



DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Ifølge liste

Deres ref

Vår ref

Dato

14/357 RHO/KSK/SOA/JLB

26.11.2014

**Opphevelse av Post- og teletilsynets vedtak om bruk av marginskvistester ved oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 15 - Manglende notifikering til ESA**

Det vises til klage fra Telenor Norge AS (Telenor), TDC AS (TDC), Tele2 Norge AS (Tele2) og Network Norway AS (NwN) 29. januar 2014. Klagen gjelder Post- og teletilsynets vedtak 13. desember 2013 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 15 ved bruk av marginskvistester (Marginskvisvedtaket). Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29. Departementet viser til Post- og teletilsynets tre innstillinger i de ovennevnte klagesakene 8. april 2014, hvor tilsynet innstiller på at klagen ikke tas til følge.

Når Tele2 omtales nedenfor omfatter dette både Tele2 og Network Norway, jf. blant annet brev 4. mars 2014 fra Tele2 og Network Norway. Når Network Norway omtales separat knytter dette seg til klagen på beslutningen 13. desember 2013 om prisvilkår i Telenors avtale med Network Norway.

## 1. BAKGRUNN

I Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 ble Telenor utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og originering i offentlig mobilkommunikasjonsnett (marked 15). Telenor ble samtidig pålagt særskilte forpliktelser, herunder plikt til ikke å diskriminere med hensyn til pris og alle andre vilkår for tilgang til nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering. Kravet til ikke-diskriminering gjelder både mellom eksterne virksomheter og mellom egne og eksterne virksomheter. For å følge opp kravet til ikke-diskriminering på pris mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne virksomheter, gjennomførte tilsynet en høring av prinsipper for bruk av marginskvistest i marked 15 fra mai

---

Postadresse

Kontoradresse

Telefon\*

Saksbehandler

postmottak@sd.dep.no

<http://www.sd.dep.no/>

22 24 90 90  
Org. nr.  
972 417 904

til juni 2012. Tilsynet mottok høringskommentarer fra flere markedsaktører, foretok justeringer og fattet deretter vedtak 13. desember 2013 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 15 ved bruk av marginskvistester. Vedtaket ble påklaget av Telenor, TDC og Tele2 29. januar 2014.

Telenor anfører hovedsakelig at Marginskvisvedtaket er ugyldig og må oppheves. Det vises til at vedtaket ikke har hjemmel, verken i ekomloven § 4-7 eller i gjeldende vedtak i marked 15. Telenor mener vedtaket er i strid med innholdet i kravet til ikke-diskriminering i ekomloven § 4-7, og at den vedtatte modellen ikke kan brukes til å kontrollere etterlevelsen av kravet til ikke-diskriminering i marked 15. Selskapet anser marginskvisvedtaket som en endring av marked 15-vedtaket, og at vedtaket derfor ikke oppfyller de krav som et vedtak om endret virkemiddelbruk forutsetter, herunder konsultasjon med ESA. Subsidiært anfører Telenor at selve marginskvismodellen har en rekke feil og mangler som gir manglende forutberegnelighet. Modellen anføres også å stride mot formålet i ekomloven.

TDC anfører at Marginskvisvedtaket må omgjøres som følge av feil og mangler ved modellen. Tele2 mener Marginskvisvedtaket er i strid med departementets klagevedtak 6. april 2011.

## 2. AVGJØRELSESFORM

Det vises til departementets beslutning om ikke å gi utsatt iverksetting av Marginskvisvedtaket 28. mars 2014. Bakgrunnen for dette var blant annet at departementet mente det kunne stilles spørsmål ved om tilsynets Marginskvisvedtak var et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Departementet la ved vurderingen blant annet vekt på at det ikke ville være noe å utsette iverksettingen av, dersom tilsynets avgjørelse ikke ga nye rettigheter eller plikter. Det er en forutsetning for departementets klagebehandling at det foreligger et vedtak i forvaltningslovens forstand. Departementet må derfor først ta stilling til om tilsynets fastsetting av prinsipper og metode for bruk av marginskvistester er å anse som et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.

