



DET KONGELIGE KOMMUNAL- OG MODERNISERINGSDEPARTEMENT

Telenor Norge AS
Postboks 800
1331 FORNEBU

Deres ref

Vår ref

Dato

19/2383-5

27. august 2019

Vedtak i klagesak om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess – marginskvistest nummer 2.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet¹ viser til klage fra Telenor ASA (Telenor) 14. mars 2017 på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 21. februar 2017 om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess (Rettevedtaket). Telenor anmodet 3. mars 2017 om utsatt iverksetting av Rettevedtaket. Utsatt iverksetting ble gitt 27. mars 2017 på nærmere angitte vilkår, og vedtaket er dermed ikke trådt i kraft.

Departementet beklager lang saksbehandlingstid i denne saken.

1 Bakgrunn for saken

I Nkoms vedtak av 20. januar 2014 (Marked 5-vedtaket) ble Telenor utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet for bredbåndsaksess (Marked 5). Selskapet ble i vedtaket pålagt en rekke særskilte forpliktelser, blant annet om tilgangsplikt for fiberbasert bredbåndsaksess og krav om ikke-diskriminering. Nkom fattet 27. august 2015 vedtak om oppfølging av kravet til ikke-diskriminering for fiberbasert bredbåndsaksess ved bruk av marginskvistest (Marginskvisvedtaket). Marginskvisvedtaket med tilhørende vedlegg (Prinsippnotatet) fastsetter hvilke prinsipper og metode Nkom vil legge til grunn ved bruk av marginskvistest som verktøy for oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i Marked 5. Vedtaket ble påklaget av Telenor, Broadnet og Get TDC. Nkoms marginskvisvedtak ble stadfestet i Samferdselsdepartementets klagevedtak 28. juni 2016.

¹ Det overordnede ansvaret for Nkom, herunder også ansvaret for behandling av klager på Nkoms vedtak, ble flyttet fra Samferdselsdepartementet til Kommunal- og moderniseringsdepartementet 2. mai 2019.

Nkoms rettevedtak lyder som følger:

Med hjemmel i ekomloven § 10-6 første ledd, jf. Marginskvisvedtaket, pålegger Nkom Telenor å rette tilgangsprisene slik at marginskvistesten fremviser et resultat større eller lik null. For å oppfylle dette kravet, må de totale grossistkostnadene reduseres med minst 27,8 %. Nye tilgangspriser, som oppfyller kravene i dette vedtaket, skal senest gjelde fra 28. mars 2017.

Telenor klaget på rettevedtaket innen fristen 14. mars 2017.

2 Rettslig utgangspunkt

Det er Kommunal- og moderniseringsdepartementet som er klageinstans på vedtak truffet av Nkom etter ekomloven, jf. ekomloven § 11-6 første ledd. Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for bredbåndsaksess (Marked-5 vedtaket).

Det følger av ekomloven § 3-4 at tilbyder med sterk markedsstilling skal pålegges en eller flere særlige plikter som følger av §§ 4-1, 4-4, 4-5, 4-6, 4-7, 4-8, 4-9, 4-9 a og 4-10. Videre følger det av annet ledd at myndigheten i særlige tilfeller kan pålegge tilbyder som har sterk markedsstilling, plikter utover dette. I slike tilfeller skal EFTAs overvåkningsorgan konsulteres.

Etter ekomloven § 4-7 første ledd kan myndigheten pålegge tilbyder med sterk markedsstilling *"å tilby samtrafikk og tilgang til eksterne tilbydere på ikke-diskriminerende vilkår"*. Videre følger det av annet ledd at 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."*

I Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) Om lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) fremgår det av kapittel 16, merknaden til ekomloven § 4-7, at bestemmelsens første ledd *"hjemler myndighetens adgang til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å behandle eksterne brukere likt, dette medfører et forbud mot å diskriminere mellom eksterne brukere. Ordlyden 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."*

Videre fremgår det av forarbeidene i relasjon til annet ledd at bestemmelsen *"(...) 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 nedstrøms marked."*

Det følger av ekomloven §§ 3-2 og 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 ESA.

Ekomloven § 10-6 første ledd første punktum fastsetter at ekommyndigheten "kan gi pålegg om retting eller opphør av ulovlige forhold og fastsette vilkår som må oppfylles for at virksomheten skal være i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av denne lov." Det følger av merknaden til § 10-6 at dette blant annet gjelder "utforming av vilkår i avtaler mellom tilbydere av elektronisk kommunikasjon eller –tjeneste, f.eks. ... vilkår for tilgang. "

3 Kort om klagen

Innholdet i Telenors klage kan grovt sett deles inn i fem hovedanførsler :

- Telenor mener at Rettevedtaket er en uhjemlet endring av det underliggende Marginskvisvedtaket
- Telenor mener marginskvistesten anvendes på en uforutsigbar måte i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige krav til klarhet og forutsigbarhet.
- Telenor mener det ikke er sannsynliggjort at det foreligger brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5-vedtaket
- Nkom har ikke hjemmel til å pålegge Telenor å rette på en bestemt måte
- Gjennomføringen av en justert EEO har ifølge Telenor feil og mangler

Departementets vurdering struktureres etter disse problemstillingene.

