



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Advokatfirmaet Hjort DA MNA
Postboks 471 Sentrum
0105 OSLO

Deres ref
WDID WDocNum.WDVer

Vår ref
15/717-

Dato
16.03.2015

Vedtak i klagesak om tilbakebetaling etter ekomloven § 10-12 - Telenor Norge AS

Det vises til klage fra Telenor Norge AS (Telenor) 14. mars 2014. Klagen gjelder Post- og teletilsynets¹ vedtak 21. februar 2014 om tilbakebetaling av overpris etter ekomloven § 10-12. I vedtaket ble Telenor pålagt å tilbakebetale til TDC AS (TDC) den beregnede overpris inklusiv renter, som selskapet har mottatt som følge av brudd på kravet i marked 15 til ikke-diskriminering på pris mellom eksterne kjøpere av tilgang. Telenor har hovedsakelig anført at selskapet ikke har opptrådt i strid med ikke-diskrimineringskravet, og at ekomloven § 10-12 ikke gir hjemmel for å pålegge tilbakebetaling ved brudd på krav til ikke-diskriminering. Subsidiært anfører Telenor at myndigheten ikke bør benytte sin diskresjonære kompetanse til å pålegge tilbakebetaling i dette tilfellet, og at beregningen av tilbakebetalingsbeløpet er feil.

Departementet viser til tilsynets innstilling 19. mai 2014, hvor det innstilles på at klagen ikke tas til følge. Klagen er fremsatt rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

1. BAKGRUNN

Post- og teletilsynet fattet vedtak 5. august 2010 (Marked 15-vedtaket) om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15). Telenor ble i vedtaket pålagt særskilte forpliktelser, herunder plikt til ikke-diskriminering med hensyn til pris og andre vilkår for tilgang for nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering. Kravet om ikke-diskriminering gjelder både mellom eksterne virksomheter og mellom egne og eksterne virksomheter. Tilsynet mottok klage fra TDC 2. desember 2010 om at tilgangsvilkårene selskapet oppnådde hos Telenor innebar diskriminering i strid med Telenors plikter etter det gjeldende marked 15-vedtaket; herunder brudd på tilgangsplikt, diskriminering mellom TDC og Telenors interne virksomheter, samt diskriminering mellom TDC og andre aktører. Post og teletilsynet fattet vedtak 23. mars 2012 der tilsynet etter en sammenligning av vilkårene i tilgangsavtalene til TDC og Network Norway AS (Network Norway), konkluderte med at

¹ Post- og teletilsynet byttet navn til Nasjonal kommunikasjonsmyndighet 1. januar 2015.

Telenor hadde brutt ikke-diskrimineringsplikten i marked 15. Telenor ble pålagt å tilby TDC avtale om tilgang i tråd med kravet til ikke-diskriminering, herunder at TDCs tilgangskostnad skulle reduseres med 20 prosent. Vedtaket ble stadfestet av Samferdselsdepartementet 20. desember 2012, med den presisering at TDCs tilgangskostnad skulle reduseres med 19,8 prosent.

På denne bakgrunn anmodet TDC 22. mars 2013 om at Post- og teletilsynet skulle fatte vedtak om tilbakebetaling av overpris i henhold til ekomloven § 10-12. Telenor innga kommentarer til anmodningen 6. mai 2013. Det vises til tilsynets varsel om vedtak 24. september 2013, brev fra Telenor 21. oktober og 8. november 2013, samt brev fra TDC 21. oktober og 13. november 2013. Tilsynet fattet vedtak 21. februar 2014 der Telenor ble pålagt å *”tilbakebetale TDC AS den beregnede overpris som selskapet har mottatt tillagt renter, som følge av brudd på ikke-diskrimineringskravet i marked 15-vedtaket av 5. august 2010.”* Tilbakebetalingsbeløpets størrelse ble fastsatt til 18 048 696 kroner, av dette er 2 736 064 kroner renter.

Telenor påklaget Post- og teletilsynets vedtak 14. mars 2014. TDC har inngitt kommentarer til klagen i brev datert 11. mars 2014 (departementet legger til grunn at korrekt dato er 11. april 2014). Videre vises det til tilsynets innstilling 19. mai 2014, samt kommentarer til innstilling fra TDC 2. juni 2014 og fra Telenor 3. juni 2014.

