

TELENOR NORGE AS  
Postboks 800  
1331 FORNEBU

Vår ref.: 1906128-18 -  
Vår dato: 15.10.2021

Deres ref.:  
Deres dato:

Saksbehandler: Espen Fiskå Saanum

## Vedtak om overtredelsesgebyr

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) viser til vårt vedtak om pålegg om retting av 19. februar 2021 (pålegget om retting) og vårt varsel om overtredelsesgebyr av 5. mars 2021 for ikke å ha overholdt plikten til ikke-diskriminering (varselet).

Nkom viser også til Telenor Norge AS (Telenor) og GlobalConnect AS (GlobalConnect) sine kommentarer til varselet av 26. mars 2021, og til korrespondanse med partene forut for varselet, samt innhenting av informasjon fra Telenor og fra de største tilgangskjøperne av operatøraksess som er GlobalConnect, NextGenTel AS (NextGenTel) og Telia Norge AS (Telia).<sup>1</sup>

### 1. Bakgrunn

Nkom mottok en klage fra GlobalConnect (klagen) 30. oktober 2019. GlobalConnect hevdet at Telenor har brutt flere særskilte forpliktelser pålagt i Nkoms vedtak av 20. desember 2018 i grossistmarkedet for lokal tilgang til faste aksessnett (Marked 3a-vedtaket / markedsvedtaket):

- Redusert leveranse- og feilrettingspresisjon innebærer brudd på tilgangsforpliktelsen.
- Redusert leveranse- og feilrettingspresisjon innebærer et brudd på kravet til ikke-diskriminering.
- Praktiseringen av kostnadsrammen ved feilretting innebærer i sum brudd på kravene i Marked 3a-vedtaket.

Nkom fattet vedtak i saken 19. februar 2021.

---

<sup>1</sup> Korrespondansen med partene fremgår av punkt 5 i pålegget om retting, mens informasjoninnhenting fra tilgangskjøperne knyttet til leveransepresisjonen er redegjort for i punkt 2 varselet.



I vedtaket konkluderte Nkom med at Telenor over en lengre periode har brutt kravet til ikke-diskriminering hva gjelder leveransepresisjon. Telenor ble på det grunnlaget pålagt å etterleve kravet til ikke-diskriminering. Pålegget innebærer at Telenor må sørge for at tilgangskjøpere av Operatøraksess oppnår tilsvarende leveransepresisjon som Telenors egen sluttbruker-virksomhet.

## 2. Rettslig grunnlag for overtredelsesgebyr

Det følger av ekomloven § 10-13 første ledd at myndigheten kan pålegge foretak overtredelsesgebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av nærmere angitte plikter i lov eller forskrift.

Etter § 10-13 første ledd nr. 3 kan Nkom pålegge overtredelsesgebyr dersom tilbyder overtrer enkeltvedtak fastsatt med hjemmel i en rekke angitte bestemmelser i ekomloven, herunder § 4-7 første eller annet ledd. Bestemmelsen i ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3 lyder:

*«Myndigheten kan pålegge en fysisk person eller et foretak overtredelsesgebyr dersom personen, foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket forsettlig eller uaktsomt:*

*overtrer enkeltvedtak fastsatt med hjemmel i ..., § 4-7 første eller annet ledd, ...»*

Av merknadene til bestemmelsen, jf. ot.prp. nr. 72 (2006-2007) følger det at beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr er klar sannsynlighetsovervekt.

Ekomforskriften § 10-3a gir nærmere bestemmelser om utmåling av overtredelsesgebyr.

## 3. Varsel om illeggelse av overtredelsesgebyr

Nkom konkluderte i varselet med at vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr etter ekomloven § 10-13 er oppfylt. Nkom varslet overtredelsesgebyret pålydende kroner 15 000 000.

## 4. Kommentarer til varselet

### 4.1. Telenor

#### 4.1.1. Telenors kommentarer til varselet

Telenor viser til at vedtaket om overtredelsesgebyr baseres på at det foreligger brudd på plikten til å ikke diskriminere mellom Telenors interne virksomhet og eksterne kjøpere av Operatøraksess (OA) hva gjelder leveransepresisjon. Etter Telenors syn foreligger det ikke brudd på plikten til ikke-diskriminering i denne saken, og vilkåret i ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3 er følgelig ikke oppfylt.

Telenor mener videre at beviskravet om klar sannsynlighetsovervekt for å ilegge overtredelsesgebyr ikke er godtgjort av Nkom, og viser til dialogen og prosessen som har vært.

Subsidiært anfører Telenor at selskapet ikke har opptrådt uaktsomt, og at skyldkravet i ekomloven § 10-13 derfor ikke er oppfylt. Telenor viser til at Nkom legger til grunn at Telenor burde ha handlet annerledes og foretatt seg tiltak for å rette opp i avvikene, uten å nevne eksplisitt overfor Telenor hvilke tiltak dette skulle ha vært.