4 Departementets vurdering

4.1 Er vedtaket en endring av det underliggende Marginskvisvedtaket?

Telenor bestrider at det foreligger grunnlag for Rettevedtaket, og mener Rettevedtaket i realiteten er en endring av det underliggende Marginskvisvedtaket, og at Telenor pålegges nye forpliktelser. Selskapet anfører at Nkom i Rettevedtaket ikke bare har foretatt en justering av Telenors kostnader i samsvar med justeringen for markedsandel som fremgår av prinsippene for marginskvistester, men også en rekke andre justeringer på grunnlag av innhentede kostnadstall fra andre aktører i markedet. Telenor hevder at de faktiske kostnadstallene som Nkom benytter i testen, hvilke variabler som justeres, den konkrete justeringen av disse, og den nærmere metodikken, ikke er fastsatt i det underliggende Marginskvisvedtaket, men først fastsettes i Rettevedtaket. Dette innebærer etter Telenors oppfatning at sentrale deler av innholdet i forpliktelsen først fastlegges i Rettevedtaket, og vedtaket derfor i realiteten innebærer en endring av Marginskvisvedtaket, som skulle vært hjemlet i ekomloven § 3-4 og notifisert til ESA. Ifølge Telenor kan Nkom ikke benytte ekomloven § 10-6 til å pålegge retting av en forpliktelse som først fastlegges i Rettevedtaket. For nærmere rettslig begrunnelse og kildehenvisninger viser Telenor til deres klage av 30. mai 2016.

Telenor hevder også at Nkom ikke kan benytte ekomloven § 10-6 til å fastsette nærmere metodikk for hvordan Nkom akter å gjennomføre marginskvistester for fremtiden, selv om det hadde vært opplyst i foregående rettevedtak at samme metodikk skal benyttes ved neste gjennomføring av marginskvistesten. Dette er ifølge selskapet like fullt en endring av det underliggende Marginskvisvedtaket som må hjemles i ekomloven § 3-4, og skal følgelig behandles etter nærmere anviste saksbehandlingsprosedyrer. Telenor mener det under enhver omstendighet fremkom klart av Nkoms rettevedtak av 9. mai 2016 at det ikke er gitt at det er de samme variablene som justeres ved neste marginskvistest.

Departementet viser til at Telenor blant annet er underlagt krav om ikke-diskriminering i Marked 5-vedtaket. Departementet viser videre til at formålet med marginskvismodellen er å føre tilsyn med dette kravet, slik at en effektiv, alternativ tilbyder kan replikere Telenors flaggskipprodukter. Det fremgår av prinsipp 1 i vedlegg 1 til Marginskvisvedtaket at Nkom vil legge til grunn en justert EEO-tilnærming i marginskvistesten. Prinsippet innebærer blant annet at Nkom tilpasser Telenors datasett der det er nødvendig, for å ta hensyn til at en effektiv, alternativ tilbyder ikke har tilsvarende bredde- og stordriftsfordeler som Telenor. Prinsippet innebærer også at data fra Telenor suppleres med data fra alternative tilbydere, og at markedsdata vil kunne bli benyttet i tilfeller hvor data fra Telenor mangler. Departementet mener at hensynet til å sikre økonomisk replikerbarhet tilsier at Nkom må kunne foreta slike justeringer i rettevedtakene. Departementet mener også at det fremgår av Marginskvisvedtaket at slike justeringer vil være nødvendig, og kan ikke se at justeringene som er foretatt i vedtaket fra 21. februar 2017 endrer innholdet i de allerede pålagte forpliktelsene.

Departementet ser ikke at vedtaket 21. februar 2017 pålegger Telenor nye plikter utover de som selskapet allerede er pålagt i Marked 5-vedtaket og Marginskvisvedtaket. Videre påpekes det at enkelte justeringer i kostnadene og modellen for tilpasning til markedsforholdene, ikke kvalifiserer til bruk av ekomloven § 3-4 tredje ledd, fordi disse tilpasningene ikke utgjør nye forpliktelser etter § 3-4. Departementet viser for øvrig til vurderingene som ble gjort i behandling av Telenors klage på rettevedtaket fra 2016 i vedtak av 24.oktober 2017 i punkt 3.1.

Konklusjonen er følgelig at vedtaket ikke utgjør en endring av det underliggende Marginskvisvedtaket.

