



Nasjonal  
kommunikasjons-  
myndighet

Samferdselsdepartementet  
Postboks 8010 Dep.  
0030 OSLO

Vår ref.: 1501017-29 -  
Vår dato: 23.11.2015

Deres ref.:  
Deres dato:

Saksbehandler: Svend Albert Toft

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

Vedlagt oversendes klage fra Telenor ASA (Telenor) 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 Broadnet AS (Broadnet) 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 markeder. 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 Telenor 17. september 2015.

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

Nkom har lagt ut klagene 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 klagene. Nkom har ikke mottatt kommentarer til klagene.

## 2. Innhold i klagen fra Telenor

### 2.1. Innledning

Telenor anfører prinsipalt at ekomloven § 4-7 ikke gir hjemmel for en oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved en slik marginskvistest som Nkom har fattet vedtak om.

I tillegg mener Telenor at marginskvistesten under enhver omstendighet ikke har nødvendig forankring i Marked 5-vedtaket.

Telenor mener at vedtaket lider 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. Telenor mener vedtaket heller ikke er i overensstemmelse med Kommisjonens anbefaling om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder for å fremme konkurranse og styrke grunnlaget for bredbåndsinvesteringer av 11. september 2013 (Anbefalingen).

Telenor hevder at vedtaket er ugyldig. Subsidiært ber Telenor Samferdselsdepartementet (SD) om å rette opp forholdene som påklages og fatte et nytt vedtak.

## 2.2. Nkom har ikke hjemmel i ekomloven § 4-7

### Grunnlag

**Telenor** hevder at Nkom ikke har hjemmel i ekomloven § 4-7 til å fatte vedtak om bruk av den foreliggende marginskvistest. Ekomloven § 4-7 omfatter en plikt til å tilby alle aktører samme eller likeverdige vilkår som det som Telenor tilbyr egen virksomhet. Telenor mener den vedtatte marginskvistesten går betydelig lenger enn dette. Telenor hevder subsidiært at dersom det likevel legges til grunn at ekomloven § 4-7 gir hjemmel til å pålegge en marginskvismodell, må marginskvismodellen som grunnlag for å vurdere om kravet til ikke-diskriminering i ekomloven § 4-7 er oppfylt, være basert på effektivitetsnivået «equally efficient operator» (EEO). Testen, slik den er beskrevet i vedtaket med vedlegg, er basert på en justert EEO og må derfor i utgangspunktet også hjemles i ekomloven § 4-9. I så tilfelle mener Telenor at Nkom må påvise at vilkårene for å pålegge prisforpliktelser er oppfylt. Telenor viser til at Nkom i det varslede marked 15-vedtaket selv legger til grunn at marginskvistesten er en form for prisregulering som krever at vilkårene i ekomloven § 4-9 er oppfylt.

### Nkoms vurdering

Nkoms vedtak av 20. januar 2014 i marked 4 og 5 ble påklaget av NextGenTel, TDC og Telenor. I SDs klagevedtak 18. desember 2014 stadfestet departementet Nkoms to vedtak med enkelte presiseringer. I den forbindelse uttalte departementet seg også om bruk av marginskvistest i tilknytning til ekomloven § 4-7 og skrev blant annet følgende (side 39-40):

*«Samferdselsdepartementet viser til TDCs klage og selskapets anmodning om at departementet skal presisere innholdet i ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Departementet viser til merknaden til § 4-7 om ikke-diskriminering i Ot. Prop. Nr. 58 2002-2003. Forpliktelsen skal legge til rette for konkurranse på like vilkår gjennom å sørge for likeverdige vilkår for tilgang for alle tilgangskjøpere, også den regulerte tilbyderens interne nedstrømsvirksomhet. Det følger også av punkt 17 i fortalen til tilgangsdirektivet at prinsippet om ikke-diskriminering spesielt skal sikre at tilbydere med sterk markedsstilling som er vertikalt integrerte, ikke kan påvirke konkurransesituasjonen negativt i tilfeller der de tilbyr tjenester til tilbydere de konkurrerer med i nedstrømsmarkeder. PT har varslet at det vil utarbeide en marginskvistest for å følge opp kravet om ikke-diskriminering. Gjennom de prinsipper denne testen bygger på og gjennom de regler tilsynet vil basere anvendelsen av testen på, vil tilsynet presisere betydningen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Testen, samt reglene for praktisering av testen, vil være gjenstand for høring. Departementet vil ikke*

*forskuttere dette arbeidet og finner det ikke hensiktsmessig å presisere ikke-diskrimineringsplikten ytterligere i dette vedtaket.»*

Nkom mener disse uttalelsene viser at SD legger til grunn at marginskvistest kan brukes i oppfølgingen av en ikke-diskrimineringsplikt knyttet til pris fastsatt i medhold av ekomloven § 4-7.

