



Samferdselsdepartementet  
Postboks 8010 Dep.  
0030 OSLO

Vår ref.: 1501017 -  
Vår dato: 6.3.2017

Deres ref.:  
Deres dato:

Saksbehandler:

## **Tilleggsinnstilling etter klage fra Telenor på vedtak 9. mai 2016 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess i marked 5**

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) viser til klage fra Telenor ASA (Telenor) datert 30. mai 2016 på Nkoms vedtak 9. mai 2016 og vår innstilling datert 29. juni 2016. Nkom viser videre til vårt brev til Samferdselsdepartementet (SD) av 30. november 2016 vedrørende endring av kostnader til multicastkapasitet i marginskvismodellen for fiberbasert bredbåndsaksess, dialog i sakens anledning og til vårt pålegg om retting overfor Telenor datert 21. februar 2017.

### **1. Bakgrunn**

Telenor ble i Nkoms vedtak 20. januar 2014 utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for Bredbåndsaksess (marked 5-vedtaket) og pålagt en rekke særskilte forpliktelser, herunder krav om ikke-diskriminering. Nkom fattet 27. august 2015 vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess (marginskvisvedtaket). Vedtaket ble pålagt av Telenor 17. september 2015 og opprettholdt av SD i klagevedtak datert 28. juni 2016.

Nkom fattet vedtak om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert Bredbåndsaksess 9. mai 2016 («rettevedtaket fra 2016» eller «rettevedtaket»). Telenor pålagt vedtaket 30. mai 2016 og ba om at vedtaket skulle gis utsatt iverksettelse. SD ga på nærmere vilkår utsatt iverksettelse av Rettevedtaket i beslutning datert 2. juni 2016. Nkom innstilte i brev av 29. juni 2016 på at SD skulle opprettholde pålegget om retting. Klagen er for tiden til behandling hos departementet.

Telenor ble i rettevedtaket pålagt å rette tilgangsprisene slik at marginskvistesten fremviser et resultat større eller lik null. Det fremgår av rettekravet at Telenor, for å oppfylle dette kravet, må redusere de totale grossistkostnadene med minst 16,9 %.

Nkom redegjorde i brev til SD av 30. november for at kostnaden for tilgang multicastkapasitet ikke var beregnet korrekt i rettevedtaket av 2016 og ga en angivelse av hvordan feilen hadde påvirket rettekravet. Nkom ga videre uttrykk for at forholdet reiser problemstillinger knyttet til eventuell omgjøring av rettevedtaket, og at vi ikke hadde konkludert på hvordan vi mente forholdet burde håndteres.

Nkom fattet nytt vedtak om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert Bredbåndsaksess, 21. februar 2017 («rettevedtaket fra 2017» eller «det nye rettevedtaket»). Det nye pålegget om retting tar innover seg feilen i rettevedtaket av 2016 i den forstand at rettingspålegget bygger på en korrekt beregning av kostnader til multicastkapasitet. Virkningstidspunktet for det nye vedtaket er 28. mars 2017.

Nkom vil i dette brevet gi vår tilrådning til håndtering av feilen ved departementets behandling av Telenors klage på rettevedtaket fra 2016.

## 2. Kort om faktum og overordnet problemstilling

Nkom har i brevet av 30. november 2016 redegjort for det faktiske innholdet i feilen i rettevedtaket hva gjelder beregning av kostnader for tilgang til multicastkapasitet. Innholdet i feilen er også omtalt i vårt pålegg om retting datert 21. februar 2017. Det fremgår der at Nkom i rettevedtaket fra 2016 la til grunn en feilaktig forutsetning ved beregning av kostnader til multicastkapasitet ved gjennomføringen av marginskvistest. Den feilaktige forutsetningen bestod konkret i at modellen la til grunn at tilgangskjøper skulle betale for multicastkapasitet på én ODP, mens det korrekte er at tilgangskjøper skal betale denne kostnaden på alle ODP'er hvor tilgangskjøperen er tilkoblet. Nkom viser for øvrig til brevet av 30. november for en mer detaljert fremstilling av det faktiske innholdet i feilen.

