

## Bedrift KONFIDENSIELT

Kommunal- og moderniseringsdepartementet  
Postboks 8010 Dep  
0030 Oslo

Vår dato  
11. juni 2020

*Klagen er kun sendt per e-post til  
firmapost@nkom.no*

Ansvarlig advokat  
Tone Ripel/ Kaja Wølneberg

### **KLAGE – VEDTAK OM UTPEKING AV TILBYDER MED STERK MARKEDSSTILLING OG PÅLEGG OM SÆRSKILTE FORPLIKTELSER I MARKEDET FOR TILGANG TIL OG SAMTALEORIGINERING I OFFENTLIGE MOBILKOMMUNIKASJONSNETT (MARKED 15)**

#### **1 Innledning og hovedanførsler**

Det vises til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets ("Nkom") vedtak 14. mai 2020 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett ("Vedtaket").

Telenor påklager med dette Vedtaket. I Vedtaket er fristen for å klage fire uker fra vedtakstidspunktet, altså 11. juni 2020. Klagen er rettidig. Foruten denne klage vises det til Telenors kommentarer av 28. juni 2019 med vedlegg, Telenors kommentarer datert 19. november 2019 til Ices høringssvar, Telenors kommentarer datert 20. januar 2020 til utkast til regulering datert 13. desember 2019 og Telenors kommentarer til EFTA Surveillance Authority (ESA) av 20. april 2020. Telenors kommentarer utgjør en integrert del av denne klagen for de klagepunkter som fremkommer i det følgende.

Telenors prinsipale syn er at konkurransen i mobilmarkedet er sterk og at forutsetningene for reguleringen ikke er oppfylt. Dette er omtalt i mer detalj i Telenors kommentarer til Nkoms varsel som er vedlagt. Forpliktelsene pålagt Telenor må lempes slik at de ikke går lengre enn det er adgang til etter ekomregelverket sett hen til den sterke og økte konkurransen i markedet(ene). Dette gjelder de enkeltstående forpliktelsen som nevnes spesifikt i denne klagen. Telenor anfører videre at de samlede forpliktelsene pålagt selskapet går lengre enn det er grunnlag for, og er samlet sett ikke egnet til å oppnå formålet med reguleringen og derfor må forpliktelsene totalt sett lempes.

Vedtaket er videre utformet slik at det pålegges ulike forpliktelser for å fremme både reguleringsprinsipp 2 og 3. Dette er ikke forenelig fordi

**Group Legal**  
Advokater MNA

**Head of Group Legal:**  
Siri Birgitte Bang Berge

**Advokater:**

Eirik Andersen  
Nina Borthen  
Geir Dyngeland  
Morten Foss  
Atle Garder  
Gaute Simen Gravir  
Tor Henrik Hauge  
Ina L.Heidenreich  
Bjørn Hogstad  
Øyvind Iversen  
Christian Lindqvist  
My Muratori  
Ina Ore  
Paul Edward Paus  
Jørn T.Ramnæs  
Tone Ripel  
Espen Skovly  
Vegard Thoresen  
Guru Wanda Wanvik  
Kaja Wølneberg  
Anette Halvorsen Aarset

Telenor ASA  
Group Legal

Kontoradresse:  
Snarøyveien 30  
1360 Fornebu  
E-post:  
kon.grouplegal@telenor.com

Postadresse:  
P.B.800- 1331  
Fornebu

Telefon:  
67 89 00 00  
Telefaks:  
67 58 32 90

Bankgiro:  
7058 06 28700

Hovedkontor:  
Snarøyveien 30  
1360 Fornebu  
Organisasjonsnummer:  
NO 982 463 718 MVA

## Bedrift KONFIDENSIELT

virkemidler under prinsipp 2 vil ha effekter som motvirker målsetningen med prinsipp 3. Når Nkom pålegger strenge forpliktelser for å ivareta tjenestekonkurransen (prinsipp 2) vil dette ha negative effekter i forhold til å nå målsetningen som ligger til grunn for prinsipp 3; styrke investeringsinsentiver for netteiere og bidra til økt infrastrukturkonkurranse. Departementet må derfor velge, og lovens system er at prinsipp 3 settes først og skal hensyntas for så vidt økt infrastrukturkonkurranse er mulig. Det er mulig i og med at det tredje nettet fortsatt er under utbygging. Dette innebærer at departementet må fjerne eller lempe forpliktelsene som har til hensikt å fremme reguleringsprinsipp 2, i den grad dette motvirker prinsipp 3.

Når det gjelder de konkrete forpliktelser som påklages begrunnes dette nærmere nedenfor. Bulkpris (slik det er utformet) og fjerning av mulighet for geografisk differensierte priser i prisregulering for nasjonal gjesting påklages. Grunnlaget er at dette ikke har vært sendt på høring, bygger på feil faktum og ikke er egnet til å oppnå formålet som ønskes oppnådd ved pålegget. Pålegget er i tillegg både uforholdsmessig og urimelig.