Telenor anfører også at selskapet er godt kjent med forpliktelsen til ikke-diskriminering, og viser til redegjørelsen for deres forståelse og etterlevelse av denne forpliktelsen i klagen av 19. mars 2021 på pålegget om retting. Telenor viser der til at det kan forekomme avvik mellom Telenor og tilgangskjøperne hva gjelder leveransepresisjon, leveranse kvalitet og feilretting fra måned til måned, men at dette er ikke en konsekvens av forskjellsbehandling, men ytre forhold utenfor Telenors kontroll. Når årsaken til lavere leveransepresisjon skyldes slike utenforliggende forhold blir det umulig for Telenor å forutse og sikre at slike forhold ikke skal oppstå.

I tillegg viser Telenor til at det er gjort grundige interne undersøkelser for å avdekke mulige svakheter i aktuelle systemer, prosesser, rutiner og retningslinjer, uten at Telenor har avdekket noen svakheter i disse. Telenor anfører at de har opptrådt forsvarlig og at det ikke er riktig slik Nkom beskriver i varselet, at Telenor ikke har igangsatt tiltak for å bedre situasjonen. Telenor viser her til at selskapet snart det fikk kunnskap om hendelsene som førte til lavere leveransepresisjon fra entreprenørene igangsatte tett dialog og oppfølgingsmøter med entreprenøren. Telenor viser videre til at både tilgangskjøperne og Nkom har vært informert om denne prosessen.

Telenor mener også at Nkom synes å legge betydelig vekt på at Telenor selv har rapportert KPIer hvor alle tjenestene, både med og uten bruk av entreprenør, er inkludert og på at Telenor i rapporteringen skrevet at statistikken som er levert til Nkom dokumenterer at det ikke har forekommet diskriminering. Telenor anfører at Nkom dermed synes å indikere at Telenors beskrivelser og dokumentasjon i kommentarene til varselet om pålegg om retting, ikke er relevant i vurderingen av om overtredelsesgebyr kan ilegges, fordi dette ikke ble gitt til Nkom tidligere. Etter Telenors syn er dette ikke en riktig forståelse av hva som er relevant i vurderingen av uaktsomhet, og heller ikke en riktig beskrivelse av de faktiske forhold.

Telenor viser dessuten til at de i Marked 3a-vedtaket er pålagt å rapportere KPIer. Pålegget er en videreføring av KPI-rapporteringen under tidligere regulering, både hva gjelder format og innhold, og dette er fastsatt av Nkom. Telenor mener de har fulgt det pålagte regimet for KPI-rapportering. I tillegg oppgir Telenor at de ved rapporteringene har forklart eventuelle avvik og gjennomgående har gjort Nkom oppmerksom på at *hovedårsaken* til avvikene for operatøraksess er at dette produktet krever større grad av entreprenørinvolvering enn xDSL. Telenor viser til slutt til kommentarene sine til rapporteringene fra tredje kvartal 2019 til fjerde kvartal 2020, og anfører at selskapet i hele den aktuelle tidsperioden har gjort både Nkom og grossistkundene oppmerksom på hva som kan være årsakene til forskjellene i leveransepresisjon, og mener Telenors kommentarer må ses i lys av dette.

#### **4.1.2 Nkoms vurdering av Telenors kommentarer**

Nkom er uenig med Telenor i at det objektive vilkåret i ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3 ikke er oppfylt. Vi viser her til vår vurdering i vedtak 19. februar 2021 om at Telenor ikke har overholdt ikke-diskrimineringsforpliktelsen pålagt med hjemmel i ekomloven § 4-7 i Marked 3a-vedtaket og til begrunnelsen i kapittel 5.2.3 og 6.2.2 i vedtaket. Nkom fastholder at KPIene for leveransepresisjon for tilgangskjøpere av Operatøraksess og Telenors egen sluttbrukervirksomhet er sammenlignbare. Slik Nkom ser det er vilkåret om «klar sannsynlighetsovervekt», og dette blir mer inngående vurdert nedenfor i kap. 5.1.

Det at Nkom ikke har identifisert tiltak som Telenor burde ha innført i periodene med avvik eller identifisert hvordan Telenor skal rette det påståtte ulovlige forholdet, innebærer etter Telenors oppfatning at det «vanskelig kan foreligge uaktsomhet fra Telenors side».

Nkom deler ikke Telenors oppfatning om at tilsynsmyndigheten, for å kunne konstatere uaktsomhet fra Telenors side, eksplisitt må konkretisere hvilke tiltak selskapet skulle og burde gjennomført, for å sikre at det overholder sine rettslige forpliktelsene etter Marked 3a-vedtaket.