Departementet er kjent med dom fra Asker og Bærum tingrett 26. november 2014 (saksnummer for tingretten: 13-113235TVI-AHER/2). Saken gjaldt krav fra TDC om erstatning fra Telenor for formuestap etter brudd på forbudsbestemmelsene i ekomloven. Erstatningskravet ble fremmet etter at departementet opprettholdt Post- og teletilsynets vedtak 23. mars 2012 om at Telenor hadde brutt ikke-diskrimineringsplikten i marked 15. Telenor ble ikke kjent erstatningsansvarlig av tingretten. TDC har informert departementet om at selskapet anker dommen til Lagmannsretten. Dommen er derfor ikke rettskraftig.

2. BETYDNINGEN AV DOM FRA ASKER OG BÆRUM TINGRETT

Dommen gjelder i utgangspunktet et privatrettslig forhold som ikke berører den foreliggende saken direkte. Tingretten foretok ikke en prøving av departementets klagevedtak 20. desember 2012, hvor det ble konkludert med at Telenor hadde brutt ikke-diskrimineringsplikten i marked 15. Departementet har imidlertid merket seg enkelte av rettens uttalelser knyttet til Telenors overholdelse av ikke-diskrimineringsplikten. Dette har en side til tilbakebetalingssaken, og departementet vil derfor knytte noen kommentarer til disse uttalelsene. Departementet bemerker i den forbindelse at tingretten har hatt et snevrere faktagrunnlag enn ekommyndigheten har hatt for sine vurderinger, noe også tingretten selv gir uttrykk for i dommen.

Samferdselsdepartementet mottok 2. desember 2014 TDCs bemerkninger til dommen i Asker og Bærum tingrett. Departementet har i e-post 10. desember 2014 bedt Telenor om å oversende eventuell relevant informasjon av betydning for tilbakebetalingssaken, som ble dokumentert for retten og som ikke tidligere er oversendt departementet. Departementet

mottok Telenors innspill 17. desember 2014 og 12. januar 2015 samt TDCs kommentarer til Telenors innspill 18. desember 2014.

Telenor har anført at dommen understøtter at selskapet ikke har opptrådt i strid med kravet til ikke-diskriminering. Departementet er ikke enig i at dette kan utledes av dommen. Det vises til tingrettens konklusjon under vurderingen av om plikten til ikke-diskriminering er overtrådt. Retten mener det er forhold som begrunner en klar prisreduksjon utover det ekommyndigheten har lagt til grunn, men foretar ikke en vurdering av om disse objektive kriteriene fullt ut utligner prisdifferansen siden dette ikke var nødvendig for dommens resultat. Følgelig har tingretten ikke konkludert på spørsmålet om Telenor har opptrådt i strid med kravet til ikke-diskriminering.

Retten har i dommen lagt til grunn at kjøps- og dekningsforpliktelsene Network Norway påtok seg hadde så stor verdi at de begrunnet en klar prisreduksjon som kom i tillegg til volumrabatten. Dette gjaldt særlig siden avtalelengden var så vidt lang som fire år, noe som både gav Telenor en forutsigbarhet på inntektssiden, og førte til at Network Norway påtok seg en risiko. Departementet er i utgangspunktet enig i at volumforpliktelse kan utgjøre en objektiv grunn for ulikheter i tilgangsavtalene blant annet fordi den gir Telenor økt forutberegnelighet, jf. vedtak 20. desember 2012 i punkt 6.2 annet avsnitt. Men etter en konkret vurdering av saken konkluderte departementet i vedtak 20. desember 2012 i punkt 6.2, 6.3 og 6.4, med at den volumforpliktelse, betalingsforpliktelse og avtalelengde Network Norway påtok seg gjennom den nasjonale gjestingsavtalen selskapet hadde inngått med Telenor, ikke utgjorde en objektiv grunn til ulik pris.

