



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Ifølge liste

Deres ref

Vår ref

Dato

15/3480- KSK/HAO/SOA

28.06 2016

Behandling av Nkoms vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert bredbåndsakssess

Samferdselsdepartementet viser til klager fra Telenor Norge AS (Telenor), TDC AS og Get AS (TDC/Get) og Broadnet AS og Homenet AS (Broadnet) 17. september 2015 på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 27. august 2015 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsakssess (Vedtaket). Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29. Det vises videre til Nkoms innstilling i saken 23. november 2015. Videre viser departementet også til korrespondanse mellom partene forut for Vedtaket, herunder blant annet høringskommentarer til Nkoms varsel om vedtak og tilhørende vedlegg.

I brev 16. desember 2015 og 14. april 2016 til Broadnet, Telenor og TDC/Get informerte departementet om at behandling av klagesaken ville bli forsinket på grunn av stor arbeidsmengde.

1. SAKENS BAKGRUNN

Det er anført sammenfallende anførsler fra flere av klagerne i saken og departementet vil derfor behandle klagen samlet. Sakens faktum synes ikke å være omtvistet og det vises derfor til Nkoms fremstilling av faktum i Vedtaket og innstillingen.

Nkom fattet vedtak i marked 4 og 5 20. januar 2014, der Telenor ble pålagt forpliktelser for å bøte på identifiserte konkurranseproblemer i de to markedene. Departementet stadfestet markedsvedtakene med enkelte presiseringer i klagevedtak 18. desember 2014. Telenor er blant annet pålagt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til fiberbasert LLUB,

jf. marked 4-vedtaket og fiberbasert Bredbåndsaksess, jf. marked 5-vedtaket. Telenor er også underlagt krav om ikke-diskriminering. Prinsipper og metode for bruk av marginskvistest i marked 4 og 5 ble sendt på nasjonal høring 10. februar 2015. Nkom 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*. Broadnet, NextGenTel og Telenor kommenterte varselet. I etterkant av varselet foretok Nkom en fornyet vurdering av bruk av marginskvistest i marked 4 og fant at det på daværende tidspunkt ikke ville være forholdsmessig å gjennomføre en marginskvistest i markedet på grunn av det begrensede antall fiberaksesser som var tilgjengelig.

Utkast til vedtak om marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess ble sendt til ESA for notifikasjon 6. juli 2015, og Nkom mottok kommentarer fra ESA i brev 6. august 2015. Nkom fattet Vedtaket 27. august 2015.

Departementet mottok begjæring fra Telenor om utsatt iverksetting av Vedtaket 17. september 2015 samt utdypende kommentarer fra selskapet 28. september 2015. Det ble ikke gitt utsatt iverksetting av Vedtaket. Departementet kom til at verken den foreløpige vurderingen av klagesaken, hensynet til tredjeparter og offentlige interesser eller reversibilitet talte for å gi utsatt iverksetting i dette tilfellet. Departementet la videre vekt på at det ikke synes å foreligge åpenbare rettsmangler ved Vedtaket, som var en av hovedanførselene fra Telenor om utsatt iverksettelse av marginskvistesten.

Departementet er kjent med at Nkom har truffet vedtak om retting av Telenors tilgangspriser i marked 5 og at Nkom har pålagt Telenor å redusere tilgangsprisen for fiberbasert Bredbåndsaksess med 16,9 prosent. I brev av 12. mai 2016 til departementet har Telenor begjært utsatt iverksettelse av Nkoms vedtak. I avgjørelse av 2. juni 2016 besluttet departementet å gi utsatt iverksettelse på vilkår inntil klagesaken er endelig avgjort. Som forutsetning for utsatt iverksettelse er Telenor pålagt å opprette en sperret konto pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet. Til den sperrede kontoen skal Telenor ved hver fakturering overføre mellomlegget mellom den opprinnelige grossistprisen og den reduserte grossistprisen med virkning fra og med 6. juni 2016 og frem til klagesaken er avgjort.

2. RETTSLIG KLAGEINTERESSE

Det følger av ekomloven § 9-1 at forvaltningslovens regler gjelder for behandling av saker etter ekomloven når annet ikke er bestemt. Forvaltningsloven fastsetter at enkeltvedtak kan påklages av den som er part i saken eller andre med "rettslig klageinteresse", jf. forvaltningsloven § 28 første ledd.

Vedtaket er rettet direkte mot Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og part i saken. Telenors klagerett er derfor uomtvistet. Andre parter kan anses for å ha rettslig klageinteresse dersom interessen "har slik art og styrke at det er rimelig å gi ham et rettskrav på å få vedtaket overprøvet", jf. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave side 511. Etter rettspraksis kan konkurranseforhold også danne grunnlag for rettslig klageinteresse.

I denne saken er pliktene som pålegges Telenor bestemmende for om andre ekomaktører får tilgang til Telenors infrastruktur, og på hvilke vilkår slik tilgang skal gis. Reguleringen av Telenor er derfor etter departementets vurdering av så stor betydning for Broadnet og TDC/Gets rammebetingelser som tilgangskjøpere, at rettslig klageinteresse må anses å foreligge for disse to selskapene. Departementet viser for øvrig til forvaltningspraksis i lignende saker, og går ikke nærmere inn på dette.

3. DEPARTEMENTETS VURDERING

3.1 Ugyldighet

3.1.1 Hjemmelsgrunnlag

Telenor har anført at Vedtaket er ugyldig på grunn av manglende hjemmel i ekomloven § 4-7 og at Vedtaket dessuten mangler den nødvendige forankringen i marked 5-vedtaket. Telenor mener at Nkom i marked 5-vedtaket burde drøftet behovet for en marginskvistest i markedsanalysen for å dokumentere konkurranseproblemer som understøtter behovet for den valgte marginskvismodellen, jf. ekomloven § 3-4 og Tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4.

Telenor hevder videre at Nkoms beskrivelse av marginskvistesten om at testen skal "*sikre at kjøpere av fiberbasert grossisttilgang skal kunne replikere Telenors fiberbaserte sluttbrukerprodukter med en rimelig total margin*", går utover ikke-diskrimineringsplikten slik denne plikten følger av ekomloven § 4-7.

Det første spørsmålet departementet må ta stilling til er om det er adgang til å benytte marginskvistest til å følge opp kravet til ikke-diskriminering, jf. ekomloven § 4-7.

Ekomloven § 4-7 første og annet ledd lyder slik:

"Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til eksterne tilbydere på ikke-diskriminerende vilkår.

Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til andre tilbydere på samme eller likeverdige vilkår og til samme eller likeverdige kvalitet som det tilbys egen virksomhet, datterselskaper eller partnervirksomheter."

Mens bestemmelsens første ledd pålegger tilbyder å ikke diskriminere mellom eksterne tilgangskjøpere, retter bestemmelsens annet ledd seg mot tilbyders plikter overfor interne og eksterne tilgangskjøpere.

