedtak som fattes og i hvilken forbindelse rettsspørsmålet oppstår.<sup>7</sup> Ugyldighet spiller da rollen som navn på et resultat, og ikke et argument i de reelle overveielserne.

Der et vedtak må anses *ugyldig* er hovedregelen at *ugyldigheten bare rekker så langt* som ugyldighetsgrunnen tilsier.<sup>8</sup> Det kan her også vises til Graver som skriver at "*hva som blir rettsfølgene av at det foreligger en ugyldighetsgrunn, vil være avhengig av hva slags vedtak vi står overfor, hva slags feil det er beheftet med og andre omstendigheter i tilknytning til saken.*"<sup>9</sup> Det er derfor klart at feilens karakter må være avgjørende for hvilken rettsvirkning den bør få, og det er ikke grunnlag for å hevde at et ugyldig vedtak faller bort i sin helhet.

Som nevnt fikk den aktuelle feilen i marginskvistestens tallgrunnlag som konsekvens at kravet om retting av priser ble satt 7,8 prosentpoeng for lavt. Feilen er med andre ord ikke at marginskvistesten aldri skulle vært gjennomført, men at vedtaket skulle ha vært noe mer omfattende. Det er så vidt departementet kan se ingen indikasjoner på at feilen har fått konsekvenser for innholdet og konklusjonen i rettevedtaket utover dette, eller at vedtaket er beheftet med andre feil.

Departementet går videre i ugyldighetsvurderingen. Den aktuelle feilen er avhjulpet med virkning fremover i tid, og det reelle spørsmålet blir om vedtaket kan omgjøres på bakgrunn av ugyldighet med virkning fra 23. mai 2016. Telenor anfører i denne sammenheng at ugyldighet i den foreliggende saken ikke under noen omstendigheter kan gis virkning fra 23. mai 2016, men vil måtte gjelde fra det tidspunktet partene blir underrettet om det.

Et utgangspunkt er at enkeltvedtak som hovedregel ikke skal virke tilbake til skade for partene. Dette kommer blant annet til uttrykk hos Eckhoff/Smith<sup>10</sup>, 2014 s. 480 som uttaler at det "som regel" ikke vil være adgang til å omgjøre et ugyldig vedtak og gi det tilbakevirkende kraft. I sitt kapittel om ugyldige vedtak skriver Graver at hvis "omgjøring får konsekvenser bakover i tid eller er til skade for en part som har innrettet seg etter vedtaket, og ikke hensynene til andre parter eller til det offentlige tilsier det, foreligger neppe noen plikt til

---

<sup>6</sup> Se Woxholt, Forvaltningsloven med kommentarer, s.647

<sup>7</sup> Se Frihagen, Forvaltningsrett. Bind III (1991) s. 176-177.

<sup>8</sup> Se Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 10.utgave, side 475

<sup>9</sup> Se Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 4.utgave, side 541

<sup>10</sup> Se Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 10.utgave, s 480

omgjøring."<sup>11</sup> Frihagen skriver at forvaltningen "vil kunne ha en viss adgang til å treffe tilbakevirkende vedtak til skade for partene "<sup>12</sup> Også i rettspraksis finner man støtte for et slikt synspunkt. Ved bedømmelsen av forskriftene om regional transportstøtte i Rt.1992 s.182 understreket retten at det ved tilbakevirkningsspørsmålet må skje en "konkret vurdering ". At bestemmelsen om bortfall av støtte for allerede utførte transportert var tilbakevirkende til skade for de berørte var altså i seg selv ikke avgjørende.

Samlet sett tolker departementet de overnevnte uttalelsene til støtte for at virkningstidspunktet for et omgjøringsvedtak med hjemmel i § 35 første ledd bokstav c i enkelte tilfeller kan settes til det som følger av det opprinnelige vedtaket. Relevante faktorer er bl.a. vedtakets art, hvilket område som reguleres, hvilken hjemmelslov som anvendes. Her kan det trekkes en parallell til Frihagens eksempel om at et vedtak om beskatning som faller bort på grunn av ugyldighet, ikke kan lede til at man ikke kan eller skal beskattes for den aktuelle terminen i det hele tatt.<sup>13</sup>

Departementet legger i det følgende til grunn at spørsmålet om det i denne saken er grunnlag for å gi omgjøringsvedtaket virkning fra 23. mai 2016 vil måtte avgjøres basert på en konkret vurdering hvor det legges vekt på partenes forventninger og hvilke virkninger et eventuelt omgjøringsvedtak vil ha for partene, i tillegg til offentlige interesser.