Departementet har merket seg at retten er kjent med at TDC ikke ble presentert for en liknende prisstruktur som i avtalen mellom Telenor og Network Norway. Retten mener det er *"lite sannsynlig at TDC med sitt volum, trafikkmønster, og kundesammensetning ville ønsket en likeartet avtale som den Network Norway inngikk med Telenor."* Det følger av ikke-diskrimineringsplikten at Telenor skal tilby tilsvarende vilkår til konkurrerende tilbydere når andre konkurrerende tilbydere får bedre vilkår, jf. Ot.prp. nr.58 (2002-2003) om ekomloven side 104-105. Departementet viser til at TDC ikke ble tilbudt en avtale med tilsvarende vilkår, herunder avtalelengde som Network Norway fikk. Departementet mener fremdeles at dersom kjøps- og dekningsforpliktelsene skal kunne utgjøre objektive grunner for ulikheter i tilgangsavtalene, så skulle TDC fått anledning til selv å avgjøre om de ønsket en likeartet avtale som den Network Norway inngikk med Telenor. Departementet understreker at det er et godt prinsipp i virksomhetsregulering å overlate denne type vurderinger til de kommersielle aktørene selv.

En annen grunn til at departementet i klagevedtaket 20. desember 2012 ikke anerkjente kjøps- og dekningsforpliktelsene som objektive grunner til ulik pris, er at Telenor verken tallfestet og heller ikke til en viss grad forsøkte å kvantifisere verdien disse forpliktelsene hadde for selskapet. Telenor har opplyst at selskapet ikke har fremlagt ny dokumentasjon for retten som dokumenterer verdien på de forpliktelsene Network Norway påtok seg i avtalen, men at det ble ført vitner som belyste hvordan Telenor fastsatte prisene i avtalene. Departementet kan

ikke ut ifra de opplysninger Telenor har gitt om vitneførselen se at det er lagt frem informasjon som endrer departementets konklusjon i vedtak 20. desember 2012.

Departementet har fått opplyst at det også ble fremlagt enkelte andre nye opplysninger for tingretten. Dette gjelder blant annet Telenors marginberegning våren 2010.

Marginberegningen anses først og fremst relevant for rettens vurdering av om Telenor hadde opptrådt ansvarsbetingende uaktsomt ved prisfastsettelsen av de to tilgangsavtalene.

Marginberegningen knytter seg dessuten til en periode forut for avtalene som var gjenstand for sammenlikning i departementets vedtak 20. desember 2012. Departementet finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

Departementet har for øvrig også merket seg at retten særlig har lagt vekt på at Telenor både forut for og etter avtaleinngåelse med Network Norway og TDC gjorde beregninger for å sikre overholdelse av ikke-diskrimineringsplikten. Telenor har i brev til departementet 17. desember 2014 opplyst at det i retten ble ført vitner som forklarte at Telenor fulgte opp at prisene fortsatt stod i et rimelig forhold til hverandre ved rapporteringen av regnskapsmessig skille. Departementet understreker at dette ikke er en egnet metode for å følge opp om ikke-diskrimineringskravet er overholdt mellom eksterne tilbydere. Det vises til departementets tidligere uttalelser i klagevedtak 20. desember 2012 hvor det fremgår at *"regnskapsmessig skille er innrettet på å etterprøve at kravet om ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet overholdes. Regnskapsmessig skille er ikke egnet til å etterprøve ikke-diskriminering mellom to eksterne virksomheter."*

Hva gjelder dommens betydning for vurderingen av tilbakebetalingsspørsmålet, vises det til punkt 4.2.

3. RETTSLIG UTGANGSPUNKT

Det følger av ekomloven § 10-12 første ledd at tilbyder som har betalt for høy pris i forhold til en prisforpliktelse fastsatt i eller i medhold av ekomloven, kan kreve overprisen tilbakebetalt. Etter annet ledd kan myndigheten fatte enkeltvedtak om tilbakebetaling av overpris mellom tilbydere etter anmodning fra den berettigede. Bestemmelsen fastsetter at det i vurderingen av om det bør treffes vedtak om tilbakebetaling blant annet skal tas hensyn til tilbakebetalingsbeløpets størrelse og om det i tidligere perioder for den aktuelle tjenesten har blitt tatt for lav pris.

4. VURDERING AV TILBAKEBETALINGSSPØRSMÅLET

Når det gjelder Telenors anførsel om at ekomloven § 10-12 ikke kan danne grunnlag for tilbakebetaling for brudd på ikke-diskrimineringsplikten etter ekomloven § 4-7, viser departementet til at dette er det tatt stilling til på prinsipielt grunnlag i departementets klagevedtak 6. april 2011 punkt 8.1. Departementet la i dette vedtaket til grunn at ikke-diskrimineringskravet i § 4-7 både alene og i kombinasjon med kravet om rapportering av regnskapsmessig skille stiller et visst krav til Telenors prisfastsettelse og må anses som en mild form for prisregulering. Departementet konkluderte med at brudd på ikke-

diskrimineringskravet kan medføre tilbakebetaling av overpris etter ekomloven § 10-12. Departementet kan ikke se at det nå er fremkommet forhold som tilsier en endret konklusjon.

