



Kommunal- og distriktsdepartementet
Postboks 8112 DEP
0032 OSLO

Vår ref.: 1906128-24
Vår dato: 17.2.2022

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: Espen Fiskå Saanum

Innstilling i klagesak – klage fra Telenor på Nkoms vedtak om overtredelsesgebyr

1 Innledning

Vedlagt oversendes klage fra Telenor Norge AS (Telenor) datert 5. november 2021. Klagen gjelder Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) sitt vedtak av 15. oktober 2021 hvor Nkom ilegger Telenor overtredelsesgebyr for brudd på plikten til ikke-diskriminering i Marked 3a (vedtaket) på kr. 15.000.000,-.

Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29.

2 Bakgrunn

Nkom mottok en klage fra GlobalConnect AS (GlobalConnect) 30. oktober 2019. GlobalConnect hevdet at Telenor har brutt tre særskilte forpliktelser pålagt i Nkoms vedtak av 20. desember 2018 i grossistmarkedet for lokal tilgang til faste aksessnett (Marked 3a-vedtaket):

1. Redusert leveranse- og feilrettingspresisjon innebærer brudd på tilgangsforsiklingen.
2. Redusert leveranse- og feilrettingspresisjon innebærer et brudd på kravet til ikke-diskriminering.
3. Praktiseringen av kostnadsrammen ved feilretting innebærer i sum brudd på kravene i Marked 3a-vedtaket.



På bakgrunn av klagen fant Nkom grunn til å vurdere om nivået på Telenors leveranse- og feilrettingspresisjon innebar brudd på tilgangsforsiklingen og / eller kravet til ikke-diskriminering pålagt i Marked 3a-vedtaket. Det tredje punktet i klagen fra GlobalConnect om praktiseringen av kostnadsrammen ved feilretting ble behandlet i en egen prosess.

Nkom konkluderte med at Telenor i en lang periode har brutt plikten til ikke-diskriminering i Marked 3a-vedtaket, og varslet pålegg om retting 7. januar 2021.

Nkom fattet vedtak om pålegg om retting i saken 19. februar 2021. I vedtaket konkluderte Nkom med at Telenor over en lengre periode har brutt kravet til ikke-diskriminering når det gjelder leveransepresisjon. Telenor ble på det grunnlaget pålagt å etterleve kravet til ikke-diskriminering ved å sørge for at tilgangskjøpere av Operatøraksess oppnår tilsvarende leveransepresisjon som Telenors egen sluttbrukervirksomhet.

For en oversikt over prosessen og saksbehandlingen fra pålegget om retting og frem til Nkoms varsel om overtredelsesgebyr mot Telenor den 5. mars 2021 (varselet), så viser Nkom til kapittel 2.2 i klageinnstillingene til Telenor og GlobalConnects klager på pålegget om retting med tilhørende vedlegg, som ble oversendt departementet 13. oktober 2021. Nkom viser også til Telenor og GlobalConnect sine kommentarer til varselet om overtredelsesgebyret av 26. mars 2021, og innhenting av informasjon fra Telenor og fra de største tilgangskjøperne av Operatøraksess som er GlobalConnect, NextGenTel AS (NextGenTel) og Telia Norge AS (Telia).¹

- Vedlegg 1:** Varsel om overtredelsesgebyr av 5. mars 2021
- Vedlegg 2:** Kommentarer til varselet fra Telenor av 26. mars 2021
- Vedlegg 3:** Kommentarer til varselet fra GlobalConnect av 26. mars 2021

Nkom fattet vedtak om overtredelsesgebyr 15. oktober 2021. Telenor påklaget vedtaket 5. november 2021.

- Vedlegg 4:** Vedtak om overtredelsesgebyr av 15. oktober 2021
- Vedlegg 5:** Klage fra Telenor av 5. november 2021
- Vedlegg 6:** (UOFF:) Bilag til Telenors klage – Rapport GIAI

¹ Informasjonsinnhenting fra tilgangskjøperne knyttet til leveransepresisjonen er redegjort for i punkt 2 varselet.

I henhold til forvaltningsloven § 33, jf. kapittel IV og V, samt departementets «Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Nkom etter ekomloven» nr. 2 og 3, ble GlobalConnect varslet om Telenors klage på vedtaket om overtredelsesgebyr. Klagen ble også lagt ut på Nkoms hjemmesider den 19. november 2021. De berørte aktørene fikk 2 ukers frist til å kommentere klagen, men Nkom mottok ingen kommentarer til Telenors klage. Nkom orienterte også Kommunal- og distriktsdepartementet om klagen.

3 Klagen fra Telenor

3.1 Innledning

Telenor har i sin klage følgende anførsler:

- Nkom har ikke bevist at Telenor med klar sannsynlighetsovervekt har opptrådt i strid med forpliktelsen til ikke-diskriminering, og vedtaket er dermed ugyldig.
- Nkom har ikke bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor har opptrådt uaktsomt, og vedtaket er dermed ugyldig.
- Subsidiært at det ilagte overtredelsesgebyret er for høyt og må reduseres betydelig.