Kriteriene for utvalg av ringeplaner omfattet av margintesten er verken klare eller forutberegnelige. Det samme gjelder forbudet mot «urimelige» vilkår. Forpliktelsene påklages og må oppheves eller endres slik at det grunnleggende rettslige kravet til forutberegnelighet og tilstrekkelig klarhet blir oppfylt før forpliktelsen inntreffer.

Telenor kan ikke se at det foreligger hensyn som tilsier at tilgangskjøpere gjennom reguleringen av adgangen til å inngå eneleveranseavtaler skal få et konkurransefortrinn overfor nettverkseiere og ber departementet endre reguleringen slik at netteier og nettleier stilles likere i konkurransen.

Telenors klage inneholder konkurransesensitiv informasjon som skal unntas fra offentlighet og partsinnsyn, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Denne informasjonen er merket med [UOFF].

## 2 Kravet om å levere bulkpris for alle tilgangsformer må fjernes

Det vises til anmodning om utsatt iverksettelse av Vedtaket hva gjelder bulkpris for alle tilgangsformer av 29. mai 2020.

I Vedtaket punkt 7.5.9.4 pålegges Telenor å imøtekomme rimelige anmodninger fra tilgangskjøpere om å tilby regulert tilgang basert på bulkpris, hvor en definert mengde trafikk (datatrafikk, tale, SMS/MMS) skal kunne benyttes for hele eller deler av kundemassen. I avsnitt 521 fremgår det at bulken skal tilbys til en lavere tilgangspris enn variabel pris som følger standardavtalen; ethvert tilbud om bulk må ha en gjennomsnittspris per enhet som er lavere enn den variable prisen for tilgang, gitt at hele volumet i bulken benyttes. Ifølge vedtaket fotnote 66 skal maksimal gjennomsnittspris i bulkavtalen være den lineære prisen som gir samme tilgangskostnad for hver av tjenestene som prisene i standardavtalen for den relevante tilgangsformen. Maksimal gjennomsnittspris i bulkavtalen for data vil dermed beregnes basert på Telenors volum slik dette inngår i Nkoms marginskivtest. Videre skal gjennomsnittsprisen per minutt, SMS eller MB være fallende ved økende volum.

Kort oppsummert er virkningene av denne prisforpliktelsen at (i) MVNO- og TL-aktører ved å kombinere bulkpris og variable datapriser vil oppnå en tilgangskost for data som ligger under den lineære dataprisen for nasjonal gjesting, (ii) tilbud om bulkpris vil gi høyere tilgangspris for større datapakker enn det som ligger i dagens standardprismodell basert på variable priser, (iii) samme

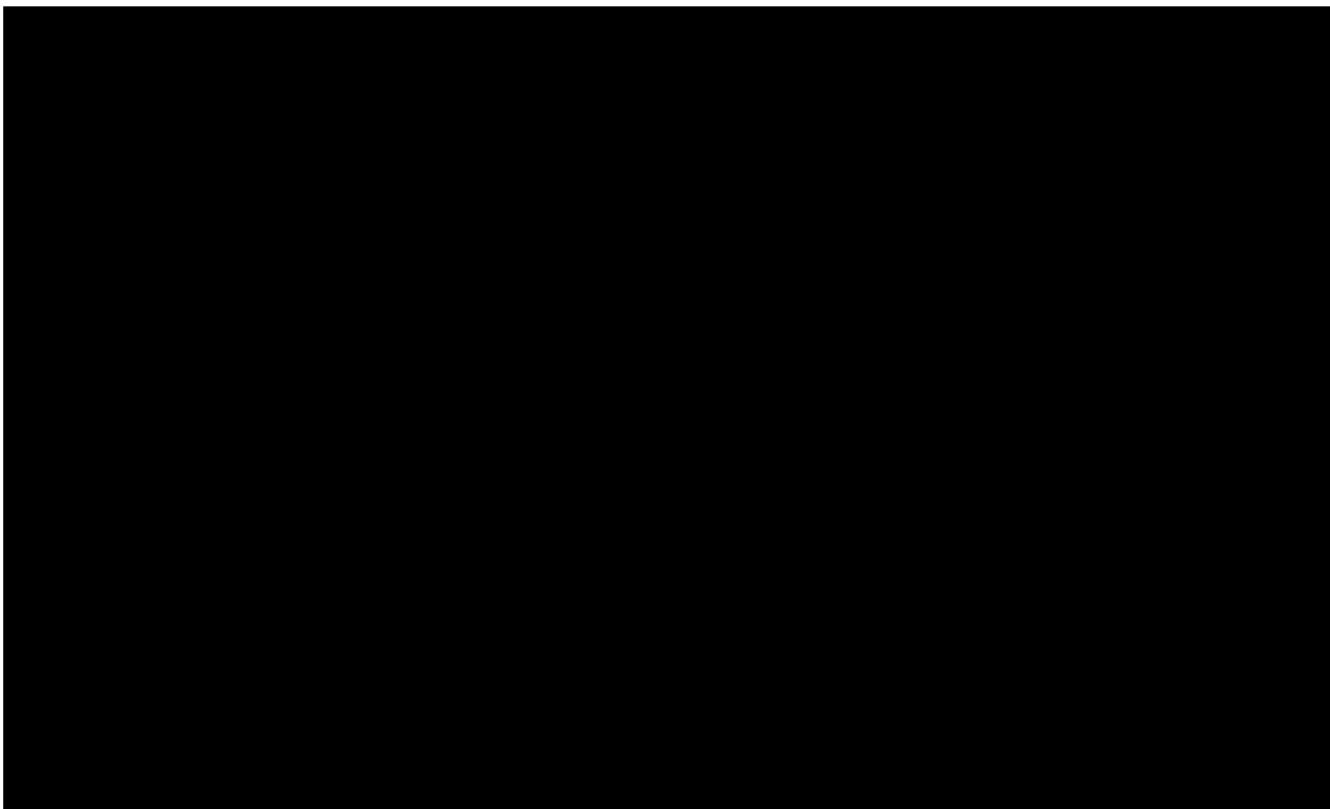
## Bedrift KONFIDENSIELT

effekt som lineære datapriser for tilbud til lavvolumkundene, herunder dramatisk lavere pris enn eksisterende standardtilbud fra Telenor. Etter en høring vedrørende utkast til vedtak fra Nkom i desember om innføring av et krav om lineære priser for alle tilgangsformer, fjernet Nkom dette kravet for MVNO og TL i endelig vedtak. Effekten av bulkpris er den samme som forslaget til lineær variabel pris i utkastet til vedtak av desember 2019. Det er vanskelig å se at en slik prisregulering har et legitimt formål etter ekomloven. En nærmere redegjørelse følger under.

Kravet som følger av fotnote 66 i Vedtaket er tatt inn i forbindelse med notifiseringen av vedtaket til ESA, uten at det har vært på høring i forkant. Betydningen av beregningsmetoden som innføres i nevnte fotnote innebærer en betydelig endring av forpliktelsen. Tidligere har Nkom beskrevet at bulkpris må forventes å gi utslag i lavere tilgangspris enn variabel pris som følger av standardavtalen, jf. utkast til vedtak 13.12.2019, punkt 318. Kombinert med kravet om at tilgangskjøper skal kunne kjøpe bulk til deler av kundemassen, måtte utkast til vedtak forstås slik at beregningen av bulkprisen måtte ta utgangspunkt i tilgangskjøpers alternative variable pris, eventuelt for den delen av kundemassen som skulle omfattes av bulkpris. Dette ville gitt et helt annet resultat, hvor prisen for bulkkjøpet ville bli bestemt av datavolumet til de av tilgangskjøpers kunder som ønskes omfattet av bulkkjøpet. Konsekvensen av endringen fra utkast til vedtak i desember innebærer også at MVNO- og TL-aktører ved å kombinere bulkpris og variable datapriser vil oppnå en tilgangskost for data som ligger under den lineære dataprisen for nasjonal gjester.

Ifølge Vedtaket punkt 517 er ett av hovedformålene ved å pålegge Telenor å tilby bulkpris at prisstrukturen er særlig velegnet til å gi insentiver og mulighet til å tilby større datapakker overfor sluttkundene. Dette er imidlertid ikke korrekt. Et tilbud om bulkpris vil gi høyere tilgangspris for større datapakker enn det som ligger i dagens standardprismodell basert på variable priser. Samtidig som bulkpris vil ha samme effekt som lineære datapriser for tilbud til [REDACTED]. Vedtaket bygger således på feil faktum.

I praksis vil bulkprisreguleringen ikke gi insentiver til å tilby større datapakker til sluttkundene. Sammenlignet med det eksisterende standardtilbudet til Telenor vil gjennomsnittsprisen for de større datapakkene være høyere med bulk og dermed ha motsatt effekt av det Nkom legger til grunn. Dette er vist i nedenstående figur, som illustrerer dataprisen for de ulike datavolumene med en variabel pris og en bulkpris. [uoff: ]



Som det fremgår av figuren vil bulkprisen ligge under den variable prisen [redacted] per kunde/måned. [redacted] Akkumulert vil bulkprisen være lavere enn variabel pris opp til [redacted]. Deretter vil tilgangskost for hver kunde som bruker [redacted]. Det må derfor forventes at tilgangskjøpere tilpasser seg Nkoms Vedtak ved å benytte bulkkjøp for kunder med et datavolum [uoff: [redacted]] og variabel pris for kunder med [uoff: [redacted]]. Tilgangskjøpere vil derved oppnå en lavere datapris enn en nasjonal gjester, som vil ha en lineær variabel datapris på nivå med bulkprisen uavhengig av dataforbruket per kunde.

Når det gjelder [redacted] vil bulkpris slik denne skal utformes i henhold Vedtaket, innebære lavere prisen enn eksisterende standardtilbud fra Telenor. Effekt av bulkpris er vist i figuren nedenfor. [uoff: [redacted]]

Som det fremgår vil Vedtaket medføre en betydelig prisreduksjon i tilgangsprisene for data for spesielt [REDACTED]. Prisreduksjonen vil variere fra [REDACTED]. Dette innebærer at effekten av bulkpris er den samme som forslaget til lineær variabel pris i utkastet fra desember 2019, som Nkom senere har gått bort i fra på grunn av effektene dette ville fått på investeringsinsentiver.

Kravet om å tilby bulkpris medfører en dramatisk reduksjon i tilgangsprisen for data [REDACTED] og det kan forventes at denne prisreduksjonen vil resultere i en prisreduksjon i [REDACTED] i sluttbrukermarkedet. Ettersom Ice har en stor andel av sine kunder i [REDACTED] vil kravet om å tilby bulkpris kunne redusere Ices lønnsomhet betydelig. Dette vil videre kunne få konsekvenser for Ices muligheter til å investere i nettutbygging. Kravet om å tilby bulkpris på de vilkår som følger av Vedtaket vil dermed motvirke formålet med reguleringen om å legge til rette for økt infrastrukturkonkurransen gjennom å insentivere til utbygging av et tredje landsdekkende nett.

På denne bakgrunn er pålegget om bulkpris - slik det er innrettet i Vedtaket – ugyldig. Begrunnelsen for dette er kort oppsummer at berørte parter ikke er gitt anledning til å uttale seg om pålegget slik det er utformet i Vedtaket, det bygger på feil faktum, er ikke egnet til å oppnå det formålet forpliktelsen er ment å ivareta og medfører urimelige og uforholdsmessige effekter på netteieres insentiver til å investere i nett.

Subsidiært ber Telenor departementet omgjøre innretningen på forpliktelsen til å tilby bulkpris slik den i tillegg til å være egnet til å tilby store datapakker ikke får de effekter på investeringsinsentivene som nå foreligger. Dette innebærer at fotnote 66 må fjernes, samt at det klargjøres/presiseres i vedtaket at beregningen av bulkprisen må ta utgangspunkt i tilgangskjøpers alternative variable pris for hele eller den delen av kundemassen som skal omfattes av bulkpris.



### **3 Prisregulering for nasjonal gjesting må tillate geografisk differensierte priser**

Opprinnelig varsler fra Nkom inneholdt mulighet til å bruke en geografisk faktor for regulering av tilgangsprisen ettersom det tredje nettet ble utbygget. Denne reguleringen ble endret og muligheten for å bruke en geografisk faktor ble fjernet i forbindelse med at utkast til vedtak ble notifisert til ESA. Endringen ved å fjerne geografisk faktor har således ikke vært på høring. Telenor mener det er nødvendig at prisreguleringen overfor nasjonal gjester inneholder en mulighet for å geografisk differensiere prisen.

Prisreguleringen for nasjonal gjesting skal – som de øvrige tilgangsformer - baseres på forbud mot marginskvis. Det skal imidlertid ikke utvikles en egen marginskvistest for nasjonal gjesting, men prisen for nasjonal gjesting reguleres med utgangspunkt i de regulerte prisene for MVNO-tilgang, jf. Vedtaket punkt 437. I dette ligger blant annet at tilgangsprisene til en nasjonal gjester ikke kan være høyere enn MVNO-prisene, jf. punkt 445. Konsekvensen av dette er at markedsandelen til den modellerte aktøren – i forhold til gjeldene regulering - reduseres fra 20% i totalmarkedet til 3% markedsandel i bedrifts- eller privatmarkedet. I tillegg stilles det i Vedtaket krav om at prisstrukturen i Telenors standardtilbud for nasjonal gjesting skal være lineær, variabel tilgangspris, jf. punkt 506. Videre har Nkom besluttet å fjerne prinsippet om geografiske differensierte priser for tilgangskjøper til nasjonal gjesting. Bakgrunnen for dette synes i stor grad å være kapitalsituasjonen til Ice, og at videre utbygging at et tredje nett vil avhenge av at Ice klarer å skaffe tilstrekkelig kapital. Reguleringen bør derfor ifølge Nkom i størst mulig grad legge til rette for at det tredje nettet kan realisere gevinster av investeringen i egen infrastruktur underveis i en avsluttende fase av reguleringen, jf. punkt 451.

I Vedtaket punkt 7.5.5 fremgår det at prisreguleringen av nasjonal gjesting skal gi tilgangskjøperen insentiver til å investere i nett samtidig som reguleringen skal sikre at Telenor oppnår kostnadsdekning for tilgangen. Avsnitt 452 synes å forutsette at prisreguleringen også skal gi Telenor kostnadsdekning for tilgang i mer spredtbygde strøk uten geografisk differensierte priser. Dette er feil. Vedtaket bygger således på feil faktum.

Telenors foreløpige beregninger viser at tilgangspris for nasjonal gjesting basert på forbud mot marginskvis, uten geografisk differensiering, vil innebære at den regulerte prisen for nasjonal gjesting er lavere enn Telenors kostnader per enhet produsert trafikk for en stor andel [REDACTED] av Telenors basestasjoner. Dette skyldes at basestasjonene i områder med lite trafikk produserer så lite volum at kostnad per produserte enhet overstiger de regulerte prisene for nasjonal gjesting. For Telenors øvrige kunder er ikke dette noe problem, da disse kjøper trafikk i hele landet, og betaler en pris, også etter fradrag for sluttbruker kostnader, som overstiger gjennomsnittlig produksjonskostnad i mobilnettet. Det er derfor uten betydning at disse kundene noen ganger betaler en pris under produksjonskost for noe basestasjoner og over produksjonskost for andre basestasjoner, så lenge de konsumerer (eller er forventet å konsumere) trafikk i både sentrale og grisgrendte deler av Telenors mobilnettet. Dette er ikke tilfelle for Ice, som har bygd et mobilnett som dekker størstedelen av Norge, og som kun har behov og vil kjøpe nasjonal gjesting i randsonen av Telenors mobilnett, der hvor trafikkvolumet er minst.

Som angitt over vil [REDACTED] av Telenors basestasjoner ha produksjonskost som overstiger de regulerte prisene for nasjonal gjesting. I tillegg vil [REDACTED] av Telenors basestasjoner produsere så lite trafikk at samlet produksjonskost for disse [REDACTED] av Telenors basestasjoner ligger over de regulerte prisene for nasjonal gjesting. Det må antas at Ice har lavere trafikkvolum enn Telenor i disse områdene, og at det derfor er risiko for at de regulerte

## Bedrift KONFIDENSIELT

prisene for nasjonal gjesting vil ligge under Ices utbyggingskost i disse områdene etter at Ice har bygd et nett tilsvarende [REDACTED] av Telenors mest trafikkerte basestasjoner.

Når den pålagte prisen for tilgang ligger under Telenors totale kostnader for å produsere tjenesten i dette området [REDACTED] er dette en sterk indikasjon på at det for Ice er billigere å leie tilgang hos Telenor fremfor videre utbygging av eget nett utover et nett tilsvarende [REDACTED]. En slik prisregulering vil være klart i strid med reguleringsprinsipp 3 og motvirke investeringer i infrastruktur. Slik Telenor forstår det er den gjenstående utbyggingen av Ices nett i hovedsak å bygge basestasjoner i spredtbygde geografiske strøk med begrenset trafikkvolum. Ved å pålegge Telenor å tilby nasjonal gjesting under egne produksjonskostnader, vil det være billigere og mer lønnsomt for Ice å gjeste på slike vilkår og pris enn å bygge eget nett. En pris som ikke dekker Telenors kostnader innebærer også at Telenor i realiteten subsidierer Ices virksomhet. En slik forpliktelse går utover det det er grunnlag for å pålegge etter ekomloven § 4-9. Av forarbeidene, Ot.prpr.nr.58 (2002-2003) side 106, fremgår det at dersom myndigheten pålegger tilbyder å tilby prisregulert tilgang og pålegger metode for prisberegning etter § 4-9 (2) "skal metoden gi tilbyder anledning til å få en rimelig avkastning på anvendt kapital" (vår utheving). Dette grunnleggende prinsippet må gjelde ved alle former for prisregulering, slik at tilbyder minst får dekket sine kostnader. Ved fravær av prinsippet om geografisk differensierte priser vil det ikke være tilfellet for "randsonen" av Telenors nett ved Nkoms krav om fjerning av geografisk differensierte priser for tilgangskjøpere til nasjonal gjesting. Nkom har følgelig ikke hjemmel til å pålegge Telenor en tilgangspris som er under Telenors kost etter ekomloven § 4-9. I tillegg er et slikt pålegg uforholdsmessig og sterkt urimelig.

I Vedtaket punkt 448 legger Nkom til grunn at en «sunset clause» vil være et alternativ til geografisk differensierte prisen for å oppnå formålet om at ikke tilgangen til etablert infrastruktur skal være gunstigere enn å investere i egen infrastruktur. Uten geografisk faktor vil prisene i reguleringsperioden være under produksjonskost, og en varighet på en slik regulering i 3 år vil gjøre at en utbygger av et tredje nett vil utsette utbyggingen så langt ut i reguleringsperioden som mulig. Ved en slik regulering vil man ikke oppnå å realisere besparelser underveis i reguleringsperioden slik Nkom legger til grunn i Vedtaket punkt 451.

I Vedtaket punkt 455 legger Nkom til grunn at prisreguleringen som et klart utgangspunkt skal begrenses til Vedtakets levetid. Nkom har imidlertid ikke – i eget vedtak – stilt ytterligere krav til Ice utbygging eller fastsatt et endelig sluttidspunkt for opphør av den gunstige prisreguleringen til Ice. Dessuten uttales det i Vedtaket punkt 456 at Nkom er åpne for å forlenge reguleringen om utenforliggende hensyn tilsier dette. Etter Telenors syn er ikke dette en slik «sunset clause» som kan likestilles med geografisk differensierte priser. For at dette skulle vært tilfelle må det fastsettes en konkret sluttdato for prisreguleringen som er kortere enn Vedtakets levetid samtidig som prisenivået på de regulerte tilgangsprisene må være over total produksjonskost for den enkelte basestasjon.

Det kan også reises spørsmål om en anmodning om tilgang til nasjonal gjesting på prisvilkår uten prinsippet om geografisk differensierte priser kan anses som «rimelig» etter ekomloven § 4-1, gitt at en slik anmodning innebærer fravær av kostnadsdekning og subsidiering av tilgangskjøper for tilbyder. En regulert tilgangspris uten bruk av prinsippet om geografisk differensierte priser harmonerer ikke med forpliktelsen til å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang til nasjonal gjesting.

## Bedrift KONFIDENSIELT

På denne bakgrunn er prisreguleringen for nasjonal gjesting - slik denne er innrettet i Vedtaket – ugyldig. Begrunnelsen for dette er kort oppsummert at berørte parter ikke er gitt anledning til å uttale seg om pålegget slik det er utformet i Vedtaket, det bygger på feil faktum, er ikke egnet til å oppnå det formålet forpliktelsen er ment å ivareta, det har ikke hjemmel i ekomloven § 4-9 og er sterkt urimelig og uforholdsmessig. Telenor anfører derfor at departementet omgjør Nkoms vedtak slik at Telenor tillates å ha en geografisk faktor i tilgangsprisen for nasjonal gjesting.

Alternativt ber Telenor departementet omgjøre vedtaket slik at det fastsettes en konkret sluttdato for prisreguleringen («sunset clause») som er kortere enn Vedtakets levetid samtidig som prisnivået på de regulerte tilgangsprisen må være over total produksjonskost for den enkelte basestasjon.

### **4 Utvalg av produkter som inngår i marginskvistestene må være forutberegnelig**

Slik marginskivstesten er utformet i Vedtaket er forpliktelsen på grunn av manglende klarhet og forutberegnelighet ugyldig og må oppheves. For det tilfelle testen opprettholdes av departementet må den endres slik at det fremgår klart hvilke produkter/ringeplaner som skal inngå i margintesten før testperioden starter. Dette er nødvendig for å sikre at helt grunnleggende rettslige krav til forutberegnelighet og tilstrekkelig klarhet er oppfylt.

Av Vedtaket avsnitt 462 fremgår det at marginskivistestene for MVNO-tilgang gjennomføres ved å teste et representativt utvalg. Som et utgangspunkt vil Nkom derfor teste produkter som kumulativt utgjør om lag 70 prosent av antall abonnement i hvert av sluttbrukermarkedene som er gjenstand for marginskivistest. I tillegg vil produkter som utgjør minst 10 prosent av antall abonnement i de relevante sluttbrukermarkedene som hovedregel anses som representative. Videre fremgår det at andelen beregnes på grunnlag av abonnementsfordelingene på et tidspunkt nært opptil testen. Av avsnitt 467 fremgår at bruttomargintest for tjenesteleverandørvilkår innebærer en test på om hvert av de representative produktene som inngår i MVNO-testene har positiv bruttomargin.

Kriteriene for utvalg av ringeplaner omfattet av testen er verken klare eller forutberegnelige. Kriteriene åpner opp for utvisning av skjønn ved utvalget, jf. ordlyden "om lag 70 prosent" og "som hovedregel". Videre velges ringeplanene som skal testes først ut "på et tidspunkt nær opptil testen". Utforming av kriteriet for utvalg til testen gjør det svært vanskelig for Telenor å forutse hvilke ringeplaner som omfattes av testen, og dermed å sikre overholdelse av marginskivistestene. Det kan ikke med rimelighet forventes at Telenor skal være i stand til å forutse den konkrete kundeutviklingen for hver enkelt av selskapets ringeplaner de kommende seks månedene. Endrede markedsforhold og konsumadferd som følge av Covid-19-situasjonen illustrer hvor umulig og urimelig det er at et selskap forventes å kunne forutse kundeutvikling seks måneder fremover i tid. Det vises til Telenors kommentarer av 28. juni 2019 side 5 – 6 der vanskeligheter ved praktisering av kriteriene og dermed testen utdypes ytterligere. I tillegg kommer at selv om Telenor hadde hatt helt presise abonnementsprognoser som samsvarte 100% med den virkelige abonnementsutviklingen, ville fortsatt ikke Telenor hatt mulighet til forutsi Nkoms utvelgelse av de testede produktene. Dette fordi utvalgskriteriene inneholder så stor grad av skjønn at Telenor ikke har mulighet til å forutse Nkoms valg. Dette illustreres med det faktum at selv etter at testperioden er over, og abonnementsutviklingen foreligger for hele perioden, har ikke Telenor mulighet til å forutse hvilke produkter som Nkom skal teste på grunn av lite presise utvalgskriterier.

Kravet til forutberegnelighet er et helt grunnleggende krav til forvaltningens virksomhet og avgjørelser, og er sentralt for å ivareta rettssikkerheten av hensyn til dem forvaltningens avgjørelser retter seg mot. Dette må riktignok balanseres mot hensynet til en effektiv forvaltning. Telenor kan



imidlertid ikke se at et forutberegnelig utvalg av produkter som testes vil være i strid med en effektiv forvaltning. Snarere tvert imot, ettersom det vil kunne lette Nkoms arbeid med testene. De grunnleggende hensynene bak forvaltningsloven taler derfor for at Telenor *før* testperioden må vite hvilke ringeplaner som skal inngå i testen i den kommende perioden.

Det følger videre av ekomloven § 12-4 nr. 3 at uaktsomme eller forsettlige overtredelser av enkeltvedtak fastsett med hjemmel i ekomloven § 4-9 (1) til (3) kan straffes med bøter eller fengsel i inntil seks måneder. Slik Telenor forstår det kan Telenor i utgangspunktet risikere strafferettslige reaksjoner dersom Telenor uaktsomt anses å overtre Vedtaket ved å stryke på marginskvistestene som er hjemlet i ekomloven § 4-9. Legalitetsprinsippet oppstilt i Grunnloven § 113 innebærer et krav om tilgjengelighet og tilstrekkelig presisjon til lovhjemler for straff. Slik marginskvistestene nå er utformet ved at (i) utvalget av ringeplanene som inngår i testen er definert så uklart at det er umulig for Telenor å forutsi på forhånd hvilke ringeplaner som vil være omfattet av testen og (ii) ved at Nkom først *etter* seks månedersperioden presiserer det nærmere innholdet i kravet til de utvalgte ringeplanene, er det åpenbart at legalitetsprinsippet krav til klarhet og presisjon ikke er oppfylt. Slik marginskvistestene er utformet nå kan Telenor følgelig ikke sanksjoneres dersom Telenor eventuelt ikke består testene.

Tilsvarende vil ha betydning i forhold til et eventuelt krav om tilbakebetaling. Av Vedtaket punkt 7.5.8.4 fremgår det at Nkom iht. ekomloven § 10-12 kan pålegge tilbakebetaling ved overpris i forhold til en prisforpliktelse Telenor pålegges i Vedtaket. Det bemerkes at eventuelt vedtak om tilbakebetaling må være i henhold til lovens krav og i samsvar med de krav som skal tillegges vekt i henhold til forarbeidene<sup>1</sup>, og at dette ikke kan fravikes slik Vedtaket synes å åpne opp for i punkt 491.

Ved et eventuelt krav om tilbakebetaling må det tas i betraktning at Telenor ikke kjenner utvalget av ringeplaner som inngår i marginskvistestene, vektingen av prisplanene og dermed heller ikke resultatet av marginskvistestene før Nkom iverksetter datainnsamling og gjennomfører testen for hver periode. Dette er nærmere redegjort for ovenfor. Å benytte sanksjoner i form av pålegg om tilbakebetaling ved eventuelle ikke beståtte marginskvistester, fremstår følgelig uforholdsmessig gitt mangelen på forutsigbarhet i gjennomføringen av testene.

Tilsvarende vil et pålegg om tilbakebetaling for eventuell marginskvis i løpet av seks månedersperioden, jf. avsnitt 496, innebære en etterfølgende sanksjonering av adferd man på handlingstidspunktet (seks månedersperioden) ikke kunne forutse konsekvensene av. Legalitetsprinsippet kvalitative krav til klarhet og presisjon taler følgelig imot at Telenor kan ilegges et slikt pålegg.

### **5 Marginmodellen inneholder feil eller mangler som medfører feil marginbilde**

Telenor vil med dette påklage marginmodellen slik den foreligger i Vedtaket. Etter Telenors oppfatning benyttes både feil forutsetninger (prinsipper) for å beregne størrelser i modellen, samt at input i modellen ikke samsvarer med de forutsetninger (prinsippene) som er fastsatt. Deler av input i marginmodellen er «hardkodet», som medfører at Telenor ikke kan ettergå og presist kommentere de forutsetninger og beregninger som legges til grunn i modellen.

---

<sup>1</sup> Ot.prp.nr. 72 (2006-2007) side 63

## Bedrift KONFIDENSIELT

Telenor vil derfor anmode Nkom om å få oversendt de beregningene som ikke fremgår av marginmodellen. På bakgrunn av disse beregningene vil Telenor presisere og begrunne hvilke deler av marginmodellen Telenor påklager, eventuelt frafalle klagen på dette punkt.

### 6 Leveringseksklusivitet i samme abonnementsforhold må tillates

Vedtaket innebærer en innskrenkning fra forrige regulering ved at Nkom i Vedtakets punkt 7.1.7.3 forbyr Telenor fra å stille krav om leveringseksklusivitet som er knyttet til samme abonnementsforhold, jf. avsnitt 212. Som begrunnelse viser Nkom til hensynet til at tilgangskjøper skal ha reell mulighet til å oppnå parallelle tilgangsavtaler og Telenors mulighet til å håndheve begrensningene, ettersom Nkom mener de opplysninger Telenor trenger for å håndheve begrensningen er legitimt for tilgangskjøper å beskytte.

Etter Telenors syn kan ikke Telenors legitime interesse i å innta en begrensning på tilgangskjøper som forbyr tilgangskjøper å tilby tilgang til to nettoperatører i samme abonnementsforhold, oppveies av at Telenor til tider vil kunne ha behov for innsyn i forretningssensitiv informasjon for å håndheve et slik forbud. Under enhver omstendighet vil slike forretningssensitive opplysninger være beskyttet av plikten Nkom har pålagt Telenor i Vedtaket punkt 7.1.7 5 avsnitt 233 flg om håndtering og bruk av opplysninger Telenor mottar av tilgangskjøper underveis i avtaleforholdet. Telenor har erfaring med å håndtere informasjon om konkurrenter på en korrekt måte, og vil også innta forpliktelsen om håndtering og bruk i standardavtalen slik som følger av Vedtaket. Ytterligere vil enhver, også tilgangskjøper, kunne være beskyttet mot urettmessig bruk eller formidling av eventuelle forretningshemmeligheter etter den nye loven om forretningshemmeligheter. Et forbud mot å stille krav om leveringseksklusivitet knyttet til samme abonnementsforhold innebærer at tilgangskjøper kan tilby bedre tilgang enn en nettverkseier. Forbudet innebærer følgelig et konkurransefortrinn for tilgangskjøper sammenliknet med å ha eget mobilnett. Forbudet svekker nettverkseieres insentiver til å konkurrere på infrastruktur og er slik i strid med formålet med reguleringen om å legge til rette for bærekraftig konkurranse.

Departementet var av samme oppfatning i deres klagevedtak av 9. mars 2018 der de på side 45 uttalte at *"Tilgangsplikten er ikke ment å gi et konkurransefortrinn for tilgangskjøperen. [...] Etter departementets vurdering vil Telenor derfor kunne stille krav om eksklusivitet for å hindre at tilgangskjøper skal kunne tilby egne kunder dekning i to nett samtidig i samme sluttbrukermarked."* Og videre at *"Departementet legger for øvrig også til grunn at det er enighet om at Telenor kan stille krav om leveringseksklusivitet på SIM-nivå, og tilsvarende når det gjelder tilbud om dekning i flere mobilnett i samme abonnementsforhold. Slike krav er ment å hindre at tilgangskjøper gjennom regulert tilgang oppnår bedre vilkår enn Telenors egen virksomhet, for eksempel bedre dekning."* [Telenors utheving]

Telenor kan ikke se at det er hjemmel i ekomloven § 4-1 å pålegge Telenor forpliktelser til å tilby tilgang på slike vilkår som medfører at tilgangskjøper ved å ha parallelle tilgangsavtaler skal kunne oppnå få et konkurransefortrinn overfor nettverkseiere. Pålegget i Vedtaket om å forby Telenor å ha leveringseksklusivitet i samme abonnementsforhold er dermed ugyldig. Telenor ber departementet endre Vedtaket på dette punkt i tråd med de vurderingene departementet gjorde i mars 2018.

### 7 Forbud mot urimelige avtalevilkår

Vedtaket oppstiller i punkt 7.1.7.10 et forbud mot å innta urimelige avtalevilkår. Etter Telenors oppfatning hjemler ikke ekomloven § 4-1 pålegg av så generelle forpliktelser som forbudet mot

## Bedrift KONFIDENSIELT

urimelige avtalevilkår slik dette fremgår av Vedtaket. Det er bare dersom krav eller avtalevilkår fra tilbyder som er underlagt tilgangsplikt fungerer som en de facto tilgangsnekt at dette vil kunne være brudd på ekomloven § 4-1. Telenor kan videre ikke se at oppstillingen av eksempler på når Telenor har en plikt til å ikke stille urimelige krav i avsnitt 255 oppfyller kravet til innholdsmessig klarhet og presisjon til pålagte forpliktelser som lagmannsretten la til grunn i LB-2017-72236, jf. også Ot.prp.nr. 58 (2002-2003) side 100 – 101.

Telenor kan ikke se at en så generell og lite forutsigbar forpliktelse som oppstilles i Vedtaket punkt 7.1.7.10 er egnet til å skape den regulatoriske forutsigbarheten Nkom mener kun kan dekkes av ex ante-reguleringen. Telenor ber derfor departementet omgjøre denne forpliktelsen

\*\*\*

Telenor ber om et møte med departementet i anledning saken. I tillegg bes det om løpende partsinnsyn i sakens dokumenter.

Med vennlig hilsen  
Group Legal

Kaja Wølneberg  
Advokat

Vedlegg 1: Telenors kommentarer av 28. juni 2019 til varsel om vedtak med vedlegg.

Vedlegg 2: Telenors kommentarer av 19. november 2019 til Ice høringssvar.

Vedlegg 3: Telenors kommentarer av 20. januar 2020 til utkast til regulering.

Vedlegg 4: Telenors kommentarer av 20. april 2020 til Eftas Overvåkingsorgan.