4.2 Strider vedtaket mot grunnleggende krav til klarhet og forutberegnelighet?

Telenor mener marginskvistesten anvendes på en uforutsigbar måte i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige krav til klarhet og forutsigbarhet. Selskapet viser i sine anførsler til klagen av 30. mai 2016. Telenor gir her uttrykk for at de ikke er i stand til verken å forutse sin rettsstilling eller opptre i tråd med forpliktelsene, siden Rettevedtaket er basert på ukjente variabler og størrelser.

Telenor peker videre på at Nkom legger opp til at kostnadstall ved hver marginskvistest skal justeres dersom tilgangskjøpere rapporterer høyere kostnader enn Telenor.

Telenor hevder at en slik metode, i tillegg til at tilgangskjøpernes kostnader vektlegges 70 prosent, vil gjøre det umulig å forutse hvilke variabler som skal justeres og hvilke størrelser som skal legges til grunn.

Departementet viser til vurderingene gjort under punkt 3.2 i vedtak av 24.oktober 2017, som gjelder Telenors klage på Rettevedtaket av mai 2016. Departementet kommer her til at prosessene i forbindelse med vedtak 27. august 2015 og Rettevedtak av mai 2016 sikret Telenor forutberegnelighet, slik at selskapet kunne opptre i henhold til ikke-diskrimineringsplikten i marked 5. Viktig i denne vurderingen var at kravet om prisretting først vil gjelde i en periode etter at vedtaket er fattet.

Departementet mener prosessen som har ledet frem til Rettevedtaket som nå er påklaget, tilsvarende den prosessen som ledet frem til det forrige Rettevedtaket av mai 2016. Departementet mener at Telenor også her er sikret den nødvendige forutberegneligheten som er nødvendig for å kunne opptre i tråd med ikke-diskrimineringsplikten. Departementet kan ikke se at vedtaket strider mot krav til klarhet og forutberegnelighet.

4.3 Er det sannsynliggjort at det foreligger brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5-vedtaket?

Telenor anfører at Nkom ikke har hjemmel i ekomloven § 4-7 til å fatte vedtak på grunnlag av den foreliggende marginskviestest. Ekomloven § 4-7 gir en plikt til å tilby alle aktører samme eller likeverdige vilkår som Telenor tilbyr egen virksomhet. Telenor mener det ikke er rettslig grunnlag for å legge til grunn at et negativt resultat på en marginskviestest, og særlig en test basert på justert EEO eller REO, automatisk innebærer brudd på en ikke-diskrimineringsforpliktelse. Det må etter Telenors mening også sannsynliggjøres at det faktisk foreligger en eller annen form for diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet.

Telenor mener derfor at Nkom ikke har sannsynliggjort at det foreligger brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen i Marked-5 vedtaket. Telenor viser også til at dersom formålet med testen hadde vært å drive generell prisregulering, måtte testen vært hjemlet i ekomloven § 4-9.

Departementet viser til avsnitt 3.1 i klagevedtak 28. juni 2016, hvor departementet påpeker at det er nødvendig med en oppfølging av de plikter som Telenor er pålagt, for å oppnå reguleringens målsetninger. Departementet viser videre til at EUs ekompakke er implementert i norsk rett gjennom ekomloven, og at et av hovedformålene med ekompakken er å harmonisere ekomregelverket i Europa. 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 til å ha sterk markedsstilling i et relevant marked. Det vises i denne sammenheng til fortalen til Anbefalingen, punkt 61. Etter departementets oppfatning må dette punktet forstås slik at en "economic replicability test" (det vil si en marginskviestest) 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 for øvrig til at bruk av marginskvistest i forbindelse med ikke-diskrimineringsplikt, er etablert praksis innenfor dette markedet i EØS-området. Departementet viser også til at Telenor er ilagt ikke-diskrimineringsplikt i markedet for fiberbasert bredbåndsaksess, jf. ekomloven § 4-7. Det er departementets oppfatning at det følger av Anbefalingen at det er adgang til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten ved bruk av en marginskivistest.

Departementet viser videre til ESAs kommentarer til Nkoms notifikasjon av utkast til vedtak om marginskvistest, som oppfølging av ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5. ESA har i sine kommentarer ikke gitt uttrykk for at en marginskvistest er uegnet til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten. Det må legges til grunn at dersom ESA mente at en slik test var uegnet til å følge opp ikke-diskrimineringsplikten, ville ESA ha bedt Nkom om å avstå fra å treffe vedtak og/eller benytte testen. Det er departementets syn at ESAs kommentarer derfor understøtter at det kan benyttes en marginskvistest for å følge opp plikten til ikke-diskriminering.

Når det gjelder Telenors anførsel om at brudd på marginskvistest ikke er det samme som diskriminering særlig kommer til uttrykk når det anvendes en justert EEO-test, viser departementet igjen til Marginskvisvedtaket og departementets avgjørelse i klagesaken . Marginskvisvedtaket fastslår at det skal benyttes en justert EEO-test til å føre tilsyn med at Telenor overholder ikke-diskrimineringsplikten i marked 5.