Ovenfor i punkt 3.7.1 ble det redegjort for de konsekvenser den aktuelle feilen har hatt for NextGenTel. Et moment av særlig betydning i spørsmålet om omgjøring med retting fra vedtakstidspunktet er at NextGenTel har vært uvitende om feilen, og derfor ikke hatt en reell klagemulighet. I denne sammenheng er det et moment at "... myndighetene (...) står noe friere der hvor det er et motpartsforhold, slik at endring til skade for den ene vil bøte på uheldige virkninger for den andre."<sup>14</sup> Dette kommer til uttrykk i Rt. 1960 s. 693. Saken gjaldt leieforhold slik at huseiernes interesser sto mot leieboernes. I lagmannsretten dom ble det uttalt at "likeså litt som leieboerne kan kreve opprettholdt et vedtak om reduksjon av leien, likeså litt har gårdeieren krav på at vedtaket om dispensasjon fra 10 pst. nedslaget skal bli stående".

Hensynet til reguleringen av markedet taler også for at en omgjøring gis virkning fra det opprinnelige tidspunktet for rettevedtaket. Det vises til hensynet bak ekomloven § 10-12 om tilbakebetaling der en tilbyder har betalt overpris i forhold til en prisforpliktelse. Her legges det vekt på at dersom rettetidspunktet kan settes til et annet enn vedtakstidspunktet, så gir det netteier et insitament til å sette riktigere priser fra starten av.

En omgjøring med virkning fra 23. mai 2016 vil føre til at den øvre prisgrensen for hva Telenor har kunnet kreve for å gi tilgang til deres fiberaksess i den aktuelle perioden reduseres med 7,8 prosentpoeng. Etttersom de prisene Telenor faktisk har tatt i denne perioden følger den feilaktige maksimalprisgrensen, vil en omgjøring føre til at Telenor må

---

<sup>11</sup> Se Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 4.utgave, s 544

<sup>12</sup> Se Frihagen, Forvaltningsrett, 4.utgave, s 56

<sup>13</sup> Se Frihagen, Forvaltningsrett, 4.utgave, s.181-182

<sup>14</sup> Se Frihagen, Forvaltningsrett, 4.utgave, s. 53

fralegge seg den merinntekten ("berikelsen") man har hatt i perioden. Det må derfor vektlegges at en slik omgjøring vil ha en negativ effekt for Telenor.

Spørsmålet er likevel hvordan hensynet til Telenor bør vektlegges i forhold til de andre hensynene som gjør seg gjeldende i denne saken. I denne sammenheng blir det relevant å spørre i hvilken grad Telenor kan sies å ha hatt en berettiget forventning om at vedtaket fra 9. mai ikke skal kunne omgjøres med virkning fra 26. mai 2016.

Telenor ble i brev den 30. november 2016 opplyst om at Nkom hadde oppdaget den aktuelle feilen og at det derfor kunne bli aktuelt med en omgjøring av rettevedtaket til skade for Telenor. Slik departementet vurderer det, er det i høyden Telenors forventninger i perioden mellom rettevedtaket ble fattet den 9. mai 2016 og den 30. november 2016 som eventuelt kan kvalifisere som berettigede.

Videre er det enkelte forhold som taler mot at Telenor i denne perioden har hatt en berettiget forventning om at rettevedtaket kan omgjøres til skade for dem med virkning fra vedtakets ikrafttredelsesdato. Det er for det første tvilsomt om slike forventninger kan begynne å løpe før etter tremånedersfristen i forvaltningsloven § 34 er utløpt. For det andre er Nkoms vedtak ikke trådt i kraft med den følge at Telenor ikke har hatt grunn til å innrette seg etter Nkoms vedtak før departementet fatter klageavgjørelse i saken.