I merknad til ekomloven § 4-7, jf. Ot.prp.nr.58 (2002-2003) på side 104 fremgår det at bestemmelsen:

"innebærer en slags «beste vilkårs bestemmelse» i den forstand at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys til andre konkurrerende tilbydere. Bestemmelsens annet ledd hjemler myndighetenes adgang til å pålegge tilbyder å tilby samme eller likeverdige kvalitet og -vilkår til konkurrerende tilbyder som til egne. Det er særlig viktig å kunne pålegge tilbyder med sterk markedsstilling som er vertikalt integrert, ikke-diskriminering ved salg av nett eller tjenester mellom egne og eksterne enheter som konkurrerer i samme nedstrømsmarked."

Det ligger i "tilsvarende vilkår skal tilbys til andre konkurrerende tilbydere" et krav om at den regulerte aktøren skal tilby alle tilgangskjøpere, både interne og eksterne, likeverdige eller samme vilkår. Både prisvilkår og andre vilkår omfattes av ikke-diskrimineringsplikten. Bestemmelsen er ment å sikre mot tilfeller der tilbyder med sterk markedsstilling fastsetter tilgangspriser som nødvendiggjør at den konkurrerende aktør for å overleve i markedet, må øke egne sluttbrukerpriser, mens tilbyder med sterk markedsstilling fortsetter å tilby egne aktører og for så vidt andre konkurrenter lavere tilgangspris for samme produkt. Dette utgjør en prisklemme.

For å oppnå målsetningen om bærekraftig konkurranse i det enkelte marked er regulering nødvendig når en tilbyder har sterk markedsstilling. Det settes krav til adferden til tilbyder med sterk markedsstilling for å sikre seg mot at denne virksomheten utnytter egen markedsposisjon for å begrense eller vri konkurransen til virksomhetens egen fordel. Gjennom kravet om ikke-diskriminering slik dette fremgår av ekomloven § 4-7, presisert i marked 5-vedtaket og Vedtaket er det lagt føringer på Telenors adferd i marked 5. Ettersom plikten til ikke-diskriminering i medhold av ekomloven § 4-7, jf. vurderingen ovenfor både kan rette seg mot pris og andre vilkår, utgjør kravet til ikke-diskriminering som er pålagt Telenor, en mild form for prisforpliktelse. Det vises blant annet til departementets klagevedtak i marked 15, 6. april 2011 punkt 7.6. Prisforpliktelsen regnes som "mild" fordi det er Telenor som gjennom salg til dattervirksomheter og eksterne virksomheter selv fastsetter "maksimalprisen" for prisforpliktelsen.

Telenor anfører at Vedtaket er ugyldig fordi marginskvistesten ikke er hjemlet i ordlyden i ekomloven § 4-7 om ikke-diskriminering eller forarbeidene til bestemmelsen. Departementet viser til at det er nødvendig at de plikter Telenor er ilagt, følges opp for å oppnå reguleringens målsetninger. Det følger ikke av ordlyden i § 4-7 hvordan ikke-diskrimineringsplikten vil bli fulgt opp. Det er heller ikke angitt konkret i tilsynsbestemmelsen § 10-1 hvordan tilsyn skal føres. Nkom skal imidlertid føre tilsyn med at krav fastsatt i eller i medhold av loven er oppfylt, og velger selv hvordan tilsynet skal føres innenfor forvaltningens rammer og innenfor de rammer som følger av den felleseuropeiske reguleringen av sektoren. Spørsmålet departementet må ta stilling til i det følgende er om marginskvistesten er forholdsmessig og egnet til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten, jf. § 4-7 (forvaltningsrettslige rammer), og om marginskvistesten ligger innenfor den felleseuropeiske ekomreguleringen (ekompakken).

Departementet viser til at EUs ekompakke er implementert i norsk rett gjennom ekomloven og at et av hovedformålene med ekompakken er å harmonisere ekomregelverket i Europa. Harmoniseringen skal både skje på regelverks- og enkeltvedtaksnivå. Det følger av Norges

forpliktelser etter EØS-avtalen og av ekomloven § 3-3 at utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling skal skje i samsvar med retningslinjer og anbefalinger som er utarbeidet av EU-kommisjonen og senere også vedtatt av EFTA Surveillance Authority (ESA). For å sikre at regelverket anvendes så harmonisert som mulig innenfor fellesskapet og på enkeltvedtaksnivå har European Regulators Group for electronic communications networks and services (ERG) utarbeidet retningslinjer for virkemiddelbruk som skal legges til grunn av de nasjonale tilsynene.

I henhold til ekomloven § 9-3 første ledd som angir prosedyren for europeiske konsultering av forslag til nasjonale enkeltvedtak, skal "et begrunnet forslag sendes til EFTAs overvåkningsorgan for konsultasjon med sikte på europeisk harmonisering" når en avgjørelse etter §§ 3-2 annet ledd, 3-3, 3-4 første ledd, 4-1 fjerde ledd og 4-2 annet ledd "vil kunne påvirke handelen mellom EØS-landene". Det følger av bestemmelsen at EFTAs overvåkningsorgan og andre berørte myndigheter innenfor EØS-området kan gi sine kommentarer til forslaget. Nkom skal så langt som mulig ta hensyn til ESAs merknader. For å sikre harmoniseringen kan EFTAs overvåkningsorgan i enkelte tilfeller kreve at forslag til vedtak trekkes tilbake, jf. § 9-3 tredje ledd. Det er departementets oppfatning at uttalelser fra Kommisjonen og ESA står sentralt i forståelsen av om marginskvistesten er egnet til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten.

Som et ledd i harmoniseringen har Kommisjonen gitt enkelte anbefalinger for å rettlede tilsynene i deres arbeid. Det følger av Kommisjonens anbefaling 11. september 2013 *On consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment* (Anbefalingen) at det kan benyttes en økonomisk test til å følge opp plikter som er ilagt tilbyder identifisert å ha sterk markedsstilling i et relevant marked. I fortalen punkt 61 fremgår det:

"In order to establish whether alternative access seekers can economically replicate a downstream offer provided by the SMP operator with the regulated wholesale input available, in cases where wholesale price regulation should not be imposed, an NRA should undertake an economic replicability test. (...) The purpose of the economic replicability test is to ensure, in combination with the other competitive safeguards (...) that SMP operators do not abuse this pricing flexibility in order to exclude (potential) competitors from the market."

Det ovennevnte må forstås som at en "economic replicability test" bør benyttes i tilfeller der det er pålagt ikke-diskrimineringsplikt, for å sikre at en tilgangskjøper har mulighet til å tilby et tilsvarende sluttbrukerprodukt som den regulerte tilbyderen med sterk markedsstilling. Departementet viser til at Telenor er ilagt ikke-diskrimineringsplikt i markedet for fiberbasert Bredbåndsaksess, jf. ekomloven § 4-7. Det er følgelig departementets oppfatning at det følger av Anbefalingen at det er adgang til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten ved bruk av en "economic replicability test".