Det følger av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a at et "vedtak" er en "avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)". Videre defineres "enkeltvedtak" i bokstav b som "et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer".

Det fremgår av Woxholts kommentarer til forvaltningsloven<sup>1</sup> at en avgjørelse kan være bestemmende etter sitt innhold "(...) hvis den gjelder stiftelse, opphevelse eller begrensninger av en rettighet eller en plikt. Dermed er ikke bare tildeling og fratagelse av rettigheter og pålegg av plikter og fritagelse fra plikter enkeltvedtak, men også avgjørelser som innebærer rådighetsbegrensninger. Det samme gjelder der avgjørelsen slår fast med bindende virkning om en rett eller plikt foreligger og hvilket innhold den i tilfelle har."

---

<sup>1</sup> Forvaltningsloven: Kommentartutgave, Woxholt Geir, 5. utgave s. 71

Departementet viser til at Post- og teletilsynets fastsettelse av metode og prinsipper for bruk av marginskvistester i marked 15, er en avgjørelse truffet under utøving av offentlig myndighet. Videre retter avgjørelsen seg mot Telenor. Ettersom avgjørelsen gjelder fastsettelse av et verktøy for oppfølging av en allerede ilagt forpliktelse, blir spørsmålet om tilsynets avgjørelse kan anses å være ”bestemmende” for Telenors ”rettigheter og plikter” jf. forvaltningsloven § 2 bokstav b.

I Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 ble Telenor blant annet pålagt plikt til ikke å diskriminere med hensyn til pris og alle andre vilkår for tilgang til nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering. For å følge opp kravet til ikke-diskriminering på pris mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne virksomheter, fastsatte tilsynet 13. desember 2013 prinsipper og metode for bruk av marginskvistester i marked 15.

Tilsynet har ved vurderingen av avgjørelsesform uttalt at: *”bruk av marginskvistester, herunder bruk av prinsippet om rimelig effektiv operatør, er et relevant verktøy for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering. Fastleggelsen av prinsippene for bruk av dette verktøyet innebærer derfor ikke i seg selv noen endring i reguleringen”*. Tilsynet kommer likevel til at fastsettelsen av prinsippene for bruk av marginskvistester i marked 15 som verktøy for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering, herunder det nærmere innholdet i prinsippet om rimelig effektiv operatør, er å anse som et enkeltvedtak. Tilsynet har ved vurderingen lagt vekt på at hvilke prinsipper som legges til grunn, vil være av betydning for hvilket resultat verktøyet vil gi, og dermed kunne være av betydning for vurderingen av om kravet til ikke-diskriminering er etterlevd.

Departementet har vært i tvil om Marginskvisvedtaket innebærer en endring i den underliggende ikke-diskrimineringsplikten Telenor er pålagt. Det vises blant annet til departementets beslutning om ikke å gi utsatt iverksetting 28. mars 2014. På tidspunktet for vurderingen av Telenors anmodning om utsatt iverksetting, var man på et tidlig stadium i klagesaken og departementet hadde ikke fått oversendt alle saksdokumentene. Beslutningen om utsatt iverksetting ble derfor foretatt på bakgrunn av det saksmaterialet departementet da hadde tilgjengelig. I beslutningen mente departementet det forelå tvil om Marginskvisvedtaket endret Telenors rettsstilling, og om Marginskvisvedtaket kunne anses å være bestemmende for Telenors rettigheter og plikter. Departementet har i ettertid fått oversendt øvrige dokumenter i saken, og gjennomgått det omfattende og komplekse saksmaterialet. Ved en nærmere gjennomgang av sakens dokumenter, prinsippene for Marginskvismodellen og de metodevalg som er gjort, har departementet fått et bedre grunnlag for sin vurdering.

I departementets klagevedtak 6. april 2011 fremgår det at det kan være hensiktsmessig at ikke-diskrimineringsplikten følges opp ved bruk av marginskvistester som bygger på et REO-prinsipp. REO-prinsippet tar utgangspunkt i tilgangskjøperens kostnader ved fastsetting av relevante kostnader. Dette innebærer at myndigheten har presisert at ikke-diskrimineringsplikten kan følges opp ved bruk av marginskvistester som bygger på et REO-prinsipp. I tillegg har prinsippene for marginskvistesten vært gjenstand for høring i 2012. Dette taler for at Marginskvisvedtaket ikke endrer Telenors rettigheter og plikter.

Det er imidlertid først i Marginskvisvedtaket at det nærmere innholdet i REO-prinsippet ble klarlagt, noe som kan anses som en presisering av den underliggende forpliktelsen om ikke-diskriminering. Dette innebærer at Marginskvistesten vil kunne få betydning for det prisnivå og de prismodeller Telenor kan ta av andre aktører i markedet og dermed utgjøre en rådighetsbegrensning. Marginskvisvedtaket vil derfor kunne være bestemmende for Telenors rettigheter og plikter.

Departementet er etter en konkret vurdering av det ovennevnte kommet til at tilsynets marginskvisvedtak kan anses å være bestemmende for Telenors rettigheter og plikter. Departementet har lagt avgjørende vekt på at fastsettelse av prinsipper og metode for bruk av marginskvistester i marked 15 som verktøy for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering, innebærer en presisering av den underliggende ikke-diskrimineringsplikten Telenor er pålagt. Departementet mener derfor tilsynets marginskvisvedtak er å anse som et enkeltvedtak jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b.

### **3. RETTSLIG UTGANGSPUNKT**

Det følger av ekomloven § 3-4 første ledd at tilbyder med sterk markedsstilling skal pålegges en eller flere særskilte plikter som følger av §§ 4-1 og 4-4 til 4-10. Videre fastsetter ekomloven § 4-7 annet ledd (ikke-diskriminering) at myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling *”å tilby samtrafikk og tilgang til andre tilbydere på samme eller likeverdige vilkår og til samme eller likeverdige kvalitet som det tilbys egen virksomhet, datterselskaper eller partnervirksomheter”*.

I henhold til ekomloven § 9-3 første ledd skal *”et begrunnet forslag sendes til EFTAs overvåkningsorgan for konsultasjon med sikte på europeisk harmonisering”* når en avgjørelse etter §§ 3-2 annet ledd, 3-3, 3-4 første ledd, 4-1 fjerde ledd og 4-2 annet ledd *”vil kunne påvirke handelen mellom EØS-landene”*. Det følger av bestemmelsen at EFTAs overvåkningsorgan og andre berørte myndigheter innenfor EØS-området kan kommentere forslaget. Etter fjerde ledd kan konsultasjonsprosedyren gjennomføres etter at vedtak er fattet, når det av *”hensyn til å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser er behov for en rask avklaring”*.

### **4. NOTIFISERING TIL ESA**

Telenor anfører at det er en saksbehandlingsfeil at marginskvisvedtaket ikke er notifisert ESA. Det vises til at innføring av en ny marginskvistest basert på et REO-prinsipp er en endring av den materiellrettslige forpliktelsen selskapet er underlagt, og at dette støttes av ESAs rekommendasjon om notifikasjoner, tidsfrister og konsultasjoner i henhold til rammedirektivets artikkel 7.

TDC og Tele2 viser til at Samferdselsdepartementet i klagevedtak 6. april 2011 fastsatte at ikke-diskrimineringskravet skal følges opp med utgangspunkt i en REO-basert marginskvistest, og endret Post- og teletilsynets markedsvedtak 8. august 2010 på dette punkt.