Nkom oppsummerer nedenfor det nærmere innholdet i anførslene og gir sin vurdering på hvert enkelt punkt.

3.2 Telenor har ikke opptrådt i strid med forpliktelsen til ikke-diskriminering

Telenor viser til at Nkom baserer vedtaket om overtredelsesgebyr på at det foreligger brudd på plikten til å ikke diskriminere mellom Telenors interne virksomhet og eksterne kjøpere av Operatøraksess (OA) når det gjelder leveransepresisjon, jf. Nkoms vedtak om pålegg om retting 19. februar 2021. Telenor har påklaget dette vedtaket.

Etter Telenors syn foreligger det ikke brudd på plikten til ikke-diskriminering i denne saken. Telenor har ikke behandlet de eksterne tilgangskjøperne på en mindre fordelaktig måte enn interne markedsutløp. Telenor anfører at de har redegjort for dette i møter med Nkom og at de har lagt frem dokumentasjon på, og underbygget dette i sine kommentarer til vedtaket, klagen 19. mars 2021 og kommentarene til klageinnstillingen 29. oktober 2021.



Telenor anfører også at beviskravet om «klar sannsynlighetsvekt» ikke er godtgjort av Nkom for illeggelse av overtredelsesgebyr.

For vurderingen om overtredelsesgebyr kan illegges, anfører Telenor at det er den informasjonen Nkom besitter om de relevante forholdene på vedtakstidspunktet som er avgjørende. På dette tidspunktet hadde Telenor både i møter, kommentarer til varsel om vedtak, samt ovennevnte klage redegjort for og dokumentert at Nkom ikke vurderer sammenlignbare tilfeller når Nkom basert på rapporteringen av KPI konkluderer med at det foreligger brudd på plikten til ikke-diskriminering. Telenor anfører at tilfeller der leveranse krever bruk av entreprenør, ikke er sammenlignbart med tilfeller det leveranse kan håndteres maskinelt. Dette er to helt forskjellige leveransemetoder som krever forskjellig grad av innsats, organisering og utrykning, og det vesentlige må være at Telenor likebehandler innenfor de to leveransemetodene.

Nkom synes i vurderingen av om det foreligger en overtredelse å legge betydelig vekt på at Telenor selv har rapportert KPIer hvor alle tjenestene, både med og uten bruk av entreprenør, er inkludert. I tillegg har Telenor i rapporteringen skrevet at statistikken som er levert til Nkom dokumenterer at det ikke har forekommet diskriminering. Gjennom dette synes Nkom nærmest å indikere at Telenors beskrivelser og dokumentasjon som ble inngitt i kommentarene til varsel om pålegg om retting, ikke er relevant i vurderingen av om overtredelsesgebyr kan illegges, fordi dette ikke ble gitt til Nkom tidligere. Etter Telenors syn er dette ikke er riktig forståelse av hva som er relevant i vurderingen, og heller ikke en riktig beskrivelse av de faktiske forhold.

Telenor anfører at Marked 3a-vedtaket pålegger dem å rapportere KPIer, og viser til at pålegget er en videreføring av KPI-rapporteringen under tidligere regulering, både når det gjelder format og innhold, og at dette er fastsatt av Nkom. Telenor mener at det ikke er Telenor som avgjør formatet og innholdet av rapporteringen. Telenor anfører at selskapet har fulgt det pålagte KPI-rapporteringsregimet i Marked 3a-vedtaket, og i tillegg ved rapporteringen har gitt en forklaring på eventuelle avvik. Telenor har ifølge selskapet gjennomgående i perioden for rapporteringen gjort både Nkom og grossistkundene oppmerksom på hva som kan være årsakene til forskjellene i leveransepresisjon, og at hovedårsaken til avvikene for operatøraksess er at dette produktet krever større grad av entreprenørinvolvering enn xDSL, og viser til klagen på pålegget om retting.

Etter Telenors syn har det ikke forekommet diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet.



Telenors entreprenører er forpliktet til å behandle enhver ordre likt, uavhengig om det er Telenor eller tilgangskjøper som bestiller. Telenor og tilgangskjøper benytter samme system for å legge inn ordre, og ordrene prioriteres etter tidspunktet for når de kommer inn.

Telenor har sikret at systemer, prosesser, rutiner, avtaler og retningslinjer er utformet slik at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling. Ifølge Telenor kontrollere de jevnlig at entreprenørene følger dette. Det kan imidlertid likevel forekomme avvik mellom Telenor og tilgangskjøperne når det gjelder leveransepresisjon, leveranse kvalitet og feilretting fra måned til måned, men forskjellene i leveransepresisjon som fremgår av statistikken skyldes andre forhold enn forskjellsbehandling. Videre anfører Telenor at de har dokumentert at når man sammenligner likartete tilfeller – altså tjenester hvor entreprenør benyttes – foreligger ikke nevneverdige avvik i leveringspresisjon.

Telenor anfører også at dersom Nkom mener at noe er uklart, ufullstendig eller mangler av dokumentasjon følger det av utredningsplikten at Nkom må etterspørre eller utrede dette nærmere før vedtak fattes, jf. forvaltningsloven § 17.

Nkoms vurdering

Nkom er uenig med Telenor i at det objektive vilkåret i ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3 ikke er oppfylt. Vi viser her til vår vurdering i vedtaket om pålegg om retting av 19. februar 2021 om at Telenor ikke har overholdt ikke-diskrimineringsforpliktelsen pålagt med hjemmel i ekomloven § 4-7 i Marked 3a-vedtaket, og til begrunnelsen i kapittel 5.2.3 og 6.2.2 i vedtaket. Videre viser vi til våre vurderinger i klageinnstillingene til Telenor og GlobalConnects klager som ble oversendt departementet 13. oktober 2021, samt til Nkoms vurdering i kap. 4.1.2 og kap. 5.1 i vedtaket om overtredelsesgebyr av 15. oktober 2021. Slik Nkom ser det har ikke Telenor kommet opp med noe nytt som skulle tilsa en annen vurdering siden kommentarene på varselet ble inngitt.

På bakgrunn av Nkoms vurderinger knyttet til at Telenor har overtrådt ikke-diskrimineringsforpliktelsen, så fastholder Nkom sin vurdering om at det foreligger «klar sannsynlighetsovervekt» for at vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

Det er videre ikke riktig slik Telenor anfører at Nkom har sett bort fra Telenors beskrivelser og dokumentasjon som ble inngitt i kommentarene til varsel om pålegg om retting, fordi denne informasjonen ikke ble gitt til Nkom tidligere i prosessen, og at Nkom dermed skal ha ansett at den ikke vil være relevant i vurderingen av om overtredelsesgebyr kan ilegges.

Nkom har lagt til grunn den informasjonen vi besatt om de relevante forholdene på vedtakstidspunktet, og nå tilsvarende for klageinnstillingen.

Det Nkom imidlertid har funnet grunn til å vise til er at Telenors anførsler og forklaringer på avvikene i leveransepresisjonen synes å ha endret seg underveis i prosessen fra og med klagen til GlobalConnect i oktober 2019 og frem til i dag. Etter Nkoms vurdering svekker dette også troverdigheten i Telenors forklaring på avvikene.

Når det gjelder Telenors anførsler om KPI-regimet så gjengis noen sentrale elementer i Nkoms vurdering, og viser til Marked 3a-vedtaket:

«7.5.4.2 Offentliggjøring av nøkkelindikatorer for ytelse - Key Performance Indicators (KPIer)

770. I gjeldende vedtak i tidligere marked 4 av 20. januar 2014 ble Telenor pålagt å utarbeide og offentliggjøre KPIer. Pålegget tok utgangspunkt i anbefalinger fra BEREC som i tillegg til å angi hvilke indikatorer som burde inngå i KPI-kravene, også understreket viktigheten av å utarbeide og publisere KPIer for både grossisttilbyderens interne sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere. Dette ble ansett som viktig for å gjøre det mulig for de eksterne grossistkundene å vurdere hvorvidt det forekommer diskriminering mellom ulike eksterne tilgangskjøpere, samt mellom eksterne tilgangskjøpere og grossisttilbyderens egen sluttbrukervirksomhet.

*771. Under henvisning til omtale ovenfor om KPIer som en del av et helhetlig EoO-regime for ikke-diskriminering i Marked 3a, jf. kapittel 7.4, mener Nkom at det også er behov for å pålegge Telenor å utarbeide og offentliggjøre KPIer som en del av transparensforpliktelsen i Marked 3a. **Nkom anser det nødvendig at forpliktelsen om å offentliggjøre KPIer skal utformes slik at det er mulig å sammenligne kvalitets-/ servicenivåer for Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere i dette grossistmarkedet.** Nkom mener dette er viktig for å kunne avdekke eventuell diskriminering mellom eksterne og interne tilbydere i det tilhørende sluttbruker-markedet, og vil derfor pålegge Telenor å utarbeide to sett KPIer i Marked 3a.*

(...)

*776. **For å sikre sammenlignbare KPIer** for det eksterne grossisttilbudet og den Telenor-interne bruken av tilsvarende innsatsfaktorer **må beregningsgrunnlaget være***

sammenlignbart. Det er derfor nødvendig at Telenor offentliggjør hvilke beregningsmetoder selskapet legger til grunn for KPIene. I de tilfeller Telenors egen sluttbrukervirksomhet ikke benytter de samme produktene, systemene og/eller prosessene som de eksterne tilgangskjøperne, skal forskjeller i beregningsgrunnlaget/-metoden synliggjøres som en del av offentliggjøringen av KPIer. Nkom anser at dette er nødvendig for å kunne avdekke eventuell diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere og Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Dersom det er forskjeller i beregningsgrunnlaget/-metodene, skal det synliggjøres at beregningsgrunnlaget for de eksterne og interne KPIer som et minimum relaterer seg til:

- *Samme beregningsintervall (dvs. antall dager, uker eller måneder)*
- *Samme beregningsperiode (dvs. uke x eller måned y)*
- *Måling av tilsvarende ledd i leveranseprosessen» (Nkoms uthevinger)*

Som det fremgår av Marked 3a-vedtaket skal Telenor offentliggjøre KPIer som er utformet slik at det er mulig å sammenligne kvalitets-/servicenivåer for Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere i dette grossistmarkedet. Nkom har fremholdt dette som viktig for å kunne avdekke eventuell diskriminering mellom eksterne og interne tilbydere. Nkom legger til grunn at dette er godt kjent for Telenor. Videre fremgår det uttrykkelig at for å sikre sammenlignbare KPIer, for det eksterne grossisttilbudet og den Telenor-interne bruken av tilsvarende innsatsfaktorer, må beregningsgrunnlaget være sammenlignbart. Det følger av dette at for det tilfelle at Telenor mente de brukte ikke-sammenlignbare, eller ikke samme prosesser, skulle de ha redegjort for dette som del av sammenligningsgrunnlaget ved rapporteringen og offentliggjøringen av KPIene. Telenor har en selvstendig plikt til å utarbeide KPIer som er sammenlignbare.

Nkom er følgelig uenig med Telenor når selskapet anfører at det «*ikke er Telenor som avgjør formatet og innholdet av rapporteringen*». Tvert imot er Telenor pålagt å sørge for at rapporteringene av KPIer gjør det mulig å sammenligne kvalitets-/servicenivåer for Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere. Nkom bemerker i den sammenheng at Telenor først etter varselet om pålegg om retting har gitt uttrykk for at beregningsgrunnlaget de har benyttet ved samtlige rapporteringer av den aktuelle KPIen, ikke gir grunnlag for å sammenligne eksternt og intern virksomhet. Dersom Telenor hadde uttrykt underveis i rapporteringen at tallene ikke er sammenlignbare, så hadde Nkom avklart dette enten ved å si seg uenig, eller ved å pålegge annet sett av KPIer. Slik Nkom ser det kan den lange praksisen tas til inntekt for at de rapporterte KPIene faktisk fyller formålet, og etter Nkoms mening støttes

en slik oppfatning av at Telenor først la vekt på dårlig vær og forhold hos entreprenører som forklaring på avvikene.

Forut for denne konkrete saken har det etter Nkoms syn ikke fremkommet eller vært hevdet at tallene ikke skulle være sammenlignbare. Telenor har etter Nkoms vurdering ikke kommet med noen forklaring på hvorfor man først etter 6 år med rapportering av KPIer, og etter varsel om pålegg om retting i denne konkrete saken, nå anfører at KPIene selskapet har rapportert i lang tid ikke gir grunnlag for å sammenligne leveransepresisjonen, særlig i lys av at dette er uttrykkelig beskrevet som formålet i markedsvedtakene.

Videre er Nkom uenig i Telenors anførsel om at selskapet «*har fulgt det pålagte KPI-rapporterings regimet*» som er pålagt i Marked 3a-vedtaket, sett i lys av at Telenor i sine kommentarer til varsel om pålegg om retting anførte at KPIene de selv har rapportert likevel ikke er sammenlignbare. Slik Nkom ser det tilsier Telenors anførsel vedrørende KPIenes sammenlignbarhet at Telenor, forutsatt at selskapet tas på ordet, at de dermed har brutt forpliktelsen til å rapportere sammenlignbare KPIer og/eller forklare eventuelle forskjeller i sammenligningsgrunnlaget som pålagt i Marked 3a-vedtaket og som vist til ovenfor.

Når det gjelder Telenors anførsel om at tilfellene etter Telenors oppfatning er forskjellige henholdsvis med og uten bruk av entreprenør – og dermed tilhørende KPIer ikke er sammenlignbare – så har Nkom vurdert dette inngående både i pålegget om retting, og i kapittel 3.2.2 i klageinnstillingen til Telenors klage av 13. oktober 2021, og i vedtaket om overtredelsesgebyr. Nkom kan ikke se at Telenor her bringer nye elementer inn i saken, og fastholder de vurderingene som der er redegjort for.