Post- og teletilsynet har pålagt tilbakebetaling for perioden 1. september 2010 til 23. mars 2012. TDC anmodet tilsynet om å undersøke hvorvidt Telenor også i perioden forut for 18. august 2010 diskriminerte mellom tilgangskjøperne, og i tilfelle pålegge tilbakebetaling av denne differansen med renter. Tilsynet konkluderer i sitt vedtak punkt 4 at det ikke er grunnlag for å fatte vedtak om tilbakebetaling for perioden 1. januar til 18. august 2010. TDC har ikke påklagd dette og departementet vil i denne saken derfor vurdere perioden 1. september 2010 til 23. mars 2012.

Departementet vil nedenfor ta stilling til Telenors anførsler knyttet til fastsettelsen av tilbakebetalingskravets størrelse, samt hvorvidt den diskresjonære kompetansen til å pålegge tilbakebetaling skal benyttes og om det må legges inn en skjønnsmargin ved fastsettelsen av et eventuelt tilbakebetalingsbeløp. Telenors innsigelser til tilsynets beregning av tilbakebetalingskravet, herunder om tilbakebetalingsbeløpet skal reduseres, behandles under punkt 4.1. Videre vil departementet under punkt 4.2 ta stilling til om det skal fattes vedtak om tilbakebetaling i dette tilfellet.

4.1 Fastsetting av tilbakebetalingskravet

Telenor har anført at beregningen av tilbakebetalingsbeløpet er for høyt. Anførselene knytter seg til hvordan tellende SIM-kort er beregnet og til at Post- og teletilsynet ikke har hensyntatt TDCs M2M-abonnenter, SIM-kort brukt til IP- og VPN-løsninger, eller tvilling/trilling SIM-kort. Telenor mener også tilsynet har lagt til grunn feil *maintenance fee* i sine beregninger.

Departementet viser til at tilsynet ved beregning av tilbakebetalingsbeløpet anvender et prinsipp om at "*vilkårene i de aktuelle tilgangsavtalene skulle legges til grunn i den grad det var grunnlag og forutsetninger for det.*" Departementet er enig i at dette er et hensiktsmessig utgangspunkt.

Telenor har anført at Post- og teletilsynet har benyttet en annen *maintenance fee* enn den som er fastsatt i avtalen med TDC. Telenor påpeker at dette er en fast pris uavhengig av volum i alle de avtaler der det finnes et slikt prislelement. Departementet viser til at dette er avgjort i klagevedtak 20. desember 2012, hvor departementet sa seg enig med tilsynets valg om å benytte Network Norways *maintenance fee*. Departementet kan ikke se at det er fremkommet opplysninger som tilsier en endret konklusjon.

Det fremgikk av Network Norways tilgangsavtale at selskapet skulle betale en fast månedlig avgift per tellende SIM-kort. [REDACTED]

[REDACTED] TDC besitter ikke tall for disse kategoriene av SIM-kort for den aktuelle beregningsperioden. [REDACTED]

Dette ville således økt tilbakebetalingsbeløpet.

Post- og teletilsynet og departementet har innhentet tilleggsinformasjon fra TDC som gir en indikasjon på hvor mange SIM-kort som omfattes i disse kategoriene. Dette dreier seg om punkttestimater som til en viss grad er hentet fra andre perioder enn den relevante tilbakebetalingsperioden. Det er usikkerhet knyttet til å bruke disse tallene direkte inn i beregningen. Departementet mener likevel tallene indikerer at tilbakebetalingsbeløpet reelt sett er lavere enn tilsynet har kommet frem til. Det legges til grunn at tilbakebetalingsbeløpet eksklusive renter, skal fastsettes slik at det ikke blir høyere enn overprisen. I tilfeller der det kan fastslås at det er betalt for mye, men beløpets størrelse er noe usikkert, bør det derfor legges inn en forsiktighetsmargin. Departementet finner det riktig basert på de indikasjoner og estimater departementet har mottatt, skjønnsmessig å redusere tilbakebetalingsbeløpet med 10 prosent. Tilbakebetalingsbeløpet utgjør dermed NOK 16 243 827 inklusive renter.

4.2 Bør det pålegges tilbakebetaling i dette tilfellet?

Telenor anfører at myndighetene ikke bør benytte sin kompetanse til å fatte vedtak om tilbakebetaling etter § 10-12 annet ledd. Det anføres hovedsakelig at myndighetenes praktisering av kravet til ikke-diskriminering har vært beheftet med betydelig uklarhet. Telenor mener blant annet at selskapet ikke hadde foranledning for å forutse at myndighetene ville anvende metoden som er benyttet til sammenlikning av pris mellom ulike tilgangsavtaler for ulike tilgangsformer, og har heller ikke den nødvendige informasjon til å kunne sikre at selskapet oppfyller kravet til ikke-diskriminering dersom denne metoden legges til grunn. Det var upåregnelig for Telenor at Post- og teletilsynet ville velge denne metoden. Videre påpeker Telenor at ekomloven § 10-12 gjelder tilbakebetaling uten hensyn til skyld. Dette tilsier etter Telenors syn at anvendelsen av bestemmelsen reserveres for tilfeller der den aktuelle tilbyderen har kunnet forutberegne sin rettsstilling. Videre anføres det at det må vektlegges at Asker og Bærum tingrett har uttalt at det er *"temmelig klart at det i denne saken ikke kan bebreides Telenor som uaktsomt å ha inngått de to tilgangsavtalene med det innhold de fikk."*

Telenor viser til at Post- og teletilsynet har mottatt selskapets rapportering av regnskapsmessig skille, samt kopi av inngåtte avtaler for nasjonal gjesting og MVNO-tilgang. Selskapet la til grunn at tilsynet ville gi uttrykk for det dersom tilsynet etter å ha mottatt avtalene og rapporteringen hadde spørsmål til prisforskjellen mellom avtalene. Telenor viser også til Post- og teletilsynets forhåndsvarsel og håndtering av innføringen av ny marginskvismodell, og at prinsippene for modellen ikke skal få anvendelse tilbake i tid. Etter Telenors syn taler dette mot en objektiv tilbakebetalingsplikt ettersom Telenor ikke var kjent med tilsynets modellvalg og forutsetninger for sammenlikning av eksterne tilgangsavtaler forut for tilsynets vedtak 23. mars 2012. Telenor viser i denne sammenheng også til departementets opphevelse av Post- og teletilsynets marginskvisvedtak 13. desember 2013.

Departementet vil i det følgende ta stilling til om det bør fattes enkeltvedtak om tilbakebetaling av overpris etter ekomloven § 10-12 i dette tilfellet. Ved vurderingen skal det i henhold til bestemmelsens annet ledd *"blant annet"* legges vekt på *"tilbakebetalingsbeløpets størrelse"* og *"om det i tidligere perioder for den aktuelle tjenesten har blitt tatt for lav pris"*.

Departementet viser til vurderingen under punkt 4.1 som resulterer i et tilbakebetalingsbeløp inkludert renter på NOK 16 243 827. Beløpets størrelse taler isolert sett for at det bør fattes vedtak om tilbakebetaling.

Når det gjelder hensynet til om det i tidligere perioder har blitt tatt for lav pris, har departementet ikke opplysninger om perioden forut for den perioden tilbakebetalingskravet gjelder. Dette momentet kan derfor ikke tillegges vekt i vurderingen.

Telenor har anført andre hensyn som selskapet mener bør tillegges vekt ved vurderingen av om det skal fattes vedtak om tilbakebetaling i dette tilfellet. Det fremgår av ekomloven § 10-12 annet ledd at oppstillingen av relevante hensyn ikke er uttømmende, og det er derfor adgang til å tillegge også andre momenter vekt ved vurderingen. Departementet vil i det følgende vurdere de hensyn Telenor mener taler for at det ikke fattes vedtak om tilbakebetaling i dette tilfellet.

Departementet har merket seg at Asker og Bærum tingrett i dom 26. november 2014 mener at det er en svakhet at Marked 15-vedtaket ikke nærmere angir hvordan Telenor skulle gå frem for å sørge for at selskapet oppfylte ikke-diskrimineringsplikten mellom eksterne tilgangskjøpere, og at dette fremstår som lite forutsigbart for Telenor. Dette sammenfaller med Telenors påstand i denne saken om uforutsigbarhet om hva kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere innebærer.

