



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO

Vår ref.: 1501017 - 37
Vår dato: 23.11.2015

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: Svend Albert Toft

Oversendelse av klage fra Broadnet vedrørende Nkoms vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess i marked 5

Vedlagt oversendes klage fra Broadnet AS (Broadnet) datert 17. september 2015. Klagen gjelder Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 27. august 2015 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess i marked 5.

Vedtaket er også påklaget av Telenor ASA (Telenor) og TDC AS / Get AS (TDC/Get).

Vedleggene 1 til 16 i denne innstillingen er de samme for alle tre klageinnstillinger.

1. Bakgrunn

Nkom fattet 20. januar 2014 vedtak i markedet for full og delt tilgang til faste aksessnett (marked 4) og markedet for Bredbåndsaksess (marked 5). Telenor ble utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i begge markeder og pålagt en rekke særskilte forpliktelser, herunder krav om ikke-diskriminering. Det fremgår av vedtakene i marked 4 og 5 at det vil bli utviklet marginskvistester for fiberbasert LLUB og fiberbasert Bredbåndsaksess som verktøy for oppfølging av plikten til ikke-diskriminering.



Som et ledd i arbeidet med å utarbeide en marginskvistest, gjennomførte Nkom i perioden 10. februar til 9. mars 2015 en nasjonal høring av prinsipper for bruk av marginskvistester i marked 4 og 5. Det ble også informert om at Nkom, i samråd med WIK Consult, var i gang med å utvikle en marginskvistest for begge markedene. Nkom ba om innspill til prinsippene som var lagt til grunn for marginskvistestene.

Vedlegg 1: Nasjonal høring av prinsipper for marginskvistester i marked 4 og 5

Nkom mottok høringskommentarer fra Broadnet, Lyse Fiber AS / Viken Fiber AS (Lyse/Viken), NextGenTel AS (NextGenTel), TDC/Get og Telenor. Videre mottok Nkom kommentarer fra NextGenTel til de øvrige høringskommentarene.

Vedlegg 2: Høringskommentarer fra Broadnet
Vedlegg 3: Høringskommentarer fra Lyse/Viken
Vedlegg 4: Høringskommentarer fra NextGenTel
Vedlegg 5: Høringskommentarer fra TDC/Get
Vedlegg 6: Høringskommentarer fra Telenor
Vedlegg 7: Kommentarer fra NextGenTel til øvrige høringskommentarer

På bakgrunn av mottatte høringsinnspill oppdaterte Nkom prinsippene for marginskvistester og varslet 8. mai 2015 vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 4 og 5 ved bruk av marginskvistest for fiberbasert LLUB og fiberbasert Bredbåndsaksess. Fristen for å kommentere varselet ble satt til 1. juni 2015.

Vedlegg 8: Nkoms varsel om vedtak med tilhørende vedlegg

Nkom mottok kommentarer til varselet fra Broadnet, NextGenTel og Telenor.

Vedlegg 9: Kommentarer fra Broadnet
Vedlegg 10: Kommentarer fra NextGenTel
Vedlegg 11: Kommentarer fra Telenor

Etter mottak av kommentarer til varsel om vedtak gjorde Nkom en fornyet vurdering av forholdsmessigheten av å gjennomføre en marginskvistest for fiberbasert LLUB. På bakgrunn av det svært begrensede antall fiberaksesser som vil være tilgjengelig for fiberbasert LLUB, anså Nkom at det inntil videre ikke var grunnlag for å gjennomføre en slik test. Nkom besluttet derfor å ikke fatte vedtak om oppfølging av ikke-diskrimineringskravet ved bruk av marginskvistest for fiberbasert LLUB i marked 4.

Nkom sendte 6. juli 2015 utkast til vedtak vedrørende marginskvistest i marked 5 til notifikasjon hos EFTAs overvåkingsorgan (ESA). ESA anmodet i brev av 27. juli 2015 om ytterligere informasjon. Nkom besvarte ESAs anmodning i brev av 30. juli 2015. I brev datert 6. august 2015 sendte ESA sine kommentarer til Nkom.

