

Samferdselsdepartementet
v/ Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Vår dato
30.05.2016

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE - PÅLEGG OM RETTING AV TELENORS TILGANGSPRISER FOR FIBERBASERT BREDBÅNDSAKSCESS

1 Innledning og bakgrunn

Det vises til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets («Nkom») vedtak 9. mai 2016 om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbånd («vedtaket»). Telenor påklager med dette vedtaket.

Nkom fastsatte 27. august 2015 vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert bredbåndsaksess («marginskvisvedtaket»). Telenor påklaget vedtaket 17. september 2015 og avventer departementets klagebehandling. Telenor har fremmet en rekke innsigelser til marginskvisvedtaket som Telenor har redegjort for i klagen av 17. september 2015, herunder at marginskvisvedtaket ikke har nødvendig hjemmel og lider av flere feil og mangler. Nkoms anvendelse av marginskvistesten i vedtaket av 9. mai 2016 viser også at dette i realiteten blir en prisregulering som skulle vært hjemlet i ekomloven § 4-9. Dette forutsetter imidlertid at vilkårene for anvendelse av § 4-9 er oppfylt, noe Nkom konkluderte med at ikke er tilfelle i marked 5 vedtaket punkt 7.3.3.

Nkoms vedtak av 9. mai 2016 understreker og underbygger videre Telenors anførsel om at marginskvisvedtaket strider mot grunnleggende krav til klarhet og forutsigbarhet.

Når det gjelder prinsipper og metoder for marginskvistesten, fremgår det av det påklagede marginskvisvedtaket at Nkom vil basere marginskvistesten på en såkalt justert EEO-modell. Dette innebærer ifølge Nkom at myndigheten med jevne mellomrom vil innhente andre tilbyderes kostnadstall for å vurdere justeringer av Telenors data. Vedtaket bygger på at Nkom nå har innhentet data fra andre tilbydere, og deretter foretatt justeringer. Basert på disse justeringene pålegger Nkom Telenor å rette prisene for fiberbasert bredbånd (Vula) slik at disse må reduseres med

Group Legal
Advokat MNA

Juridisk direktør:
Wenche Agerup

Advokater:
Eirik Andersen
Geir Dyngeland
Morten Foss
Atle Garder
Henrik Gerner-Mathisen
Gaute Simen Gravir
Ina L. Heidenreich
Bjørn Hogstad
Øyvind Iversen
Christian Lindqvist
My Muratori
Ina Ore
Paul Edward Paus
Jørn T. Ramnæs
Tone Ripel
Philip Risbjørn
Espen Skovly
Vegard Thoresen
Guru Wanda Wanvik
Kaja Wølneberg
Anette Halvorsen Aarset

16,9 prosent for å bestå marginskvis testen slik den er fastsatt i marginskvisvedtaket.

Telenor anfører prinsipielt at vedtaket mangler rettslig grunnlag i ekomloven. Vedtaket lider også av en rekke feil og svakheter og stiller Telenor i en rettslig uholdbar og uforutsigbar situasjon, i strid med grunnleggende krav til forholdsmessighet, forutberegnelighet og ekomlovens formål.

Det følger av ovennevnte at Telenor anfører at vedtaket er ugyldig. Subsidiært ber vi Samferdselsdepartementet om å rette opp forholdene som påklages og fatte et nytt vedtak.

Foruten denne klage vises det til Telenors kommentarer av 15. februar 2016 til Nkoms varsel om vedtak av 28. januar 2016. I det vesentligste synes ikke Telenors kommentarer til varselet å være hensyntatt. Det vesentlige av innvendingene som fremkommer av Telenors kommentarer til varselet er således fremdeles aktuelle og utgjør en integrert del av denne klagen.

Det bes om at informasjon merket med [Uoff.] unntas offentlighet og eventuell partsoffentlighet, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd 2) og § 19 første ledd b).

1.1 Oppsummering av klagen

Oppsummert, og i tillegg til de forhold Telenor tidligere har påpekt, omfatter klagen særlig følgende forhold:

- Nkom har ikke hjemmel i ekomloven § 10-6 til å fatte et rettevedtak med dette innholdet. Vedtaket innebærer en endring av det foreliggende marginskvisvedtaket og at Telenor pålegges nye forpliktelser.
- Vedtaket lider av rekke feil og mangler som hver for seg og samlet innebærer at det er ugyldig:
 - Vedtaket er i strid med grunnleggende krav til forutsigbarhet og klarhet.
 - Nkom har ikke sannsynliggjort at det foreligger brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked-5 vedtaket.
 - Nkom har ikke hjemmel til å pålegge Telenor å rette seg på en bestemt måte.
 - Gjennomføringen av en justert EEO lider av feil og mangler.

2 Hovedpunkter som påklages

2.1 Vedtaket mangler hjemmel

Nkom har pålagt retting etter ekomloven § 10-6 første ledd. Telenor bestrider at det foreligger grunnlag for et rettevedtak, og mener at vedtaket i realiteten er en endring av det foreliggende marginskvisvedtaket hvor Telenor pålegges nye forpliktelser.

Ekomloven § 10-6 hjemler Nkoms kompetanse til å pålegge retting. Den materielle kompetansen følger av første og andre ledd:

«Myndigheten 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. Herunder kan myndigheten gi pålegg om avtaleinngåelse og om utforming av avtalevilkår i avtaler mellom tilbydere og mellom tilbyder og sluttbruker.

Myndigheten kan iverksette særskilte tiltak ved brudd på vilkår i tillatelse, forpliktelse for tilbyder med sterk markedsstilling eller forpliktelse for tilbyder av leveringspliktig tjeneste og spesielle samfunnsplagte oppgaver.»

I merknadene til ekomloven § 10-6 forklares rettekompentansen som følger:

"Pålegg om retting eller endring kan gis dersom kravene gitt i eller i medhold av loven ikke er oppfylt, herunder dersom det foreligger brudd på vilkår for tillatelser gitt med hjemmel i loven, f.eks. for oppfyllelse av konsesjonsvilkår som er satt for å hindre utstråling som forstyrrer elektronisk kommunikasjon. Pålegg om retting eller endring kan gjelde avtaleinngåelse eller utforming av vilkår i avtaler mellom tilbydere av elektronisk kommunikasjon eller -tjeneste, f.eks. utforming av abonnementsvilkår eller vilkår for tilgang, mv. Bestemmelsen er ikke begrenset til bare å rette seg mot tilbyder av elektronisk kommunikasjonsnett som nyttes til å tilby offentlig elektronisk kommunikasjonstjeneste eller offentlig elektronisk kommunikasjonstjeneste. Forpliktelser som ikke følger direkte av lov eller forskrift kan ikke gjøres gjeldende før enkeltvedtak er fattet. Myndigheten kan begrunne pålegget ut fra forhold som ligger forut i tid, men pålegget om retting og endring vil gjelde fra vedtakstidspunktet og fremover i tid. 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. Eventuell frist for å gjennomføre et pålegg må tilpasses de forhold som kreves rettet eller endret."

Det følger av første ledd at en forutsetning for bruk av kompetansen er at det foreligger et ulovlig forhold, dvs. et brudd på forpliktelser etter loven eller vedtak etter loven. Bestemmelsen gir således ikke materiell kompetanse til å gi nye pålegg uten at dette er knyttet til overtredelser av allerede eksisterende forpliktelser. Dette er også gjentatt i merknadene, jf. sitatet.

Av marginskvisvedtaket Vedlegg 1, Prinsipper for bruk av marginskvisetest for fiberbasert tilgang (prinsippdokumentet) i marked 5, fremgår det at Nkom vil benytte en markedsandel på 20 % av tilgjengelige husstander tilkoblet Telenors fibernett på ODP'er med mer enn 1000 tilkoblede kunder. Videre angir prinsippene relevant referansetidsrom, kostnadsstandard og andre sentrale variabler. Det fremgår imidlertid ikke hvilket nivå kostnadene for en justert EEO skal ligge på der dette ikke fanges opp av justering for markedsandel.

Nkom har i varselet om retting ikke bare foretatt en justering av Telenors kostnader i samsvar med forutsetningen om markedsandel, men innhentet faktiske kostnadstall fra andre aktører i markedet som grunnlag for justeringer. Justeringene foretatt på grunnlag av de innhentede kostnadstallene fra konkurrerende aktører har stor betydning for hvilken pris Telenor har adgang til å ta i henhold til marginskvisetesten.

Nkoms anvendelse av marginskvisetesten i vedtaket av 9. mai 2016 viser at det er først i vedtaket om retting (og ikke i selve marginskvisvedtaket) Telenor gjøres kjent med hvilke faktiske inntekts- og kostnadstall Nkom vil benytte i testen, herunder hvilke variabler Nkom vil justere, de konkrete justeringene av disse og den nærmere metodikken for fastsettelse av de verdier i modellen som avviker fra Telenors egne kostnader. Dette innebærer at uansett hvor godt Telenor har søkt å tilpasse seg den foreliggende marginskvismodellen, har det ikke vært mulig for Telenor å sikre etterlevelse av forpliktelsen før Telenor ble gjort kjent med Nkoms vurdering av disse, for Telenor ukjente, variablene gjennom vedtaket om retting. I vedtaket fremkommer også at det ikke er gitt at det er de samme variablene som justeres ved neste marginskvisetest, men at det da kan være tale om andre variabler som skal justeres. Disse vil heller ikke Telenor være kjent med på forhånd.

Dette innebærer at sentrale deler av innholdet i forpliktelsen først fastlegges i rettevedtaket. Fastsettelsen av justeringene av Telenors kostnadstall som sentrale premisser for den testen Telenor må bestå for å opptre i samsvar med kravet til ikke-diskriminering er med andre ord bestemmende for Telenors rettigheter og plikter. Realiteten er derfor at et pålegg om «retting» i samsvar med vedtaket utvider og endrer det gjeldende marginskvisvedtaket. Vedtaket kan derfor ikke betraktes som et pålegg om retting, som forutsetter at forpliktelsen allerede var pålagt Telenor, men må mest nærliggende anses som en endring etter ekomloven § 3-4 tredje ledd.

At vedtaket ikke kan betraktes som et pålegg om retting for å sikre etterlevelse av en allerede eksisterende plikt, men representerer en ny og/eller endret forpliktelse, understøttes av at overtredelse av eksisterende forpliktelser vil kunne være forbundet med overtredelsesgebyr m.v., jf. også Nkoms uttalelser i marginskvisvedtaket s. 7. Det foreligger klart nok ikke grunnlag for å sanksjonere forpliktelser Telenor ikke har hatt noen mulighet til å forutse innholdet i og innrette seg etter.

Det er også kun ved å betrakte vedtaket som en utvidelse og endring av eksisterende marginskvisvedtak at marginskvisvedtaket vil oppfylle kravene til klar og forutsigbar ex-ante regulering, i samsvar med de grunnleggende forutsetningene i det underliggende EU-regelverket. Vi viser i denne sammenheng til ESAs merknader til notifikasjonen 9. desember 2013, der ESA etterlyste en «*ex ante economic replicability test*», og ga uttrykk for at «*the delayed of introduction of the accounting separation obligation and the lack of a clearly pre-defined economic replicability test do not promote regulatory predictability*». Videre bemerker ESA at «*This [the test] should clearly specify the relevant retail products, the relevant cost standard and the downstream costs taken into account [...]*». ESA forutsatte med andre ord at marginskvisvesten ble utformet som en klar ex ante-forpliktelse som bidrar til forutberegnelighet for alle involverte parter.

Også NGA-anbefalingen, som Nkom opplyser å ha basert testen på, understreker behovet for forutberegnelighet, både ved gjennomføring av testen og ved reguleringsutforming generelt for å sikre vekst og investering i NGA-nettverk. Dette er for øvrig også reflektert ved at NGA-anbefalingen forutsetter en fremoverskuende tilnærming. Behovet for forutberegnelighet understrekes videre i fortalen til anbefalingen punkt 67 «*The economic replicability test set out by the NRA in advance should be adequately detailed and should include as a minimum a set of relevant parameters in order to ensure predictability and the necessary transparency for operators*». Nkoms eget prinsippdokument forutsetter også at «*marginskvisberegningene skal være gjennomsiklige og forutsigbare for markedsaktørene som blir direkte berørt av grossisttjenestene og prisene på disse*», jf. dokumentet punkt 3.11.

Bruk av en REO-modell eller justert EEO-modell stiller i denne sammenheng andre krav til regulatøren enn en EEO-test. Ved en EEO-test vil SMP-aktøren selv besitte de opplysninger som er nødvendige for å kunne innrette seg etter og sikre overholdelse av testen. I henhold til NGA-anbefalingen er den klare hovedregelen da også at det skal benyttes en ren EEO-standard. Dersom det skulle foreligge grunnlag for en justert EEO- eller REO-test, må det innenfor en ex-ante regulering klart forutsettes at alle sentrale variabler, herunder kostnadsnivået i testen, er fastlagt forut for det tidsrom testen gjennomføres. I motsatt fall endrer man i realiteten Telenors marginforpliktelse med tilbakevirkende kraft. Når det av prinsippdokumentet pkt. 3.1 (siste avsnitt før rammen) fremgår at Nkom skal kunne foreta skalajusteringer «der det er nødvendig», mao. basert på et vidt skjønn, må dette skjønnet således i tilfellet benyttes ved fastsettelsen av forpliktelsene, ikke ved håndhevelsen av dem.

Så langt Telenor har kunnet bringe på det rene, er det også på denne måten REO-test er implementert i flere andre jurisdiksjoner der tilbyder med sterk markedsstilling er pålagt en slik forpliktelse i marked 4 og/eller 5.

Innvendingene over gjelder også mulige fremtidige justeringer i modellen. Dersom Nkom skulle mene at det på et fremtidig tidspunkt foreligger grunnlag for å gjøre endringer i modellen, enten ved at flere variabler enn de åtte som fremgår av vedtaket vil bli justert, eller ved at de åtte variablene justeres, legger Telenor til grunn at det vil bli fattet nytt endringsvedtak iht. § 3-4 tredje ledd annet punktum i samsvar med vanlige prosedyrer. En slik fremgangsmåte vil sikre nødvendig kontradiksjon i forkant av vedtaket og forutberegnelighet i testperioden slik at Telenor kan forutberegne sin rettsstilling og innrette seg etter reguleringen.

2.2 Vedtaket strider mot grunnleggende krav til klarhet og forutsigbarhet

I vedtaket om retting anvendes videre testen på en totalt uforutsigbar måte i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige krav til klarhet og forutsigbarhet.

Som påpekt i punkt 2.1 ovenfor konkluderer Nkom i vedtaket med at Telenor har optrådt ulovlig og brutt ekomreguleringen basert på - for Telenor - totalt ukjente variable og størrelser. Telenor har på ingen måte kunne forutse sin rettsstilling og således kunnet opptre i tråd med forpliktelsene pålagt i marked 5 vedtaket og marginskvisvedtaket. Som påpekt ovenfor fremkommer det også i vedtaket at det ikke er gitt at det er de samme variablene som justeres ved neste marginskvistest, men at det da kan være tale om andre variabler som skal justeres. Disse vil heller ikke Telenor være kjent med på forhånd. Ettersom Nkom i det påklagede marginskvisvedtaket klart gir uttrykk for at negativt resultat i marginskvistesten etter Nkoms mening vil være et brudd på plikten til ikke å diskriminere på pris mellom intern og ekstern virksomhet, vil det være umulig for Telenor å etterleve forpliktelsen fordi sentrale deler av innholdet i forpliktelsen fastlegges kontinuerlig gjennom nye vedtak. Vi vil i denne sammenheng for øvrig bemerke at Nkom heller ikke har vært villig til å diskutere eller synliggjøre kostnadsjusteringene for Telenor forut for rettevedtaket til tross for gjentatte forsøk på slik dialog - inkludert forespørsler om møte - fra Telenors side.

Det er videre oppsiktsvekkende at Nkom synes å legge til grunn at Telenors forutberegnelighet er av underordnet betydning fordi Telenor vil ha mulighet til å påklage et rettevedtak, jf. fjerde avsnitt på vedtakets side 4. Det synes nærmest som om Nkom underslår det faktum at et vedtak hvor Nkom – selv om det er på uriktig grunnlag - konkluderer med at Telenor har optrådt ulovlig og dermed pålegger retting, ikke er av inngripende karakter og at de grunnleggende krav til forutsigbarhet og klarhet dermed ikke står like sterkt. Selv om Nkom fremfører at myndighetene vil legge vekt på Telenors manglede forutsigbarhet i skjønnotøvelsen under ekomloven § 10-12, tar Nkom ikke innover seg andre konsekvenser et slikt vedtak vil kunne få for Telenor, både privatrettslige og omdømmemessige.

2.3 Nkom har ikke sannsynliggjort at det foreligger brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5-vedtaket

Nkom har i marginskvisvedtaket hjemlet marginskvissten i marked 5 vedtakets forpliktelse på Telenor til ikke å diskriminere mellom intern og ekstern virksomhet jf. ekomloven § 4-7, og omtaler marginskvistesten for en «*oppfølging av kravet til ikke-diskriminering*», jf. blant annet marginskvisvedtaket punkt 5. Av samme punkt følger det at «*kravet om ikke-diskriminering på pris*

innebærer at Telenor skal bestå marginskvistesten som definert i vedlegg 1, Prinsipper for marginskvistest for fiberbasert tilgang i marked 5, og vedlegg 2, Marginskvistesten (Excel)».

Av ekomloven § 10-6 første ledd følger det at «*Myndigheten kan gi pålegg om retting eller opphør av ulovlige forhold [...]»*. Dette innebærer at en forutsetning for bruk av kompetansen i § 10-6 er at det foreligger et ulovlig forhold. Brudd på en marginskvistest kan ikke i seg selv være et ulovlig forhold all den tid testen er hjemlet i ekomloven § 4-7. Sagt på en annen måte, marginsskvis er ikke automatisk det samme som diskriminering. Marginskvis sier bare noe om prisnivå, intet om forskjellsbehandling. Dersom marginskvis i seg selv skal være et ulovlig forhold må det foreligge en – på forhånd klart definert – prisregulering som krever hjemmel i § 4-9.

Dette kommer særlig klart til uttrykk når ekommyndigheten benytter en justert EEO eller en REO test. I et slikt tilfelle legges ikke bare den regulerte aktørens kostnader til grunn, men disse justeres blant annet i forhold til andre aktørers kostnader. Det vil da vanskelig kunne sies at det foreligger diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet alene basert på det forhold at marginskvistesten viser negativt resultat, når testen dersom den var basert på EEO ville vist positivt resultat.

Etter Telenors syn er det dermed ikke rettslig grunnlag for å legge til grunn at et negativt resultat på en marginskvistest automatisk innebærer brudd på en ikke-diskrimineringsforpliktelse. Det må påvises at det faktisk foreligger en eller annen form for diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet. Dette har Nkom verken problematisert eller sannsynliggjort i vedtaket.

2.4 Nkom har ikke hjemmel til å pålegge Telenor å rette seg på en bestemt måte

Når det gjelder påleggets innhold, gir bestemmelsen i ekomloven § 10-6 Nkom kompetanse til å pålegge forpliktelser som sikrer at atferden bringes i samsvar med forpliktelsen. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet kan ikke Nkom pålegge Telenor å etterleve forpliktelsene til ikke-diskriminering på en bestemt måte, dersom det finnes alternativer måter for etterlevelse. Vi vil i denne sammenheng viser til rapport fra professor Erling Hjelmeng punkt 5.3.2 andre avsnitt på side 22 hvor det fremgår at han er av samme oppfatning. Rapporten er inntatt som bilag 1 til klagen.

I vedtaket pålegges Telenor som nevnt å rette tilgangsprisene slik at marginskvistesten viser et positivt resultat. Ifølge Nkom må Telenor redusere de totale grossistkostnadene med 16,9 prosent for å oppfylle dette kravet. Nkom kan ikke med hjemmel i ekomloven § 10-6 pålegge hvordan Telenor konkret skal implementere et pålegg om å rette prisen slik at marginskvistesten viser positivt resultat, dette kan gjøres både ved å senke grossistprisen og ved å heve sluttbrukerprisene. Forpliktelsen pålagt Telenor i marked 5 vedtaket er å ikke diskriminere mellom intern og ekstern virksomhet. Det Nkom således kan pålegge er at diskrimineringen – forutsatt at diskriminering er sannsynliggjort- bringes til opphør ved at det skjer en likebehandling. Dersom slik likebehandling kan oppnås på flere ulike måter, må det være opp til Telenor å avgjøre hvilken måte som velges.

2.5 Gjennomføringen av en justert EEO lider av feil og mangler

Subsidiært dersom departementet skulle komme til av vedtaket har rettslig grunnlag, bestrider Telenor Nkoms gjennomføring av testen, og mener at denne lider av flere feil og mangler som innebærer at vedtaket må oppheves.

2.5.1 Nkom har ikke vurdert og godtgjort at justeringen reflekterer en effektiv aktør

Nkom 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». Videre viser Nkom til at datainnsamlingen og dataene fra alternative tilbydere inngår i vurderingen av «rimelig krav til effektivitet», og i vurderingen av behovet for justeringer av Telenors datasett for å sikre økonomisk replikerbarhet av flaggskipproduktene for en effektiv, alternativ tilbyder.

Nkom synes med andre ord både å forutsette at Telenors datasett inneholder bredde- og stordriftsfordeler på de områder justeringene er nødvendig, og dernest at de data alternative tilbydere har levert gjenspeiler det tilsiktede krav til effektivitet.