Departementet viser videre til ESAs svarbrev til Nkom 6. august 2015 på Nkoms notifisering av *Notification of draft decision concerning monitoring of compliance with the obligation of*

non-discrimination using margin squeeze test for fibre-based broadband access. Selv om ESA ikke har noen formell rolle i departementets klagebehandling, tillegges uttalelsene vekt i det enkelte tilfellet blant annet på grunn av hensynet til harmonisering i ekommarkedene i Europa. Det fremgår av ESAs svarbrev:

"The Authority recalls that the ex ante ERT, which is the object of the draft decision and this comments letter, is different from and without prejudice to margin squeeze tests that may be conducted ex post pursuant to competition law."¹

Nkom har notifisert en ex ante economic replicability test til ESA. I Vedtaket betegner Nkom testen som en marginskvistest. ESA har 6. august 2015 inngitt sine kommentarer til de prinsipper og metoder Nkom vil legge til grunn for marginskvistesten. ESA ga i kommentaren klare tilbakemeldinger til Nkom om valg av prinsipper og metoder for testen samt en oppfordring til Nkom om å fastsette klarere sanksjoner ved et eventuelt brudd på testen. Dersom ESA hadde ment at marginskvistesten som er notifisert, ikke kunne benyttes til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten, er det departementets oppfatning at ESA ville ha gitt uttrykk for dette og bedt Nkom avstå fra å treffe vedtak og/eller benytte testen. Det er departementets syn at ESAs uttalelser ytterligere understøtter at det kan utarbeides en marginskvistest for å følge opp plikten til ikke-diskriminering.

Departementet viser også til våre uttalelser om bruk av marginskvistest for å følge opp ikke-diskrimineringsplikten. I vedtak 26. november 2014 fremgår det at ikke-diskrimineringsplikten kan følges opp ved bruk av marginskvistest (vår utheving):

"[i] departementets klagevedtak 6. april 2011 fremgår det at det kan være hensiktsmessig at ikke-diskrimineringsplikten følges opp ved bruk av marginskvistester som bygger på et REO-prinsipp. REO-prinsippet tar utgangspunkt i tilgangskjøperens kostnader ved fastsetting av relevante kostnader. Dette innebærer at myndigheten har presisert at ikke-diskrimineringsplikten kan følges opp ved bruk av marginskvistester som bygger på et REO-prinsipp."

Uttalelsen knytter seg til bruk av marginskvistest for å følge opp kravet til ikke-diskriminering i marked 15. Uttalelsen har imidlertid overføringsverdi til marked 5 fordi virkemidlene jf. ekomloven kapittel 4, som kan pålegges tilbyder med sterk markedsstilling, gjelder for flere markeder.

Ekommyndigheten skal føre tilsyn med pålegg fastsatt i eller i medhold av loven, jf. ekomloven § 10-1. Dette gjelder også krav til ikke-diskriminering etter § 4-7. Det følger som nevnt over av ekomloven § 3-4 første ledd jf. tredje ledd, jf. § 9-3 første ledd første punktum at pålegg av virkemiddel skal harmoniseres på europeisk nivå. Kommisjonen's Anbefaling er ment å sikre harmonisert og konsistent bruk og oppfølging av ikke-diskrimineringsforpliktelsen innenfor fellesskapet. Anbefalingen er innlemmet i EØS-

¹ Med ex ante ERT menes economic replicability test ex ante.

avtalen. Det er departementets syn at marginsskvistesten som er utviklet av Nkom, i denne saken, er en economic replicability test i henhold til Anbefalingen og at marginskvistesten dermed ligger innenfor det den felleseuropeiske ekomreguleringen angir som egnede virkemiddel til å følge opp en ikke-diskrimineringsplikt som den Telenor er pålagt i marked 5. Når det gjelder forholdsmessighet vises det til vurderingen nedenfor.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Vedtaket ikke har tilstrekkelig hjemmel i marked 5-vedtaket, viser departementet til at det i marked 5-vedtaket ble foretatt en markedsanalyse og en vurdering av om det var behov for regulering i markedet. På bakgrunn av vurderingen i marked 5 ble Telenor pålagt plikt om ikke-diskriminering. Denne plikten ble så presisert av Nkom i Vedtaket sammen med en detaljert angivelse av marginskvistesten, og hvordan Nkom ville føre tilsyn med Telenors overholdelse av ikke-diskrimineringsplikten. I forbindelse med omtale av oppfølging av ikke-diskrimineringsplikten i marked 5-vedtaket uttalte Nkom følgende:

"[e]n marginskvistest for fiberbasert Bredbåndsaksess vil kunne gi PT 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".

Det er videre grunn til å merke seg departementets klagevedtak 18. desember 2014 side 39 der det fremgår at ikke-diskrimineringsplikten Telenor ble pålagt i marked 5-vedtaket ville bli nærmere presisert og at:

"[f]orpliktelsen 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 utarbeides 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".

Det fremgår av det ovennevnte at ikke-diskrimineringsplikten Telenor ble pålagt i marked 5-vedtaket ville bli presisert og fulgt opp av en marginskvistest for å sikre at Telenor ikke opptrer i strid med ikke-diskrimineringsplikten selskapet er pålagt. Telenors anførsel om marked 5-vedtaket på dette punkt, fører ikke frem.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Nkom burde drøftet behovet for en marginskvistest i markedsanalysen i vedtaket i marked 5 for å dokumentere konkurranseproblemer som understøtter behovet for den valgte marginskvismodellen, jf. ekomloven § 3-4, viser

departementet til at Nkom i markedsanalysen analyserte og drøftet behovet for regulering i marked 5. Telenor ble funnet å ha sterk markedsstilling og pålagt ikke-diskrimineringsplikt. Telenor synes å etterspørre en vurdering knyttet til bruk av marginskvistest for å dokumentere at dette er nødvendig av hensyn til konkurransesituasjonen i markedet. Departementet viser til at det er illeggelse av ikke-diskrimineringsplikten som anses som nødvendig av hensyn til konkurransesituasjonen i markedet. Marginskvistesten er et verktøy for å følge opp ikke-diskrimineringsplikten. Telenors anførsel på dette punkt fører ikke frem.

Telenor har videre anført at Vedtaket burde vært fastsatt sammen med marked 5-vedtaket, og hevder dette må føre til at Vedtaket er ugyldig. Departementet er ikke uenig med Telenor i at marginsskvistesten ideelt sett burde vært fastsatt samtidig med marked 5-vedtaket. Det ville gitt Nkom et oppfølgingsverktøy med en gang reguleringen var fastsatt, noe som ville bidratt til bedre håndheving av reguleringen samt være egnet til raskere å nå målsetningen om tilstrekkelig konkurranse i markedet. Men departementet kan imidlertid ikke se at fastsettelse av Vedtaket i etterkant av marked 5-vedtaket i seg selv er grunnlag for å anse Vedtaket ugyldig. Riktignok er det uheldig fra et konkurranseståsted at det mest detaljerte og effektive oppfølgingsverktøyet først fastsettes halvannet år etter reguleringen, men etter det departementet kjenner til foreligger det ikke indikasjoner på at konkurransesituasjonen i markedet har endret seg siden marked 5-vedtaket i den grad at testen er ugyldig. Vedtaket bygger på korrekt markedsinformasjon, og det er etter det departementet kjenner til ikke grunnlag for å anta at det ville være valgt andre prinsipper eller metoder for oppfølging dersom det hadde blitt foretatt en ny markedsanalyse. Ikke-diskrimineringsplikten Telenor har vært underlagt i mellomperioden har kunnet følges opp av regnskapsmessig skille. Regnskapsmessig skille er, etter departementets oppfatning, ikke et tilstrekkelig verktøy alene i denne saken til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten effektivt. Nkom har i mellomperioden derfor hatt færre verktøy til å følge opp om Telenor oppfyller plikten til ikke-diskriminering. Vedtak om retting 9. mai 2016 pålegger Telenor å rette tilgangsprisene fremover i tid. Departementet kan ikke se at mellomperioden isolert sett har vært til ugunst for Telenor. Det er på denne bakgrunn departementets vurdering at Vedtaket ikke kan anses for å være ugyldig som følge av fastsettelsestidspunkt halvannet år etter marked 5-vedtaket.