Telenor anfører at ikke-diskrimineringsbestemmelsen i ekomloven § 4-7 annet ledd kun gir hjemmel til å pålegge en marginskvismodell basert på EEO-prinsippet, og dermed at bestemmelsen ikke gir hjemmel for en justert EEO-modell, slik Nkom legger til grunn i vedtaket. Telenor begrunner synspunktet med at ikke-diskrimineringsbestemmelsen etter sin ordlyd gir hjemmel til å pålegge å tilby tilgang på «samme eller likeverdige vilkår» som Telenor tilbyr sin egen virksomhet. Nkoms justeringer fra EEO-utgangspunktet innebærer etter Telenors oppfatning at den vedtatte modellen går lenger enn hva som følger av ordlyden. Modellen har dermed ingen forankring i en plikt til å tilby «samme eller likeverdige vilkår».

Så vidt Nkom kan bedømme bygger Telenors synspunkt på at justeringene som gjøres i marginskvismodellen, vil gi tilgangskjøpere tilgang til gunstigere vilkår enn hva Telenor tilbyr til sin interne tjenesteleverandør. Nkom kan ikke se at det er grunnlag for en slik oppfatning. Nkom viser til modellen er konservativt innrettet, og justeringene gjøres for å sikre at effektive, alternative tilgangskjøpere, uten Telenors stordriftsfordeler, skal kunne tilby konkurrerende produkter til Telenors fiberbaserte sluttbrukerprodukter.

Nkom kan videre ikke se at det er grunnlag for en slik forståelse av ikke-diskrimineringshjemmelen som Telenor legger til grunn. Det følger av ekomlovens forarbeider at ikke-diskrimineringsbestemmelse innebærer at like tilfeller skal behandles likt. Det følger videre at hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil kunne bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd<sup>1</sup>. Justeringen Nkom har gjort fra EEO-utgangspunktet, er som nevnt begrunnet i at Telenor i kraft av sin skala har fordeler som effektive, alternative tilbydere ikke kan oppnå. Justeringene er derfor nødvendige for at testen skal fylle sitt formål. Nkom er således ikke enig med Telenor i at den vedtatte marginskvismodellen ikke kan hjemles i ikke-diskrimineringsbestemmelsen i ekomloven § 4-7 andre ledd.

SD har også tidligere berørt problemstillingen hvorvidt en marginskvistest kan hjemles i ekomloven § 4-7. Nkom vises til SDs klagevedtak datert 6. april 2011 vedrørende klage i markedet for tilgang og originering i mobilnett, tidligere marked 15. Det følger av det påklagede vedtaket, jf. Nkoms vedtak 5. august 2010, at kravet til ikke-diskriminering i tillegg til

<sup>1</sup> Jf. ot. prp. nr. 58 (2002-2003) side 102

regnskapsmessig skille ville bli fulgt opp gjennom andre økonomiske analyser. Nkom har videre lagt til grunn at SD i sitt klagevedtak presiserte at marginskvistest basert på prinsippet om rimelig effektiv operatør (REO, reasonable efficient operator) var en relevant annen økonomisk analyse for oppfølging av ikke-diskrimineringskravet.

Fra SDs klagevedtak 6. april 2011 fremgår følgende av vedtakets punkt 7.5:

*«Samtidig ser departementet at en ensidig vektlegging av rapporten om regnskapsmessig skille basert på en like effektiv tilbyder, kan gi et unyansert bilde av konkurransen i markedet og derfor være uheldig. Departementet finner det hensiktsmessig at en aggregert test følges opp av en analyse av enkeltprodukter og trafikkstrømmer og av hvorvidt det er mulig for andre tilbydere enn Telenor å drive lønnsomt (reasonable efficient operator).»*

og videre:

*«Det forutsettes at tilsynet foretar en nærmere helhetsvurdering av resultatene for å avgjøre om konkurrentene blir diskriminert sammenliknet med den interne tjenesteleverandøren i Telenor. Samferdselsdepartementet konkluderer således med at det ikke er behov for å definere spesifikke prisklemmetester på mer detaljert nivå»*

Etter Nkoms oppfatning forutsettes det i klagevedtaket 6. april 2011 at ekomloven § 4-7 gir hjemmel for en marginskvistest basert på REO-prinsippet. En «fra det mer til det mindre»-betraktning gir således grunnlag for å anse at en marginskvismodell basert på justert EEO bør kunne pålegges i medhold av samme hjemmelsgrunnlag.

Til Telenors anførsel om ulikt valg av hjemmelsgrunnlag vil Nkom tilslutt bemerke at marginskvistester er et verktøy som vil kunne hjemles i ulike bestemmelser i ekomloven. At Nkom i varsel om vedtak i marked 15 har hjemlet en marginskvistest i § 4-9 om pris- og regnskapsregulering, utelukker ikke at det er grunnlag for å hjemle marginskvismodellen i marked 5 i ikke-diskrimineringsbestemmelsen i § 4-7. Nkom viser til at valget av virkemidler vil bero på en konkret vurdering av forholdsmessighet og hva som er nødvendig for å sikre effektiv håndheving av reguleringen. Nkom fastholder at marginskvisvedtaket i marked 5 kan hjemles i ikke-diskrimineringsbestemmelsen i § 4-7 og ser ikke grunn til å gå ytterligere inn på Telenors anførsel om at Nkom skulle ha vurdert de særlige vilkåene for å ilegge prisforpliktelser etter ekomloven § 4-9.