Telenor bestrider at det foreligger grunnlag for disse forutsetningene. Nkom har ikke på noen måte søkt å godtgjøre at de endringene som foretas i Telenors kostnader reflekterer en effektiv aktør, til tross for at prinsippdokumentet uttrykkelig angir at eventuelle justeringer av Telenors data krever «en god begrunnelse» fordi en EEO-standard er utgangspunktet, jf. dokumentet punkt 3.1.

Nkom har som nevnt justert en rekke kostnadselementer basert på data innhentet fra andre aktører. Sluttbrukerkostnader er angitt å utgjøre [REDACTED] av omsetningen for alternative tilbydere, mot [REDACTED] for Telenor, noe som innebærer hele [REDACTED] høyere sluttbrukerkostnader for de alternative tilbyderne. Det er rimelig å stille spørsmålsteget ved om tilbydere med [REDACTED] høyere kostnader enn Telenor er effektive tilbydere, som er en forutsetning for den justerte EEO-tilnærmingen. Nkom gjennomfører ingen vurdering av hvilke bredde- eller skalafordeler Telenor besitter som medfører at alternative tilbydere både har vesentlige høyere kostnader og samtidig er en effektiv tilbyder.

Telenor bemerker at andre aktører også har rapport høyere felleskostnader enn Telenor og at verdien for felleskostnader i modellen ligger [REDACTED] over Telenors kostnader.

Det er disse økte kostnadene i modellen (dvs korrigerede sluttbrukerkostnad og felleskostnader) som gir det negative resultatet i testen. Med Telenors kostnader ville modellen vist positivt resultat.

2.5.2 Nkom har ikke i tilstrekkelig grad godtgjort Telenors angivelige bredde- og skalafordeler

Telenor bestrider at Telenor har bredde- eller skalafordeler som tilsier at alle kostnadselementene under «sluttbrukerkostnader» bør korrigeres. Det finnes ikke faktisk grunnlag for flere av justeringene foretatt av Nkom. Dette gjelder i særdeleshet elementene knyttet til kundeakkvisisjon og kundeservice. Her synes Nkom å legge til grunn at det er «rimelig» at en effektiv, alternativ tilbyder vil ha høyere kundeakkvisjonskostnader i hovedsak basert på at andre aktører har det. Nkom har imidlertid ikke vurdert eller hensyntatt at Telenor – som påpekt i våre kommentarer til varselet - rent faktisk har hatt høye kostnader tilknyttet prosjektsalg både før og gjennom utbygging med en relativt liten fiberoperasjon. Her har Nkom heller ikke vurdert det materielle innholdet av Telenors argumentasjon om høye kostnader ved prosjektsalg. I et utbyggingsprosjekt har også kundene et etablert kundeforhold når fibersalget initieres og fremdrift for leveranse og tidspunkt for idriftsetting av tjenesten inngår i kundedialogen over en lang periode. For øvrig opererer også Telenor på en infrastruktur med konkurranse.

Videre har Telenors leveranse av fiberaksess og tilhørende TV produkter lavt volum og Telenor har satt opp egne ressurser til å betjene kundeservice og salg av disse produktene. Disse funksjonene må ikke forveksles med CDKs kundestøtte mv. knyttet til CDKs produkter. Det har i praksis derfor ikke vært stordriftsfordeler i kundeservice blant annet grunnet parallelle organisasjoner og systemer for å betjene kundene.

2.5.3 Nkoms kontroll og vektlegging av andre aktørers data

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. Det Nkom synes å overse er 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. I denne sammenheng vil alternative tilbydere med egen infrastruktur kunne ha insentiver til å rapportere høye kostnader.

Telenor har videre gjennom lang tid utviklet metodikk og rutiner for fordelingen av kostnader i henhold til prinsipper for føring av kostnadsregnskap slik disse er fastsatt av Nkom i vedtak av 21. desember 2006. Disse prinsippene ligger til grunn for utarbeidelse av produktregnskapet i Telenor, som igjen benyttes til rapportering av regulatorisk kostnadsregnskap og regnskapsmessige skiller til Nkom. Både produktregnskapet og rapporteringen til Nkom gjennomgås og bekreftes av revisor. Øvrige aktører er ikke underlagt tilsvarende krav, og det finnes ingen felles prinsipper for hvordan kostnadene deres skal allokere og rapporteres i denne sammenheng. Dette innebærer at det er vanskelig å ettergå tallene som rapporteres og dermed kunne ha trygghet for at tallene som rapporteres er sammenlignbare. Dette er ikke bare en anførsel om krav til revisjon av andre aktørers tall, men innebærer at det stilles høyere krav til hvordan Nkom kontrollerer dataene og krav til begrunnelsen når Nkom skal avgjøre om det er grunnlag for å foreta en justering av et kostnadselement i modellen.

Nkom viser i sin begrunnelse i vedtaket til at *«data som avviker mye fra Telenors eller de øvrige alternative tilbydernes data, er utelatt fra datasettet»*, jf. vedtaket side 6 tredje avsnitt. For effektivitetsjusteringene 1-5 har Nkom fulgt denne metodikken jf. vedtaket siste setning på side 8 hvor det fremgår at Nkom har *«ekskludert data som i betydelig grad avvek fra øvrige mottatte data»*. Variasjonene i antall representative aktører medfører at Nkom foretar en endring i vekten av Telenor til en fast størrelse (30%) og gjennomsnittet av de gjenværende til 70%.

For justering 6 fremgår av vedtaket at *«Nkom viser for øvrig til at inkluderingen av data fra disse selskapene bidrar til å redusere salgskostnadene i modellen»*. Hvorvidt dette betyr at Nkom mener at fiberaktørene med eget nett også har lavere salgskostnader enn Telenor er ukjent for Telenor, men det er ikke utenkelig siden disse aktørene har vært i fibersegmentet i lang tid og har et strømlinjeformet salgsapparat som riktignok i likhet med Telenor må selge inn en ny bredbåndsaksess forut for utbygging (prosjektsalg) og siden informere kunden om fremdrift og leveranse. Uansett, det faktum at beregnet sluttbrukerkost for alle alternative aktører NextGenTel (NGT) inkludert viser [redacted] illustrerer at sluttbrukerkostnaden NGT har rapportert må være særdeles høy. Nkom skriver i vedtaket side 10 nest siste avsnitt:

«For å oppnå en realistisk beregning og at Telenors data får en fast vekt, jf. ovenfor, mener Nkom at det er formålstjenlig å gjennomføre justering 6 med følgende metode; Nkom foretar først en gjennomsnittsberegning hvor Telenors data vektet 30 % mens data fra de relevante, alternative tilbyderne, med unntak av NextGenTel, vektet 70 %. Deretter gjøres tilsvarende

gjennomsnittsberegning som inkluderer NextGenTels datasett. Sluttbrukerkostnadene som benyttes i modellen er gjennomsnittet av resultatene i de to foregående beregningene.»

Hvis dataene fra NGT på salgskostnader avviker betydelig fra øvrige aktører bør de etter Telenors mening ekskluderes (i likhet med prinsipp for justeringene 1-5) og som minimum vært svært nøye ettergått av Nkom. Nkom synes imidlertid å mene at tilbyder uten eget nett per definisjon har høyere kundeakkvisjonskostnader fordi NGT har rapportert en salgskostnad og at dette er tilstrekkelig begrunnelse for effektivitetsjusteringen som gjøres i modellen. At verdi i modellen fortsatt er 22,8% til tross for den doble gjennomsnittsbetraktningen Nkom innfører for å bøte på problemet med den antatt svært avvikende kostnadsrapporteringen fra NGT forsterker urimeligheten i fraværet av reell begrunnelse ytterligere.

En annen feil i modellen er knyttet til betydningen av bruddgebyr. Telenor vant i 2015 flere kunder tilbake fra NGT etter at kundene hadde inngått et avtaleforhold med NGT. I og med at kundene var i et avtaleforhold med NGT, ble kundene presentert for et bruddgebyr som ble dekket av Telenor. Ifølge opplysninger innhentet av Nkom har NGT ikke hensyntatt bruddgebyrene som ble innbetalt fra Telenor i sin innrapportering av sluttbrukerkostnader til Nkom. Dette innebærer at NGT har fått dekket deler av de innrapporterte sluttbrukerkostnadene via innbetaling av bruddgebyr fra Telenor, samtidig som de samme sluttbrukerkostnadene inngår i marginmodellen og ligger til grunn for vedtaket om å redusere de totale grossistkostnadene med minst 16,9%. Dette innebærer at disse sluttbrukerkostnadene blir inndekket to ganger, og at de sluttbrukerkostnadene som er inndekket av Telenor via betalt bruddgebyr ikke skulle inngått i marginmodellen.

3 Konklusjon

Som det fremkommer, er Telenor av den oppfatning at vedtaket mangler rettslig grunnlag, er i strid med grunnleggende krav til forutsigbarhet og klarhet, samt lider av andre innholdsmessige feil og mangler. Dette får direkte betydning for vedtakets materielle innhold og medfører at vedtaket er ugyldig.

Vi vil for øvrig be om et møte med departementet i anledning saken. I tillegg bes det for ordens skyld om løpende partsinnsyn i sakens dokumenter.

Med vennlig hilsen
Group Legal


Kaja Wølneberg
advokat

Professor dr. juris
Erling HJELMENG
 Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo

Kontor:
 Karl Johans gate 47, DM/Ø
 Senter for europarett
 PB 6706 St Olavs plass
 0130 Oslo

Telenor ASA
 v/ adv. Kaja Wølneberg
 Pr. epost

T: 22 85 97 84
 Mob: 913 21 956
 @: e.j.hjelmeng@jus.uio.no

Oslo, 20. februar 2016

Ekomregulering – Nkoms kompetanse

Innhold

1	Innledning.....	1
2	Sammendrag.....	3
3	Identifisering av problemstillinger	4
3.1	Forholdet mellom ekoml., M15-vedtaket og etterfølgende vedtak og vedtaksvarsel	4
3.2	Rettslige problemstillinger og videre opplegg	6
4	Nærmere om hjemmelsgrunnlag, klarhet og begrunnelse	8
5	Overtredelse av M15-vedtaket – retting av standardavtaler	11
5.1	Innledning.....	11
5.2	Hjemmelsspørsmålet	11
5.2.1	Varslet pkt. 3.1 - SIM-kortavgift.....	11
5.2.2	Varslet pkt. 3.3 - SIM-kortavgift i migrasjonsfase.....	14
5.2.3	Konklusjoner.....	19
5.3	Rettekompetansen.....	20
5.3.1	Nærmere om § 10-6	20
5.3.2	Pålegg om tilbud uten SIM-kortavgift og unntak ved utmigrering	22
5.3.3	Tilgangsavtale med TeliaSonera.....	23
5.4	Oppsummering	24
6	Marginskvisvedtaket.....	24
6.1	Enkeltvedtak?	24
6.2	Hjemmelsspørsmålet	26
6.2.1	Terminologi: M15-vedtaket som "hjemmel"	26
6.2.2	Kan marginskvistesten hjemles i § 4-7 om ikke-diskriminering?.....	27
6.2.3	Vurdering.....	29
7	Samlokalisering og kapasitetsutvidelser – hjemmelsspørsmål	31
8	Oppsummering og konklusjoner.....	35

1 Innledning

Jeg er bedt om å gjennomgå visse vedtak fattet av Nkom (tidligere Post- og teletilsynet) og Samferdselsdepartementet etter ekomloven. Gjennomgangen knytter seg primært til vedtaket av 5. august 2010 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte

forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (tidligere marked 15) og Nkoms senere oppfølging av dette.¹

Nærmere bestemt er jeg gitt følgende mandat:

Telenor Norge AS er pålagt flere forpliktelser i medhold av ekomloven § 3-4, bl.a. i markedsvedtak av 5. august 2010 i «Markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett» (Marked 15- vedtaket).

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) har etter klage fra tilgangskjøpere (grossistkunder av Telenor) de senere årene fattet flere vedtak som konkluderer med at Telenor har opptrådt i strid med Marked 15-vedtaket, og dels pålagt Telenor retting i henhold til ekomloven § 10-6, dels pålagt Telenor overtredelsesgebyr i henhold til ekomloven § 10-13. Telenor har påklaget vedtakene. Flere av vedtakene har imidlertid blitt fastholdt av Samferdselsdepartementet (SD) som klageinstans. Ett av vedtakene (det såkalte TDC-vedtaket) har siden blitt gjenstand for domstolsprøving, der tingretten langt på vei satte SDs vedtak til side. Saken har vært behandlet i lagmannsretten, men dom har ennå ikke falt.

Telenor ønsker en uavhengig og ekstern vurdering av om nærmere angitte deler av to vedtak og ett varsel om vedtak, har nødvendig rettslig grunnlag i Marked 15- vedtaket og ekomloven. Hjemmelsspørsmålet må også ses opp mot ekomlovens formålsbestemmelse, de EU-direktiver som ekomloven implementerer i norsk lov, samt grunnleggende prinsipper som forholdsmessighet og minimumsregulering.

Telenor ønsker at vurdering tar for seg følgende:

- Nkoms marginskvisvedtak av 13. desember 2013 og SDs opphevelse av vedtaket 26. november 2014.

Nkom fattet 13. desember 2013 vedtak om «Oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 15 ved bruk av marginskvisiteter». Telenor påklagde vedtaket, og rettet i klagen en rekke innsigelser mot vedtaket.

SD opphevet 26. november 2014 vedtaket som ugyldig som følge av manglende notifikasjon til ESA. Basert på SDs begrunnelse for opphevingen, unnlot SD å ta stilling til en rekke av Telenors innsigelser til Nkoms vedtak. Telenor ønsker en vurdering av hvorvidt Nkoms vedtak av 13. desember 2013, også sett bort fra manglende notifikasjon, hadde materiell hjemmel. Telenor ber også om eventuelle synspunkter på SDs opphevingsvedtak.

- Nkoms vedtak av 6. desember 2013 knyttet til samlokalisering, stadfestet av SD 21. mai 2015.

Nkoms vedtak av 6. desember 2013 knyttet til samlokalisering, som SD fastholdt, reiser en rekke spørsmål. Vi ønsker en vurdering av en grunnleggende premiss for Nkoms og SDs vedtak, nemlig at plikten til samlokalisering i Marked 15- vedtaket punkt 8.1, jf. ekomloven § 4-4- fjerde ledd, hjemler plikt til kapasitetsutvidelser og «antenneskift» dersom Telenor ikke har ledig kapasitet på de lokasjoner hvor den som søker samlokalisering ønsker innplassering. Vi ber ikke om en vurdering av de øvrige rettslige spørsmålene saken reiser.

- Nkoms varsel om vedtak av 31. august 2015 – pålegg om retting av Telenors standardavtaler.

Telenor ønsker en vurdering av det rettslige grunnlaget for Nkoms varsel om vedtak av 31. august 2015, og da særlig punkt 3.1 og 3.3.

I punkt 3.1 varsler Nkom at Telenor i medhold av ekomloven § 10-6 vil bli pålagt å endre standardavtalene for nasjonal gjesting og MVNO-tilgang slik at de blir i samsvar med kravet til ikke-diskriminering. Dette innebærer ifølge Nkom at «kjøpere av tilgang også skal tilbys en alternativ prisstruktur som avhjelper de ekskluderende virkningene av den gjeldende prisstrukturen i Telenors standardavtaler». Nkom mener at den prisstrukturen Telenor pr. i dag tilbyr i sine standardavtaler ikke i seg selv er i strid med kravet til ikke-diskriminering og er en tillatt prisstruktur, men at det å utelukkende tilby en slik prisstruktur er i strid med Marked 15- vedtaket punkt 7.2 og 8.2, jf. ekomloven § 4-7 andre ledd, som regulerer plikt til ikke-

¹ Heretter omtalt som M15-vedtaket.

diskriminering. Nkom legger til at et rettepålegg også kan hjemles i Telenors tilgangsplikt, jf. Marked 15-vedtaket punkt 8.1 jf. ekomloven § 4-1.

I punkt 3.3 varsler Nkom at Telenor vil bli pålagt å endre standardavtalene slik at tilgangskjøpere ikke plikter å betale «SIM-kortavgift i en migrasjonsperiode», fordi en slik «avgift» i en migrasjonsperiode «utilbørlig reduserer tilgangskjøpernes mulighet til å skifte vertoperatør». Nkom angir at hjemmelen for et slikt pålegg er «avsnitt 197» i Marked 15-vedtaket, som ifølge Nkom videre har hjemmel i ekomloven § 4-1 og § 4-6 og tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1. Telenor ønsker særlig synspunkter på Nkoms bruk av egne premisser i Markedsvedtaket som «hjemmel», og av om «avsnitt 197» har hjemmel i de nevnte bestemmelser i ekomloven og tilgangsdirektivet slik Nkom anfører. Nkom legger tilsynelatende til grunn at tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 åpner for en relativt bred vurdering hvilke avtalevilkår som vil være «rimelige», mens Telenor har anført at spørsmålet i tilfelle er om avtalevilkårene er så urimelige at tilbudet i praksis må anses som tilgangsnekt.

Oppdraget dreier seg således om forholdet mellom hjemmelsbestemmelsene i ekomloven kap 4, 10 og 11, vedtaket om pålegg av særskilte forpliktelser av 5. august 2010 (M15-vedtaket), og senere vedtak om "oppfølging", "presisering" og håndhevelse av dette.

Systemet i ekomloven er lagt opp slik at det må fattes særskilt vedtak som pålegger forpliktelser. Det kan ikke pålegges andre forpliktelser enn de som er listet opp i kap. 4 uten særlige prosedyrer. Bestemmelsen i § 3-4 andre ledd gir likevel hjemmel til å pålegge også andre forpliktelser "i særlige tilfeller". I forarbeidene heter det:

"Hovedregelen er at det ikke kan pålegges vilkår utover det som er hjemlet i §§ 4-4 til 4-10. Unntaksvis kan myndigheten imidlertid når den anser at det er behov for bruk av vilkår som ikke er i samsvar med §§ 4-4 til 4-10 pålegge andre vilkår. I slike tilfeller skal prosedyrene i § 9-3 følges."²

M15-vedtaket pålegger ikke etter sin ordlyd forpliktelser utover det som er hjemlet i §§ 4-4 – 4-10, og denne hjemmelen vurderes ikke nærmere. Den kan imidlertid ha en viss relevans for tolkningen av ekoml. kap. 4 siden disse bestemmelsene ikke er alene om å oppfylle målsetningene i rammedirektivet art. 8.³

Bestemmelsene i kap. 4 hjemler ulike tilgangsforpliktelser, bl.a. ikke-diskriminering og samlokalisering. Disse bestemmelsene gjennomfører aksessdirektivet (2002/19) art. 8 – 13 i norsk rett.

Før jeg går nærmere inn på en vurdering av de to vedtakene og vedtaksvarselet som jeg er bedt om å vurdere, er det nødvendig å spesifisere de rettslige problemstillingene oppdraget reiser.

2 Sammendrag

Gjennomgangen har avdekket ulike feil og mangler ved vedtakene og vedtaksvarselet som jeg er bedt om å se på. Et fellestrekk er at M15-vedtaket, som i liten utstrekning går lenger enn til å vise til lovens bestemmelser, i senere vedtak etterrasjonaliseres og tolkes ekspansivt for å innføre konkrete forpliktelser som i flere tilfeller etter mitt syn går lenger enn det som kunne vært pålagt eller er tilstrekkelig klart angitt i M15-vedtaket. Tilnærmingen gir derfor lite utover den alminnelige konkurranseretten, men innehar en betydelig svakhet og rettsusikkerhet ved at det i motsetning til i konkurranseretten ikke (eller i begrenset grad), foretas konkrete virkningsanalyser. Samtidig går Nkom også langt i å søke å optimalisere

² Ot.prp. nr. 58 (2002-03), s. 102 (merknader til § 4-1).

³ Direktiv 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services [2002] OJ L 108/33.

Telenors atferd og kontrakter ut fra tilgangskjøperes kommersielle behov. Samlet sett gir dette inntrykk av en uheldig (og også uhjemlet) praksis, som fører til at vedtakene må anses ugyldige og at eventuell nødvendig regulering ikke blir gjennomført.