Telenor har anført at den foreliggende Marginskvistesten går utover hva som følger av ekomloven § 4-7 om ikke-diskriminering fordi marginskvistesten er beskrevet av Nkom som at testen skal "sikre at kjøpere av fiberbasert grossisttilgang skal kunne replikere Telenors fiberbaserte sluttbrukerprodukter med en rimelig total margin".

Departementet viser til at den nærmere presiseringen av ikke-diskrimineringsplikten i marked 5 som fremgår av Vedtaket, er forankret i den grunnleggende plikten i ekomloven § 4-7. Hensikten med Vedtaket er å presisere innholdet i – og operasjonalisere oppfølgingen av – ikke-diskrimineringsplikten. Departementet viser til at det er en grunnleggende utfordring forbundet med ikke-diskrimineringsplikten generelt, at det i mange tilfeller ikke uten videre kan observeres om plikten er overholdt eller ikke. Dette er bakgrunnen for at det er behov for å innføre en detaljert test som marginskvistesten, for å følge opp plikten. En slik test er, etter departementets oppfatning, egnet til å gi et bilde av om ikke-diskrimineringsplikten overholdes eller ikke. Departementet mener at dersom testen viser en negativ margin, er dette

en god indikasjon på at ikke-diskrimineringsplikten ikke overholdes, gitt hvordan testen er bygget opp. Det er ikke grunn til å tro at Telenor reelt sett tilbyr konkurrerende tilbydere samme eller likeverdige prisvilkår som den interne virksomheten dersom testen viser et negativt resultat. Det er, etter departementets oppfatning, dette som er bakgrunnen for at marginskvistesten er beskrevet av Nkom som at testen skal "sikre at kjøpere av fiberbasert grossisttilgang skal kunne replikere Telenors fiberbaserte sluttbrukerprodukter med en rimelig total margin".

Departementet viser videre til Nkoms innstilling til Telenor 27. november 2016 på side 5 om at marginskvismodellen er "konservativt innrettet, og at justeringene gjøres for å sikre at en effektiv alternativ tilgangskjøper, uten Telenors stordriftsfordeler, skal kunne tilby konkurrerende produkter til Telenors fiberbaserte sluttbrukerprodukter". Begrepet konservativt innrettet modell må forstås som at det er lagt til grunn et rimelig kostnads- og inntektsnivå som gjenspeiler de reelle kostnadene for en alternativ aktør av den gitte størrelsen. På bakgrunn av det ovennevnte er det departementets vurdering at Nkoms beskrivelse av marginskvistesten er innenfor hva som må forstås å ligge i kravet til ikke-diskriminering.

Telenor hevder at regnskapsmessig skille er tilstrekkelig for å kontrollere at Telenor oppfyller ikke-diskrimineringsplikten som følger av Marked 5-vedtaket. Departementet viser til at oppfølging av ikke-diskrimineringsplikten kun ved regnskapsmessig skille ville innebære en svært overordnet oppfølging på porteføljenivå. Departementet viser videre til at regnskapsmessig skille, basert på det årlige finansregnskapet, innebærer at resultatet for de ulike forretningsområder som inngår i de separate regnskapene fremkommer en viss tid i etterkant av den perioden regnskapene gjelder for, mens marginsskvistesten innebære en ex ante test av de foreliggende prisvilkårene. Dette innebærer at regnskapsmessig skille etter departementets oppfatning er et mye svakere verktøy til å kunne føre aktivt tilsyn med om plikten til ikke-diskriminering overholdes, enn en marginskvistest. Departementet er derfor ikke enig i at regnskapsmessig skille i dette tilfellet er tilstrekkelig. Telenors anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.

3.1.2 Vedtaket er uforholdsmessig og ikke forutberegnelig

Telenor har anført at marginskvistesten er uforholdsmessig og at Vedtaket dessuten ikke gir Telenor tilstrekkelig forutberegnelighet. Når det gjelder anførselen om mangel på forutberegnelighet viser departementet til at Telenor i marked 5-vedtaket ble pålagt plikt om å ikke diskriminere. I departementets klagevedtaket 18. desember 2014 ble det gjort klart at ikke-diskrimineringsplikten ville presiseres nærmere og at det ville klarlegges metode for hvordan plikten ville bli fulgt opp, i et eget vedtak. Våren 2015 sendte Nkom på høring forslag til nærmere presisering av ikke-diskrimineringsplikten og metoden for oppfølging. Dette innebærer at Telenor på et tidlig stadium i prosessen har blitt kjent med hvilke prinsipper og metode Nkom ville legge til grunn i sin undersøkelse av om Telenor overholder ikke-diskrimineringsplikten. Det vises videre til at Telenor har fått tilsendt en demo-modell av marginskvistesten, og har hatt mulighet til å undersøke om selskapet overholder kravet til ikke-diskriminering. I Vedtaket 27. august 2015 ble det nærmere innholdet i ikke-diskrimineringsplikten for marked 5 presisert. Samtidig redegjorde Nkom for hvordan plikten

ville bli fulgt opp og at utføring av tester kun ville gjelde fremover i tid. Departementet bemerker videre at etter at Nkom har samlet inn informasjon fra Telenor og foretatt en marginskvistest, sender Nkom avhengig av testens resultat eventuelt et varsel om retting til Telenor. Telenor vil kunne uttale seg om varselet. Nkom vil deretter eventuelt kunne treffe vedtak om retting, og et eventuelt pålegg om retting vil skje fremover i tid. Det vises i denne forbindelse til Nkoms vedtak om retting 9. mai 2016 der Telenor ble gitt frist til 6. juni 2016 med å rette prisene. Telenor får derfor tilstrekkelig med tid til å innrette seg og sikre at selskapet overholder ikke-diskrimineringsforpliktelsen fordi rettefristen vil gjelde fremover i tid og Telenor får derfor mulighet til å justere prisene. Etter departementets oppfatning gir Vedtaket sammenholdt med at det kreves retting fremover i tid i de tilfeller det avdekkes uriktige priser, Telenor tilstrekkelig forutberegnelighet.

Når det gjelder anførselen om uforholdsmessighet vises det til vurderingen ovenfor under punkt 3.1.1 om at marginskvistesten er egnet til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten, jf. ekomloven § 4-7. Departementet mener at Vedtaket er forholdsmessig. Telenors anførsel på dette punkt fører ikke frem.

3.1.3 Konklusjon

I lys av det ovennevnte har departementet kommet til at Telenors anførsel om at Vedtaket er i strid med § 4-7, at det foreligger manglende forankring av marginskvistesten i marked 5-vedtaket og at marginskvistesten går utenfor ekomloven § 4-7, ikke tas til følge. Departementet har videre kommet til at heller ikke Telenors anførsler knyttet til uforholdsmessighet og manglende forutberegnelighet kan tas til følge. Telenors anførsler knyttet til at Vedtaket er ugyldig fører ikke frem.