I brevet redegjorde Nkom også for vår dialog med Telenor knyttet til å få klarhet i hvordan kostnader til multicastkapasitet korrekt skal beregnes. Det fremgår der at Nkom i e-post til Telenor 11. november 2016 presiserte vår reviderte forståelse av hvordan slike kostnader skal beregnes på bakgrunn av Telenors tilgangsavtale og at vi ba om en bekreftelse på om forståelsen var korrekt. Telenor bekreftet Nkoms forståelse i e-post 14. november 2016. Nkom legger således til grunn at det ikke er omstridt at kostnader til multicastkapasitet er beregnet feil i rettevedtaket av 2016.

Som vist til ovenfor er feilen i rettevedtaket av 2016 korrigert i Nkoms nye rettevedtak av 21. februar 2017. Feilen er således avhjulpet med virkning fremover i tid. Den overordnede problemstillingen som Nkom skal ta stilling til blir dermed om og i så fall på hvilket grunnlag, feilen kan avhjelpes tilbake i tid. Gitt at SDs vedtak i klagesaken ikke foreligger før virkningstidspunktet for Nkoms nye rettevedtak, blir spørsmålet om feilen kan avhjelpes i perioden fra virkningstidspunktet for Nkoms rettevedtak av 2016 til virkningstidspunktet for Nkoms nye rettevedtak fra 2017. De nærmere problemstillingene blir etter dette om rettevedtaket fra 2016 kan omgjøres og dernest om et eventuelt omgjøringsvedtak kan få virkning fra virkningstidspunktet til det nevnte rettevedtaket.

### 3. Nkoms vurderinger

#### 3.1. Omgjøringsgrunnlag

##### Omgjøring etter forvaltningsloven § 34

Som vist til ovenfor er Telenors klage på Nkoms rettevedtak av 2016 til behandling hos departementet. Klageinstansens kompetanse er regulert i forvaltningsloven (fvl.) § 34. Som klageinstans kan SD prøve alle sider av et påklaget vedtak, jf. fvl. § 34 andre ledd. Bestemmelsens tredje ledd oppstiller imidlertid flere beskrankninger på klageinstansens kompetanse til å endre et vedtak *til skade* for klager.

Som vist til ovenfor, påklaget Telenor Nkoms rettevedtak av 2016 i klage datert 30. mai 2016. Et første spørsmål blir om en endring av rettevedtaket som avhjelper feilen med hensyn til beregning av kostnader til multicastkapasitet, er å anse som en endring *til skade* for Telenor.

Det følger av Nkoms brev av 30. november 2016 at en riktig beregning av den aktuelle kostnadsposten, ville medført et økt rettingskrav med 7,8 prosentpoeng. En korrekt beregning av kostnadene til multicastkapasitet ville således føre til at Telenor ville bli pålagt å redusere tilgangsprisene utover det som følger av pålegget om retting. En omgjøring av vedtaket som avhjelper feilen i rettevedtaket, vil dermed sette Telenor i en mindre gunstig posisjon enn Nkoms pålegg om retting. Nkom legger i det videre til grunn at en slik endring av Nkoms vedtak er å anse som en endring til skade for Telenor.

Et neste spørsmål blir om forvaltningsloven § 34 gir SD kompetanse til å omgjøre pålegget om retting til skade for Telenor. Klageinstansens kompetanse til å endre et vedtak til skade for klager, er etter § 34 tredje ledd første punktum avgrenset til tilfeller der klagers interesser finnes å måtte vike for hensynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser. Kompetansen er etter samme ledd andre punktum betinget av at klageinstansen har sendt klager melding om slik endring innen 3 måneder etter at underinstansen mottok klagen. Tremånedersfristen har

utløpt og SD har således ikke omgjøringskompetanse på dette grunnlaget. Det er således heller ikke foranledning til å foreta en slik interesseavveining som bestemmelsen gir anvisning på.