Departementet er ikke enig med Telenor i at slike justeringer i seg selv innebærer at det må oppstilles et tilleggskrav om å sannsynliggjøre at det foreligger diskriminering. Departementet viser i denne sammenheng til at formålet med å justere EEO-testen er å ta hensyn til, der det er nødvendig, at en effektiv, alternativ tilbyder ikke har tilsvarende bredde- og stordriftsfordeler som Telenor. Departementet finner på bakgrunn av ovenstående vurderinger at Telenors anførsler når det gjelder bruk av justert EEO til å avdekke brudd på ikke-diskrimineringsplikten, ikke kan tas til følge.

4.4 Rettekompetanse

Telenor viser til sin klage av 30. mai 2016, der selskapet viser til at bestemmelsen i ekomlovens § 10-6 gir Nkom kompetanse til å pålegge forpliktelser som sikrer at atferden bringes i samsvar med forpliktelsen. Telenor mener at Nkom ikke kan pålegge Telenor å etterleve forpliktelsen til ikke-diskriminering på en bestemt måte, dersom det finnes alternative måter for etterlevelse, jf. proporsjonalitetsprinsippet. Telenor viser i denne sammenheng til rapport fra professor Erling Hjelmeng, kapittel 5.3.2, som var vedlagt klagen av 30. mai 2016.

Telenor hevder at eventuell retting i dette tilfellet både kan gjøres ved å senke grossistprisen og ved å heve Telenors sluttbrukerpriser. Når forpliktelsen Telenor er pålagt, er å ikke

diskriminere mellom intern og ekstern virksomhet, kan Nkom eventuelt kun pålegge at diskrimineringen bringes til opphør. Dersom likebehandling kan oppnås på flere måter, må det ifølge selskapet være opp til Telenor å avgjøre hvilken måte som velges.

Departementet viser til vurderingene av dette spørsmålet i vedtak 24. oktober 2017, og i svar på Telenors anmodning om omgjøring av vedtak 24. oktober 2017, hvor departementet konkluderer med at det er hjemmel i ikke-diskrimineringsbestemmelsen § 4-7, jf. § 10-6, til å kreve retting av grossistpris dersom marginiskvistesten viser negativt resultat.

4.5 Gjennomføringen av en justert EEO lider av feil og mangler

Subsidiært, dersom departementet skulle komme til at Nkoms vedtak har rettslig grunnlag, bestrider Telenor Nkoms gjennomføring av testen, og mener at denne lider av flere feil og mangler som innebærer at vedtaket må oppheves. Dette vurderes i det følgende:

Datainnsamlingen

Telenor viser til at Nkom i Rettevedtaket av slo Telenors begjæring om innsyn i korrespondansen mellom Nkom og de alternative tilbydere knyttet til angivelsen av prinsippene som disse tilbydere skal legge til grunn for beregningen av sluttbruker- og felleskostnader. Telenor viser videre til at Nkom tilkjenner at det verken er utarbeidet eller formidlet noen metodikk eller prinsipper for hvordan de alternative tilbydere skal beregne/allokere sine sluttbruker- og felleskostnader ved rapportering til Nkom. Telenor mener dette må bety at det er opp til hver tilbyder å avgjøre kostnadsfordelingsmetoden som skal benyttes ved rapporteringen til Nkom, og at det derfor ikke er mulig for verken Nkom eller Telenor å vite om kostnadene som rapporteres er sammenlignbare med Telenors rapporterte kostnader. Telenor viser også til at en unnlattelse av å utarbeide en felles kostnadsfordelingsmetode, vil kunne gi alternative tilbydere insentiver til å fordele kostnader og rapportere på den måte som gagnar deres virksomhet best. Nkom har i følge Telenor ingen mulighet til å kontrollere og verifisere at dette ikke er tilfellet.

Departementet viser til at Nkom har opplyst, jf. Nkoms oversendelse av Telenors klage 12. mai 2017, s. 3, at det ikke foreligger noe korrespondanse vedrørende prinsipper som Telenor etterlyser. Nkom viser videre til at alle data som inngår i testen, er kontrollert og verifisert. I tilfeller hvor en tilbyder rapporterer data som avviker fra tilsvarende data fra samme tilbyder ved tidligere rapportering, har Nkom bedt om en redegjørelse for endringen. Tilsvarende som ved Rettevedtaket av mai 2016, har Nkom videre utelatt data fra alternative tilbydere som avviker uforholdsmessig mye fra Telenors eller de øvrige alternative tilbydernes data. Slike data brukes dermed ikke i testingen. Kontrollen innebærer at Nkom i flere omganger har mottatt oppdaterte og nye data. Etter Nkoms vurdering er denne tilnærmingen hensiktsmessig og forholdsmessig for å ivareta formålet. Nkom påpeker videre at de alternative tilbydere Nkom har innhentet data fra, ikke er utpekt som tilbydere med sterk markedsstilling, og at de således ikke er underlagt tilsvarende krav til rapportering som Telenor. Departementet viser til at Nkom gjennomgående bygger på data som