For det tredje er det relevant å vurdere om Telenor har hatt en aktiv eller passiv rolle i at opplysningene Nkom bygget sitt vedtak på ikke er riktige, og om selskapet kan bebreides for at feilen ikke ble oppdaget tidligere. I så fall kan selskapet neppe ansees for å ha berettigede forventninger om at vedtaket ikke omgjøres.

Det fremgår av rettevedtaket at Telenor, i sine kommentarer til Nkoms varsel om retting, oppfordrer Nkom til å kontrollere at kostnaden til multicastkapasitet er korrekt beregnet. Nkom skriver i sin tilleggsinnstilling at de anser det som "rimelig å legge til grunn at det forholdet som foranlediget Telenors oppfordring ... knytter seg til det samme forholdet som Nkom senere avdekket " Til støtte for dette viser Nkom blant annet til at Telenor i sitt svarbrev til Nkom 11. januar 2017, ga uttrykk for at WIK Consult, konsultentselskapet som Nkom benyttet ved utvikling av marginskvismodellen, hadde forstått hvordan Telenor tok betalt for tilgang til multicaskapasitet. Nkom mener Telenor her implisitt gir uttrykk for at det ved den tekniske utviklingen av modellen hadde vært en problemstilling hvordan denne kalkuleringen skulle forstås. Nkom mener det har formodningen mot seg at Telenor, ved senere gjennomgang av marginskvismodellen, ikke har kunnet konstatere at modellen ikke beregner kostnader til multicastkapasitet på samme måten som Wik, ifølge Telenor, hadde forstått som den korrekte. Nkom mener på bakgrunn av dette at Telenor burde ha vært tydeligere på hva det underliggende forholdet faktisk besto i, og at feilen ville blitt avdekket dersom de hadde gjort dette.

Nkom stiller i brev til Telenor den 19. desember 2016 spørsmål om hvorfor selskapet ikke presiserte hva som faktisk var feil i beregningen av multicastkapasitet verken i forbindelse

med varselet eller i etterkant av at rettevedtaket ble fattet. Telenor hevder at deres fokus på dette tidspunktet var rettet mot det rettslige grunnlaget for varsel og vedtak om retting, samt de effektivitetsjusteringer Nkom foretok. Telenor påpeker også at det ikke er noe i Telenors dialog med Wik Consult i forkant av rettevedtaket som skulle tilsi at Telenor skulle ha grunn til å mistenke at selve prisingsprinsippet for multicastkapasitet ikke var riktig forstått.

Når det gjelder tiden etter at rettevedtaket ble fattet, og hvorfor Telenor ikke på dette tidspunktet påpekte hva som var feil, viser Telenor til at Nkom i rettevedtaket skriver at Nkom "ikke har avdekket feil i beregninger eller i verdiene som ligger til grunn for beregningene". Videre viser Telenor til at deres fokus var rettet mot å underbygge deres rettslige klagepunkter, samt utarbeide anmodning om utsatt iverksetting og foreta nødvendige interne forberedelser av grunnlaget for prisbeslutning for faktisk etterlevelse av rettevedtaket. Telenor hevder å ha vært i god tro etter at Nkom fattet rettevedtaket og at det ikke er grunnlag for å klandre selskapet for at Nkom ikke oppdaget feilen tidligere.

Basert på en gjennomgang av Nkoms og Telenors redegjørelser av de forhold som ledet opp til feilen og på korrespondansen mellom partene for øvrig, mener departementet at det er momenter i saken som tyder på at Telenor på et tidlig tidspunkt kan ha vært klar over feilen. Telenors oppfordring til Nkom om å kontrollere beregningen av kostnadene til multicastkapasitet, tilsier at det i det minste må ha fremstått som en mulighet at det eksakte priskravet som fulgte av rettevedtaket ikke var korrekt. Dette svekker styrken av den forventningen Telenor med rimelighet kan sies å ha hatt til at rettevedtaket ikke skulle bli gjenstand for omgjøring.

Basert på en samlet vurdering mener departementet at Telenor ikke har hatt en berettiget forventning som med særlig styrke taler mot at rettevedtaket kan omgjøres med virkning fra rettevedtakets virkningstidspunkt. Det legges blant annet vekt på at problemstillingen var kjent for Telenor, og at feilen i tallgrunnlaget var synbar.