Det følger av forvaltningsloven § 34 tredje ledd siste punktum at begrensningene i klageinstansens omgjøringskompetanse som følger av første og andre punktum likevel ikke gjelder dersom vedtaket også er påklaget av annen klager, og klageinstansen finner at denne klagen er begrunnet. Nkoms rettevedtak av 2016 er kun påklaget av Telenor og det foreligger dermed ingen motstående klage som kunne gitt grunnlag for omgjøringskompetanse til skade for klager. Den absolutte fristen etter fvl. § 31 tredje ledd for oversitting av klagefristen, utløper imidlertid først ett år etter av Nkoms rettevedtak ble fattet.

Nkom konkluderer etter dette med at det ikke foreligger grunnlag etter fvl. § 34 for SD til å avhjelpe feilen i rettevedtaket for den aktuelle perioden.

#### Omgjøring etter forvaltningsloven § 35

Forvaltningsloven § 35 regulerer kompetanse til omgjøring av vedtak uten klage. At kompetansen etter ordlyden gjelder omgjøring av vedtak «uten klage», innebærer ikke at omgjøringskompetansen etter bestemmelsen er avskåret alene på det grunnlag at det aktuelle vedtaket er påklaget. Derimot skal henvisningen forstås som at omgjøringskompetansen gjelder utenfor rammen av klagereglene etter fvl. § 34<sup>1</sup>. Kompetansen til omgjøring uten etter klage har i noen tilfeller vært omtalt som omgjøring etter eget tiltak. En slik betegnelse får bedre frem forholdet mellom de to bestemmelsene, men skal likevel ikke forstås som at § 35 oppstiller krav om det egentlige initiativet til omgjøringen må komme fra forvaltningsorganet selv.

Også fvl. § 35 oppstiller en rekke begrensninger i forvaltningsorganets kompetanse til å omgjøre til skade. Etter Nkoms oppfatning kan ikke bestemmelsens første ledd bokstav a og b komme til anvendelse i foreliggende sak. Av bestemmelsens første ledd bokstav c, følger imidlertid at et vedtak kan omgjøres dersom «vedtaket må anses ugyldig». Det er således aktuelt å vurdere om Nkoms rettevedtak av 2016 er ugyldig.

På lignende måte som etter fvl. 34, gir fvl. § 35 i tillegg en viss utvidet adgang til omgjøring til skade på nærmere vilkår. Det følger av bestemmelsens tredje ledd at «Dersom hensynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser tilsier det, kan klageinstans<sup>4</sup> eller overordnet myndighet omgjøre underordnet organs vedtak til skade for den som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser, selv om vilkårene etter første ledd bokstav b eller c ikke foreligger». En slik adgang til omgjøring er imidlertid, etter samme ledd, betinget av at den som er beskyttet av begrensningene i omgjøringskompetansen er varslet etter en nærmere angitt frist. I tillegg skal

<sup>1</sup> Jf. Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave side 462-463.

vedkommende motta melding innen angitt frist om at vedtaket er omgjort. Fristene innebærer at det ikke foreligger omgjøringskompetanse i medhold av fvl. § 35 tredje ledd.

Det følger av fvl. § 35 femte ledd at «De begrensninger i adgangen til å omgjøre et vedtak som er forutsatt i første, annet og tredje ledd, gjelder ikke når endringsadgangen følger av annen lov, av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler»<sup>2</sup>. Alternativene «annen lov» og «vedtaket selv» er ikke aktuelle i denne sammenheng. Derimot er det aktuelt å vurdere alternativet «alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper». Alternativet innebærer en bred interesseavveining og vil blant annet kunne omfatte forhold som hensynet til stabilitet og beskyttelse av berettigede forventninger på den ene side, og mulighet for å rette feil og oppnå et riktig resultat på den annen side. Hvorvidt saken berører vesentlige offentlige interesser vil være et naturlig moment i vurderingen.

Nkom konkluderer på bakgrunn av ovenstående med at fvl. § 35 gir to aktuelle omgjøringsgrunnlag. Det ene grunnlaget er omgjøring etter bestemmelsens første ledd bokstav c, og forutsetter at Nkoms rettevedtak av 2016 er ugyldig. Det andre grunnlaget er en vurdering etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. På bakgrunn av feilens art og at de to grunnlagene er alternative, vil Nkom i det videre ta utgangspunkt i og først vurdere, alternativet «ugyldighet».