- Vedlegg 12: Nkoms notifikasjon til ESA
- Vedlegg 13: ESAs anmodning om ytterligere informasjon
- Vedlegg 14: Nkoms svar til ESA
- Vedlegg 15: ESAs kommentarer til Nkoms utkast til vedtak

Nkom fattet 27. august 2015 vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess i marked 5.

- Vedlegg 16: Nkoms vedtak av 27. august 2015 med vedlegg

Vedtaket ble påklaget av Broadnet 17. september 2015.

- Vedlegg 17: Klage fra Broadnet datert 17. september 2015.

Nkom har lagt ut klagen fra Broadnet, TDC/Get og Telenor på vår hjemmeside og sendte 6. oktober 2015 e-post til berørte tilbydere med invitasjon til å kommentere de mottatte klagen. Nkom har ikke mottatt kommentarer til klagen.

2. Innholdet i klagen fra Broadnet

2.1. Innledning

Broadnet har påklaget deler av vedtaket. De ber SD opprettholde beslutningen om å innføre en marginskvistest, men Broadnet ønsker noen endringer:

- Broadnet ønsker at marginskvistesten utvides til å dekke a) fiberbasert LLUB og b) kobberbaserte produkter (LLUB og Bredbåndsaksess).
- Broadnet ønsker at SD fastsetter klare retningslinjer for håndhevelse av marginskvistesten, herunder konkrete vilkår for inngrep og frister i tråd med ESAs føringer.

- Broadnet ønsker at SD justerer porteføljen og valg av produkter på en slik måte at testen også kan avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet.

2.2. Marginskvistesten bør utvides til å dekke a) fiberbasert LLUB og b) kobberbaserte produkter (LLUB og Bredbåndsaksess)

Grunnlag

Broadnet hevder i sin klage at det ikke er grunnlag for å unnta fiberbasert LLUB (marked 4) fra marginskvistesten. De viser til at Kommisjonen anbefaling om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder for å fremme konkurranse og styrke grunnlaget for bredbåndsinvesteringer av 11. september 2013 (Anbefalingen) ikke åpner for at myndighetene kan unnlate å gjennomføre en økonomisk replikabilitetstest i marked 4, jf. punkt 48 i Anbefalingen. Broadnet hevder det er forholdsmessig å gjennomføre en slik test i marked 4.

Broadnet hevder videre at det er nødvendig å utvide marginskvistesten til kobberbaserte grossisttjenester. De hevder myndighetene står fritt til å utvikle, vedta og benytte marginskvistester for å kontrollere om den dominerende aktøren utsetter konkurrenter for marginskvis gjennom prising av kobberbaserte grossisttjenester, jf. Anbefalingen side 12.

Broadnet viser også til at tilgangen til kobbernett per i dag er underlagt prisregulering i form av et pristak, men at den ikke er kostnadsorientert. Broadnet mener dette ikke er tilstrekkelig til å hindre den dominerende aktøren i å utsette konkurrenter for marginskvis. Det er ikke mulig å avdekke diskriminerende prising i form av marginskvis gjennom kostnadsregnskap. Myndighetene er dermed ikke i stand til å avdekke eller gripe inn mot slik konkurranseskadelig atferd.

Nkoms vurdering

Det fremgår av Nkoms vedtak av 20. januar 2014 at det ville bli utviklet marginskvistester for fiberbasert LLUB i marked 4 og fiberbasert Bredbåndsaksess i marked 5. Nkom startet arbeidet med å utvikle tester i begge disse markedene i november 2014.

Fiberbasert LLUB er av tekniske årsaker bare aktuelt i punkt-til-punkt (PTP) fiberaksessnett. Våren 2015 fikk Nkom opplyst at Telenor hadde startet en prosess med å konvertere sitt største P2P-nett (det gamle LOS-nettet) over til GPON-teknologi, og at denne konverteringen skulle pågå i 2015 og første kvartal 2016. Nkom gjorde da en fornyet vurdering av forholdsmessigheten av å gjennomføre en marginskvistest for fiberbasert LLUB og konkluderte med at det ikke var grunnlag for å gjennomføre slike tester som følge av det svært begrensede antallet fiberaksesser som ville være tilgjengelig. P2P-aksessene som blir konvertert til GPON,

vil fortløpende bli tilgjengelige for fiberbasert VULA i marked 5 og således være omfattet av marginskvistesten i marked 5.