3.2 Anvendelse av justert EEO

3.2.1 Innledning

Nkom har i vedtaket lagt til grunn en såkalt justert EEO-tilnærming (Equally efficient operator) for marginskvistesten i marked 5. Dette betyr blant annet at testen benytter Telenors kostnadsdata som utgangspunkt for beregning av relevante nedstrømskostnader, og at det, der det er berettiget, blir foretatt skalajusteringer, jf. vedlegg 1 til vedtaket pkt. 3.1.

3.2.2 Departementets vurdering

Telenor anfører at det ikke er adgang til å legge til grunn noe annet enn en ren EEO-tilnærming i dette tilfellet. Telenor viser til at det går klart frem av Kommisjonens anbefaling punkt 56 jf. vedlegg II at Kommisjonen anbefaler en ren EEO standard. Det kan ifølge Anbefalingen gjøres unntak fra utgangspunktet om ren EEO der enten markedstilgang eller vekst tidligere er blitt hindret, eller hvor det er indikasjoner på at objektive økonomiske forhold ikke gir alternative tilbydere insentiver til å øke sin skala. Kriteriene for avvik er ifølge Telenor ikke tilstede i det norske fibersegmentet, og Nkom har ifølge Telenor heller ikke sannsynliggjort dette. Telenor peker blant annet på at Nkom ser bort fra markedsandeler på fiber og velger å se på markedsandeler for NGA. Telenor peker videre på at Nkom forutsetter at selskaper som Lyse og Viken ikke vil utvide tilbudet utenfor de områdene selskapene er i nå. Telenor mener at det ikke er hold i denne forutsetningen. Telenor viser

videre til at Get har omtrent 2/3 av markedsandelen til Telenor for NGA bredbånd, og mener at det er ingen grunn til at dette selskapet ikke skal kunne utvide sin skala. Telenor peker dessuten på at skalaen til Get uansett er langt større enn den markedsandelen på 20 prosent som er lagt til grunn i marginskvismodellen.

Departementet viser til at Anbefalingen åpner for at det kan være nødvendig å gjøre justeringer av nedstrømskostnadene til tilbyderen med sterk markedsstilling for å sikre at marginskvistesten er realistisk. Departementet viser videre til Nkoms innstilling til Telenors klage, pkt. 2.4.3. Det understrekes her at Nkom ikke er uenig med Telenor i at Anbefalingen tar utgangspunkt i en like effektiv operatørtilnærming (EEO-tilnærming). Nkoms begrunnelse for å benytte justert EEO er at en slik tilnærming er nødvendig i det norske markedet for å oppnå at marginskvistesten skal være realistisk og dermed bidra til at testen oppfyller formålet med reguleringen. Nkom har kommet til at Telenor har stordriftsfordeler som ikke kan replikeres av konkurrentene i sluttbrukermarkedet for NGA-bredbånd. Et viktig premiss for denne vurderingen er Telenors markedsandeler i det norske sluttbrukermarkedet for NGA-bredbånd som er betydelig høyere enn konkurrentenes, samt en vurdering av alternative tilbyders muligheter til å vokse i markedet. På grunnlag av disse konklusjonene har Nkom konkludert med at objektive økonomiske forhold ikke gir alternative tilbydere insentiver til å øke sin skala, jf. Anbefalingen, vedlegg II. Departementet er enig i disse vurderingene. Telenor har, etter departementets oppfatning, en betydelig fordel som blant annet skyldes selskapets historiske stilling som monopolist i ekommarkedet i Norge. Foreløpig er det ikke noe som tyder på at andre tilbydere vil ha mulighet til å oppnå en markedsandel på Telenors nivå. Når det gjelder Telenors anførsel om at Get har en markedsandel på omtrent 2/3 av Telenors, og dermed er sammenliknbar med Telenor med tanke på skala, vil departementet peke på at selskapet i dag ifølge siste statistikk har en markedsandel på 62 prosent av Telenors i NGA-markedet, men at dette likevel er en betydelig lavere markedsandel enn Telenors. Nyere statistikk (2015) enn den som er presentert i Vedtaket (2014) viser heller ingen tegn til at størrelsesforholdet mellom Telenor og den nest største aktøren (Get) er i ferd med å endre seg til Gets fordel. Etter departementets vurdering endrer ikke sammenlikningen med Get konklusjonen om at Telenor har stordriftsfordeler som ikke kan replikeres av konkurrentene.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Nkom har valgt å se bort fra markedsandeler på fiber og i stedet velger å se på markedsandeler for NGA, vil departementet peke på at Anbefalingen omhandler regulering av NGA og anviser i hvilke tilfeller en nasjonal regulatør kan fravike prisregulering for NGA-tjenester og herunder i hvilke tilfeller det også vil være akseptabelt å benytte en justert EEO tilnærming i marginskvistesten. Dette indikerer at markedsandeler for NGA-bredbånd (og ikke fibersegmentet) må være det relevante vurderingskriterium.

Departementet er på bakgrunn av det ovenstående enig med Nkom i at det er nødvendig å anvende en justert EEO i det norske markedet for at marginskvistesten skal være realistisk.

3.3 Relevant markedsandel

3.3.1 Innledning

Ved spesifisering av marginskvistesten er det nødvendig å definere forretningsmodellen(e) som testen skal brukes på. I forbindelse med valg av forretningsmodell er det nødvendig å vurdere hvilket abonnementsstall, og den tilhørende markedsandelen, den alternative tilbyderen kan få i sluttbrukermarkedet. Nkom har i vedtaket lagt til grunn en forretningsmodell hvor det estimeres at den alternative tilbyderen har en markedsandel på 20 prosent av de tilgjengelige husstandene som er tilkoblet Telenors fibernett på ODP'er² med mer enn 1000 tilkoblede kunder. Dette angir det volum den alternative tilbyderen oppnår i modellen.

3.3.2 Departementets vurdering

Telenor hevder at en markedsandel på 20 prosent av Telenors aksesser på ODP'er med mer enn 1000 aksesslinjer er for lav. Beregningsmåten fører til at den modellerte aktøren har en svært lav andel av fibermarkedet. Operatøren som modelleres oppnår ikke mer enn ca. 2 prosent markedsandel ettersom denne begrenses til 20 prosent av et subset på 60 prosent (andel av Telenors linjer på relevante ODP'er) av linjene til en aktør med begrenset markedsandel (Telenor med 18 prosent). Telenor mener at marginskivistesten dermed forutsetter en alternativ tilbyder som er langt mindre effektiv skalamessig enn mange av de alternative tilbyderne som faktisk opererer i det norske fibermarkedet, og at dette derfor utgjør en uforholdsmessig konkurransevridning. Etter Telenors oppfatning kan denne svakheten avhjelpest enten gjennom en kraftig økning i andelen av Telenors aksesslinjer den modellerte aktøren benytter seg av eller ved at antall grossistaksesser fra Telenor beholdes på et lavt nivå, men at man samtidig modellerer effekten av at tjenester levert over aksessene også benytter seg av et eksisterende kjernenettverk som dekker et større antall (ikke-Telenor) aksesser.

Departementet viser til at marginsskvistesten skal modellere mulighetene for økonomisk replikerbarhet basert på salg av fiberbasert bredbånd gjennom kjøp av Telenors grossistprodukt (VULA). Departementet viser til diskusjonen ovenfor hvor det fremgår at EEO skal justeres for at marginskvistesten skal være realistisk. Etter departementets oppfatning innebærer dette at modellen må innrettes slik at en hypotetisk tilbyder som baserer sin forretningsmodell på kjøp av tilgang i Telenors fiberaksessnett, skal ha mulighet til å oppnå en positiv margin gjennom kjøp av et realistisk antall fiberaksesser. Abonnementsstall og tilhørende andel av Telenors tilgjengelige fiberaksesser må for den alternative tilbyderen settes med dette som utgangspunkt. Departementet viser til at det i dag kun er én tilbyder som kjøper grossisttilgang hos Telenor i marked 5. Denne tilbyderen har etter det departementet har fått opplyst, oppnådd en andel av Telenors aksesser på relevante ODP'er på 12,2 prosent.

Videre er det departementets vurdering at det ikke kan forventes at en alternativ tilbyder som skal inngå i modellen allerede har et landsdekkende kjernenett som kan benyttes til å tilby bredbånd i sluttbrukermarkedet. Departementet viser til at de eksisterende alternative

² ODP: Operator Delivering Port; punkt i Telenors nett hvor tilgang til grossistilgang for fiberaksess (VULA) gis.

fiberaktørene i dag har en forretningsmodell som går ut på å bygge egne aksesser og ikke kjøpe grossisttilgang hos Telenor. Videre har de eksisterende alternative fiberaktørene for det meste et geografisk lokalt avgrenset nedslagsfelt som innebærer at nytten av et eksisterende kjernenett i modellen ville blitt begrenset, fordi modellen baserer seg på en andel av Telenors tilgjengelige ODP'er som befinner seg i flere forskjellige deler av landet.

Departementet kan på denne bakgrunn ikke se at Telenors anførsel om at 20 prosent av Telenors tilgjengelige fiberaksesser er for lavt kan føre frem. Modellen vil heller ikke bli justert slik at den tar høyde for at en alternativ tilbyder benytter seg av et allerede eksisterende kjernenett

3.4 Marginskvistest i marked 4

3.4.1 Innledning

Det fremgår av Nkoms vedtak av 20. januar 2014 at Nkom ville utvikle marginskvistester for både fiberbasert LLUB (marked 4) og for fiberbasert Bredbåndsaksess (marked 5). Nkom startet derfor i 2014 arbeidet med å utvikle tester for begge markedene. Etter at Nkom våren 2015 fikk opplyst at Telenor hadde startet en prosess med å konvertere sitt største punkt-til-punkt (PTP) fiberaksessnett over til GPON-teknologi, konkluderte Nkom med at det ikke lenger var grunnlag for å utvikle en marginskvistest for fiberbasert LLUB (marked 4) som følge av det svært begrensede antall aktuelle fiberaksesser som da ville være tilgjengelig.

3.4.2 Departementets vurdering

Broadnet anfører at selskapet ikke kan se at Anbefalingen åpner for at det kan unnlates å gjennomføre en økonomisk replikabilitetstest i marked 4. Selskapet mener at det tvert imot følger av Anbefalingen punkt 48 at nasjonale tilsynsmyndigheter skal pålegge en slik sikkerhetsmekanisme dersom myndigheten velger ikke å prisregulere passiv NGA-infrastruktur (for eksempel fiberbasert LLUB). Broadnet anfører videre at det ikke er uforholdsmessig å pålegge en slik test for fiberbasert LLUB. Selskapet viser i denne forbindelse blant annet til at selv om Telenor i dag tilbyr få fiberbaserte LLUB-aksesser, vil dette kunne endre seg raskt. Det pekes videre på at de potensielle skadevirkningene ved at Telenor setter diskriminerende priser vil være store. Ressursbruken ved innrapportering av tallgrunnlag er dessuten marginal sett i lys av at Nkom allerede har utviklet en marginskvismodell for fiberbasert LLUB samt at det uansett pålegges en marginskvistest for fiber i marked 5. Broadnet stiller seg dessuten undrende til at Nkom begrunner beslutningen om ikke å gjennomføre marginskvistest i marked 4 med at ikke-diskrimineringsplikten skal følges opp med hjelp av regnskapsmessig skille. Denne metoden er ikke egnet til å sikre økonomisk replikabilitet, noe Kommisjonen og BEREC tidligere har pekt på. Broadnet ber derfor SD omgjøre Nkoms vedtak gjennom å utvide prinsippene og metoden for bruk av marginskvistest til også å dekke marked 4.

Departementet viser til at fiberbasert LLUB av tekniske årsaker kun er aktuelt i punkt-til-punkt (PTP) fiberaksessnett. I vedtaket i marked 4 av 20. januar 2014 omfatter derfor tilgangsplikten for fiberbaserte aksessnett kun Telenors PTP-nett. Etter det departementet har

fått opplyst er det pr i dag kun 1700 aksesslinjer i Telenors fiberaksessnett som er omfattet av tilgangsplikten i marked 4. Vi viser videre til at de aktuelle aksesslinjene er spredt utover et stort antall ulike adresser og at det er lite sannsynlig at en aktuell grossistkunde ville kjøpe en betydelig andel av disse aksessene³. Etter det departementet har fått opplyst, er det pr. i dag ingen kunder på dette produktet (fiberbasert LLUB). Departementet har på bakgrunn av det svært begrensede omfanget av tilgjengelige fiberaksesslinjer i marked 4 kommet til at det pr. i dag ikke er forholdsmessig å innføre en marginskvistest i marked 4. Vi viser til at Nkom i Vedtaket har opplyst at situasjonen vil vurderes på nytt hvert halvår. Dette vil etter departementets oppfatning være tilstrekkelig til å fange opp endringer som tilsier at det på nytt bør vurderes om det er forholdsmessig å innføre marginskvistest for fiberbasert LLUB (marked 4).

Departementet har på denne bakgrunn kommet til at Broadnets anførsel på dette punktet ikke tas til følge.

3.5 Marginskvistesten må utvides til å dekke kobberbaserte grossisttjenester i marked 4 og 5 (LLUB og bredbåndsaksess)

3.5.1 Innledning

Departementet viser til Nkoms vedtak i marked 4 og 5, 20. januar 2014 og departementets klagevedtak i marked 4 og 5, 18. desember 2014. I tilknytning til kobberbaserte grossisttjenester fremgår det av vedtakene at Telenor i marked 4 er underlagt krav om en maksimalpris pr. aksesslinje på kr 85 pr. måned for full tilgang i kobberaksessnettet. Videre er selskapet pålagt krav om ikke-diskriminering, standardtilbud og offentliggjøring. I marked 5 er Telenor pålagt å gi tilgang til det kobberbaserte aksessnettet, samt underlagt krav om kostnadsorientering og rapportering av kostnadsregnskap for den kobberbaserte tilgangen. Telenor er også i dette markedet underlagt krav om ikke-diskriminering, standardtilbud og offentliggjøring.

