



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO

Vår ref.: 1501017 - 36
Vår dato: 23.11.2015

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: Svend Albert Toft

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

Vedlagt oversendes klage fra TDC AS og Get AS (TDC/Get) 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 Broadnet AS (Broadnet).

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 TDC/Get 17. september 2015.

- Vedlegg 17: Klage fra TDC/Get 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 TDC/Get

2.1. Innledning

TDC/Get stiller seg positiv til at Nkom har vedtatt en marginskvistest som skal sikre at Telenor etterlever ikke-diskrimineringsforpliktelsen i bredbåndsmarkedene. TDC/Get mener imidlertid at vedtaket lider av svakheter på to sentrale punkter:

- Valg av produkter og porteføljen innebærer at testen ikke er egnet til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet.
- Nkom unnlater å fastsette klare prinsipper for hvordan tilsynet vil gripe inn mot og sanksjonere eventuelle overtredelser dersom marginskvis avdekker negativ margin.

TDC/Get mener at disse forholdene både enkeltvis og samlet reduserer marginskvistestens verdi.

2.2. Marginskvistesten er ikke egnet til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet

Grunnlag

TDC/Get anfører i sin klage at en marginsskvistest bør dekke alle relevante sluttbrukermarkeder. De hevder dette er en forutsetning for å kontrollere at Telenor ikke misbruker markedsrett gjennom prissetting.

TDC/Get mener den vedtatte marginskvistest innebærer en felles "porteføljetest av identifiserte flaggskipprodukter" på tvers av markeder. I praksis er modellen kun representativ for aktører som opererer i privatmarkedet. Marginskvistesten omfatter tilsynelatende kun ett produkt i bedriftsmarkedet.

TDC/Get hevder videre at den foreslåtte porteføljetilnærmingen ikke gir et representativt bilde av konkurranseforholdene. De fleste tilgangskjøperne er enten tilstede kun i privatmarkedet (eventuelt også i nedre del av bedriftsmarkedet) eller kun i bedriftsmarkedet. Med mindre marginskvistesten også utvides til å dekke en ren bedriftsportefølje (som omfatter mellomstore og store bedrifter), vil den ikke være egnet til å avdekke eventuelle brudd på ikke-diskrimineringsplikten. TDC/Get kan ikke se at det er særlig komplisert eller ressurskrevende å utvide testen for å bøte på denne svakheten.

TDC/Get anmoder SD om å presisere at marginskvistesten også skal teste en ren bedriftsportefølje som også dekker flaggskipprodukter i segmentene for mellomstore og store bedrifter.

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 tilgangsplikten 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).

2.3. Vedtaket legger ingen klare føringer for hvordan Nkom skal gripe inn mot og sanksjonere brudd på ikke-diskrimineringsplikten

Grunnlag

TDC/Get påpeker i sin klage at marginskvistesten er et verktøy for å avdekke om Telenor overholder ikke-diskrimineringsplikten. For at dette skal få noen effekt i praksis, er det avgjørende at tilsynet reagerer umiddelbart når marginskvistesten avdekker brudd på dette forbudet. TDC/Get viser til at ESA oppfordret Nkom til beskrive hvilke tiltak Nkom vil gjennomføre dersom marginskvistesten ikke skulle bli bestått. TDC/Get mener den beskrivelse Nkom har gjort i vedtaket, ikke er tilstrekkelig.

TDC/Get ber SD om å gjøre følgende presiseringer:

- Dersom marginskvismodellen avdekker et negativt resultat, skal Telenor pålegges å redusere grossistprisen til et lovlig nivå innen en måned, jf. e Kornloven § 10-6 fjerde ledd første punktum.
- Ved gjentatte overtredelser skal Telenor pålegges å redusere grossistprisen innen 14 virkedager, jf. § 10-6 fjerde ledd tredje punktum.

- Dersom Telenor ikke endrer prisen innen den fastsatte fristen, skal Nkom så raskt som mulig fastsette en løpende tvangsmulkt som er tilstrekkelig stor til å sikre etterlevelse.
- Nkom skal ilegge overtredelsesbot ved manglende etterlevelse av pålegg om retting og/eller gjentatte tilfeller at marginskvis (negativt resultat).

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 TDC/Get 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 TDC/Get 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 TDC/Get foreslår, i en konkret sak vil kunne reagere i samsvar med TDC/Gets forslag til presiseringer. Nkom ser følgelig ikke grunn til å etterkomme TDC/Gets forslag til ytterligere presiseringer av hvilke tiltak Nkom vil gjennomføre dersom marginskvistesten ikke skulle bli bestått.

3. Oppsummering og innstilling

Etter Nkoms oppfatning medfører ikke klagen fra TDC/Get 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 TDC/Get, 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 TDC/Get 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: TDC Get, Postboks 4400 Nydalen, 0403 Oslo
Telenor ASA, Group Legal, Postboks 800, 1331 Fornebu
Broadnet AS, Postboks 1 Fornebu, 1330 Fornebu

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 TDC/Get datert 17. september 2015.