I ESAs kommentarer til Nkoms utkast til vedtak ber ESA Nkom fortløpende vurdere avgjørelsen om å ikke gjøre bruk av marginskvistest for fiberbasert LLUB og holde situasjonen under oppsyn. Som det fremgår i punkt 2.6 i Nkoms vedtak 27. august 2015, vil Nkom jevnlig vurdere situasjonen i marked 4 med tanke på om marginskvistest også skal gjennomføres for fiberbasert LLUB. Nkom ser det som hensiktsmessig å gjøre en slik vurdering i tilknytning til datainnhentingene som vil bli gjort i forkant av marginskvistestene. Det innebærer at Nkom normalt vil vurdere utviklingen av faktiske og potensielle fiberbaserte LLUB-aksesser i marked 4 hvert halvår.

Per dags dato er Nkom ikke kjent med at noen tilbydere har kjøpt tilgang til fiberbasert LLUB.

Når det gjelder Broadnets anførsel om å utvide marginskvistesten til også å gjelde kobberbaserte grossisttjenester i marked 4 og 5, mener Nkom at en slik utvidelse i realiteten ville innebære en endring av reguleringen i marked 4 og 5. Nkom har i vedtakene 20. januar 2014 i marked 4 og 5 vurdert hvilke særskilte forpliktelser som skal pålegges Telenor. Nkom har både for kobberbasert LLUB og kobberbasert Bredbåndsaksess pålagt prisregulering, henholdsvis i form av pristak og kostnadsorienterte priser, i motsetning til for fiberbasert LLUB og Bredbåndsaksess, der Nkom ikke har pålagt slike krav. Nkom har også kommet til at behovet for bruk av marginskvistester (og regnskapsmessig skille) er ulikt for kobberbasert og fiberbasert tilgang. Vedtakene i marked 4 og 5 har vært gjenstand for klagebehandling tidligere, og dersom reguleringen i disse markedene skal endres, må dette på vanlig måte først være gjenstand for nasjonal høring og deretter notifikasjon til ESA. Etter Nkoms mening kan SD i forbindelse med behandling av klager på Nkoms vedtak om bruk av marginskvistester for fiberbasert Bredbåndsaksess, ikke endre reguleringen knyttet Telenors kobberbaserte aksessnett.

På bakgrunn av dette mener Nkom at det ikke er grunnlag for å utvide marginskvistestens virkeområde til også til å dekke fiberbasert LLUB og kobberbaserte grossisttjenester i marked 4 og 5.

2.3. Vedtaket om marginskvistest bør angi klare og forutsigbare retningslinjer for håndhevelse av testresultatet

Grunnlag

Broadnet viser til kommentarer fra ESA datert 6. august 2015 der ESA oppfordrer Nkom om å klargjøre hvordan tilsynet vil gripe inn dersom Telenors priser setter konkurrerende

tilgangskjøpere i en marginskvis. Det etterlyses en beskrivelse av hvilke konkrete pålegg tilsynet vil benytte for å sikre at overtredelsen opphører. Broadnet mener at beskrivelsen som Nkom har foretatt og som fremgår i vedtaket, ikke er tilstrekkelig. Broadnet ber om at vedtaket omgjøres ved konkret å beskrive hvordan myndighetene vil gripe inn dersom marginskvistesten avdekker et negativt resultat, herunder at:

- Nkom vil pålegge Telenor å redusere grossistprisen til et lovlig nivå.
- Prisedsettelsen må skje innen 30 dager.
- Nkom vil pålegge tvangsmulkt for å sikre etterlevelse.
- Gjentatte brudd på forpliktelsen (flere ganger overfor en kunde, eller samme overtredelse overfor flere kunder) vil medføre overtredelsesbot.