Marked 3a-vedtaket pålegger Telenor å sikre at det ikke forekommer forskjellsbehandling hva gjelder leveransepresisjon, og det er Telenor alene som er forpliktet til å identifisere og iverksette nødvendige tiltak for å sikre at denne forpliktelsen overholdes.

Når det gjelder årsakene til de konstaterte avvikene i leveransepresisjonen, anfører Telenor at disse skyldes ytre forhold utenfor Telenors kontroll. Nkom har tilbakevist en slik begrunnelse i kapittel 5.2.3 og 6.2.2 i pålegget om retting av 19. februar 2021, og viser til vurderingene våre der.

Telenor viser videre til at de har foretatt «grundige interne undersøkelser» for å avdekke mulige svakheter i nevnte systemer prosesser, rutiner og retningslinjer, uten at det er avdekket noen svakheter i disse. Nkom kan for det første ikke se at Telenor har dokumentert at det er gjennomført slike grundige interne undersøkelser, eller hva resultatet av undersøkelsene har vært. Det at Telenor opprettet «tett dialog og oppfølgingsmøter med entreprenørene» da Telenor fikk «kunnskap om hendelsene» som førte til lavere leveransepresisjon anser Nkom som naturlig. Dette er imidlertid i seg selv ikke et tilstrekkelig tiltak for å sikre at ikke diskriminerings-forpliktelsen overholdes, eller noe som innebærer at Telenors håndtering har vært aktsom og forsvarlig. Nkom viser videre til at disse tiltakene uansett ikke har hatt nødvendig effekt.

Telenors anførsel knyttet til at «*Nkom synes å legge betydelig vekt på at Telenor selv har rapportert KPIer hvor alle tjenestene, både med og uten bruk av entreprenør, er inkludert*», og at Nkom har lagt vekt på hvilket stadiet i prosessen Telenor har inngitt beskrivelser og dokumentasjon, fremstår som uklar. Det avgjørende for vår vurdering av om overtredelsesgebyr kan ilegges, er den informasjonen og dokumentasjon Nkom besitter om de relevante forholdene på tidspunktet for avgjørelsen.

Telenor mener selskapet gjennomgående i perioden med rapporteringen har gjort Nkom oppmerksom på at «*hovedårsaken til avvikene*» for operatøraksess er at dette produktet krever større grad av entreprenørinvolvering enn xDSL. Nkom kan ikke se at det er grunnlag for en slik fremstilling. Slik Nkom ser det har Telenor derimot pekt på ulike årsaker og gitt ulike forklaringer på den lavere leveransepresisjonen på ulike stadier av denne prosessen fra og med klagen fra GlobalConnect. Nkom viser til våre vurderinger av dette i kap. 6.2.2 i pålegget om retting av 19. februar 2021.

## **4.2. GlobalConnect**

### **4.2.1. GlobalConnects kommentarer til varselet**

GlobalConnect støtter varselet om illeggelse av overtredelsesgebyr overfor Telenor.

GlobalConnect mener vilkårene for å illegge overtredelsesgebyr etter ekomloven § 10-13 er oppfylt, og at vedtaket om pålegg av retting 19. februar 2021 dokumenterer at det foreligger en objektiv overtredelse av diskrimineringsforbudet i Marked 3a for så vidt gjelder leveranse-  
presisjon. GlobalConnect mener videre at Telenor også har brutt ekomloven § 4-7 andre ledd (ikke-diskriminering) og ekomloven § 4-1 (tilgang) i den samme perioden med tanke på den systematisk lave feilrettingspresisjonen, og viser til at de har tilsvarende anførsler i klagen av 24. februar 2021 på pålegget om retting.

GlobalConnect mener Telenor ikke kan få medhold i at selskapet skal fritas for ansvar som følge av rettsvillfarelse, og viser til at høringssvar, klager, svar på informasjonspålegg mv. i Marked 3a dokumenterer at Telenor er godt kjent med den gjeldende regulering, men at selskapet er uenig i innretningen.

GlobalConnect mener videre at Telenor ikke kan få medhold i at selskapet skal fritas for ansvar fordi KPlene angivelig ikke er sammenliknbare. GlobalConnect mener det fremstår som oppkonstruert at Telenor i forbindelse med denne saken mener KPlene ikke kan brukes til å kontrollere forskjellsbehandling mellom intern og ekstern virksomhet, når det er Telenor som har utarbeidet KPlene selv med det uttrykkelige formål å etterprøve ikke-diskrimineringsforpliktelsen.

GlobalConnect mener også at Telenor ikke kan få medhold i at de systematiske og betydelige kvalitetsavvikene skyldes "forhold utenfor Telenors kontroll". Diskrimineringsforbudet gjør ikke noe unntak for slik forhold, men stiller krav om likebehandling i resultat, ikke bare i innsats. GlobalConnect mener at påstandene om at de betydelige kvalitetsavvikene over en periode på 1 ½ år skyldes tilfeldigheter som vær og utfordringer hos entreprenørene fremstår mindre og mindre troverdige, og uansett er Telenor ansvarlig for hvilke entreprenører som benyttes og hvordan selskapet benytter dem.

GlobalConnect mener Telenor har utvist *subjektiv skyld*, men mener skyldgraden er grovere enn det Nkom legger til grunn i varselet. GlobalConnect anfører at forskjellsbehandlingen er begått forsettlig eller eventuelt grovt uaktsomt, og at øvrige vilkår etter ekomloven § 10-13 (1) er oppfylt. GlobalConnect mener også at det varslede overtredelsesgebyret er for lavt.

#### 4.2.2 Nkoms vurdering av GlobalConnects kommentarer til varselet

Når det gjelder GlobalConnects kommentarer om at den lave feilrettingspresisjonen innebærer brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen og tilgangsfpliktelsen i Marked 3a-vedtaket, viser Nkom til vurderingene og konklusjonen i kapittel 6.2.3 og 6.3.2 i vedtaket om pålegg om retting av 19. februar 2021.

GlobalConnects kommentarer med hensyn til hvordan ikke-diskriminerings-forpliktelsen skal forstås og hvilken betydning Telenors kjennskap til denne reguleringen har for vurderingene knyttet til illeggelse av overtredelsesgebyr og dets størrelse, blir behandlet i kapittel 5 nedenfor. Nkom er enig i GlobalConnects forståelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen, og også i at KPlene for leveransepresisjon for tilgangskjøpere av Operatøraksess og Telenors egen sluttbrukervirksomhet er sammenlignbare. Vi viser her til våre vurderinger i kapittel 5.2.3 og 6.2.2 i vedtaket om pålegg om retting av 19. februar 2021.

Nkom er videre enig med GlobalConnect i at Marked 3a-vedtaket oppstiller et krav til ikke-diskriminering mellom tilgangskjøperne og Telenors sluttbruker virksomhet som skal baseres på «Equivalence of Output» (EoO). I Marked 3a-vedtaket fremholdt Nkom at det har vært sentralt å oppnå at summen av forpliktelsene i det pålagte EoO-regimet sikrer like konkurransevilkår og ikke-diskriminering. Når det gjelder GlobalConnects kommentarer om Telenors anførsler om at avvikene i leveransepresisjonen skyldes «forhold utenfor Telenors kontroll», viser Nkom til våre vurderinger i kapittel 5.2.3 og 6.2.2.

Når det gjelder skyldgraden Telenor har utvist, som GlobalConnect mener er grovere enn den alminnelige uaktsomheten som Nkom konkluderte med i varselet, viser Nkom til presiseringen i punkt 4.2 i varselet om at avviket mellom Telenors adferd og det som ville vært ansett som forsvarlig opptreden klart overskrider terskelen for simpel uaktsomhet. Nkom fant imidlertid ikke grunn til å konstatere at Telenor har utvist grov uaktsomhet.

Når det gjelder GlobalConnects kommentar om overtredelsesgebyret størrelse og at beløpet er satt for lavt, viser Nkom til vurderingene i kapittel 5.3 nedenfor.

## 5. Nkoms vurderinger

### 5.1. Overtredelse av enkeltvedtak fastsatt med hjemmel i ekomloven § 4-7

Nkom har i vedtaket av 19. februar 2021 konkludert med at Telenor ikke har overholdt ikke-diskrimineringsforpliktelsen i Marked 3a-vedtaket pålagt med hjemmel i ekomloven § 4-7. Konklusjonen bygger på at leveransepresisjonen for tilgangskjøpere av Operatøraksess har vært betydelig lavere enn leveransepresisjonen for Telenors egen sluttbrukervirksomhet i en lengre periode, nærmere bestemt fra juni 2019 til og med november 2020. Det gjennomsnittlige månedlige avviket i denne perioden har vært på 12 prosentpoeng, og var betydelige høyere i perioden fra juli til og med oktober 2019 og i perioden fra juli til og med september 2020.

Nkom fastholder konklusjonen i varselet om at Telenors adferd innebærer overtredelse av et enkeltvedtak fastsatt med hjemmel som angitt i ekomloven § 10-13 (1) nr. 3, og dermed at dette vilkåret er oppfylt. Av merknadene til bestemmelsen, jf. ot.prp. nr. 72 (2006-2007) følger det at beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr er «klar sannsynlighetsovervekt». Med «klar sannsynlighetsovervekt» menes at det ikke er tilstrekkelig at det er mer sannsynlig enn ikke at samtlige vilkår for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt – det må være «klar» sannsynlighetsovervekt. Beviskravet gjelder både for hvor sannsynlig det er at Telenor objektivt sett har brutt ikke-diskriminerings-forpliktelsen, og for hvor sannsynlig det er at Telenor har opptrådt uaktsomt.