For de enkelte vedtakene kan funnene oppsummeres som følger:

- Vedr. marginskvisvedtaket er konklusjonen at dette snevrer inn Telenors handlingsrom. Selv om utgangspunktet for testen er en "oppfølging" av M15-vedtaket, kan ikke vedtaket forstås annerledes enn at Nkoms marginskvistest skal være tilstrekkelig til å etablere en overtredelse av M15-vedtaket (som et alternativ til regnskapsmessig skille). Etter min oppfatning kan ikke en ikke-diskrimineringsforpliktelse omsettes i en marginskvistest, selv om marginskvistester kan være relevante ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en konkurranseskadelig diskriminering. Vedtaket mangler følgelig hjemmel, siden en marginskvisforpliktelse må pålegges etter § 4-9.
- Vedr. samlokaliseringsvedtaket er spørsmålet om SDs og Nkoms forståelse av § 4-4 om samlokalisering går for langt. På dette punktet mener jeg at enhver forpliktelse som tvinger Telenor til å begrense egen bruk eller som forringer Telenors bruk ligger utenfor det som kan pålegges etter § 4-1. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det kan pålegges kapasitetsutvidelser (forutsatt at investeringene dekkes inn), men dette må iht. proporsjonalitetsprinsippet vurderes konkret i den enkelte sak. Det er derfor ikke adgang til å pålegge dette som en generell forpliktelse uten at vilkårene er nærmere presisert. I stedet forsøker Nkom å innfortolke slike forpliktelser i lovens generelle formulering om tilgang. Også dette vedtaket mangler derfor etter mitt skjønn hjemmel.
- Vedr. varselet om retting fremstår dette som et forsøk på å gjøre tilgangsvilkårene *optimale i et statistisk perspektiv*. For SIM-kortavgift ligger det ingen slik kompetanse verken i ekoml. § 4-1 om tilgang eller § 4-7 om diskriminering. Paragraf 4-1 er en bestemmelse som skal garantere tilgang på realistiske vilkår, men uten at man kan pålegge infrastruktureier å tilby det som til enhver tid er konkurransepolitisk optimalt. Det er også høyst usikkert om en SIM-kortavgiftsbasert prisstruktur kan ses på som en form for diskriminering til fordel for egen virksomhet. Slik det er påvist, vil det variere fra segment til segment om en slik prisstruktur er heldig eller uheldig. Paragraf 4-1 gjelder tilbudet, og hjemler ikke en etterfølgende sensur av inngåtte tilgangsavtaler på konkurransepolitisk grunnlag – dette hører hjemme i den alminnelige konkurranserett.. Også på dette punkt mener jeg at forpliktelsen som varsles pålagt mangler hjemmel.

3 Identifisering av problemstillinger

3.1 Forholdet mellom ekoml., M15-vedtaket og etterfølgende vedtak og vedtaksvarsel

M15-vedtakets egentlige operative del er kap 8 med overskriften "Pålegg av særskilte forpliktelser". Her pålegges det forpliktelser om (hjemmelsangivelser iht. vedtaket):

- 1) Tilgang (§ 4-1 første ledd, jf. tredje og femte ledd)
- 2) Ikke-diskriminering (§ 4-7)
- 3) Offentliggjøring og standardavtaler (§ 4-6 jf. § 10-3)
- 4) Regnskapsmessig skille (§ 4-8), og
- 5) Prisregulering (§ 4-9 andre ledd).

Den operative delen fremstår som generell, men forpliktelsene som pålegges er definert i loven, slik at det materielle innholdet i forpliktelsene vil følge av en tolkning av denne. På noen punkter vises det til vedtaket kap 7 "Redegjørelse for valg av særskilte forpliktelser" som utfyller vedtakets operative del, se f.eks. utdyping av tilgangsforespørsler i pkt. 304 og prinsipper for regnskapsmessig skille i pkt. 315 og 316. I sistnevnte pkt. heter det også at "Ved behov kan PT presisere forpliktelsene nærmere". Slikt forbehold er ikke tatt på de punkter oppdraget gjelder.

Som nevnt fremstår flere av forpliktelsene som generelle. Slik forpliktelsen om ikke-diskriminering i M15-vedtaket er formulert, for eksempel som en generell plikt til ikke-diskriminering, avviker dette ikke fra de materielle reglene i konkurranselovens regulering. Også krrl. § 11 inneholder for eksempel et generelt forbud mot diskriminerende atferd, og presisjonsnivået i M15-vedtaket går ikke lenger enn denne bestemmelsen.⁴

Tilsvarende kan sies for marginskvis, der Nkoms utvikling av en marginskvistest ikke synes å representere en konkretisering i forhold til det som allerede ligger i krrl. § 11. Tilnærmingen i M15-vedtaket har da også vært å gi lovens regler anvendelse på Telenor, og i begrenset grad å ha presisert disse nærmere i den operative delen av vedtakene. En slik utforming av *ex ante*-reguleringen harmonerer dårlig med hensikten i loven, som nettopp er å pålegge spesifikke forpliktelser.⁵

Disse observasjonene fører over i to problemstillinger. For det første gjelder det hvilke forpliktelser som kan utledes av M15-vedtaket, herunder forholdet mellom den operative delen (kap. 8) og presiseringer/ytterligere forpliktelser i det som fremstår som vedtakets begrunnelse (dvs. kap. 7). For det andre oppstår det spørsmål om forholdet mellom M15-vedtaket og de etterfølgende vedtakene/vedtaksvarselet.

I det følgende redegjøres det for disse problemstillingene, som skal drøftes mer spesifikt i de etterfølgende avsnittene.

For presiseringer som utledes av vedtakets begrunnelse, jf. kap. 7, må utgangspunktet være at det er tillatelig å supplere vedtaket (dvs. kap. 8: den operative delen/påleggsdelen), med presiseringer i begrunnelsen. Dette kan ses slik at vedtakets operative del må fortolkes på bakgrunn av begrunnelsen. Spørsmålet vil være hvorvidt den operative delen av vedtaket kombinert med begrunnelsen samlet sett gir en tilstrekkelig presis angivelse av de forpliktelser som er pålagt.

Det må imidlertid trekkes en grense mellom presiseringer av forpliktelser som vitterlig er pålagt i vedtakets operative del, og ytterligere forpliktelser som bare fremgår i begrunnelsen. Heller ikke på dette punktet kan det imidlertid utelukkes at det kan etableres gyldige forpliktelser som ikke er eksplisitt gjenspeilet i vedtakets operative del, forutsatt at det med tilstrekkelig tydelighet fremgår at det er pålagt en forpliktelse, hva denne går ut på og hvor den er hjemlet.

⁴ Nkoms forståelse av krrl. § 11, som kommer til uttrykk i M15-vedtaket pkt. 187, er etter mitt skjønn diskutabel. Det kreves ikke en full virkningsanalyse for å etablere diskriminering i konkurranseretten, se nærmere Hjelmeng/Sørgard: Konkurransopolitikk, Bergen 2014, s. 289-290.

⁵ Sml. her varselet om M15-vedtak av 16. september 2015, pkt. 237, der Nkom fremhever at nettopp mer detaljerte forpliktelser representerer en fordel sammenlignet med alminnelig konkurranserett.

M15-vedtaket inneholder en tydelig todeling mellom begrunnelse (kap 1-7) og pålegg (kap 8-10). Dette indikerer at angivelsen av plikter i kap. 8 må anses som uttømmende. I varselet om rettevedtak (31. august 2015), angir Nkom like fullt pkt. 197 i M15-vedtaket (i kap. 7.3 "Offentliggjøring og standardtilbud"), som hjemmel for forpliktelsen som påstås overtrådt, jf. vedtaksvarselet s. 19. Spørsmålet om hvorvidt det foreligger en forpliktelse og i tilfelle en overtredelse av denne gjennom tilgangsavtalen med TeliaSonera drøftes nedenfor i pkt. 5.2.2.

Når det gjelder forholdet mellom M15-vedtaket og de etterfølgende vedtak/vedtaksvarsel, står de tre vedtakene/vedtaksvarslet i en litt ulik stilling:

- 1) Marginskvisvedtaket om å innføre en REO-test gjelder fremover i tid,⁶ men innfører forpliktelser med et uklart forhold til M15-vedtaket fra 2010 og også hjemmelsgrunnlaget for dette. Dette kan best sammenliknes med en forhåndsbinding av Nkoms kompetanse, som også innskrenker Telenors tilpasningsrom under M15-vedtaket. Både Nkom og SD har vurdert om det overhodet foreligger et enkeltvedtak eller om dette bare innebærer en slags presisering av forpliktelsene pålagt i M15-vedtaket. Begge konkluderte med at det forelå et enkeltvedtak.
- 2) Vedtaket om overtredelsesgebyr (samlokalisering), bygger på en forutsetning om plikt til kapasitetsutvidelse og begrenning av egen bruk av infrastruktur, men knytter ikke rettsvirkninger til dette, men til overtredelse av begrunnelsesplikten. Den operative delen av dette vedtaket (ileggelse av overtredelsesgebyr) kan derfor anses som en ordinær håndhevelse av forpliktelser pålagt i M15-vedtaket.
- 3) Vedtaksvarselet om retting forutsetter en overtredelse av M15-vedtaket fra 2010, og pålegger endringer av inngåtte kontrakter på denne bakgrunn. Dette kan også ses på som en håndhevelse av M15-vedtaket, da slik at det pålegges avtalerettslige endringer og retting for fremtiden. Dette varselet reiser prinsipielle spørsmålet om Nkoms kompetanse til å gripe inn i etablerte kontraktsforhold, samt spørsmål om forholdet mellom de aktuelle kontraktene og M15-vedtaket. Det er imidlertid noe uklart hva som faktisk varsles pålagt.

Samlet sett fremstår de vedtakene og varselet jeg har sett på som en blanding av håndhevelse av forpliktelser og endring av forpliktelser, uten at det synes å være klare skiller mellom disse. Mitt inntrykk er at den vesentlige forklaringen på uklarhetene i de etterfølgende vedtakene ligger i en uklar utforming av M15-vedtaket, i kombinasjon med mer eller mindre akutte ønsker om å foreta regulatoriske grep for å stimulere konkurransen, men uten at det trekkes et skille mellom enkeltaktørers kommersielle interesse og hensynet til konkurranse.

Rettslig sett er dette problematisk, siden forvaltningsretten stiller særlige krav til vedtaks begrunnelse, hjemmelsgrunnlag og utforming. I det materialet jeg har vurdert ligger det ingen klar linje mht skillet mellom lovtekst (kompetanseangivelse), markedsvedtak (utøvelse av kompetansen) og etterfølgende rettekompentanse (begrenset til overtredelse av markedsvedtak).

3.2 Rettslige problemstillinger og videre opplegg

Marginiskvisvedtaket, som uten å utlede bestemte rettsvirkninger som bot eller retting bare presiserer/utvider/fastlegger innholdet av M15-vedtaket (marginiskvisvedtaket) reiser to spørsmål. For kan det reises spørsmål om det er tale om et enkeltvedtak dersom Nkom bare

⁶ Testen ble imidlertid anvendt til å vurdere klager fra TDC og Network Norway som omfattet perioden fra 2010 og fremover, jf. Nkoms avgjørelser av 13. desember 2013.

presiserer hvordan den vil følge opp M15-vedtaket i fremtiden. Dersom det representerer et enkeltvedtak (fordi det er bestemmende for rettigheter eller plikter), oppstår spørsmålet jeg er bedt om å ta stilling til; om vedtaket hadde "materieell hjemmel". Spørsmålet om hjemmel henger således sammen med spørsmålet om det foreligger et enkeltvedtak, siden begge deler beror på det mulige vedtakets materielle innhold.

Samlokaliseringsvedtaket representerer utvilsomt et enkeltvedtak, jf. ileggelse av bot. Uttalelsene om forståelsen av samlokaliseringsplikten representerer imidlertid ikke i seg selv noe pålegg av forpliktelser overfor Telenor, men må anses som uttalelser om hvordan Nkom og SD forstår samlokaliseringsforpliktelsen i loven og M15-vedtaket, dvs. rettstilstanden etter M15-vedtaket og ekoml. § 4-4 fjerde ledd, jf. § 4-1. I sin tur er denne forståelsen avgjørende for de krav som oppstilles til begrunnelsen for avslaget, og dermed for ileggelsen av overtredelsesbot. Dette er imidlertid ikke et spørsmål om samlokaliseringsvedtaket i seg selv kan sies å endre M15-vedtaket, slik spørsmålet er for marginskvisvedtaket, men et spørsmål om Nkom og SDs forståelse ligger innenfor det som kan pålegges etter § 4-4 fjerde ledd og som er pålagt i M15-vedtaket. Siden M15-vedtaket i realiteten bare gir ekoml. § 4-4 fjerde ledd anvendelse overfor Telenor, vil dette dreie seg om en tolkning av loven og ikke vedtaket. (Dvs. om forpliktelser som kapasitetsutvidelser og antennebytte ved samlokalisering kan hjemles i § 4-4 fjerde ledd). Her vil både EØS-rettslige kilder og forvaltningsrettslige prinsipper om tolkning av hjemmelsbestemmelser (bl.a. "Fjordlaksformelen", jf. Rt. 1995 s. 530), være sentrale faktorer.

For vedtak som fastslår en overtredelse og knytter rettsvirkninger til dette (samlokaliseringsvedtaket om overtredelsesgebyr⁷ og varselet om retting av prismodell), er dette et spørsmål om tolkning av M15-vedtaket, dvs. om det faktisk foreligger en overtredelse, samt om forpliktelsene i tilfelle kan hjemles i ekoml. På dette punkt er det også et spørsmål om Nkom etter § 10-6 kan pålegge Telenor å etterleve vedtaket på bestemte måter – med mindre vedtaket endres og den nye forpliktelsen har tilstrekkelig hjemmel.

Det følgende er disponert som følger:

I pkt. 5 vurderes vedtaksvarselet om retting av standardavtaler, herunder spørsmålet om det foreligger overtredelse av forpliktelser hjemlet i vedtaket, og tidsmessig virkning av retting forutsatt at det foreligger kompetanse.

I pkt. 6 vurderes spørsmålet om marginskvisvedtaket kan sies å representere et enkeltvedtak, noe som forutsetter en nærmere vurdering av marginskvismodellen opp mot M15-vedtaket og ikke-diskrimineringsforpliktelsen etter ekomloven. Videre vurderes spørsmålet om Nkoms marginskvismodell har tilstrekkelig hjemmel i § 4-7.

I pkt. 7 drøftes spørsmålet om ekoml. § 4-4 fjerde ledd hjemler forpliktelser til kapasitetsutvidelse og antenneskift. Først er det imidlertid grunn til å redegjøre for noen sentrale forvaltningsrettslige utgangspunkter.

⁷ Mitt mandat er avgrenset mot andre spørsmål i samlokaliseringsvedtaket enn rekkevidden av forpliktelsen mht. utvidelser/antennebytte.

4 Nærmere om hjemmelsgrunnlag, klarhet og begrunnelse

Før jeg går nærmere inn på de enkelte vedtakene og vedtaksvarselet, er det grunn til å si noe om kravene som stilles til hjemmelsgrunnlag samt til klarhet og begrunnelse for vedtak. Systemet i ekomloven er slik at Nkom for aktører som er utpekt som SMP velger forpliktelser fra en "meny" i loven kap. 4, jf. § 3-4 første ledd. Etter § 3-4 andre ledd kan andre forpliktelser pålegges i "særlige tilfeller". Forpliktelser som er pålagt kan endres, jf. § 3-4 tredje ledd.

Samtlige hjemmelsbestemmelser i kap. 4 gir "myndigheten" hjemmel til å gi nærmere forskrifter. Bestemmelsene har imidlertid litt ulik tilnærming mht. Nkoms kompetanse til å regulere eller fastsette det nærmere innholdet i forpliktelsene. Paragraf 4-7 om ikke-diskriminering sier for eksempel bare at myndigheten kan pålegge tilgang på ikke-diskriminerende vilkår, mens § 4-9 om prisregulering gir hjemmel til å pålegge tilbyder med SMP "bruk av bestemte metoder for prisregulering".

Felles for de problemstillingene jeg er forelagt er således at de reiser spørsmål om tolkningen av hjemmelsgrunnlagene i ekoml., siden forpliktelsene i M15-vedtaket må ligge innenfor rammene av disse. En kompliserende faktor er at M15-vedtaket, slik dette i ettertid forstås av Nkom og delvis SD, forutsettes å inneholde mer spesifikke forpliktelser enn det som i alle fall på generelt grunnlag kan utledes av ekomlovens normering, og som muligens går lenger enn det som kan hjemles i loven kap. 4. Dette gjelder for eksempel krav om antennebytte for å tilby samlokalisering og bruk av marginskvistest under ikke-diskrimineringsforpliktelsen, samt det tilsynelatende ønsket om å regulere av innholdet i inngåtte tilgangsavtaler. Dersom M15-vedtaket bare hadde slått fast at de aktuelle forpliktelsene – som beskrevet i ekomloven – hadde kommet til anvendelse for Telenor, ville spørsmålet utelukkende ha dreid seg om en tolkning av lovens bestemmelser mht. hva slags forpliktelser disse omfatter. Slik M15-vedtaket forstås av Nkom, blir det et spørsmål om å vurdere om ekoml. hjemler slike spesifikke forpliktelser, og i tilfelle, å tolke M15-vedtaket og vurdere om de konkrete forpliktelsene er tilstrekkelig klart fastslått til at de kan anses som rettslig bindende forpliktelser på Telenor.

Utgangspunktet for tolkningen av ekoml. er selvsagt bestemmelsenes ordlyd. Samtidig må bestemmelsene forstås på bakgrunn av aksessdirektivet art. 8 ff. og de overordnede føringene som er lagt i rammedirektivet. Videre vil praksis fra den alminnelige konkurranseretten (TEUV art. 101 og 102), være relevant, jf. for eksempel aksessdirektivets fortale pkt. 19 som viser til Kommissjonens kunngjøring om aksessavtaler i telekommunikasjonssektoren.⁸

Utgangspunktet etter legalitetsprinsippet er at forpliktelser som pålegges private aktører må ha hjemmel i lov. Dette er nå også inntatt i Grunnloven, jf. § 113: "Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov." Grunnlovfestingene representerer imidlertid ingen realitetsendring i forhold til tidligere.⁹ Jeg går ikke generelt inn på legalitetsprinsippet i det følgende. Det som imidlertid er av særlig interesse, er klarhetskravet og innfortolkningen av spesifikke forpliktelser i vedtaket. Dette er for eksempel drøftet av departementet i klagevedtaket i samlokaliseringssaken.

⁸ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector [1998] OJ C 265/2.

⁹ Se Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utg. 2014, s. 341.

Departementet viser her til den såkalte fjordlaksformelen, jf. Rt. 1995 s. 530, nærmere bestemt at

"Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn. En slik mer sammensatt vurdering må etter min mening legges til grunn ved avgjørelsen av de hjemmelsspørsmål som oppstår i denne saken."

Det er også vist til Rt. 2005 s. 577 som gjaldt skattemessig periodisering av kostnader. Det relevante generelle utsagnet i dommen lyder:

"Jeg er i utgangspunktet enig med staten i at legalitetsprinsippet på skatterettens område ikke står like sterkt når det gjelder periodisering av kostnader som når det gjelder skatteplikt. Men hensynet til forutberegnelighet setter likevel grenser for hvor langt man kan gå i å anse at det foreligger hjemmel på grunnlag av andre rettskilder når lovteksten etterlater tvil eller som her, er taus. Det må kreves at skattyterne i rimelig utstrekning skal kunne forutse sin rettsstilling, jf. eksempelvis Rt-1990-1293 (Ytterbøe) på side 1297." (prem. 34).

Det er klart nok at klarhetskravet vil variere avhengig av område, hvor tyngende inngrepet er osv. Det er også klart at ved reguleringslovgivning som for eksempel ekoml., vil inngrepsgrunnlaget være avhengig av flere kilder enn bare ordlyden. På dette punktet må det særlig tas hensyn til aksessdirektivet, samt forholdet til de alminnelige konkurranserettslige regler.¹⁰ Det er ikke meningen at ekomreguleringen skal fungere som en fullstendig sektorspesifikk konkurranselovgivning, men tvert imot som et midlertidig regime som fases ut etter hvert som den alminnelige konkurranseretten anses tilstrekkelig.¹¹

Siden de relevante bestemmelsene i ekomloven representerer en gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser, er det grunn til å se nærmere på hvordan EU-domstolen har tilnærmet seg problemstillingen. AC Treuhand II gjaldt et tilfelle av en "ny" overtredelse av konkurranselovgivningen, dvs. en overtredelse som ikke tidligere hadde vært behandlet i praksis, og som utvidet kretsen av pliktsubjekter i forhold til tidligere. På dette punktet uttalte Domstolen at

"The scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the text in issue, the field it covers and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation."¹²

I likhet med i Rt. 2005 s. 577 knytter Domstolen an til forutberegnelighetshensynet. Et sentralt spørsmål vil derfor være om aktøren som er utpekt som SMP med rimelighet kunne forutse sin rettsstilling etter loven, samtidig som momentene knyttet til livsområde, arten av inngrepet og hvor tyngende det vil være kommer inn.

¹⁰ Se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg. 2015, s. 86 om tolkning av hjemler som gjennomfører EØS-rettslige forpliktelser.

¹¹ Se Rådets Common Position ifm. vedtakelsen av aksessdirektivet: "The proposed new regulatory framework has been designed as an intermediate phase between the current framework and an anticipated future situation where the telecommunications market will be sufficiently mature to allow it to be governed solely by general competition law." ([2001] OJ C 337/15).

¹² Sak C-194/14 P AC Treuhand II (ECLI:EU:C:2015:717, 22. oktober 2015), prem. 42.