### **3.2. Nærmere om omgjøringskompetanse etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c**

Som vist til ovenfor følger det av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c at et vedtak kan omgjøres dersom «vedtaket må anses ugyldig».

I teorien sondres det mellom gyldighets- og ugyldighetsnormer. Mens en ugyldighetsnorm trekker opp vilkår for ugyldighet, vil en gyldighetsnorm trekke opp vilkår for at en avgjørelse likevel er gyldig. Forvaltningsloven oppstiller en gyldighetsnorm gjennom § 41. Bestemmelsen gir uttrykk for at et vedtak kan være gyldig på tross av sine feil, og lyder:

*«Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold».*

---

<sup>2</sup> Nkom bemerker at omgjøringskompetanse etter bestemmelsens femte ledd tilligger både understansen og klageinstansen.

Bestemmelsen suppleres av ulovfestede gyldighets- og ugyldighetsnormer<sup>3</sup>. Spørsmålet om feilen i Nkoms rettevedtak medfører ugyldighet, er således sammensatt.

Nkoms vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest i marked 5 ble opprettholdt av SD i klagevedtak 28. juni 2016. Det er således ikke tvilsomt at Nkom har hjemmel til å fatte vedtak om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser innenfor de rammer som følger av marginskvisvedtaket. Telenor har påklaget rettevedtaket fra 2016 og anført blant annet at rettevedtaket ikke har hjemmel i marginskvisvedtaket, men at rettevedtaket må anses som en endring av marginskvisvedtaket. Nkom har vurdert Telenors anførsel og har innstilt på at rettevedtaket skal opprettholdes. Etter Nkoms vurdering reiser den foreliggende problemstillingen ikke spørsmål om Nkom hadde kompetanse til å pålegge retting i medhold av marginskvisvedtaket, men derimot spørsmål knyttet til hvordan Nkom har vurdert faktiske forhold da rettingskompetansen ble utøvet.

Vedlegg 1 til marginskvisvedtaket fastsetter prinsipper for bruk av marginskvistest i marked 5. Det følger av marginskvisprinsipp 10 at alle elementene i prisstrukturen som en tilgangskjøper må betale for ved kjøp av de aktuelle elementene i grossistproduktet, skal inkluderes ved gjennomføringen av marginskvistest. Som Nkom har redegjort for i brev av 30. november 2016, er dette prinsippet ikke gjennomført korrekt i rettevedtaket av 2016 ved beregningen av kostnader til multicastkapasitet. Av brevet følger det videre at denne feilen medførte at rettingskravet ble 7,8 prosentpoeng lavere enn det ellers ville ha vært. Etter Nkoms syn er det ikke tvilsomt at den manglende gjennomføringen av marginskvisprinsipp 10 på beregningen av kostnader til multicastkapasitet har påvirket innholdet i rettingskravet, og således at feilen har virket bestemmende for innholdet i rettingskravet, jf. fvl. § 41. Nkom konkluderer med at vilkåret for den lovfestede gyldighetsnormen i fvl. § 41 ikke er oppfylt. Utgangspunktet etter forvaltningsloven § 41 blir således at rettevedtaket fra 2016 må anses for å være ugyldig.

Et neste spørsmål blir om rettevedtaket i medhold av ulovfestede gyldighetsnormer likevel kan anses for å være gyldig. Plikten til å opplyse saken tillegges etter fvl. § 17, forvaltningsorganet, i dette tilfellet Nkom. Det synes naturlig å konkludere med at feilen er knyttet til at faktiske forhold ikke har vært tilstrekkelig opplyst og således at det foreligger en saksbehandlingsfeil. Spørsmålet om ansvar for feilen må imidlertid suppleres med vurderinger av årsaken til at feilen har oppstått, hvem feilen går utover og om eventuell ugyldighet vil være til skade for noen som i god tro har innrettet seg i tråd med vedtaket.