Når det gjelder Telenors forklaring på avvikene og anførsler knyttet til at avvikene i leveransepresisjonen skyldes «*andre forhold enn forskjellsbehandling*», kan Nkom heller ikke her se at Telenor bringer nye elementer inn i saken, og fastholder våre vurderinger av dette spørsmålet i kapittel 3.2.3 i klageinnstillingen til Telenors klage av 13. oktober 2021, med videre henvisninger til tidligere vurderinger av Telenors anførsel. Når det gjelder Telenors anførsel om at de gjennom rapporteringen har opplyst Nkom og tilgangskjøperne om mulige årsaker til avvikene, så viser Nkom til at det uansett ikke er tilstrekkelig å finne ut hva som *kan* være årsakene, Telenor må ut ifra avvikene iverksette tiltak for å oppnå likebehandling, og da må man ha en formening om hva avvikene skyldes.

Slik Nkom vurderer det er det heller ikke tvilsomt at saken er meget godt og tilstrekkelig opplyst i tråd med forvaltningsloven § 17 gjennom den lange og omfattende saksbehandlingen som har

vært etter GlobalConnects klage av 30. oktober 2019. Nkom mener derfor at denne anførselen ikke kan føre frem.

3.3 Telenor har ikke opptrådt uaktsomt

For det tilfelle at departementet skulle opprettholde at det foreligger brudd på forpliktelsen til ikke-diskriminering i Marked 3a, så anfører Telenor at de ikke har opptrådt «uaktsomt». Vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr er ikke oppfylt, og vedtaket er dermed ugyldig. Telenor viser til at Nkom må sannsynliggjøre med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor har opptrådt uaktsomt.

Telenor viser til at selskapet er godt kjent med forpliktelsen til ikke-diskriminering, og at de har redegjort nærmere for sin forståelse og etterlevelse av denne forpliktelsen i klagen 19. mars 2021. Avvikene Nkom viser til mellom Telenors egen virksomhet og tilgangskjøperne er ikke resultat av mangel på likebehandling fra Telenors side. Telenor anfører at selskapet har opptrådt forsvarlig.

Telenor anfører at Nkom hadde inngående informasjon og dokumentasjon på vedtakstidspunktet, men synes i vedtaket ifølge Telenor å betvile riktigheten av informasjonen, fordi Telenor først kom med denne etter tidspunktet for varselet om pålegg om retting. Telenor har i forbindelse med pålegget om retting gjort grundige interne undersøkelser for å avdekke mulige svakheter i nevnte systemer, prosesser, rutiner og retningslinjer. Telenor viser også til at det er igangsatt en intern granskning, noe Nkom har fått opplyst, og at resultatene av denne granskningen følger i bilag 1 til Telenors klage (vedlegg 6 her).

Telenor viser til at årsaken til lavere leveransepresisjon i perioder ikke er forhold hos Telenor, men forhold utenfor Telenors kontroll. Det er særlig i to perioder leveransepresisjonen har vært lav: Første periode sommer/høst 2019 skyldes innføring av nytt ordresystem hos Entreprenør [redacted] som medførte store utfordringer knyttet til oversikt over beholdning hos entreprenør. [redacted]

[redacted] Dessuten var det flere tilfeller av uvær i perioden hvor entreprenørene måtte sette beredskapsteam og omdisponere ressurser for å gjenetablere tjenestene og rette feil. Andre periode fra rundt mai 2020 skyldes Covid-19 ifølge Telenor, og de viser til at det har vært og vil være krevende å levere så normalt som mulig i og under pandemien, og at avvik fra målsatte KPIer for leveransepresisjon vil forekomme som følge av lettelser og forsterkelser av nasjonale og kommunale tiltak.



Telenor viser til at entreprenørene også under slike hendelser har retningslinjer fra Telenor som innebærer at ordre fra eksterne grossistkunder og Telenors egen virksomhet skal behandles likt. Telenor anfører at så snart selskapet fikk kunnskap om hendelsene som førte til lavere leveransepresisjon fra entreprenørene, igangsatte Telenor tett dialog og oppfølgingsmøter med entreprenørene, og at tilgangskjøperne ble holdt orientert om dette. Telenor anfører at det ikke medfører riktighet at Telenor har unnlatt å iverksette tiltak for å bedre situasjonen. Telenor mener tvert imot at de har iverksatt alle de tiltakene som ble identifisert for å kunne avhjelpe på leveransepresisjonen, og som med rimelighet kan forventes, og at disse har blitt dokumentert.

Etter Telenors syn finnes det ingen aktuelle tiltak som vil ha den effekten Nkom ønsker. Bakgrunnen for dette er at Nkom ifølge Telenor har bestemt seg for at leveransepresisjonen ved bruk av entreprenør og ved en maskinell operasjon (typisk trykke på en knapp) skal være lik. Telenor mener at den eneste måten Telenor kan sørge for at leveransepresisjonen blir lik for tjenestene som leveres med entreprenør og de som leveres maskinelt, er bevisst å forsinke leveransetidspunkt for tjenestene som leveres maskinelt. Dette kan etter Telenors syn åpenbart ikke være et relevant tiltak.