Nkom mener det foreligger «klar sannsynlighetsovervekt» for at vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt, både når det gjelder vilkåret om objektiv overtredelse av et enkeltvedtak, og for vilkåret om subjektiv skyld, som redegjøres nærmere for i kap. 5.2.

### 5.2. Krav om skyld og vurdering av skyldgrad

For å illegge overtredelsesgebyr er det et vilkår at overtredelsen er «forsettlig» eller «uaktsom» fra foretakets side eller noen som handler på vegne av foretaket, jf. ekomloven § 10-13 (1) første punktum. Av bestemmelsens forarbeider fremgår det at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig, jf. Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) kapittel 8.5.3.

I vurderingen av om det er utvist uaktsomhet, tas det utgangspunkt i kravet til forsvarlig opptreden på det aktuelle området. Dersom Telenor har handlet i strid med dette – og dermed burde ha opptrådt annerledes – er vilkåret om uaktsomhet oppfylt.



Etter Nkoms vurdering vil Telenors kjennskap til ikke-diskrimineringskravet og sammenhengen mellom KPlene og ikke-diskrimineringskravet være et sentralt moment både ved vurderingen av om det er utvist uaktsomhet og ved vurderingen av graden av skyld.

Nkom viser til at ikke-diskrimineringsforpliktelsen og sammenhengen mellom KPlene og ikke-diskrimineringskravet er utførlig beskrevet i Marked 3a-vedtaket. Etter Nkoms vurdering tilsier dette at innholdet i disse forpliktelsene må anses å være godt kjent for Telenor. Dette er etter Nkoms vurdering et moment som trekker i skjerpene retning ved vurderingen av den utviste skyldgraden, og følgelig også overtredelsens grovhet som er et moment som skal hensyn tas ved fastsettelsen av gebyret størrelse, jf. kapittel 5.3 nedenfor.

I Marked 3a-vedtaket er systemtilgang, levering, feilretting og migrering oppgitt som eksempler på vilkår hvor det ikke skal være forskjellsbehandling mellom Telenor og eksterne tilgangskjøpere. Videre fremgår det av vedtaket at ikke-diskrimineringsforpliktelsen skal være basert på EoO. Selv om det innebærer at Telenors grossistvirksomhet kan benytte ulike systemer og prosesser for leveranser til henholdsvis intern sluttbrukervirksomhet og salg til eksterne tilgangskjøpere, fremgår det uttrykkelig at systemene og prosessene som brukes skal ha samme grad av pålitelighet, funksjonalitet og kvalitet / ytelse.

Hva gjelder KPler, følger det av markedsvedtaket at Telenor skal offentliggjøre KPler som er utformet slik at det er mulig å sammenligne kvalitets-/servicenivåer for Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere. Nkom har fremholdt dette som viktig for å kunne avdekke eventuell diskriminering mellom eksterne og interne tilbydere og for å legge til rette for åpenhet om faktiske kvalitetsnivåer. I de tilfeller Telenors egen sluttbrukervirksomhet ikke benytter de samme produktene, systemene og / eller prosessene som de eksterne tilgangskjøperne, skal Telenor etter vedtaket synliggjøre forskjeller i beregningsgrunnlaget/-metoden som en del av offentliggjøringen av KPler.

Telenor har ved hver rapportering av KPler oppgitt følgende:

*«Telenor anser at statistikken for x kvartal 2019/2020 (både den vedlagte kvartalsrapporten og de offentliggjorte månedsrapportene fra x - x) dokumenterer at kravet til ikke diskriminering for leveranse, feilretting og systemtilgang for kobber -og fiberproduktene regulert i marked 3a og b er overholdt.»*

Nkom har i tilknytning til denne saken bedt Telenor om å redegjøre for og dokumentere grunnlagene for avvikene. Som det fremgår av pålegget om retting kan Nkom ikke se at Telenors forklaringer kan føre frem. Nkom bemerker at Telenor på eget initiativ verken har lagt fram redegjørelse eller dokumentasjon på de vedvarende avvikene i tilknytning til rapportering av KPlene. Som det fremgår ovenfor har Telenor tvert imot fremholdt at deres rapportering viser at kravet til blant annet leveranser er overholdt, noe som skulle indikere at Telenor anser at tallene er sammenlignbare. Telenor har forut for varselet ikke anført at tallene ikke kan sammenlignes, og Nkom har følgelig lagt til grunn at Telenor mener at rapporteringene har gitt grunnlag for å vurdere ikke-diskrimineringsforpliktelsen. At Telenor mener KPlene for leveransepresisjon ikke er sammenlignbare fordi Telenors egen sluttbrukervirksomhet og tilgangskjøpere av Operatøraksess benytter ulike prosesser, er noe Telenor først har fremholdt i kommentarer til varselet.