Nkom ser også grunn til å bemerke at Anbefalingen nettopp bygger på at marginskvismodell kan brukes som et verktøy for å oppfølging av bestemmelsen i tilgangsdirektivet artikkel 10 «forpliktelser med hensyn til likebehandling» som er implementert i norsk rett gjennom ekomloven § 4-7.

På bakgrunn av overnevnte er Nkom av den oppfatning at det er hjemmel i ekomloven § 4-7 til å pålegge den foreliggende marginskvistest.

### 2.3. Nkom har ikke hjemmel i Marked 5-vedtaket

#### Grunnlag

Telenor hevder at Nkom ikke har hjemmel i Marked 5-vedtaket til å fatte vedtak om bruk av den foreliggende marginskvistest. Marked 5-vedtaket pålegger Telenor en plikt til ikke-diskriminering. En plikt til ikke-diskriminering innebærer at Telenor ikke kan prisdiskriminere mellom intern virksomhet og ekstern virksomhet. Det følger av dette at det i utgangspunktet er regnskapsmessig skille som er det aktuelle kontrolltiltaket for Nkom ettersom det er Telenors egne inntekter og kostnader som er relevante. Dersom man likevel skulle åpne for at bruk av marginskvistester er relevante for å kontrollere etterlevelse av plikten til ikke-diskriminering, skulle Nkom i Marked 5-vedtaket drøftet behovet for en slik test i markedsanalysen, herunder dokumentert konkurranseproblemer som understøtter behov for den valgte marginskvistesten, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd og Tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4. Dette er ikke gjort, og Nkom kan derfor ikke benytte Marked 5-vedtaket som rettslig grunnlag for å pålegge marginskvistesten. Telenor mener således at Nkom ikke har hjemmel til på innføre foreliggende marginskvistest uten at det fattes nytt SMP-vedtak.

#### Nkoms vurdering

Telenor hevder at Nkom i Marked 5-vedtaket ikke har dokumentert konkurranseproblemer som understøtter behov for den valgte marginskvistesten. Nkom er ikke enig i dette og viser til kapittel 5.2.3.1 i Marked 5-vedtaket der konkurranseproblemet prisdiskriminering er drøftet. Her fremkommer det blant annet at faren for at det oppstår prisklemmer for eksterne tilgangskjøpere er til stede. Marginskvistesten er nettopp et verktøy for å oppdage slike prisklemmer.

Det fremgår videre flere steder i Marked 5-vedtaket at Nkom vil kunne fatte vedtak om marginskvisteter. Eksempelvis skriver Nkom i kapittel 7.4 om ikke-diskriminering, punkt 272:

*«En marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess vil kunne gi PT et ytterligere verktøy for å følge opp ikke-diskrimineringsforpliktelsen. PT følger langt på vei ESAs argumentasjon om at et regnskapsmessig skille alene ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til å sikre forutsigbarhet med hensyn til ikke-diskriminerende priser for fiberbasert*



*Bredbåndsaksess. PT vil derfor starte arbeidet med å utvikle en marginskvistest umiddelbart etter at dette vedtaket trer i kraft.»*

Telenor ble i Marked 5-vedtaket pålagt å utarbeide og rapportere regnskapsmessig skille for fiberbasert Bredbåndsaksess, jf. ekomloven § 4-8. Det ble samtidig opplyst at det som et supplement til det regnskapsmessige skillet ville bli utarbeidet en marginskvistest som verktøy for ytterligere å vurdere oppfyllelsen av kravet til ikke-diskriminering, jf. kapittel 7.6.4 i Marked 5-vedtaket, punkt 324. At kravet til ikke-diskriminering vil følges opp gjennom marginskvistest, følger også av andre deler av vedtaket. Nkom viser i den forbindelse til punkt 229 i vedtaket, hvor Nkom vurderer behovet for å pålegge prisregulering i medhold av ekomloven § 4-9. Det følger at en marginskvistest vil bli benyttet som et supplement til det regnskapsmessige skillet ved vurderingen av om Telenor etterlever ikke-diskrimineringsforpliktelsen.

I SDs klagevedtak av 18. desember 2014 stadfestes Nkoms vedtak. SD uttrykte i klagevedtaket blant annet at beslutningen om å starte arbeidet med utvikling av en marginskvistest med sikte på et senere vedtak, ikke i seg selv var et forhold som kunne påklages. SD uttrykte videre at Nkom gjennom fastsettelsen av prinsippene for marginskvistest og de regler Nkom vil basere anvendelsen av testen på, vil presisere betydningen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen og viste til at marginskvistesten, samt reglene for praktisering av den, vil være gjenstand for høring.

Dersom SD skulle ha ment at Nkom ikke hadde hjemmel i det påklagede vedtaket til å utarbeide en marginskvistest, hadde det vært naturlig at dette hadde fremkommet i SDs klagevedtak 18. desember 2014.

Telenor mener at Nkom må fatte nytt SMP-vedtak dersom foreliggende marginskvistest skal innføres. Nkom viser i den forbindelse til at Nkom i Marked 5-vedtaket, blant annet som en oppfølging av kommentarer fra ESA, gjorde det klart at marginskvistest ville bli utviklet og at et eget vedtak om bruk av marginskvistest ville bli fattet. Vedtaket 27. august 2015 om bruk av marginskvistest er å anse som et tilleggsvedtak til Marked 5-vedtaket og er notifisert til ESA i henhold til konsultasjonsprosedyren i ekomloven § 9-3.