Nkoms vurdering

For å bidra til å økt forutsigbarhet og dermed for å gjøre reguleringen mer effektiv, har Nkom i vedtaket 27. august 2015 klargjort hvilke tidsrammer vi vil forholde oss til ved oppfølging av ikke-diskrimineringskravet gjennom bruk av marginskvistester. Nkom har videre angitt hvilke reaksjoner vi vil kunne benytte ved eventuelle brudd på kravet til ikke-diskriminering. Nkom viste til at vi vil kunne kreve retting etter ekomloven § 10-6, overtredelsesgebyr etter § 10-7, tilbakebetaling etter § 10-12 og overtredelsesgebyr etter § 10-13. Nkom fremholdt også at hvilke reaksjoner som er aktuelle, vil måtte vurderes i den eventuelle konkrete sak.

Nkom er enig med Broadnet i at forutsigbarhet for aktørene om oppfølgingen av marginskvisvedtaket er sentalt for å fremme formålet med reguleringen. Nkom kan imidlertid ikke se at det er grunn til å gjøre slike presiseringer som Broadnet foreslår. Dersom Nkom konstaterer brudd på ikke-diskrimineringskravet ved bruk av marginskvistest, tilsier en effektiv håndheving av reguleringen av Nkom tar i bruk de verktøy som er nødvendige og forholdsmessige. Nkom fastholder at hvilke reaksjoner som er forholdsmessige, vil måtte vurderes konkret. Nkom ser videre grunn til å påpeke at Nkom også uten slike presiseringer som Broadnet foreslår, i en konkret sak vil kunne reagere i samsvar med Broadnets forslag til presiseringer. Nkom ser følgelig ikke grunn til å etterkomme Broadnets forslag til ytterligere presiseringer av hvilke tiltak Nkom vil gjennomføre dersom marginskvistesten ikke skulle bli bestått.

2.4. Vedtaket om bruk av marginskvistest bør endres slik at den kan avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet

Grunnlag

Broadnet anfører at den foreslåtte marginskvistesten ikke vil være i stand til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet. Dette skyldes valg av flaggskipprodukter og porteføljer.

Broadnet hevder at regelverket ikke stiller krav om at marginskvistesting kun kan gjennomføres på standardprodukter. De hevder videre at det ikke er særlig komplisert eller ressurskrevende å identifisere hvilke bredbåndstjenester Telenor normalt tilbyr i SMB- og storkundesegmentet. Broadnet er ikke enig i tidligere begrunnelser fra Nkom vedrørende det å ikke gjennomføre marginskvistest i bedriftsmarkedet.

Nkoms vurdering

Vedtaket om bruk av marginskvistester tar utgangspunkt i grossistproduktene for fiberaksess som omfattes av Nkoms vedtak i marked 5. Dette innebærer at testen gjelder fiberbaserte VULA-aksesser i Telenors GPON-nett, som i hovedsak er bygd ut til bruk i privatmarkedet. Grossistproduktene som inngår i testen, er de standardiserte privat- og/eller bedriftsproduktene som er innsatsfaktorer for å kunne tilby porteføljen av flaggskipprodukter i sluttbrukermarkedet. Metode for utvelgelse av flaggskipprodukter fremgår av kapittel 3.2 i prinsippdokumentet (Vedlegg 1 til Nkoms vedtak).

Når det gjelder Telenors punkt-til-punkt (PTP) fiberaksessnett, er dette av svært begrenset omfang og i hovedsak bygget ut for å betjene privatmarkedet. Som det fremgår av kapittel 2.5 i Nkoms vedtak 27. august 2015, foretok Nkom en fornyet vurdering av forholdsmessigheten av å gjøre en marginskvistest for fiberbasert LLUB, som kun vil være aktuelt for Telenor PTP-fibernet. Nkom kom til at det inntil videre ikke er grunnlag for å gjennomføre en slik marginskvistest og valgte derfor å ikke fatte vedtak om bruk av marginskvistest for fiberbasert LLUB. Telenors nåværende PTP-fibernet er uansett ikke en viktig innsatsfaktor for tilbydere i bedriftsmarkedet.

Videre viser Nkom til at tilgangplikten for fiber i marked 4 og 5 kun omfatter systematisk utbygde aksessnett, og ikke enkeltstående fiberaksesser, jf. Samferdselsdepartementets klagevedtak 18. desember 2014 og Nkoms brev 7. september 2015 med presisering av disse begrepene. Telenors fibertilbud til bedriftsmarkedet består per i dag i stor grad av enkeltstående fiberaksesser som er bygget ut på oppdrag fra de aktuelle bedriftene, samt mørk fiber. Mørk fiber på grossistnivå er heller ikke omfattet av Nkoms vedtak i marked 4 og 5.

Dette innebærer at produkter som brukes som grunnlag for leveranser i bedriftsmarkedet, spesielt til mellomstore og store bedrifter, i mindre grad er omfattet av reguleringen i marked 4 og 5. Nkom mener derfor det ikke er grunnlag for å utvikle en marginskvistest som er spesielt innrettet mot en ren bedriftsportefølje.

Nkom viser ellers til kapittel 3.3.2 i prinsippdokumentet (Vedlegg 1 til vedtaket) og til punkt C2 i oppsummering av kommentarer til Nkoms varsel om vedtak (Vedlegg 5 til vedtaket).



3. Oppsummering og innstilling

Etter Nkoms oppfatning medfører ikke klagen fra Broadnet nye opplysninger som gir grunnlag for å endre eller omgjøre Nkoms vedtak 27. august 2015. Det har etter Nkoms oppfatning heller ikke i ettertid av klagen fremkommet nye opplysninger som skulle tilsi en endret konklusjon fra Nkoms side.

Etter en vurdering av anførsler og opplysninger fra Broadnet, har Nkom på denne bakgrunn ikke funnet grunnlag for endring eller oppheving av vedtaket av 27. august 2015. Nkom innstiller derfor på følgende vedtak i klagesaken:

”Klagen av 17. september 2015 fra Broadnet på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak av 27. august 2015 om oppfølging av kravet til ikke-diskiminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess i marked 5, tas ikke til følge.”

I henhold til ”Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Post- og teletilsynet etter Ekomloven” punkt 4, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkom sin innstilling til Samferdselsdepartementet innen en frist på to uker.

Med hilsen

Elisabeth Aarsæther (e.f.)
fung. direktør

Irene Åmot
avdelingsdirektør

Kopi uten

vedlegg til: Broadnet AS, Postboks 1 Fornebu, 1330 Fornebu
Telenor ASA, Group Legal, Postboks 800, 1331 Fornebu
TDC Get, Postboks 4400 Nydalen, 0403 Oslo

Vedlegg:

Vedlegg 1: Nasjonal høring av prinsipper for marginskvistester i marked 4 og 5
Vedlegg 2: Høringskommentarer fra Broadnet
Vedlegg 3: Høringskommentarer fra Lyse/Viken
Vedlegg 4: Høringskommentarer fra NextGenTel



- Vedlegg 5: Høringskommentarer fra TDC/Get
- Vedlegg 6: Høringskommentarer fra Telenor
- Vedlegg 7: Kommentarer fra NextGenTel til øvrige høringskommentarer
- Vedlegg 8: Nkoms varsel om vedtak med tilhørende vedlegg
- Vedlegg 9: Kommentarer fra Broadnet
- Vedlegg 10: Kommentarer fra NextGenTel
- Vedlegg 11: Kommentarer fra Telenor
- Vedlegg 12: Nkoms notifikasjon til ESA
- Vedlegg 13: ESAs anmodning om ytterligere informasjon
- Vedlegg 14: Nkoms svar til ESA
- Vedlegg 15: ESAs kommentarer til Nkoms utkast til vedtak
- Vedlegg 16: Nkoms vedtak av 27. august 2015 med vedlegg
- Vedlegg 17: Klage fra Broadnet datert 17. september 2015.