3.5.2 Departementets vurdering

Broadnet hevder at for å kunne opprettholde den eksisterende konkurransen i kobbermarkedet ved overgang til nye kobberbaserte tjenester slik som G.fast og VDSL+ kombinert med vektoring og Bonding, må det pålegges en marginskvistest for kobberbaserte tilgangsformer i marked 4 og 5. Tilgangen til kobberaksessnettet i marked 4 er underlagt prisregulering i form av et pristak, men dette er etter Broadnets oppfatning ikke kostnadsorientert, og pristaket hindrer ikke den dominerende aktøren i å utsette konkurrenter for marginskvis. Broadnet mener det ikke er mulig å avdekke diskriminerende priser gjennom kostnadsregnskap og viser til at fravær av effektiv regulering gir Telenor et betydelig handlingsrom når det gjelder prising av høyhastighets kobbertjenester, noe som bare vil øke når Telenor ruller ut nye kobberbaserte bredbåndstjenester som erstatter eldre teknologi.

³ Gitt modellens forutsetning om 20 prosent markedsandel, ville en potensiell kunde oppnådd ca. 340 linjer.

Departementet viser til at Telenor er pålagt prisregulering for kobberbaserte tilgangsformer både i marked 4 og marked 5. Etter departementets oppfatning innebærer prisreguleringen for de kobberbaserte tilgangsformene at det er mindre behov for å følge opp ikke-diskrimineringsforpliktelsen ved hjelp av en marginsskvistest enn for fiberbasert Bredbåndsaksess. Dette skyldes at Telenor, etter departementets oppfatning, for de kobberbaserte tilgangsformene i mindre grad har insentiv til å sette konkurrentene i prisklemme (marginsskvis) for disse produktene. Telenor er pålagt maksimalpris og kostnadsorientering for kobberbaserte aksessprodukter i henholdsvis marked 4 og marked 5. Dette betyr at dersom Telenor skulle forsøke å sette konkurrenter i prisklemme i markedet for kobberbasert bredbånd, måtte dette skje gjennom å redusere sluttbrukerprisene fordi nivået til grossistprisene er regulert og i prinsippet ikke kan økes. Dette betyr igjen at Telenor gjennom å sette konkurrenter i prisklemme i disse markedene også ville gått glipp av betydelige inntekter, noe som innebærer at Telenor i utgangspunktet har svakere insentiver til å forsøke å sette konkurrenter i prisklemme for kobberbasert bredbånd enn i det fiberbaserte segmentet.

Departementet mener på denne bakgrunn at det ikke er nødvendig med innføring av marginsskvistest for de kobberbaserte tilgangsformene i marked 4 og 5 på det nåværende tidspunkt.

3.6 Endring av marginsskvismodellen til å omfatte valg av produkter slik at modellen også kan avdekke marginsskvis i bedriftsmarkedet.

3.6.1 Innledning

Det er i marginsskvistesten, som bygger på Vedtaket, definert hvilke forretningsmodeller testen skal anvendes på. Nkom har forutsatt at aktuelle sluttbrukerprodukter som inngår i modellen må være basert på den pålagte tilgangsformen for fiberaksess i marked 5, det vil si VULA. Nkom har kommet til at marginsskvistestene vil fokusere på de standardiserte privat- og bedriftsproduktene som tilbys basert på fiberbasert VULA i grossistmarkedet, jf. vedlegg 1 til vedtaket, punkt. 3.3.

3.7 Departementets vurdering

TDC/Get og Broadnet hevder at modellen ikke er egnet til å avdekke marginsskvis i bedriftsmarkedet, og viser til at det kreves en treffsikker marginsskvistest som dekker alle relevante momenter i sluttbrukermarkedet. Marginsskvistesten omfatter kun ett produkt i bedriftsmarkedet, noe som ikke gir et representativt bilde av konkurranseforholdene. Med mindre marginsskvistesten utvides til å dekke en ren bedriftsportefølje vil ikke testen være egnet til å avdekke eventuelle brudd på ikke-diskrimineringsplikten. TDC/Get anmoder departementet om å inkludere i testen en ren bedriftsportefølje som også dekker flaggskipsproduktet i segmentene for mellomstore og store bedrifter.

Broadnet kan ikke se at det skulle være noen utfordring å ta høyde for uregulerte produkter ved utformingen av testen. Selskapet peker i den forbindelse på at TV-tjenester er inkludert i den porteføljen som testes og at uregulerte tjenester dermed allerede er inkludert i modellen.

Departementet viser til at Vedtaket tar utgangspunkt i grossistproduktene for fiberaksess som omfattes av Nkoms vedtak i marked 5, det vil si VULA. Dette innebærer at testen gjelder fiberbaserte VULA-aksesser i Telenors GPON-nett, som i hovedsak er bygget ut til privatmarkedet, men som også i noen grad benyttes til å tilby standardiserte bedriftsprodukter. Testen gjelder ikke marked 4 (Telenors punkt-til-punkt fiberaksessnett) og heller ikke enkeltstående fiberaksesser. Departementet viser videre til Nkoms innstilling til klager fra Broadnet og TDC/Get hvor det fremgår at Telenors fibertilbud til bedriftsmarkedet per i dag i stor grad består av enkeltstående fiberaksesser som er bygget ut på oppdrag fra de aktuelle bedriftene, samt mørk fiber. Dette innebærer at grossistprodukter som brukes til leveranser i bedriftsmarkedet, spesielt til mellomstore og store bedrifter, i liten grad er omfattet av reguleringen av fibertilgang i marked 5. Departementet oppfatter Broadnets og TDC/Gets anførsler på dette punktet slik at selskapene mener at også aksessprodukter i grossistmarkedet som ikke er omfattet av regulering, herunder krav til ikke-diskriminering, i marked 5 likevel bør testes for marginsskvis.

Etter departementets oppfatning vil dette ikke være i tråd med reguleringen. Marginskvistesten er utformet for å følge opp forpliktelsen om ikke-diskriminering som Telenor er pålagt for fiberbasert aksess i marked 5-vedtaket (VULA). Det er etter departementets vurdering ikke anledning til å utvide virkeområdet til marginsskvistesten utover dette. Selv om det, som Broadnet peker på, er inkludert uregulerte TV-tjenester i den marginsskvismodellen som Nkom har utviklet, går det frem av vedlegg 1 til Vedtaket at slike tjenester kun er å betrakte som en ikke-regulert parameter i modellen. Grunnen til at Nkom har valgt å inkludere TV-tjenester, er at fiberbasert VULA i praksis ofte benyttes som innsatsfaktor til å tilby pakker med bredbånd og TV (og i mange tilfeller også telefoni) i sluttbrukermarkedet. Dette betyr at for å få en realistisk test, må man utforme testen slik at man kan teste marginsskvis ved salg av pakker i sluttbrukermarkedet som også inkluderer TV-tjenester. Dette er etter departementets vurdering noe annet enn, og kan ikke sammenliknes med, å skulle utvide testen til også å dekke et aksessprodukt som Telenor leverer i bedriftsmarkedet som ikke er regulert.

På denne bakgrunn har departementet konkludert med at TDC/Get og Broadnets anførsler på dette punktet ikke tas til følge. Departementet ber imidlertid Nkom om å vurdere oppfølging av eventuelle konkurranseproblemer i bedriftssegmentet av bredbåndsmarkedene særskilt ved neste markedsvedtak.

3.8 Krav om klar angivelse av sanksjoner ved brudd

TDC/Get og Broadnet anfører at Vedtaket ikke legger tilstrekkelig klare føringer for hvordan Nkom skal gripe inn og sanksjonere mot eventuelle brudd på ikke-diskrimineringsplikten. Nkom har ikke tatt til etterretning verken høringssvarene fra partene eller ESAs kommentarer, der det sterkt oppfordres til å konkret angi en detaljert beskrivelse av hvilke tiltak Nkom vil gjennomføre dersom marginsskvistesten ikke består. TDC/Get og Broadnet mener det må fastsettes i Vedtaket at Telenor ved brudd på marginsskvistesten må redusere grossistprisen til et lovlig nivå og at prisnedsettelsen må skje i løpet av 30 dager. Videre må det fastsettes at Nkom vil pålegge tvangsmulkt for å sikre etterlevelse og at gjentatte brudd på forpliktelsen vil

medføre overtredelsesgebyr. TDC/Get har videre anført at det ved gjentatte overtredelser må fastsettes at Telenor skal redusere grossistprisen innen 14 virkedager.

Departementet viser til ESAs merknader 6. august 2015 i tilknytning til notifisering av varsel om vedtak at:

"In order to ensure transparency, effectiveness and predictability of the regulatory process the Authority urges Nkom to set out in detail in its final decision the compliance procedure, timeline and remedies it proposes to apply in case the ERT demonstrates an insufficient margin.

The Authority recalls that the 2013 Recommendation states that NRAs should clarify their enforcement powers, including the actions they will take in case a retail offer is not economically replicable and that NRAs should consider using all of the enforcement tools provided under the Regulatory Framework to ensure compliance with all aspects of the imposed measures.

Against this background, the Authority urges Nkom to set out in detail in its final decision the action it intends to take in case the ERT is failed, including the possible penalties and a timeline for such action that ensures the effective enforcement of the non-discrimination obligation without undue delay."

Departementet bemerker at ESAs merknader ble fremsatt i forbindelse med Nkoms varsel om vedtak. I Vedtaket har Nkom utdypet og beskrevet bruken av sanksjoner ytterligere. Det vises til Vedtaket side 7 at det ved et eventuelt brudd på de krav som følger av Vedtaket, vil være:

"aktuelt å pålegge retting av Telenors tilgangspriser, jf. ekomloven § 10-6. Det vil videre kunne være aktuelt å vurdere overtredelsesgebyr, tilbakebetaling og tvangsmulkt, jf. ekomloven §§ 10-13, 10-12 og 10-7."

Videre viser departementet til Nkoms innstilling 23. november 2015 der det fremgår hvilke sanksjoner som vil bli lagt til grunn i tilfellet brudd påvises, og hvilke tidsrammer Nkom vil operere med. I innstillingen har Nkom presisert, som i Vedtaket, at bruk av sanksjoner ved et eventuelt brudd må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Departementet viser til Vedtaket punkt 4 der Nkom nærmere angir de ulike sanksjonene det vil kunne være aktuelt å pålegge Telenor for manglende samarbeid i forbindelse med innhenting av informasjon og brudd på ikke-diskrimineringsplikten:

"Nkom vil i forkant av en marginskvistest innhente relevant informasjon fra Telenor og eventuelt andre tilbydere. (...) Ved eventuell mangelfull etterlevelse av å inngi forespurt informasjon, vil det være aktuelt å ilegge overtredelsesgebyr etter ekomloven § 10-13 og tvangsmulkt etter § 10-7.

Marginskvistest vil bli gjennomført snarest mulig etter mottak av forespurt informasjon og normalt innen 30 dager. Nkom vil behandle resultatet av en marginskvistest uten ugrunnet opphold. (...)

Ved eventuelt brudd på de krav som fremgår av dette vedtaket vil det være aktuelt å pålegge retting av Telenors tilgangspriser,² jf. ekomloven § 10-6. Det vil videre kunne være aktuelt å vurdere overtredelsesgebyr, tilbakebetaling og tvangsmulkt, jf. ekomloven §§ 10-13, 10-12 og 10-7.

Nkom anser at marginskvismodellen og prinsippene for bruk av marginskvistest som verktøy for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering, gir tilstrekkelig forutberegnelighet til å kunne etterleve kravene reguleringen stiller til Telenors prissetting av fiberbasert Bredbåndsaksess. Nkom vil således se alvorlig på eventuelle brudd på de presiseringer av ikke-diskrimineringskravet som fremgår av dette vedtaket. Aktuelle reaksjoner vil måtte vurderes ut ifra en konkret vurdering i den enkelte sak.

Brudd på ikke-diskrimineringskravet ved at Telenor eventuelt ikke skulle bestå marginskvistesten slik den er spesifisert i vedlegg 1, vil etter Nkoms syn kunne være en indikasjon på at den vedtatte reguleringen ikke er tilstrekkelig effektiv til å ivareta formålet. Et slikt utfall vil dermed gjøre det nødvendig å vurdere om det er behov for å endre reguleringen og eventuelt å pålegge Telenor krav om kostnadsorienterte priser."

Departementet har i lys av det ovenstående kommet til at anførslene fra TDC/Get og Broadnet knyttet til manglende angivelse av sanksjoner, ikke tas til følge. Departementet viser til at Nkom angir sanksjonene som vil kunne bli pålagt Telenor i tilfellet brudd, og tidsrammene for utførelse av marginskvistesten. Som Nkom peker på og som departementet er enig i, vil det ved et tilfelle av brudd på marginskvistesten måtte foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Det synes da naturlig at det er ut ifra denne vurderingen de nærmere frister for retting fastsettes innenfor rammene av ekomloven § 10-6.

Departementet kan videre heller ikke se at det skal spesifiseres når det kan være aktuelt å ta i bruk tvangsmulkt. Dette sanksjonsmidlet benyttes tradisjonelt når pålegg om retting ikke etterkommes av parten pålegget er rettet mot. Etter departementets syn er det mest hensiktsmessig å foreta en konkret vurdering i det enkelte tilfellet om tvangsmulkt skal tas i bruk.

Når det gjelder bruk av øvrige sanksjoner, slik som overtredelsesgebyr, vises det til at bruk av denne sanksjonen fordrer at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det må således foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Departementet mener det ikke er behov for å nærmere angi bruk av overtredelsesgebyr med mer.

Departementet er i lys av det ovennevnte kommet til at Nkoms angivelse av sanksjoner i Vedtaket er tilstrekkelig klart.

4. DEPARTEMENTETS VEDTAK

Departementet fatter med hjemmel i ekomloven § 11-6 første ledd og forvaltningsloven § 34 slikt vedtak:

Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak 27. august 2015 om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering ved bruk av marginskvistest for fiberbasert bredbåndsaksess, stadfestes. Klagen fører ikke frem.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd og forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Med hilsen

Christina Christensen (e.f.)
fung. avdelingsdirektør

Silje Owren Aarum
rådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

Kopi til:

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet

Adressliste

Telenor Norge AS

TDC AS

Broadnet Norge AS