Generelt vil departementet også påpeke at rettekravet som ble vedtatt er en del av en periodisk og dynamisk regulering av markedet for fiberaksess. Endringen som følger av det aktuelle Marginskvisvedtaket gjelder kun for et relativt kort tidsrom, noe som til en viss grad begrenser hvor stor negativ effekt Telenor kan sies å bli påført ved en endring av vedtaket, slik at vedtaket også for perioden fra 23. mai 2016 gir det objektivt riktige resultat.

Etter en samlet vurdering av momentene over mener departementet at rettevedtaket "må anses ugyldig", jf. § 35 første ledd bokstav c. Det er hjemmel til å fatte et omgjøringsvedtak som korrigerer feilen i rettevedtaket slik at den korrekte prisen for multicastkapasitet legges til grunn for rettekravet. Avgjørende for denne vurderingen er hensynet til NextGenTel som aktør i markedet, og hensynet til de offentlige interessene som vedtatt sektorregulering er ment å ivareta. Sentralt i denne vurderingen er også hensynet til at en slik løsning sørger for at saken får det som må anses som et riktig utfall.

Til slutt vil departementet knytte noen merknader til Telenors anførsel om at spørsmålet om tilbakevirkende kraft kun vil være aktuelt dersom rettevedtaket omgjøres i medhold av forvaltningsloven § 35 femte ledd. Selskapet bestrider at vilkårene etter denne bestemmelsene skulle være tilstede.

Departementet viser her til Frihagen hvor han skriver «... meningene delte om vedtaket her vil kunne omgjøres, og om det i tilfelle skal bygges på at vedtaket er ugyldig eller på ulovfestede prinsipper for omgjøring ellers»<sup>15</sup>. Dette viser at det kan være ulike meninger om hva som er den mest treffende hjemmelen å bygge omgjøring av et vedtak på.

Departementet er av den oppfatning at interesseavveiningen etter § 35 femte ledd og den nærmere vurderingen som allerede er gjort etter § 35 første ledd bokstav c i stor grad er sammenfallende i denne saken. Departementet mener derfor at omgjøring av vedtaket med virkning fra vedtakstidspunktet også kan gjøres med hjemmel i § 35 femte ledd.

#### **4 Vedtak**

Samferdselsdepartementet fatter med hjemmel i ekomloven § 11-6, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd c, jf. femte ledd slikt vedtak:

Rettekravet som følger av Nkoms vedtak om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess av 9. mai 2016 omgjøres fra 16,9 prosent til 24,7 prosent med virkning fra 23. mai 2016. I henhold til Nkoms korrigerede marginskvismodell pålegges Telenor å redusere de samlede grossistprisene med 24,7 prosent sammenlignet med de samlede grossistprisene før vedtakstidspunktet med virkning fra 23. mai 2016.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages videre, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd og forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

#### **5 Etteroppgjør**

Departementet viser til at Telenor i klage av 25. mai 2016 ba om utsatt iverksetting av Nkoms vedtak fra 9. mai 2016. Samferdselsdepartementet kom etter en avveining av de samlede hensyn ved beslutning 2. juni 2016 til at det var grunnlag til å etterkomme Telenors anmodning om utsatt iverksetting. Det ble satt som vilkår for utsettelsen at Telenor opprettet en sperret konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet, der selskapet fra og med 6. juni 2016 og inntil klagesaken var avgjort av departementet ved hver fakturering overførte differansen mellom omsetning for den gjeldende grossistpris og den lavere grossistpris som fulgte av rettevedtaket fra 9. mai 2016. På bakgrunn av at Samferdselsdepartementet nå har avgjort klagesaken vil departementet oppheve sperringen av den pantsatte kontoen og frafalle pantet under forutsetning av at Telenor, så snart som mulig, tilbakebetaler innstående beløp på kontoen i sin helhet til Nextgentel, inkludert eventuelle renteinntekter.

---

<sup>15</sup> Se Frihagen, Bind III, s. 35

Med hilsen

Heidi Kvalvåg (e.f.)  
avdelingsdirektør

Tarald Green-Stensrud  
førstekonsulent

*Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer*

Kopi  
Nasjonal kommunikasjonsmyndighet  
NextGenTel AS