Nkom mener videre at Telenor burde ha opptrådt annerledes da selskapet fikk kjennskap til at KPlene for leveransepresisjon viste avvik mellom egen og ekstern virksomhet i eksterne tilgangskjøperes disfavør. Telenor har gjennom oversendelse til Nkom og publisering av KPler på egen hjemmeside vært klar over at KPlene over en lengre periode har vist et klart avvik mellom oppnådd leveransepresisjon for egen sluttbrukervirksomhet og for eksterne tilgangskjøpere. I tillegg har forholdet blitt tatt opp av GlobalConnect i deres klage. En forsvarlig opptreden ville ha vært å iverksette tilstrekkelige tiltak for å rette opp avvikene. Rapporteringen av KPler viser at dette ikke har skjedd.

Etter Nkoms vurdering er det ikke tvilsomt at Telenor her har handlet i strid med de krav til aktsomhet og forsvarlig opptreden som stilles til Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i det relevante markedet. Nkom har i vedtaket konstatert at Telenors egen sluttbrukervirksomhet har oppnådd en gjennomsnittlig månedlig leveransepresisjon som over en periode på godt over ett år ligger 12 prosentpoeng høyere enn for eksterne tilgangskjøpere. Tatt i betraktning varigheten og størrelsen på avviket, og sett hen til at innholdet i ikke-diskrimineringskravet og sammenhengen mellom KPlene og ikke-diskrimineringskravet må anses å være godt kjent for Telenor, mener Nkom at sannsynligheten for at kravet til ikke-diskriminering er brutt må ha fremstått som så høy for Telenor at unnlattelse av å iverksette tilstrekkelige tiltak er klart klanderverdig.

Nkom viser her også til at Telenor under saksbehandlingen frem mot varselet har fremholdt at avvikene i oppnådde KPler for Telenors og eksterne tilgangskjøpere i stor grad skyldes forhold utenfor Telenors kontroll, så som uvær og systemfeil hos ekstern tredjepart. Først etter varselet har Telenor fremholdt at de innrapporterte KPlene ikke er sammenlignbare, mens selskapet ved

innrapporteringen av de samme KPlene har fremholdt at rapporteringen viser at kravet til ikke-diskriminering er etterlevet. Nkom kan i lys av dette ikke se at det kan legges til grunn at Telenor ved rapporteringene av KPler har ment at KPlene ikke er sammenlignbare.

Nkom fastholder at avviket mellom Telenors adferd og det som ville vært ansett som forsvarlig opptreden klart overskrider terskelen for simpel uaktsomhet, men Nkom finner ikke grunn til å konstatere at uaktsomheten må anses som grov.

Nkom har sett hen til både GlobalConnects og Telenors kommentarer til vurderingen i varselet av skyldgraden, men har ikke funnet grunnlag for å fravike det standpunktet som fremgår av varselet.

På bakgrunn av dette er det etter Nkoms vurdering godtgjort med «klar sannsynlighetsovervekt» at overtredelsen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen fra Telenor sin side er «uaktsom», jf. ekomloven § 10-13 (1) første punktum. Vilkårene for å pålegge overtredelsesgebyr etter ekomloven § 10-13 (1) nr. 3 er dermed oppfylt.

### **5.3. Fastsettelse av overtredelsesgebyrets størrelse**

Ifølge ekomloven § 10-13 (2) skal overtredelsesgebyrets størrelse fastsettes etter en helhetsvurdering hvor det særlig skal legges vekt på overtredelsens grovhet, varighet, utvist skyld og foretakets omsetning. Ekomforskriften § 10-3a lister opp en rekke momenter som er relevante i vurderingen av overtredelsens grovhet og for utmålingen av overtredelsesgebyrets størrelse. Det følger av forskriftsbestemmelsen at overtredelsesgebyret kan settes til inntil 5 prosent av foretakets omsetning.

Nkom viser først til vurderingen i kapittel 5.2 om at Telenors manglende overholdelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen med hensyn til leveransepresisjon utgjør et klart avvik fra forsvarlig opptreden. Som det fremgår av ekomloven § 10-13 (2) vil graden av utvist skyld være et av flere momenter som inngår i den konkrete helhetsvurderingen ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse. Slik Nkom vurderer det taler den utviste uaktsomheten fra Telenor sin side for å ilegge et høyere overtredelsesgebyr.