På dette punkt vil det ha betydning at de forpliktelser som Nkom og delvis SD mener følger av ekoml. og M15-vedtaket må sies å ligge utenfor en naturlig forståelse av ordlyden (jf. den nærmere gjennomgangen nedenfor), og at de på enkelte punkter også bryter med etablerte skillelinjer i den alminnelige konkurranserett. I ekomretten er det klart at det kan tenkes mange forpliktelser som på ulik måte kan optimalisere den konkurransepolitiske virkningen (i alle fall i et statisk perspektiv), men at direktivet og loven oppstiller kategorier av spesifikke forpliktelser. Selv om det nærmere innholdet av disse forpliktelsene selvsagt må utvikles i lys av aksessdirektivet og reguleringsens formål, ligger det visse begrensninger i kategoriene. Ekoml. § 4-1 er for eksempel begrenset til å gi tilgang på rimelige vilkår, men kan ikke forstås som en generell hjemmel til å foreta konkurransepolitisk sensur med inngåtte avtaler. Dette er overlatt til den alminnelige konkurranseretten. Tilsvarende er § 4-7 begrenset til å forby konkurranseskadelig diskriminering, og vil ikke kunne anvendes for å løse andre konkurransepolitiske problemstillinger. En slik forståelse er også lagt til grunn av Asker og Bærum tingrett i dobbeltroamingsaken. Her sies det:

"Retten bemerker at ekomloven gir anvisning på en «ex ante»-regulering», altså en normering av aktørenes markedsatferd gjennom et sett av regler i forkant, for å hindre ytterligere konkurransebegrensninger, jf Ot.prp.nr.58 (2002-2003) s 32. Post- og teletilsynets Marked 15-vedtaket 2010 pålegger Telenor forpliktelser for å forebygge at selskapet utnytter sin sterke markedsstilling til å skade konkurransen. Det er imidlertid langt fra alle former for konkurransebegrensende atferd fra Telenors side som er i strid med tilsynets vedtak. Kravet om ikkediskriminering i vedtaket har et langt snevrere anvendelsesområde. Det er i utgangspunktet bare avtalebestemmelser eller annen atferd som ubegrunnet forskjellsbehandler enten mellom eksterne virksomheter eller mellom egen virksomhet og eksterne virksomheter, som omfattes. Avtalebestemmelser som ikke diskriminerer, men som likevel er egnet til å begrense konkurransen, kan være i strid med andre særskilte forpliktelser som Post- og teletilsynet har pålagt eller med de generelle forbudene mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11 og konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10."¹³

Selv om fjordlaksformelen gir uttrykk for en viss fleksibilitet mht. hjemmelskravet, innebærer ikke dette at det er "fritt frem" for myndighetene til å pålegge forpliktelser etter loven. Derimot gir den, sammen med Rt. 2005 s. 577 og EØS-rettslige prinsipper, anvisning på en konkret vurdering av hjemmelsgrunnlaget i den enkelte saken. Det rettskildet bildet som da avtegner seg i ekomretten er direktivet og ekomlovens ordlyd, forstått på bakgrunn av reguleringsens formål og arbeidsdelingen mellom ekomregulering og alminnelig konkurranserett.

Selv om andre rettskildefaktorer nødvendigvis er relevante, innebærer fjordlaksformelen ikke at man kan stille seg fritt i forhold til lovens ordlyd. Av særlig viktighet her er at M15-vedtaket pålegger forpliktelser innenfor etablerte konkurranserettslige kategorier; ikke-diskriminering og kontraheringsplikt. Ut fra forutberegnelighetshensynet må det vurderes om myndighetens forståelse representerer en nærliggende forståelse ut fra rettskildematerialet. I motsetning til situasjonen i Rt. 2005 s. 577 dreier det seg ikke om et tilfelle hvor ordlyden er taus, men om å fastlegge omfanget av konkrete forpliktelser som er nærmere beskrevet i ordlyden.

Hvis ekoml. gir hjemmel til å fastsette slike forpliktelser, vil det også stilles krav til at de fremkommer med tilstrekkelig tydelighet i vedtaket. Strukturen i loven er på dette punkt utfordrende, fordi bestemmelsene i kap. 4 dels gir uttrykk for forpliktelsenes innhold, dels gir kompetanse til å fastsette nærmere regler. De konkrete forpliktelsene i M15-vedtaket vil derfor dels dreie seg om en tolkning av forpliktelsen slik disse fremkommer i loven, dels av

¹³ Dom 29.11.2012 i sak TAHER-2012-51158 (12-051158TVI-AHER/2), på s. 19.

en vurdering av hvorvidt loven hjemler utfyllende bestemmelser fastsatt av Nkom og om disse fremkommer tilstrekkelig klart i vedtaket. Dette spørsmålet drøftes separat for de ulike vedtakene og vedtaksvarselet i det følgende.

5 Overtredelse av M15-vedtaket – retting av standardavtaler

5.1 Innledning

Nkom varslet 31. august 2015 om vedtak om retting av Telenors standardavtaler for nasjonal gjesting og MVNO-adgang. Dette gjelder tre forhold, der jeg er bedt om å se på to av den, nemlig spørsmålet om det representerer en overtredelse at det ikke tilbys en prismodell uten SIM-kortavgift (varselets pkt. 3.1), og spørsmålet om overtredelse ved at det ikke åpnes for unntak fra SIM-kortavgift i en migrasjonsperiode (pkt. 3.3), forutsatt at det beholdes en prisstruktur som omfatter SIM-kortavgift. Poenget er dermed at Telenor iht. varselet *enten* må avvikle SIM-kortavgift, *eller* beholde SIM-kortavgift og legge inn unntak for migrasjonsperiode, men i tillegg tilby en modell uten SIM-kortavgift.

Pålegget om å tilby en prisstruktur uten SIM-kortavgift er begrunnet i ikke-diskrimineringsforpliktelsen (M15-vedtaket pkt. 8.2 jf. ekoml. § 4-7), og Nkom legger til grunn at det også kan hjemles i § 4-1. Pålegget om unntak fra SIM-kortavgift i en migrasjonsperiode er begrunnet i M15-vedtaket pkt. 197, jf. § 4-1 jf. § 4-6.

I det følgende vurderes først det materielle hjemmelsgrunnlaget for varselets pkt. 3.1 og 3.3, før jeg ser på virkningene for inngåtte avtaler av et rettingsvedtak og om rettepålegget ligger innenfor § 10-6.

5.2 Hjemmelsspørsmålet

5.2.1 Varselet pkt. 3.1 - SIM-kortavgift

Varselets pkt. 3.1 bygger på påstått overtredelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen Telenor er pålagt i M15-vedtaket pkt. 82, jf. ekoml. § 4-7 andre ledd. Ifølge Nkom består ikke bruddet i at det er tilbudt prisstruktur med SIM-kortavgift, men at det ikke er tilbudt alternative prisstrukturer uten slik avgift. I varselet vises det også til at Telenors tilgangsplikt, jf. § 4-1 "taler ...for" at Telenor ikke kan tilby en prisstruktur basert på SIM-kortavgift som eneste prisstruktur.¹⁴ Jeg ser først på § 4-7.

Nkom forsøker å etablere diskriminering ved å vise til at et tilbud utelukkende basert på SIM-kortavgift innebærer at tilgangskjøper ikke får tilgang på likeverdige vilkår som Telenors egen sluttbrukervirksomhet.¹⁵ Nkom tar følgende utgangspunkt:

"En første problemstilling blir etter dette om prisstrukturen med SIM-kortavgift innebærer diskriminering i strid med pålegget om ikke-diskriminering mellom Telenors interne sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av tilgang, jf. marked 15-vedtaket punkt 7.2 og 8.2, jf. ekomloven § 4-7 andre ledd. Ved vurderingen er det etter Nkoms oppfatning hensiktsmessig å ta utgangspunkt i virkninger av en prisstruktur med SIM-kortavgift."¹⁶

¹⁴ Varsel av 31. august 2015 s. 12 første avsnitt.

¹⁵ Varsel av 31. august 2015 s. 11 tredje avsnitt og s. 12 tredje avsnitt.

¹⁶ Varsel av 31. august 2015 s. 8-9.

Etter min oppfatning overser Nkom her at det må etableres diskriminerende atferd mellom Telenors egne virksomhet og andre. Et krav om ikke-diskriminering gir ikke grunnlag for å gå direkte til en påvisning av påståtte konkurransebegrensende virkninger som ikke nødvendigvis består i en diskriminering, jf. også nedenfor 6.2.2 om marginskvistester som ledd i oppfølgingen av ikke-diskrimineringsforpliktelser.¹⁷ Kravet om diskriminering virker tilsvarende som i konkurranseretten, for at det skal kunne etableres en overtredelse av misbruksforbudet må det påvises at tilsvarende situasjoner har blitt gjenstand for ulik behandling.¹⁸ Nkoms tilnærming, der det tas "utgangspunkt i virkninger av en prisstruktur", bekrefter inntrykket som er påpekt ovenfor; at flere av forpliktelsene i M15-vedtaket er så vage at de ikke gir mer enn en anvendelse av alminnelig konkurranserett ville ha gjort. En tilnærming der virkningene må vurderes konkret er heller ikke i samsvar med intensjonen bak ekomloven, der det skal pålegges detaljerte forpliktelser *ex ante* basert på en påvisning av konkurranseproblemer, som deretter skal kunne håndheves uten videre analyse av atferdens effekter på konkurransen.

Dette utgangspunktet med fokus kun på virkningene av atferden kan likevel sies å repareres lenger ned i varselet, der det sies at tilgangskjøpere møter en kostnadsstruktur som Telenors egen virksomhet ikke kan anses å pådra seg.¹⁹ Dette innebærer en sammenligning av situasjoner, slik det kreves etter ikke-diskrimineringsregelen. Det fremgår imidlertid ikke klart av varselet hvilket konkrete sammenligningsgrunnlag Nkom støtter seg på, i lys av de forpliktelser Telenor er pålagt vedr. regnskapsmessig skille. Dette gjør det vanskelig å vurdere om det 1) foreligger sammenlignbare situasjoner og 2) om det kan være objektive forhold som kan begrunne en eventuell forskjellsbehandling. Uten at det er definert et sammenligningsgrunnlag, er det ikke mulig å etterprøve om det faktisk foreligger diskriminering.

Nkom trekker frem to eksempler for å underbygge at prisstrukturen er mindre fordelaktig. Dette gjelder M2M-kommunikasjon og kontantkort. Utover dette gis det ikke eksempler for å underbygge diskriminering. Begge eksemplene fremstår som spesielle segmenter innenfor det relevante markedet nedstrøms, og med begrenset omsetning. Nkom fremhever da også i det videre at prisstrukturer med SIM-kortavgift i visse segmenter kan være fordelaktige, og at det ikke er grunnlag for "å oppfatte at en prisstruktur er den 'riktige' ut i fra reguleringens krav."²⁰

Poenget er dermed som følger: Telenor tilbyr én standardavtale som i noen segmenter er fordelaktig, mens den i andre segmenter er mindre fordelaktig for tilgangskjøper. Det er f.eks. vanskelig å være uenig i at en fast SIM-kortavgift er lite lukrativ dersom tilgangskjøper selger dette til M2M-kommunikasjon som genererer lav inntekt. Spørsmålet er imidlertid om dette kan anses som diskriminering iht. ekoml. § 4-7. Nkoms tilnærming synes å forutsette at Telenor skal være forpliktet til å tilby tilgangskjøper en fleksibilitet som optimaliserer deres konkurransekraft innenfor enkeltsegmenter. Så langt mener jeg det ikke er grunnlag for å strekke en ikke-diskrimineringsforpliktelse. En vurdering ned på enkeltsegment, der tilbyder skal forpliktes til å tilby den mest fordelaktige prisstrukturen avhengig av bruken av SIM-kortet, vil tvert imot føre til at den forretningsmessige risikoen knyttet til

¹⁷ Se også uttalelsene i Asker og Bærum tingretts dom 29.11.2012 i sak TAHER-2012-51158 (12-051158TVI-AHER/2), på s. 19, sitert ovenfor.

¹⁸ Se f.eks. sak 322/81 Michelin I [1983] ECR 3461, prem. 87-91. Se nærmere Whish/Bailey, *Competition Law*, 8th ed 2015, s. 803 ff.

¹⁹ S. 9 tredje avsnitt.

²⁰ Varsel av 31. august 2015 s. 11 tredje avsnitt.

abonnementsporteføljen overføres fra kjøper til tilbyder.²¹ En slik tilnærming innebærer noe langt mer enn et forbud mot diskriminering. Det er også et spørsmål om ikke Nkoms tolkning av vedtaket – med større differensiering i tilbudet – ikke også vil kunne føre til større fare for diskriminering.

På s. 12 i varselet heter det videre:

"Etter Nkoms oppfatning taler også Telenors tilgangsplikt for å anse at Telenor ikke kan tilby en prisstruktur basert på SIM-kortavgift som eneste prisstruktur i sine standardavtaler. Nkom kan ikke se at Telenor skal kunne avslå en ellers rimelig anmodning om tilgang på det grunnlag at tilgangskjøperen anmoder om tilgang med annen prisstruktur enn SIM-kortavgift, for eksempel en prisstruktur som utelukkende baserer seg på trafikk slik Telenor tidligere har tilbudt."

Utgangspunktet for tilgangsforpliktelsen (kontraheringsplikten), er at Telenor er forpliktet til å tilby vilkår som gir en reell adgang. I motsatt fall vil det foreligge en såkalt "constructive refusal to deal", som klart nok vil innebære et brudd på kontraheringsplikten. Dette er også regelen i den alminnelige konkurranseretten, der kontraheringsplikt også innebærer en plikt til å operere med vilkår som gjør kontrahering realistisk.²² I ekomretten gjenspeiles dette i aksessdirektivet art. 12 nr. 1 siste ledd om pålegg for å sikre tilgang på rimelige vilkår.

En slik forpliktelse innebærer imidlertid intet ansvar for å tilby konkurransemessige *optimale* vilkår, herunder å tilby fleksibilitet som optimaliserer kundens konkurransekraft. Når ekoml. § 4-1 første ledd sier at enhver "rimelig" anmodning skal etterkommes, betyr ikke dette at det *ex post* vil skje en rimelighetssensur av tilgangsavtaler ut fra den konstruksjon at det anses som rimelig å etterspørre en annen prisstruktur. Rimelighetsvurderingen knytter seg til spørsmålet om hvorvidt tilgang som sådan, med den kapasitet og ytelser som er etterspurt, er rimelig overfor tilbyder (her Telenor). I det siterte avsnittet synes Nkom å blande disse to aspektene.

Klart nok vil innholdet i de avtaler som tilbys være gjenstand for vurdering opp mot de øvrige forpliktelser som er pålagt etter ekoml. og dessuten etter de alminnelige konkurranserettslige regler. Heller ikke i den alminnelige konkurranseretten ligger det imidlertid en optimaliseringsforpliktelse innebygget i kontraheringsplikten.

Oppsummeringsvis fremstår Nkoms tilnærming som for snever mht. diskriminering, og forpliktelsen til å tilby ytterligere fleksibilitet ligger også utenfor det som rimeligvis kan oppfattes som tilgangsforpliktelse. Tvert i mot synes det som om Nkom forsøker å anvende ekoml. til å pålegge Telenor å tilpasse sine avtaler til det som anses som *optimalt ut fra tilgangskjøpernes situasjon*. Etter min oppfatning kan en slik forpliktelse derfor verken hjemles i ekoml. § 4-1 eller § 4-7. Jeg går ikke inn på spørsmålet om alternative hjemler etter

²¹ I denne sammenheng kan det som et subsidiært argument vises til SDs opphevelse av Nkoms marginskvisvedtak, som omtales nærmere nedenfor. I den saken ble en marginskvistest på mindre aggregert nivå (som en presisering av ikke-diskrimineringsforpliktelsen), ansett som en endring av M15-vedtaket som var ugyldig som følge av manglende notifikasjon til ESA. Tilsvarende kan anføres mot varselet som drøftes her.

²² I det videre benyttes "realistisk" som en samlebetegnelse for aksessdirektivets formulering "fairness, reasonableness and timeliness". Dette fordi kompetansen er ment å sikre reell adgang, dvs. at tilbyderes vilkår ikke må virke prohibitivt mht. inngåelse av kontrakt. Terminologien er også valgt for å unngå forveksling med rimelighetssensur i for eksempel avtaleloven. Konseptet reasonableness i ekomretten må snarere forstås som parallelt til konkurranserettenens konsept FRAND-vilkår (fair, reasonable and non-discriminatory terms).

ekoml. (for eksempel § 3-4 andre ledd), eller om en slik plikt kan oppstilles etter den alminnelige konkurranseretten.

Dersom det legges til grunn at ekoml. §§ 4-1 og 4-7 faktisk også gir hjemmel til å kreve at vilkårene i tilbudet optimaliseres, er spørsmålet om en slik forpliktelse er tilstrekkelig klart slått fast i M15-vedtaket. Formulert på en annen måte er spørsmålet om det er rimelig, tatt i betraktning ekomreguleringens forutsetning om detaljerte *ex ante*-forpliktelser, at kravet om tilgang og ikke-diskriminering på pris også innebærer plikt til å tilby ulike prismodeller. På dette punkt vises det til EU-domstolens understrekning av forutberegnelighetshensynet i AC Treuhand, sitert ovenfor, og Høyesteretts uttalelser i Rt. 2005 s. 577.

Som påpekt går ikke M15-vedtaket her lenger enn det som følger av lovens generelle hjemler. På dette punkt mener jeg det må være klart at dersom det ikke er pålagt spesifikke forpliktelser vedr. innholdet i tilbudet, vil det ikke utover plikten til å gi tilgang foreligge en plikt til å tilby en fleksibilitet som optimaliserer tilgangskjøpers konkurransemessige posisjon uten at dette er gjort eksplisitt i vedtaket. For så vidt gjelder ikke-diskriminering og § 4-7 er det mer nærliggende at denne bestemmelsen også stiller krav til innholdet i inngåtte avtaler. Jf. vurderingen ovenfor mener jeg imidlertid at en plikt til å tilby en slik fleksibilitet som Nkom krever ligger utenfor rammene av en generell ikke-diskrimineringsforpliktelse.

5.2.2 Varselet pkt. 3.3 - SIM-kortavgift i migrasjonsfase

5.2.2.1 Utgangspunkter

Varselets pkt. 3.3 bygger på påstått overtredelse av M15-vedtaket pkt. 197.²³ Videre vises det til ekoml. § 4-6 første jf. fjerde ledd, aksessdirektivet art. 12 nr. 1 siste ledd, og i den forbindelse til M15-vedtaket pkt. 156 om tidsbruk for tilgangsanmodninger. Før jeg går inn på en vurdering av Telenors forpliktelser, er det grunn til å kommentere denne hjemmelsangivelsen nærmere.

Pkt. 196 og 197 i M15-vedtaket lyder:

"196. PT kan i medhold av ekoml. § 4-6 første ledd, jf. § 4-6 fjerde ledd presisere innholdet i standardavtalene nærmere.

197. Hva gjelder avtaler om nasjonal gjesting og MVNO-tilgang, mener PT avtalene ikke skal inneholde klausuler som utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertsoperatør. Slike vilkår vil kunne skape hindringer for en bærekraftig konkurranse. Det samme gjelder utilbørlige vilkår som oppstiller forbud mot å operere i andre nettverk enn Telenors."

Spørsmålet er om pkt. 197 kan forstås slik at det pålegges en særskilt forpliktelse utover den generelle konkurranseretten mht. avtalenes innhold. Det bemerkes at påstanden i pkt. 196 synes å gå lenger enn lovteksten i § 4-6 fjerde ledd, som lyder: "Myndigheten kan gi pålegg om hvor, hvordan og på hvilke vilkår informasjonen skal gjøres offentlig tilgjengelig, samt pålegge endringer i tilbudet." Første ledd på sin side hjemler pålegg om å "utarbeide og offentliggjøre" standardtilbud. I vedtaksvarselet, som omtales nærmere nedenfor, sier Nkom at hjemmelen for pkt. 197 "etter Nkoms vurdering" er § 4-1 jf. § 4-6 (og ikke § 4-6 første jf. fjerde ledd slik det fremgår i pkt. 196).²⁴

Videre viser Nkom til aksessdirektivet art. 12 nr. 1 siste ledd. Dette lyder:

²³ Varselet s. 19 tredje avsnitt og s. 22 tredje avsnitt.

²⁴ Varslet s. 20 andre avsnitt.

"National regulatory authorities may attach to those obligations conditions covering fairness, reasonableness and timeliness."

Endelig vises det til M15-vedtaket pkt. 156:

"PT mener at ekomloven § 4-1 jf. § 4-6 gir tilstrekkelig hjemmel for å fastsette regler om tidsbruken. Det fremgår dessuten eksplisitt av tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 annet ledd at tilsynsmyndigheten skal kunne pålegge en aktør slike plikter. Et slikt pålegg er også i samsvar med prinsipp 4 i PTs virkemiddeldokument."

Denne henvisningen synes å være ment for å underbygge at Nkom faktisk har kompetanse til å regulere innholdet i tilgangsavtalene. Argumentasjonen i varselet fremstår som rotete, og det sondres ikke mellom to helt sentrale spørsmål: om Nkom har *hjemmel* til å gi pålegg av den art som det forutsettes at M15-vedtaket gir, og i tilfelle ja, hvorvidt pkt. 197 representerer en tilstrekkelig *klar utøvelse* av denne kompetansen til at tilgangsavtalen kan sies å være i strid med M15-vedtaket (forutsatt at loven faktisk hjemler en slik regulering). Jeg ser på spørsmålene i denne rekkefølgen. Forpliktelsene kan nemlig bare være hjemlet i M15-vedtaket pkt. 197 dersom dette punktet har tilstrekkelig hjemmel i ekoml.