Mekanismene i markedsreguleringen er godt kjent for Telenor. Markedsreguleringen bygger på EUs-ekompakke, som er inntatt og implementert i norsk rett i ekomloven. Tilbydere med sterk markedsstilling, som Telenor i dette markedet, skal etter en konkret vurdering av ulike mulige virkemidler pålegges én eller flere særskilte forpliktelser på bakgrunn av markedsanalysen og med en begrenset fremadskuende tidshorison. Myndigheten skal i denne prosessen særlig ta hensyn til den antatte konkurransestimulerende effekt av de relevante virkemidlene. Post- og teletilsynet har også utarbeidet og publisert virkemiddeldokument som beskriver prinsipper som benyttes i forbindelse med utarbeidelse av tilsynets vedtak om særskilte forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling for blant annet å øke forutsigbarheten i markedet knyttet til vedtak om særskilte forpliktelser. Tilsynets virkemiddeldokument bygger på "*Revised ERG Common Position on the Approach to remedies in the ECNS regulatory framework*", utformet av European Regulators Group (ERG). ERG har også laget en tilhørende Explanatory Note. Retningslinjene og prinsippene som er nedfelt i ERGs virkemiddeldokument skal stimulere utviklingen av det indre markedet for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester, samt tilrettelegge for en harmonisert praktisering av regelverket i de ulike medlemslandene. Ekomyndigheten skal velge virkemidler som kan bøte på de identifiserte konkurranseproblemene og skal vurdere virkemidlenes forholdsmessighet særskilt.

Når Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i marked 15 og pålagt krav om ikke-diskriminering etter ekomloven § 4-7 innebærer dette at Telenor ikke skal diskriminere mellom eksterne tilgangskjøpere. I dette ligger også en aktivitetsplikt, slik at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår og kvalitet også tilbys andre tilbydere i markedet så langt det er rimelig og teknisk mulig. Departementet viser til at det derfor må være Telenors ansvar å innrette seg etter ikke-diskrimineringsplikten selskapet er

underlagt på en slik måte at dette i ettertid kan etterprøves. Telenor må altså selv bære risikoen dersom selskapet velger å innrette sin virksomhet slik at det ikke er mulig for selskapet å kontrollere om det overholder plikten. Dette er også lagt til grunn i departementets klagevedtak 6. april 2011 punkt 8.1 hvor det under departementets vurdering fremgår at *"(...) det er den regulerte aktør som har full oversikt over hva som er ikke-diskriminerende pris(nivå). En alminnelig forretningsmessig vurdering tilsier at den regulerte aktør selv må ha risikoen for de vurderinger som er foretatt med hensyn til den fastlagte pris."*

Departementet mener at ikke-diskrimineringsplikten Telenor er underlagt er påregnelig og forutsigbar. Dette følger også forutsetningsvis av departementets klagevedtak 20. desember 2012, hvor departementet konstaterte brudd på ikke-diskrimineringsplikten og påla reduksjon av tilgangskostnaden til TDC. En uttømmende oppramsing av det nærmere innholdet i ikke-diskrimineringsplikten slik retten antyder at Marked 15-vedtaket burde inneholde, vil etter departementets syn kunne medføre behov for å endre markedsvedtak hver gang tilbyder med sterk markedsstilling inngår en avtale. Det er vanskelig for myndigheten å skulle forutse markedsutvikling og mulige avtalevilkår. Dette medfører at en fullstendig opplisting av hvilke objektive kriterier som vil kunne begrunne ulik pris eller andre avtalevilkår ikke er mulig.

Når det gjelder Telenors henvisning til rapportering av regnskapsmessig skille mener departementet dette ikke er relevant for den vurdering departementet skal gjøre i dette tilfellet. Det vises til departementets klagevedtak 20. desember 2012 der det er lagt til grunn at et *"regnskapsmessig skille er innrettet på å etterprøve at kravet om ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet overholdes. Regnskapsmessig skille er ikke egnet til å etterprøve ikke-diskriminering mellom to eksterne virksomheter."*

Når det gjelder Post- og teletilsynets oppfølging av tilgangsavtalene for nasjonal gjesting og MVNO-tilgang som tilsynet mottar i kopi, vises det til at det var korrespondanse i saken mellom Telenor og tilsynet i perioden mellom oversendelse av tilgangsavtalene og tilsynets vedtak 23. mars 2012 om brudd på ikke-diskrimineringsplikten. I vedtaket sammenliknet tilsynet tilgangsvilkårene til Network Norway og TDC, og vurderte hvorvidt forskjellene i tilgangsavtalene var begrunnet i objektive forhold. Asker og Bærum tingrett ser ut til å ha lagt vekt på at Telenor ikke fikk signaler fra tilsynet, verken i møte eller etter oversendelse av tilgangsavtalene høsten 2010, om at avtalene var i strid med ikke-diskrimineringsplikten. Departementet viser til at tilsynet fikk tilsendt avtalene kun kort tid før det innkom klage fra TDC og Telenor ble kjent med at behandlingen av klagen startet. Det er etter departementets oppfatning ikke naturlig at tilsynet signaliserer brudd på det rettslige grunnlaget før saken var ferdigbehandlet. Departementet finner at tilsynet har fulgt opp saken, og viser til at tilsynets oppfølging resulterte i at det ble konstatert brudd på ikke-diskrimineringsplikten.

Når det gjelder Telenors anførsel om at tilbakebetaling kun skal skje når den aktuelle tilbyderen har kunnet forutberegne sin rettsstilling fordi tilbakebetalingsbestemmelsen gjelder uten hensyn til skyld, viser departementet til at tilbakebetalingsbestemmelsen er objektiv nettopp fordi et skyldkrav vil gjøre bestemmelsen mindre forutsigbar og mindre anvendelig. Tilbakebetaling etter § 10-12 er ment å være et objektivt etteroppgjør. Et slikt etteroppgjør vil nettopp være aktuelt der selger av tjenesten for eksempel har tatt for høy pris fordi selger ikke har hatt fullstendig oversikt over alle elementer som påvirker prisen når prisen ble satt. Når det gjelder uttalelsen fra Asker og Bærum tingrett, vises det til at retten foretok en vurdering

av om Telenor hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomhet. Dette er et annet vurderingstema enn det som ligger til grunn for et objektivt tilbakebetalingskrav etter ekomloven § 10-12.

Telenor mener at selskapets manglende kjennskap til myndighetens modellvalg og forutsetning for sammenlikning av eksterne tilgangsavtaler, innebærer at det ikke kan kreves tilbakebetaling for perioden forut for Post- og teletilsynets vedtak 23. mars 2012. Departementet viser til marked 15 vedtaket 5. august 2010, der det fremgår av vedtakets punkt 8.2 at eventuelle forskjeller i vilkårene mellom tilgangsformer skal kunne begrunnes i objektive kriterier. Departementet er ikke enig i at det var lite forutsigbart for Telenor at myndigheten ville sammenlikne avtaler mellom eksterne kjøpere av tilgang for å kontrollere at ikke-diskrimineringsplikten mellom eksterne virksomheter var oppfylt. For å kunne følge opp kravet til ikke-diskriminering mellom to eksterne parter må det være påregnelig at to eksterne avtaler sammenliknes, jf. Post- og teletilsynet vedtak 23. mars 2012. Videre har departementet lagt til grunn at det er påregnelig at det ved sammenlikningen må legges til grunn volumer som er realistiske sett i forhold til størrelsen på den tilbyder som vurderes, jf. departementets vedtak 20. desember 2012 punkt 5.2.4. Departementet kan ikke se at en slik konkret sammenlikning av to avtaler krever notifikasjon til ESA.

5. VEDTAK

Departementet fatter med hjemmel i ekomloven §§ 10-12, 11-6 første ledd og forvaltningsloven § 34 fjerde ledd slik vedtak:

Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak 21. februar 2014 om tilbakebetaling opprettholdes med den endring at tilbakebetalingsprisen settes til NOK 16 243 827 inklusive renter. TDC skal tilbakebetale til Telenor differansen mellom utbetalt beløp etter Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak og denne summen, pluss eventuelle renter av dette beløpet for perioden etter tilbakebetaling har skjedd.

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

Med hilsen

Jørn Ringlund (e.f.)
avdelingsdirektør

Jenny Lønn Barvik
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

Kopi til:

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
TDC AS