Det fremgår av rettevedtaket av 2016 at Telenor, i kommentarer til Nkoms varsel om retting,

---

<sup>3</sup> Jf. Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, side 531 flg.

oppfordrer Nkom til å kontrollere at multicastkostnad er korrekt beregnet. Det fremgår videre at Nkom som følge av Telenors kommentar gjennomgikk den aktuelle beregningen i marginskvismodellen, og at Nkom konkluderte med beregningene modellteknisk var korrekt. Nkom har ved oppfølging av feilen stilt Telenor spørsmål<sup>4</sup> knyttet til Telenors kommentar til varselet, den forutgående dialogen ved utvikling av marginskvismodellen og Telenors opptreden etter Nkoms rettevedtak. Slik Nkom oppfatter Telenors svar, mener Telenor at selskapet ikke kan klandres for feilen, hverken i tilknytning til utvikling av modellen eller i tilknytning til bruken av modellen i det aktuelle rettevedtaket. Nkom oppfatter videre at Telenor mener selskapet var i god tro etter at Nkom fattet rettevedtaket og at det ikke er grunnlag for å klandre selskapet for at Nkom ikke tidligere har oppdaget feilen.

Etter Nkoms vurdering synes det rimelig å legge til grunn at det forholdet som foranlediget Telenors oppfordring om å kontrollere at kostnaden til multicastkapasitet var korrekt beregnet, knytter seg til det samme forholdet som Nkom senere avdekket og som er grunnlaget for den overordnede problemstillingen som denne innstillingen behandler. Nkom viser i den forbindelse til at Telenor i svarbrevet til Nkom 11. januar 2017, ga uttrykk for at WIK, som var konsultentselskapet Nkom benyttet ved utvikling av marginskvismodellen, hadde forstått hvordan Telenor tok betalt for tilgang til multicastkapasitet. Selskapet gir dermed implisitt uttrykk for at dette hadde vært en problemstilling ved den tekniske utviklingen av modellen. Etter Nkoms vurdering har det formodningen mot seg at Telenor ved senere gjennomgang av marginskvismodellen, ikke har kunnet konstatere at modellen ikke beregner kostnader til multicastkapasitet på den måte som Telenor mente at WIK hadde forstått som den korrekte. Sett i sammenheng med Telenors oppfordring om å undersøke at modellen beregnet disse kostnadene riktig, mener Nkom at Telenor burde ha vært tydeligere på hva det underliggende forholdet, som foranlediget Telenors oppfordring til Nkom om å foreta den aktuelle kontrollen, besto i. Nkom mener det kan legges til grunn at feilen ville blitt avdekket dersom Telenor hadde utvist en slik adferd og at det således er en viss indirekte sammenheng mellom Telenors adferd og eksistens av feilen i rettevedtaket.

Det forhold at feilen isolert sett er til Telenors gunst, innebærer at feilen er til ugunst for kjøpere av slik tilgang som rettevedtaket gjelder. Sett i sammenheng med at Telenor burde ha vært tydeligere om det forholdet som foranlediget selskapets oppfordring til Nkom, jf. ovenfor, mener Nkom at forholdet taler mot å anse at vedtaket likevel er gyldig.

Forholdene som er vurdert i de to avsnittene ovenfor taler etter Nkoms vurdering også for å anse at det ikke er rimelig å legge til grunn at Telenor har innrettet seg etter vedtaket i god tro. Nkom viser i den forbindelse også til vilkårene i SDs beslutning etter Telenors anmodning om

---

<sup>4</sup> Se vedlegg 2 til denne innstillingen



utsatt iverksettelse av Nkoms rettevedtak. Vilkårene innebærer som kjent at Telenor skulle opprette en sperret konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet, og at selskapet fra og med 6. juni 2016 og inntil klagesaken er avgjort av departementet ved hver fakturering overfører differansen mellom omsetning som følge av dagens grossistpris og lavere grossistpris, som følger av Nkoms rettevedtak.

Nkom mener etter dette at det er grunnlag for å anse at rettevedtaket er ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, hva gjelder spørsmålet om anvendelse av prinsipp 10 i marginskvisvedtaket og fastsettelse av kostnader til kjøp av multicastkapasitet i marginskvismodellen.