5.2.2.2 Hjemmelsspørsmålet

Nkom har anført at pkt. 197 er hjemlet i ekoml. § 4-1 jf. 4-6, og at pålegget representerer "en type krav som tilgangsdirektivet artikkel 12 annet ledd fastsetter at tilsynsmyndigheten skal kunne stille."²⁵

Pkt. 197 står i vedtaket under pkt. 7.3 "Offentliggjøring og standardtilbud", som begrunner pkt. 8.3 i den operative delen "Offentliggjøring og standardavtaler", der det pålegges utarbeidelse, offentliggjøring, spesifisering av forhold som skal reguleres samt div. forpliktelser av prosessuell art. Dersom punktet er ment å pålegge ytterligere forpliktelser fremstår det som systematisk feilplassert i vedtaket, siden den bestemmelsen som ligger til grunn for pkt. 8.3, dvs. ekoml. § 4-6 "Offentliggjøring og standardtilbud", i alle fall ikke isolert sett hjemler regulering av innholdet i tilgangsavtaler.

Etter § 4-6 fjerde ledd kan Nkom dessuten pålegge endringer i tilbudet, noe som også må omfatte innholdet i standardavtalene. Slike endringer gjelder imidlertid bare fremover i tid, og er heller ikke del av rettekompentansen siden de innebærer endrede forpliktelser. Denne endringskompetansen gjelder imidlertid bare endringer for å sikre at det faktisk gis en reell tilgang, dvs. at det ikke stilles vilkår som innebærer en konstruktiv forretningsnektelse. Paragraf 4-6 fjerde ledd gir følgelig bare hjemmel for endringer for å støtte andre forpliktelser som er pålagt (tilgang), men gir ingen generelle kompetanse til å regulere innholdet i tilgangsavtaler. I aksessdirektivet art. 9.2 i.f. heter det således at "The national regulatory authority shall, inter alia, be able to impose changes to reference offers to give effect to obligations imposed under this Directive." (Min uthevelse).

Spørsmålet er etter dette om et forbud mot SIM-kortavgift i en migrasjonsfase kan hjemles i den generelle tilgangsbestemmelsen i § 4-1.

Dette synes også å være Nkoms egentlige tilnærming, på s. 20 i varselet heter det nemlig at "Punktet er en presisering av tilgangsforpliktelsen etter ekomloven § 4-1, og er også en type

²⁵ S. 20, andre avsnitt.

krav som tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 annet ledd fastsetter at tilsynsmyndigheter skal kunne stille."

Paragraf 4-1 sier intet om regulering av innholdet av tilgangsavtaler. Derimot heter det i første ledd at enhver "rimelig" anmodning skal etterkommes. Rimelighetsvurderingen er nærmere regulert i andre ledd. Slik det er påpekt ovenfor vil rimelighetskriteriet imidlertid knytte seg til anmodningen som sådan (dvs. om tilgang overhodet skal gis), og spørsmålet om denne virker rimelig for tilbyder. Kriteriet fungerer ikke slik at tilgangskjøper kan diktere de kommersielle vilkårene innenfor det som er rimelig for å gi tilgang. Bestemmelsen legger derfor ikke andre føringer på avtalenes innhold enn at vilkårene ikke må fungere som en konstruktiv forretningsnektelse.

Nkoms henvisning til aksessdirektivet er spesiell, siden den mest fremstår som en selvstendig hjemmelshenvisning og ikke knyttes opp mot en spesifikk gjennomføringsbestemmelse i ekoml.

Direktivets hjemmel innebærer at det som et supplement til tilgangsforpliktelser kan pålegges vilkår som sikrer rimelighet og reell tilgang. Denne bestemmelsen kan imidlertid ikke tas til inntekt for at nasjonale reguleringsmyndigheter skal kunne fastsette konkurransemessig optimale vilkår i det enkelte tilfelle, ei heller slik at generelle forpliktelser skal kunne fortolkes slik. På dette punktet vil nasjonal konkurranseretts og EØS-avtalens konkurranseregler sikre det nødvendige konkurransepolitiske gjennomslaget. Derimot må direktivet fortolkes slik at nasjonale reguleringsmyndigheter skal kunne fastsette vilkår som sikrer at retten til tilgang blir reell, og også vilkår som sikrer rimelighet i tilgangen. I ERGs Common Position 06(33) heter det:

"NRAs may attach conditions covering fairness, reasonableness and timeliness, conditions which are set out in the access requirement and which, as always, are bound by consideration of Article 8 Framework Directive and Article 8(4) of the Access Directive. Such requirements may be particularly useful to protect against strategies aimed at covert rather than overt attempts to deny access. Terms which amount to a refusal to grant access can be generalised as being terms which by their monetary level mean that no efficient competitor can be reasonably expected to enter the market bearing in mind that alternative tactics such as delaying access or degrading quality of supply simply raises the effective cost of access for the entrant. Quality of service obligations can be useful to protect against the unreasonable raising of rival's costs through such mechanisms."²⁶

Sitatet bekrefter tolkningen ovenfor, dvs. at forpliktelser etter direktivet art. 12 nr. 1 annet ledd dreier seg om å oppfylle tilgangsforpliktelsen på en reell og effektiv måte, men at det ikke er tale om en generell konkurransepolitisk inngrepshjemmel.²⁷

Uansett kreves det at slike forpliktelser pålegges *ex ante*, og da på en spesifikk måte ved at det skal dreie seg om "conditions". Etter min oppfatning ligger en generell forpliktelse av den art som Nkom anser at ligger i pkt. 197 – som stiller konkurransepolitiske krav til innholdet i inngåtte avtaler – utenfor direktivets bestemmelse. Innholdet i § 4-1 fremstår etter dette som dekkende for direktivets forpliktelse. Selv om den ikke etter sin ordlyd er inntatt i norsk rett,

²⁶ ERG 06/33 Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/rammer/introduksjon-til-markedsregulering-smp/attachment/20019?ts=15022af2634>, s. 45-46.

²⁷ Også Farr & Oakley, s. 247, knytter dette opp mot at tilgangen skal være reell: "Such conditions could require that a specific network element or associated facility is subject to a delivery timescale, or that it must be provided on reasonable terms and conditions."

er det på det rene at § 4-1 må forstås slik at det kan settes krav som sikrer at tilbydere ikke stiller vilkår som i realiteten innebærer en forretningsnektelse.

En slik reguleringsadgang som Nkom forutsetter at det besitter vil også reise spørsmål under EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd om forbud mot strengere nasjonal konkurranselovgivning.²⁸ Dette innebærer at det ikke av konkurransepolitiske årsaker kan settes forbud mot avtaler som oppfyller konkurranserettens krav til samhandlingspåvirkning men som ikke rammes av EØS-avtalen art. 53 om konkurransebegrensende samarbeid. Bestemmelsen tillater imidlertid strengere nasjonal lovgivning rettet mot ensidig atferd, noe som typisk vil gjelde kontraheringsplikt, forbud mot urimelige priser etc. Samtidig vil forbud mot slike avtaler som følger av reguleringer som implementerer EØS-direktiver ikke anses som "nasjonal konkurranselovgivning". Dette betyr at så lenge aksessdirektivet ikke krever at tilgangsavtalene skal sensureres ut fra konkurransehensyn, vil forholdet reguleres uttømmende av EØS art. 53. Dersom det dreier seg om en avtale som er influert av brudd på forpliktelser som er ensidig pålagt tilbyder (da typisk vilkår for å sikre rimelighet), vil dette imidlertid selvsagt kunne vurderes etter ekomlovens ugyldighetsbestemmelse § 10-11, jf. nedenfor. Denne bestemmelsen har imidlertid ikke Nkom kompetanse til å anvende.

Hvis man skulle mene at en slik forpliktelse som Nkom mener ligger i pkt. 197 skulle være dekket av direktivet, oppstår spørsmålet om direktivhjemmelens stilling i norsk rett. På dette punkt er det klart at direktiver krever særskilt gjennomføring for å få virkning i norsk rett, men at det påhviler norske domstoler en plikt til direktivkonform tolkning. Dette innebærer at dersom de norske reglene åpner for det, skal de tolkes i samsvar med direktivet. I dette tilfellet dreier det seg imidlertid om å bruke direktivet som hjemmel for å pålegge en privat part nye forpliktelser, noe som ikke er mulig.²⁹

Paragraf 4-1 første ledd gir også kompetanse til å pålegge aktører med sterk markedsstilling å imøtekomme rimelig anmodninger om å "endre avtale om tilgang." Denne forpliktelsen er ikke eksplisitt nevnt i pkt 8.1 (se pkt. 303), og er heller ikke aktuell i denne saken.

Nkom viser i varselet også til prinsippet om ikke-diskriminering, jf. s. 19 andre avsnitt:

"De særskilte pliktene som Telenor er pålagt om tilgang og ikke-diskriminering, setter skranker for hvilke vilkår og betingelser Telenor kan ha i sine standardavtaler."

Det må være klart at innholdet i standardavtaler (og også faktiske tilgangsavtaler), vil kunne representere overtredelser av diskrimineringsforbudet etter § 4-7.³⁰ Brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen er imidlertid ikke eksplisitt angitt som hjemmel for rettingen. Forbud mot en såkalt migrasjonsavgift kan etter mitt skjønn uansett ikke begrunnes i et diskrimineringsforbud som gjelder forholdet mellom Telenors og tilgangskjøpers virksomhet.. Diskriminering innebærer grunnleggende sett at like tilfeller behandles ulikt, eller at ulike tilfeller behandles likt.³¹ I dette tilfelle dreier det seg ikke om sammenlignbare situasjoner

²⁸ Jf. Faull/Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3rd ed. 2014, pkt. 2.66-67.

²⁹ Heller ikke i EU-retten kan direktivers direkte virkning tjene som grunnlag for å pålegge private parter forpliktelser overfor det offentlige, med mindre direktivet er gjennomført i nasjonal rett.

³⁰ Slik forutsetningsvis også Asker og Bærum tingrett i dobbeltroamingsaken (dom 29.11.2010 i sak TAHER-2012-51158 (12-051158TVI-AHER/2), på s. 18, der det vurderes om dobbeltroamingforbudet i avtalen er i strid med ikke-diskrimineringsforpliktelsen pålagt i M15-vedtaket. (Noe det ikke ble funnet å være).

³¹ Se nærmere den prinsipielle vurderingen av diskriminering i Asker og Bærum tingretts dom 29.11.2010 i sak TAHER-2012-51158 (12-051158TVI-AHER/2), på s. 20 f.

overhodet – siden Telenors sluttkunder ikke vil migrere til andre nett, men enten si opp abonnementet og flytte eller forbli hos Telenor.

Selv om det kan diskuteres hvorvidt en "migrasjonsavgift" kan påvirke konkurransen i grossistmarkedet, fremstår det som kunstig å rubrisere dette under "diskriminering". Dette er i tilfelle et spørsmål som hører hjemme i den alminnelige konkurranseretten. På dette punkt vises det vurderingen av hjemmelskrav og klarhet ovenfor i pkt. 4.

Konklusjonen er derfor at ekoml. ikke hjemler et forbud mot avtaleklausuler som forplikter tilgangskjøper til å betale SIM-kortavgift i en migrasjonsperiode.

5.2.2.3 Nærmere om pkt. 197 som hjemmelsgrunnlag

Under forutsetning av at forpliktelsene som Nkom mener at følger av pkt. 197 i M15-vedtaket faktisk kan hjemles i ekoml., oppstår spørsmålet om forpliktelsen er tilstrekkelig klart slått fast i vedtaket til at disse faktisk er rettslig bindende for Telenor.

Pkt. 197 knytter seg til punktet om "Offentliggjøring og standardtilbud", jf. kap. 8.3 i den påleggsdelen. Kravet er ikke gjentatt i vedtakets operative del, dvs. kap. 8, der det i pkt. 302 i.f. sies at "I dette kapittelet pålegges det konkrete innholdet i forpliktelsene". Påleggsteksten legger således ingen føringer på avtalenes innhold, men stiller krav om offentliggjøring, hvilke spørsmål som skal reguleres i standardavtalen og forhåndsvarsel om endring.

At det da stilles krav til det spesifikke innholdet i avtalen representerer en ny forpliktelse som ikke er forankret i den operative delen (påleggsdelen). Dersom det skal kunne utledes konkrete forpliktelser av pkt. 197, kreves det dermed at det tydelig fremgår at det faktisk dreier seg om et pålegg, samt hva dette går ut på. Det vises her til vurderingen av forutberegnelighetshensynet ovenfor i pkt. 4. Klart nok må det kreves at Telenor skal være i stand til å forutse hvilke konkrete forpliktelser foretaket er underlagt.

Pkt. 197 er ikke entydig i så måte. I pkt. 196 fremgår det at "PT kan i medhold av ekomloven § 4-6 første ledd, jf. § 4-6 fjerde ledd presisere innholdet i standardavtalen nærmere." Dette kan indikere at Nkom anser at det etterfølgende punktet representerer en utøvelse av en slik kompetanse (som, jf. ovenfor, riktignok ikke gir grunnlag for en innholdsregulering *ex ante*). Samtidig tilsier formuleringen "PT mener..." og henvisningen til "utilbørlig reduserer" og "utilbørlige vilkår" at pkt. 197 vel så meget kan ses på som en henvisning til misbruksforbudet i den alminnelige konkurranseretten, som nettopp benytter uttrykket "utilbørlig utnyttelse".

I varselet er Nkom også selektiv/uredelig i sin henvisning til M15-vedtaket. Pkt. 197 sier at "Hva gjelder avtaler om nasjonal gjesting og MVNO-tilgang, mener PT avtalene ikke skal inneholde klausuler som utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertsoperatør." I varselet på s. 20 første avsnitt er ordene "ikke skal" snudd til "skal ikke" og dette tas til inntekt for at Telenor er pålagt et forbud. Omvendt ordstilling gir her inntrykk av en mer konkret forpliktelse enn det som kan leses ut av vedtaket, der setningen dessuten innledes med at "Hva gjelder ... mener PT...". (min uthevelse). Det er ikke vanlig at forvaltningsorganer innleder pålegg av forpliktelser med at forvaltningsorganet "mener" det ene eller andre, hvilket bekrefter de svakheter ved M15-vedtaket som er påpekt ovenfor. En forpliktelse i retning av at "Telenor forbys å inngå avtaler som..." ville på en helt annen måte tydeliggjort

Telenors forpliktelser (men da også satt hjemmelsspørsmålet mer på spissen).³² Ut fra sammenhengen i vedtaket burde en slik forpliktelse også ha vært tatt inn i påleggsdelen.

I varselet på s. 20 forsøker Nkom å "reparere" dette ved å vise til at "plikten slik de er formulert i kapittel 8 må ses i sammenheng med redegjørelsen for valget av særskilte forpliktelse og den nærmere beskrivelsen av innholdet i disse som fremgår av kapittel 7." At plikter pålagt i et vedtak kan utdypes eller presiseres gjennom vedtaksbegrunnelsen er selvsagt. I dette tilfelle representerer imidlertid pkt. 197 nye og mer omfattende forpliktelser enn det som fremgår av kap. 8 i M15-vedtaket.

Når Nkom "mener at" avtaler ikke skal inneholde vilkår som utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertoperatør, er det også et spørsmål om hvilke avtaler det siktes til: Standardavtalene eller faktisk inngåtte avtaler. Iht. varselet aksepterer Nkom at det lovlig kan være avvik mellom standardavtaler og den enkelte tilgangsavtale, siden disse fremforhandles individuelt.³³ Så lenge M15-vedtaket bare retter seg mot Telenors *tilbud*, vil dette etter min oppfatning ikke legge føringer på innholdet i den enkelte tilgangsavtale (utover ikke-diskrimineringsforpliktelsen). Dersom Telenor skulle ha brutt M15-vedtaket gjennom tilbudet av standardavtaler, og *dette bruddet* har påvirket innholdet i en enkeltstående tilgangsavtale, vil det imidlertid kunne fastslås et (historisk) brudd på M15-vedtaket. Dette bruddet kan enten ha offentligrettslige virkninger (overtredelsesgebyr) eller privatrettslige (ugyldighet eller erstatning). Samtidig kan det selvsagt pålegges retting av tilbudet slik at bruddet ikke gjentas/opphever. Konsekvensene for allerede inngåtte avtaler reguleres av ekoml. § 10-11.

Selv om M15-vedtaket skulle forstås slik at det også rammer de konkrete tilgangsavtalene, og at en slik regulering er hjemlet i ekoml., fremstår kriteriet "utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertoperatør" som uklart, dvs. at det er uklart hva som skal til for at en slik forpliktelse skal være overtrådt. "Utilbørlig" indikerer at ikke enhver klausul som gjør det mindre attraktivt å endre tilbyder rammes. Uttrykket "utilbørlig utnyttelse" benyttes også i krrl § 11 og EØS art. 54, og det er vanskelig å se at forpliktelsen pålagt i M15-vedtaket går lenger enn disse bestemmelsene, som håndheves av konkurransemyndighetene.

5.2.3 Konklusjoner

Et pålegg om tilgang etter § 4-1, jf. § 4-6 innebærer at tilgang skal gis på realistiske vilkår. Dersom tilbudet er utformet slik at tilgang ikke er realistisk, foreligger det en konstruktiv forretningsnektelse som representerer et brudd på forpliktelsen. Utover dette legger ikke § 4-1 føringer på det konkrete innholdet i standardavtalene. En slik kompetanse forutsettes heller ikke etter aksessdirektivet art. 12. Paragraf 4-1 kan heller ikke forstås slik at den hjemler regulering av innholdet i inngåtte avtaler. Dette blir et spørsmål om utøvelse av rettekompentansen etter § 10-6, jf. nedenfor.

Det er på det rene at Nkom etter § 4-6 fjerde ledd kan pålegge endringer i de *tilbudte* avtalene. Også denne kompetansen tar sikte på å støtte opp under tilgangsforspliktelsen, ved at tilbudte avtaler som representerer en konstruktiv forretningsnektelse kan pålegges endret. Denne

³² I Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave 2014, s. 282, sies det om klarhet at "I alle tilfelle bør forvaltningsvedtak utformes slik at innholdet er klart og utvetydig. Meningen bør ikke tilsløres ved å bruke en rund eller hensynsfull form. Hvis f.eks. meningen er å pålegge noen en plikt, bør dette sies rett ut i stedet for å bruke ord som 'henstille', 'anmode' eller lignende." Nkoms formuleringer i pkt. 197 indikerer etter mitt syn i enda mindre utstrekning enn de nevnte uttrykk at det er meningen å pålegge en plikt.

³³ Varselet, s. 19.

kompetansen har imidlertid ikke vært benyttet i M15-vedtaket, og er heller ikke bakgrunn for varselet om retting, som er basert på § 10-6.

Spørsmålet er dermed om Telenor har brutt sin forpliktelse til å gi tilgang. Vurdert opp mot forpliktelsen til å gi tilgang på realistiske vilkår kan en modell med SIM-kortavgift etter min oppfatning ikke anses som en konstruktiv forretningsnektelse og dermed heller ikke som et urimelig vilkår iht. aksessdirektivet art. 12. Jeg ser det dermed slik at det ikke foreligger overtredelse av forpliktelser etter M15-vedtaket.

5.3 Rettekompetansen

5.3.1 *Nærmere om § 10-6*

Forutsetningen for dette avsnittet er at det foreligger et brudd på M15-vedtaket i form av Telenors tilbud. Spørsmålet er da hvilken kompetanse Nkom har til å pålegge retting av forholdet.

Ekoml. § 10-6 hjemler Nkoms kompetanse til å pålegge retting. Den materielle kompetansen følger av første og andre ledd:

Myndigheten 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. Herunder kan myndigheten gi pålegg om avtaleinngåelse og om utforming av avtalevilkår i avtaler mellom tilbydere og mellom tilbyder og sluttbruker.

Myndigheten kan iverksette særskilte tiltak ved brudd på vilkår i tillatelse, forpliktelse for tilbyder med sterk markedsstilling eller forpliktelse for tilbyder av leveringspliktig tjeneste og spesielle samfunnsplagte oppgaver.

I merknadene til § 10-6 forklares kompetansen som følger:

"Pålegg om retting eller endring kan gis dersom kravene gitt i eller i medhold av loven ikke er oppfylt, herunder dersom det foreligger brudd på vilkår for tillatelser gitt med hjemmel i loven, f.eks. for oppfyllelse av konsesjonsvilkår som er satt for å hindre utstråling som forstyrrer elektronisk kommunikasjon. Pålegg om retting eller endring kan gjelde avtaleinngåelse eller utforming av vilkår i avtaler mellom tilbydere av elektronisk kommunikasjon eller -tjeneste, f.eks. utforming av abonnementsvilkår eller vilkår for tilgang, mv. Bestemmelsen er ikke begrenset til bare å rette seg mot tilbyder av elektronisk kommunikasjonsnett som nyttes til å tilby offentlig elektronisk kommunikasjonstjeneste eller offentlig elektronisk kommunikasjonstjeneste. Forpliktelser som ikke følger direkte av lov eller forskrift kan ikke gjøres gjeldende før enkeltvedtak er fattet. Myndigheten kan begrunne pålegget ut fra forhold som ligger forut i tid, men *pålegget om retting og endring vil gjelde fra vedtakstidspunktet og fremover i tid*. 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. Eventuell frist for å gjennomføre et pålegg må tilpasses de forhold som kreves rettet eller endret."³⁴

Det følger av første ledd at en forutsetning for bruk av kompetansen er at det foreligger et *ulovlig* forhold, dvs. et brudd på forpliktelser etter loven eller vedtak etter loven. Bestemmelsen gir således ikke materiell kompetanse til å gi nye pålegg uten at dette er knyttet til overtredelser av allerede eksisterende forpliktelser. Dette er også gjentatt i merknadene, jf. sitatet.