Hvilken konsekvens overtredelsen har for markedet er et moment som har betydning for vurderingen av overtredelsens grovhet, jf. ekomforskriften § 10-3a andre ledd nr. 3. Nkom mener den faktiske virkningen av overtredelsen på markedet virker skjerpene i vurderingen av



overtredelsens grovhet, og følgelig trekker i retning av ileggelse av et høyere overtredelsesgebyr.

Som det fremgår av markedsvedtakene, er Telenor den største aktøren i sluttbrukermarkedet for standardisert bredbåndsaksess, samt den eneste aktøren med landsdekkende aksessinfrastruktur. Videre har Telenors kobbernett vært, og er fortsatt, en viktig innsatsfaktor for flere av Telenors konkurrenter i sluttbrukermarkedet.

Telenor har selv avtalene med entreprenører som brukes ved leveranse av Operatøraksess. I og med at så godt som alle slike leveranser krever bruk av entreprenør og tilgangskjøperne ikke selv kan stå for disse avtalene, er tilgangskjøperne på dette området avhengig av Telenor. Telenor er klar over denne avhengigheten og dermed om at tilgangskjøperne ikke selv har anledning til å avhjelpe avvikene i avtalt leveransepresisjon.

En påregnelig konsekvens av overtredelsen er at tilgangskjøpere av Operatøraksess i mindre grad enn Telenor er i stand til å levere bestilte aksesser til sine slutt kunder til avtalt tidspunkt. At en betydelig lavere andel av tilgangskjøperes ordre blir levert på avtalt dato sammenlignet med Telenor, fremstår etter Nkoms vurdering som en åpenbar konkurranseulempe for tilgangskjøperen.

For å belyse hva den faktiske forsinkelsen har vært i tilfeller hvor kravene i SLA ikke har vært overholdt og hva de faktiske virkningene av dette har vært, har Nkom ved brev av 8. januar 2021 innhentet opplysninger fra Telenor og tilgangskjøpere.

Det fremgår av Telenors svar at gjennomsnittlig forsinkelse for leveranser for tilgangskjøpere av Operatøraksess i 2019 og 2020 var på 7,7 virkedager. Av NextGenTels svar fremgår det at gjennomsnittlig leveransetid utover SLA i perioden fra juni 2019 til og med november 2020 var på [REDACTED]. Videre fremgår det av GlobalConnects svar at gjennomsnittlig leveringstid for forsinkede leveranser i perioden fra juni 2019 til og med desember 2020 var på [REDACTED]

Telia har ikke oppgitt konkrete tall for forsinkelser, men oppgir at de opplever forsinkelser og at Telenor ofte ensidig skyver på tidligere bekreftede leveransetidspunkter.

Nkom konstaterer at svarene avviker for ulike tilbydere. Nkom konstaterer videre at både GlobalConnect og NextGenTel oppgir høyere grad av forsinkelse enn hva Telenor oppgir.

Samtidig er ikke tallene nødvendigvis direkte sammenlignbare ettersom Telenors tall angir et snitt for tilgangskjøpere, mens tilgangskjøperne kun har tall for egen virksomhet. Etter Nkoms vurdering viser svarene, herunder tallene fra Telenor, i alle tilfelle at gjennomsnittlig forsinkelse på leveranser for tilgangskjøpere av Operatøraksess i den aktuelle perioden har vært betydelig.

Forsinket leveranse er egnet til å skape misnøye hos de berørte sluttkundene og vil etter Nkoms vurdering i noen tilfeller også kunne føre til at tilgangskjøper av Operatøraksess mister kunden. Nkom registrerer at svarene fra tilgangskjøperne understøtter en slik oppfatning. Forsinket leveranse vil etter Nkoms vurdering også være egnet til å svekke tilgangskjøperens omdømme i markedet. Nkom registrerer at samtlige tilgangskjøpere viser til slike virkninger i sine svar på Nkom informasjonsinnhenting.

Et helt sentralt element i kravet til ikke-diskriminering mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av tilgang, er at Telenor ikke skal favorisere sin egen sluttbrukervirksomhet. Eksterne kjøpere av tilgang til Telenors aksessnett skal dermed kunne konkurrere på likeverdige vilkår som Telenor selv. Nkom mener på bakgrunn av ovenstående at differansen i leveransepresisjon mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og tilgangskjøpere av Operatøraksess har påført eksterne tilgangskjøperen klare konkurranseulempes i sluttbrukermarkedet sammenlignet med Telenors egen sluttbrukervirksomhet. En slik konkurranseulempes innebærer samtidig at Telenors egen sluttbrukervirksomhet oppnår et konkurransefortrinn. Forskjellen i leveransepresisjon har dermed svekket de eksterne tilgangskjøpernes mulighet til å konkurrere på like vilkår som Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Denne virkningen må etter Nkoms vurdering anses som påregnelig for Telenor.