En konklusjon om at Nkoms rettevedtak er ugyldig etter fvl. § 35 første ledd bokstav c, reiser spørsmål om når en eventuell omgjøring av feilen kan få virkning. Spørsmålet om virkningstidspunkt er nært knyttet til spørsmålet om ugyldighet. Vurderingene Nkom gjør nedenfor av virkningstidspunkt er derfor også relevante for spørsmålet som er vurdert ovenfor om ugyldighet.

Nkom konkluderer etter dette med at det ikke er grunnlag for å se bort i fra den aktuelle feilen i rettevedtaket av 2016, og at SD har kompetanse til å omgjøre vedtaket på det punktet i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.

### 3.3. Virkningstidspunkt

Nkom har konkludert ovenfor med at SD har kompetanse til å omgjøre feilen i Nkoms vedtak med hensyn fastsettelse av kostnader til multicastkapasitet. Et neste spørsmål blir fra hvilket tidspunkt en eventuell omgjøring kan gis virkning.

Spørsmålet er i svært beskjeden utstrekning vurdert i tilknytning til fvl. § 35 første ledd bokstav c i juridisk litteratur. Spørsmålet er imidlertid i noe større utstrekning vurdert i tilknytning til fvl. § 35 femte ledd.

I lovkommentaren til § 35 skriver Woxholth<sup>5</sup>:

*«Det er et spørsmål for seg om en omgjøring med grunnlag i § 35 siste ledd kan gis tilbakevirkende kraft. Forvaltningsloven § 35 gir ikke regler om dette. Dermed må vurderingen bygges på alminnelige forvaltningsrettslige regler. Det gjelder ikke noe generelt forbud mot å*

<sup>5</sup> Se lovkommentar i rettsdata.no side 586



*treffe enkeltvedtak med virkning tilbake i tid. Men når det gjelder gitte tillatelser eller andre vedtak som innebærer en positiv tilståelse av rettigheter, vil det i svært begrenset grad være adgang til å omgjøre vedtaket med virkning tilbake i tid fra omgjøringsvedtaket. Det må som alminnelig regel sies å ha virkning først fra det tidspunkt parten har fått underretning om det.»*

Nkom legger etter dette til grunn at det i en viss utstrekning er grunnlag for å gi et omgjøringsvedtak tilbakevirkende kraft i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Om det i denne saken er grunnlag for tilbakevirkning, vil etter Nkoms vurdering måtte bero på en konkret vurdering. Ved vurderingen, vil dette etter Nkoms syn, være naturlig å ta utgangspunkt i en slik interesseavveining som alternativet «alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper», jf. fvl. § 35 femte ledd, gir anvisning på.

Nkom finner det naturlig å ta utgangspunkt i partenes forventninger. I tilknytning til spørsmålet om ugyldighet har Nkom vist til at Telenor, i kommentar til Nkoms varsel om pålegg om retting, oppfordret Nkom til å gjøre visse undersøkelser når det gjaldt kostnader til multicastkapasitet. Nkom har videre ovenfor gitt uttrykk for at det synes rimelig å legge til grunn at det forholdet som foranlediget Telenors oppfordring om å kontrollere beregningen av kostnad til multicastkapasitet, knytter seg til den feilen som Nkom senere avdekket. Forholdet taler etter Nkoms vurdering for at Telenor ikke kan anses å ha noen berettiget forventning om at pålegget om retting av selskapets tilgangspriser ikke skulle baseres på at kostnader til multicastkapasitet var beregnet i tråd med marginskvisprinsipp 10. Nkom viser i den forbindelse også til at Telenor i svarbrev til Nkom datert 11. januar 2017 oppga at selskapet ikke hadde innvendinger til prinsipp 10, som altså innebærer at alle kostnadselementer i tilgangsavtalen skal inkluderes i marginskvismodellen.

Når det gjelder hensynet til partenes innretning etter vedtaket, legger Nkom til grunn at Telenor er innforstått med at SD i sitt klagevedtak vil kunne etterkomme Nkoms opprinnelige innstilling og opprettholde rettevedtaket fullt ut. Dersom SD omgjør vedtaket slik at feilen knyttet til kostnader til multicastkapasitet og bruk av prinsipp 10 får virkning fra virkningstidspunktet for Nkoms rettevedtak, vil beløpet som Telenor betaler inn på den sperrede kontoen ikke være tilstrekkelig. Nkom kan imidlertid ikke se at dette forholdet kan tas til inntekt for at Telenor har innrettet seg på en måte som med styrke taler imot at en omgjøring får tilbakevirkende kraft.