Videre er det presisert i merknadene at retting virker *fremover i tid*. Dette innebærer at et rettevedtak etter § 10-6 ikke kan pålegge rettsvirkninger av historiske overtredelser. Vedtaket

³⁴ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), min uthevelse.

vil heller ikke med bindende virkning fastslå at det foreligger en overtredelse bakover i tid.³⁵ Paragraf 10-6 må derfor forstås slik at den bare hjemler illeggelse av plikter for å rette/bringe til opphør overtredelser, som virker fremover i tid.

Når det gjelder påleggets innhold, gir bestemmelsen kompetanse til å pålegge forpliktelser som sikrer at atferden bringes i samsvar med forpliktelsene etter ekomloven og vedtak. Kjernen i dette er å pålegge opphør av atferd i strid med loven eller vedtak. Dersom reguleringen er utformet slik at den innebærer bestemte handleplikter må disse kunne pålegges gjennomført, evt. at det settes forbud mot bestemt atferd som anses i strid med forpliktelsene. Proporsjonalitetsprinsippet tilsier at myndighetene ikke kan pålegge foretak å etterleve reguleringen på bestemte måter, dersom det finnes alternativer, jf. nærmere nedenfor.

Videre sier lovteksten at det kan fastsettes "vilkår som må være oppfylt for at virksomheten skal være i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold" av loven. Bestemmelsen representerer en videreføring fra teleloven, men passusen er ikke eksplisitt adressert i forarbeidene til den loven heller.³⁶

Rettekompetansen etter § 10-6 innbefatter kompetanse til å gi pålegg om utforming av avtalevilkår. Dette følger av første ledd annen setning, som innledes med ordet "herunder". Dette innebærer at kompetansen innebærer en eksemplifisering av hva som kan pålegges etter første setning, og at den ikke går lenger enn det som følger der.³⁷

Dette har en side mot privatrettslige virkninger av overtredelser. Etter ekoml. § 10-11 er avtaler ugyldige så langt de er i strid med loven eller vedtak etter loven. Rettekompetansen må her kunne innebære et forbud mot å inngå tilsvarende avtaler for fremtiden, evt. etter forholdene, en angivelse av spesifikke vilkår som må inntas for at virksomheten skal være lovlig. Allerede inngåtte avtaler som innebærer et *vedvarende brudd* på loven eller vedtak, må tilsvarende kunne pålegges endret for fremtiden eller reforhandlet. Dette gjelder imidlertid bare dersom avtalen inneholder forpliktelser som er i strid med regulering av avtalens innhold. Typisk vil dette kunne gjelde dersom diskriminerende vilkår er inntatt i en tilgangsavtale; for så vidt gjelder konsekvensene fremover i tid vil det da være en overlapping mellom §§ 10-6 og 10-11 mht. ikke-oppfyllelse av det ulovlige vilkåret, siden det må anses som nødvendig å endre avtalen for å bringe diskrimineringen til opphør.

Avtaler hvis innhold bare kan ha blitt *influert av overtredelser*, vil det motsetningsvis ligge utenfor Nkoms kompetanse å pålegge endringer i; dette representerer ikke "ulovlige forhold" etter loven.³⁸ Tvert i mot vil overtredelsen av plikten da være opphørt, men plikt overtredelsen

³⁵ Sml. konkurranseloven § 12, som er forstått slik at Konkurransetilsynet kan fatte vedtak som bare fastslår at det har skjedd en overtredelse. Se Erling Hjelmeng: Håndhevelse av konkurransereglene – er ad hoc løsninger veien å gå?, pkt. 2.2 i.f., Magma 8/2013, s. 63-72, tilgjengelig på <http://www.magma.no/handhevelse-av-konkurransereglene>.

³⁶ Ot. prp. nr. 36 (1994-95). Bestemmelsen må også anses som en gjennomføring av autorisasjonsdirektivet(2002/20/EC) art. 10(3), om sanksjonsmuligheter ved brudd på plikter pålagt gjennom SMP-regulering.

³⁷ Å fortolke rettekompetansen som en generell hjemmel til å påby endringer av avtaler som ikke er konkurransemessig optimale vil sannsynligvis også være i strid med EØS-konkurranse-loven § 7 om forbudet mot strengere nasjonal konkurranselovgivning.

³⁸ Dette blir parallelt med konkurranse-lovens systematikk; Konkurransetilsynet kan etter krrl. § 12 forby avtaler som begrenser konkurransen i strid med § 10, men har ikke kompetanse til å pålegge endringer i en avtale

kan ha påvirket innholdet i en avtale. Dette kan for eksempel gjelde dersom brudd på en forpliktelse til offentliggjøring har ført til at en kunde har fått dårligere vilkår enn det som ellers hadde vært mulig.³⁹ I et slikt tilfelle vil det dreie seg om å fastslå privatrettslige konsekvenser av en (historisk) lovovertrødelse, som det hører under de alminnelige domstoler å ta stilling til på bakgrunn av ekomlovens ugyldighetsbestemmelse i § 10-11 og alminnelige avtale- og eventuelt erstatningsrettslige prinsipper.⁴⁰

Det eneste unntaket fra prinsippet om at Nkoms kompetanse bare gjelder fremover i tid finnes i den særegne bestemmelsen i § 10-12 som gir kompetanse til å pålegge tilbakebetaling av overpris. Utover dette har myndigheten ingen generell kompetanse til å fastslå ugyldighet eller ugyldighetsvirkninger etter § 10-11, noe som understrekes av at lovgiver fant det nødvendig å særregulere dette for så vidt gjelder én enkelt rettsvirkning (restitusjon) i én spesiell situasjon (overpris).

5.3.2 Pålegg om tilbud uten SIM-kortavgift og unntak ved utmigrering

Spørsmålet her er om § 10-6 hjemler et påbud om å tilby tilgang som ikke er basert på en prisstruktur med SIM-kortavgift, forutsatt at det kan konstateres et brudd på M15-vedtaket. Vedr. det påståtte bruddet på M15-vedtaket presiseres det at dette evt. må bestå i at det ikke er tilbudt andre prisstrukturer enn SIM-kortavgift. På dette punktet gjelder varselet slik jeg forstår det bare endring av tilbudet for tiden fremover, ikke slik at det pålegges endringer i inngåtte avtaler. Slik jeg oppfatter varselet, vil Nkom også pålegge Telenor å tilby unntak i en utmigreringsfase, dersom Telenor beholder en modell basert på SIM-kortavgift. Også dette pålegget er begrenset til det fremtidige tilbudet.

Generelt i konkurranseretten gjelder at diskriminering ikke kan pålegges brakt til opphør på én bestemt måte. Diskriminering kan i prinsippet repareres enten ved at alle behandles like bra, eller at alle behandles like dårlig; hovedpoenget er at det skal skje likebehandling. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet må dette etter min oppfatning gjelde også under ekomloven. Det er derfor ikke automatisk i at Nkom kan pålegge Telenor å etterleve M15-vedtaket *på bestemte måter*, dersom det finnes alternative måter for etterlevelse.⁴¹ Dersom det f.eks. kan tilbys én prisstruktur som ikke innebærer diskriminering, vil Telenor også stå fritt til å velge denne som sin eneste.

Det kan imidlertid reises spørsmål om en forpliktelse til tilbud uten SIM-kortavgift kan dekkes av alternativet "fastsette vilkår som må oppfylles for at virksomheten skal være i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av denne lov", noe som iht. andre setning også innbefatter pålegg om "utforming av avtalevilkår i avtaler mellom tilbydere." Så lenge Nkom har begrunnet varselet med at tilgangskjøpere ikke har tilgang til tilsvarende vilkår som nedstrømsvirksomheten til Telenor, og forutsatt at dette representerer diskriminering, vil et pålegg om å gi tilgang til tilsvarende vilkår ligge innenfor rettingskompetansen. Å forplikte

som er influert av en overtrødelse (for eksempel en kartelldeltakers avtaler med sine kunder). Slike forhold er overlatt til den alminnelige privatrett og domstolene.

³⁹ For en parallell problemstilling under krrl. § 11 se Graver/Hjelmeng, *Norsk konkurranserett, Bind II Prosess og sanksjoner*, Universitetsforlaget 2006, s. 170-172.

⁴⁰ Se nærmere om disse prinsippene Erling Hjelmeng, «Lovstrid» som felles rettsgrunnlag for erstatningsansvar og ugyldighet – særlig om bruk av avtalelovens regler ved lovovertrødelse/ lovstrid, i Hjelmeng (red), *Ugyldighet i privatretten, Minnebok for Viggo Hagstrøm*, Fagbokforlaget 2016, s. 273-290.

⁴¹ I en eventuell erstatningssak vil det imidlertid måtte tas utgangspunkt i den forskjellsbehandlingen som faktisk har foregått.

Telenor til å tilby spesifikke prismodeller for å bringe diskriminering til opphør vil imidlertid ligge utenfor kompetansen. Derimot må det kunne pålegges å tilby en alternativ modell under forutsetning av at Telenor viderefører en modell basert på SIM-kortavgift (forutsatt at denne virker diskriminerende).

Tilsvarende må gjelde dersom en overtredelse kan begrunnes direkte i tilgangsforskriften etter § 4-1, jf. imidlertid det jeg har sagt om at § 4-1 bare rammer de konstruktive forretningsnektelsene, jf. 5.2 ovenfor. En modell med SIM-kortavgift kan etter min oppfatning ikke anses som en konstruktiv forretningsnektelse og dermed heller ikke som et urimelig vilkår iht. aksessdirektivet art. 12.

Dersom avtalen etter sitt innhold representerer et vedvarende brudd på forpliktelser ilagt i M15-vedtaket, vil imidlertid Nkom måtte kunne pålegge endringer for å sikre at overtredelsen opphører. Forutsetningen er at pkt. 197 i M15-vedtaket kan anses å regulere innholdet i Telenors avtaler, og dessuten at den konkrete avtalen tilfredsstillende de vilkår som kan utledes av dette punktet. Slik jeg har gitt uttrykk for ovenfor, mener jeg at pkt. 197 er for vagt til å legge konkrete føringer på avtalenes innhold, og at ekoml. heller ikke hjemler en slik forpliktelse.

5.3.3 Tilgangsavtale med TeliaSonera

Kompetansen til å pålegge retting gjelder som påpekt bare fremover i tid, og er begrenset til Telenors tilbudte vilkår. Nkom varsler ikke direkte pålegg om at tilgangsavtalen med TeliaSonera skal rettes, og så vidt jeg har forstått er også denne avtalen utløpt. Nkom går imidlertid langt i å påpeke at selve tilgangsavtalen har representert en overtredelse av M15-vedtaket. Spørsmålet er hvilken kompetanse Nkom i så måte har etter § 10-6.

Det er ikke etter min oppfatning grunnlag for å hevde at Nkom i et rettingsvedtak kan pålegge endringer i avtaler som ikke i seg selv representerer en overtredelse av loven eller vedtak i loven. Spørsmålet om ugyldighetsvirkninger mellom partene må avgjøres av en domstol iht. ugyldighetsregelen i ekoml. § 10-11.⁴² Dersom avtalevilkårene finnes å være et utslag av Telenors rettsstridige handlinger, vil domstolen kunne sette avtalen til side eller lempe den, samt idømme restitusjon eller erstatning.

Samtidig har ikke Nkom kompetanse til med bindende virkning å fastslå at M15-vedtaket eller ekomloven er overtrådt. Dette i motsetning til i konkurranseretten, der konkurransemyndighetene har en særskilt kompetanse til å fatte såkalte "fastsettelsesvedtak".⁴³ Dersom det i et vedtak slås fast et brudd, vil Nkom gå ut over sine fullmakter etter ekomloven.

Dersom ikke avtalen selv representerer et vedvarende brudd på forpliktelsene, for eksempel ikke-diskriminering, vil det heller ikke kunne pålegges endringer i avtalene. Tilgangsreguleringen retter seg mot plikten til å gi tilgang, dvs. det ensidige tilbudet Telenor er forpliktet til å gi. Selv ikke i konkurranseretten er det klart at myndighetene kan påby endringer i avtaler som kan være influert av konkurranseovertridelser, men som ikke i seg

⁴² Jeg er dermed enig med Nkom når det avvises å pålegge Telenor å frafalle krav på allerede opptjent vederlag, og dette faller utenfor Nkoms kompetanse.

⁴³ Se nærmere Erling Hjelmeng: Håndhevelse av konkurransereglene – er ad hoc-løsninger veien å gå?, Magma 8/2013 s. 63-72, ved note 20 (<http://www.magma.no/handhevelse-av-konkurransereglene>).

selv representerer selvstendige overtredelser.⁴⁴ Ordlyden i varselet indikerer imidlertid at Nkom anser seg kompetent også til å anvende ugyldighetsregelen i § 10-11, se varselet s. 24 fjerde avsnitt, der det henvises til ugyldighetsbestemmelsen som ledd i vurderingen av om avtalen er i strid med M15-vedtaket. Det er imidlertid en vesentlig forskjell mellom ordlyden i rettebestemmelsen ("ulovlige forhold"), og ugyldighetsbestemmelsen ("Avtale i strid med denne lov eller med vedtak etter loven"). Selv om avtalen måtte være influert av et brudd på tilgangs- og/eller ikke-diskrimineringsforpliktelsen, vil ikke selve avtalen representere et "ulovlig forhold" i betydningen fortsatt overtredelse av loven. Eventuelle innelåsende virkninger av tilgangsavtaler må vurderes etter konkurranseloven.⁴⁵

5.4 Oppsummering

Varselet indikerer at Nkom har gått i den fellen at de søker en konkurransepolitisk *optimalisering* av Telenors vilkår, selv om tilgang er gitt og det ikke skjer en systematisk diskriminering. Det er imidlertid ikke slik at Nkom har kompetanse til å diktere innholdet i tilbudet og i avtaler på en slik måte at det optimaliserer tilgangskjøpers konkurransekraft i et statisk perspektiv. Når tilgang er gitt på realistiske vilkår vil eventuelle konkurransebegrensninger i tilgangsavtalene måtte vurderes etter den alminnelige konkurranseretten.

Etter min oppfatning fremgår de forpliktelser som søkes håndhevet uansett ikke tilstrekkelig klart i M15-vedtaket. Konsekvensen av dette er at Telenor ikke er bundet av slike spesifikke forpliktelser som Nkom legger til grunn. Nkom har heller ikke kompetanse til å gripe inn i inngåtte avtaler, med mindre disse avtalene representerer selvstendige brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelser.

6 **Marginskvisvedtaket**

6.1 Enkeltvedtak?

Forvaltningsl. § 2 første ledd bokstav a definerer vedtak som "en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer". "Enkeltvedtak" er vedtak som er bestemmende for rettigheter eller plikter til "en eller flere bestemte personer", jf. bokstav b.

For marginskvisvedtaket av 13. desember 2013 – som senere ble opphevet av SD 26. november 2014 pga. manglende notifikasjon til ESA – er spørsmålet om det er "bestemmende for rettigheter eller plikter" eller ikke.

I dette vedtaket fastsetter PT en marginskvismodell for vurdering av etterlevelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen fastlagt i marked 15-vedtaket fra 2010. Modellen benyttes ikke (i dette vedtaket), til å konstatere historiske brudd på M15-vedtakets ikke-diskrimineringsforpliktelse, men som metodikk for oppfølging av forpliktelsen.⁴⁶ Både PT og SD vurderer om avgjørelsen faktisk utgjør et enkeltvedtak og kommer til at dette er tilfelle.

De relevante deler av kap. 6 "Vedtak", lyder:

⁴⁴ Se Erling Hjelmeng: Competition Law Remedies – Striving for Coherence or Finding New Ways? C.M.L.Rev. 2013 s. 1007-1038, på s. 1026.

⁴⁵ Om tilgangsavtaler og konkurransebegrensende virkning se Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector [1998] OJ C 265/2 pkt. 138 ff.

⁴⁶ Derimot ble metodikken benyttet i de to avgjørelsene av samme dag vedr. klager fra TDC og Network Norway, som omfattet perioden fra 2010 og fremover.

"Med hjemmel i marked 15-vedtaket, jf. vedtakets punkt 8.2, jf. punkt 7.2, om pålegg av ikke-diskrimineringsplikt etter ekomloven § 4-7, fastsetter PT prinsipper og metode for bruk av marginskvistest som annen økonomisk analyse for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av regulert tilgang."

Spørsmålet om hvorvidt dette representerer et enkeltvedtak vil bero på en tolkning av vedtaksteksten holdt opp mot de forpliktelser som følger av M15-vedtaket.

Dersom vedtaket endrer Telenors forpliktelser etter M15-vedtaket vil det åpenbart dreie seg om et enkeltvedtak. Departementets konklusjon på dette punktet tilsier dermed at forpliktelsene i rettevedtaket går lenger enn det som var pålagt i det opprinnelige vedtaket. En slik tilnærming forutsetter også at vedtaket dermed ikke kan sies å fastlegge rettsstillingen forut for sin vedtakelse, siden forpliktelser nødvendigvis bare kan endres med virkning fremover i tid. Tilsvarende gjelder dersom man anser vedtaket som en *presisering* av forpliktelsene i M15-vedtaket. Med presisering menes her at der Telenor kan etterleve ikke-diskrimineringsforpliktelsen på flere måter, velger PT å anvende én spesifikk test for å vurdere etterlevelse. Dette vil representere en innskrenkning i Telenors alternativer for å etterleve vedtaket, som dermed er bestemmende for rettigheter og plikter.

Hvis "vedtaket" isteden anses som en presiserende *tolkning* av M15-vedtaket (fordi ordlyden i vedtaket er uklar), vil det derimot ikke dreie seg om et enkeltvedtak. Valget av terminologi vil her være avhengig av forståelsen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen, siden PTs "presisering" også kan ses på som en *innskrenkende* tolkning av vedtaket.⁴⁷ Uansett terminologi vil det imidlertid ikke dreie seg om et enkeltvedtak dersom PT bare gir uttrykk for sin tolkning av M15-vedtaket, siden det da ikke vil foreligge noen endring i Telenors forpliktelser/andres rettigheter. Det er da heller ikke naturlig å anse forholdet som en form for forhåndsbinding av forvaltningsmyndigheten, siden denne allerede er utøvet i og med M15-vedtaket, og spørsmålet er om dette vedtaket endres eller ikke.

Slik jeg kommer tilbake til nedenfor under hjemmelsspørsmålet må det være klart at marginskvis (slik dette konseptet forstås i den alminnelige konkurranseretten), ikke alltid vil innebære en diskriminering. Skadehypotesen ved marginskvis er faktisk ikke koblet til diskriminering overhodet, men til spørsmålet om marginen er tilstrekkelig til å overleve i markedet (med de ulike tester som kan oppstilles på dette punkt, siden det kan oppstå marginskvis uten at det foreligger diskriminering). Derimot er det klart at marginskvis som fenomen alltid vil være en relevant skadehypotese hvis det først foreligger diskriminering (selv om det neppe er nødvendig å påvise marginskvis for at diskriminering skal være ulovlig – heller ikke i den alminnelige konkurranseretten). Dersom det tas utgangspunkt i en marginskvistest, vil dette dermed ikke nødvendigvis si noe om det foreligger diskriminering eller ikke, men forutsatt at det foreligger diskriminering, vil marginskvistesten kunne si noe om faren for konkurranseskade ved at konkurrenten ikke vil kunne overleve på sikt.

Ordlyden i vedtaksteksten er uklar mht. forholdet til M15-vedtaket. Ut fra begrunnelsen (pkt. 5 "Nærmere om avgjørelsesform"), fremstår det imidlertid som om Nkom ikke anser at avgjørelsen innebærer at det utelukkende skal legges til grunn en marginskvistest for vurderingen av om ikke-diskrimineringsforpliktelsen er etterlevet, men at avgjørelsen fastsetter hvordan Nkom vil anvende marginskvistesten (som forutsettes å være én av flere

⁴⁷ Se nærmere om terminologien Erik Boe, *Innføring i juss*, 3. utg. 2010, s. 368 ff.

måter å følge opp ikke-diskrimineringsforpliktelsen på). I vedtakets innledning på s. 2 heter det:

"Dette vedtaket fastsetter prinsippene som PT vil legge til grunn ved bruk av marginskvisetest som verktøy ved oppfølging av kravet til ikke-diskriminering på pris mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av tilgang."

Dersom dokumentet bare fastsetter en metodikk for å gjennomføre en marginskvisvurdering som allerede er hjemlet i M15-vedtaket, foreligger det neppe et enkeltvedtak. I så fall er ikke metodikken i seg selv bestemmende for rettigheter eller plikter, dette vil først være tilfelle når kompetansen til å fastslå og sanksjonere overtredelser benyttes.⁴⁸ Når M15-vedtaket fastsetter at kravet til ikke-diskriminering skal følges opp med regnskapsmessig skille-rapportering på porteføljenivå og basert på Telenors volum, er det imidlertid vanskelig å se at en kontrollmodell på mindre aggregert nivå og basert på en Reasonable Efficient Operator test ikke begrenser Telenors handlingsrom. All den tid handlingsrommet etter M15-vedtaket innsnevres, er det ikke tvilsomt at det foreligger et enkeltvedtak, og dermed også en endring av det opprinnelige M15-vedtaket.