Telenor viser til at når årsaken til lavere leveransepresisjon ifølge selskapet skyldes uforutsette forhold utenfor Telenors kontroll, blir det umulig for Telenor å forutse og sikre at slike forhold ikke skal oppstå. Telenor anfører at der foreligger ingen forhold som kan rettes. Telenor viser til at Nkom har ikke gitt konkret veiledning til Telenor om hvordan eller hvilke forhold som skal rettes iht. vedtaket. Telenor mener at når det heller ikke er mulig for myndighetene å identifisere hvordan Telenor burde ha opptrådt og gjort annerledes, foreligger det ikke klar sannsynlighetsovervekt for at Telenor har opptrådt «uaktsomt».

Telenor påpeker at Nkom i vedtaket synes å legge til grunn at Telenor mener at myndigheten «*eksplisitt må konkretisere hvilke tiltak selskapet skulle og burde ha gjennomført*» for å konstatere uaktsomhet fra Telenors side. Telenor mener at dette ikke medfører riktighet, og at anførselen fra Telenors side relaterer seg til om beviskravet om «klar sannsynlighetsovervekt» er oppfylt.

Nkoms vurdering

Nkom er uenig med Telenor i at selskapet ikke har opptrådt uaktsomt og har handlet forsvarlig. Slik Nkom ser det, har ikke Telenor kommet opp med noe nytt i klagen som skulle tilsi en annen vurdering av skyld og skyldgraden etter at deres kommentarer på varselet ble inngitt.

I vurderingen av om Telenor har opptrådt uaktsomt har Nkom tatt utgangspunkt i kravet til forsvarlig opptreden på det aktuelle området. Nkom fastholder våre vurderinger av skyldgrad som redegjort for i vedtakets kapittel 5.2, og viser særlig til betydningen av Telenors inngående kjennskap til ikke-diskrimineringsforpliktelsen og sammenhengen mellom KPlene og ikke-diskrimineringskravet.

Som vist til over, er det Telenor som er pålagt en plikt til å offentliggjøre KPler som skal utformes slik at det er mulig å sammenligne kvalitets-/ servicenivåer for Telenors egen sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere i dette grossistmarkedet, og videre at beregningsgrunnlaget skal være sammenlignbart. Som redegjort for ovenfor fastholder Nkom at Telenors langvarige rapportering må tas til inntekt for at de rapporterte KPlene faktisk fyller formålet og er sammenlignbare, og det taler for at Telenor selv må ha ment at de var egnet til formålet. Telenor har ikke forsøkt å redegjøre for hvorfor KPlene ikke skulle være sammenlignbare da avvikene var kjent for selskapet.