TDC viser til at en slik presisering av markedsreguleringen ikke krever re-notifisering til ESA fordi vedtaket oppfyller kravene til blant annet utredning og kontradiksjon. Det er ikke snakk om et pålegg om nye forpliktelser og derfor ikke nødvendig med notifisering til ESA.

Spørsmålet departementet må ta stilling til, er om tilsynets oppfølging av kravet til ikke-diskriminering på pris mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av tilgang i marked 15, ved fastsettelse av prinsipper og metode for bruk av marginskvistester, burde vært notifisert til ESA.

Når en avgjørelse etter ekomloven § 3-4 første ledd (påleggelse av særlige plikter for tilbydere med sterk markedsstilling) vil kunne påvirke handelen mellom EØS-landene, følger det av ekomloven § 9-3 første ledd at et begrunnet forslag skal sendes til EFTAs overvåkningsorgan (ESA) for konsultasjon med sikte på europeisk harmonisering. Dette innebærer at notifisering er påkrevd ved for eksempel påleggelse av særskilte forpliktelser, herunder plikt til ikke-diskriminering. En endring i de pålagte forpliktelser vil også kreve notifisering til ESA. Bestemmelsen i ekomloven § 9-3 gjennomfører Rammedirektivets (2002/21/EC) regler om europeisk konsultasjonsprosedyre og harmonisering. Formålet med konsultasjon er å harmonisere virkemiddelbruk innenfor EØS-området, slik at tilbyderne får så like rammevilkår som mulig innenfor EØS-området.

Kommisjonen har i anbefaling 15. oktober 2008 ”on notifications, time limits and consultations provided for in Article 7 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services” uttalt følgende i fortalen punkt 14 (vår understrekning):

*”National regulatory authorities frequently amend technical details of the remedies imposed to take account of changes in economic indicators (such as equipment, labour, inflation, cost of capital, property rental rates, etc.), or to update forecasts or assumptions. Changes or updates of details which do not change the nature or the general scope of remedies (e.g. extension of reporting obligations, details of required insurance coverage, amounts of penalties, or delivery times) should be notified by means of the short notification form. Only material changes to the nature or scope of the remedies that have an appreciable impact on the market (such as price levels, amendments to the methodologies used to calculate costs or prices, determination of glide paths) should be notified by the standard notification procedure”.*

Denne rettsakten er ikke rettslig bindende i og med at det er en anbefaling. ESA har imidlertid vedtatt anbefalingen, og vil kunne bruke denne som et utgangspunkt for sine vurderinger av blant annet utkast til enkeltvedtak som notifiseres.

Telenor ble pålagt plikt til ikke-diskriminering i M15 vedtaket og dette ble notifisert til ESA i 2010. ESA uttalte da blant annet (vår understrekning):

*”On a procedural note, the Authority recalls that any future amendments to, or more detailed implementation of, the draft remedies consulted on in the present notification will require re-notification in accordance with Article 7(3) of the Framework Directive. Whether such a re-notification of the remedies also necessitates a re-assessment and re-*

*notification of the underlying SMP findings will depend on the circumstances of the individual case.”*

Spørsmålet for departementet er om marginskvisvedtaket kan anses som en endring eller presisering av ikke-diskrimineringsplikten Telenor ble underlagt i tilsynets vedtak 5. august 2010, som i henhold til anbefalingen og ESAs kommentarer krever ny notifikasjon til ESA.

Det vises til departementets vurdering under punkt 2, hvor det konkluderes med at Marginskvisvedtaket og anvendelse av et REO-prinsipp vil kunne innebære en presisering av den underliggende ikke-diskrimineringsplikten Telenor er pålagt. Dette tilsier etter departementets syn at Marginskvisvedtaket burde vært notifisert til ESA. Også hensynet til å sikre konsistens når det gjelder notifikasjonspraksis taler etter departementets syn for at Marginskvisvedtaket burde vært notifisert til ESA. Det vises til ESA sine kommentarer 9. desember 2013 til tilsynets utkast til vedtak i marked 4 og 5, hvor det fremgår at ESA anbefaler at tilsynet utarbeider en marginskvistest som skal notifiseres til ESA. Departementet har også merket seg at tilsynet i innstilling 11. april 2014 til klage på nytt markedsvedtak i marked 4 og 5, bekrefter at det vil utarbeides en marginskvistest som vil bli notifisert. Etter en konkret vurdering er departementet på bakgrunn av dette kommet til at Marginskvisvedtaket skulle vært notifisert til ESA.

Når det gjelder betydningen av manglende notifikasjon vises det til departementets vurdering under punkt 5.

## **5. VIRKNING AV MANGLENDE NOTIFISERING**

Telenor har anført at manglende notifikasjon må anses som en saksbehandlingsfeil som må antas å ha virket inn på vedtakets innhold og lede til ugyldighet. Det vises blant annet til at tilsynet etter rammedirektivet artikkel 7 nr. 7 skal ta *”the utmost account of”* ESAs kommentarer. Videre anføres det at vedtak fattet i strid med en forpliktelse til lojalt samarbeid, må anses ugyldig av hensyn til at grunnleggende EØS-rettslige bestemmelser skal få den tilsiktede effekt.

Departementet har under punkt 4 konkludert med at tilsynet skulle ha notifisert marginskvisvedtaket til ESA. Etter ekomloven § 9-3 fjerde ledd åpnes det for etterfølgende notifikasjon dersom det av hensyn til å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser, er behov for en rask avklaring. Departementet kan ikke se at tilsynet i Marginskvisvedtaket har begrunnet manglende notifikasjon med et behov for rask avklaring, og departementet legger derfor til grunn at det er den alminnelige notifikasjonsprosedyren som skulle vært fulgt.

Etter departementets syn må manglende notifikasjon til ESA anses som en saksbehandlingsfeil, jf. forvaltningsloven § 17 om forvaltningens utrednings- og informasjonsplikt. Spørsmålet departementet må ta stilling til er om saksbehandlingsfeilen får betydning for vedtakets gyldighet.

Det følger av forvaltningsloven § 41 at tilsynets vedtak likevel vil være gyldig dersom det er grunn til å regne med at saksbehandlingsfeilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Hovedformålet med saksbehandlingsregler er å sikre riktige avgjørelser. Det kan derfor være grunn til å se bort fra feil som vanskelig kan tenkes å ha hatt innflytelse på resultatet. Det fremgår imidlertid av juridisk teori at det ikke er nødvendig med noen overvekt av sannsynlighet for at feilen kan ha virket inn på resultatet, for at et vedtak skal kjennes ugyldig etter den alminnelige ugyldighetslæren. Det er tilstrekkelig at det er en ikke helt fjerntliggende mulighet for det (og det er ikke nødvendig at feilen faktisk har virket inn).<sup>2</sup> Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

Post- og teletilsynet er så langt som mulig forpliktet til å ta hensyn til ESAs kommentarer når vedtak fattes. Det kan ikke utelukkes at ESA ville hatt kommentarer til Marginskvisvedtaket dersom det hadde vært notifisert. Formålet med notifisering er å sikre europeisk harmonisering, noe tilsynet også har vektlagt ved utviklingen av prinsipper og metode for marginskvisetest i marked 15. Det vises til tilsynets uttalelse i vedlegg 1 til marginskvisvedtaket hvor det fremgår at tilsynet har søkt å *”innrette marginskvisetest som regulatorisk verktøy på en måte som harmonerer med europeisk praksis”*. Departementet mener derfor at det er sannsynlig at tilsynet ved fastsettelse av prinsipper og metoder for bruk av marginskvisester ville tatt hensyn til eventuelle kommentarer fra ESA. Departementet mener på bakgrunn av dette at manglende notifisering kan ha virket inn på vedtakets innhold.

Når det gjelder notifisering av fremtidige vedtak til ESA, bemerker departementet at det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet av hvorvidt det skal notifiseres.

Departementet er etter en konkret vurdering kommet til at det foreligger en saksbehandlingsfeil som kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold på en slik måte at tilsynets vedtak er å anse som ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41 og den alminnelige ugyldighetslæren.

## **6. FORHOLDET TIL TILSYNETS BESLUTNINGER 13. DESEMBER 2013**

Departementet viser til at tilsynet har anvendt marginskvismodellen i forbindelse med behandlingen av to klager fra henholdsvis TDC og Network Norway. Det vises til Post- og teletilsynets beslutning 13. desember 2013 om ikke å gripe inn mot prisvilkårene i Telenors MVNO-avtale med TDC, som ble påklaget av TDC 2. januar 2014. Videre vises det til tilsynets beslutning 13. desember 2013 om ikke å gripe inn mot prisvilkårene i Telenors avtale med Network Norway om nasjonalt gjesting, som ble påklaget av Network Norway 3. januar 2014.

Klagesakene har en nær sammenheng med Marginskvisvedtaket, men vil bli avgjort av departementet i separate vedtak. Opphevelse av Marginskvisvedtaket fører imidlertid til at deler av beslutningsgrunnlaget for avgjørelse av klagesakene bortfaller. Departementet mener regnskapsmessig skille i dette tilfellet bør suppleres med en alternativ økonomisk analyse.

---

<sup>2</sup> Forvaltningsrett, Eckhoff Torstein og Smith Eivind, 7. utgave, side 429.

Departementet ber derfor tilsynet om å innhente konkrete tilgangsavtaler som anses relevant å sammenlikne med og å foreta en sammenlikning av prisvilkårene i disse avtalene opp mot Network Norway og TDCs prisvilkår i de aktuelle tidsperiodene. Dette gjelder for eksempel Telenors videresalgssavtaler med egne datterselskaper og storkundeavtaler som for eksempel Posten-avtalen. Departementet ber tilsynet komme med sin tilråding til departementet innen 31. januar 2015. Av hensyn til partene i saken, bør tilrådingen også inkludere eventuelle merknader fra de berørte tilbyderne om tilsynets sammenlikning av konkrete avtaler.

## **7. KONKLUSJON**

Etter en konkret vurdering er departementet kommet til at Marginskvisvedtaket må anses ugyldig som følge av manglende notifisering til ESA. Når det gjelder partenes øvrige anførsler, finner ikke departementet grunn til å gå inn på disse da det er konkludert med at Marginskvisvedtaket er ugyldig.

Departementet er i likhet med tilsynet av den oppfatning at marginskvistester vil kunne være egnet til å følge opp om plikt til ikke-diskriminering er overholdt. Departementet legger til grunn at Post- og teletilsynet foretar en vurdering av om det er hensiktsmessig å iverksette konsultasjonsprosedyre på nåværende tidspunkt i denne saken. Den konkrete vurderingen bør knyttes til det nært forestående markedsvedtaket i marked 15, hvor tilsynet har utarbeidet en marginskvistest som vil bli notifisert. Videre vises det til at tilsynet har lagt til grunn at Marginskvisvedtaket bare får virkning fremover i tid.

## **8. DEPARTEMENTETS VEDTAK**

Departementet fatter med hjemmel i ekomloven § 11-6 første ledd og forvaltningsloven § 34 fjerde ledd slikt vedtak:

*Post- og teletilsynets vedtak 13. desember 2013 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 15 ved bruk av marginskvistester oppheves.*

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

Silje Owren Aarum  
rådgiver

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

Post- og teletilsynet  
Kopi: Post- og teletilsynet



**Adressliste**

Telenor Norge AS	Postboks 800	1331	Fornebu
TDC AS	Postboks 4600, Nydalen	0405	OSLO
Tele2 Norge AS	Postboks 6125 Etterstad	0602	OSLO
Network Norway	Postboks 6258 Etterstad	0603	OSLO