Hvis det skal gi mening å innføre en marginskvisforpliktelse for å følge opp ikke-diskrimineringsforpliktelsen, må denne forstås slik at brudd på modellen er tilstrekkelig for å fastslå at det foreligger en overtredelse av M15-vedtaket. Dette representerer i tråd med drøftelsen ovenfor en utvidelse av Telenors forpliktelser. Etter dette er konklusjonen at det foreligger et enkeltvedtak som endrer M15-vedtaket og som må begrunnes som sådant. En slik skjerpet forpliktelse vil nødvendigvis ikke kunne anvendes bakover i tid.⁴⁹ Hvorvidt det er hjemmel etter ekoml. § 4-7 for å pålegge en slik marginskvisforpliktelse drøftes i pkt 6.2.2 nedenfor.

6.2 Hjemmelsspørsmålet

6.2.1 *Terminologi: M15-vedtaket som "hjemmel"*

Terminologien som Nkom benytter i marginskvisvedtaket av 13. desember 2013, om at det fattes vedtak "med hjemmel i marked 15-vedtaket...", er etter mitt syn uheldig og tilslører også sammenhengen mellom vedtakene. Det er forpliktelsen på Telenor som er hjemlet i M15-vedtaket, og gjennom etterfølgende vedtak vil disse forpliktelsene dels håndheves, dels kunne presiseres/skerpes gjennom enkeltvedtak forutsatt hjemmel i ekoml.

Et vedtak som reduserer Telenors handlingsrom etter vedtaket kan ikke "hjemles" i det opprinnelige M15-vedtaket fra 2010, men må forankres i ekoml. § 4-7 og da som en endring/skerping av den opprinnelige ikke-diskrimineringsforpliktelsen.

Tilsvarende vises det i varselet om retting av 13. august 2015 til at "Nkom har på nærmere vilkår kompetanse til å pålegge endringer i standardtilbud, jf. marked 15-vedtaket punkt 196, jf. ekomloven § 4-6 fjerde ledd". Også her er det klart nok at vedtaket selvsagt ikke kan utvide lovens hjemmel, eller at et vedtak selv kan utgjøre hjemmel for forpliktelser, og dermed heller ikke for nye vedtak som utvider forpliktelsene. Alle forpliktelser pålagt Telenor må ha hjemmel i ekomloven. Heller ikke vedtak som håndhever det opprinnelige marked 15-vedtaket fra 2010 kan anses som *hjemlet* i dette vedtaket. I slike tilfeller er det hjemmelen i §

⁴⁸ Til dette se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg. 2015, s. 365.

⁴⁹ Det er dermed en klar motsetning mellom Nkoms konklusjon om at det foreligger et enkeltvedtak og anvendelsen av testen i de to avgjørelsene av samme dag vedr. klager fra TDC og Network Norway.

10-6 om retting og endring som kommer til anvendelse. Derimot vil de konkrete forpliktelsene som er pålagt i M15-vedtaket selvsagt måtte anses som "hjemlet" i dette vedtaket, siden det er vedtaket som gjør forpliktelsene gjeldende for Telenor.

Misvisende terminologi er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig til at vedtaket er ugyldig som manglende begrunnet. Spørsmålet i saken er om § 4-7 gir hjemmel til å innføre en så vidt spesifikk test – til fortrensel for andre tester, jf. her § 4-9 som eksplisitt hjemler marginskvisregulering. Dette vurderes nærmere nedenfor. Hjemmelsmangel på dette punkt vil representere en ytterligere ugyldighetsgrunn i tillegg til brudd på notifikasjonsforpliktelsen overfor ESA, som SD allerede har behandlet.

6.2.2 Kan marginskvistesten hjemles i § 4-7 om ikke-diskriminering?

I vedtaket av 13. desember 2013 vedtok PT bruk av bestemte marginskvistester som "oppfølging" av ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 15-vedtaket av 5. august 2010. Dette vedtaket ble opphevet av SD som følge av manglende notifikasjon til ESA. Igjen er spørsmålet her todelt; om en slik forpliktelse som PT vedtok har hjemmel i ekomloven, og om en slik forpliktelse kan sies å være pålagt allerede ved marked 15-vedtaket fra 2010.

I ekomloven følger ikke-diskrimineringsforpliktelser av § 4-7, mens marginskvis eksplisitt nevnes i § 4-9 første ledd om prisregulering. Dette er logisk, siden ikke-diskriminering og marginskvis prinsipielt sett er ulike fenomener; det ene går på forskjellsbehandling, det andre på nivå.⁵⁰ Ved diskriminerende atferd forskjellsbehandles det mellom kunder eller mellom kunder og egen nedstrømsvirksomhet, i form av *ulike vilkår*. Ved marginskvis behøver det ikke å foreligge ulike vilkår, men prisen er satt slik at kunden ikke kan overleve i markedet på sikt. I slike tilfeller kan det brukes ulike pris-/kostnadstester for å fastlegge om det foreligger marginskvis eller ikke. I konkurranseretten har Kommisjonen entydig gitt uttrykk for at den anvender en *as efficient competitor-test*: "In margin squeeze cases the benchmark which the Commission will generally rely on to determine the costs of an equally efficient competitor are the LRAIC of the downstream division of the integrated dominant undertaking."⁵¹

Marginskvis vil kunne være en følge av diskriminering, men kan også oppstå der det ikke skjer diskriminering på pris. Spørsmålet er derfor om en marginskvistest som den PT har lagt til grunn går lenger enn det som kan hjemles i ekoml. § 4-7, som M15-vedtakets ikke-diskrimineringsforpliktelse er hjemlet i. Dette spørsmålet kan reises både med utgangspunkt i at PT snevrer inn sin kompetanse (slik det hevdes i Tele 2s klage), men også med utgangspunkt i at man pålegger tilbydere med sterk markedsstilling forpliktelser som går lenger enn ikke-diskriminering.

Ikke-diskrimineringsforpliktelser er regulert i aksessdirektivet art. 10, som lyder:

"1. A national regulatory authority may, in accordance with the provisions of Article 8, impose obligations of non-discrimination, in relation to interconnection and/or access.

2. Obligations of non-discrimination shall ensure, in particular, that the operator applies equivalent conditions in equivalent circumstances to other undertakings providing equivalent services, and provides services and information to others under the same conditions and of the same quality as it provides for its own services, or those of its subsidiaries or partners."

⁵⁰ Slik forstår jeg også Nkoms uttalelse i varselet om retting av standardavtaler (31. august 2015), s. 12 andre avsnitt.

⁵¹ Kommisjonens Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C 45/7, pkt. 80.

Bestemmelsen i ekomloven § 4-7 lyder:

"Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til eksterne tilbydere på ikke-diskriminerende vilkår.

Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til andre tilbydere på samme eller likeverdige vilkår og til samme eller likeverdig kvalitet som det tilbys egen virksomhet, datterselskaper eller partnervirksomheter.

På forespørsel skal anvendelse i egen virksomhet rapporteres til myndigheten, jf. § 10-3.

Myndigheten kan gi forskrifter om ikke-diskriminering."

Ordlydsmessig er det en forskjell mellom direktivet og gjennomføringen, idet direktivet taler om forpliktelser til ikke-diskriminering, mens ekoml. taler om å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår. Samtidig hjemler § 4-7 forskriftsregulering om ikke-diskriminering.

Marginskvis er regulert i direktivet art. 13 nr. 1:

1. A national regulatory authority may, in accordance with the provisions of Article 8, impose obligations relating to cost recovery and price controls, including obligations for cost orientation of prices and obligations concerning cost accounting systems, for the provision of specific types of interconnection and/or access, in situations where a market analysis indicates that a lack of effective competition means that the operator concerned might sustain prices at an excessively high level, or apply a price squeeze, to the detriment of end-users. National regulatory authorities shall take into account the investment made by the operator and allow him a reasonable rate of return on adequate capital employed, taking into account the risks involved."

Ekoml. § 4-9 første ledd lyder:

Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling prisforpliktelser for tilgang og samtrafikk i tilfeller hvor tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå, eller ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere.

Både direktivet og loven sonderer således mellom forpliktelser knyttet til ikke-diskriminering og forpliktelser knyttet til marginskvis. Dette gjelder også Kommisjonens retningslinjer, jf. f.eks. rekommandasjonen av 11. september 2013 om ikke-diskriminering og kostnadsmetodikk i bredbånd.⁵² Marginskvistester er her ikke nevnt i rekommandasjon under "non-discrimination" (pkt. 7-29), men introduseres først i pkt. 56(b) i avsnittet om prisregulering.⁵³ Dette er også systematikken i ERG Common Position 06(33), der marginskvis ikke nevnes i omtalen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Marginskvistest er heller ikke nevnt blant forpliktelsene for å følge opp ikke-diskriminering:

"Non-discrimination is again an obligation that could be imposed by itself as remedy but in order to be an effective remedy it is likely to need to be combined with a number of other obligations. Transparency is a

⁵² Commission recommendation on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment [2013] OJ L 251/13. Også ESA skiller her, se kommentarer til marked 4/5-notifikasjonen datert 9. desember 2013 (<http://www.nkom.no/markedsregulering-smp/markedsregulering-4-og-5/attachment/11204?ts=142eb648dca>), s. 12 andre avsnitt.

⁵³ Det samme gjelder den forklarende teksten, hvor marginskvis ikke omtales under ikke-diskriminering men prisregulering (hhv. pkt. 12-22 og pkt. 63).

natural complement to this obligation as the ability to identify behaviour, which could be detrimental through the use of discriminatory practices, depends on the ability to detect such behaviour."⁵⁴

Marginskvisregulering omtales først under "Price control" senere i dokumentet.⁵⁵ I ERGs dokument, er det i tråd med dette påpekt at marginskvis kan være et *resultat* av prisdiskriminering: "margin squeeze, which can be either regarded as a behaviour in itself or as a result of – primarily – price discrimination on the wholesale market and/or predatory pricing on the retail market".⁵⁶ Tilsvarende sies det med utgangspunkt i diskriminering:

"Price discrimination can be used by a vertically integrated undertaking with SMP on the wholesale market to raise its rivals' costs downstream and induce a margin squeeze. This is achieved by charging a higher price (which usually is above costs) to downstream competitors than implicitly charged to the own retail affiliate, i.e. discrimination between internal and external provision."⁵⁷

På denne bakgrunn er det klart nok at diskriminering og marginskvis er konkurransemessige problemstillinger som henger sammen, men som likevel er atskilte i den forstand at marginskvis *kan* være et resultat av diskriminering, men at en slik virkning også kan oppstå på andre måter. Selv om en marginskvistest selvsagt kan benyttes i arbeidet med å følge opp en generell ikke-diskrimineringsforpliktelse (da for å avdekke om det foreligger skadevirkninger), vil ikke en generell ikke-diskrimineringsforpliktelse kunne fortolkes slik at atferdens lovlighet gjøres avhengig av en marginskvistest.

Etter min oppfatning må derfor spesifikke marginskvis-forpliktelser pålegges med hjemmel i § 4-9 og ikke § 4-7, siden forpliktelsene i tilfelle ikke er begrenset til situasjoner med diskriminering.⁵⁸ Som oppfølging i betydningen ytterligere forpliktelse for å unngå at diskriminering oppstår, vil regnskapsmessig skille være det naturlige.⁵⁹ Slike forpliktelser er også pålagt i M15-vedtaket. Også på dette punkt vil selvsagt en marginskvisforpliktelse kunne være relevant, men denne må da pålegges som en særskilt forpliktelse etter § 4-9.

6.2.3 Vurdering

Nkoms marginskvisvedtak gir i pkt. 2 en redegjørelse for "Rettslig grunnlag". Her startes det med å gjengi de potensielle konkurranseproblemer som ble identifisert i M15-vedtaket. Nkom viser her til hhv. pkt. 44 og 173.⁶⁰ Begge steder nevnes "prisklemme" som en mulig skadehypotese ved diskriminering, i tråd med det som er redegjort for ovenfor. Videre sies det at "Telenor ble på denne bakgrunn pålagt ikke-diskriminering...".⁶¹

⁵⁴ S. 43.

⁵⁵ Pkt. 3.2.5.

⁵⁶ ERG 06/33 Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/rammer/introduksjon-til-markedsregulering-smp/attachment/20019?ts=15022af2634>, s. 27, jf. også definisjonen av marginskvis på s. 37 og 38.

⁵⁷ Op.cit., s. 31.

⁵⁸ Dette er også Nkoms tilnærming i varselet om nytt M15-vedtak 16. september 2015, pkt. 7.5.

⁵⁹ ERG 06/33 Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/rammer/introduksjon-til-markedsregulering-smp/attachment/20019?ts=15022af2634>, s. 43 og 44, aksessdirektivet, fortalen pkt. 18..

⁶⁰ Marginskvisvedtaket s. 2-3.

⁶¹ Op.cit., s. 3.

Deretter vises det til ekoml. § 4-7 andre ledd, før Nkom påpeker at "Innholdet i det aktuelle kravet til ikke-diskriminering på pris er nærmere presisert i vedtakets punkt 174". Pkt. 174 i M15-vedtaket lyder:

"Et krav om ikke-diskriminering med hensyn til pris vil innebære at Telenor må tilby tilgang til eksterne tilbydere til en pris som i utgangspunktet ikke kan være høyere enn det selskapet kunne tatt (eventuelt tar) fra egen sluttbrukervirksomhet. Den eksterne tilbyderen skal således kunne konkurrere i sluttbrukermarkedet uten å utsettes for prisklemmer gitt at tilbyderen er like effektiv i sin drift som Telenor."

"Presiseringen" på dette punkt må finnes i første setning om at prisen ikke kan være høyere enn pris fra egen sluttbrukervirksomhet. Andre setning innebærer ingen presisering av forpliktelser, men en beskrivelse av virkningen av forpliktelsen omtalt først. En indikasjon på en selvstendig marginskvisforpliktelse finnes etter mitt skjønn ikke.

Videre beskriver Nkom forpliktelsen til regnskapsmessig skille og at dette er et verktøy for å "følge opp og effektivisere kravet til ikke-diskriminering." Dette må anses som et korrekt uttrykk for forpliktelsene og deres innbyrdes sammenheng.⁶² Deretter viser imidlertid Nkom til at regnskapsmessig skille bare er ett av flere verktøy for å følge opp kravet om ikke-diskriminering. For å underbygge dette siteres to punkter fra M15-vedtaket; pkt. 235 og 240. I begge punktene fremholdes det at det i tillegg til regnskapsmessig skille kan anvendes "andre økonomiske analyser" for å følge opp at kravet til ikke-diskriminering følges opp. Marginskvis nevnes ikke i pkt. 235, mens det i pkt. 240 sies at "PT vil således også kunne benytte andre økonomiske analyser for å følge opp at kravet overholdes og at tilbydere med avtale om nasjonal gjesting ikke utsettes for prisklemmer." Heller ikke dette kan imidlertid sies å forankre en marginskvistest i M15-vedtaket; henvisningen til marginskvis er igjen bare en beskrivelse av virkningene av at ikke-diskriminering overholdes. En hovedutfordring med Nkoms formuleringer er at de omhandler mulige "oppfølgingsverktøy", som ikke knyttes opp mot en på forhånd klart presisert forpliktelse eller forståelse av hva som ligger i kravet til ikke-diskriminering. I slikt fravær må Telenor etter mitt skjønn kunne legge til grunn at det kravet til ikke-diskriminering sammenholdt med regnskapsmessig skille som eneste klart angitte verktøy for å følge opp forpliktelsen, innebærer at kravet gjelder på porteføljenivå og basert på en EEO.

Avslutningsvis vises det til SDs klagevedtak over M15-vedtaket. I sitt vedtak av 6. april 2011 stadfestet SD Nkoms M15-vedtak, uten å foreta endringer i dette.⁶³ Uttalelsene i SDs klagevedtak pålegger dermed ingen ytterligere forpliktelser i forhold til M15-vedtaket. SDs uttalelser, som siteres av Nkom, som ledd i det rettslige grunnlaget for en marginskvistest, kan dermed bare forstås som SDs egne synspunkter på forståelsen av M15-vedtaket.⁶⁴ Noe selvstendig hjemmelsgrunnlag utover ekoml. § 4-7 representerer SDs vedtak følgelig ikke. Nkom synes imidlertid å legge til grunn at SDs vedtak faktisk etablerer hjemmel for en marginskvistest. Således sies det at "Marked 15-vedtaket ble opprettholdt i Samferdselsdepartementets (SD) klagevedtak av 6. april 2011. SD foretok imidlertid visse presiseringer knyttet til prisklemmetestester som verktøy for oppfølging av plikten til ikke-

⁶² Jf. for eksempel Farr&Oakley, *EU Communications Law*, 2nd ed. 2006, pkt. 5-029, ERG 06(33), s. 44, Nkoms virkemiddeldokument, pkt. 37.

⁶³ Vedtaket lyder: "Departementet stadfester Post- og teletilsynets vedtak 5. august 2010 hvor Telenor utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegges særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Departementet stadfester videre tilsynets endringsvedtak 29. oktober 2010 vedrørende Telenors rapportering av regnskapsmessig skille. Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd og forvaltningsloven § 28 tredje ledd."

⁶⁴ Nkom siterer fra klagevedtakets pkt. 7.5 og 7.6, se marginskvisvedtaket s. 4-5.

diskriminering."⁶⁵ Som påpekt vil ikke departementets vedtak kunne anses som en utvidelse av forpliktelsene etter M15-vedtaket. Dersom man anser departementets føringer som en instruks til Nkom, vil dette heller ikke påvirke Telenors handlingsrom etter M15-vedtaket. Dersom departementets vedtak likevel skulle forstås slik at det endrer M15-vedtaket, vil det imidlertid også lide av samme mangel som Nkoms eget marginskvisvedtak ved at det ikke er notifisert til ESA.⁶⁶

Det følger av det foregående at M15-vedtaket ikke pålegger en spesifikk marginskvisforpliktelse, og at marginskvis også i Nkoms vedtak – i likhet med i ERGs Common Position og PTs virkemiddeldokument – behandles som en mulig konsekvens av prisdiskriminering. Som selvstendig reguleringsforpliktelse vil marginskviskontroll måtte pålegges som ledd i prisregulering, jf. ekoml. § 4-9. Dette er imidlertid ikke gjort i M15-vedtaket. Dersom det hadde vært ønskelig å innføre slik regulering, kunne dette vært gjort gjennom et tilleggsvedtak etter denne bestemmelsen, noe som måtte ha vært gjenstand for notifisering til ESA.

I M15-vedtaket fant PT ikke grunn til å videreføre § 4-9 reguleringen. Om dette sies det (pkt. 296):

"Med utgangspunkt i markedsanalysen og de identifiserte konkurranseproblemer i markedet for tilgang og originerings i mobilnett, har PT vurdert hvilke forpliktelser som best vil være egnet til å bøte på faktiske og potensielle konkurranseproblemer. PT mener det er rom for å lette på enkelte av forpliktelsene som ble pålagt i vedtaket av 23. januar 2006. Etter PTs oppfatning er det ikke lenger nødvendig at Telenor oversender kopi av inngåtte tjenesteleverandøravtaler og prisendringer i slike avtaler. Videre er prisregulering for nasjonal gjesting etter ekomloven § 4-9 ikke videreført. Ikke-diskriminering og krav om regnskapsmessig skille kan sees på som en mild form for prisregulering som skal forhindre marginskvis for tilbydere med avtale om nasjonal gjesting. Opphevelsen av prisforpliktelser etter ekomloven § 4-9 innebærer en lettelse av den regulatoriske byrden for Telenor. Utvidelsen av forpliktelsen om regnskapsmessig skille innebærer imidlertid at byrden i noen grad øker. Inkluderingen av datatrafikk i markedsdefinisjonen er også en faktor som utvider forpliktelsene som påhviler Telenor. Samlet sett mener PT at den regulatoriske byrden for Telenor ikke er vesentlig forskjellig fra tidligere."

Sitatet viser også at Nkom anser marginskvis som en mulig følge av diskriminering. Når Nkom i sitt vedtak søker å innføre en marginskviskontroll under diskrimineringsforbudet, indikerer dette at man reelt sett reverserer opphevelsen av § 4-9-reguleringen. Siden departementet også opphevet vedtaket som følge av manglende notifisering, innebærer det at Nkom – etter en konkret vurdering og etter notifikasjon til ESA – kunne innført marginskvisregulering men da etter korrekt hjemmel (§ 4-9). Nkoms forsøk på å strekke ikke-diskrimineringsforpliktelsen har dermed hindret dem i å iverksette regulering som ved bruk av korrekte prosedyrer kunne vært gjennomført.

7 Samlokalisering og kapasitetsutvidelser – hjemmelsspørsmål

Samferdselsdepartementets vedtak av 21. mai 2015 stadfestet Nkoms vedtak av 6. desember 2013, der Telenor ble ilagt overtredelsesgebyr for brudd på begrunnelsesplikten ved avslag på anmodninger om samlokalisering. Både Nkom og departementet legger til grunn at det gjelder

⁶⁵ Marginskvisvedtaket, s. 4.

⁶⁶ Nasjonale klageprosedyrer kan ikke gjøre unntak fra notifikasjonsplikten etter rammedirektivet art. 6, dersom klageinstansen først pålegger nye forpliktelser som reell førsteinstans. Notifikasjonsplikten er ikke gjort avhengig av hvilken instans som pålegger forpliktelsen. At departementet pålegger forpliktelser i klagevedtak må imidlertid anses i samsvar med art. 4 om klagerett, jf. retten til domstolsprøving av forvaltningsvedtak.

en plikt til å foreta kapasitetsutvidelser ved anmodninger om samlokalisering. Selv om ileggelsen av overtredelsesgebyr direkte knytter seg til påstått mislighold av begrunnelsesplikt, hviler både departementets og Nkoms vedtak på en forutsetning om at ekoml. § 4-4 hjemler forpliktelser til å gi tilgang også som forutsetter kapasitetsutvidelser.