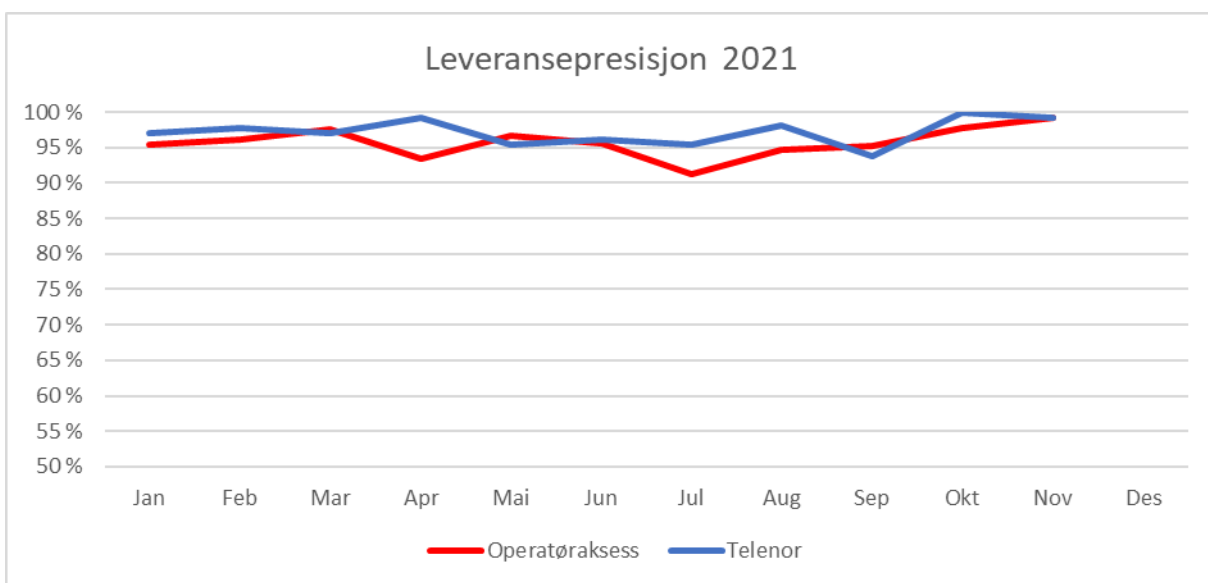
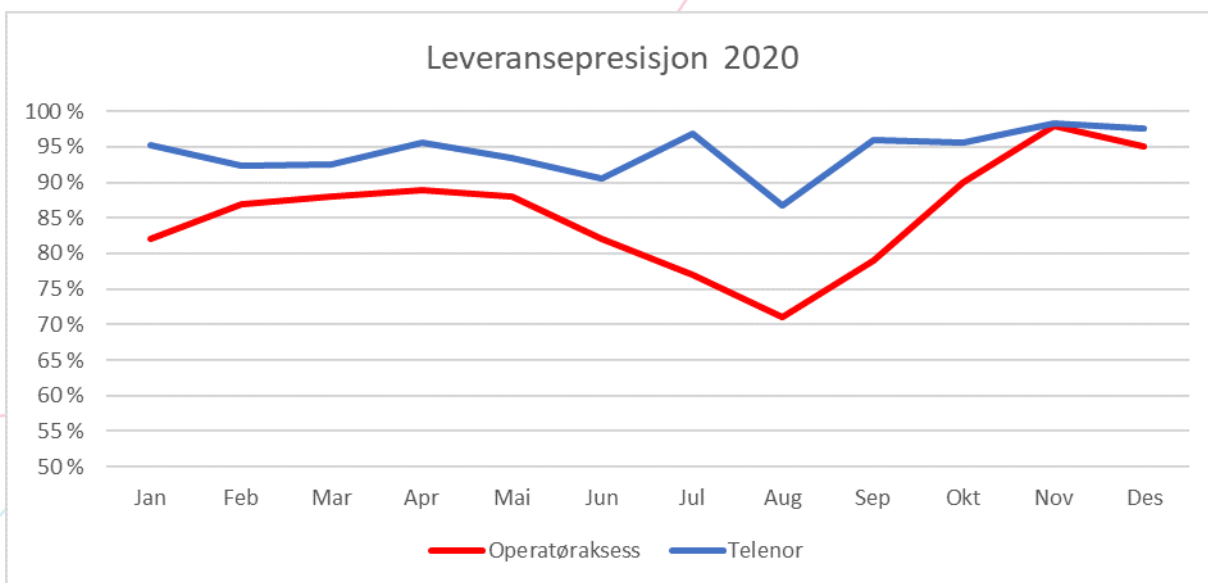
Nkom mener at rapporten fra GIAI² som Telenor har fått utarbeidet etter selskapets interne granskning ikke tilsier en annen konklusjon enn den Nkom har kommet til i vedtaket. Nkom viser til våre vurderinger knyttet til Telenors anførsler i både vedtaket og inneværende klageinnstilling. Det er ikke riktig som Telenor anfører at Nkom betviler riktigheten av informasjonen fordi den ikke forelå tidligere. Nkom bemerker imidlertid at rapporten fra GIAI og dens konklusjoner bygger på en forutsetning som baserer seg på Telenors rettslige forståelse av ikke-diskrimineringsforpliktelsen, og som Nkom er uenig i, jf. vurderingene ovenfor.

Når det gjelder Telenors anførsel om at årsaken til lavere leveransepresisjon i perioder ikke er forhold hos Telenor, men forhold utenfor Telenors kontroll, så viser Nkom til at denne anførselen er inngående drøftet og vurdert både i kapittel 6.2.2 i pålegget om retting og i kapittel 3.2.3 i klageinnstillingen til Telenors klage på pålegget om retting som ble oversendt departementet 13. oktober 2021. Nkom fastholder disse vurderingene.

Nkom viser også til beregninger av leveransepresisjonen for Operatøraksess for 2020 og 2021 illustrert ved grafene på neste side. Slik Nkom ser det kan ikke Telenor høres med at det eneste selskapet kunne gjøre for å eliminere ulikheten mellom intern og ekstern virksomhet være å redusere kvaliteten på egen leveransepresisjon.

² *Group Internal Audit & Investigation*

Forbedringen som grafene illustrerer, og det faktum at begge kurvene ser ut til å ha stabilisert seg på et høyere nivå enn tidligere etter at Nkom har hatt en pågående prosess med Telenor om disse forholdene i lengre tid, viser etter Nkoms vurdering at Telenors handlingsrom til å forbedre leveransepresisjonen ikke er begrenset til å redusere kvaliteten på leveransepresisjonen til egen sluttbrukervirksomhet.



Etter Nkoms vurdering er det etter dette ikke tvilsomt at Telenor har handlet i strid med de krav til aktsomhet og forsvarlig opptreden som stilles til Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i det relevante markedet. Nkom fastholder at avviket mellom Telenors adferd og det som ville vært ansett som forsvarlig opptreden klart overskrider terskelen for simpel uaktsomhet.