Spørsmålet om skyld er også relevant for vurderingen av om et omgjøringsvedtak bør gis tilbakevirkende kraft. I desto større grad den som er beskyttet mot omgjøring kan klandres for at vedtaket fikk et feilaktig innhold, i desto mindre grad er det grunn til å være tilbakeholden med å gi omgjøringen tilbakevirkning. Nkom har ovenfor uttrykt at Nkom har ansvar for sakens opplysning, men at Telenor, når selskapet først mente at det var grunn for Nkom til å gjennomgå beregningen av kostnader til multicastkapasitet, burde ha vært tydeligere på hva

selskapet mente den potensielle feilen besto i. De to forholdene balanserer hverandre i noen grad ut, og Nkom konkluderer med at spørsmålet om skyld ikke i særlig grad kan anses å tale imot at en omgjøring gis virkning fra virkningstidspunktet for Nkoms rettevedtak fra 2016.

Nkoms rettevedtak av 2016 bygger på Nkoms marginskvisvedtak, som i sin tur er hjemlet i Nkoms vedtak av 20. januar 2014 om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg av særskilte forpliktelser i markedet 5. Markedsvedtaket er innrettet mot å legge til rette for bærekraftig konkurranse gjennom blant å legge til rette for investeringer i infrastruktur og tilgangsbasert konkurranse. Vedtaket er således innrettet mot å ivareta offentlige interesser ved å understøtte ekomlovens formål om å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, jf. ekomloven § 1-1. Bruken av marginskvismodell tar sikte på nettopp å balansere hensynene mellom å oppnå infrastrukturbasert og tilgangsbasert konkurranse. En forutsetning for at denne balansen skal kunne nås, er at tilgangsprisene settes på et nivå som sikrer økonomisk replikerbarhet av Telenors produktportefølje i sluttbrukermarkedet. Nkom mener således at vesentlige offentlige interesser taler for at et omgjøringsvedtak gis virkning fra virkningstidspunktet for Nkoms rettevedtak fra 2016.

Eksistens av motpartsforhold, er også et moment i vurderingen av tilbakevirkning. Dersom et omgjøringsvedtak fra SD ikke gis virkning tilbake i tid, vil det som vist til ovenfor, isolert sett innebære at tilgangskjøpere ikke oppnår slike prisvilkår som markedsreguleringen gir krav på. Momentet er beslektet med momentet om offentlige interesser, og taler etter Nkoms vurdering for at et omgjøringsvedtak gis virkning fra virkningstidspunktet for Nkoms rettevedtak fra 2016.

Ekomloven § 10-12 gir på nærmere vilkår hjemmel for Nkom til å fatte vedtak om tilbakebetaling dersom en tilbyder har betalt for høy pris i forhold til en prisforpliktelse fastsatt i eller i medhold av ekomloven. Nkom anser at eventuell overpris knyttet til manglende etterlevelse av den prisforpliktelsen som marginskvisvedtaket innebærer, kan gi grunnlag for tilbakebetaling. De nærmere vurderingskriteriene som Nkom skal ta i betraktning ved en anmodning om tilbakebetaling av overpris, er tilbakebetalingsbeløpets størrelse og om det er tatt for lav pris i tidligere perioder. I tillegg skal Nkom vurdere om vedtak om tilbakebetaling bør fattes. Nkom vil ved en slik vurdering måtte legge til grunn en riktig beregning av kostnader til multicastkapasitet. Det er etter Nkoms vurdering ikke grunnlag for å anse at det er tatt for lav pris i tidligere perioder. Nkom kan i utgangspunktet videre ikke se at beløpets størrelse skulle tilsi at vedtak om tilbakebetaling ikke kan fattes. Nkom anser således at det resultat som en omgjøring med tilbakevirkende kraft vil ha, også vil kunne oppnås gjennom ekomlovens bestemmelse om tilbakebetaling. En slik prosess vil imidlertid ta tid, noe som isolert sett er egnet til å svekke formålet som reguleringen søker å oppnå. Det kan innvendes at en sak om tilbakebetaling vil behandles av Nkom og dermed i førsteinstans, og at Telenor således vil ha mulighet for