innrapporteres både fra Telenor og andre tilbydere. Vi vurderer det slik at Nkom gjennom prosedyren som beskrevet over, i tilstrekkelig grad har forsikret seg om at de dataene som inngår i modellen, er av tilfredsstillende god kvalitet. Når det gjelder Telenors anførsel om at alternative tilbydere har insentiver til å fordele kostnader og rapportere på en måte som gagnar deres virksomhet best, viser departementet til våre vurderinger i vedtak i klagesak av 24. oktober 2017 om tilsvarende anførsel fra Telenor. Departementet kan heller ikke i foreliggende sak se at alternative tilbydere skulle ha insentiver til å rapportere høyere kostnader enn de faktiske kostnadene, fordi dette ville innebære at de alternative tilbyderne frivillig indirekte medvirket til press på sluttbrukerprisene for å bidra til at Telenors fikk lavere investeringsinsentiver. Departementet konkluderer derfor med at Telenors anførsel om at justert EEO er gjennomført på sviktende faktisk grunnlag, ikke fører frem.

Justeringene

Telenor viser til Prinsippnotatet, hvor det fremgår at Nkom vil legge til grunn en justert EEO-tilnærming. Et slikt prinsipp tar utgangspunkt i SMP-operatørens kostnader, men åpner for å gjøre justeringer der det foreligger bredde- og stordriftsfordeler. Det innebærer at Nkom med jevne mellomrom innhenter andre tilbyders kostnadsdata, for å vurdere om det er grunnlag for å justere Telenors data. Telenor viser også til at det fremgår av Prinsippnotatet at en eventuell justering av Telenors data «krever en god begrunnelse».

Telenor anfører videre at Nkom på ingen måte har søkt å godtgjøre at justeringene som gjøres i Rettevedtaket, reflekterer en effektiv aktør. Telenor mener Nkom helt generelt legger til grunn at der hvor de alternative tilbyderne har høyere kostnader enn Telenor, må det justeres som følge av at Telenor oppnår bredde- og stordriftsfordeler. Som et absolutt minimum mener Telenor at Nkom må vurdere om det er forhold som medfører at kostnadsforskjellene kan være begrunnet i andre forhold enn bredde- og stordriftsfordeler. Nkom burde for eksempel vurdere om forskjellen i kostnad for tilleggspakken skyldes ulike størrelser på tilleggspakken og pris for denne, samt vurdere om forskjellen i salgs- og akkvisjonskostnader skyldes høyt salg i en periode.

Telenor viser også til at Nkom legger samme metode til grunn for å gjennomføre justeringene som ved Rettevedtaket av mai, dvs. at Telenors data vektes 30 prosent og de alternative tilbydernes data vektes 70 prosent. Det innebærer at de alternative tilbyderenes data vektes mer enn dobbelt så mye som Telenors data. Etter Telenors oppfatning kan dette i seg selv, sammen med manglende begrunnelser for hver enkelt justering, reise spørsmål om Nkom i realiteten anvender en REO-test istedenfor en justert EEO-test.

Departementet viser til at det er lagt til grunn en justert EEO-tilnærming i modellen, og at et slikt prinsipp tar utgangspunkt i SMP-operatørens kostnader, men justeres mot alternative tilbyders data der det foreligger bredde- og stordriftsfordeler. Det fremgår av Rettevedtaket at det i hovedsak er Telenors kostnader som blir brukt i modellen. Nkom har imidlertid funnet grunnlag for å justere syv kostnadsposter, for å sikre at det er mulig for en effektiv, alternativ tilgangskjøper å replikere Telenors flaggskipprodukter. For hver av disse postene har Nkom