Derimot er det riktig at Nkom i vedtaket om overtredelsesgebyret ikke konstaterte at uaktsomheten måtte anses som grov, selv om Nkom pekte på momenter som trekker i den retning. Etter Nkoms klare oppfatning er det i lys av de momentene det er vist til over «klar sannsynlighetsovervekt» for at Telenor har opptrådt «uaktsomt», jf. ekomloven § 10-13 (1) første punktum. Vilkårene for å pålegge overtredelsesgebyr etter ekomloven § 10-13 (1) nr. 3 er dermed oppfylt.

3.4 Overtredelsesgebyret er for høyt og må reduseres betydelig

Telenor anfører at Nkom gjør feil når graden av utvist skyld vektlegges i skjerpende retning når gebyret skal fastsettes, slik at gebyret på bakgrunn av dette blir høyere enn ellers, idet Nkom ifølge Telenor i vedtaket har lagt til grunn at Telenor har utvist simpel uaktsomhet. Denne graden av skyld kan etter Telenors syn ikke vektlegges i skjerpende retning.

Videre viser Telenor til at Nkom trekker frem momentet «*atferdens faktiske virkning i markedet*», og at dette trekker i retning av ileggelse av et høyere overtredelsesgebyr. Telenor anfører imidlertid at Nkom ikke har fremlagt dokumentasjon eller andre bevis for at den påståtte atferden har hatt en faktisk virkning i markedet. Det er bare antagelser fra Nkoms side som vektlegges ifølge Telenor.

Etter Telenors syn vil konsekvensen av ovennevnte forhold måtte være at gebyret må reduseres betydelig.

Nkoms vurdering

Nkom fastholder vår vurdering av skyldgraden, og viser til vurderingen ovenfor i kapittel 3.3. Nkom viser til at utmålingen av overtredelsesgebyrets størrelse er basert på en helhetsvurdering. Det er ikke alene avgjørende om uaktsomheten kategoriseres som alminnelig eller grov. Derimot vil det også innenfor disse kategoriene være en glideskala for graden av utvist skyld, og dette vil inngå som ett av flere momenter ved utmålingen. Nkom fastholder at den utviste uaktsomheten fra Telenors side i denne saken taler for et noe høyere overtredelsesgebyr.

Når det gjelder Telenors anførsel knyttet til virkningen i markedet, så viser Nkom til vurderingene og det som fremkommer av vedtakets kapittel 5.3. Det er følgelig ikke grunnlag for Telenors påstand om at Nkom kun har basert seg på antagelser. Nkom har innhentet informasjon om dette og vurdert denne. Nkom fastholder disse vurderingene.



Fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse er i alle tilfeller en helhetlig skjønnsmessig vurdering basert på flere momenter, hvor det særlig skal legges vekt på overtredelsens grovhet, varighet, utvist skyld og foretakets omsetning. Det følger av ekomforskriften § 10-3a at overtredelsesgebyret kan settes til inntil 5 prosent av foretakets omsetning. Nkom fastholder vår vurdering av overtredelsesgebyrets størrelse som fremgår av vedtakets kapittel 5.3.

4 Oppsummering og innstilling

Nkom viser til de vurderinger som er foretatt i vedtaket 15. oktober 2021 og fastholder de standpunkter som fremkommer der. Det har etter Nkoms oppfatning heller ikke i ettertid fremkommet nye opplysninger som skulle tilsi en endret konklusjon fra Nkoms side. Nkom mener følgelig at det ikke foreligger feil som medfører at vedtaket er ugyldig.

Etter vurdering av Telenors anførsler og opplysninger, har Nkom på denne bakgrunn ikke funnet grunnlag for andre endringer eller oppheving av vedtaket 15. oktober 2021.

Nkom innstiller derfor følgende vedtak i klagesaken:

«Klagen av 5. november 2021 fra Telenor vedrørende Nkoms vedtak av 15. oktober 2021 hvor Nkom ilegger Telenor overtredelsesgebyr for brudd på plikten til ikke diskriminering i Marked 3a tas ikke til følge.»

I henhold til veiledende regler³ for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak etter ekomloven, punkt 4, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkoms innstilling til Kommunal- og distriktsdepartementet innen en frist på to uker.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
avdelingsdirektør

Øyvind Halvorsen
seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift.

³ «Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Post- og teletilsynet etter ekomloven.»



Vedlegg

- Vedlegg 1: Varsel om overtredelsesgebyr av 5. mars 2021
- Vedlegg 2: Kommentarer til varselet fra Telenor av 26. mars 2021
- Vedlegg 3: Kommentarer til varselet fra GlobalConnect av 26. mars 2021
- Vedlegg 4: Vedtak om overtredelsesgebyr av 15. oktober 2021
- Vedlegg 5: Klage fra Telenor av 5. november 2021
- Vedlegg 6: (UOFF:) Bilag til Telenors klage – Rapport GIAI**

Kopi sendt til:

GlobalConnect AS