overprøving av SDs i andre instans. På den annen side mener Nkom som vist til ovenfor, at det kan legges til grunn at det ikke er omtvistet at kostnader til multicastkapasitet er beregnet feil i rettevedtaket. Nkom viser til Telenors e-post av 14. november 2016 hvor selskapet bekrefter Nkoms oppdaterte forståelse av hvordan denne kostnaden skal beregnes korrekt. Nkom viser videre til Telenors svarbrev 11. januar 2017 hvor selskapet uttrykker at selskapet ikke var uenig i det prinsippet som marginskvisprinsipp 10 gir uttrykk for. Nkom konkluderer med at muligheten for bruk av ekomloven § 10-12, innebærer at det er mindre grunn for SD til å være tilbakeholden med å gi et omgjøringsvedtak virkning fra virkningstidspunktet for Nkoms rettevedtak fra 2016.

Nkom konkluderer etter en konkret og helhetlig vurdering med at SD kan fatte et vedtak som omgjør Nkoms rettevedtak av 2016 hva gjelder marginskvismodellens beregning av kostnader til multicastkapasitet, med virkning fra virkningstidspunktet for Nkoms rettevedtak fra 2016.

#### 4. Oppsummering og innstilling

Nkom har ovenfor konkludert med at det foreligger to aktuelle grunnlag i medhold av fvl. § 35 for omgjøring av Nkoms rettevedtak av 2016 hva gjelder beregning av kostnader til multicastkapasitet. De to grunnlagene følger av henholdsvis fvl. § 35 første ledd bokstav c og av fvl. § 35 femte ledd.

Nkom har videre etter en konkret vurdering konkludert med at rettevedtaket må anses for å være ugyldig, jf. fvl. § 35 første ledd bokstav c, hva gjelder beregningen av kostnader til multicastkapasitet og at SD har kompetanse til å sette virkningstidspunktet for et vedtak som omgjør dette forholdet til samme virkningstidspunkt som Nkoms rettevedtak fra 2016. Nkom har i lys av disse vurderingene ikke funnet det nødvendig å foreta en selvstendig vurdering av omgjøringsadgang etter fvl. § 35 femte ledd. Vurderingen av virkningstidspunkt tar imidlertid utgangspunkt i reelle hensyn som er relevante også for vurderingen av omgjøringsadgang etter nevnte bestemmelse.

Nkoms viser etter dette til vår innstilling av 29. juni 2016 hvor vi tilrår at Telenors klage av 30. mai 2016, ikke tas til følge og har følgende tilråding til departementet:

**«Nasjonal kommunikasjonsmyndighet tilrår at departementet ved behandlingen av Telenors klage datert 30. mai 2016, korrigerer beregningen av kostnader til multicastkapasitet i Nkoms vedtak 9. mai 2016 og at virkningstidspunktet for en slik omgjøring settes til virkningstidspunktet for vedtaket av 9. mai 2016.»**



I henhold til "Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Post- og teletilsynet etter Ekomloven" punkt 4, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkoms innstilling til Samferdselsdepartementet innen en frist på to uker.

Med hilsen

Torstein Olsen  
direktør

Irene Åmot  
avdelingsdirektør

Kopi uten

vedlegg til: Telenor ASA, Group Legal, Postboks 800, 1331 Fornebu  
NextGenTel AS, Postboks 3 Sandsli, 5861 Bergen

- Vedlegg 1: Telenors e-post 14. november 2016.
- Vedlegg 2: Nkoms brev til Samferdselsdepartementet 30. november 2016.
- Vedlegg 3: Nkoms brev til Telenor 19. desember 2016.
- Vedlegg 4: Telenors svar 11. januar 2017 på Nkoms brev av 19. desember 2016.
- Vedlegg 5: Vedlegg til Telenors svarbrev av 11. januar 2017.