foretatt en konkret vurdering, og kommet til at det er rimelig å legge til grunn at kostnadsforskjellene skyldes at Telenor oppnår bredde- og stordriftsfordeler. Etter departementets oppfatning viser dette at marginskvismodellen i realiteten er en justert EEO-modell, og ikke en REO-modell.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Nkom legger til grunn at kostnadsforskjeller mellom de alternative tilbyderne og Telenor skyldes bredde- og stordriftsfordeler, uten å vurdere om forskjellen skyldes for eksempel forskjellig størrelse på tilleggspakken og pris for denne, viser departementet til Nkoms oversendelse av Telenors klage 12. mai 2017. Nkom peker her på at tjenestene som tilbys (internett, TV og telefoni) på generelt grunnlag er sammenlignbare, og at det ikke er noe som tilsier at det er store forskjeller i brukerutstyr (rutere og dekodere) og markedsaktivitet. Heller ikke for TV-innhold (TV-kanaler) er det større forskjeller, særlig ikke hvis grunnpakker og tilleggspakker ses i sammenheng. Departementet er enig i disse vurderingene, og har derfor konkludert med at Telenors anførsel om at kostnadsforskjeller kan skyldes andre forhold enn bredde- og stordriftsfordeler, ikke kan føre frem.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Nkom burde vurdert om forskjellen i salgs- og akkvisjonskostnader mellom Telenor og de alternative tilbyderne skyldes høyt salg i en periode, viser departementet til at modellen benytter kostnader for de siste 12 månedene, tilsvarende som for regnskapsmessig skille. En slik tilnærming innebærer, som Nkom peker på i Nkoms oversendelse av Telenors klage 12. mai 2017, at man ikke ser på perioder med spesielt høy markedsaktivitet for noen aktører, men at kostnadene reflekterer tilbydernes markedsaktivitet over en forholdsvis lang periode. Kostnadene vil dermed være uttrykk for nivået på tilbydernes markedsaktivitet over tid. Det vises videre til at metoden for kostnadsfordeling fremgår av Marginskvisvedtaket med vedlagt prinsippnotat og Excel-modell, som ble stadfestet av departementet i klagevedtak av 28. juni 2016. Departementet er på denne bakgrunn enig med Nkom i at det er rimelig å legge til grunn at forskjellene på postene hvor Nkom har foretatt justeringer, skyldes bredde- og stordriftsfordeler, og har konkludert med at Telenors anførsel på dette punktet ikke fører frem.

Hensynet til investeringsinsentiver

Telenor viser til at Nkom mener å ha lagt vekt på å sikre investeringsinsentiver i fibermarkedet, men kan ikke se at dette er gjort i praksis. I følge Telenor medfører justeringene at VULA-prisen forutsettes satt lavere enn hva som ville vært tilfellet med Telenor kostnader, og lavere enn hva Telenor kunne forutse da selskapet gjennomførte investeringen i disse fiberaksessene. Telenor viser til at lavere VULA-priser også vil medføre lavere avkastning på nye fiberaksesser som bygges, noe som vil redusere Telenors investeringsinsentiver for fremtidig utbygging.

Telenor viser videre til at Nkom utelukkende omtaler investeringsinsentiver i en kontekst der utvikling i sluttbrukerkostnaden mellom Telenor og de alternative tilbyderne sammenlignes. Ifølge Telenor er det vanskelig å se noe som helst vektlegging av investeringsinsentiver fra

Nkom, og Telenor viser blant annet til at hele kostnadsøkningen på 4,7 % i Telenors sluttbrukerkostnader legges til grunn i modellen. Telenor mener også at salgs- og akkvisisjonskostnadene i et vekstmarked overvurderes i modellen, da disse kostnadene ikke periodiseres over kundens levetid. Sammen med det absolutte kravet til positiv margin for å bestå marginskvistesten, gir dette et press på tilgangsprisen som vil kunne ha konsekvenser for investeringsinsentivene.

Departementet viser til Nkoms oversendelse av Telenors klage datert 14. mars 2017, hvor Nkom viser til markedsvedtaket av 20. januar 2014, der det eksplisitt uttrykkes at det i de nærmeste årene vil være behov for å legge til rette både for tjenestekonkurranse og utbygging av høykapasitets bredbåndsnett. Nkom viser videre til at myndigheten opprinnelig varslet at tilgangsprisene for fiberbaserte aksessnett skulle være kostnadsorienterte, og at endringen i det endelige vedtaket, hvor den regulatoriske oppfølgingen av tilgangsprisene bygger på krav om ikke-diskriminering, samt regnskapsmessig skille og marginskvistest, nettopp var begrunnet i at det var lagt økt vekt på investeringsinsentiver.

Nkom viser i oversendelsen av Telenors klage videre til at innretningen på gjennomføringen av marginskvistesten, er gjort med henblikk på å balansere hensynet til tjenestekonkurranse og investeringsinsentiver. Blant annet fastslår Marginskvisvedtaket med tilhørende prinsippnotat at Nkom benytter en justert EEO-tilnærming. Prinsippet om justert EEO-tilnærming innebærer at det i hovedsak er Telenors kostnader som ligger til grunn i modellen, og at det gjøres justeringer ut i fra prinsippet om en effektiv, alternativ tilbyder på poster hvor Telenor har bredde- og stordriftsfordeler. Nkom peker på at dersom myndigheten skulle sett bort fra målet om å fremme investeringer, ville det trekke i retning av at modellen i større grad ble innrettet mot REO, og dermed legge data fra en rimelig effektiv tilbyder fullt ut til grunn. Nkom viser videre til at det følger av marginsskvisvedtaket at Nkom vil benytte en porteføljetilnærming, hvor den samlede marginen for gruppen av flaggskipprodukter blir vurdert. En slik tilnærming innebærer økt fleksibilitet for Telenor i allokeringen av faste kostnader, noe som gir økt grad av handlefrihet i prising av sluttbrukerprodukter, og som dermed understøtter Telenors investeringsinsentiver. Departementet er enig i disse vurderingene.

Når det gjelder spørsmålet om hva Telenor kunne forutse, viser departementet, som Nkom også gjør i oversendelsen av klagen, til markedsvedtaket i marked 5 av 20. januar 2014. Her fremgår at det ikke er nødvendig eller forholdsmessig med prisregulering av fiberbasert aksess, men at forpliktelser om tilgang, transparens og ikke-diskriminering med tilhørende oppfølging i form av regnskapsmessig skille og marginskvistest er tilstrekkelig. Nkom viser videre til at prinsippet om justert EEO har vært kommunisert til Telenor gjennom hele prosessen med utarbeidelse av marginskvismodellen. Telenor har derfor hatt mulighet å forutse at de regulerte prisene basert på marginskvismodellen, ville kunne være lavere enn dersom modellen utelukkende baserte seg på Telenors data.

Når det gjelder Telenors anførsel om at salgs- og akkvisisjonskostnadene i et vekstmarked

overvurderes i modellen, fordi de ikke periodiseres over kundens levetid, viser departementet til at prinsippene for føring av slike kostnader fremgår av prinsippene for marginsskvisvestester, jf. punkt 3.6 i vedlegg 1 til Marginskvisvedtaket, som ble stadfestet av departementet 28. juni 2016. Det fremgår der at akkvisisjonskostnader er nedstrømskostnader som normalt ikke periodiseres. Som departementet pekte på i vedtak av 24. oktober 2017, har vi også notert oss at ESA ikke hadde innsigelser mot at et slikt prinsipp ble lagt til grunn i forbindelse med notifisering av utkast til marginsskvisvedtak. Departementet viser for øvrig til de vurderinger som fremkommer i svar på Telenors anmodning om omgjøring av vedtak 24. oktober 2017, datert 13. mars 2019.

Departementet viser videre til at Nkom, i oversendelsen av vedtaket, peker på at innhenting av kostnader de siste tolv månedene ivaretar konkurranseforholdene og en effektiv tilgangskjøpers evne til å replikere Telenors flaggskipprodukter. Nkom viser også til at periodisering over kundens levetid ville medført betydelig datainnsamling fra tidligere år, både fra Telenor og øvrige selskaper Nkom innhenter data fra. Som følge av at Telenors fibernett har vært utbygget i et vekstmarked i de foregående årene, peker Nkom på at det ikke er grunn til å tro at en slik tilnærming ville ført til lavere salgs- og akkvisisjonskostnader. Departementet er enig med Nkoms vurderinger av dette spørsmålet. Departementet viser for øvrig til at Telenor også i sin klage på Marginskvisvedtaket anførte at marginsskvisvesten er uforutsigbar og påvirker selskapets investeringsinsentiver negativt, men at Marginskvisvedtaket ble opprettholdt i departementets klagevedtak av 28. juni 2016.

Departementet viser for øvrig til at hensynet til investeringsinsentiver i fibermarkedet allerede er vurdert i vedtakene Rettevedtaket bygger på, herunder markedsvedtaket av 20. januar 2014.

Departementet har på denne bakgrunn konkludert med at Telenors anførsel om at Nkom i Rettevedtaket ikke har lagt vekt på å sikre investeringsinsentivene i fibermarkedet, ikke kan føre frem.

Behandling av bruddgebyr

Telenor skriver at selskapet er undrende til Nkoms konklusjon om at bruddgebyrer behandles som en kostnad både for Telenor og tilgangskjøper, men at inntekten ikke inkluderes i marginberegningen. Telenor viser til at det er naturlig å anse bruddgebyrer som et priselement knyttet til flaggskipproduktene, og påpeker at bruddgebyrer burde vært likestilt med alle andre ikke-gjentakende priselementer, ved at det er inngått en avtale om en pris for dette elementet med kunden. Videre viser Telenor til at bruddgebyrer kommer som en erstatning for andre avtalte priser i bindingsperioden, ved at bruddgebyret kommer som en inntekt i stedet for de avtalte månedsinntektene. Telenor peker på at Nkom legger til grunn at alle relevante gjentakende tjenesteinntekter skal inkluderes i modellen, og Telenor mener da at det er ulogisk at bruddgebyrer som skal erstatte de gjentakende tjenesteinntektene, ikke skal inkluderes. Telenor mener også at bruddgebyrer er et «null-sum spill» mellom aktørene, så lenge disse dekker bruddgebyrene på vegne av sine (nye) kunder. Dette innebærer, ifølge

Telenor, at bruddgebyrer ikke isolert endrer summen av resultatet for operatørene i fibermarkedet.