Nkom er av den oppfatning at Marked 5-vedtaket gir hjemmel til å pålegge den foreliggende marginskvistest og kan ikke se at det er nødvendig å fatte et nytt, fullstendig SMP-vedtak i marked 5.



## 2.4. Vedtaket lider av feil og mangler

### 2.4.1. Forholdsmessighet

#### Grunnlag

**Telenor** hevder at Nkom verken i Marked 5-vedtaket eller i det vedtaket som nå påklages, har vurdert hvorvidt det tiltak som påbys er egnet til å realisere de formål vedtakets hjemmelsgrunnlag angir, herunder at pålegget ikke går lenger enn det som er nødvendig (forholdsmessighet). Etter Telenors oppfatning går vedtaket betydelig lenger enn det som er nødvendig for å oppnå ekomlovens formål. Telenor mener at regnskapsmessig skille er tilstrekkelig for å kontrollere at Telenor oppfyller ikke-diskrimineringsforpliktelsen som følger av Marked 5-vedtaket. For det tilfelle at det kan sansynliggjøres at en marginskvistest er nødvendig, mener Telenor at denne må begrenses til en ren EEO-standard.

#### Nkoms vurdering

Nkom notifiserte utkast til vedtak i marked 5 til ESA 8. november 2013. I dette utkastet ble det ikke lagt opp til prisregulering for fiber i marked 5, men et regnskapsmessig skille for å følge opp etterlevelsen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Det fremgikk også av utkastet til vedtak at dersom det ble nødvendig, ville andre økonomiske analyser, som for eksempel marginskvistester, bli utviklet.

Nkom mottok kommentarer fra ESA 9. desember 2013, blant annet med en oppfordring til å utvikle marginskvistester for å sikre økonomisk replikerbarhet for tilgangskjøperne i marked 5. På bakgrunn av kommentarene fra ESA gjorde Nkom en fornyet vurdering av behovet for marginskvistester. Nkom fulgte ESAs oppfordring og gjorde det derfor klart i Marked 5-vedtaket at arbeidet med å utvikle en marginskvistest ville starte umiddelbart etter at vedtaket trådte i kraft. Vedtaket i marked 5 bygger således på at Nkom mener regnskapsmessig skille ikke er tilstrekkelig for å kontrollere at Telenor oppfyller ikke-diskrimineringsforpliktelsen som følger av Marked 5-vedtaket, og at Nkom har vurdert det som forholdsmessig å ta i bruk marginskvistest som verktøy for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering på pris.

Når det gjelder innretningen på marginskvismodellen, er denne begrunnet gjennom prinsippene som marginskvismodellen bygger på. Utover å fastslå hvilke prinsipper marginskvistestene vil baseres på, mener Nkom at marginskvisvedtakets vedlegg 1 om prinsipper for marginskvistest for fiberaksess i marked 5 omhandler forholdsmessighetsvurderinger av innretningen på den pålagte marginskvismodellen. Nkom viser i den forbindelse også til vedlegg 5 til marginskvisvedtaket som oppsummerer Nkoms høring av varsel om vedtak om prinsipper og marginskvismodell for fiber i marked 4 og 5. Nkom kan dermed ikke se at det er grunnlag for Telenors påstand om at Nkom ikke har vurdert forholdsmessigheten av den vedtatte

marginskvismodellen. Nkom kan heller ikke se at det er grunnlag for påstanden om at marginskvismodellen går lenger enn formålet tilsier, og viser også i den forbindelse til vurderingene i de to nevnte dokumentene.

#### 2.4.2. Forutberegnelighet

##### Grunnlag

**Telenor** hevder innledningsvis i klagen at legalitetsprinsippet innebærer at inngripende plikter som kan møtes med gebyr/straff krever klart hjemmelsgrunnlag. Telenor mener det er umulig for selskapet å forutberegne egen rettsstilling når kostnader i marginskvistesten skal baseres på ukjente faktorer. Vedtaket setter krav til Telenors prissetting, og det er ikke mulig for Telenor å vite om man oppfyller testen når denne igjen baseres på tilgangskrafters kostnader som Telenor ikke har innsyn i. Ved å skape betydelig uforutsigbarhet for Telenor, vil marginskvistesten etter Telenors mening også påvirke investeringsinsentivene negativt.

##### Nkoms vurdering

Nkom mener marginskvisvedtaket 27. august 2015 oppfyller de krav som følger av legalitetsprinsippet og viser til at det aktuelle pålegget er tilstrekkelig hjemlet i marked 5-vedtaket av 20. januar 2014, som igjen er hjemlet i ekomloven § 3-3, jf. § 3-4. Nkom viser videre til vurderingene ovenfor i kapittel 2.2 og 2.3 av Telenors anførsler i tilknytning til hjemmel og til vurderingene nedenfor av forutberegnelighet.

Når det gjelder forutberegnelighet og plikter etter ekomloven i sin alminnelighet, vil Nkom vise til at pålegg av særskilte forpliktelser etter ekomloven kapittel 4 skal være forholdsmessige, jf. ekomloven § 3-4. Det innebærer blant annet at pålagte plikter skal være egnet til å adressere faktiske og potensielle konkurranseproblemer i det relevante markedet. Etter Nkoms oppfatning er det ikke rimelig å legge til grunn at regulatøren på forhånd skal kunne ta stilling til hvordan ethvert aktuelt konkurranseproblem konkret vil kunne materialisere seg i form av konkurranseskadelig adferd, og dermed hvordan adferden vil bli vurdert opp i mot de pålagte forpliktelsene. I lys av formålet med reguleringen er hjemmelsgrunnlaget for det sektorspesifikke konkurranseregelverket vidt utformet og gir relativt stort rom til å utforme særskilte forpliktelser med et innhold som er egnet til å bøte på de aktuelle konkurranseproblemene. Etter Nkom syn ligger det i forhåndsreguleringens natur at reguleringen ikke kan gi grunnlag for noen absolutt form forutsigbarhet. Det innebærer likevel ikke at Nkom ikke anerkjenner at forutberegnelighet er sentralt også under sektorspesifikk forhåndsregulering. Det gjelder både forutberegnelighet for tilbyder med sterk markedsstilling og for tilgangskjøpere som har rettigheter knyttet til den regulerte tilgangen. Hvilken grad av forutberegnelighet det er hensiktsmessig at reguleringen skal gi, vil imidlertid også måtte avveies opp mot andre hensyn og i særdeleshet hensynet til å fremme reguleringens formål.

Ifølge Telenor innebærer marginskvismodellen at det er umulig for selskapet å forutberegne egen rettsstilling fordi modellen omfatter poster som baserer seg på tilgangskjøperes kostnader og som Telenor derfor ikke har kjennskap til.

Nkom viser først til at vi har lagt til grunn en justert EEO-tilnærming. Det innebærer at utgangspunktet for marginskvismodellen er Telenors egne data, inkludert kostnads- og inntektsdata. Marginskvismodellens formål om sikre økonomisk replikerbarhet av Telenors sluttbrukertilbud for en effektiv alternativ operatør, tilsier imidlertid at det vil kunne være nødvendig å gjøre justeringer på enkelte poster. Slike poster vil i stor grad være knyttet til poster hvor effektive alternative tilbydere ikke kan oppnå tilsvarende stordriftsfordeler som Telenor. Nkom anerkjenner at en justert EEO-tilnærming gir Telenor lavere grad av forutsibarhet enn en like effektiv operatørtilnærming (EEO). Nkom mener imidlertid at justeringene som marginskvismodellen åpner for er begrunnet og forholdsmessige.

Det følger av marginskvisedtaket at Nkom som hovedregel vil foreta marginskvistester med 6 måneders intervaller. Av vedtaket følger det også at Nkom vil innhente relevante data i tilknytning til marginskvistestene. Hensikten med å innhente data i tilknytning til marginskvistestene er å sikre at modellen skal kunne ta høyde for endringer som vil kunne få større betydning for modellresultatet, og dermed å sikre at modellen skal kunne vedvare å være relevant for formålet. Telenor vil i tilknytning til gjennomføring av marginskvistester bli gjort kjent med de tallstørrelser som inngår i marginskvisberegningen. Selv om marginskvisvedtaket åpner for å gjøre justeringer basert på oppdaterte data, vil de justerte dataene som benyttes ved gjennomføring av en marginskvistest være beste prognose for de tilsvarende verdiene i en påfølgende marginskvistest. Dette bidrar til økt transparens om de relevante tallstørrelsene i poster hvor det er aktuelt å gjøre justeringer.

Telenors anførsel om forutberegnelighet er også knyttet til at brudd på ikke-diskrimineringskravet vil kunne møtes med sanksjoner etter ekomregelverket. Nkom fastholder at overtredelsesgebyr vil kunne være en aktuell reaksjon dersom Nkom konstaterer diskriminering ved bruk av marginskvismodellen. Nkom ser imidlertid grunn til å fremholde at overtredelsesgebyr forutsetter at Telenor har brutt den relevante aktsomhetsstandard. Hvilke poster som bidrar til et eventuelt negativt resultat samt til hva som kan anses å være en påregnlige utvikling av disse postene, er forhold som vil måtte tas i betraktning ved aktsomhetsvurderingen.

Med tanke på Telenors forutberegnelighet gjennom bruken av den vedtatte marginskvismodellen, ser Nkom også grunn til å fremheve at ikke-diskrimineringsplikten er en selvstendig plikt for Telenor og gjelder uavhengig av den vedtatte marginskvismodellen. Dersom Nkom ikke hadde vedtatt marginskvismodellen som verktøy for oppfølging av ikke-

diskrimineringskravet, ville plikten til ikke-diskriminering likevel være gjeldene. Marginskvismodellen tar utgangspunkt i Telenors datasett og angir hvilke poster det kan være aktuelt å gjøre justeringer på. Eksistensen av marginskvismodellen med tilhørende prinsipper er etter Nkoms oppfatning egnet til å gi økt forutsigbarhet om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering. Nkom har vanskelig for å se hvordan det forhold at Nkom gjennom marginskvismodellen gir økt forutsigbarhet for aktørene om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering, skulle innebære at hensynet til forutsigbarhet for Telenor ikke lenger er tilstrekkelig ivaretatt. Dette må gjelde selv om marginskvismodellen baseres på en justert EEO-tilnærming og hvor justeringene innebærer at Telenor ikke har visshet om omfanget av justeringene.

For øvrig bemerker Nkom at dersom marginskvistesten ikke skulle vært forutberegnelig, synes det naturlig at ESA hadde påpekt dette i sine kommentarer til det notifiserte vedtaket. ESA kommenterte ikke dette punktet. Derimot oppfordret ESA Nkom om å implementere marginskvistesten så snart som mulig uten forsinkelser. Etter Nkoms oppfatning er det rimelig å forstå ESA slik at marginskvistesten i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til forutberegnelighet.

Til Telenors anførsel om at uforutsigbarheten i marginskvistesten vil påvirke Telenors investeringsinsentiver negativt, viser Nkom til at tilgangsplikt med fasiliterende forpliktelser i seg selv vil kunne være av betydning for investeringsinsentiver. Det gjelder både investeringsinsentiver for tilbyder med tilgangsplikt og for tilbyder som kan nyte godt av tilgangsplikten. De pålagte virkemidlene i marked 5-vedtaket er etter Nkom syns forholdsmessige og balanserer ulike og til dels motstridende hensyn. Dette gjelder også marginskvistesten, og Nkom deler ikke Telenors oppfatning om at marginskvistesten i seg selv påvirker investeringsinsentive negativt.

### **2.4.3. Hovedprinsippene for marginskvistesten lider av feil og mangler**

#### **Grunnlag**

**Telenor** hevder at hovedprinsippene for marginskvistesten lider av en rekke feil og svakheter. Feilene og manglende medfører etter Telenors oppfatning at marginskvismodellen gir sterkt urimelige resultater.

Ifølge Telenor har Nkom feilaktig lagt til grunn at kriteriene i Kommisjonens Anbefaling for å fravike en ren EEO-standard, er oppfylt. Telenor mener at det ikke finnes eksempler på at markedsadgang tidligere har blitt hindret, og videre at alternative operatører kan oppnå tilsvarende skalafordeler som Telenor. Nkoms begrunnelse i vedtaket for at alternative operatører etter objektive kriterier ikke vil oppnå lignende skala som Telenor, er etter Telenors

mening ikke holdbar. Telenor viser blant annet til at den største alternative operatøren, Get, har en markedsandel som tilsvarer 2/3 av Telenors. Nkom har ikke har gitt noen begrunnelse for at Get ikke skal kunne vokse videre og muligens overgå Telenor i størrelse. Telenor mener også at fiberaktørene tilknyttet energiselskaper med regionale baser, vil kunne vokse utover sine nåværende områder, for eksempel gjennom oppkjøp og konsolidering. Telenor viser dessuten til at de alternative operatørene oppnår samme markedsandel i fibermarkedet som Telenor.

For det tilfelle at kriteriene for å bruke en «justert EEO-tilnærming» likevel skulle være tilstede, anfører Telenor at Nkom har lagt til grunn en beregning av relevant markedsandel som er langt under normen for marginskvismodeller og som gir sterkt urimelige resultater. Nkom har lagt til grunn at den modellerte operatøren oppnår 20 % andel av Telenors aksesser på ODP'er med mer enn 1 000 aksesslinjer. Dette fører til at den modellerte operatøren ikke oppnår mer enn 2 % markedsandel av fibermarkedet og således er langt mindre enn effektiv skala skulle tilsi. Den modellete operatøren blir også langt mindre enn mange av de alternative operatørene i det norske fibermarkedet. Dette medfører en uforholdsmessig konkurransevridning i selskapets disfavør. Marginskvistesten innebærer at prisforholdet mellom grossist og sluttbruker må være stort nok til at skalamesig ineffektive operatører garanteres en margin. Operatører med bedre skalafordeler vil dermed kunne underby Telenor uten å måtte ofre marginer som tilsvarer normalavkastning eller muligheten til å ta ut marginer over normalavkastning.

Etter Telenors mening kan denne svakheten i modellen avhjelpest på to alternative måter:

1. Kraftig økning av andelen av Telenors aksesslinjer som den modellerte aktørene benytter seg av.
2. Beholde et lavt antall aksesser fra Telenor, men samtidig modellere effekten av at tjenester levert over disse aksessene også benytter et allerede eksisterende kjernenett som dekker et større antall (ikke-Telenor) aksesser.

### **Nkoms vurdering**

Nkom er enig med Telenor i at Anbefalingen tar utgangspunkt i at nedstrømskostnadene skal beregnes på grunnlag av den regulerte tilbyderens egne kostnader. Nkom er således ikke uenig med Telenor i at Anbefalingen tar utgangspunkt i en like effektiv operatørtilnærming (EEO-tilnærming).

Anbefalingen bygger på at det på nærmere angitte vilkår kan være berettiget å tillate den regulerte aktøren økt prisfleksibilitet sammenlignet med det som følger av den såkalte NGA-anbefalingen<sup>2</sup>. NGA-anbefalingen tar utgangspunkt i at regulert tilgang til NGA-nettverk skal

---

<sup>2</sup> Commission recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), 2010/572/EU

baseres på prisregulering i form av krav om kostnadsorientering. Hensikten med å tillate økt prisfleksibilitet er å fremme insentiver til investere i utrulling av høykapasitetsbredbånd.

Anbefalingen bygger på, og må anses å være konsistent med, NGA-anbefalingen. For å sikre at den økte prisfleksibiliteten ikke fører til overpris i markeder hvor det finnes tilbydere med sterk markedsstilling, fremholder Anbefalingen at den økte prisfleksibiliteten bør følges av mekanismer som sikrer konkurransen. Et slikt sentralt tiltak er krav om ikke-diskriminering basert på prinsippet om EOI (equivalence of input). Prinsippet er i gjeldende regulering beskrevet som at tilgangsproduktene som tilbys eksterne grossistkunder skal være eksakt de samme som leveres internt til egen sluttbrukervirksomhet, og at støttesystemer for bestilling, operasjonell støtte etc. er like for eksterne og interne leveransere. Ikke-diskrimineringskravet i Nkoms vedtak i marked 5 er basert på prinsippet om EEO (equivalence of output). Prinsippet bygger på at den tilbudte grossisttilgangen skal gi grossistkundene mulighet til å tilby samme sluttprodukter i markedet som Telenor tilbyr. Ikke-diskrimineringskravet under den gjeldende reguleringen i marked 5 er således forskjellig fra ikke-diskrimineringskravet som Kommisjonen har lagt til grunn i Anbefalingen.

Et annet utslag av hensynet til å ivareta konkurransen, er at Anbefalingen åpner for at det kan være nødvendig å gjøre justeringer av nedstrømskostnadene til tilbyderen med sterk markedsstilling, for å sikre at marginskivestesten er realistisk<sup>3</sup>. Nkoms overordnede begrunnelse for å benytte en justert EEO-tilnærming er nettopp at en slik justering er nødvendig for å oppnå at marginskivestesten skal være realistisk, og dermed nødvendig for å sikre at testen fyller sitt formål.

Etter Telenors oppfatning har Nkom ikke sannsynliggjort at noen av de to situasjonene Anbefalingen oppgir som berettigede for avvik fra EEO-tilnærmingen, er oppfylt. Den første situasjon er at markedsinngang eller vekst tidligere har blitt forhindret. Nkom har i vedtaket 27. august 2015 ikke argumentert for at denne situasjonen gjør seg gjeldende i Norge og ser følgelig ikke grunn til å kommentere ytterligere om dette alternativet.

Den andre situasjonen Anbefalingen beskriver, er at svært lave volumer og betydelig begrenset geografisk utbredelse sammenlignet med den regulerte tilbyderens NGA-nettverk, indikerer at objektive økonomiske forhold ikke gir alternative tilbydere insentiver<sup>4</sup> til å øke sin skala.

<sup>3</sup> Jf. Anbefalingens fortale punkt 65 og annex 2.

<sup>4</sup> Anbefalingen lyder: “[.. indicate that objective economic conditions do not favour the acquisition of scale by alternative operators [..]”



Nkom ga i vedtaket uttrykk for at det er rimelig å legge til grunn at Telenor har stordriftsfordeler i sitt nett som ikke kan replikeres av konkurrentene i sluttbrukermarkedet for NGA-bredbånd. Nkom begrunnet dette med at Telenor har en markedsandel i det norske sluttbrukermarkedet for NGA-bredbånd som er betydelig høyere enn konkurrentenes, og at Telenor har et integrert kjerne- og aggregeringsnett som bærer disse tjenestene. Ettersom Telenor bruker sitt integrerte kjernenett og distribusjonskanaler også til sine fiberforbindelser, oppga Nkom at denne skalafordelen, i tillegg til å gjøre seg gjeldende i det generelle sluttbrukermarkedet for NGA-bredbånd, også gjør seg gjeldende for det spesifikke fibersegmentet. Nkom fant således at det under norske forhold er indikasjoner på at Telenor har overlegne skalafordeler som det er nødvendig å ta hensyn til for å oppnå en realistisk marginskvestest.

Nkom uttrykte i vedtaket videre at leverandørene av fiberbaserte sluttbrukertjenester i stor grad består av mindre energiselskaper som hovedsaklig grad betjener sluttkunder i et begrenset geografisk område. Nkom viste til at slike selskaper har en beskjeden andel av de totale fiberforbindelsene og at det ikke forventes at et flertall av disse selskapene vil utvide skalaen vesentlig utover sitt nåværende geografiske område i de kommende årene. Nkom konkluderte med at det foreligger indikasjoner på at alternative tilbyderes begrensede geografiske nedslagsfelt sammenlignet med Telenor, tilsier at objektive økonomiske forhold ikke gir de alternative operatørene insentiver til å øke skalaen.

Telenor viser i klagen blant annet til at Get har en markedsandel som tilsvarer 2/3 av Telenors, og at Nkom ikke har gitt noen begrunnelse for at Get ikke skal kunne vokse videre. Nkom anerkjenner at Get har en markedsandel på NGA-tilknytninger som er mer sammenlignbar med Telenors enn hva som gjør seg gjeldende for de øvrige tilbyderne i markedet. Nkom ser imidlertid grunn til å fremholde at Telenor likevel har en markedsandel på NGA-tilknytninger som er ikke ubetydelig høyere enn hva Get har, og vesentlig høyere enn for markedet for øvrig. Nkom ser også grunn til å påpeke at Telenor har en vesentlig høyere markedsandel enn Get når en ser på totalmarkedet for fast bredbånd.

Når det gjelder Telenors anførsel om at de mindre aktørene vil kunne vokse ut over sine nåværende geografiske markeder, viser Nkom til at vi ikke har uttrykt at så ikke vil kunne skje. Det sentrale i Nkoms resonnement er at flertallet av de nevnte aktørene har et begrenset geografisk fotavtrykk sammenlignet med Telenor og at dette forventes å vedvare i den perioden markedsvedtaket vil gjelde. Nkom fastholder denne vurderingen.

Hva gjelder Telenors anførsel om at de alternative operatørene oppnår samme skala som Telenor selv på fiber, viser Nkom til at vurderingen av at Telenor har overlegne bredde- og stordriftsfordeler ikke er knyttet til tilbudet av fiber isolert sett, men derimot til at selskapets bredde- og stordriftsfordeler også gjør seg gjeldende for fibersegmentet.



Etter Nkoms oppfatning har det ikke fremkommet grunner til å fravike konklusjonen i vedtaket 27. august 2015. Nkom mener således at det er indikasjoner på at Telenor har overlegne stordriftsfordeler som det er nødvendig å ta hensyn til for at marginskvistesten for fiber skal være realistisk og at det i det norske markedet er indikasjoner på at objektive økonomiske forhold ikke gir de alternative operatørene insentiver til å øke skalaen.

Nkom kan heller ikke se at det er grunnlag for Telenors subsidiære anførsel om at Nkom har lagt til grunn en beregning av markedsandel som skulle gi sterkt urimelige resultater. Forutsetningen om markedsandel fremgår av marginskvisprinsippene kapittel 3.3 (Vedlegg 1 til vedtaket 27. august 2015) som uttrykker hvilke foretningsmodeller marginskvistesten vil brukes på, og dermed hvilke foretningsmodeller reguleringen tar sikte på å ivareta. Kravet Nkom har stilt til en effektiv alternativ operatør, er 20 % markedsandel av de tilgjengelige aksessene på ODP'er med mer enn 1 000 tilkoblinger. Kravet må anses for å være forholdsvis konservativt sett i lys av hvilken markedsandel alternative operatører har oppnådd basert på kjøp av tilgang og hva som ellers er vanlig å legge til grunn.

Når det gjelder valget om å modellere Telenors nettverk som bestående av tilgjengelige husstander tilkoblet Telenors fibernett på ODP'er med mer enn 1 000 tilkoblede kunder, er også dette valget gjort ut i fra at marginskvistesten skal være realistsk. Valget bygger på at ODP'er med mindre enn 1 000 tilknyttede husstander ikke vil være økonomisk attraktive for en alternativ operatør.

Valget innebærer at forutsetningen om markedsandel for en effektiv alternativ operatør ikke tar utgangspunkt i hele Telenors fibernett. En alternativ tilnærming kunne imidlertid være å modellere hele Telenors fibernettverk, slik Telenor synes å foreslå i sitt alternativ 1. Marginskvismodellen ville i så fall forusette flere tilgjengelige aksesser. Isolert sett ville virkningen av å modellere hele Telenors fibernettverk være at enhetskostnadene i modellen ville reduseres. Å modellere hele Telenors nettverk ville imidlertid også innebære at modellen måtte forutsette tilknytninger på mindre lønnsomme ODP'er, noe som ville trekke i motsatt retning. Nkoms forutsetning er som nevnt valgt utfra hva Nkom har sett som nødvendig for at marginskvismodellen skal fylle sitt overordnede formål, nemlig å sikre økonomisk replikerbarhet av Telenors fiberbaserte sluttbrukerprodukter. Nkom kan ikke se at det har fremkommet argumenter som gir grunnlag for å fravike denne konklusjonen. Nkom kan ikke se at valget om å ikke inkludere ODP'er som trolig ikke vil være økonomisk attraktive for alternativ operatør fremfor å modellere hele Telenors nettverk, skulle innebære at marginskvismodellen modellerer en alternativ operatør som er langt mindre enn den effektive skalaen skulle tilsi, slik Telenor gir uttrykk for.



Nkom bemerker for øvrig at ESA ikke hadde kommentarer til Nkoms bruk av justert EEO. Etter Nkoms oppfatning har det formodningen mot seg at ESA ikke ville bemerket det i sine kommentarer, dersom ESA mente at bruken av justert EEO i lys av norske markedsforhold ikke var i tråd med Kommisjonens Anbefaling.

### 3. Oppsummering og innstilling

Etter Nkoms oppfatning medfører ikke Telenors klage 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 Nkom sin side.

Etter en vurdering av Telenors anførsler og opplysninger, 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 Telenor 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: Telenor ASA, Group Legal, Postboks 800, 1331 Fornebu  
Broadnet AS, Postboks 1 Fornebu, 1330 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 Telenor datert 17. september 2015.