På bakgrunn av dette er det Nkoms vurdering at den faktiske virkningen av overtredelsen på markedet virker skjerpene i vurderingen av overtredelsens grovhet, og følgelig trekker i retning av ileggelse av et høyere overtredelsesgebyr.

KPIene for leveransepresisjonen har vist en vedvarende differanse mellom oppnådd kvalitet for tilgangskjøpere av Operatøraksess og Telenors egen sluttbrukervirksomhet i perioden fra juni 2019 til og med november 2020. Telenor har således hatt høyere leveransepresisjon overfor selskapets egen sluttbrukervirksomhet enn overfor eksterne kjøpere av tilgang i mer enn ett år. Nkom konkluderer med at overtredelsen må kunne karakteriseres som langvarig. Varigheten av overtredelsen trekker i retning av å ilegge et høyere overtredelsesgebyr.

Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse er det etter Nkoms vurdering grunn til å se de negative virkningene av overtredelsen i sammenheng med varigheten. Effekten av de negative virkningene Nkom har beskrevet ovenfor vil, etter Nkoms vurdering, bli sterkere desto lengre avviket i leveransepresisjon varer. Nkom viser her særlig til at den vedvarende manglende etterlevelsen av avtalt leveransetid er egnet til å svekke den eller de berørte tilgangskjøpernes omdømme i sluttbrukermarkedet.

Ved vurderingen av størrelsen på overtredelsesgebyret, er det også relevant å se hen til om det er inngått avtaler eller om tilstrekkelige tiltak er gjennomført. Med utgangspunkt i at Telenor selv har ment at kravet til ikke-diskriminering har vært etterlevet, legger Nkom til grunn at slike avhjelpende tiltak ikke har vært gjennomført. Når det gjelder Telenors anførsel om at det ble iverksatt tiltak i form av å opprette «*tett dialog og oppfølgingsmøter med entreprenørene*» da Telenor fikk «*kunnskap om hendelsene*» som førte til lavere leveransepresisjon viser Nkom til våre vurderinger av denne anførselen i kapittel 4.1.2. I alle tilfeller viser KPlene at eventuelle tiltak ikke har vært tilstrekkelig for å sikre at Telenor etterlever plikten til å ikke diskriminere tilgangskjøperne med hensyn til leveransepresisjon.

Det siste momentet Nkom skal legge særlig vekt på ved utmåling av overtredelsesgebyr er foretakets omsetning. I Telenors årsrapport for 2019 fremgår det at driftsinntektene for segmentet Norge i Telenor konsern var på 25 612 millioner kroner i 2019. Telenors omsetning er med andre ord svært høy sammenlignet med andre aktører i markedet. På bakgrunn av en samlet vurdering av de ovennevnte momentene mener Nkom at det er nødvendig at overtredelsesgebyret fastsettes i et øvre sjikt sammenlignet med tidligere overtredelsesgebyr Nkom har ilagt. Nkom viser til at avviket mellom Telenors adferd og forsvarlig adferd er markant. Nkom viser videre til at de faktiske negative virkningene av overtredelsen for eksterne tilgangskjøpere er å anse som betydelige og at disse virkningene må anses som påregnelige for Telenor. Overtredelsen er videre å anse som langvarig, og innebærer således at Telenors sluttbrukervirksomhet over en relativt lang periode har oppnådd en ubegrunnet konkurransefordel sammenlignet med eksterne tilgangskjøpere.

På bakgrunn av ovenstående og en samlet vurdering av de relevante momentene har Nkom kommet til at overtredelsesgebyret skal settes til kroner 15 000 000.

## 6. Vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr

Med hjemmel i ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3, jf. ekomforskriften § 10-3a, legger Nkom Telenor et overtredelsesgebyr på kroner 15 000 000 for ikke å ha overholdt plikten til ikke-



diskriminering med hensyn til leveransepresisjon pålagt i Marked 3a-vedtaket i perioden juni 2019 til og med november 2020.

## 7. Ikrafttredelse og klage

Vedtaket trer i kraft umiddelbart.

Vedtaket kan påklages, jf. ekomloven § 11-6 og forvaltningsloven § 28. Fristen for å klage på vedtak er tre uker fra vedtakstidspunktet. En eventuell klage rettes til Kommunal- og moderniseringsdepartementet og sendes Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, jf. forvaltningsloven §§ 28 og 32.

Det følger av ekomloven § 11-8 første ledd at søksmål som gjelder enkeltvedtak fattet med hjemmel i eller i medhold av denne lov, må reises innen seks måneder etter at vedtaket ble fattet. Søksmålsfristen avbrytes ved klage på vedtaket og løper ikke så lenge klagebehandling pågår, jf. ekomloven § 11-8 andre ledd.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger  
avdelingsdirektør

Øyvind Halvorsen  
seksjonssjef

*Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift*