



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Telenor ASA

Deres ref

Vår ref

Dato

15/3480-

26.10.2015

Begjæring om utsatt iverksetting av Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak 27. august 2015 om marginskvistest i marked 5

Samferdselsdepartementet viser til brev 17. september 2015 fra Telenor ASA (Telenor) med klage på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 27. august 2015 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistester for fiberbasert bredbånd, samt begjæring om utsatt iverksetting inntil klagen er avgjort av departementet. Departementet viser videre til ytterligere merknader fra Telenor mandag 28. september 2015. Telenors begjæring ble oversendt Broadnet AS og Homenet AS (Broadnet), TDC AS og Get AS (TDC/Get) 28. september 2015 for eventuelle merknader. Departementet mottok merknader fra TDC/Get og Broadnet innen fristen.

1. BAKGRUNN

I Nkoms vedtak 20. januar 2014, som både gjaldt marked 4 og marked 5, ble Telenor utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og pålagt særskilte forpliktelser i grossistmarkedet for Bredbåndsaksess (marked 5), herunder plikt om å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår etter ekomloven § 4-7. Det fremgår av markedsvedtaket at det ville bli utviklet marginskvistester for fiberbasert LLUB (marked 4) og fiberbasert Bredbåndsaksess, som verktøy for oppfølging av plikten til ikke-diskriminering.

Som et ledd i arbeidet med å utvikle en marginskvistest gjennomførte Nkom i perioden 10. februar til 9. mars 2015 nasjonal høring av prinsipper for bruk av marginskvistester i marked 4 og 5. Det ble i tillegg informert om at Nkom i samarbeid med WIK CONSULT var i gang

med å utvikle en marginskvistest for begge markedet. Nkom varslet vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 4 og 5, 8. mai 2015. Som følge av et svært begrenset antall fiberaksesser som ville være tilgjengelig for LLUB, fant Nkom at det ikke var grunnlag for en marginskvistest i marked 4. Det vises til Nkoms vedtak 27. august 2015 punkt 2.5.

Nkom fattet følgende vedtak 27. august 2015 som del av oppfølgingen i marked 5:

"Med hjemmel i marked 5-vedtaket av 20. januar 2014 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedet for Bredbåndsaksess (marked 5), jf. kapittel 7.4 om pålegg om å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår etter ekomloven § 4-7, fastsetter Nkom med dette prinsipper og metode for bruk av marginskvistest for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av regulert fiberbasert tilgang i marked 5."

Departementet bemerker innledningsvis at det i denne omgang kun tas stilling til anførsler knyttet til begjæring om utsatt iverksetting. Anførsler knyttet til prinsipper og metode for marginskvistesten er en del av klagesaken. Telenors anførsel om valg av kostnadsnivå i modellen vil derfor ikke bli behandlet nedenfor.

2. ANFØRSLER

Telenor har anført at iverksetting av vedtaket vil kunne få direkte og irreversible skadevirkninger for Telenor, herunder økonomiske konsekvenser. Iverksetting vil bety at Telenor etter beste evne må tilpasse seg prinsippene som ligger til grunn for testen, og må operere med en vesentlig sikkerhetsmargin på prising eller alternativt bli eksponert for regulatorisk risiko under klagebehandlingen. Vedtaket stiller strenge, detaljerte og uforutberegnelige krav til Telenor. Består ikke Telenor testen, er det risiko for at Nkom følger opp bruddet med en reaksjon om overtredelsesgebyr eller for eksempel retting av tilgangsprisene. Sanksjonene kan ha en irreversibel effekt i markedet på grunn av forholdet til sluttbrukerprising og inngåtte kundeforhold. Sanksjonene kan også få omdømmemessige konsekvenser for Telenor, og det er vanskelig å se hvordan ekommyndigheten ved å gi medhold i klagen skal kunne bidra til å reparere et omdømmetap i etterkant.

Telenor har videre vist til at Nkom allerede er godt i gang med å gjennomføre en marginskvistest og har innhentet informasjon fra Telenor. Det er sannsynlig at ovennevnte skadevirkninger vil oppstå for Telenor før departementet har ferdigbehandlet klagen fordi det etter vanlig saksbehandlingstid vil ta tid å behandle klagen. Disse skadevirkningene er meget vanskelig å reversere i ettertid. Det er ikke grunnlag for å anta at utsatt iverksetting vil medføre nevneverdige skadevirkninger for konkurransesituasjonen i markedet da Telenor er pålagt å ikke diskriminere mellom intern og ekstern virksomhet. Plikten kontrolleres dessuten av regnskapsmessig skille. Når heller ikke tredjeparter vil lide skade eller tap, må begjæringen tas til følge.

TDC/Get og Broadnet har i det vesentlige anført at det verken er faktisk eller rettslig grunnlag for å etterkomme Telenors anmodning. Vedtaket 27. august 2015 fastsetter metoder og

prinsipper for bruk av marginskvistesten, og er ikke en selvstendig handlingsnorm, men en modell for å etterprøve ikke-diskrimineringsplikten Telenor er underlagt gjennom marked 5-vedtaket. Det er Telenor selv som bærer risikoen for at selskapets tilgangspriser er i samsvar med diskrimineringsforbudet. Marginskvismodellen vil gi selskapet økt forutsigbarhet med tanke på prisfastsettelse. Avdekker marginskvistesten overtredelse, vil Nkom uansett måtte pålegge retting og andre sanksjoner gjennom et nytt vedtak. Til denne avgjørelsen vil Telenor kunne anmode om utsatt iverksetting. Det har tatt lang tid å få på plass marginskvismodellen, og en ytterligere utsettelse vil påføre konkurransen i markedet, og Telenors konkurrenter, uopprettelig skade frem til departementet tar stilling til klagen.

3. RETTSLIG GRUNNLAG

Det følger forutsetningsvis av lov 10. februar 1968 om behandling i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 42 første ledd første punktum, at vedtak som hovedregel skal tre i kraft straks eller på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket. Bestemmelsen gir likevel forvaltningen en skjønnsmessig adgang til å fravike dette utgangspunktet ved at "*[u]nderinstansen, klageinstans eller annet overordnet klageorgan kan beslutte at vedtaket ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort*". En beslutning om utsatt iverksetting innebærer at vedtaket ikke gis rettsvirkninger i perioden utsatt iverksetting er gitt. Det er Samferdselsdepartementet som avgjør spørsmål om utsatt iverksetting på ekomområdet, jf. ekomloven § 11-6.

Forvaltningens adgang til å beslutte utsatt iverksetting er begrunnet i hensynet til rettssikkerhet, herunder risikoen for at klageinstansens vedtak kan bli umulig eller vanskelig og kostbar å gjennomføre. Beslutningen er underlagt forvaltningens frie skjønn, og beror på en konkret helhetlig vurdering i det enkelte tilfellet. I vurderingen av hvorvidt utsatt iverksetting skal gis, følger det av alminnelig forvaltningsrett at det er flere sentrale momenter som etter omstendighetene skal tillegges vekt så som hensynet til tredjeparter, offentlige interesser, hensynet til reversibilitet og det sannsynlige utfallet av klagebehandlingen.

4. DEPARTEMENTETS VURDERING

4.1 Reversibilitet

Telenor anfører at iverksetting av vedtaket vil kunne føre til en irreversibel, uopprettelig situasjon fordi brudd på ikke-diskrimineringsplikten, påvist ved en marginskvistest, vil kunne føre til at Nkom pålegger Telenor å endre grossistpriser og eventuelt også sluttbrukerpriser og få betydning for inngåtte kundeforhold. En endret tilgangspris vil kunne ha konsekvenser for salgs- og markedsaktivitetene til grossistkunder. I tillegg er det svært uheldig å skulle bli urettmessig beskyldt for å bryte ikke-diskrimineringsplikten. Det er vanskelig å se hvordan myndighetene ved å gi medhold i klagen skal kunne bidra til å reparere et slikt omdømmetap i etterkant.

Departementet viser til at Telenor i Nkoms vedtak 20. januar 2014 er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og pålagt særskilte forpliktelser i marked 5. En av forpliktelsene er å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår i marked 5. Kravet til ikke-diskriminering gjelder mellom eksterne tilgangskjøpere, og mellom Telenors interne og eksterne tilgangskjøpere. For

å følge opp og kontrollere overholdelse av ikke-diskrimineringsplikten, har Nkom nå utviklet en marginskvistest, og gjennom vedtak fastsatt prinsipper og metode for bruk av marginskvistesten for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av regulert fiberbasert tilgang i marked 5. Testen er et supplement til regnskapsmessig skille for ytterligere å vurdere oppfyllelsen av ikke-diskrimineringsplikten mellom Telenors interne, og eksterne virksomheter.

Etter departementets oppfatning er det Telenor som har de beste forutsetninger for å kunne kontrollere og vurdere om selskapet overholder ikke-diskrimineringsplikten. Det er Telenor som gjennom forhandlinger inngår avtaler med eksterne tilgangskjøpere, og kan vurdere vilkårene i disse avtalene opp mot de vilkårene som selskapet gir sin interne virksomhet. Telenor har derfor tilstrekkelig mulighet til å gjøre de nødvendige undersøkelser og sammenlikninger for å sikre overholdelse av ikke-diskrimineringsplikten. Departementet viser til at det er Telenor som bærer risikoen for at selskapets priser og vilkår er i samsvar med pliktene selskapet er pålagt i marked 5. Departementet forutsetter at Telenor overholder reguleringen, og minner om at fravær av et kontrollverktøy ikke endrer de plikter Telenor er pålagt gjennom markedsvedtak.

Marginskvistesten skal i grove trekk sikre at kjøpere av fiberbasert grossisttilgang kan replikere Telenors fiberbaserte sluttbrukerprodukter med en rimelig total margin. Marginskvistesten er en verktøy for å undersøke om Telenor etterlever ikke-diskrimineringsplikten og sikre at de gjør det. Iverksetting av vedtaket medfører ingen irreversibel konsekvens for Telenor, men gir Nkom mulighet til å samle inn informasjon og undersøke om Telenor overholder plikten til ikke-diskriminering. Dersom Telenor på et fremtidig tidspunkt ikke skulle bestå marginskvistesten, vil dette indikere et brudd på plikten. Det er brudd på ikke-diskrimineringsplikten som vil kunne gi grunnlag for sanksjoner og eventuelt vedtak om retting. Departementet bemerker videre at et eventuelt vedtak om retting vil gjelde Telenors grossistpriser og kan ikke se at et slikt vedtak automatisk tvinger Telenor til å måtte endre egne sluttbrukerpriser eller inngå nye kundeforhold til slutt kunder med andre priser. Anførselen om at følgene er irreversible for Telenor fordi prisen overfor grossistkundene eller sluttkundene påvirkes eller må endres, fører etter departementets oppfatning ikke frem.

Når det gjelder anførselen om omdømmetap, viser departementet til vurderingen ovenfor. Iverksetting av vedtaket innebærer ikke i seg selv at Telenor påføres et omdømmetap. Det er i så fall et brudd på ikke-diskrimineringsplikten gjennom anvendelse av marginskvistesten som vil kunne påvirke Telenors omdømme. Det er Telenor som bærer risikoen for at selskapet etterlever de regulatoriske pliktene pålagt gjennom vedtaket i marked 5.

Departementet kan i lys av ovennevnte ikke se at iverksetting av vedtaket vil innebære en irreversibel, uopprettelig situasjon for Telenor. Dette taler etter departementets syn for at utsatt iverksetting ikke bør gis.

4.2 Økonomisk tap og andre virkninger for partene

Når det gjelder hensynet til økonomisk tap og andre virkninger for partene viser departementet til at iverksetting av Nkoms vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert bredbåndsaksess, ikke i seg selv innebærer at Telenor påføres et økonomisk tap. Det er først ved anvendelse av marginskvistesten og ved et eventuelt nytt vedtak om at Telenor er i brudd med sine forpliktelser etter vedtaket fra 20. januar 2014 at et eventuelt brudd kan få økonomiske konsekvenser for selskapet. Departementet kan ikke se at Telenors anførsel om at selskapet påføres et økonomisk tap ved iverksetting av vedtaket, kan føre frem.

4.3 Hensynet til tredjeparter og offentlige interesser

Telenor har vist til at utsatt iverksetting ikke medfører nevneverdige skadevirkninger for konkurransesituasjonen i markedet fordi Telenor er pålagt plikt til å ikke-diskriminere og at plikten allerede følges opp ved regnskapsmessig skille. Tredjeparter lider heller ikke direkte skade eller tap ved at vedtaket ikke trer i kraft straks.

Når det gjelder hensynet til offentlige interesser viser departementet til at Telenor er funnet å ha sterk markedsstilling i marked 5. For å bøte på de konkurransemessige utfordringene i marked 5, er Telenor blant annet underlagt plikt til å ikke-diskriminere mellom intern og ekstern virksomhet og mellom eksterne tilgangskjøpere. Selv om utsatt iverksetting av vedtaket vil være for en kort periode frem til departementet har behandlet klagen, mener departementet det er lite forenlig med reguleringen og hensynet til bærekraftig konkurranse å gi utsatt iverksetting av et vedtak som fastsetter bruk av et verktøy som skal vurdere om det foreligger marginskvis. Departementet finner derfor at hensynet til offentlige interesser isolert sett taler for at utsatt iverksetting ikke bør gis.

Når det gjelder andre virkninger for tredjeparter er det påpekt fra tilgangskjøperne at Telenors sluttbrukerpriser ligger så lavt sammenliknet med grossistprisen, at det ikke er mulig for tilgangskjøperne å oppnå nødvendig margin for å dekke kostnader ved levering av bredbåndstjenester. Departementet viser til at marginskvistesten er ment å avdekke om det er mulig å replikere Telenors sluttbrukerprodukter med en rimelig total margin. Departementet minner imidlertid om at iverksetting av vedtaket kun innebærer at Nkom kan ta i bruk marginskvistesten. Det er ikke gitt at testen faktisk vil bli gjennomført før departementet har behandlet klagen, eller at bruk av marginskvistesten fører til at Nkom fatter et sanksjonsvedtak. Departementet finner på ovennevnte bakgrunn ikke grunn til å kunne tillegge virkninger for tredjeparter stor vekt.

4.4 Foreløpig vurdering av klagesaken

Telenor har anført at det ikke foreligger verken rettslig eller faktisk grunnlag for marginskvisvedtaket. Departementet viser til at innstilling fra Nkom ennå ikke foreligger, og at man befinner seg på et tidlig stadium i klagesaksbehandlingen. Departementets foreløpige vurdering er imidlertid at det i utgangspunktet foreligger rettslig grunnlag for Nkoms vedtak om marginskvistest i marked 5, jf. ekomloven § 4-7. Departementet mener videre på generelt grunnlag at en marginskvistest vil være egnet til å følge opp og vurdere ikke-

diskrimineringsplikten Telenor er underlagt i marked 5. Departementet kan derfor ikke se at det foreligger åpenbare rettsmangler. Departementet understreker likevel at det kun er foretatt en foreløpig vurdering av klagesaken. Vedtaket kan bli endret som følge av klagebehandlingen. Departementet har derfor kommet til at den foreløpige vurderingen av klagesaken ikke trekker i retning av at utsatt iverksetting bør gis.

5. KONKLUSJON

Departementet har etter en samlet vurdering kommet til at Telenors anmodning ikke kan tas til følge.

6. BESLUTNING

Samferdselsdepartementet gir ikke utsatt iverksetting av Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak 27. august 2015 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistester for fiberbasert bredbånd, jf. forvaltningsloven § 42, jf. ekomloven § 11-6.

Beslutningen er endelig og kan ikke påklages.

Med hilsen

Jørn Ringlund (e.f.)
avdelingsdirektør

Silje Owren Aarum
rådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

Kopi til:
Nasjonal kommunikasjonsmyndighet