I aksessdirektivet er samlokalisering adressert i art. 12 1. (f), som sier at operatører kan forpliktet "to provide co-location or other forms of facility sharing, including duct, building or mast sharing".

I fortalen pkt. 19 er dette utdypet som følger:

"Mandating access to network infrastructure can be justified as a means of increasing competition, but national regulatory authorities need to balance the rights of an infrastructure owner to exploit its infrastructure for its own benefit, and the rights of other service providers to access facilities that are essential for the provision of competing services. Where obligations are imposed on operators that require them to meet reasonable requests for access to and use of networks elements and associated facilities, such requests should only be refused on the basis of objective criteria such as technical feasibility or the need to maintain network integrity."

Bestemmelsen er gjennomført i ekoml. § 4-4 fjerde til sjettede ledd. Her heter det:

Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling plikt til å imøtekomme rimelig anmodning om samlokalisering innenfor det marked der tilbyderen har sterk markedsstilling, når dette er egnet til å fremme bærekraftig konkurranse.

Tilbyder med sterk markedsstilling i marked for produktene full og delt tilgang til fast aksessnett skal tilby samlokalisering til annen tilbyder ved rimelig anmodning om slik tilgang.

I vurderingen av om en anmodning er rimelig etter fjerde og femte ledd skal det foretas en avveining i samsvar med § 4-1 annet ledd. Tilbyder med sterk markedsstilling skal dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering.

Paragraf 4-1 andre ledd, som det vises til, lyder:

I vurderingen av om en anmodning er rimelig skal det blant annet foretas en avveining av tilbyders interesse i å disponere egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang som er nødvendig for å kunne tilby konkurrerende tjenester. I vurderingen av hva som er nødvendig skal det tas hensyn til om det i lys av markedsutviklingen er teknisk og bedriftsøkonomisk mulig å anlegge eller bruke konkurrerende infrastruktur. I vurderingen av om en anmodning er rimelig skal det i tillegg tas hensyn til:

1. tilgjengelig kapasitet
2. tilbyders investeringer og investeringsrisiko, herunder eventuelle offentlige støtte- og tilskuddsordninger
3. bærekraftig konkurranse
4. behov for å ivareta nettets integritet
5. immaterielle rettigheter og
6. etablering av felles-europeiske tjenester.

Samlokalisering er definert som følger i ekoml. § 1-5 nr. 17: "felles bruk av infrastruktur eller andre tilhørende fasiliteter som brukes eller kan bli brukt til plassering av utstyr for elektronisk kommunikasjon." Spørsmålet er om en forpliktelse som antennebytte overhodet kan sies å ligge innenfor det som kan pålegges som ledd i samlokalisering etter denne definisjonen, som må forstås på bakgrunn av direktivet.

I sitt vedtak av 21. mai 2015 trekker departementet opp et skille mellom pålegg om tilgang som forutsetter utbygging av *ny* infrastruktur og tilgang som forutsetter kapasitetsutvidelser i eksisterende struktur. Det må åpenbart være riktig at det ikke kan pålegges utbygging av *ny*

infrastruktur. Spørsmålet om kapasitetsutvidelser i eksisterende struktur er mer komplisert. Etter min oppfatning kan det ikke utelukkes at det er adgang til å pålegge tilgang som forutsetter kapasitetsutvidelser, forutsatt at kostnadene ved dette kan bli dekket inn gjennom tilgangsvederlaget og innenfor en rimelig periode.⁶⁷ Verken loven eller direktivet nevner imidlertid slike kapasitetsutvidelser eksplisitt, og definisjonen gjengitt ovenfor indikerer at det dreier seg om felles bruk infrastrukturen slik den fremstår. Siden det her dreier seg om tyngende vilkår som vil gå lenger enn det som spesifikt nevnes i lovtekst og direktiv, tilsier dette at Nkom ikke har kompetanse til å pålegge at det foretas investeringer i kapasitetsøkning.

Samtidig må det være klart at samlokalisering kan innebære at det foretas visse tilpasninger på sidene, og at eiere vil ha en plikt til å legge til rette for den som søker tilgang.⁶⁸ Departementet siterer (s. 4), fra forarbeidenes merknader til definisjonen av samlokalisering (ekoml. § § 1-5 nr. 17), der det heter:

"Definisjonen av samlokalisering omfatter også «virtuell samlokalisering». Dette innebærer at når det ikke er plass til utstyret til tilknyttende tilbyder i eksisterende lokaler, skal det legges til rette for andre løsninger. Andre løsninger kan f.eks. være samlokalisering i et nabobygg med kabeltilknytning eller i container utenfor lokalet."⁶⁹

Én ting er imidlertid å legge til rette for samlokalisering ved installering av utstyr i nabobygg etc., noe annet er å foreta tilpasninger i egen infrastruktur for å øke kapasiteten.⁷⁰ Antennebytte går også lenger enn dette, siden det dreier seg om å endre/begrense eierens egen bruk av fasiliteten. Denne bruken av forarbeidene fremstår derfor som anstrengt. Departementet viser videre til at "tilgjengelig kapasitet" i pkt. 1 (siteret ovenfor) ikke representerer et vilkår for tilgang, men er ett av flere momenter i avveiningen. På dette punkt må momentene nødvendigvis ses i sammenheng med avveiningen, som i første setning er angitt å være "tilbyders interesse i å disponere egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang". Tilbyders interesse i å "disponere" egen infrastruktur er ikke etter en naturlig språklig forståelse rettet mot eiers faktiske bruk, men til interessen i selv å kontrollere fullt ut infrastruktur det er investert i. Denne interessen vil kunne måtte vike for hensynet til å legge til rette for konkurransen.

I en slik sammenheng vil momentet "tilgjengelig kapasitet" også gi mening; er det for eksempel lite kapasitet som infrastruktureier selv har konkrete planer om å utnytte, vil dette typisk tale mot (men ikke utelukke), at det gis tilgang. På dette punktet bærer bestemmelsene i §§ 4-4 og 4-1 preg av regulering av fordelingen av et knapphetsgode. Samtidig vil det ikke

⁶⁷ Jf. sak C-556/12 TDC, ECLI:EU:C:2014:2009, prem. 53.

⁶⁸ Også i konkurranseretten er det eksempler på en slik plikt til å legge til rette, jf. for eksempel B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd. og Sealink Stena Ltd. ([1992] 5 C.M.L.R. 255), der Kommisjonen påla endring av rutetider i en havn; ruteplanen var da lagt slik at den vanskeliggjorde lasting og lossing for en konkurrent som var gitt tilgang til havnen.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 58 (2002-03), s. 87. På dette punktet må det imidlertid kreves at slike forpliktelser er klagjort på forhånd i vedtaket. En ekspansiv fortolkning av en generell tilgangsforpliktelse vil være i strid med forutsetningen om presise ex ante-forpliktelser, og vil også vanskeliggjøre en reell klageadgang, jf. rammedirektivet art. 4.

⁷⁰ Sml. saksforholdet i den nevnte sak C-556/12 TDC, ECLI:EU:C:2014:2009, der tilgangsplikten pålagt av den danske IT- og Telestyrelsen eksplisitt innebar plikt til å legge stikkledninger med en viss maksimal lengde. (Se avgjørelsen fra Teleklagenævnet i saken på <http://www.teleklage.dk/afgoelser/2011/tdds-forpligtelse-til-levering-af-bsa-over-fiber/10-098918.pdf>). Dette ble ansett som en tilpasning av eksisterende infrastruktur som følge av konkrete sluttkunde forespørsler, i motsetning til en investering i ny infrastruktur.

kunne utelukkes at nærliggende muligheter for kapasitetsutvidelser vil kunne gjøre anmodning om tilgang rimelig, fordi infrastruktureier kan sikre eget behov ved utbygging. Dette er imidlertid noe annet enn å pålegge utvidelser utelukkende med det formål at andre skal få tilgang.

Dersom tilgang forutsetter at *Telenors egen bruk må begrenses*, evt. at nettverket ikke kan utnyttes like effektivt av Telenor, vil man etter min oppfatning være utenfor det som kan pålegges. I tilfelle gjøre det inngrep i eiers rett til å benytte infrastruktur vedkommende selv har investert i og tatt risiko for.⁷¹ Slike pålegg innebærer noe kvalitativt sett annet enn det som følger av en naturlig språklig forståelse av "samlokalisering", som ikke indikerer en absolutt bruksrett på andres bekostning.

På s. 4-5 drøfter departementet hjemmelskravet og spørsmålet om det kreves klar hjemmel. På dette punkt vises det til de generelle synspunktene vedr. fjordlaksformelen ovenfor i pkt. 4.

I dette tilfellet dreier det seg om å pålegge en forpliktelse som ikke er gjenspeilet i ordlyden (reelt sett som spesifikt går lenger enn ordlyden), samtidig som § 3-4 gjør det mulig å pålegge forpliktelser til i "særlige tilfeller". Plikt til å foreta investeringer eller begrense egen bruk krysser en grense i ekom- og konkurranseretten, der slike tiltak bare har blitt gjort bindende etter frivillige avtaler med foretakene. Rene reelle hensyn – i dette tilfellet hensynet til konkurranse på kort sikt – representerer også bare en del av den avveiningen som ekomloven gir anvisning på; hensynet til kortsiktig konkurranse vs. hensynet til konkurranse på lang sikt. Plikt til å innskrenke egen bruk vil ganske åpenbart redusere infrastruktureiers incentiver til å foreta investeringer, og tilsvarende tilgangskjøper incentiver til selv å investere. Hensynet bak reguleringen er dermed ikke entydig. En slik omfattende plikt er heller ikke gjenspeilet i direktivet som ekomloven gjennomfører.

Departementet går heller ikke inn på en nærmere vurdering av forholdet opp mot fjordlaksformelen. I stedet gis det inntrykk av at fjordlaksformelen peker i retning av fleksibilitet i hjemmelskravet, og at dette er tilstrekkelig til å begrunne en ekspansiv tolkning av forpliktelsene i ekoml. Dette er etter mitt skjønn ikke tilfredsstillende, siden det må tas hensyn ikke bare til ekomlovens ordlyd, men også til direktivet og også forholdet til den alminnelige konkurranseretten.

Etter dette mener jeg at forpliktelser som innebærer en begrensning i egen bruk av infrastruktur eller enkeltfasiliteter ikke faller innunder det som kan pålegges etter § 4-4. Derimot kan det pålegges forpliktelser til å tilpasse fasiliteten for å legge til rette for andre.

Selv om departementet anser at antennebytte kan hjemles i loven, gir også det uttrykk for at en slik forpliktelse representerer noe spesielt. I vedtaket pkt. 2.2 heter det:

"Departementet er enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at ekomloven i utgangspunktet hjemler også slike kapasitetsutvidelser, men det må avgjøres konkret i den enkelte sak om det er forholdsmessig å pålegge antennebytte." (s. 5-6).

⁷¹ Tilsvarende gjelder i konkurranseretten at eiere av infrastruktur ikke har plikt til å innskrenke egen bruk for å slippe til konkurrenter, jf. Erling Hjelmeng, *Bindende tilsagn i konkurransesaker – forordning 1 art. 9 og relevansen for norsk rett*, SNF Arbeidsnotat nr. 13/11, s. 54 (tilgjengelig på www.snf.no). Det er kun ved fremforhandlede tilsagn at Kommisjonen har kunnet pålegge kapasitetsinnskrenkninger (jf. op.cit., s. 51).

Formuleringen skaper imidlertid tvil om hvordan en slik forpliktelse skal gjennomføres. Departementet synes å forutsette at Nkom kan "pålegge" antennebytte i konkrete saker for enkeltlokasjoner, og at det i slike tilfeller må foretas en konkret vurdering av rimeligheten. Forutsetningen synes derfor å være at det skal fattes enkeltvedtak for hver enkelt lokasjon, dvs. at antennebytte er noe som må "pålegges" særskilt.

Dette er imidlertid ikke slik lovens system fungerer; spørsmålet er hvordan tilgangs- og samlokaliseringsforpliktelsene i §§ 4-1 og 4-4 fjerde ledd kan fortolkes (§ 4-4 fjerde ledd hjemler etter sin ordlyd bare generelle forpliktelser til å imøtekomme rimelige krav om samlokalisering), og evt. hvordan disse er presisert i vedtaket. Utsagnet fra departementet er derfor noe uklart.

Ut fra lovens system må departementets utsagn forstås slik at det ikke kan pålegges en generell forpliktelse til antennebytte, siden dette vil kunne være uproporsjonalt i enkelttilfeller. Også dette skurrer, siden det ikke pålegges en spesifikk plikt til antennebytte; spørsmålet er om antennebytte i enkelttilfeller må anses å ligge innenfor den generelle tilgangs- og samlokaliseringsforpliktelsen slik denne er presisert i vedtaket. Dette vil kunne vurderes som ledd i utøvelse av tvisteløsningskompetansen etter § 11-2. Alternativt må departementets uttalelse forstås slik at plikt til antennebytte bare kan pålegges i enkelttilfeller, slik at Nkom da vil måtte bruke hjemmelen i § 4-4 tredje ledd.

Uansett hvordan departementets utsagn skal forstås, indikerer den at det må foretas en konkret vurdering av forholdsmessigheten av antennebytte. Så lenge det ikke er presisert i M15-vedtaket atplikten til samlokalisering er ment å gå så langt, er det heller ikke foretatt en vurdering av når en slik plikt vil være forholdsmessig. Forpliktelsen inngripende karakter, i kombinasjon med departementets krav om en konkret forholdsmessighetsvurdering, fører etter min oppfatning til at en slik plikt ikke er omfattet av samlokaliseringsforpliktelsen med mindre den er tydelig reflektert i vedtaket. Ikke minst forutberegnelighets- og innrettelseshensyn taler for en slik løsning.

Slik det er redegjort for, mener jeg imidlertid at krav som forutsetter nyinvesteringer eller kapasitetsutvidelse utelukkende for å realisere tilgang ligger utenfor forpliktelsene etter ekoml. §§ 4-1 og 4-4. Tilsvarende gjelder plikt til å innskrenke egen bruk eller foreta endringer som forringer eiers egen bruk. På den annen side må samlokaliseringsforpliktelsen anses å innebære en tilpasningsplikt i form av tilretteleggelse for tilgangssøker, jf. her uttalelsene i forarbeidene. Hvor langt en slik tilretteleggingsforpliktelse rekker, må vurderes for hver enkelt lokasjon, og vil kunne vurderes av Nkom etter § 11-2 om tvisteløsning.

8 Oppsummering og konklusjoner

Mitt inntrykk etter å ha gjennomgått de to vedtakene og varselet og vurdert disse på bakgrunn av M15-vedtaket, ekoml. og aksessdirektivet, er at det har utviklet seg en uheldig praksis for presisering av forpliktelser, forankring i hjemmelsbestemmelser og formulering av vedtak. Dette gjør det vanskelig å fastlegge de konkrete forpliktelsene som gjelder, med tilhørende rettsusikkerhet og uvisshet om hvilke konkrete forpliktelser som faktisk gjelder.

Samtidig er inntrykket at de forpliktelser som pålegges langt på vei dupliserer alminnelig konkurranserett. Forpliktelsene pålagt i M15-vedtaket fra 2010 fremstår som for generelle til å gi en regulatorisk merverdi i forhold til konkurranseloven. Dette mener jeg tydeliggjøres særlig gjennom marginskvis- og samlokaliseringsvedtakene.

En modell med generelle forpliktelser i M15-vedtaket og etterfølgende presiseringer av disse utfordrer selve reguleringsmodellen i ekomretten. Ekomloven bygger på at det skal pålegges presise forpliktelser *ex ante*. Dette i motsetning til konkurranselovens atferdsregler som bygger på *ex post* håndhevelse og at foretakene selv er ansvarlige for å etterleve reglene. Med så vage forpliktelser som er fastsatt i M15-vedtaket er det imidlertid vanskelig å karakterisere dette som noe annet enn *ex post*-regulering. Dette inntrykket forsterkes ved at Nkom søker å optimalisere Telenors vilkår mht. konkurranse i et statisk perspektiv, og anvender dermed ekoml. som en generell konkurranserettslige regulering i sektoren.

Etter min oppfatning bør det opprettes en dialog mellom SD og Nærings- og fiskeridepartementet (KPA), for å koordinere kompetansefordelingen mellom Nkom og Konkurransetilsynet.⁷² Formålet med denne vurderingen har imidlertid ikke vært å vurdere behovet for videre regulering av mobilmarkedene etter ekomloven.

De etterfølgende vedtak og vedtaksvarsel som jeg har gått gjennom, indikerer at Nkom forsøker å "redde seg inn" etter et mangelfullt og upresist M15-vedtak. Dette gjelder for eksempel forsøket på å presse en marginskvistest inn i ikke-diskrimineringsforpliktelsen pålagt etter § 4-7, når § 4-9 (som ikke ble benyttet på dette punktet av M15-vedtaket), tydelig gir anledning til å regulere marginskvis dersom vilkårene er oppfylt. Tilsvarende gjelder rettingsvarselets henvisning til M15-vedtakets begrunnelse som hjemmel for spesielle forpliktelser knyttet til prising i enkeltstående tilgangsavtaler, selv om denne forpliktelse ikke er nevnt i vedtakets operative del (kap. 8), som for øvrig inneholder en detaljert liste over krav til Telenors standardavtaler.

Vedr. marginskvisvedtaket er konklusjonen at dette snevrer inn Telenors handlingsrom. Selv om utgangspunktet for testen er en "oppfølging" av M15-vedtaket, kan ikke vedtaket forstås annerledes enn at Nkoms marginskvistest skal være tilstrekkelig til å etablere en overtredelse av M15-vedtaket (som et alternativ til regnskapsmessig skille). Etter min oppfatning kan ikke en ikke-diskrimineringsforpliktelse omsettes i en marginskvistest, selv om marginskvistester kan være relevante ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en konkurranseskadelig diskriminering. Vedtaket mangler følgelig hjemmel, siden en marginskvisforpliktelse må pålegges etter § 4-9.

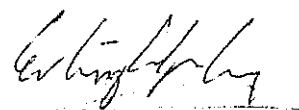
Vedr. samlokaliseringsvedtaket er spørsmålet om SDs og Nkoms forståelse av § 4-4 om samlokalisering går for langt. På dette punktet mener jeg at enhver forpliktelse som tvinger Telenor til å begrense egen bruk eller som forringer Telenors bruk ligger utenfor det som kan pålegges etter § 4-1. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det kan pålegges kapasitetsutvidelser (forutsatt at investeringene dekkes inn), men dette må iht. proporsjonalitetsprinsippet vurderes konkret i den enkelte sak. Det er derfor ikke adgang til å pålegge dette som en generell forpliktelse uten at vilkårene er nærmere presisert. I stedet forsøker Nkom å innfortolke slike forpliktelser i lovens generelle formulering om tilgang. Også dette vedtaket mangler derfor etter mitt skjønn hjemmel.

Vedr. varselet om retting fremstår dette som et forsøk på å gjøre tilgangsvilkårene *optimale i et statisk perspektiv*. For SIM-kortavgift ligger det ingen slik kompetanse verken i ekoml. § 4-1 om tilgang eller § 4-7 om diskriminering. Paragraf 4-1 er en bestemmelse som skal

⁷² Se f.eks. pkt. 159 i M-15-vedtaket, der det fremgår at etter Nkoms oppfatning vil generell konkurranserett – satt på spissen – *aldri* kunne være egnet.

garantere tilgang på realistiske vilkår, men uten at man kan pålegge infrastruktureier å tilby det som til enhver tid er konkurransepolitisk optimalt. Det er også høyst usikkert om en SIM-kortavgiftsbasert prisstruktur kan ses på som en form for diskriminering til fordel for egen virksomhet. Slik det er påvist, vil det variere fra segment til segment om en slik prisstruktur er heldig eller uheldig. Paragraf 4-1 gjelder tilbudet, og hjemler ikke en etterfølgende sensur av inngåtte tilgangsavtaler på konkurransepolitisk grunnlag – dette hører hjemme i den alminnelige konkurranserett. Også på dette punkt mener jeg at forpliktelsen som varsles pålagt mangler hjemmel.

For spørsmålet om SIM-kortavgift i en migrasjonsperiode er spørsmålet om praksisen kan påvirke konkurransen gjennom innelåsing. Igjen mener jeg at Nkom strekker sitt hjemmelsgrunnlag for langt når det pålegges innholdsmessige endringer i avtalene, og at slike forpliktelser må vurderes spesifikt og konkret opp mot hjemmelsgrunnlaget. Uansett fremstår pkt. 197 i M15-vedtaket som for uklart til å utgjøre rettsgrunnlag for en slik avtalesensur. Det er først dersom en avtale representerer et vedvarende brudd på ekoml. kap 4 og M15-vedtaket at Nkom kan pålegge endringer for fremtiden. I andre tilfeller vil spørsmålet om avtalesensur være et privatrettslig spørsmål som må løses av de alminnelige domstoler etter § 10-11. Denne bestemmelsen går også lenger enn Nkoms rettskompetanse etter § 10-6 både når det gjelder hvilke avtaler det kan gripes inn mot, men også mht. hvilke rettsvirkninger som kan utledes.



Erling Hjelmeng
Professor dr. juris