Departementet viser til at Nkom i Rettevedtaket kap. 7 har gjort en relativt omfattende vurdering av behandling av bruddgebyrer, og etter departementets vurdering er disse gebyrene behandlet på en konsistent måte i modellen. I likhet med hva Nkom skriver i oversendelsen av klagen, ser departementet at bruddgebyrer har karakter av å være erstatning for andre avtalte priser i bindingstiden. Nkom peker imidlertid på at inntektene fra bruddgebyrer kan karakteriseres som tilfeldige, og at slike inntekter etter sin natur ikke vil tas i betraktning når tilbyderen vurderer sitt marginbilde, og derfor heller ikke når tilbyderen skal vurdere sine muligheter for å konkurrere på pris. Nkom peker på at mottak av bruddgebyr tvert imot er et utslag av at den avgivende tilbyderen har mistet en kunde. Det innebærer for det første at tilbyderen er dårligere posisjonert til å oppnå stordriftsfordeler og dermed reduserte enhetskostnader. Det innebærer videre at tilbyderen trolig vil måtte redusere sitt marginbilde ytterligere, dersom han skal vinne kunden tilbake. Telenor, som har vunnet kunden tilbake, vil i tillegg være bedre posisjonert til å forlenge kundeforholdet ved å inngå ny avtale om bindingstid ved utløpet av den nye avtaletiden. Det forhold at en tilbyder som mottar bruddgebyr er satt i en dårligere situasjon, trekker etter Nkoms vurdering også i retning av å ikke anse bruddgebyrer som et «null-sum-spill», slik Telenor anfører. Departementet stiller seg bak denne vurderingen. Nkom peker videre på at bruddgebyrer heller ikke er et «null-sum spill» i praksis.

Nkom viser til at Telenor i 2015 var den eneste aktøren som betalte ut bruddgebyrer på vegne av sluttbrukere. Ettersom NextGenTel var eneste kjøper av fiberbasert bredbåndsaksess, var utkjøpet av bruddgebyr utelukkende rettet mot NextGenTel. Dersom sluttbrukerkostnadene til NextGenTel i tillegg hadde blitt redusert med størrelsen på bruddgebyret, ville det påvirket marginen i modellen positivt, og Telenor ville fått handlingsrom til å kunne øke grossistprisene. En slik tilnærming vil derfor, etter Nkoms vurdering, kunne gi Telenor forsterket insentiv til å kjøpe ut kunder fra bindingstid. Nkom kan ikke se at en slik håndtering av bruddgebyrer er egnet til å sikre replikerbarhet av Telenors sluttbrukerportefølje, og dermed heller ikke til å understøtte formålet om bærekraftig konkurranse. Departementet er enig i Nkoms vurderinger på dette punktet, og har derfor konkludert med at Telenors anførsel om at bruddgebyrer burde behandles som en inntekt i marginberegningen, ikke kan føre frem.

4.6 Konklusjon

Departementet har vurdert Telenors anførsler i saken, og kommet til at disse ikke fører frem. Etter en samlet vurdering finner departementet ikke å kunne gi Telenors klage medhold.

5 Vedtak

Kommunal- og moderniseringsdepartementet fatter med hjemmel i ekomloven § 11-6 jf. forvaltningsloven § 28 første ledd, og forvaltningsloven § 34 andre ledd følgende vedtak:

Telenors klage av 14. mars 2017 på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak av 21. februar 2017 om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess i marked 5, tas ikke til følge.

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

6 Etteroppgjør

Departementet viser til at Telenor i anmodning 3, mars 2017 ba om utsatt iverksetting av Nkoms vedtak av 21. februar 2017. Samferdselsdepartementet besluttet 27. mars 2017 at det var grunnlag for å etterkomme Telenors anmodning om utsatt iverksetting. Det ble satt som vilkår for utsatt iverksetting at Telenor overførte differansen mellom omsetning basert på gjeldende grossistpris og den reduserte grossistprisen etter Nkoms vedtak av 21. februar 2017 til den opprettede kontoen pantsatt til Staten ved Samferdselsdepartementet fra og med 28. mars 2017 og inntil klagesaken ble avgjort av departementet, jf. forvaltningsloven § 42 og ekomloven § 11-6 fjerde ledd. På bakgrunn av at Kommunal- og moderniseringsdepartementet nå har avgjort klagesaken, vil departementet oppheve sperringen av den pantsatte kontoen og frafalle pantet under forutsetning av at Telenor, så snart som mulig, tilbakebetaler innestående beløp på kontoen i sin helhet til Nextgentel, inkludert eventuelle renteinntekter.

Med hilsen

Heidi Kvalvåg (e.f.)
avdelingsdirektør

Tarald Green-Stensrud
rådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer