

Vedlegg 3

Resultat av høringen av Nkoms varsel om vedtak i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15)

1. juli 2016



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
2	Kommentarer til markedsavgrensingen.....	4
3	Kommentarer til tre-kriterie-testen.....	5
3.1	Første kriterium: Høye og varige etableringshindre.....	5
3.2	Andre kriterium: Markedet tenderer ikke mot effektiv konkurranse.....	7
3.2.1	Høringsinnspill fra Telenor.....	8
3.2.2	Høringsinnspill fra øvrige aktører.....	16
3.3	Tredje kriterium: Alminnelig konkurranserett er ikke tilstrekkelig.....	17
4	Kommentarer til analysen av sterk markedsstilling.....	18
5	Kommentarer til beskrivelsen av konkurranseproblemer.....	21
6	Kommentarer til valg av særskilte forpliktelser.....	22
6.1	Generelt om valg av særskilte forpliktelser.....	22
6.2	Tilgang.....	24
6.2.1	Høringsinnspill vedrørende forespørsler om nasjonal gjesting.....	24
6.2.2	Høringsinnspill vedrørende MVNO-tilgang.....	26
6.2.3	Høringsinnspill vedrørende tjenesteleverandørtilgang.....	27
6.2.4	Høringsinnspill vedrørende forespørsler om samlokalisering.....	29
6.2.5	Høringsinnspill vedrørende andre tilgangsformer.....	32
6.2.6	Høringsinnspill til den nærmere beskrivelsen av tilgangsplikten.....	33
6.3	Ikke-diskriminering.....	39
6.4	Offentliggjøring og standardavtaler.....	42
6.5	Regnskapsmessig skille.....	44
6.6	Prisregulering.....	47
6.6.1	Høringsinnspill til prisregulering for tjenesteleverandørtilgang, nasjonal gjesting og MVNO-tilgang.....	47
6.6.2	Høringsinnspill vedrørende prisregulering for samlokalisering.....	53
7	Rapport fra Espen R. Moen og Christian Riis.....	54
8	Krav til rimelig etableringspris.....	56

1 Innledning

Dette dokumentet oppsummerer høringssvarene til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) varsel om vedtak i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (tidligere marked 15). Varselet var på nasjonal høring i perioden 16. september 2015 til 2. november 2015¹.

Følgende instanser avga hørings svar:

- Chili Mobil AS (Chili Mobil)
- ICE Norge AS og ICE Communication Norge AS (ICE)
- Konkurransetilsynet
- TDC AS og Get AS (TDC/Get)
- Telenor ASA (Telenor)
- TeliaSonera Norge AS² (TeliaSonera)

I tillegg fikk Nkom hørings svar fra en potensiell markedsaktør som av konkurransemessige årsaker ønsket å anonymisere sin identitet. Nkom fant grunnlag for å etterkomme dette i medhold av offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Denne aktøren omtales i dette dokumentet som «Anonym aktør».

Nkom inviterte aktørene til å kommentere de mottatte hørings svarene innen 27. november 2015, men ingen aktører sendte kommentarer. For å belyse enkelte av høringsinnspillene ytterligere, sendte Nkom konkrete spørsmål i e-post 26. november og brev til Telenor 27. november 2015. Telenor besvarte e-posten 3. desember 2015, og deres kommentarer om bruttomarginstest er inkludert i oppsummeringen av høringsinnspill. Tilsvarende er Telenors svar på brevet mottatt 4. desember 2015 hensyntatt i oppsummeringen.

Uttalelsene fra de ulike høringsinstansene er oppsummert etter kapitlene i varselet. Nkom gir også kortfattet uttrykk for sitt syn på de aktuelle kommentarene og hvordan tilsynet har behandlet innspillene.

Videre har Espen R. Moen og Christian Riis fra Oeconomica DA på oppdrag fra Telenor skrevet en vurdering av Nkoms markedsanalyse og varsel om vedtak. Nkom fikk oversendt vurderingene 3. desember 2015. Vurderingene ble også presentert i møte med Nkom 8. desember 2015. Rapportens konklusjoner er oppsummert i kapittel 7 i dette dokumentet, hvor Nkom også gir sin vurdering. Innspill fra Moen og Riis er videre hensyntatt i analysen og vedtaket der det er relevant.

I kapittel 8 informerer Nkom om at Telenor vil bli pålagt krav om rimelig etableringspris med hjemmel i ekomloven § 4-9. Dette er et tillegg til prisreguleringen som ble varslet.

De enkelte hørings svarene og vurderingene fra Moen og Riis er tilgjengelige på Nkoms hjemmeside.³

¹ Opprinnelig frist for hørings svar var 19. oktober 2015. Etter forespørsel fra aktører ble det gitt generell fristutsettelse til 2. november 2015.

² TeliaSonera Norge AS skiftet navn til Telia Norge AS 1. mars 2016. I denne oppsummeringen omtales selskapet som TeliaSonera da dette navnet ble brukt under høringen.

³ Se <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/marked/marked-15>

2 Kommentarer til markedsavgrensingen

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom har avgrenset det relevante grossistmarkedet til å omfatte grossisttilgang i alle offentlige GSM-, UMTS- og LTE-nett, og originering av tale SMS og datatjenester for følgende eksterne tilgangsformer: Tilgang ved nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og tjenesteleverandør-tilgang. Både tilgang for å tilby ordinære mobiltjenester og tilgang for å tilby M2M-tjenester er inkludert.

Høringsinnspill

Telenor er i hovedsak enig i markedsavgrensingen Nkom har lagt til grunn på sluttbrukernivå, men påpeker at det er uklart om dedikerte abonnement for mobilt bredbånd inngår i det relevante sluttbrukermarkedet og mener dette må klargjøres for ikke å starte analysen med feil avgrensing.

Videre har Telenor innspill til Nkoms inkludering av tilgang til M2M-tjenester i markedsdefinisjonen:

- Det er inkonsistent av Nkom å spesifisere at tilgang til å tilby M2M-tjenester er inkludert i det relevante grossistmarkedet, så lenge M2M kommunikasjon over mobilnett ikke inngår i det relevante sluttbrukermarkedet.
- Det finnes en rekke andre teknologier enn mobilteknologi som er like relevante innsatsfaktorer for produksjon av M2M-tjenester (for eksempel powerline communications, radio mesh, WLAN og ulike Near Field Communications-løsninger). Nkom har ikke gjort en substitusjonsvurdering av disse teknologiene.
- M2M-kommunikasjon kan tilbys ved å bruke utenlandske SIM basert på internasjonal gjesting, og dette betyr at det er en rekke flere aktører som må inkluderes i analysen (et globalt marked). Dette kan innebære at markedet geografisk må utvides utover Norge.

TDC/Get er enig i Nkoms markedsavgrensing.

Anonym aktør er enig i Nkoms markedsavgrensing, men legger til at det relevante markedet også bør omfatte andre former for tilgang som ligger i grenseland mellom de tre kategoriene.

Nkoms vurdering

Mobilt bredbånd er etter Nkoms syn ikke substituerbart med tradisjonelle mobilabonnement fra sluttbrukernes side. Nkom mener at det heller ikke er tilbudssidesubstitusjon i tilstrekkelig grad til å anse dedikerte abonnement for mobilt bredbånd som en del av sluttbrukermarkedet for telefonikoblede mobiltjenester⁴. Nkom har i den oppdaterte markedsanalysen klargjort at markedet for mobilt bredbånd er et separat, tilgrensende sluttbrukermarked. På grossistnivå er det de samme innsatsfaktorene som benyttes for å tilby datatrafikk i tradisjonelle mobilabonnement som i dedikerte abonnement for mobilt bredbånd. Tilgangsprisen for mobil datatrafikk har heller ikke vært knyttet opp mot hvordan produktet tilbys i sluttbrukermarkedet. Nkom legger i markedsavgrensningen til grunn at tilgang til datatrafikk er inkludert i det relevante produktmarkedet (grossistnivå), uavhengig av om datatrafikken selges som dedikert abonnement for mobilt bredbånd i sluttbrukermarkedet eller som en tjeneste i tradisjonelt mobilabonnement.

⁴ Sluttbrukermarkedet for tradisjonelle mobiltelefonitjenester (tale, SMS, data) omtales heretter for sluttbrukermarkedet for telefonikoblede mobiltjenester.

På samme måte mener Nkom at M2M-kommunikasjon via mobilnett ikke er en del av sluttbrukermarkedet for telefonikoblede mobiltjenester ettersom det ikke er substituerbart med tradisjonelle mobilabonnement. Ettersom M2M-kommunikasjon over mobilnett produseres i stor grad med samme innsatsfaktorer som ordinære mobiltjenester, mener Nkom at M2M-kommunikasjon over mobilnett må defineres som et separat, tilgrensende sluttbrukermarked. På grossistnivå skiller netteierne tilgangsavtaler normalt heller ikke på om datatrafikk skal benyttes til å tilby M2M-tjenester eller andre datatjenester. Nkom legger derfor til grunn i denne sammenheng at tilgang til datatrafikk er inkludert i det relevante grossistmarkedet, uavhengig av om trafikken selges som M2M-tjenester i sluttbrukermarkedet eller som tradisjonell mobiltrafikk.

Nkom anerkjenner at sluttbrukermarkedet for M2M-kommunikasjon over mobilnett kan være disiplinert av tjenester tilbudt over andre teknologier og internasjonale aktører. I det norske markedet har Telenor likevel en markedsandel på over 90 prosent av abonnement for M2M-kommunikasjon over mobilnett, noe som indikerer at Telenor har fått opparbeidet seg en sterk posisjon sammenliknet med andre utfordrere i det norske markedet, og selskapets tilbud er dermed i liten grad er påvirket av disiplinerende faktorer. Nkom mener det er viktig å tilrettelegge for konkurranse om å tilby M2M-tjenester over mobilnett, da dette er et marked med stort potensiale for vekst.

Når det gjelder innspill om tilgang basert på andre tilgangstyper, vurderes dette i kapittelet om tilgang.

Nkom har gjort enkelte mindre presiseringer i markedsavgrensingen, blant annet for å klargjøre at mobilt bredbånd og M2M-kommunikasjon over mobilnett ikke er en del av sluttbrukermarkedet for telefonikoblede mobiltjenester, men separate tilgrensende markeder.

I tillegg har Nkom gjort en nærmere vurdering av om det er grunnlag for å dele sluttbrukermarkedene for ordinær mobiltelefoni og mobilt bredbånd i henholdsvis privat- og bedriftsmarked. Nkom har konkludert med at ulikheter i tilknytning til tjenestetilbudene og konkurranseforholdene gir grunnlag for å dele begge disse sluttbrukermarkedene i et privat- og bedriftsmarked. Markedsanalysen er oppdatert i henhold til dette.

3 Kommentarer til tre-kriterie-testen

3.1 Første kriterium: Høye og varige etableringshindre

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom har i analysen konkludert med at det er høye og varige etableringshindre i det relevante markedet, slik at det første kriteriet er oppfylt.

Høringsinnspill

Telenor mener at Nkoms fremstilling av etableringshindre er unyansert og overdrevet. Nkom har ikke godtgjort at ugjenkallelige investeringer i mobilnett er så store at det utgjør etableringshindringer i Norge. Nkom har heller ikke godtgjort at eksistensen av stordriftsfordeler skaper etableringshindringer.

Telenor fremhever at ICE valgte å etablere seg i markedet lenge før Tele2 ble kjøpt opp av TeliaSonera. Beslutningen om å foreta betydelige investeringer i frekvensressurser ble gjort på

kommersielt grunnlag. Det er derfor ikke riktig som Nkom skriver at ICE har overvunnet etableringsbarrierer gjennom overtakelse av eksisterende infrastruktur.

Telenor skriver videre at det er påfallende at Nkom på den ene siden vurderer at tilgang til dekningsfrekvenser utgjør et etableringshinder i markedet for tilgang til mobilnett, mens samme myndighet i forkant av tildeling av frekvensressurser i 900- og 1800 MHz-båndet har vurdert at konkurransesituasjonen ikke gir grunnlag for spesiell tilrettelegging for «antatt finansielt svakere konkurrenter».

Ettersom både TeliaSonera, ICE og Telenor har god tilgang til frekvensressurser, kan det ikke være riktig at tilgang til dekningsfrekvenser utgjør en etableringsbarriere for aktører som ønsker å være tilbydere i grossistmarkedet, med mindre Nkom ønsker å legge til rette for en fjerde eller femte aktør i det norske markedet.

TDC/Get mener i likhet med Nkom at grossistmarkedet fortsatt preges av høye og varige strukturelle etableringshindringer som skyldes ugjenkallelige kostnader, og i motsetning til tidligere er det nå betydelige regulatoriske etableringshindre. TDC/Get viser til at mengden frekvensressurser som er tilgjengelig (enkelte frekvensressurser i 900- og 1800 MHz-båndene skal etter planen auksjoneres ut i løpet av analysens tidshorizont), er såpass begrenset at dersom en eventuell ny aktør skulle vinne disse, vil det påføre tilbyderen en kostnadsulempe ved utbygging av mobilnett. TDC/Get stiller spørsmål ved om det i det hele tatt er mulig å etablere et konkurransedyktig nettverk på gjenværende frekvensressurser.

ICE skriver i sitt hørings svar at selskapet med sine ervervede frekvenser er, foruten Telenor og TeliaSonera, eneste aktør som besitter nødvendige frekvensressurser for å bidra til målet om effektiv infrastrukturkonkurranse. Utbyggingen som ICE er i gang med, er tidkrevende og kapitalintensiv.

Anonym aktør støtter Nkom i at kostnadskrevende etablering i Norge utgjør en strukturell barriere både for etablering (ny aktør) og ekspansjon (ICE). Frekvensmangel forsterker etableringsbarrierene for en eventuell fjerde aktør.

Konkurransetilsynet er enig med Nkom i at betydelige investeringer i infrastruktur, stor andel irreversible kostnader, vesentlige stordriftsfordeler for allerede etablerte aktører, samt knapphet på frekvensressurser er viktige faktorer for etablering i markedet, og at disse utgjør vesentlige etableringshindringer.

Nkoms vurdering

Nkom presiserer at utgangspunktet for vurdering av etableringshindre er en etablering som kan påvirke markedsdynamikken, og har omtalt at dette kan tilsvare etablering av en mobil nettverksoperatør (MNO) med minst 75 prosent befolkningsdekning og mer enn 50 prosent trafikk i eget nett.

Investeringskostnadene for å oppnå en slik etablering er gjennom LRIC-modellene beregnet til om lag 2 milliarder kroner. Nkom fastholder at dette er en betydelig investering og at kostnadene i betydelig grad representerer irreversible investeringer. Tele2s nettverk ble som kjent finansiert ved asymmetriske termineringspriser og oppnådde nevnte befolkningsdekning. I 2013 ble det klart at Tele2 i fremtiden ikke ville disponere tilstrekkelige frekvensressurser til å utnytte etablert infrastruktur. Tele2 avhendet deler av nettverket til ICE, og øvrig infrastruktur inngikk i foretakssammenslutningen med TeliaSonera. Det ble i denne prosessen klart at

mobilnettet til Tele2 hadde begrenset økonomisk salgsverdi⁵. Dette er etter Nkoms oppfatning et eksempel på at investeringene er ugjenkallelige, også omtalt som «sunk costs». Betydelige investeringer, som igjen leder til at kostnadene i større grad er å betrakte som faste, og ikke variable, er etter Nkoms oppfatning en indikasjon på at utnyttelse av investeringer i stor skala er nødvendig for en vellykket etablering.

ICE har eksistert som en nisjeaktør i det norske markedet i flere år. I 2013 valgte de å gå tungt inn i markedet ved kjøp av betydelige frekvensressurser ut fra kommersielle vurderinger og uten å vite at de ville få tilgang til etablert infrastruktur. De betydelige investeringene som var påkrevet, støtter Nkoms vurdering av at det er store etableringshindre i dette markedet. At ICE fikk overta eksisterende infrastruktur, gjorde at selskapet raskere enn ellers kunne tilby helhetlige sluttbrukerprodukter i markedet. Den nye posisjonen til ICE muliggjør også tilbud i grossistmarkedet på lengre sikt. Overtakelse av infrastruktur som grunnlag for å etablere seg som fullskalatilbyder, kan ikke legges til grunn som en alminnelig måte å etablere seg på. Det kan heller ikke brukes som argument for at etableringshindre er fraværende. Investeringsomfanget i frekvensressurser var betydelig og viser at det er etableringshindringer i markedet.

Til Telenors anførsler om hvordan vurderingen av frekvensressurser inngår i tre-kriterie-testen, bemerker Nkom at formålet ved å teste det første kriteriet først og fremst er å vurdere strukturelle markedsforhold. Det er derfor tilstrekkelig å påvise eksistens av etableringsbarrierer, hvilket Nkom har gjort. Den konkrete frekvensforvaltningen tar inn over seg et bredt spekter av vurderinger og forhold som influerer utforming av frekvensauksjoner. Sitatene som Telenor referer til knyttet til konkret forvaltning av de resterende 2x15 MHz i 1800 MHz-båndet, kan derfor ikke forstås som at det ikke eksisterer etableringsbarrierer i markedet, selv om det er tre aktører som innehar frekvensressurser.

At det i dag finnes tre aktører med tilstrekkelige dekningsfrekvenser, er ikke ensbetydende med at det ikke er etableringshindre i markedet, slik Telenor anfører. Reguleringen er ikke ment å ivareta spesifikke enkeltaktører. Det er karakteristika ved markedet i seg selv som er utgangspunkt for vurderingen.

Kommentarene fra TDC/Get, ICE, Anonym aktør og Konkurransetilsynet er egnet til å forsterke Nkoms funn, og Nkom opprettholder konklusjonen om at første kriterium er oppfylt.

3.2 Andre kriterium: Markedet tenderer ikke mot effektiv konkurranse

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom har under det andre kriteriet vurdert om markedet har egenskaper som gjør at det ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse. Nkom har konkludert med at det ikke finnes tilstrekkelige klare holdepunkter for dynamikk i markedet innenfor analysens tidsperspektiv som tilsier at markedet vil tendere mot bærekraftig konkurranse uten ex-ante regulering.

⁵ Se for eksempel InsideTelecom 8. oktober 2014 (<http://www.insidetelecom.no/artikler/ice-kjoper-hele-tele2-nettet/164193>), 13. november 2014 (<http://www.insidetelecom.no/artikler/netcom-selger-3g-frekvenser-til-ice-for-en-krone/165406>) og 7. desember 2015 hvor det fremgikk at ICE har verdsatt eiendelene de fikk overta nærmest til det dobbelte av kjøpesummen (<http://www.insidetelecom.no/artikler/halv-pris-for-network-norway/217844>).

3.2.1 Høringsinnspill fra Telenor

Telenor mener at den faktiske konkurransesituasjonen og den dynamiske markedsutviklingen som kan forventes de nærmeste årene, tilsier at det er virksom konkurranse i markedet. Telenor underbygger sitt innspill med tre hovedpunkter. Hvert av disse gjengis og vurderes nedenfor.

1) Konkurransen i sluttbrukermarkedet er styrket

Etter Telenors oppfatning er konkurransen i sluttbrukermarkedet sterkere nå enn ved forrige analyse i 2010. Siden konkurransen nedstrøms fungerer, mener Telenor at det ikke vil være grunnlag for sektorregulering. Selskapet viser til at virkningene av den sterke konkurransen mellom nettverksoperatører, MVNOer og tjenesteleverandører blant annet vises med vedvarende lave og fallende sluttbrukerpriser i sluttbrukermarkedet, samt at stadig mer data inkluderes i fastprispakkene uten at prisen øker.

I høringssvaret viser Telenor til en rapport fra RBC Capital Markets datert 1. september 2015 hvor det er konkludert med at det norske ekommarkedet har de laveste prisene i Europa når inntektene er justert i forhold til kjøpekraft, og at det norske markedet dermed ligger lavere enn gjennomsnittet i Europa. Ifølge Telenor gir dette klare holdepunkter for at konkurransen er økt siden forrige analyse.

Som i forrige markedsanalyse mener Telenor at Nkom ikke underbygger eller dokumenterer hvorfor fallende og relativt sett lave sluttbrukerpriser ikke er klare indikasjoner på virksom konkurranse, uavhengig av sektorspesifikk regulering.

Telenor mener dessuten at Nkom synes å legge stor vekt på markedsandeler i et «nettverksmarked» og tar disse til inntekt for fortsatt regulering av Telenor. I stedet for å analysere markedsandeler og konkurransesituasjonen i grossistmarkedet, fokuserer Nkom på markedsandeler på nettverksnivå, til tross for at det ikke finnes et slikt eksternt relevant nettverksmarked. Dette mener Telenor svekker analysen av grossistmarkedet betydelig. Telenor mener Nkom blant annet må vektlegge at kundenes faktiske opptreden i grossistmarkedet gjennom hele perioden siden forrige analyse gir klare indikasjoner på at det er velfungerende konkurranse mellom Telenor og TeliaSonera i dette markedet.

Telenor mener videre at Nkom i varsel om vedtak med tilhørende markedsanalyse skaper et inntrykk av at Telenor stiller krav om forhandlingsekklusivitet. Dette tilbakeviser Telenor og viser til at det ikke stilles begrensninger i tilgangskjøpernes mulighet til å forhandle med andre tilbydere av tilgang mens de forhandler med Telenor (verken før eller etter).

Av andre forhold som Telenor mener indikerer at det er økt konkurranse i markedet, er endringer i markedsandelene på sluttbrukernivå gjennom hele perioden siden forrige analyse. Målt i antall abonnement har det vært fall i markedsandelene hos både Telenor og TeliaSonera, og Tele2 hadde før oppkjøpet økt sin markedsandel siden forrige analyse. Som en følge av oppkjøpet øker TeliaSoneras markedsandel betydelig, samtidig som ICE etablerer sin satsning i sluttbrukermarkedet og blir et tydelig alternativ for sluttkundene utover mobilt bredbånd. I tillegg har flere aktører etablert seg med tilbud til sluttkundene siden forrige analyse (bl.a. Com4, Lyca Mobile, Chili, PepCall, Banzai), og det er gjennomført konsolideringer på tilbydersiden (TDC/Get og Phonero/Ventelo). Disse forholdene mener Telenor i større grad må vektlegges av Nkom.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig i Telenors anførsel om at Nkom ikke underbygger hvorfor fallende og lave sluttbrukerpriser ikke er indikasjon på konkurranse, uavhengig av sektorspesifikk regulering.

For Nkom er det sentrale vurderingskriteriet hvorvidt det relevante grossistmarkedet tenderer mot bærekraftig konkurranse. At det er konkurransepress i sluttbrukermarkedene, fremgår også av Nkoms analyse, men så lenge det ikke er tilstrekkelig klare holdepunkter for at grossistmarkedet tenderer mot bærekraftig infrastrukturkonkurranse, kan Nkom ikke legge til grunn at konkurransen i sluttbrukermarkedene vil vedvare uten sektorspesifikk forhåndsregulering.

Når det gjelder beregning av markedsandeler på grossistnivå, utdyper Telenor i liten grad hvordan selskapet mener disse burde beregnes. Nkom oppfatter det som at Telenor ønsker at salg til egen virksomhet ikke skal inngå i grunnlaget for å fastsette markedsandeler på grossistnivå. Nkom har i analysen kapittel 2.4.1 redegjort for hvorfor internsalg er inkludert og viser til at Nkom mener dette gir det mest riktige bilde av styrkeforholdet på grossistnivå. Når det gjelder kundenes adferd, antar Nkom det siktes til bytter av vertsnett etc. Slike forhold er vurdert i oppsummeringens kapittel 4 om analysen av sterk markedsstilling.

Nkom har tidligere sett eksempel på at Telenor har stilt krav om forhandlingseksklusivitet⁶. Nkom mener at denne type eksklusivitet er urimelig. Samtidig har Nkom vist til Samferdselsdepartementets (SD) vedtak av 20. desember 2012 hvor det fremkommer at eksklusivitet som rammer adgangen til å forhandle, er konkurransebegrensende og i utgangspunktet vil være i strid med ekomloven. TeliaSonera er også tydelig i sitt høringssvar på at denne formen for eksklusivitet er uheldig. Det er imidlertid positivt at denne formen for eksklusivitet i følge Telenor ikke praktiseres (lenger).

Det er riktig som Telenor beskriver at både Telenor og TeliaSonera har hatt en reduksjon i markedsandeler målt i totalt antall ordinære mobilabonnement siden forrige analyse. Ser man derimot på markedsandeler målt i omsetning, har Telenor økt sin andel til tross for at andelen målt i antall abonnement har hatt en svak nedgang. Etter første halvår 2015 har Telenor en vesentlig høyere andel av den totale omsetningen for ordinære mobilabonnement (58,3 prosent) enn andelen målt i antall abonnement (53,7 prosent). TeliaSonera har imidlertid opplevd at også deres andel målt i omsetning har falt siden forrige analyse. Ved utgangen av første halvår 2015 var TeliaSoneras andel målt i omsetning 32,8 prosent, mens den var 38,0 prosent målt i antall abonnement. I vurderingen av styrkeforholdet mellom aktørene mener Nkom at markedsandeler målt i omsetning er en vel så viktig måleparameter. Når det gjelder nyetableringer i sluttbrukermarkedene, er disse diskutert i kapittel 4.3.5. Betydningen av de nevnte konsolideringene er hensyntatt i kapittel 5.11 om kjøpermakt. Nkom mener disse forholdene er tilstrekkelig vurdert.

2) Nkom vektlegger ikke Konkurransetilsynets vurderinger

Telenor er av den oppfatning at når ICE gjennom Konkurransetilsynets vedtak har fått betydelig og tilstrekkelig etableringshjelp for å sikre infrastrukturkonkurranse, indikerer dette at dagens markedsforhold legger godt til rette for at konkurransen i grossistmarkedet også kan øke de neste to til tre årene.

Telenor viser til at Nkoms analyse skal være fremadrettet med en tidshorison på to til tre år, og mener derfor at Nkom må legge til grunn at markedsstrukturen er slik den er for fremtiden, uavhengig av om det er organisk vekst eller oppkjøp som har ført til at den er slik.

Telenor viser til at Konkurransetilsynet gjennom en grundig vurdering av konkurransen i det samme markedet som er gjenstand for regulering, har konkludert med at vilkårene som ble pålagt TeliaSonera i forbindelse med oppkjøpet av Tele2 «[...] samlet sett [vil] avhjelpe de konkurransemessige virkningene som oppstår i grossistmarkedet som følge av

⁶ Brev fra Telenor til Network Norway 15. juni 2012.

foretakssammenslutningen». Og videre at «[...] Konkurransetilsynet er av den oppfatning at tiltakene samlet sett vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene som oppstår i sluttbrukermarkedet som følge av foretakssammenslutningen».

Ifølge Telenor har Konkurransetilsynet konkludert med at vilkårene i avtalen mellom ICE og TeliaSonera «[...] gir ICE mulighet til å konkurrere aggressivt i sluttbrukermarkedet, at vilkårene kan gjøre ICE til en tilbyder også i grossistmarkedet [...].

Telenor fremhever videre at SD i sin vurdering av hvorvidt TeliaSoneras anmodning om midlertidig tillatelse til å disponere frekvensressurser skal imøtekommes (av 15. juni 2015), har lagt stor vekt på viktigheten av Konkurransetilsynets vilkårspakke med tanke på å oppnå målet om et tredje mobilnett. Telenor mener det virker inkonsistent når SD i sitt vedtak gir uttrykk for at Konkurransetilsynets vilkårspakke klart vil være et egnet verktøy for å nå målsetningen om et tredje mobilnett, mens Nkom - uten å godtgjøre behovet - opprettholder forpliktelsen for Telenor om å gi tilgang til nasjonal gjesting og for MVNOer, og nå også for tjenesteleverandører, når man har tre aktører som kan og har incentiver til å konkurrere i grossistmarkedet.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at Konkurransetilsynet har vurdert hvorvidt de avhjelpende tiltakene var tilstrekkelige til å avhjelpe de konkurransebegrensende virkninger som oppsto som følge av foretakssammenslutningen. Deres vurderinger var ikke om tiltakene ville føre til at de konkurranseproblemene som eksisterte i markedet før foretakssammenslutningen, ble avhjulpet og således ikke om tiltakene isolert sett var tilstrekkelige til å oppnå bærekraftig konkurranse. Nkom viser videre til at Konkurransetilsynets hørings svar understøtter vurderingene om at det er usikkert om ICE i analysens tidsperiode vil bli en aktør som vil kunne disiplinere tilbyderne i markedet. Konkurransetilsynet sier seg videre enig med Nkom i at behovet for forutberegnelighet tilsier at det fortsatt er behov for sektorspesifikk regulering. Nkom oppfatter dermed ikke at Nkoms analyse og vedtak står i motstrid med Konkurransetilsynets vurderinger i forbindelse med foretakssammenslutningen. Nkom viser også til at TDC/Get og Anonym aktør i sine høringsinnspill har gitt uttrykk for at markedet er mer konsentrert etter TeliaSoneras oppkjøp av Tele2, sammenlignet med 2010, og at det vil ta tid før ICE har den tekniske infrastrukturen, organisasjonen og erfaringen som er nødvendig for å tilby attraktive grossistprodukter, se kapittel 3.2.2 nedenfor.

Nkom mener videre at SDs vurdering i saken som gjaldt midlertidig tillatelse til å disponere frekvensressurser, ikke kan forstås som at departementet mente tiltakspakken alene var et tilstrekkelig verktøy for å oppnå bærekraftig konkurranse.

3) Telenors markedsadferd underbygger ikke reguleringsbehov

Telenor viser til at Nkom i kapittel 4.3.7 i analysen vurderer Telenors markedsadferd som indikasjon på om det foreligger virksom konkurranse. Ifølge Telenor bruker Nkom utviklingen i Telenors tilgangsvilkår som et tegn på at det er behov for fortsatt regulering, og Telenor mener Nkoms vurdering svikter både faktisk og rettslig. I tillegg mener Telenor at alle klager og rettslige konflikter med TDC og Network Norway tas til inntekt for at konkurransen ikke fungerer. Nkoms vurderinger er etter Telenors oppfatning preget av forutinntatthet og en underliggende oppfatning om at Telenor i enhver sammenheng søker å begrense konkurransen.

Telenor mener Nkom har en feilaktig vurdering av tilgangsvilkår og kommenterer følgende:

Prisstruktur i avtaler

Telenor mener det er SD og Nkoms eget vedtak og tolking av reguleringen som har medført endringer i prisstruktur, ikke at konkurransen i markedet ikke fungerer. Telenor endret prisstrukturen i standardavtalene som en direkte konsekvens av SDs vedtak i TDC-klagen, hvor SD (og Nkom) mente at en slik prisstruktur som Network Norway hadde fremforhandlet i sin gjestingsavtale med Telenor, var klart mer fordelaktig for tilgangskjøperen og at det var et brudd på ikke-diskrimineringskravet ikke å tilby den samme prisstrukturen til TDC.

Telenor ser ingen andre muligheter til å etterleve kravet til ikke-diskriminering, slik SD og Nkom har fortolket kravet, enn gjennom standardavtaler. Telenor har gjentatte ganger bedt Nkom forklare hvordan de mener Telenor kan etterleve kravet til ikke-diskriminering, slik Nkom og SD fortolker kravet, uten å operere med standardavtaler. Telenor oppfatter ikke å ha fått noen klargjøring og viser bl.a. til at Nkom og SD ikke har gitt noen føringer for hvilket volum som skal benyttes ved sammenligning av priser i ulike avtaler, jf. kravet til ikke-diskriminering, men har lagt til grunn at dette må vurderes konkret fra tilfelle til tilfelle.

Volumforpliktelser

Telenor mener Nkoms redegjørelse for virkninger av volumforpliktelser i analysen avsnitt 365 er uriktig. Nkoms påstand om at volumforpliktelser ivaretar «de etablerte netteieres behov» mens interessene til tilbydere som bygger ut nett «ikke i like stor grad ivaretas», er udokumentert og indikerer ifølge Telenor manglende forståelse for kommersielle forhandlinger og verdien av slike forpliktelser for tilgangskjøpere. Volumforpliktelser gir - i alle markeder - grunnlag for lavere priser for kjøper. Eksempelvis fikk Network Norway gjennom avtalen av september 2010 - hvor de blant annet påtok seg volumforpliktelser - redusert prisene betydelig. Asker og Bærum tingrett la i rettsaken mellom TDC og Telenor til grunn at volumforpliktelser hadde verdi for Telenor som kunne begrunne lavere pris for Network Norway. Telenor mener at Nkom ikke under enhver omstendighet kan ta volumforpliktelser til inntekt for videre regulering når Telenor - som Nkom er velkjent med - ikke har hatt volumforpliktelser i sine avtaler siden juni 2013 (nye standardavtaler.)

Forbudet mot dobbeltraaming

Telenor viser til at Nkom legger til grunn at dobbeltraamingforbudet (eksklusivitet) i Telenors avtaler er et tegn på at konkurransen ikke fungerer, jf. analysen avsnitt 366, uten at Nkom begrunner dette nærmere.

Telenor finner det oppsiktsvekkende at Nkom her ser helt bort fra at avtaleklausulen ble vurdert av Asker og Bærum tingrett 29. november 2012, som hadde følgende konklusjon (dommen side 43): *«Samlet sett er det derfor rettens vurdering at eksklusiviteten som ligger i dobbeltraamingforbudet i avtalen mellom Telenor og Network Norway, sett i lys av avtalen for øvrig og den økonomiske og markedsmessige konteksten den inngår i, ikke er egnet til å begrense konkurransen i det relevante markedet. Retten anser derfor ikke at dobbeltraamingforbudet innebærer en utilbørlig utnyttelse av Telenors dominerende stilling.»* I tillegg mener Telenor at Nkom ser bort fra at Telenor i de nye standardavtalene har lagt opp til en langt kortere avtaleperiode enn det som var tilfellet i nevnte avtale med Network Norway, noe som betyr at tilgangskjøperne med relativt korte mellomrom kan måle tilbud fra eksisterende nettoperatør og andre operatører opp mot hverandre og på denne måten utøve kjøpermakt.

Endringsadgang

Ifølge Telenor er standardavtalens bestemmelse om at Telenor kan endre avtalen (med mulighet for tilgangskjøper til å si opp avtalen før avtalens utløp hvis endringen er til tilgangskjøpers ugunst), et direkte resultat av SDs vedtak i TDC-klagen.

Telenor mener å ha behov for å sikre at alle tilgangskjøpere har samme avtaler. Tidligere klagesaker viser at Telenor ikke kan innrette seg i tillit til at det Telenor mener er objektive forskjeller mellom tilgangsavtalene, ikke nødvendigvis vil anses å være i samsvar med reguleringen. Telenors erfaring tilsier at det vil utsette Telenor for betydelig regulatorisk risiko, og også antagelig medføre tidkrevende konflikter, dersom Telenors adgang til å foreta endringer er avhengig av at tilgangskjøperne og myndighetene anser dem nødvendige som følge av Telenors regulatoriske forpliktelser.

Når det gjelder innholdet i endringene, mener Telenor at avtalen uansett ikke kan endres på en måte som strider mot selskapets forpliktelser etter ekomloven og eventuell markedsregulering. Ved dette ivaretas også tilgangskjøpers interesser. Telenor mener vilkåret om endringsrett er begrunnet i Telenors behov for å minimere regulatorisk risiko. Endringsadgangen følger også eksplisitt av gjeldende marked 15-vedtak (avsnitt 215), og Telenor mener derfor at det ikke kan tas til inntekt for at markedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse.

Sanksjonsklausuler

Ifølge Telenor forstår Tingretten sanksjonsklausulen på en helt annen måte enn det Nkom velger å gjøre. Telenor viser til Tingrettens uttalelse om klausulen: *«Når man ser på avtalens forhistorie og Network Norways stadige trusler og klager om at deler av partenes avtale er ulovlig, har imidlertid retten forståelse for at Telenor ønsket å ta inn slike bestemmelser i avtalen. Det er ingen grunn til å tro at Telenor har noe ønske om å inngå ulovlige avtaler og Telenor har en legitim interesse i å forsøke å begrense omfanget av anklager og konflikter rundt sine avtaler.»*

Telenor finner det påfallende at Nkom - når det samme faktiske forhold og begrunnelsen for klausulen er vurdert av domstolen - helt ser bort fra rettens vurdering av denne klausulen etter gjennomgang av avtalehistorikken og forklaringer fra parter og vitner. Telenor mener at Nkom ikke kan ta sanksjonsklausulen til inntekt for videre regulering når Telenor ikke har hatt slik klausul i noen andre avtaler enn i avtalen med Network Norway, og heller ikke har noen slik klausul i ny standardavtale.

Telenor mener Nkom også bruker klager fra tilgangsaktører og egne vedtak vedrørende diskriminering mellom eksterne kjøpere av tilgang som bevis på at markedet ikke tenderer mot konkurranse.

Rettevedtaket i tilknytning til klage på diskriminerende adferd

Nkom fattet 23. mars 2012 vedtak etter klage fra TDC og påla Telenor å fremsette et tilbud i samsvar med vedtaket, noe Telenor mener å ha gjort etter beste evne innen fristen. TDC aksepterte ikke dette tilbudet, og dette førte til en rekke «fortolkningsbrev» våren og sommeren 2012 fra Nkom om forståelsen av Nkoms vedtak. Telenor mener at siden Nkom måtte foreta omfattende fortolkninger av sitt eget rettevedtak, dokumenterer dette at Nkoms opprinnelige vedtak på ingen måte var klart.

Etter Telenors oppfatning er det klart misvisende når Nkom laster Telenor for at det gikk tid før Telenors tilbud var slik Nkom etter flere presiseringer forstod sitt eget vedtak. Dette mener Telenor ikke er et forhold som kan tas til inntekt for at markedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse, men skyldes et uklart vedtak fra Nkom.

Diskriminering mellom tilgangsformer

Telenor mener videre at SDs avgjørelse i TDCs klage tas til inntekt for at konkurransen ikke fungerer, jf. analysen avsnitt 381: *«Etter Nkoms vurdering er det rimelig å se Telenors*

diskriminering mellom eksterne kjøpere av tilgang som et uttrykk for at det relevante markedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse.»

Telenor reagerer på dette av flere grunner; For det første ser Nkom helt bort fra at Asker og Bærum tingrett gikk langt i å anføre at prisforskjellen mellom Network Norways og TDCs avtale ikke var i strid med kravet til ikke-diskriminering. For det andre uttaler Nkom i varselet at forbudet mot å diskriminere mellom eksterne kun gjelder innenfor hver tilgangsform og ikke mellom tilgangsformer, jf. varselet avsnitt 325. Basert på Nkoms forslag i varselet ville TDC med andre ord ikke vunnet frem med sin klage om at Telenor hadde brutt reguleringen ved å gi lavere priser til Network Norway enn til TDC. Det er nærliggende å forstå varselet slik at Nkom ser at reguleringen, slik den har vært frem til nå, er uhensiktsmessig og har gitt utilsiktede resultater. Med andre ord: et forhold som Nkom nå ikke lenger mener er problematisk - altså diskriminering på pris mellom eksterne kjøpere av tilgang - tas likevel til inntekt for at sektorregulering fortsatt er nødvendig.

Klage marginskvis

Telenor viser også til at Nkom trekker frem TDCs og Network Norways klager om påstått marginskvis i sin gjennomgang av saker som leder frem til konklusjonen om at markedet ikke tenderer mot konkurranse, jf. analysen avsnitt 391 flg. Basert på klagene gjennomførte Nkom imidlertid marginskvistester, og Telenor viser til at det ble konkludert med at Telenor ikke hadde opptrådt i strid med kravet til ikke-diskriminering. For Telenor fremstår det derfor som høyst uklart hvorfor disse sakene er nevnt i denne sammenhengen. Telenor mener disse klagene ikke kan være med å underbygge at markedet ikke tenderer mot konkurranse, all den tid det ikke var noe hold i dem.

Nkoms vedtak i klagesak om datahastighet

Telenor viser til at Nkom i vedtak av 18. september 2014 legger til grunn at Telenor har brutt ikke-diskrimineringsplikten i gjeldende markedsvedtak ved ikke å tilby kjøper av tilgang tilsvarende hastigheter som tilbys egen sluttbrukervirksomhet. Telenor er sterkt uenig i vedtaket og har derfor påklaget dette. Selv om en legger til grunn Nkoms forståelse av hvordan et tilbud skal se ut, mener Telenor at en må foreta en vurdering av hvilken betydning manglende fremsettelse av tilbud har hatt for konkurransen i markedet. Da Telenor - for å unngå enhver tvil - skriftlig tilbød tilgangskjøpere økt datahastighet under eksisterende tilgangsavtaler i oktober 2013 og uten andre vilkårsendringer, var det fremdeles ingen av tilgangskjøperne som ønsket å betale for høyere hastighet.

Telenor mener det ikke ville hatt betydning for konkurransen i markedet om tilbudet, slik Nkom mener det måtte fremsettes, hadde vært fremsatt tidligere. Igjen underbygger dette at saken ikke handler om diskriminering av tilgangskjøpere, men at tilgangskjøperne ikke ønsket å betale for slike hastigheter.

Klage samlokalisering

I analysen avsnitt 382 og 383 redegjør Nkom for hovedtrekkene i Mobile Norways klage til Telenor i november 2011 knyttet til samlokalisering. Telenor viser til at Nkom konkluderer redegjørelsen med at tilsynet ikke *«kan se at Telenors adferd hva gjelder samlokalisering er tilstrekkelig disiplinert av andre aktører i markedet, og mener Telenors adferd i denne saken er et uttrykk for at det relevante markedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse»*.

Telenor mener Nkom ved dette trekker konklusjoner om markedet og markedets virkemåte på svært begrenset og forkjært grunnlag. Telenor mottar årlig et stort antall anmodninger om samlokalisering. Som formidlet i meglingen med Mobile Norway, mottok Telenor i perioden januar 2010 til mars 2012 2291 innplasseringssøknader, hvorav 260 (11 prosent) kom fra

Mobile Norway. Den største delen av søknadene kom således fra andre aktører enn Mobile Norway, herunder TeliaSonera og Nødnettet. Telenor mottok ingen klager fra disse aktørene. Når det gjelder Mobile Norways samlokaliseringssøknader tilbake i 2012, søkte Telenor å behandle søknadene raskt og imøtekomme så mange søknader som mulig, selv om Telenor mente at Mobile Norway hadde gjort begrenset forarbeid på sin side når det gjaldt mange av søknadene. Som det også redegjøres for i analysen, kom Telenor og Mobile Norway til enighet om samtlige lokasjoner, slik at Mobile Norways klage til slutt kun gjaldt Telenors plikt til å begrunne og dokumentere avslag.

Telenor har også de senere årene mottatt ca. 1350 anmodninger om samlokalisering per år, og imøtekommer ca. 97 prosent av anmodningene. Telenor har med unntak for Mobile Norways klage i 2011, fortsatt ikke mottatt noen klager. Telenor finner det påfallende at Nkom ikke søker å foreta en helhetlig analyse av dette markedet og Telenors håndtering av samlokaliseringssøknadene.

Andre konflikter

Telenor viser videre til analysen avsnitt 386-390 hvor Nkom redegjør for «andre konflikter». Her omtales tvist mellom Telenor og Network Norway om gyldighet av tilgangsavtalen under konkurranselov og ekomlov samt TDCs erstatningssøksmål mot Telenor i etterkant av TDC-vedtaket. Telenor viser til at Nkom ikke har vurdert dokumentene i saken, men «[...] konstaterer at dette er konflikter som har oppstått i tilgangsmarkedet for mobiltjenester». Hvorfor disse sakene er omtalt og hvilken betydning disse har for analysen, sier ifølge Telenor Nkom ingenting om, men Telenor finner det vanskelig å forstå det annerledes enn at Nkom søker å gi inntrykk av at konfliktene i seg selv er et uttrykk for at konkurransen er begrenset.

Ifølge Telenor diskuterer ikke Nkom muligheten for at tilgangskjøperne bevisst fortsetter sin vellykkede strategi om å oppnå gunstige betingelser ved - risiko- og kostnadsfritt - å benytte seg av den regulatoriske tvetydigheten i Nkoms vedtak.

Telenor ber Nkom klargjøre hva de mener med dette avsnittet, særlig i lys av at tingretten i Network Norway-saken frifant Telenor fra anklagene om brudd på konkurranselov og ekomlov (i en rettskraftig dom). Telenor viser til at TDC også tapte søksmålet i tingretten (ikke rettskraftig).

Nkoms vurdering

Nkom har i vurderingen av det andre kriteriet først og fremst lagt til grunn strukturelle markedsforhold, i tråd med ESAs retningslinjer. Nkom har i tillegg vurdert hvorvidt den dominerende aktørs adferd innenfor forrige reguleringsperiode kan belyse det andre kriteriet ytterligere. Etter Nkoms syn gir de strukturelle forholdene i seg selv tilstrekkelig grunnlag for en konklusjon om at det andre kriteriet er oppfylt. Vurderingen av markedsadferd støtter i tillegg opp under denne vurderingen og gir et bedre grunnlag for å belyse konkurranseproblemene ytterligere. Det er heller ikke spesielle enkeltstående saker som gjør at Nkom mener Telenors adferd i reguleringsperioden underbygger konklusjonen om at det andre kriteriet er oppfylt. Det er totaliteten av konfliktsakene i perioden som Nkom mener bidrar til å belyse markedsforholdene. På dette grunnlag vil Nkom kun kort kommentere hovedpunktene i Telenors anførsler knyttet til de konkrete sakene.

Nkom har ikke funnet at innkomne høringsspill gir grunnlag for å endre konklusjonen knyttet til vurderingen av det andre kriteriet, men har justert enkelte deler i tråd med innspill fra Telenor.

Prisstruktur i avtaler

Nkom har i varsel om vedtak gitt uttrykk for prisstrukturen ikke må være til hinder for at kjøpere av tilgang kan konkurrere med Telenor også i utvalgte deler av sluttbrukermarkedet. Nkom

varslet at Telenor må tilby en variabel prisstruktur da en prisstruktur med fastpris per SIM reduserer tilgangskjøpers fleksibilitet og har uheldige ekskluderende virkninger. Nkom har ikke hverken fremhevet eller tillagt dagens prisstruktur vekt i vurderingen av om markedet tenderer mot bærekraftig konkurranse.

Volumforpliktelser

Nkom er ikke uenig i at volumforpliktelser kan ha en verdi for Telenor som kan begrunne lavere priser for tilgangskjøpere. Nkom mener imidlertid at volumforpliktelser, sammen med krav om eksklusivitet og andre vilkår, totalt sett kan begrense dynamikken i markedet.

Forbudet mot dobbeltroaming/krav om eksklusivitet

Nkom er kjent med tingrettens vurdering av eksklusivitetsbestemmelsen i tilgangsavtalen med Network Norway. Nkom vil oppdatere vedtaket ved å vise til tingrettens vurdering uten at det endrer Nkoms konklusjon. Nkom mener også det er positivt at Telenor har kortet ned bindingstiden i tilgangsavtalen og vil ta hensyn til dette i analysen.

Endringsadgang

Telenor begrunner klausulen om rett til ensidig endringsadgang med bakgrunn i regulatoriske inngrep. Nkom er ikke uenig i at i visse sammenhenger kan Telenor, for eksempel som følge av regulatoriske forhold, ha en legitim rett til å endre avtalen. Men en ubetinget og ensidig endringsadgang mener Nkom er urimelig.

Sanksjonsklausuler

SDs vurdering av sanksjonsklausulen var i tråd med Nkoms vurdering. Nkom er kjent med at tingretten hadde en annen vurdering av behovet for en slik klausul, men fastholder likevel de vurderinger som myndighetene har gitt uttrykk for. At Telenor ikke har en slik klausul i ny standardavtale, er positivt, men Nkom mener likevel den er relevant å nevne i en historisk fremstilling.

Rettevedtaket i tilknytning til klage på diskriminerende adferd

Nkom minner om at SD konstaterte at Telenors priser overfor TDC var diskriminerende. Det gikk lang tid før det forelå priser som rettet dette forholdet. Nkom fastholder at dette indikerer at kjøpermakt eller andre disiplinierende faktorer ikke var til stede, og at dette er et tegn på manglende konkurranse i markedet.

Klage marginskvis

Analysens omtale av klager og konfliktsituasjoner ville vært mangelfull dersom marginskvisanklagene ikke inngikk. Det fremkommer imidlertid at Nkom avviste klager om marginskvis på bakgrunn av de økonomiske analysene som forelå. Teksten i analysen er justert i noen grad for å få tydeligere frem at dette er historiske forhold.

Nkoms vedtak i klagesak om datahastighet

Telenors klage ble avgjort av SD 9. november 2015. SD opprettholdt Nkoms vedtak om overtredelsesbot mot Telenor. SD mente bruddet på ikke-diskrimineringsplikten var alvorlig og at boten dermed ikke var for høy. Overtredelsen hadde gitt Telenor urettmessige konkurransefordeler. Denne avgjørelsen styrker Nkoms vurdering av at markedsadferden innenfor gjeldende reguleringsperiode indikerer at Telenor i liten grad har vært disiplinert av kjøpermakt eller andre konkurrenter.

Klage samlokalisering

Til Telenors anførsler hva gjelder samlokalisering, mener Nkom at etter SDs stadfesting av overtredelsesgebyr, foreligger det liten tvil om at klagen var rettmessig fremsatt på bakgrunn av at Telenor utnyttet sin markedsrett.

Andre konflikter

Nkom har tatt Telenors innspill til etterretning og utelatt tekst som Telenor mente var tvetydig, i endelig vedtak.

3.2.2 Høringsinnspill fra øvrige aktører

TDC/Get mener markedet ikke i tilstrekkelig grad vil bevege seg mot bærekraftig konkurranse innenfor analysens tidshorisont (to til tre år). Slik TDC/Get ser det, er konkurransesituasjonen et utslag av en rekke strukturelle forhold:

- Kostnadene knyttet til å etablere et mobilnett i et forholdsvis modent marked utgjør en betydelig økonomisk barriere.
- Telenor har høye markedsandeler.
- Det finnes en rekke eksempler på misbruk av markedsrett som indikerer at konkurransen er svekket både på grossistnivå og sluttbrukernivå.

For øvrig har TeliaSoneras oppkjøp av Tele2 allerede svekket den begrensede dynamikken i både sluttbruker- og grossistmarkedet. Fra 2006 frem til 2014 møtte Telenor og TeliaSonera økende konkurranse fra Tele2/NwN om privat- og SMB-kunder (og i noen grad på grossistnivå i form av tilgang for tjenestetilbydere). Selskapet hadde skaffet seg en betydelig kundemasse gjennom oppkjøp og organisk vekst. På oppkjøpstidspunktet var mobilnettet bygget ut med dekning i deler av landet. Dette ga Tele2/NwN en viss grad av kjøperrett i forhandlingene med netteierne, noe som også kom andre grossistkunder til gode.

Anonym aktør viser til at TeliaSonera kjøpte opp Tele2 som var den eneste reelle utfordreren til de to mobiloperatørene med landsdekkende nett. Markedet er dermed langt mer konsentrert enn i 2010. Dessuten har flere større, uavhengige tjenesteleverandører enten blitt kjøpt opp eller forsvunnet ut av markedet.

Ifølge aktøren er ICE per i dag ingen troverdig tredje mobiloperatør i marked 15. Det vil ta tid før selskapet har den tekniske infrastrukturen, organisasjonen og erfaringen som er nødvendig for å tilby attraktive grossistprodukter. Norske mobilabonnenter er opptatt av dekning og kvalitet, og mange oppfatter at Telenor har det beste mobilnettet. Aktøren tror det vil ta lang tid å "lære" opp markedet til å akseptere at ICEs fremtidige LTE-nett er et tilfredsstillende alternativ til "Telenor-dekning" og "NetCom-dekning".

Tilgangsavtalen med TeliaSonera har så langt ikke gjort ICE til noen aggressiv utfordrer i sluttbrukermarkedet. Inntil selskapet lanserer tjenester i eget nett, tror uansett aktøren at ICE vil ha en kostnadsulempe vis-à-vis både vertoperatøren og Telenor. I motsetning til de to etablerte aktørene har ICE heller ikke stordrifts- eller breddefordeler. Samtidig tilsier all erfaring at det er utfordrende å vokse i det norske markedet. På ni år klarte for eksempel Tele2 bare å øke sin markedsandel fra 5 % til 15 %. Det skjedde i et langt mindre modent marked med høyere lønnsomhet og mindre behov for investeringer.

Konkurransetilsynet er enig i at det tredje nettet er viktig for konkurransen i norske mobilmarkeder. Gjennom Konkurransetilsynets vedtak vedrørende TeliaSoneras oppkjøp av Tele2 ble det lagt til rette for at ICE kunne etablere seg som en MNO innen mobiltelefoni og utvide dekningen av eget mobilnett. Konkurransetilsynet er imidlertid enig med Nkom i at det er usikkert om ICE, i den relevante tidsperioden, vil bli en aktør av en slik betydning at det oppstår tilstrekkelig konkurransedynamikk mellom tilbyderne i markedet.

Nkoms vurdering

Høringsinnspillene fra TDC/Get, Anonym aktør og Konkurransetilsynet støtter opp under Nkoms vurderinger og medfører ingen konkrete endringer i analysen.

3.3 Tredje kriterium: Alminnelig konkurranserett er ikke tilstrekkelig

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom har i analysen foretatt en vurdering av om den alminnelige konkurranseretten på en tilstrekkelig effektiv, hensiktsmessig og forutberegnelig måte vil kunne adressere de strukturelle problemene i markedet. I varselet er det konkludert med at dette ikke er tilfelle og at det tredje kriteriet dermed er oppfylt.

Høringsinnspill

Telenor mener den alminnelige konkurranseretten må anses tilstrekkelig. Nkom har i følge Telenor ikke dokumentert hvorfor alminnelig konkurranserett ikke er tilstrekkelig og har misforstått formålet med ekomregulering og konkurranseregulering.

Hovedbegrunnelsen bak sektorreguleringen er å løse konkurransemessige begrensninger knyttet til tilgang til nett, og slik tilgang er levert over lang tid. TeliaSonera har levert tilgang frivillig i en årrekke og har nå også klare tilgangsfpliktelser gjennom Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaken mellom TeliaSonera og Tele2.

Dessuten er svært mye av det Nkom søker å regulere i kjernen av det alminnelig konkurranserett håndterer, herunder særlig eksklusivitet, volumforpliktelser og varighet. Dette dreier seg ikke om tilgangsnekt overfor konkurrenter nedstrøms uten nettilgang. I en tvist mellom Telenor og Network Norway tok tingretten stilling til disse tre forhold etter konkurransereglene. Saken illustrerer konkurranserettens fortrinn ved at den også kan håndheves direkte for domstolen, i tillegg til direkte for Konkurransetilsynet.

TDC/Get anfører at konkurranseloven ikke synes å avskrekke Telenor fra å utnytte markedsrett. Nkom har de siste fem årene gjentatte ganger påvist konkurranseskadelig atferd, mens konkurransemyndighetene ikke har grepet inn. For å kunne konkurrere effektivt, har tilgangskjøpere som TDC/Get behov for raske inngrep som kun ex ante-reguleringen er egnet til å sikre.

Anonym aktør mener i likhet med Nkom at det tredje kriteriet er oppfylt. Alminnelig konkurranserett gir ikke forutsigbare rammebetingelser. Forbudet mot misbruk av dominerende stilling er ikke et egnet verktøy for å sikre tilgang til infrastruktur eller gripe inn mot ekskluderende prising. Konkurransetilsynet og ESA gjennomførte en razzia hos Telenor i desember 2012, men det foreligger fortsatt ingen konklusjon. Nkom har til sammenlikning grepet inn mot en rekke typer konkurranseskadelig atferd de siste fem årene.

Konkurransetilsynet er enig i at behovet for forutberegnelighet og rask intervensjon i dette markedet taler for fortsatt sektorspesifikk regulering.

Nkoms vurdering

Det foreligger høye og varige etableringshindre, og markedet beveger seg ikke mot bærekraftig konkurranse, jf. ovenfor. Nkom fastholder at det er behov for tett oppfølging av markedet med mulighet for hyppig intervensjon, at konkurransebegrensende atferd kan gi irreversible skader i markedet og at det er svært viktig for å oppnå bærekraftig konkurranse at tilgangskjøpere sikres forutsigbar tilgang til infrastruktur.

Når det gjelder det Telenor omtaler som den alminnelige konkurranserettens fortrinn, muligheten for privat håndhevelse for domstolene i tillegg til offentlig håndhevelse, vil dette inngå i vurderingen. Etter Nkoms vurdering er imidlertid dette forhold av underordnet betydning for vurderingen av om alminnelig konkurranserett alene er tilstrekkelig.

Det moment at TeliaSonera frivillig har tilbudt tilgang og gjennom Konkurransetilsynets vedtak også har forpliktet seg til å tilby tilgang, er ikke tilstrekkelig til at alminnelig konkurranserett alene anses tilstrekkelig.

Nkom er ikke enig med Telenor når selskapet mener varselet må bygge på en misforståelse av formålet med ekom- og konkurransereguleringen. Vi viser på dette punkt også til at Konkurransetilsynet i sitt høringsinnspill er enig i at behovet for forutberegnelighet og rask intervensjon taler for fortsatt sektorspesifikk regulering.

De mottatte høringsinnspillene medfører ikke behov for endringer i vurderingen av det tredje kriteriet.

4 Kommentarer til analysen av sterk markedsstilling

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom har på bakgrunn av en presumpsjon om sterk markedsstilling som styrkes av flere andre forhold, konkludert med at Telenor kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere i den perioden analysen omfatter.

Høringsinnspill

Telenor mener at Nkom ikke har gjennomført en vurdering av sterk markedsstilling i samsvar med ekomlovens og forvaltningslovens saksbehandlingskrav. Nkom overser flere sentrale forhold som viser at Telenor ikke kan opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere, og at vilkårene i ekomloven § 3-1 dermed ikke er oppfylt.

Telenor viser til at Nkom ikke har lagt vekt på:

- at Telenor og TeliaSonera har sterke insentiver til å inngå avtaler med grossistkunder for å øke utnyttelsen av eget nett siden ingen av aktørene har kapasitetsbegrensninger.
- at begge netteiere tilbyr nasjonal dekning og at TeliaSonera har gjennom markedsadferd og uttalt strategi vist at selskapet har evne og vilje til å investere i nettet for å oppnå jevnbyrdig dekning med Telenor.
- at TeliaSonera har hatt en betydelig organisk vekst både i sluttbrukeromsetning (2,7 prosent) og EBITDA (8,5 prosent) siste kvartal.
- Konkurransetilsynets vurdering av ICE' posisjon og muligheter. Telenor viser til at ICE gjennom Konkurransetilsynets vedtak har fått tilstrekkelige etableringshjelp til å kunne bli en konkurrent også i grossistmarkedet.

Telenor fremhever at dersom TeliaSonera eller andre fremstår som et reelt og fullgodt alternativ til Telenor, vil ikke Telenor kunne opptre uavhengig av markedet.

Videre viser Telenor til kjennetegn på fungerende konkurranse:

- Lave priser, prisene i sluttbrukermarkedet er vedvarende lave og fallende.
- Kunder setter leverandører opp mot hverandre og bytter leverandør. Telenor mener tilgangskjøperes faktiske bytter av leverandør siden 2002, samt at flere kunder i grossistmarkedet har avtale med flere leverandører samtidig, viser at en aktør ikke kan opptre uavhengig.
- Tilgangsavtaler reforhandles ofte gjennom avtalenes løpetid. Tilgangskjøperne forhandler da normalt med mer enn én potensiell tilbyder. Telenor har vært nær ved å miste eller vinne kunder flere ganger. Telenor angir eksempler som selskapet mener viser at det er konkurranse mellom TeliaSonera og Telenor om å tiltrekke seg tilgangskjøpere.

- Telenor mener at selskapet mistet Tele2 som tilgangskjøper i sitt nett uavhengig av TeliaSoneras oppkjøp av Tele2 og mener derfor Nkoms vurdering av at tapet av trafikk fra Tele2 skyldes oppkjøpet, er oppsiktsvekkende.

TeliaSonera mener konkurransebildet i markedet er mer nyansert enn det Nkom legger til grunn for i den varslede reguleringen. TeliaSonera skriver at selskapet har styrket sin konkurransekraft vesentlig siden forrige markedsvedtak og vil i tiden som kommer være enda bedre rustet til å utfordre Telenor enn tidligere. Kjøpet av Tele2s norske virksomhet, kombinert med den massive satsingen på utbygging av ny og forbedring av gammel infrastruktur, vil bidra til at konkurransen i dette markedet ytterligere vil tilspisse seg i årene som kommer.

Chili Mobil er enig i Nkoms beskrivelser i markedsanalysen og mener at vilkårene som Telenor tilbyr viser at Telenor kan opptre uavhengig av konkurrenter og tilgangskjøpere. Chili Mobil gir eksempler på tilgangspriser og endringer i disse som i følge dem selv viser at Telenor utnytter sin dominerende stilling til å begrense konkurransen fra tjenesteleverandører i sluttbrukermarkedet.

ICE skriver at selskapet på overordnet nivå er enig i Nkoms konklusjon om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling.

TDC/Get er enig i Nkoms konklusjon om at Telenor har sterk markedsstilling og viser til at det er en rettslig presumpsjon for at selskapet har sterk markedsstilling (på grunnlag av markedsandeler), samt at øvrige strukturelle forhold trekker i samme retning. Oppkjøpet av Tele2 medførte at den eneste aktøren med kjøpermakts forsvant fra markedet.

TDC/Get bemerker også at de tidligere monopolistene i de øvrige nordiske landene har opplevd nedgang i markedsandeler i inneværende reguleringsperiode, mens Telenor til sammenlikning har beholdt og til en viss grad forsterket sin posisjon i det norske markedet. Selskapet mener dette delvis skyldes misbruk av markedsrett, da det finnes en rekke eksempler på at Telenor har utnyttet sin dominerende stilling overfor tilgangskjøpere i inneværende reguleringsperiode, jf. Nkoms beskrivelse av klagesakene. Dette har gjort det mulig å skjerme selskapets sluttbrukervirksomhet fra konkurranse.

Anonym aktør skriver at de i likhet med Nkom mener at Telenor i stor grad vil kunne opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere i den perioden analysen omfatter. Aktøren viser til at Telenors markedsandeler alene er så høye at de innebærer en rettslig presumpsjon for at selskapet er dominerende i marked 15. I et marked med bærekraftig konkurranse ville markedsandeler fordelt seg likt over tid (33 prosent på hver aktør), Telenor har i stedet økt sin markedsandel basert på omsetning. Aktøren viser også til at strukturelle forhold støtter dette. Det vises til høye strukturelle og regulatoriske etableringsbarrierer, stordrifts- og breddefordeler, vertikal integrasjon og forhold på sluttbrukernivå slik som høy merkevarelojalitet, innlåsing av kunder og kontroll over distribusjonsnett.

Aktøren fremhever også at siden forrige analyse er eneste aktør med noe grad av kjøpermakts (Network Norway og Tele2) forsvunnet fra markedet.

Det vises videre til at Telenor til forskjell fra TeliaSonera kontrollerer kritisk infrastruktur knyttet til transmisjon, bredbånd og fasttelefoni. Selskapet har dermed en unik mulighet til å overføre markedsrett fra tilgrensende marked for å beholde posisjonen når det gjelder mobiltjenester, noe det er tegn på at selskapet gjør i praksis.

Nkoms vurdering

Høringsinnspillene viser tydelig at det er et todelt syn på utpekingen av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling. Tilgangskjøpere støtter Nkoms konklusjon, mens Telenor og til dels TeliaSonera argumenterer for at det er konkurranse mellom dem. Nkom gir nedenfor sine syn på motargumentene.

Nkom er ikke enig i at forholdene Telenor nevner, er oversett. Telenors insentiver til å gi tilgang er diskutert i analysens kapittel 5.11 om kjøpermakt, og hvorvidt TeliaSonera innenfor analysens tidshorison vil være en jevnbyrdig aktør når det gjelder å inngå avtaler med grossistkunder, er vektlagt i analysen kapittel 5.5 og 5.11. Det vises til disse delene for nærmere vurdering av de nevnte forholdene. I tillegg vises det til at flere aktører i sine høringssvar har fremhevet at den eneste aktøren med kjøpermakt (Tele2) er forsvunnet fra markedet. Nkom er ikke uenig i at TeliaSonera har styrket sin konkurransekraft, men Nkom mener likevel at summen av forholdene som er vurdert i analysen, tilsier at Telenor i de neste to til tre år vil kunne opptre uavhengig av TeliaSonera og andre konkurrenter og kunder.

TeliaSonera har hatt vekst både i omsetning og i EBITDA-margin i tredje kvartal 2015. Marginene for de tre første kvartalene i 2015 er totalt sett likevel lavere enn for tilsvarende periode i 2014, og dermed fremdeles langt lavere enn Telenors lønnsomhetstall. Dette er ikke forhold som er oversett av Nkom, og finansielle rapporteringer i etterkant av varselet endrer heller ikke konklusjonen i markedsanalysen.

Når det gjelder vurderingen av ICE' posisjon og muligheter, så har Nkom foretatt en vurdering i analysens kapittel 4.3.8 og konkludert med at det ikke er tilstrekkelig klare holdepunkter for at ICE innenfor analysens tidshorison vil kunne disiplinere de etablerte aktørene på tilbudssiden. Dette støttes av høringsinnspill fra andre aktører, og Konkurransetilsynet har i sitt høringssvar gitt klart uttrykk for at de er enige med Nkom i denne vurderingen.

Når det gjelder kjennetegn på fungerende konkurranse, mener Telenor at de vedvarende lave og fallene sluttbrukerprisene er et sentralt kjennetegn på konkurranse. Nkom har i analysen presentert tall for prisutvikling fra Teligen basert på såkalte OECD-kurver (kapittel 4.3.6). Figurene viser at prisutviklingen i Norge har vært forholdsvis stabil siste to og et halvt år. Sammenliknet med andre land, viser figuren høyere priser i Norge per august 2015 enn i Danmark, Finland, Sverige og England, mens prisene er lavere enn i Island, Tyskland og Nederland. Det sentrale for Nkom er likevel hvorvidt det er konkurranse i det relevante grossistmarkedet. Slik Nkom ser det, kan det ikke legges til grunn at konkurranse i sluttbrukermarkedene vil vedvare uten sektorspesifikk forhåndsregulering.

Telenor har i sitt høringssvar laget en oversikt over tilgangskjøpere som har byttet vertsnett siden 2002, samt hvilke tilbydere som har/har hatt tilgang til flere vertsnett samtidig. Nkom merker seg at Telenor mener tilgang til flere nett er et tegn på velfungerende konkurranse. Som beskrevet i analysen, har imidlertid Telenor siden 2008 stilt krav om eksklusivitet for tilgang til nasjonal gjesting, og tilsvarende krav ble implementert i standardavtalen for MVNO-tilgang i 2013, se analysen kapittel 4.3.7.2. Nkom er ikke uenig i Telenors påstand om at tilgang til flere nett samtidig kan være et tegn på konkurranse om å gi tilgang, men Telenors egne avtaleklausuler og selskapets oppfølging av dem viser at dette i praksis ikke har vært akseptert av Telenor.

Når det gjelder bytter av vertsnett, merker Nkom seg at de to MVNOene som har eksistert lengst i det norske markedet, TDC og Phonero (tidligere Ventelo), kun har kjøpt tilgang til Telenors nett siden etablering i 2005. I tillegg er det per i dag to andre kjøpere av MVNO-tilgang, og begge har siden etablering hatt avtale med TeliaSonera. Riktignok hadde forløperen til Lycamobile (Barablu) avtale med Telenor, og Com4 har avtale med både

TeliaSonera og ICE. Som nevnt i analysen, har det vært enkelte bytter av vertsoperatør blant de mindre tjenesteleverandørene i de siste årene. Men totalt sett er Nkom ikke enig med Telenor i at faktiske bytter av vertsnett i det norske markedet er et tegn på at konkurransen fungerer.

Nkom fastholder at tap av trafikk i Telenors nett fra Tele2 sine kunder skyldes oppkjøpet og ikke konkurranse slik Telenor hevder. Tele2 signerte avtale med Telenor i april 2014 om å overføre hele konsernets trafikk til dette nettet med virkning fra 1. juli 2014. Fusjonsavtalen mellom TeliaSonera og Tele2 ble inngått 4. juli samme år. At trafikken etter dette ble overført til TeliaSonera, kan etter Nkoms syn ikke tilskrives konkurranse da selskapet kun kort tid tidligere uttalte at de ville gi kundene de beste tjenestene ved bruk av Telenors nett.⁷

På bakgrunn av høringsinnspillene har Nkom gjort noen mindre endringer i teksten i analysen av sterk markedsstilling, men konklusjonen opprettholdes.

5 Kommentarer til beskrivelsen av konkurranseproblemer

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom mener det er flere forhold knyttet til vertikal overføring av markedsrett og enkeltmarkedsdominans som utgjør alvorlige, potensielle konkurranseproblemer i det relevante markedet. Nkom mener at dette understøttes både av insentivene markedsstrukturen gir og eksempler på adferd fra inneværende reguleringsperiode.

Høringsinnspill

Chili Mobil er enig i Nkoms beskrivelser av konkurranseproblemer og opplever at prisdiskriminering og kvalitetsdiskriminering er de største utfordringene. Kvalitetsdiskrimineringen er i følge Chili Mobil i hovedsak knyttet til måten datahastigheter pakkeres av Telenor i sluttbrukermarkedet og hvilken tilgangspris Chili Mobil må betale for å kunne "matche" Telenors datahastigheter. Prisdiskrimineringen er i all hovedsak knyttet til prisstrukturen med høy SIM-avgift, men også differensieringen av hastighetsklassene som ligger til grunn for beregningen av SIM-avgiften.

I følge Chili Mobil er det ingen av Telenors merkevarer (Telenor, Djuice og Talkmore) som tilbyr abonnement med lavere maksimalhastighet enn 10 Mbit/s, og flere abonnement tilbys med høyere hastigheter, opptil 20-50 Mbit/s. SIM-avgiften som tilgangskjøper betaler til Telenor, differensieres basert på hastighetsklasser. Chili Mobil sier at de selv definerer hvilken hastighet de vil sette på sine abonnement, men mener at etterspørselen dikterer hvilken hastighet de må velge, og at denne etterspørselen i hovedsak drives av Telenor gjennom deres markedsføring av datahastighet. Chili Mobil opplever et direkte press på å betale Telenor for høyere hastigheter for å kunne konkurrere om de samme sluttbrukerkundene som Telenor. Videre peker Chili Mobil på at hastighetsklassene er basert på en teoretisk maksimalhastighet. Chili Mobil mener at de må betale for hastigheter som de ikke får, og peker også på at de må besvare spørsmål fra misfornøyde kunder som opplever lavere hastigheter. Chili Mobil mener det er et stort paradoks at Telenor kan tvinge tilgangskjøper til å betale for hastigheter som Telenor hverken garanterer eller har noe ansvar for å oppfylle, og at det største paradokset er at Telenor selv ikke betaler en tilsvarende kostnadskomponent.

⁷ <http://www.tek.no/artikler/na-far-tele2-og-one-call-4g/159474>

TDC/Get kjenner seg igjen i Nkoms beskrivelse av konkurranseproblemer og mener særlig tilgangsnekt, prisdiskriminering, kvalitetsdiskriminering, krysssubsidiering, uthalelestaktikk og utilbørlige krav er aktuelle konkurranseproblemer. TDC/Get peker på konkrete saker som de mener underbygger at dette ikke bare er potensielle, men høyst aktuelle konkurranseproblemer i markedet, herunder overtredelsesboten til Telenor for ikke å ha gitt tilgangskjøperne tilgang til høyhastighets mobildatatjenester, vedtak om ulovlig forskjellsbehandling mellom TDC og Network Norway, vedtak som konstaterte at Telenors priser innebar at TDC ikke kunne oppnå lønnsomhet i enkeltsegment, samt klage og varsel om vedtak på kontraktsvilkår om eksklusivitet, ensidig endring og prismodell som påfører tilgangskjøperne en ulempe eller fjerner forutsigbarhet.

Nkoms vurdering

Nkom tar Chili Mobil sitt innspill om pakketering av datahastigheter til etterretning. Det bemerkes imidlertid at Telenor har enkelte utgåtte abonnement med hastighetsbegrensning på 6Mbit/s, samt at Telenor Kontant har hastighetsbegrensning på 6 Mbit/s. Alle etterskuddsbetalte abonnement som er i salg, markedsføres med hastigheter opptil 10Mbit/s eller mer. Ettersom det er abonnementene som markedsføres og er i salg som driver konkurransen, har Nkom forståelse for at abonnement med maksimal hastighet begrenset til under 10 Mbit/s ikke er interessant/relevant for Chili Mobil.

At kundene til Chili Mobil ikke får den teoretiske hastigheten som kundene betaler for, er noe netteiere også må forholde seg til. Telenor informerer på sine hjemmesider at dekning og hastighet varierer med flere forhold. Netteiere kan ikke garantere for opplevd hastighet da det blant annet avhenger av mange forhold utenfor deres kontroll (for eksempel hvor mange som er på nett samtidig, topografi, vær og bygningskonstruksjoner). At hastighetsklassene også på grossistnivå er basert på teoretiske hastighetsklasser, er således ikke urimelig etter Nkoms syn.

Nkom merker seg at TDC/Get som MVNO kjenner seg igjen i varselets beskrivelse av konkurranseproblemer. For vurdering av de konkrete sakene, vises det til kapittel 3.2 i denne oppsummeringen hvor også Telenors syn fremkommer.

Basert på høringsinnspillene og enkelte nye vurderinger har Nkom justert beskrivelsen av konkurranseproblemene.

6 Kommentarer til valg av særskilte forpliktelser

6.1 Generelt om valg av særskilte forpliktelser

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom har lagt til grunn at hovedprinsippet for valg av virkemidler fremdeles bør være prinsipp 3, det vil si legge til rette for etablering av infrastruktur. Samtidig mener Nkom at det er grunn til å vektlegge prinsipp 2 i noe større grad (utnytte eksisterende infrastruktur best mulig) ettersom MVNO-aktører og tjenesteleverandører anses å ha en selvstendig betydning som aktører som kan bidra til tjenestekonkurranse og innovasjon på produktnivå.

Nkom har i varselet også redegjort for at forholdsmessighetsprinsippet innebærer at det ikke skal ilegges strengere plikter enn nødvendig.

Høringsinnspill

Telenor mener at Nkom ikke har godtgjort at det er grunnlag for strengere regulering av Telenor enn det har vært i tidligere vedtak fra 2006 og 2010. Dette må gjenspeiles i Nkoms virkemiddelbruk.

Telenor kan ikke se at Nkoms valg av reguleringsprinsipp er i samsvar med formålet med reguleringen. Reguleringen er tvert i mot egnet til å slå beina under den tredje operatøren og denne aktørens mulighet til å etablere seg som en grossistleverandør i markedet for mobil tilgang.

Telenor mener videre at dersom Nkom opprettholder reguleringen av marked 15, så må Nkom gjøre et kvalitativt valg av prinsipp for bruk av virkemidler. Det kan under enhver omstendighet ikke være grunnlag for å regulere både etter prinsipp 2 og 3. Telenor viser i tilknytning til dette til Nkoms virkemiddeldokument som sier at tilsynet i alle vedtak vurderer om reguleringen skal bygge på enten prinsipp 2 eller 3. Telenor mener denne uklarheten vil være til gagn for aktører som ikke investerer i egen infrastruktur.

TeliaSonera mener det er et skritt i feil retning å øke reguleringstrykket i markedet. Selskapet er bekymret for at det vil kunne ødelegge for utviklingen av effektiv konkurranse på nettverksnivå. Etter TeliaSoneras vurdering har det ikke skjedd noe siden forrige markedsvedtak som tilsier at reguleringen bør skjerpes. Tvert i mot ville det vært mer naturlig å lette litt på reguleringstrykket, eventuelt videreføre gjeldende forpliktelser.

ICE skriver at de på overordnet nivå er enig i de forpliktelser som pålegges Telenor. For å lykkes med å bli en effektiv konkurrent med egen infrastruktur, er det i følge ICE viktig at reguleringen av Telenor motvirker agering i markedet som hindrer muligheten til en effektiv utvikling av infrastruktur, og at Telenor pålegges rimelige tiltak for å legge til rette for infrastrukturkonkurranse. ICE har i sitt høringssvar pekt på forhold selskapet mener er avgjørende for å kunne utvikle seg til å bli en effektiv nettverksoperatør som kan utfordre de etablerte aktørene.

Anonym aktør mener formålet med reguleringen bør være å stimulere til konkurranse mellom netteiere og grossistkunder. Myndighetene bør også stimulere tjenestekonkurranse gjennom å legge til rette for nyetablering som MVNO og tjenesteleverandør.

Konkurransetilsynet mener behovet for økt infrastrukturkonkurranse i mobilmarkedet tilsier at det bør legges til rette for utbygging av et tredje mobilnett. Konkurransetilsynet deler derfor oppfatningen av at hovedvekten bør legges på prinsipp 3 ved valg av virkemidler. I tillegg skriver Konkurransetilsynet at de er enige med Nkom i at reguleringsprinsipp 2 også er relevant, ettersom MVNO-er og tjenesteleverandører kan ha selvstendig betydning for tjenestekonkurranse og innovasjon.

Nkoms vurdering

Prinsippene for valg av virkemidler som følger av Nkoms virkemiddeldokument, gir veiledning ved valg av virkemidler. Det er imidlertid ikke slik at virkemidler utledes direkte fra valg av prinsipp 2 eller 3, og heller ikke slik at valg av ett styrende prinsipp utelukker at det kan tas hensyn til det andre. Nkom har valgt de konkrete virkemidlene og definert innholdet i disse på bakgrunn av konkurranseproblemene i markedet.

Nkom holder fast ved at hovedmålet for reguleringen i marked 15 er bærekraftig konkurranse basert på infrastruktur, det vil si at prinsipp 3 skal være overordnet og styrende. Samtidig mener Nkom at så lenge det ikke er tilstrekkelig konkurranse om å tilby tilgang, er det behov for å sikre valgmuligheter for sluttbrukerne ved å legge til rette for at andre aktører kan

konkurrere i markedet, basert på tilgang til etablert infrastruktur. Nkom er således ikke enig med Telenor i at reguleringen ikke kan ivareta begge disse hensynene. Nkom viser også til at Konkurransetilsynet i sitt hørings svar også gir uttrykk for at begge reguleringsprinsipp bør ivaretas.

Når det gjelder påstanden fra Telenor om at reguleringen er egnet til å slå beina under den tredje aktøren, viser Nkom til hørings svaret fra ICE, hvor selskapet kommenterer at de overordnet er enig i forpliktelsene som pålegges Telenor. ICE har videre kommentert på to forhold som selskapet mener er spesielt viktig for å kunne etablere seg som konkurrent med egen infrastruktur (eksklusivitet og samlokalisering). ICE har for øvrig ikke påpekt andre sider ved reguleringen som kan være uheldig for dem.

Når det gjelder behovet for å styrke reguleringen, mener Nkom at konkurranseproblemene i markedet og observert adferd under gjeldende regulering begrunner behovet for at enkelte deler av forpliktelsene styrkes i dette vedtaket. Behovet for å styrke enkelte deler er omtalt ved pålegg av de konkrete forpliktelsene.

Nkom mener på denne bakgrunn at det ikke er kommet høringsinnspill som gir grunnlag for å endre det overordnede valg av reguleringsprinsipp eller andre generelle forhold knyttet til valg av virkemidler.

6.2 Tilgang

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom konkluderte i varselet med at Telenor bør pålegges å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til og samtaleoriginering i sitt mobilnett. Forespørsler om nasjonal gjesting, MVNO-tilgang, tilgang for tjenesteleverandører og samlokalisering vil normalt anses for å være rimelige.

Nkom behandler innkomne hørings svar for hver av de ulike tilgangsformene nedenfor.

6.2.1 Høringsinnspill vedrørende forespørsler om nasjonal gjesting

Telenor skriver at det under enhver omstendighet ikke foreligger grunnlag for å pålegge selskapet tilgangsplikt for annet enn nasjonal gjesting. En forpliktelse til å tilby nasjonal gjesting vil kunne være tilstrekkelig for å styrke ICEs muligheter for vekst.

Telenor mener imidlertid at ICE er sikret nasjonal dekning gjennom avtale om nasjonal gjesting med TeliaSonera, og således å kunne tilby konkurransedyktige tjenester mens deres eget nett er under utbygging. Nkoms varsel om vedtak har den samme tidshorisonten som Konkurransetilsynets tidsperspektiv i foretakssammenslutninger, rundt to til tre år. Telenor mener dermed at hensynet til ICE er ivaretatt. Det vises videre til at Nkom i punkt 7.1.3 skriver at de ikke forventer nye tilbydere med egne radionett innenfor analysens tidshorisont.

Telenor mener videre at det er uforholdsmessig inngripende og svært urimelig å pålegge sømløshet med toveis overlevering. Telenor er ikke kjent med at det har vært, eller forventes, en betydelig utvikling på dette området. Telenor forventer at Nkom er konkret med hensyn til hvilken teknisk utvikling de viser til.

En av utfordringene knyttet til toveis sømløshet er naboliste problematikk. Telenor er kjent med at det finnes funksjonalitet som kan legge til rette for separate nabolister per IMSI-serie for 3G. For 2G vil dette kreve utvikling/tilpasning av spesialfunksjonalitet i både kjernenett og

radionett. For LTE er det ikke støtte for IMSI-baserte nabolister. Det er Telenors oppfatning at det er store utfordringer og mange fallgruver ved eventuelt å legge til rette for toveis sømløshet for en aktør som kjøper nasjonal gjesting. Slik Telenor har forstått det, er den funksjonaliteten som kan muliggjøre nabolister per IMSI-serie for 3G, kun tiltenkt den situasjonen hvor operatører deler nett (nettverksdeling), og ikke situasjoner hvor den ene operatøren kjøper nasjonal gjesting av den andre operatøren.

[U.off: 


TeliaSonera mener tilgangsavtalen med ICE og de forpliktelsene Konkurransetilsynet har pålagt dem knyttet til de avhjelpende tiltakene, gir den tredje mobiloperatøren et tilfredsstillende sikkerhetsnett. Det var en grunnleggende forutsetning for å godkjenne oppkjøpet av Tele2. I stedet for å videreføre forpliktelsen, bør Nkom overlate til markedsaktørene å konkurrere om å tilby denne formen for tilgang. TeliaSonera advarer mot å fastholde et regulatorisk sikkerhetsnett som hindrer en utvikling mot effektiv konkurranse på nettverksnivå.

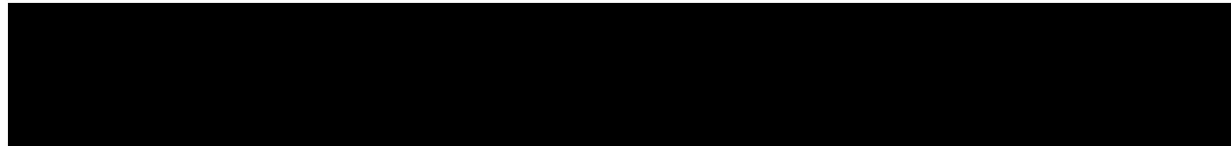
TeliaSonera bemerker at Nkoms presisering av tilgangsplikten når det gjelder toveis handover, kun medfører at forpliktelsen blir enda mer upresis. For å unngå at aktørene gis falske forhåpninger, og for å hindre at det oppstår unødvendige regulatoriske prosesser og omkostninger, bør endelig vedtak slå fast hvorvidt en anmodning om sømløshet med toveis overlevering er rimelig eller ikke. Dette kan eksempelvis gjøres ved å slå fast at dette er rimelig, forutsatt at det foreligger tekniske løsninger.

Nkoms vurdering

Nkom mener det er behov for å pålegge Telenor å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang selv om ICE er sikret tilgang til TeliaSoneras nett innenfor analysens tidshorison. En slik forpliktelse vil gi ICE et regulatorisk sikkerhetsnett som vil kunne gjøre eventuelle forhandlinger etter bindingstiden mer effektive, samt at ICE vil få økt forhandlingsstyrke ved reforhandling av avtalevilkår. I tillegg kan det tenkes at andre aktører kan skaffe seg tilgang til frekvenser, for eksempel gjennom andrehåndsmarked, oppkjøp eller på annen måte, og dermed kunne ha behov for tilgang til nasjonal gjesting. Nkom viser også til at Konkurransetilsynet i sitt høringssvar mener at behovet for økt infrastrukturkonkurranse i mobilmarkedet tilsier at det bør legges til rette for utbygging av et tredje mobilnett.

Når det gjelder toveis sømløs overlevering, er Nkom kjent med at dette per i dag kan være teknisk komplisert, men Nkom mener at det ikke kan utelukkes at dette vil kunne være mulig innenfor analysens tidshorison. Ettersom ny teknologi tas i bruk, for eksempel VoLTE, vil det antakelig kunne være større muligheter for at denne type tekniske løsninger kan la seg realisere. Nkom mener derfor at en anmodning om toveis sømløs overlevering ikke nødvendigvis vil være urimelig. Dette vil ved behov måtte avgjøres ved en konkret anmodning basert på tilgjengelig teknologiske løsninger på det aktuelle tidspunktet.

Nkom har i varselet pålagt Telenor å tilby flatedekning. Dette er i tråd med selskapets tilbud i offentlig tilgjengelig standardavtale. Gjeldende standardavtale har imidlertid også en bestemmelse om at Telenor etter skriftlig anmodning fra tilgangskjøper skal stenge tilgang til Telenors nett i spesifiserte områder, forutsatt at Telenor mener det er teknisk forsvarlig og tilgangskjøper dekker alle relevante kostnader forbundet med dette. [U.off: 



Nkom legger til grunn i vedtaket at en anmodning om å stenge tilgang til Telenors nett i spesifiserte områder normalt vil være rimelig, gitt at det er teknisk forsvarlig.

Det har etter Nkoms syn ikke kommet høringsinnspill som gir grunnlag for vesentlige endringer i tilknytning til forpliktelsen om tilgang til nasjonal gjesting. Nkom har gjort enkelte mindre endringer i teksten i vedtaket.

6.2.2 Høringsinnspill vedrørende MVNO-tilgang

Telenor viser til at Konkurransetilsynet har pålagt TeliaSonera å tilby MVNO-tilgang ut 2016. TeliaSonera har dessuten tilbudt slik tilgang til tilgangskjøpere i flere år uten å ha en forpliktelse til dette. Når det fra myndighetenes side er sikret at det tilbys MVNO-tilgang i markedet, har det formodningen mot seg at det er nødvendig å pålegge Telenor dette.

Nkoms varslede pålegg overfor Telenor om å tilby MVNO-tilgang til strengt regulerte vilkår, vil svekke ICE' mulighet i grossistmarkedet til å tiltrekke seg MVNOer. Dette vil kunne føre til at ICE ikke får utnyttet kapasiteten i eget mobilnett og heller ikke oppnår nødvendige stordriftsfordeler.

Telenor mener etter dette at Nkoms varslede regulering om pålegg av tilgang for MVNO er unødvendig og i strid med formålet om å sikre bærekraftig infrastrukturkonkurranse.

TeliaSonera mener det reelt sett ikke lenger er grunnlag for å opprettholde plikten til å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang fra MVNOer. Det er konkurranse om å tilby denne tilgangsformen. Antallet MVNOer har dessuten økt i inneværende reguleringsperiode, og forpliktelsen kan dermed avvikles.

TeliaSonera stiller spørsmål ved to konkrete utsagn i varselet:

- punkt 105⁸: At "rimelig effektive tilbydere" tvinges til å forlate markedet vil, slik TeliaSonera ser det, vanskelig kunne sies å svekke muligheten for å oppnå bærekraftig konkurranse.
- punkt 107: Nkom skriver at det per i dag ikke er forventet at eksisterende eller nye MVNOer skal etablere seg som tilbydere med eget radionett innenfor analysens tidshorisont. Denne uttalelsen står direkte i motstrid til uttalelsen i avsnitt 85. Under henvisning til at det i løpet av kommende reguleringsperiode både vil bli tildelt og forberedt tildeling av spektrum i hhv. 900 MHz- og 700 MHz-båndet, er TeliaSonera av den oppfatning at nyetablering fortsatt er høyst relevant.

TDC/Get mener at MVNOer vil bidra positivt til konkurransen og tjenesteutviklingen på kort og mellomlang sikt. Sammenliknet med tjenesteleverandørtilgang gjør MVNO-tilgang det enklere å overta en større del av tjenesteproduksjonen. Videre gir MVNO-tilgang større fleksibilitet med tanke på utforming og prising av tjenester (særlig viktig i bedriftsmarkedet), og det blir mulig å tilby felles tjenester på tvers av landegrenser. TDC/Get mener det er avgjørende å videreføre tilgangsreguleringen.

⁸ "En utvikling i retning av færre aktører hvor rimelig effektive tilbydere tvinges til å forlate markedet, vil svekke muligheten for å oppnå målet om bærekraftig konkurranse i mobilmarkedene."

Nkoms vurdering

Nkom mener at det er behov for å pålegge Telenor en forpliktelse om å tilby MVNO-tilgang, selv om TeliaSonera er forpliktet til å tilby slik tilgang frem til utgangen av 2016. Tidsperspektivet for TeliaSoneras forpliktelse er for det første relativt kort. Videre mener Nkom at det, ut fra erfaring med gjeldende regulering, er behov for å kunne stille konkrete vilkår for MVNO-tilgang innenfor analysens tidshorisont. Nkom er heller ikke enig med TeliaSonera om at det er konkurranse om å tilby MVNO-tilgang, ref. vedtaket kapittel 7.1.3. TDC/Gets hørings svar beskriver også en annen situasjon enn et tilgangsmarked preget av konkurranse.

Når det gjelder ICE' mulighet til å tilby MVNO-tilgang, så mener Nkom at det er for tidlig å legge til grunn at ICE vil kunne konkurrere effektivt om å tilby slik tilgang innenfor de neste to til tre år. Konkurransetilsynet gir også uttrykk for dette i sitt hørings svar. Nkom mener derfor at reguleringen må sikre MVNO-tilgang innenfor dette tidsrommet, men at det på noe lenger sikt er viktig at ICE kan fylle sitt nett med trafikk via egne grossistavtaler.

Når det gjelder TeliaSoneras kommentarer til de konkrete punktene i teksten, har Nkom klargjort disse i vedtaket. Utover dette er det etter Nkoms syn ikke kommet høringsinnspill som gir grunnlag for å endre forpliktelsen om å etterkomme rimelige anmodninger om MVNO-tilgang.

6.2.3 Høringsinnspill vedrørende tjenesteleverandørtilgang

Telenor mener at konkurransen om å tilby tjenesteleverandørtilgang er tiltagende og at det er unødvendig, uforholdsmessig og i strid med målet om infrastrukturbasert konkurranse å pålegge Telenor denne tilgangsformen.

Telenor mener det ikke var flere tjenesteleverandører i 2006 og 2010 enn det er nå. En eventuell reduksjon i antall tjenesteleverandører skyldes i stedet at tjenesteleverandører ble konsolidert inn i virksomhetene som frem til 2015 ble omtalt av myndighetene som det tredje mobilnettet og som myndighetene mente var en avgjørende bidragsyter for å oppnå bærekraftig konkurranse. Telenor mener størrelsen på tjenesteleverandørene har større innvirkning på konkurransen om å tilby tilgang enn antallet. Tjenesteleverandørene som kjøper tilgang til Telenors mobilnett, har hatt en betydelig kundevekst siden 2010 og har på den måten oppnådd større kjøpermakt.

Telenor mener Nkoms vurdering av at ICE' tilgangsvilkår ikke er tilstrekkelig gode til å tilby attraktiv tjenesteleverandørtilgang, er feil og i motstrid med Konkurransetilsynets vurdering av tilgangsvilkårene ICE står overfor. Tjenesteleverandører Telenor har møter med, viser til at de har tilbud fra mer enn én annen aktør ut over Telenor. [U.off: ██████████]

██████████ Per i dag har også Erate Norge AS (som nylig har kjøpt Hello Norge AS) tatt en rolle som tilrettelegger for tjenesteleverandørvirksomhet og har en rekke tjenesteleverandører liggende bak seg. På denne måten er det enda enklere å etablere seg som tjenesteleverandør.

At MVNO-aktører historisk sett ikke har tilbudt tilgang til tjenesteleverandører i særlig omfang, er etter Telenors oppfatning et historisk forhold som ikke er relevant for å vurdere konkurransesituasjonen i dag og to til tre år frem i tid. [U.off: ██████████] er et forhold som underbygger at konkurransen om å tilby tjenesteleverandørtilgang er tiltagende.

At Nkom mener vilkårene i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang er urimelige, er ikke en indikasjon på at konkurransen ikke er velfungerende. Endringene Telenor har gjort i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang med virkning fra 1. januar 2015, er en direkte

konsekvens av Nkoms håndhevelse av gjeldende regelverk. I møte med Telenor i mai 2013 ga Nkom tydelig uttrykk for at tjenesteleverandører ikke skal ha bedre vilkår enn MVNOer og kjøper av nasjonal gjesting. For å unngå en betydelig regulatorisk risiko, har Telenor sett seg nødt til å harmonisere standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang med standardavtalene for MVNO-tilgang og nasjonal gjesting. Det er således reguleringen og ikke manglende konkurranse som er årsaken til disse endringene.

I tillegg vil Telenor påpeke at det å pålegge tjenesteleverandørtilgang til strengt regulerte vilkår, vil svekke ICE' mulighet til å etablere seg i grossistmarkedet som en tilbyder av tjenesteleverandørtilgang. Reguleringen vil på den måten svekke selskapets mulighet til å utnytte kapasiteten i eget mobilnett og oppnå nødvendige stordriftsfordeler.

TeliaSonera skriver at selskapet ikke deler Nkoms vurderinger av konkurransesituasjonen for tjenesteleverandører. Det har i følge TeliaSonera ikke skjedd noen endringer siden forrige markedsvedtak som tilsier at det er grunnlag for å gjeninnføre denne forpliktelsen. På samme måte som i 2010, er det i dag kun to operative leverandører, og i tillegg én potensiell leverandør, på tilbudssiden i dette markedet. Potensialet til ICE som leverandør på tilbudssiden, er etter TeliaSoneras vurdering tilsvarende det potensialet som det i forrige markedsvedtak ble vist til at Network Norway hadde.

TeliaSonera er av den oppfatning at gjeninnføring av en tilgangsforspliktelse som ble avviklet allerede i 2006, representerer et skritt i feil retning sett i forhold til den overordnede målsettingen om å trekke tilbake den sektorspesifikke markedsreguleringen etter hvert som det utvikles fungerende konkurranse innen de ulike segmentene i grossistmarkedet. Det eksisterer som nevnt konkurranse om å tilby tilgang for tjenesteleverandører. Reduksjonen i antallet tjenesteleverandører skyldes ikke manglende konkurransepress eller utøvelse av markedsrett. Utviklingen skyldes "flere konkurser, oppkjøp og fusjoner", jf. analysen avsnitt 93. Etter TeliaSoneras vurdering er reduksjon av antall aktører ved konsolidering og konkurs en naturlig utvikling i et konkurranseutsatt og modent marked, ikke dokumentasjon på konkurranseproblemer.

Anonym aktør støtter Nkoms forslag om å pålegge en generell, teknologinøytral tilgangsforspliktelse som gjør det mulig å etablere seg som tjenesteleverandør eller MVNO, ettersom forskjellene mellom MVNO- og tjenesteleverandørtilgang er i ferd med å viskes ut. Selskapet er enig i at det ikke lenger finnes tegn på velfungerende konkurranse mellom Telenor og TeliaSonera om slike grossistkunder. De fleste uavhengige aktørene er samtidig kjøpt opp. ICE fremstår heller ikke som en alternativ tilbyder basert på sin tilgangsavtale med TeliaSonera.

Videre må tilgangsvilkårene gjøre det mulig for tilgangskjøperne å utfordre Telenor i enkeltsegmenter, og det må komme tydelig frem i det endelige vedtaket at Telenor har plikt til å etterkomme anmodninger om tilgang som innebærer at kunde kun bruker deler av tjenestene (eks. begrenset til SMS eller mobildata), eller løsninger som går på tvers av de grossistproduktene Telenor tilbyr per i dag.

Nkoms vurdering

Nkom har gitt uttrykk for at det ikke lenger er klare tegn på velfungerende konkurranse om å tilby tilgang til tjenesteleverandører, skyldes dette flere forhold. Først og fremst har det bakgrunn i at de samme konkurransebegrensende avtalevilkårene gjør seg gjeldende i Telenors avtaler overfor tjenesteleverandører som i andre tilgangsavtaler.

Utviklingen i antall tjenesteleverandører og størrelsen på disse gir etter Nkoms syn ikke klare holdepunkter for at konkurransen fungerer, men endringene er såpass små at det gir lite

mening å trekke konklusjoner fra disse. Ekomstatistikken fra 2009 (grunnlag for forrige markedsanalyse) viste to «store» tjenestetilbydere som ikke var eid av Telenor eller TeliaSonera: OneCall og Lebara (eid av Network Norway). Disse hadde henholdsvis 2,1 og 2,7 prosent markedsandel. Kategorien «øvrige aktører», som i hovedsak var tjenesteleverandører, utgjorde rundt 3 prosent av markedet. Ved utgangen av første halvår 2015 var Chili Mobil største tjenesteleverandør med 1,1 prosent markedsandel, mens kategorien «øvrige aktører» utgjorde 3,8 prosent av antall abonnement.

Når det gjelder hvorvidt ICE' tilgangsvilkår er tilstrekkelig gode til å tilby attraktiv tilgang for tjenesteleverandører, viser Nkom til at Konkurransetilsynet støtter Nkoms vurdering av behovet for regulert tilgang for tjenesteleverandører. Konkurransetilsynet mener også at full marginskvistest for tjenesteleverandøravtaler bør vurderes av Nkom. Slik Nkom forstår det, indikerer også dette at det er tvilsomt om ICE' tilgangsavtale gir rom for å videregjelpe attraktiv tjenesteleverandørtilgang. På lenger sikt er imidlertid Nkom enig i at det er viktig at ICE kan få fylle sitt nett med trafikk ved å tilby grossisttilgang, ref. tilsvarende vurdering som for MVNO-tilgang.

Nkom mener imidlertid, og har gitt utrykk for, at vilkårene for regulert tjenesteleverandørtilgang ikke må bli for attraktive, det vil si så attraktive at det ikke blir lønnsomt å investere i egen infrastruktur. Det betyr imidlertid ikke at Telenor kan overføre vilkår som anses urimelige i avtaler om nasjonal gjesting og MVNO-tilgang, til også å omfatte tjenesteleverandørtilgang.

Når det gjelder innspillet om at tilgangsvilkårene må gjøre det mulig å utfordre Telenor i enkeltsegmenter, viser Nkom til at differensiert prisregulering reflekterer forventet tilstedeværelse for aktører på de ulike tilgangsformene. Prisreguleringen, samt krav til variabel prisstruktur, skal bøte på slike konkurranseproblemer.

Når det gjelder innspillet om at Telenor må ha plikt til å etterkomme anmodninger om tilgang som innebærer at kundene kun bruker deler av tjenestene (eks. begrenset til SMS eller mobildata), eller løsninger som går på tvers av de grossistproduktene Telenor tilbyr per i dag, ser Nkom ikke behov for å endre tilgangsforpliktelsen for å ivareta dette. Tilgangsforpliktelsen omfatter alle de nevnte tjenestene, og det er opp til tilgangskjøper å pakketere sluttbrukerproduktet med de tjenestene han måtte ønske. Når det gjelder løsninger som går på tvers av de grossistprodukter som Telenor tilbyr per i dag, så vil det måtte gjøres en konkret vurdering om anmodningen er rimelig eller ikke, med utgangspunkt i kriteriene i ekomloven § 4-1 annet ledd.

Slik Nkom vurderer det, er det ikke kommet høringsinnspill som medfører behov for vesentlige endringer knyttet til forpliktelsen om å tilby tjenesteleverandørtilgang. Basert på innspillene har Nkom gjort enkelte mindre endringer i teksten.

6.2.4 Høringsinnspill vedrørende forespørsler om samlokalisering

Telenor er på flere punkter uenig i Nkoms (og SDs) vurdering av hva som ligger i plikten til samlokalisering og hvor langt den rekker, ref. Nkoms vedtak av 6. desember 2013 som SD stadfestet 21. mai 2015. Telenor varsler at dersom Nkom og SD fastholder denne forståelsen i nytt vedtak, vil Telenor vurdere å bringe relevante deler av vedtaket inn for domstolen.

Telenors hovedinnvendinger til varselet om pålegg av forpliktelser knyttet til samlokalisering er:

- Nkom foretar en sterkt utvidende og uhjemlet fortolkning av hva samlokalisering er og hvilke forpliktelser Telenor kan pålegges i den sammenheng. Det er feilaktig å trekke

inn rimelighet i fortolkningen av hva en må forstå med samlokalisering etter definisjonen i ekomloven og andre relevante kilder, ref. Nkoms avsnitt 124.

- Telenor fastholder at plikten til samlokalisering ikke omfatter kapasitetsutvidelser. Innplassering av andre aktører i eksisterende infrastruktur er noe ganske annet enn å bygge ut kapasitet, herunder «bytte mast og hytte», for å imøtekomme anmodninger. En slik utbyggingsforpliktelse kan opplagt være bebyrdende og forutsetter klar hjemmel. Telenor viser i denne sammenheng til Nkoms oppsummering av tilgang i punkt 7.1 hvor det heter at «Med tilgang menes det å stille fasiliteter og/eller tjenester tilgjengelig for andre tilbydere på bestemte vilkår [...]». Telenor mener Nkom her oppsummerer det som også er den naturlige språklige forståelsen av «tilgang» til bl.a. samlokalisering, nemlig tilgang til etablert infrastruktur. Hadde lovgiver ment at tilbyder med sterk markedsstilling skulle være forpliktet til å bygge ut kapasitet for andre, måtte det eksplisitt fremkomme.
- Videre bestrider Telenor at det foreligger grunnlag for å pålegge Telenor å foreta antenneskift. En slik forpliktelse har ingen støtte i ordlyden («samlokalisering») eller andre relevante rettskilder, og er heller ikke nevnt i tidligere markedsvedtak. Nkoms (og SDs) omtale av en slik forpliktelse fremstår således helt frirettslig. Det forhold at Telenor skulle være forpliktet til å foreta «rimelige antenneskift», mens de tredjeparter som allerede måtte være innplassert på lokasjonen, tilsynelatende ikke skulle være underlagt tilsvarende forpliktelse, underbygger også det sterkt urimelige i Nkoms fortolkning.
- Nkom uttaler videre at «*formålet med forpliktelser til samlokalisering og reelle hensyn tilsier [...] at en forpliktelse til å imøtekomme rimelige anmodninger om samlokalisering også innebærer en informasjonsplikt*». Etter Telenors oppfatning er plikten til å gi opplysninger i forbindelse med samlokalisering uttømmende regulert i ekomforskriften § 2-6, første ledd nr. 1), som fastsetter plikt til å offentliggjøre informasjon om «*hvor samlokalisering kan tilbys og om praktisk mulig om ledig kapasitet*». Bestemmelsen angir ingen plikt til å utlevere mastetegninger. Etter Telenors oppfatning kan Telenors forpliktelser heller ikke være basert på det som fremstår som situasjonsbestemte rimelighetsvurderinger fra Nkoms side. En slik regulering er helt uforutsigbar. Telenors forståelse underbygges også på dette punkt av at overtredelse er straffe- og bøtesanksjonert.
- Når det gjelder kravet til dokumentasjon og begrunnelse ved avslag, jf. varselet punkt 7.1.5.5 og 8.1, fastholder Telenor at kravet ikke innebærer plikt til å begrunne hvorfor Telenor eventuelt ikke vil forestå kapasitetsutvidelser eller antenneskift, all den tid ekomloven etter Telenors oppfatning ikke hjemler en slik forpliktelse.
- Telenor forstår videre ikke hva Nkom gir uttrykk for i avsnitt 147, der det fremgår at den som anmoder om tilgang ved en eventuell klage til Telenor på avslag om tilgang må begrunne hvorfor tilgangen er rimelig, slik at Telenor kan gjøre en helhetsvurdering av anmodningen. Dersom Telenor skal kunne gi en fyllestgjørende begrunnelse for et avslag basert på vurderingskriteriene i ekomloven § 4-1, forutsetter dette at tilgangsanmoder på sin side redegjør for hvorfor vedkommende mener anmodningen er rimelig. En slik redegjørelse kan ikke utstå til en eventuell klage. Dersom kravet opprettholdes, må Nkom være tydeligere på hvordan dette skal kunne etterleves.

TeliaSonera stiller spørsmål ved om det er behov for å videreføre denne forpliktelsen til samlokalisering og viser til at ICE ble tilbudt å overta mobilnettet/lokasjonene til Mobile Norway, samt telelosjivtale med TeliaSonera, i forbindelse med foretakssammenslutningen

med Tele2. TeliaSonera synes videre Nkom tøyer rimelighetsvurderingen etter ekomloven § 4-1 for så vidt gjelder presiseringen eller føringene for Telenors forpliktelse til å gjennomføre kapasitetsutvidelser for å realisere samlokalisering. Etter TeliaSoneras vurdering vil det være mer naturlig å vurdere plikten til samlokalisering i slike tilfeller etter bestemmelsen i ekomloven § 4-4.

ICE støtter Nkoms konklusjon vedrørende samlokaliseringsforpliktelsen. ICE fremhever at reservasjonsretten (12 mnd. både for Telenor og andre) bør praktiseres med forsiktighet da den vil kunne gi Telenor mulighet til å holde ICE som utbygger og konkurrent på avstand i en kortere periode. ICE mener Telenor må vise til konkrete planer dersom en søknad avvises begrunnet i reservasjonsretten. Den som anmoder må få en konkret og etterprøvbart begrunnelse for et eventuelt avslag, jf ekomloven § 4-4 (6).

ICE mener videre at Telenor må legge til rette for komprimeringstiltak med tanke på plassbruk i infrastrukturen (for eksempel bruk av Dual Band-utstyr som sender på to frekvenser).

Nkoms vurdering

Nkom mener at spørsmål om hvor langt plikten til samlokalisering strekker seg, ved behov vil måtte avgjøres ut fra en konkret vurdering om hvorvidt en anmodning er rimelig eller ikke. Nkom er ikke enig med Telenor i at dette er en feilaktig innfallsvinkel. Nkom viser også til at SD hadde samme utgangspunkt som Nkom da de vurderte hvorvidt ekomloven gir hjemmel til å pålegge kapasitetsutvidelser, jf. deres vedtak 21. mai 2015.

Spørsmålet dreier seg videre om hvorvidt en anmodning om samlokalisering som innebærer kapasitetsutvidelser i tilknytning til eksisterende eller planlagt infrastruktur, er rimelig. Ekomyndighetene mener ikke at ekomloven gir hjemmel til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samlokalisering i infrastruktur som ikke allerede eksisterer eller er planlagt. De enkleste tiltakene som kan gi økt kapasitet⁹, krever ingen utbygging og skal som utgangspunkt velges dersom det er mulig, mens de andre tiltakene, som for eksempel bytte av mast og hytte, vil være mer omfattende og kreve utbygging slik Telenor nevner. Både Nkom og SD mener imidlertid at ekomloven § 4-4 fjerde ledd, sammen med vurderingskriteriene for rimelig anmodning i ekomloven § 4-4 annet ledd, hjemler mulighet for å forplikte tilbyder med sterk markedsstilling til å bygge ut kapasitet dersom en vurdering av de øvrige vurderingstemaene for rimelig anmodning tilsier at den bør bygges ut.

Når det gjelder antennebytte, er Nkom vel kjent med at det kan ha store ulemper for Telenor, og dette må tillegges betydelig vekt i helhetsvurderingen av om en slik anmodning er rimelig eller ikke. Nkom mener likevel at et antennebytte kan pålegges i tilfeller der andre forhold taler tungt for rimeligheten av anmodningen. At tredjeparter som allerede er innplassert på en lokasjon, ikke blir underlagt tilsvarende forpliktelse, kan ikke tillegges vekt. Den sektorspesifikke reguleringen i ekomloven hjemler nettopp rett til asymmetrisk regulering for å legge til rette for bærekraftig konkurranse. Tilbydere med sterk markedsstilling må tåle særskilte inngrep i sin rettsstilling når forutsetningene som følger av loven er oppfylt.

Når det gjelder utlevering av mastetegninger og annen informasjon, er dette grundig vurdert både i Nkoms vedtak 6. desember 2013 og i SDs klagevedtak 21. mai 2015. Nkom ser ikke grunn til å gjenta disse vurderingene. Begge instanser har konkludert med at mastetegninger med antenneoversikt eller tilsvarende informasjon anses som nødvendig informasjon som Telenor plikter å utlevere.

⁹ Typiske tiltak som Nkom anser aktuelle, kan være fjerning av utstyr i mast og hytte som ikke er i bruk, virtuell samlokalisering, flytting av utstyr for å gi plass til flere kabinett, forsterking av mast, forlengelse av mast, utvidelse av hytte, bytte av hytte, bytte av mast og antennebytte.

Dersom en aktør etter å ha mottatt informasjon som sier om det er ledig kapasitet eller ikke (for eksempel mastetegninger eller liknende), anmoder om innplassering på en lokasjon hvor det allerede er kjent at det ikke er ledig kapasitet, må det forventes at anmoder allerede da begrunner hvorfor en slik anmodning likevel bør imøtekommes. Nkom er dermed enig med Telenor i at dette ikke bør utsettes til en eventuell klage til Telenor og har tatt hensyn til dette i vedtaket.

Hva gjelder kravet om dokumentasjon og begrunnelse, fastholder Nkom at Telenor plikter å begrunne hvorfor selskapet ikke vil utføre kapasitetsutvidelser eller antennebytte når det gis avslag på anmodning om dette. For at bestemmelsen i ekomloven § 4-4 sjette ledd annet punktum ikke skal uthules, må det kreves at dersom avslaget Telenor gir gjelder kapasitetsutvidelse eller antennebytte, må Telenor opplyse om hvorfor slike grep ikke er mulige. Begrunnelse og dokumentasjon må være av en slik art at avslaget kan vurderes av anmoder og også etterprøves.

Til TeliaSoneras innspill om behovet for plikt til samlokalisering, mener Nkom at dette ikke endres av at ICE har overtatt lokasjoner fra Mobile Norway og har mulighet til samlokalisering hos TeliaSonera. TeliaSoneras kommentarer om at Nkom tøyer rimelighetsvurderingene i tilknytning til å gjennomføre kapasitetsutvidelser, bekrefter etter Nkoms mening at konkurransen om å tilby samlokalisering er begrenset og at det fortsatt er behov for regulert tilgang til samlokalisering for i større grad å sikre forutsigbarhet rundt mulighetene for å oppnå dette. Nkom anser samlokalisering som en svært viktig tilgangsform i tilknytning til å nå målet om infrastrukturkonkurranse.

Nkom er enig i at reservasjonsretten må praktiseres med varsomhet og at avslag som følge av reservasjonsrett må begrunnes.

Nkom har på grunnlag av høringsinnspillene gjort mindre endringer i omtalen av plikten til samlokalisering i vedtaket. Det er imidlertid etter Nkoms syn ikke kommet høringsinnspill som gir grunnlag for større endringer i utformingen av plikten.

6.2.5 Høringsinnspill vedrørende andre tilgangsformer

Chili Mobil mener at vedtaket må åpne for å pålegge Telenor plikt til å tilby nye tilgangsformer som etterspørres av tilbyderne. Konkret viser Chili Mobil til:


- Tilgang til alle aksessteknologier som Telenor selv benytter.
- Chili ønsker å produsere VoLTE og VoWifi-tjenesten på egen EPC og IMS infrastruktur og kjøpe tilgang til makronettet over det såkalte S8-grensesnittet, for å sikre sømløs hand-in og hand-out for VoWifi-tjeneste til sluttbruker. Chili ønsker derfor at Telenor plikter å tilby tilgang til å terminere VoWifi-tjenesten i egen EPC/IMS infrastruktur for å spare talekostnader i Telenors mobilnett. Chili kjenner ikke til noen tekniske begrensninger som forhindrer Telenor å tilby S8-grensesnitt for VoLTE-produksjon i Chilis kjernenett.
- Tilgang til Telenors avtaler om internasjonal gjesting slik at tilbydernes operatørkode blir formidlet i Telenors eksisterende avtaler. I dag tilbyr Telenor internasjonal gjesting via en sub-range i Telenors egen IMSI-serie, og dette forhindrer MVNOer i å benytte egen PLMID som er viktig for å kunne produsere egne tjenester for eksempel VoWifi. Avtalene om internasjonal gjesting tillater en operatør å benytte flere operatørkoder i samme avtale. Det er derfor ikke noe prinsipielt som hindrer at Telenor videreselger internasjonal gjesting med tilbyders egen PLMNID, eget SIM-kort og med egen IMSI-serie.

Anonym aktør skriver at markedet også bør omfatte andre former for tilgang som ligger i grenseland mellom de tre kategoriene.

Nkoms vurdering

Tilgangsforpliktelsen omfatter enhver rimelig anmodning om tilgang innenfor markedet for tilgang og origineringsnett. Markedsavgrensningen vil således sette rammer for tilgangsplikten. Videre vil det om nødvendig måtte gjøres en konkret vurdering av om en anmodning er rimelig etter ekomloven § 4-1 andre ledd. Dette innebærer at dersom det er uenighet mellom partene om hvorvidt en tilgangsanmodning faller innenfor plikten, må saken belyses, herunder må Telenor dokumentere og begrunne et avslag, og Nkom vil deretter kunne vurdere den konkrete anmodningen.

Som et grunnleggende prinsipp mener Nkom at tilgangskjøpere må kunne tilby produkter av tilsvarende kvalitet som Telenor for at de skal kunne konkurrere effektivt. Nkom har gjennom plikten til ikke-diskriminering lag til grunn at tilgangskjøpere må få tilgang til de samme bæretjenester som Telenor bruker til å realisere sine sluttbrukertjenester, innenfor tilgangspliktens rammer.

Når det gjelder mulighetene for å produsere VoLTE og VoWifi tjenester, vil dette slik Nkom forstår det, være mulig for aktører med MVNO-tilgang som besitter egen nettverksinfrastruktur. Dersom Chili Mobil etablerer seg som MVNO, vil selskapet kunne produsere disse tjenestene selv. [U.off: 

Nkom vil kunne vurdere om en anmodning slik Chili Mobil beskriver, er rimelig dersom en konfliktsituasjon skulle oppstå.

Når det gjelder internasjonal gjesting, mener Nkom det er viktig at tilgangskjøpere også får tilgang til å tilby sine kunder disse tjenestene. Det gjelder spesielt aktører som ikke har alternative måter å tilby dette på. Nkom ønsker imidlertid ikke på dette tidspunktet å angi nærmere om hvilke tekniske løsninger som vil være rimelige. Det sentrale er at tilgangskjøpere får mulighet til å tilby tilsvarende tjenester som Telenor. Dersom Chili Mobil etablerer seg som MVNO med egen PLMNID, SIM-kort og IMSI-serie, så vil selskapet kunne inngå egne avtaler om internasjonal gjesting.

Nkom har gjort enkelte mindre presiseringer i tilknytning til tilgangsforpliktelsen uten at det forandrer innholdet i plikten.

6.2.6 Høringsinnspill til den nærmere beskrivelsen av tilgangsplikten

6.2.6.1 Rimelige, rettferdige og rettidige vilkår

Telenor mener at varselet bygger på en uriktig fortolkning av ekomloven § 4-1, jf. tilgangsdirektivet artikkel 12. Innholdet i tilgangsplikten kan kun presiseres så langt fravær av slik presisering/alternative vilkår ville utgjøre tilgangsnekt. Telenor har vist til brev av 25. september 2015 i annen sak, hvor selskapet viser til at direktivbestemmelsen i tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 siste ledd må ses i lys av artikkel 12 nr. 1 som omtaler «denial of access or unreasonable terms and conditions having a similar effect». Telenor fremholder i brevet videre at adgangen til å stille vilkår kun gjelder på reguleringstidspunktet, ikke ved etterfølgende håndhevelse.

Ved pålegg av forpliktelser må myndighetene vurdere om disse er forholdsmessige sett i lys av ekomreguleringens målsetninger, jf. tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 2 og rammedirektivet

artikkel 8. Adgangen til å stille krav til rimelighet skal hindre at det stilles så urimelige vilkår at tilgangskjøperne i praksis utsettes for tilgangsnekt. Slike vilkår må ses i lys av reguleringens generelle formål, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8, og er noe helt annet enn en generell adgang til rimelighetssensur.

Målestokken er ikke konkret rimelighet mellom Telenor og tilgangskjøperne, slik man kjenner det fra privatrettslige hjemler for rimelighetssensur.

Nkom har ikke begrunnet at vilkår Nkom i det videre har omhandlet i praksis innebærer tilgangsnekt, eller strider mot spesifikke forpliktelser etter ekomloven kapittel 4.

Nkoms vurdering

Etter Nkoms vurdering gir ekomloven § 4-1 hjemmel til å stille krav knyttet til rimelige/rettfærdige vilkår. At tilsynsmyndigheten skal kunne stille slike krav, fremgår også eksplisitt av tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 tredje ledd.

Det følger av dette at Nkom i forbindelse med slike forpliktelser («obligations») skal kunne stille vilkår («conditions») om rettfærdighet, rimelighet og rettidighet.

Nkom er ikke enig i at adgangen til å stille krav om rimelighet mv. er begrenset til tilfeller hvor fravær av presisering ville utgjøre tilgangsnekt eller måtte likestilles med tilgangsnekt. En slik begrensning fremgår ikke av direktivbestemmelsens ordlyd. Etter Nkoms vurdering gir heller ikke artikkel 12 nr. 1 innledningsvis støtte til en slik tolkning. Nkom viser her kort til at bestemmelsen ikke er uttømmende, jf. uttrykket «inter alia». Etter Nkoms vurdering er det en snever forståelse av direktivbestemmelsens formål når Telenor legger til grunn at dette er begrenset til spørsmål om tilgangskjøperne i praksis utsettes for tilgangsnekt.

Nkom er enig med Telenor i at tilgangsforpliktelser, i likhet med øvrige forpliktelser, er underlagt det alminnelige kravet om forholdsmessighet. Dette fremkommer for øvrig både gjennom tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 innledningsvis, jf. artikkel 8 nr. 4, og gjennom artikkel 12 nr. 2. Det å stille krav om rimelighet mv. i tilknytning til å pålegge tilgangsforpliktelser, er etter Nkoms vurdering i seg selv ikke særlig byrdefullt for Telenor.

Nkom har på bakgrunn av innspillet justert deler av teksten fra varselet.

6.2.6.2 Tilgangsnekt basert på pris

TDC/Get mener at tilgangsplikten setter selvstendige materielle skranker for Telenors prising og viser til at Nkom i vedtak 13. desember 2013 ikke delte en slik forståelse. Nkoms forståelse i dette vedtaket åpner for predasjonsprising. TDC/Get skriver at Telenor i en avgrenset periode vil kunne øke tilgangsprisen vesentlig, både for intern og ekstern virksomhet, for å drive konkurrenter ut av markedet. TDC/Get ber Nkom presisere at tilgangsforpliktsen også dekker tilgangsnekt basert på pris.

Nkoms vurdering

Nkom er i prinsippet enig i at en aktør gjennom sin prisingsadferd kan opptre på en måte som kan sidestilles med tilgangsnekt. Etter Nkoms syn vil imidlertid konkurranseproblemene knyttet til slik tilgangsnekt mest effektivt avbøtes gjennom reguleringens krav om ikke-diskriminering på pris, understøttet av krav om regnskapsmessig skille, samt prisreguleringen som oppstiller forbud mot marginskvis. Nkom kan etter dette ikke se at tilgangsplikten skulle få selvstendig betydning som inngrepsgrunnlag for en prisingsadferd som isolert sett vil kunne betegnes som tilgangsnekt. Nkom viser i denne sammenheng til SDs vedtak 4. juni 2015, hvor det

fremkommer følgende: «Dersom Telenor ved å sette svært høye tilgangspriser hadde til hensikt å stenge TDC ut av markedet, ville dette innebære at selskapet måtte tatt tilsvarende høye priser av egen sluttbrukervirksomhet. Et regnskapsmessig skille ville da etter all sannsynlighet vise et negativt resultat, hvilket ville innebære brudd på ikke diskrimineringskravet. Departementet finner det noe uklart hvilke andre tilgangsnektelser TDC viser til som ikke ville være omfattet av ikke diskrimineringsplikten». Og videre: «På denne bakgrunn er det derfor ikke grunnlag for å gå nærmere inn på TDCs anførsel om Telenors brudd på tilgangsplikt».

Nkom har justert deler av teksten i vedtakets kapittel 7.1.7 for å synliggjøre disse vurderingene.

6.2.6.3 Eksklusivitet

Telenor opplyser at selskapet ikke stiller noen begrensninger i tilgangskjøpernes mulighet til å forhandle med andre tilbydere av tilgang.

Telenor anfører at begrensninger i deres mulighet til å betinge seg eksklusivitet ved levering, forutsetter hjemmel i ekomloven kapittel 4. Det vil kunne gi grunnlag for slik begrensning dersom en tilgangsavtale med en slik forpliktelse er så urimelig at det må likestilles med tilgangsnekt. Telenor bestrider at det er tilfellet.

Det er ikke «nødvendig», jf. ekomloven § 4-1, at tilgangskjøper også får adgang til å inngå parallelle tilgangsavtaler med andre tilbydere. Tilgangskjøper vil da kunne tilby bedre dekning enn Telenor selv. Dette er ingen beskyttelsesverdig interesse, jf. dom fra Asker og Bærum tingrett av 29. november 2012 hvor retten blant annet uttalte at det ikke ville være «rimelig å hindre Telenor i å ha dobbeltroamingforbud i sin avtale om nasjonal gjesting». Dersom tilgangskjøperne kan markedsføre og tilby bedre dekning enn nettilbyderne, er det en klar risiko for at netteierne vil revurdere investeringsstrategien.

I følge Telenor kan avsnitt 160 i varselet forstås slik at Nkom mener det for å sikre bærekraftig konkurranse, er nødvendig å sikre tilgangskjøperne bedre nettilgang enn det Telenor selv har. En slik forståelse er det ikke grunnlag for.

Det er ikke noe som tilsier at eksklusivitet er egnet til å svekke tilgangskjøpernes mulighet til å utøve kjøpermakt. Tvert om vil eksklusivitet bidra til å styrke tilgangskjøperens kjøpermakt. Netteierne får da hele volumet eller intet, noe som også gir insentiv til å sette ned prisene, jf. dommen fra Asker og Bærum tingrett.

Etter Telenors oppfatning, med klar støtte i tingrettens dom, mangler Nkom rettslig grunnlag for å pålegge Telenor å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang uten samtidig rett til å betinge seg selskaps- og konserneksklusivitet.

Nkoms begrunnelse for at Telenor kan betinge seg eksklusivitet på SIM-nivå, gjør seg også gjeldende for annen eksklusivitet. Eksklusivitet på SIM-nivå er etter Telenors oppfatning ikke tilstrekkelig for å opprettholde dekningsinsentivene. Selv om kunden kun kan velge ett nettverk for et SIM, vil operatøren kunne markedsføre tilbudet som tilpasset dekningen der kunden er.

Telenor viser videre til at det er mange telefoner som kan benytte dual-SIM, at e-SIM forventes å komme på markedet i løpet av få år, og at mange kunder har flere SIM i samme abonnementsforhold.

Telenor viser også til et konsept som i dag i hovedsak er tilgjengelig som et begrenset eksperiment i det amerikanske markedet. Gjennom dette tilbyr Google tjenester basert på ett

SIM med flere installerte profiler. Google har inngått MVNO-avtaler med to nettverksleverandører, og kunden flyttes automatisk mellom mobilnettverkene og sømløst fra Wifi-nettverk til tilgjengelig mobilnettverk. Kundeforholdet er utelukkende hos Google, og kunden oppnår bedre dekning enn ved å være kunde hos én av de to nettverksleverandørene. Det kan ikke utelukkende at en videre utvikling av dette konseptet kan implementeres kommersielt også utenfor det amerikanske markedet og tvinge aktørene til å finne nye forretningsmodeller. Nkom burde også ha tatt dette med i vurderingen av Nkoms perspektiv på utviklingen av konkurransesituasjonen i markedet. En ex ante-regulering uten tilstrekkelig fleksibilitet vil kunne vise seg å bli ødeleggende for de etablerte aktørene.

For å opprettholde konkurransen om dekning mellom nettverksoperatørene, er det svært viktig at eksklusivitet tillates på alle nivåer.

TeliaSonera mener at eksklusivitetsklausuler som rammer adgangen til å kunne forhandle, både begrenser kjøpermakten og er til hinder for at øvrige grossisttilbydere får anledning til å delta i konkurransen om kundene. TeliaSonera anser derfor varselets presisering av at forhandlingseksklusivitet ikke aksepteres, som svært viktig.

TeliaSonera er enig med Nkom i at det er urimelig om tilgangskjøper kan tilby bedre dekning enn vertsooperatørene, og dette vil også redusere mobiloperatørenes utbyggingsinsentiver.

Krav om eksklusivitet på konsernnivå er et konkurranseproblem. Et slikt vilkår hemmer tilgangskjøpers handlefrihet og er til hinder for utvikling av effektiv konkurranse på nettverksnivå. Etter TeliaSoneras syn står krav om selskapseksklusivitet i en annen stilling, og fremstår ikke som urimelig. Argumentasjonen i varselet knyttet til eksklusivitet på abonnementsnivå (SIM-nivå) er like relevant for eksklusivitet på selskapsnivå. Uten adgang til å stille vilkår om eksklusivitet på selskapsnivå, vil samme tilbyder kunne tilby abonnement med dekning i flere nett og slik i prinsippet oppnå om lag tilsvarende konkurransefordel som ved salg av ett abonnement med dekning i flere nett.

ICE er enig med Nkom i at eksklusivitet i forhandlinger vil forhindre tilgangskjøperes mulighet til å sette aktører opp mot hverandre, og at forhandlingseksklusivitet er et urimelig vilkår.

Eksklusivitetsklausulen i Telenors standardavtaler og de virkninger denne har, gjør det umulig for ICE å konkurrere om deler av volumene til Telenors grossistkunder og har dermed en sterkt utestengende effekt i grossistmarkedet. Også eksklusivitet på nivåer mellom konsernnivå og SIM-nivå, som for eksempel produktkategori og varemerke, vil kunne ha slik virkning. Det er viktig at Nkom håndhever forbudet mot eksklusivitet strengt. Forbudet må også følges opp gjennom kontroll med at Telenor i standardtilbud og forhandlinger ikke setter andre vilkår eller opptrer på annen måte som har tilsvarende virkning.

TDC/Get mener Telenors krav om eksklusivitet på både selskaps- og konsernnivå legger en effektiv demper på konkurransen om grossistkundene. TDC/Get har klaget Telenors eksklusivbestemmelse etter gjeldende regulering inn for Nkom, og har der anført blant annet at eksklusivbestemmelsen på konsernnivå går langt utover Telenors angitte formål og virker innelåsende ved at TDC/Get forhindres fra å inngå avtale med andre leverandører av tilgang. Videre forhindres det danske morselskapet i å etablere nye, selvstendige virksomheter i Norge som kjøper tilgang hos TeliaSonera eller ICE.

Anonym aktør mener marked 15-vedtaket må videreføre forbudet mot bruk av eksklusivitetsklausuler på konsern- og selskapsnivå. Slike vilkår fjerner enhver forhandlingsmakt og fratrukker TeliaSonera ethvert insentiv til å konkurrere om grossistkundene. I dagens marked oppnår Telenors konkurrenter ingen konkurransefordel ved å selge ulik

dekning gjennom ulike selskap. Den enkelte kunde må fortsatt velge mellom Telenor- eller NetCom-dekning. Det er også slik at de fleste sluttbrukere mener Telenors nett gir best dekning.

Nkoms vurdering

Telenor har opplyst at selskapet nå ikke stiller krav om forhandlingseksklusivitet. Et slikt krav har vært stilt av Telenor tidligere, jf. punkt 3.2.1 ovenfor. Nkom merker seg også TeliaSoneras høringsinnspill om at presiseringen er viktig. Nkom fastholder at Telenor ikke har adgang til å kreve slik eksklusivitet. Når Telenor ikke lenger stiller krav om forhandlingseksklusivitet, er en slik begrensning etter Nkoms vurdering også lite byrdefull for Telenor.

Når det gjelder leveringseksklusivitet, er det ikke grunnlag for å oppstille samme absolutte forbud mot enhver eksklusivitet som for forhandlingseksklusivitet. Nkom er enig i at hvorvidt en konkret tilgangsanmodning er rimelig, vil bero på en vurdering etter ekomloven § 4-1, jf. vauselet kapittel 7.1. Ved denne vurderingen inngår blant annet en avveining av tilbyders interesse i å disponere egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang som er «nødvendig» for å kunne tilby konkurrerende tjenester, slik Telenor viser til.

I vedtaket har Nkom foretatt presiseringer som gjelder rimelige/rettferdige vilkår, og slik oppstilt krav knyttet til hvilke eksklusivitetsbestemmelser som kan inngå i Telenors tilgangsavtaler. Ekomloven § 4-1 gir hjemmel til å stille slike krav. At tilsynsmyndigheten skal kunne stille slike krav, fremgår også eksplisitt av tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 tredje ledd.

Telenor har vist til dom fra Asker og Bærum tingrett av 29. november 2012. Nkom viser til at dommen ikke gjaldt spørsmål om hvilken adgang Nkom har til å stille krav knyttet til rimelighet, og finner at dommen er av mindre betydning i denne sammenheng.

Nkom anerkjenner at dekning og kapasitet er en vesentlig konkurranseparameter og forutsetter store investeringer. Det er ikke et siktemål med reguleringen at tilgangskjøperne skal ha bedre nettilgang enn vertssoperatørene. Det er således ikke grunnlag for Telenors oppfatning om at varslet kan synes å bygge på at det er «nødvendig å sikre tilgangskjøperne bedre nettilgang enn det Telenor selv har». Telenor vil ha en legitim interesse i at tilgangskjøper ikke skal kunne tilby dekning som det reelt sett er grunnlag for å oppfatte som bedre enn den Telenor selv kan tilby. Etter Nkoms vurdering er det imidlertid ikke nødvendig å betinge seg så omfattende eksklusivitet for å ivareta de legitime interessene.

Telenors legitime interesser må også veies opp mot andre interesser. Nkom fastholder at omfattende eksklusivitetsbestemmelser vil kunne begrense dynamikken med å tilby tilgang. Dette er ikke begrenset til vern av tilgangskjøperne, slik Telenor kan synes å legge til grunn.

En tredje, konkurransedyktig grossisttilbyder vil være avhengig av å ha en relativt stor trafikkandel i eget nett. Trafikk i eget nett kan enten oppnås gjennom egne sluttbrukere eller ved salg av tilgang. Mulighet til å produsere deler av en tilgangskjøpers volum vil etter Nkoms vurdering kunne være spesielt viktig for det tredje nettet i en oppbyggingsfase. Omfattende eksklusivitetsklausuler vil etter Nkoms vurdering redusere det tredje nettets muligheter til å øke trafikken i eget nett ved å produsere deler av en tilgangskjøpers volum. Reelt sett reduserer omfattende eksklusivitetsklausuler etter Nkoms vurdering det tredje nettets muligheter til å øke trafikken i eget nett ved å selge tilgang.

Nkom er enig med Telenor i at krav om eksklusiv leveranse stiller tilgangsselger i en situasjon hvor han må velge mellom «alt eller ingenting», og at et slikt forhold isolert sett gir insentiver til å sette lavere priser. Dette må imidlertid vurderes i lys av det aktuelle markedets karakteristika. Videre må det også tas hensyn til at omfattende eksklusivitetsbestemmelser svekker

tilgangskjøpernes mulighet til å inngå tilgangsavtale med flere netteiere, og til at slik mulighet vil kunne øke tilgangskjøperes forhandlingsmakt. At mulighet til å inngå tilgangsavtale med flere netteiere vil kunne øke tilgangskjøperes forhandlingsmakt, synes for øvrig også å være i tråd med hva Telenor tidligere har gitt uttrykk for, jf. selskapets høringsuttalelse¹⁰ forut for marked 15-vedtaket fra 2006:

«Tilgangsavgiftene kan heller ikke sies å utgjøre noen byttebarriere da flere tjenesteleverandører har inngått avtale med både Telenor Mobil og NetCom. Flere tjenesteleverandører har derfor også mobiloperasjoner i begge nett. Dette gir tjenesteleverandørene en sterk forhandlingsmakt ved at de kan styre alle nye kunder til en av operatørene i kortere eller lengre perioder.»

Nkom fastholder at omfattende eksklusivetsbestemmelser vil kunne svekke tilgangskjøperes mulighet til å utøve kjøpermakt, og viser også til at flere av høringsssvarene gir uttrykk for dette.

Nkom fremholdt i varselet at en netteier vil ha et berettiget behov for å betinge seg SIM-eksklusivitet. Etter Nkoms vurdering vil Telenor kunne ivareta hensynet til å unngå at tilgangskjøperer får bedre dekning ved å innta mindre inngripende klausuler enn eksklusivitet på konsernnivå. Nkom fastholder derfor at et krav om eksklusivitet på konsernnivå er et urimelig vilkår som ikke kan inntas i Telenors tilgangsavtaler. Nkom viser også til at flere av høringsinnspillene støtter opp om Nkoms vurdering av at eksklusivitet på konsernnivå er et konkurranseproblem.


Vurderingene av konserneksklusivitet gjør seg etter Nkoms vurdering i all hovedsak også gjeldende for slik selskapseksklusivitet. I vedtaket har Nkom foretatt presiseringer knyttet til eksklusivitet på selskapsnivå og knyttet til merkevare. Nkom har også endret betegnelsen «SIM-kort» til «SIM» for å få frem at vurderingene knyttet til eksklusivitet på SIM-nivå ikke er begrenset til «tradisjonelle» SIM-kort.

Slik det er vist til i noen av høringsssvarene, finnes det også andre former for eksklusivitet enn på konsern-, selskaps- og SIM-nivå. Telenor har også vist til dual-SIM, e-SIM og Google Fi, og at dette kan reise spørsmål knyttet til eksklusivitet. Nkom viser til at dual-SIM-telefoner har begrenset utbredelse, at e-SIM ligger noe frem i tid, og at Google Fi ifølge Telenor er et «eksperimentelt» prosjekt i det amerikanske markedet.

På bakgrunn av innspillene har Nkom foretatt justeringer i vedtaket, herunder søkt å gi ytterligere veiledning og foretatt nærmere presiseringer av krav til eksklusivitet.

6.2.6.4 Dekning innendørs

Chili Mobil er enig i Nkoms vurdering og konklusjon om at Telenor må gi tilgang til de løsninger Telenor selv benytter for å forbedre innendørsdekning.

TDC/Get viser til at sluttbrukere stiller stadig strengere krav til mobildekning og kapasitet innendørs. [U.off: 

¹⁰ Telenors brev av 29. juni 2005 side 19

Nkoms vurdering

Når det gjelder innendørsdekning, har Nkom varslet at tilgangskjøpere også må få tilgang til de løsninger Telenor tilbyr for å forbedre innendørsdekning. Som et utgangspunkt mener Nkom at Telenor må etterkomme rimelige anmodninger om å endre dekning/forbedre innendørsdekning på de lokasjoner tilgangskjøper ber om, tilsvarende som Telenor ville gjort for egne kunder. I følge Telenor praktiseres slik likebehandling allerede. Et avslag på en slik anmodning må begrunnes, og Nkom vil ved behov kunne ta stilling til hvorvidt anmodningen må anses som rimelig eller ikke.

Slik Nkom forstår Telenor, har selskapet ulike ordninger for å gjennomføre dekningsforbedringer, hvor finansiering, anleggsbidrag og bindingstid varierer ut fra hva som kan gjennomføres lønnsomt for Telenor. Nkom mener på generelt grunnlag at tilgangskjøpere som anmoder om endring av dekning, må forvente å dekke kostnadene til tiltaket. Vilåårene for slike tiltak må imidlertid være rimelige og rettferdige. Nkom vil måtte vurdere eventuelle vilkår konkret dersom det skulle oppstå en konflikt som fører til klage.

Nkom har justert vedtakets kapittel 7.1.7.3 noe som følge av høringsinnspill.

6.2.6.5 Produksjon av SIM-kort

Chili Mobil ber Nkom presisere at Telenor ikke kan kreve at SIM-kortproduksjon skal skje hos Telenor slik det gjøres for MVNO og tjenesteleverandører i dag. Dette representerer høy ekstrakostnad og lange produksjonstider. Dersom tilgangskjøpere kan etablere egne avtaler, mener Chili Mobil at kostnaden kan reduseres samtidig som tilgangskjøper fr større kontroll på bestillings- og leveranseprosess slik at leveringstiden kan kortes ned.

Nkoms vurdering

Telenor begrunner kravet om at en tjenesteleverandør skal kjøpe SIM-kort av Telenor med sikkerhetsmessige årsaker. Nkom finner det ikke urimelig at tjenesteleverandører må forholde seg til Telenors godkjente leverandører for produksjon av SIM-kort da dette innebærer at leverandøren må få tilgang til svært sensitiv informasjon. En MVNO håndterer produksjonen av SIM-kort selv ettersom slike aktører har egen HLR.

Nkom har ikke funnet at innspillet gir grunnlag for endringer i vedtaket.

6.3 Ikke-diskriminering

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom konkluderte i varselet med at Telenor bør pålegges krav om ikke å diskriminere med hensyn til pris og andre vilkår for tilgang for nasjonal gjesting, MVNO-tilgang, tjenesteleverandørtilgang og samlokalisering. Nkom mente videre at kravet til ikke-diskriminerende priser mtte gjelde mellom Telenor ASAs egen sluttbrukervirksomhet og eksterne virksomheter og mellom eksterne kjøpere av samme tilgangsform.

Høringsinnspill

Telenor mener at Nkom går utover det ekomloven § 4-7 gir hjemmel for. Kravet til ikke-diskriminering er uklart, uforutsigbart, uforholdsmessig og byrdefullt.

Til kravet om at tjenester som Telenor benytter seg av for å øke kvaliteten på produkter som omfattes av tilgangsplikten, skal gjøres tilgjengelig for tilgangskjøper slik at tilgangskjøper skal kunne tilby sine sluttbrukere en tjeneste av tilsvarende kvalitet som Telenor fra samme tidspunkt som Telenor, har Telenor følgende kommentarer:

- I enkelte tilfeller vil en «*økning av kvaliteten på produkter*» være avhengig av at tilgangskjøper på sin side gjør en oppgradering og/eller tilrettelegging for at tilgangskjøpers sluttkunder skal oppnå en tilsvarende økning av kvaliteten. Telenor kan ikke tillegges ansvaret for verken kvaliteten eller tidspunktet når det avhenger av forhold utenfor Telenors kontroll.
- Videre er det i enkelte tilfeller slik at standarden for ny teknisk oppgradering for nettoperatør kan være på plass før det foreligger løsninger for hvordan dette kan implementeres på en forsvarlig måte for en tilgangskjøper (for eksempel ved nettverksimplementeringen av LTE).
- Kravet kan *utelukkende* være relevant i de tilfeller hvor tilgangskjøper ikke selv kan produsere de kvalitetsøkende tjenestene. Noe annet vil ikke være forenlig med at tilgangskjøper skal konkurrere med Telenors egen sluttbrukervirksomhet.

Kravet til ikke-diskriminering kan etter Telenors oppfatning ikke innebære at Telenor forhindres i å gjøre oppgraderinger i eget nett, dersom det ikke samtidig foreligger tilstrekkelig gode tekniske løsninger for hvordan dette skal implementeres for tilgangskjøper.

Når det gjelder kravet om at Telenor pålegges å tilby en alternativ prisstruktur dersom den tilbudte prisstrukturen er til hinder for at kjøper av tilgang kan konkurrere i utvalgte deler av sluttbrukermarkedet (varselet punkt 187), bestrider Telenor at ekomloven § 4-7 gir hjemmel for et slikt krav, og vil anføre at et slikt krav i tilfelle må hjemles i ekomloven § 4-9, jf. Telenors merknader til Nkoms varsel om vedtak 31. august 2015. Telenor mener at Nkom med dette stiller krav til margin mellom sluttbrukerpris og tilgangspris ned på enkeltsegmentnivå.

Nkom redegjør ikke for på hvilken måte en fastpris skulle være i strid med kravet til ikke-diskriminering. Nkom tar heller ikke hensyn til at gjeldende prisstruktur på tilgangsnivå gjenspeiler den prisstrukturen som Telenor per i dag tilbyr i hoveddelen av sluttbrukermarkedet. Slik Telenor forstår Nkoms uttalelser om Konkurransetilsynets vedtak, så er tilgangsavtalene TeliaSonera tilbyr ICE også basert på fast pris per SIM kombinert med variable priser. Det underbygger at Konkurransetilsynet har vurdert at dette er en prisstruktur som er egnet for å tilrettelegge for konkurranse.

Videre bemerker Telenor at det ikke fremkommer av varselet om en tilgangskjøper skal kunne velge flere prisstrukturer for sin virksomhet eller om tilgangskjøper må velge en av prisstrukturene for hele sin virksomhet. Nkom har ikke tatt hensyn til at det er praktiske begrensinger i muligheten til å tilby flere prisstrukturer.

Telenor viser for øvrig til sine merknader til Nkoms varsel av 31. august, som gjøres gjeldende også her.

TeliaSonera kommenterer kravet om at tilgangskjøper må få tilgang til de samme bæretjenestene som Telenor bruker til å realisere egen sluttbrukertjeneste, herunder de samme hastighetene som til enhver tid kan oppnås av Telenors egne kunder (varsel punkt 184), med følgende:

- Det må være teknisk mulig å få tilgang til samme bæretjeneste som brukes til å realisere egen sluttbrukertjeneste. Dette var for eksempel ikke tilfellet ved introduksjonen av 4G. Dette bør fremgå av presiseringen.

- Tilbyder må kunne differensiere tilgangspris ut fra hvilke hastigheter som det gis tilgang til. Manglende mulighet til å differensiere vil kunne påvirke tilbyders investeringsinsentiver negativt.

TDC/Get mener kravet til ikke-diskriminering må presiseres til også å dekke eksterne partnere (herunder Evry, Atea og eksterne kunder), ikke bare de tjenestene Telenor leverer til sin integrerte sluttbrukervirksomhet (interne merkevarer som Telenor, Dj Juice, Talkmore og Dipper).

TDC/Get skriver videre at i lys av den endrede markedsstrukturen, er selskapet enig i forslaget om å innskrenke diskrimineringsforbudet til kun å gjelde mellom eksterne kunder som baserer seg på samme tilgangsform.

Anonym aktør skriver at de er enige med Nkom i at detaljerte krav om ikke-diskriminering er et egnet tiltak.

Nkoms vurdering

Nkom mener de forutsetninger Telenor og TeliaSonera legger til grunn for at tilgangskjøpere skal få tilgang til samme kvalitetsøkende tjenester og bæretjenester, er rimelige og vil inkludere disse i vedtaket.

Nkom er imidlertid ikke enig i at et krav om alternative prisstrukturer ikke kan hjemles i ekomloven § 4-7. Hensikten med krav om ikke-diskriminering er at det skal kunne konkurreres på like vilkår. For å oppnå dette, må det tas hensyn til at aktørene som skal konkurrere mot Telenor i sluttbrukermarkedet, ikke er identiske med Telenor. Når Nkom har utpekt Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling, har det formodningen mot seg at andre tilbydere er like store og like bredt til stede i alle deler av sluttbrukermarkedet.

Det følger av ekomlovens forarbeider at ikke-diskrimineringsbestemmelsen innebærer at like tilfeller skal behandles likt. Det følger videre at hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil kunne bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd¹¹. Nkom mener dermed det er grunnlag for å stille krav om at prisstrukturen i tilgangsavtalene må være slik at tilgangskjøpere kan konkurrere i deler av markedet. Det kan ikke være slik at de må være like bredt til stede som Telenor.

Nkom mener i denne sammenheng at en tilgangsavtale uten fastavgifter per SIM, men kun trafikkavhengige (variable) priser, vil gi større fleksibilitet for tilgangskjøpere enn en tilgangsavtale med fastpris per SIM. Nkom har blant annet begrunnet kravet med at betalingsplikten bør knyttes til bruken av nettet/trafikk ettersom det er trafikk som er den vesentligste kostnadsdriveren.

Når det gjelder Konkurransetilsynets vurdering av tilgangsvilkårene som TeliaSonera har gitt til ICE, vil Nkom bemerke at deres vurdering var hvorvidt de avhjelpende tiltakene samlet sett ville avbøte de konkurransebegrensende virkningene som oppsto som følge av foretakssammenslutningen. Dette innebærer at tilgangsavtalene sammen med andre tiltak ble vurdert opp mot en alternativsituasjon. Konkurransetilsynets vedtak, som altså innebar at foretakssammenslutningen ble tillatt på vilkår, gikk dermed ikke lenger enn til å sikre at konkurransen ikke ble forverret sammenliknet med alternativsituasjonen. Dette er ikke ensbetydende med at prisstrukturen i avtalene er egnet for å legge til rette for konkurranse.

¹¹ Jf. Ot.prp. nr 58 (2002-2003) side 102

Nkom legger til grunn at dersom Telenor tilbyr flere tilgangsavtaler eller flere prisopsjoner, så må tilgangskjøpere kunne basere sitt samlede tilgangskjøp på flere prisopsjoner.

Nkom mener videre at presiseringen TDC/Get foreslår er rimelig. I den grad Telenor benytter forhandlere/partnere i sitt salg til sluttbrukermarkedet, så må de vilkår som tilbys slike partnere også tilbys andre eksterne kjøpere av tilgang.

Nkom har på dette grunnlag utdypet og gjort enkelte presiseringer i omtalen av plikten til ikke-diskriminering.

6.4 Offentliggjøring og standardavtaler

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom konkluderte i varselet med at Telenor vil bli pålagt å utarbeide og offentliggjøre standardavtaler for nasjonal gjesting, MVNO-tilgang, tjenesteleverandørtilgang og samlokalisering. Plikten til offentliggjøring omfatter ikke informasjon om priser tilknyttet nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang. Informasjonen skal imidlertid gjøres tilgjengelig for aktører som anmoder om tilgang. Videre vil Telenor bli pålagt å sende kopi av inngåtte avtaler til Nkom (ikke for samlokalisering), samt å varsle andre tilbydere og Nkom om endringer i avtalene.

Høringsinnspill

Telenor er uenig i Nkoms forståelse av ekomloven § 4-6. Etter Telenors oppfatning gir ikke bestemmelsen grunnlag for å stille krav til innholdet i et standardtilbud. Slike krav må hjemles i øvrige bestemmelser i ekomloven kapittel 4.

Telenor oppfatter at Nkom pålegger Telenor å tilby flere standardavtaler per tilgangsform dersom Telenor etter forhandlinger har inngått avtale med tilgangskjøpere med andre vilkår enn det som følger av gjeldende standardavtale. Dette er mer byrdefullt enn gjeldende forpliktelse, uforholdsmessig tyngende og i strid med formålet med reguleringen.

Etter Telenors vurdering er den ensidige endringsadgangen i gjeldende standardavtale nødvendig for å sikre etterlevelsen av gjeldende regulering. Også Telenors interne tjenesteleverandør må forholde seg til endringene som gjøres i standardavtalen. Endringsadgangen er ikke diskriminerende, slik Nkom gir uttrykk for, men tvert imot nødvendig for at Telenor skal kunne overholde kravet til ikke-diskriminering.

Når det gjelder krav om sikkerhetsstillelse og prognose, mener Telenor at en garanti må kunne stilles basert på et visst antall måneders omsetning, og ikke alene basert på løpende trafikkostnader. For eksempel må Telenor kunne kreve garanti for fastpriselementet i en avtale.

Etter Telenors oppfatning overdriver Nkom sterkt betydningen for eksisterende og potensielle tilgangskjøpere av å ha tilgang til Telenors standardavtaler på selskapets hjemmesider. Det bør være tilstrekkelig at det på hjemmesidene angis kontaktinformasjon og opplyses hvilke tilgangsformer Telenor tilbyr. En potensiell tilgangskjøper må uansett kontakte Telenor for prisvilkår. Konkurransetilsynet har ikke offentliggjort eller stilt krav om offentliggjøring av nasjonal gjesting-avtalen TeliaSonera må tilby, og heller ikke avtalen om nasjonal gjesting mellom TeliaSonera og ICE. Telenor antar at de samme hensyn til ikke å offentliggjøre disse avtalene gjør seg gjeldende for Telenors tilgangsavtaler.

Telenor oppfatter varselet slik at Nkom mener at Telenor ikke har anledning til å gjennomføre endringer til ugunst. Hensikten med en plikt til å varsle om endringer til ugunst to måneder før gjennomføring, synes derfor uklar for Telenor. Nkom må gi en nærmere forklaring på hvilke situasjoner en slik varslingsfrist er aktuell for.

TDC/Get er enig med Nkom i at det er nødvendig å forby «utilbørlige vilkår» i standardavtalen for MVNO-tilgang. Etter TDC/Gets oppfatning har Telenor i gjeldende standardavtale inntatt flere bestemmelser som kun reduserer tilgangskjøperens handlingsrom (eksklusivitetsklausul) eller forutsigbarhet (ensidig endringsadgang). Slike bestemmelser ivaretar ikke noen legitime interesser hos Telenor, samtidig som de reduserer tilgangskjøpernes konkurransevne, eventuelt muligheten til å bytte leverandør.

Telenor skal etter punkt 7.3.5 informere Nkom om endringer i avtalene innen en angitt frist, og skal etter punkt 7.3.6 varsle om endringer til ugunst senest to måneder før endringen gjennomføres. Ifølge TDC/Get har Telenor tidligere argumentert for at disse forpliktelsene gir Telenor selvstendig rett/hjemmel til å endre standardavtalen. For å unngå uenighet, mener TDC/Get at Nkom bør presisere at disse forpliktelsene ikke gir Telenor en selvstendig rett til å endre inngåtte avtaler utover de endringsmekanismer partene har avtalt.

Etter TDC/Gets oppfatning innebærer Telenors prisstruktur med hastighetstillegg at grossistkunden i praksis blir tvunget til å benytte samme vilkår i sluttbrukermarkedet som Telenor. TDC/Get er positiv til at Nkom presiserer at Telenor skal tilby minst to ulike prismodeller, slik at tilgangskjøperne fritt kan velge den prismodellen som passer best i sluttbrukermarkedet.

Anonym aktør stiller seg positiv til Nkoms presiseringer knyttet til utarbeidelse og offentliggjøring av standardavtaler. Etter selskapets syn er det blant annet nødvendig å pålegge Telenor å tilby en tilgangsavtale med utelukkende variable priser. Markedsreguleringen må også forby avtalevilkår som innebærer at Telenor har rett til ensidig å endre priser med videre.

Nkoms vurdering

Når det gjelder Telenors anførsel om at ekomloven § 4-6 ikke gir hjemmel til å stille innholdsmessige krav til den regulerte aktørens standardavtaler, viser Nkom til SDs klagevedtak av 6. oktober 2006 vedrørende klage fra Telenor 13. mars 2006 på Nkoms vedtak 20. februar 2006 i LLUB-markedet (den gang marked 11)¹². SD tok der blant annet stilling til om Nkom i medhold av ekomloven § 4-6 kunne stille krav om at Telenors standardavtaler skulle inneholde bestemmelser om kompensasjon og videre om bestemmelsen ga hjemmel til å stille innholdsmessige krav til en eventuell kompensasjonsordning. Ifølge SD gir bestemmelsen anledning til å fastsette hvilke sentrale vilkår i standardavtalene som Telenor som et minimum må offentliggjøre informasjon om. SD konkluderte med at det er hjemmel i ekomloven § 4-6 både til å stille krav om at standardavtalen skal inneholde bestemmelser om kompensasjon og til å sette innholdsmessige krav til kompensasjonsbestemmelsen. Nkom legger etter dette til grunn at ekomloven § 4-6 gir hjemmel til å stille innholdsmessige krav til Telenors standardavtaler. TDC/Get og Anonym aktør sier seg enig med Nkom i at det er nødvendig å stille krav til vilkårene i standardavtalene.

Krav til standardavtaler, slik det fremkommer av varsel om vedtak, vil kunne medføre at Telenor må ha standardavtaler med alternative prisstrukturer for hver tilgangsform, eksempelvis at standardavtalene ikke kan være basert på en prisstruktur med fastavgift per

¹² http://www.nkom.no/market/markedsregulering-smp/market/marked-4-og-5/_attachment/1655?_ts=13899e78ccf

SIM som eneste alternativ. I varselet har Nkom stilt krav om at Telenor minimum må tilby en tilgangsavtale med utelukkende variable priser. Både TDC/Get og Anonym aktør stiller seg positive til dette. Det er opp til Telenor hvorvidt dette løses gjennom flere alternative prisstrukturer i én enkelt standardavtale, eller gjennom flere standardavtaler for hver tilgangsform.

Telenor fremhever viktigheten av å ha ensidig endringsadgang, for å sikre etterlevelse av gjeldende regulering. I varselet legger Nkom til grunn at endringsmekanismer i tilgangsavtalene skal innrettes slik at endringer bare kan gjøres gjeldende etter forhandlinger og enighet mellom partene. Dersom Telenor skal kunne gjøre seg bruk av en ensidig endringsadgang, må endringen kunne knyttes opp til en bakenforliggende årsak, herunder kan offentligrettslige krav være et forhold som kan betinge endring. Utover dette vil en ubetinget endringsadgang for Telenor være urimelig og uforutsigbart for tilgangskjøper og kunne begrense tilgangskjøpers mulighet til å konkurrere effektivt i sluttbrukermarkedet. Nkom er ikke enig med Telenor i at Telenors interne tjenesteleverandør står overfor den samme usikkerheten som tilgangskjøpere. Nkom mener det er usannsynlig at Telenors grossistvirksomhet vil gjøre endringer som på kort eller lang sikt vil svekke deres sluttbrukervirksomhet og Telenor Norges økonomiske utvikling. Nkom fastholder derfor at avtalevilkår som gir Telenor en ensidig og ubetinget rett til endring, ikke kan inngå i standardavtalene for regulert tilgang.

Til Telenors anførsler om selskapets varslingsplikt ved endringer til ugunst når Telenor samtidig oppfatter ikke å ha anledning til å gjennomføre endringer til ugunst, vises det til avsnittet over hvor bl.a. offentligrettslige krav kan avstedkomme behov for endringer i avtalevilkår. Varslingsplikten vil i slike tilfeller sikre at tilgangskjøpere kan ta høyde for endringene i egne vilkår og etterleve ekomlovens varslingsfrist overfor egne sluttkunder. Varslingsplikten gir imidlertid ikke Telenor en ensidig rett til å endre inngåtte avtaler.

Når det gjelder sikkerhetsstillelse, mener Nkom at for en tilgangsavtale med variable priser slik dette vedtaket krever, vil krav om sikkerhetsstillelse måtte baseres på de løpende trafikkostnadene. For andre alternative avtaler kan Telenor basere krav til sikkerhet på andre parametere.

Kravet om publisering på Telenors internettsider er etter Nkoms vurdering viktig for å effektivisere andre forpliktelser som tilgang og ikke-diskriminering. Nkom finner ikke at det forhold at Konkurransetilsynet etter annet rettsgrunnlag godkjente foretakssammenslutningen mellom TeliaSonera og Tele2, etter forslag fra partene om avhjelpende tiltak som ikke omfattet publisering, taler mot at Telenor skal pålegges å offentliggjøre standardavtalene etter ekomloven § 4-6. Nkom er ikke enig med Telenor i at kravet om offentliggjøring av standardavtalene er uforholdsmessig byrdefullt for Telenor, og fastholder derfor at Telenor med hjemmel i ekomloven § 4-6 skal pålegges å offentliggjøre standardavtalene.

Nkom har gjort enkelte justeringer i vedtaket som følge av høringsinnspillene.

6.5 Regnskapsmessig skille

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom konkluderte i varselet med at det var behov for å pålegge Telenor å utarbeide et regnskapsmessig skille for sin mobilvirksomhet i Norge, mellom nettvirksomheten og sluttbrukervirksomheten. Rapporteringen skal gi grunnlag for å kontrollere at forbudet mot prisdiskriminering overfor MVNO-tilbydere og tilbydere som kjøper nasjonal gjesting, overholdes.

Høringsinnspill

Telenor viser til at Nkom foreslår å pålegge Telenor å oppfylle en marginskvistest på et lavere aggregeringsnivå enn regnskapsmessig skille. Dersom selskapet består marginskvistesten på et lavere nivå, vil også en marginskvistest i form av et regnskapsmessig skille på totalnivå bli bestått. Telenor mener derfor at krav om regnskapsmessig skille blir overflødig og at det ikke vil være forholdsmessig å pålegge Telenor en forpliktelse om både regnskapsmessig skille og marginskvistest.

Telenor mener at nåværende regime for regnskapsmessig skille er satt opp på en rimelig måte for å kontrollere kravet til ikke-diskriminering. Det vil imidlertid være urimelig å pålegge Telenor å rapportere regnskapsmessig skille for annet enn Telenors (hoved)standardavtale. Individuelle avtaler som eventuelt avviker fra (hoved)standardavtale, vil bli inngått basert på forhandlinger og konkrete ønsker fra aktuell tilgangskjøper. Normalt vil en slik tilgangskjøper rette seg mot et isolert eller snevert kundeselement i mobilmarkedet. Eventuelle avvikende tilgangsvilkår vil derfor ikke være tilpasset hele mobilmarkedet, men dette konkrete segmentet. Ved å kontrollere krav til ikke-diskriminerende priser ved regnskapsmessig skille for hele mobilmarkedet ved å benytte priser avtalt for ett isolert segment, vil Nkom effektivt fjerne ethvert incitament og mulighet for Telenor til å tilby grossistpriser tilpasset kun et enkeltstående kundeselement.

Telenor viser til avsnitt 340 hvor det står at for hver inntektspost skal det fremgå en korresponderende kostnadspost der dette er relevant. Det fremstår som uklart for Telenor hva slags type kostnadspost det siktes til. Telenors kostnadsposter vil normalt ikke være knyttet til de enkelte inntektsposter, men i hovedsak til kunder og kundeselementer.

TDC/Get ber Nkom revurdere forslaget om å videreføre et aggregert regnskapsmessig skille eller erstatte forpliktelsen med pålegg om funksjonelt skille. TDC/Get mener det regnskapsmessige skillet ikke har vært noen effektiv kontrollmekanisme i inneværende reguleringsperiode. Dette skyldes bl.a.:

- Det er en aggregert modell for hele markedet basert på en EEO-tilnærming. Beregningene gir ikke meningsfull informasjon om hvorvidt tilgangskjøperne er i stand til å oppnå positiv margin.
- Informasjon fra Telenor tyder på at modellen inkluderer inntekter som faller utenfor markedet, og ekskluderer kostnader som burde vært med. Dette innebærer at den estimerte lønnsomheten overvurderes.
- På grunn av rapporteringsperiodene er det regnskapsmessige skillet ikke egnet til å fange opp kampanjerabatter med begrenset varighet.
- Modellen er ikke transparent. Nkom har nektet tilgangskjøperne tilgang til tallgrunnlaget, og det har dermed ikke vært mulig å etterprøve beregningene.
- Nkom har unnlatt å gripe inn mot Telenors priser når modellen har vist negativt resultat, under henvisning til at det gjennomsnittlige resultatet er positivt. Tilsynet har med dette godtatt konkurranseskadelig krysssubsidiering mellom ulike tjenester.
- Telenor har siden 2010 konsekvent vist til at selskapet kun er forpliktet til å holde seg innenfor de prisene som følger av det regnskapsmessige skillet. Dette skjedde senest i kommentarene til pålegg om retting av prismodellen i standardavtalene 25. september 2015. Telenor begrunnet også de diskriminerende prisene selskapet påla TDC høsten 2010 med det regnskapsmessige skillet.

TDC/Get mener modellens verdi reduseres ytterligere ved å slå sammen rapporteringsområdene slik at resultatet skal beregnes samlet for mobildata, tale og SMS. Dersom rapporteringen skal videreføres, bør privat- og bedriftssegmentet beregnes separat.

Anonym aktør viser til at Telenor blir pålagt å utarbeide regnskapsmessig skille mellom nettvirksomheten og den interne sluttbrukervirksomheten for sin mobilvirksomhet i Norge. Rapporteringen "skal gi grunnlag for å kontrollere at forbudet mot prisdiskriminering overfor MVNO-tilbydere overholdes". Anonym aktør er uenig i dette og viser til at rapporteringen siden våren 2011 har vist at regnskapsmessig skille er et lite egnet verktøy for å kontrollere etterlevelse.

Anonym aktør mener oppstillingen er altfor overordnet og at den dessuten viser kun Telenors egen lønnsomhet, gitt prisene i tilgangsavtalene. Anonym aktør har ikke registrert noen vilje til å håndheve diskrimineringsforbudet, selv når rapporteringen har avdekket svært negative resultater. De mener derfor denne særskilte forpliktelsen blir mer et skjold mot kritikk enn en metode for å kontrollere etterlevelsen, og virkemiddelet bør fjernes.

Nkoms vurdering

Nkom mener i motsetning til Telenor at rapportering av regnskapsmessig skille har en funksjon i tillegg til prisreguleringsverktøyet i vedtaket. Regnskapsmessig skille innebærer en direkte oppfølging av krav om ikke-diskriminerende priser mellom intern og ekstern virksomhet, og rapporteringen viser et helhetlig bilde av Telenors mobilvirksomhet. Dette gir Nkom en god oversikt over økonomisk utvikling i sluttbrukermarkedene for mobiltjenester og mer utfyllende informasjon enn selskapets offentlige rapportering. Det er av stor betydning for Nkom å følge utviklingen i Telenors totale mobilvirksomhet gjennom jevnlig rapportering av regnskapsmessig skille. Marginskvistesten er et verktøy for oppfølging av prisreguleringen Telenor pålegges i form av et forbud mot å sette tilgangskjøper i marginskvis. Denne testen gjennomføres nødvendigvis på et mindre aggregert nivå.

Telenor kommenterer at det kun er hensiktsmessig å rapportere regnskapsmessig skille basert på en (hoved)standardavtale og ikke for tilgangsvilkår som er rettet mot et konkret segment og som ikke er tilpasset hele mobilmarkedet. Nkom stiller i varsel om vedtak krav om at Telenor må tilby en tilgangsavtale med utelukkende variable priser, men at krav om ikke-diskriminering ikke er til hinder for at Telenor kan ha flere ulike tilgangsavtaler for samme tilgangsform. Transparensforpliktelsen som pålegges i medhold av ekomloven § 4-6, innebærer at alle fremforhandlede avtaler må kunne gjøres tilgjengelige for andre tilgangskjøpere av samme tilgangsform. Nkom er imidlertid enig med Telenor i at rapportering av regnskapsmessig skille er hensiktsmessig for standardavtaler som omfatter hele mobilmarkedet og ikke isolerte segmenter i mobilmarkedet. Nkom vil ta høyde for dette i vedtaket.

At hver inntektspost i regnskapsoppstillingen skal ha en korresponderende kostnadspost, er et prinsipp som følger av Nkoms tidligere vedtak om regnskapsmessig skille fra 29. oktober 2010. Det er forbundet kostnader med å selge et produkt i sluttbrukermarkedet, og denne kostnaden må medtas i beregningen av det regnskapsmessige skillet slik at inntekts- og kostnadssiden korresponderer der det er relevant. Detaljert og korresponderende informasjon om inntekter og kostnader gir mulighet for å isolere effektene av å inkludere (ev. ekskludere) enkelte produkter eller tjenester i regnskapsoppstillingen og øker mulighetene til å analysere de rapporterte tallene. Nkom mener dette er et viktig prinsipp som må videreføres.

Til TDCs høringsinnspill om at det bør stilles krav om funksjonelt skille¹³ i Telenors virksomhet, mener Nkom at konkurranseproblemene i markedet ikke tilsier at det vil være forholdsmessig å pålegge Telenor dette kravet. Nkom er videre uenig med TDC og Anonym aktør om at det regnskapsmessige skillet ikke har vært en effektiv kontrollmekanisme i inneværende reguleringsperiode. I analysen viser Nkom til flere forhold innenfor gjeldende regulering som indikerer at den sektorspesifikke reguleringen, med bl.a. krav om regnskapsmessig skille, har

¹³ Ekomloven § 4-9a

vært en nødvendig, disiplinierende mekanisme for Telenors tilgangsvilkår på grossistnivå. Nkom mener regnskapsmessig skille sammen med prisregulering i form av marginskvistester er effektive virkemidler for å bøte på eksisterende konkurranseproblemer. Krav om funksjonelt skille blir dermed ikke forholdsmessig når det finnes mindre inngripende virkemidler.

TDC beskriver ikke hvilke inkluderte inntekter eller ekskluderte kostnader som overvurderer resultatet. Det er nettopp med tanke på å kunne vurdere slike spørsmål at Nkom legger til grunn et prinsipp om at inntektsposter skal ha en korresponderende kostnadspost, jf. diskusjonen ovenfor.

Regnskapsmessig skille fanger opp kampanjerabatter med begrenset varighet, da det er de regnskapsførte inntektene som inngår i oppstillingen.

Når det gjelder TDCs bemerkning om at Nkom har unnlatt å gripe inn når modellen har vist negativt resultat og kryssubsidiering, antar Nkom at det vises til de separate regnskapsoppstillinger for tale/SMS og datatrafikk. Nkom har i tidligere behandling av regnskapsmessig skille begrunnet hvorfor dette skillet mellom produkter ikke har vist seg å være egnet for formålet. Dette skyldes at rapportering på lavere aggregeringsnivå innebærer økt kompleksitet og usikkerhet knyttet til kostnadsfordeling, noe som ikke er ønskelig. Framveksten av fastprisprodukter har bidratt til at inntekts- og kostnadsfordelingen mellom tale/SMS og datatrafikk har blitt mindre presis enn tidligere. Prinsippene for fordeling av felleskostnader påvirker også resultatet. Nkom har derfor ment at man ikke kan vurdere tale/SMS og datatrafikk isolert. Oppstillingen vil ikke være egnet til å vurdere kryssubsidiering. Nkom fastholder derfor vurderingen om å ta bort separate regnskapsoppstillinger for tale/SMS og datatrafikk.

TDC mente videre at privat- og bedriftsmarkedet burde rapporteres separat i regnskapsmessig skille. Nkom viser til at den samme kompleksiteten og usikkerheten som nevnt ovenfor vil kunne oppstå ved en slik oppdeling. Tatt i betraktning at marginskivstesten skal gjennomføres på et mer detaljert nivå, mener Nkom det ikke er forholdsmessig å endre rapporteringen for regnskapsmessig skille.

Nkom har gjort enkelte justeringer i vedtaket som følge av høringsinnspillene.

6.6 Prisregulering

Vurdering og konklusjon i varsel om vedtak

Nkom har varslet at Telenor vil bli pålagt prisregulering for tilgangsformene nasjonal gjesting, MVNO-tilgang, tjenesteleverandørtilgang og samlokalisering. Prisreguleringen for de nevnte tilgangsformene er varslet som et forbud mot å sette kjøper av tilgang i marginskvis. Avtaler om nasjonal gjesting og MVNO-tilgang skal bestå fulle marginskvistester, mens avtaler om tjenesteleverandørtilgang skal bestå bruttomargintester. I tillegg ble det for nevnte tilgangsformer varslet et krav om positiv bruttomargin for produkter som er i salg. For samlokalisering varslet Nkom at Telenor ville bli pålagt krav om kostnadsorienterte priser samt krav om rapportering av kostnadsregnskap på forespørsel.

6.6.1 Høringsinnspill til prisregulering for tjenesteleverandørtilgang, nasjonal gjesting og MVNO-tilgang

Telenor mener prisreguleringen er ubegrunnet og uforholdsmessig og kommenterer følgende:

Bruttomargintester

Telenor har på forespørsel fra Nkom utdypet sine opprinnelige kommentarer knyttet til krav om marginskvistest. Telenor mener at det i varselet ikke fremkommer tydelig at det skal gjelde krav om bruttomargintest for alle tilgangsformer, og hadde derfor i sitt opprinnelige høringsinnspill basert kommentarene på at krav om positiv bruttomargin bare gjaldt for tjenesteleverandørtilgang. Videre oppsummering av høringsinnspill gir de sammenfattede anførselene fra Telenor.

Telenor mener at et krav om bruttomargintest for alle Telenors sluttbrukerprodukter som er i salg for alle tre tilgangsformene, innebærer en detaljregulering som er både unødvendig og uforholdsmessig streng. En slik regulering vil i følge Telenor effektivt hindre selskapet i å være konkurransedyktig i yttersegmentene, og vil samtidig fjerne Telenors incentiver for å tilby en bred produktportefølje mot hele markedet, samt begrense produktutvikling og investeringer. Telenor mener dette strider mot ekomlovens formål og hensyn til samfunnsøkonomisk effektivitet. I sitt opprinnelige høringssvar redegjorde Telenor for at tilgangsprisen baseres på gjennomsnittspriser i markedet, og en tilgangspris som forutsettes å sikre bruttomargin for alle produkter i markedet, må inneholde både lav fastpris og lave variable priser for å sikre margin i «ytterpunktene» i markedet. Telenor mener at varselet mangler tilstrekkelig begrunnelse for å ilagge krav om positiv bruttomargin, og referer i denne sammenheng til EØS-retten og til forvaltningslovens kapittel V. Telenor mener videre at det ikke er riktig å ekskludere volumrabatter fra bruttomargintest.

Krav om full marginskvistest

Telenor mener det ikke er grunnlag for å pålegge marginskvistester for hvert av segmentene i privat- og bedriftsmarkedet. Hvis en marginskvistest skal pålegges, må den gjennomføres på totalmarkedet. Telenor etterlyser ytterligere klargjøring for å gi bedre forutsigbarhet og fremhever i denne sammenheng manglende beskrivelse av forutsetninger knyttet til i) andre økonomiske analyser, ii) inkludering av nye produkter, iii) avvik på prinsipp om å benytte Telenor kunders bruksmønstre, og iv) eventuelle justeringer utover skala.

Prinsipper for marginskvistest

Telenor er uenig i valg av prinsippet justert EEO og mener dette reduserer investeringsinsentivene til selskapet. Telenor mener at dersom justert EEO likevel legges til grunn, må skala være eneste justering. Eventuelle andre justeringer vil føre til uforutsigbar regulering.

Telenor mener at det er flere uklarheter knyttet til valg av sluttbrukerprodukter, bruksmønstre og abonnementsfordeling som skal inngå i testen. Herunder er det uklart hvilke produkter for mobilt bredbånd som skal inngå i testen, og hvilken metodikk som eventuelt benyttes for utvelgelse. Telenor mener videre at det er uklart hvilke forhold Nkom vil vektlegge når det vurderes om nylig lanserte produkter skal inngå i testen, og også uklart hvilke forhold Nkom vil vektlegge dersom det avvikes fra prinsipp om å benyttes bruksmønsteret til Telenors kunder. Tilsvarende mener Telenor at Nkom ikke angir relevante forhold og vurderingskriterier dersom det avvikes fra prinsipp om å benytte Telenors abonnementsfordeling.

Telenor antar at termineringsinntekter fra meldinger også vil inngå i marginskvistesten.

Når det gjelder kostnader til sluttbrukervirksomhet, rapporteres disse av Telenor i regnskapsmessig skille. Etter Telenors mening må en eventuell justering av kostnadene, i tråd med prinsipp om justert EEO, gjenspeile produktene som inngår i marginskvistesten. Telenor mener for eksempel at kostnader knyttet til M2M-abonnement må elimineres. Telenor mener videre at selskapet ikke har oversikt over eventuell bruk av kostnadsinformasjon fra andre aktører i marginskvismodellen, og at de er avskåret fra muligheten til å sikre positiv margin gitt data fra andre aktører.

Telenor mener at en halvårlig testfrekvens er for byrdefull og mener en årlig frekvens for testene er mer rimelig.

TeliaSonera mener at det ikke er behov for å innføre særskilt prisregulering for tilgangsformene tjenesteleverandør, MVNO og nasjonal gjesting. Selskapet hevder at en streng prisregulering vil kunne ødelegge utviklingen av konkurransen i markedet, herunder låse konkurransen til kun å dreie seg om pris. I tillegg mener selskapet at prisreguleringen er uforholdsmessig byrdefull og uoversiktlig og mener Nkom ikke har vurdert den innbyrdes konsistensen mellom alle testene. Videre hevdes det at varslede marginskvistester kan gi andre resultater enn marginskvistester etter konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. TeliaSonera mener at en eventuell marginskvismodell heller burde være et hjelpemiddel for å kontrollere etterlevelse av pålegget om ikke-diskriminering.

Chili Mobil finner at en prisregulering som krever at Telenor må sannsynliggjøre og dokumentere at en tjenesteleverandør kan ha positiv bruttomargin og at en MVNO skal unngå marginskvis basert på standardavtalene, er nødvendige minimumstiltak for å sikre at prisvilkårene Telenor tilbyr forhindrer ulønnsom drift hos tilgangskjøperne.

Når det gjelder kravet til bruttomargin, må dette formuleres som et krav om positiv bruttomargin og ikke som et «forbud mot negativ bruttomargin». Videre mener selskapet at det må fastsettes et minimumskrav om et bestemt marginnivå (i prosent) som vil gi muligheter til å dekke kostnader i sluttbrugerleddet.

Chili Mobil uttrykker at det er en svakhet å legge til grunn Telenors tall, og stiller i tillegg spørsmål om hvordan rabatterte priser vil hensyntas ved marginberegningene. Chili Mobil mener at alle prismodeller som tilbys som del av tilgangsavtaler, må bestå marginskvistest og bruttomargintest. Videre uttrykker selskapet bekymring for at marginskvis oppdages for sent, og mener at det bør presiseres at Nkom kan foreta marginvurderinger når Nkom mottar kopi av inngåtte avtaler og pålegge endring med umiddelbar virkning.

Konkurransetilsynet bemerker på generelt grunnlag at marginskvistestene i varslet vedtak avviker noe fra vilkårene for å påvise marginskvis i konkurranseretten. Konkurransetilsynet anser likevel at en konkretisering av prisvilkårene for ulike tilgangsformer gjennom forbud mot å sette tilgangskjøperne i marginskvis, med på forhånd fastlagte prinsipper, kan muliggjøre effektiv og forutberegnelig regulering. Konkret bemerker Konkurransetilsynet at Nkom bør vurdere om prisregulering for tjenesteleverandører bør utformes på samme måte som for de øvrige tilgangsformene.

Anonym aktør mener at prisregulering er et egnet virkemiddel og ber om at avkastningskrav inkluderes med formål å avdekke ekskluderende prising.

TDC/Get mener at den varslede reguleringen er balansert og egnet til å sikre bærekraftig konkurranse på kort og lang sikt. Samtidig hevder selskapet at modellen må endres etter nærmere angitte innspill, og at dersom endringene ikke gjennomføres, bør det heller pålegges kostnadsorienterte priser basert på pris-minus for Telenors største bedriftskunder.

Når det gjelder de konkrete endringsforslag til marginskvismodellen, mener TDC/Get at modellen ikke må inneholde inntekter som ikke direkte er knyttet til tilgangsproduktet som selskapet kjøper fra Telenor, da dette kan bidra til å overvurdere lønnsomheten. I tillegg mener TDC/Get at det er naturlig å ta utgangspunkt i de sluttbrugerprisene som Telenor tilbyr sine 10 største kunder. Videre mener TDC/Get at ved ikke å teste storkundesegmentet separat, og ved å legge opp til en samlet vurdering av bedriftsmarkedet, er det en betydelig risiko for at

marginskvistesten ikke fanger opp en betydelig andel av omsetningen i bedriftsmarkedet. TDC/Get mener at testen bør benytte bruksmønster og abonnementsfordeling for en rimelig effektiv MVNO, og ikke basere seg på Telenors egne data. Med hensyn til avkastningskrav, mener TDC/Get at det er uklart om marginskvistesten tar høyde for dette, og ber om at dette inkluderes. For å sikre effektiv håndhevelse, ber TDC/Get videre om at tilsynet påtar seg automatisk å pålegge prisnedsettelse for det tilfelle Telenor ikke består testen.

Nkoms vurdering

ESA har som del av notifiseringsprosessen ment at krav om positiv bruttomargin, for alle produkter i salg for alle tilgangsformer, er unødig byrdefullt. Nkom har tatt ESAs innspill, sammen med øvrige høringsinnspill til etterretning, og pålegger derfor ikke en slik plikt på Telenor.

På grunnlag av ESAs kommentarer, innkomne høringsinnspill og ny vurdering har Nkom kommet til at en effektiv prisregulering av tjenesteleverandørtilgang skal utformes som krav til positiv bruttomargin for hvert av produktene som inngår i de jevnlig marginskvis- og bruttomargintestene. Nkom har vurdert hvorvidt en test for tjenesteleverandørtilgang som krever positiv bruttomargin samlet for hvert av de definerte sluttbrukermarkedene, ville være mindre byrdefullt for Telenor, og samtidig støtte opp om formålet bak reguleringen. Tjenestetilbydere er innrettet mot en mindre del av sluttbrukermarkedet og baserer sin produksjon nesten utelukkende uten egne infrastrukturinvesteringer. Denne typen operatører er derfor i større grad avhengige av å kunne replikere enkeltstående produkter med minimum positiv bruttomargin. Kostnader til sluttbrukervirksomhet forventes å påløpe for enhver tilbyder, og negativ bruttomargin kan dermed være et hinder for alternative tjenestetilbydere til å drive lønnsomt, hvilket kan lede til opprettholdelse av konkurranseproblemene i markedet. Av den grunn mener Nkom at bruttomarginkravet per produkt av de representative produktene er den mest proporsjonale prisreguleringsmekanismen for tjenestetilbydere. Det norske mobilmarkedet preges av vertikal integrasjon, og det er derfor en nær sammenheng mellom tjenestetilbudet i sluttbrukermarkedene og nettverkstilbud i grossistmarkedet. Nkoms regulering legger til rette for konkurranse på tjenestetilbudet på kort sikt, og dette vil tilrettelegge for konkurranse i grossistmarkedet på noe lengre sikt. Påleggene i vedtaket er endret for å reflektere den endelige utformingen av prisreguleringen.

Behovet for regulering og skjerpede virkemidler er dokumentert av markedsanalysen, og effekten av de pålagte virkemidlene er etter Nkoms mening tilstrekkelig belyst. Nkom har gjort enkelte presiseringer i oppdatert vedtak for å tydeliggjøre behovet. Nkom kan ikke se at kravene som oppstilles av forvaltningsloven, ikke er etterlevd i varsel om vedtak.

Når det gjelder Telenors anførsler hva gjelder tilgangspriser tilpasset «ytterpunktene» i markedet, forstår Nkom at Telenor her sikter til segmenter i sluttbrukermarkedene med ulike behov og betalingsvillighet. Nkom mener dette kan løses ved å ha flere tilgangsavtaler eller prisopsjoner, tilpasset behovene til de ulike tilgangsformene. Det fremkommer i vedtaket at krav til positiv bruttomargin kun gjelder for representative produkter som replikeres basert på tjenesteleverandørtilgang.

Når det gjelder Telenors innsigelser vedrørende volumrabatt, er Nkom enig i at dette kan gi et skjevt bilde. Nkom har presisert teksten i prinsipper for marginskvistest slik at det fremgår at volumrabatter inngår i alle tester.

Vedrørende segmentinndeling av marginskvistestene, mener Nkom at det er forholdsmessig å teste privat- og bedriftsmarkedene separat for MVNO-tilgang. Dette underbygges av den oppdaterte markedsanalysen, der Nkom har konkludert med at privatmarkedene og bedriftsmarkedene er separate sluttbrukermarkeder, både for telefonikoblede mobiltjenester og

mobilt bredbånd. Regnskapsmessig skille er en test av totalmarkedet, og en marginskvistest for et samlet totalmarked ville etter Nkoms oppfatning ikke bidra til å oppnå et mer nyansert bilde av konkurransesituasjonen. Nasjonal gjesting testes imidlertid samlet for privat og bedriftsmarkedene, da kjøpere på denne tilgangsformen forventes å være tilstede i de fleste sluttbrukermarkedene.

Telenor ønsker ytterligere klargjøring av prinsipper for marginskvistest og fremhever behov for regulatorisk forutsigbarhet. Nkom mener i den forbindelse at prinsippene allerede er utformet på en måte som gir tilstrekkelig veiledning, tatt i betraktning at virkemidlene skal være tilstrekkelig robuste til å håndtere dynamikken og utviklingene i markedet, både hva gjelder sluttbrukerprodukter og bruksmønster. Ett av formålene med marginskvistesten er at den skal gi et bilde av den aktuelle konkurransesituasjonen, og da er det en forutsetning at verdiene som inngår i beregningene, representerer nåsituasjonen. Dette er forhold Nkom vil vektlegge ved vurdering av hvilke produkter og hvilket bruksmønster som skal inngå i testen, og også ved vurdering av behov for andre økonomiske analyser som kan supplere helhetsbildet.

Nkom har kommet til at bruk av justert EEO er et forholdsmessig prinsipp som i hovedsak innebærer justering av Telenors data grunnet skala. Justeringen kan også innebære en tilpasning av kostnadsstrukturer som følger naturlig av forskjeller i skala, herunder fordeling av faste og variable kostnader til sluttbrukervirksomhet. Nkom mener at en slik innretning er nødvendig for at marginskvistestene skal reflektere lønnsomheten til en tilbyder med betraktelig lavere markedsandel enn Telenor. For øvrig er Nkom tvilende til at prinsipp om justert EEO i betydelig grad reduserer Telenors investeringsinsentiver.

På bakgrunn av Telenors kommentarer om behov for ytterligere klargjøring av produktutvelgelse har Nkom justert teksten i vedtaket og i prinsippene for marginskvistest. Det presiseres at representative produkter velges ut fra Telenors abonnementsfordeling, basert på data inntil 12 måneder tilbake i tid, ikke begrenset til produkter som er gjenstand for nysalg. Relativ vekt baseres på abonnementsfordelingen som ligger nær opp til tidspunktet for testen. Produktene for mobilt bredbånd som skal inngå i marginskvistestene, velges ut etter prinsipper som følger i prinsippdokumentet kapittel 3.2.

Nkom bekrefter at termineringsinntekter fra meldinger inngår i marginskvistesten.

Når det gjelder Telenors anførsler om sluttbrukerkostnader knyttet til M2M, utgjør disse etter Nkoms oppfatning en liten andel som ikke har innflytelse på marginberegningene, og det er derfor ikke forholdsmessig å isolere disse. Det kan heller ikke utelukkes at også kjøper av tilgang tilbyr M2M-produkter, og at det inngår som en integrert del av sluttbrukervirksomheten.

Telenor anfører at de er avskåret fra muligheten til å sikre positiv margin dersom marginskvistesten benytter data fra andre aktører. Nkom viser til at det i enkelte tilfeller kan være utfordrende å fremskaffe data fra Telenor, og i andre tilfeller vil Telenors data være irrelevante for forutsetninger om markedsandel som inngår i marginskvistesten. Det vil i slike tilfeller være behov for å nytte andre kilder enn Telenors regnskaper for å fastsette realistiske kostnader i testen.

Nkom er ikke enig med Telenor at en halvårlig frekvens er uforholdsmessig byrdefull. Markedet kan endres betydelig i løpet av et år, og marginskvistester hvert halvår er etter Nkoms mening nødvendig dersom prisreguleringene skal kunne håndheves på en effektiv måte.

Når det gjelder TeliaSoneras innsigelser, fastholder Nkom vurderingen av behov for prisregulering slik det begrunnes i varsel om vedtak, og ser ikke at den reelle utviklingen av nettutbredelse og sluttbrukerprodukter tilsier at konkurransen kun vil dreie seg om pris.

Nkom er ikke enig med TeliaSonera i at innbyrdes konsistens mellom testene ikke er vurdert. Nkom har imidlertid tatt ESAs anmodninger om ikke å pålegge krav til positiv bruttomargin for alle produkter i salg til følge, slik at denne delen av varslede plikter bortfaller. Etter Nkoms syn utfyller testene hverandre og er nødvendige for at formålet om å sikre at tilgangskjøpere skal kunne være konkurransedyktige i ulike deler av sluttbrukermarkedet, skal oppfylles.

Når det gjelder henvisningen til at marginskvistestene vil kunne gi andre resultater enn under den alminnelige konkurranseretten, viser Nkom til Konkurransetilsynets høringssvar hvor tilsynet også uttaler at marginskvistestene som Nkom varslet, avviker noe fra vilkårene for å påvise marginskvis i konkurranseretten. Konkurransetilsynet anser likevel at forbud mot å sette tilgangskjøpere i marginskvis kan muliggjøre effektiv og forutberegnelig regulering innenfor det relevante tidsperspektivet. Nkom kan ikke se at marginskvistestene ikke skulle være forholdsmessige og ser ikke grunn til å gå ytterligere inn på TeliaSoneras påstand. Nkom bemerker for øvrig at Konkurransetilsynet ba Nkom vurdere hvorvidt marginskvistesten også burde gjelde for tjenesteleverandørtilgang.

Med hensyn til Chili Mobils forslag om å formulere et krav om positiv bruttomargin, mener Nkom at en slik formulering for alle praktiske formål ikke innebærer en forskjell fra «forbud mot negativ bruttomargin»¹⁴. For å unngå uklarhet, benytter Nkom utelukkende formuleringen «krav om positiv bruttomargin» i vedtaket. Nkom har videre vurdert at det ikke er forholdsmessig å sette et konkret minimumskrav til størrelsen på margin utover at den må være positiv. De enkelte produktene forventes å ha ulike driftsmarginer, og tilbyderne har best utgangspunkt for å vurdere hvilke prisplaner som skal rettes mot ulike kundegrupper for å maksimere total profitt.

Når det gjelder rabatter på sluttbrukerpris, inngår informasjon om reelle rabatter i sluttbrukermarkedene som del av informasjonsinnhenting fra Telenor i forkant av hver marginskvistest. Denne informasjonen vil benyttes i beregningene.

Nkom kan ikke se at Chili Mobil har begrunnet hvorfor det innebærer en svakhet å benytte Telenors tall. Nkom legger til grunn at kvaliteten på data fra Telenor og andre aktører som benyttes for marginberegninger, er tilpasset formålet. Det er i denne sammenheng relevant å vise til at Telenor over flere år har levert omfattende regnskapsinformasjon for å etterleve regulatoriske plikter.

Til Chili Mobils anførsler om at alle tilgangsavtaler må bestå testen, er Nkom av den oppfatning at markedsmessige forhold kan avgjøre innretning på tilgangsavtaler, for eksempel tilgangsavtaler som er skreddersydd for nisjer av markedet. Nkom mener at det er forholdsmessig om en av tilgangsavtalene for hver tilgangsform passerer marginskvistesten¹⁵. Nkom mener videre at varslet vedtak allerede tar høyde for en viss fleksibilitet med hensyn til at uforutsette hendelser kan medføre behov for å vurdere etterlevelse av prisforpliktelsene, også utover de angitte halvårige testene. Som et klart utgangspunkt mener imidlertid Nkom at det er tilstrekkelig å foreta de varslede halvårige testene, både med hensyn til å avdekke eventuelle prisklemmer i tide og med hensyn til aktørenes forutsigbarhet og myndighetenes oppfølging.

¹⁴ Begrepene «forbud mot negativ margin» og «krav til positiv margin» ble benyttet i varselet uten at det var tillagt meningsforskjeller.

¹⁵ Ved halvårlig gjennomføring av marginskvistest for tilgangsformene nasjonal gjesting og MVNO, samt bruttomargintest for tjenesteleverandør, skal Telenors standardavtale med variable priser bestå testen. .

Nkom har vurdert innspill fra Konkurransetilsynet knyttet til prisregulering av tjenesteleverandører. Nkom mener at det per nå er tilstrekkelig å avgrense pliktene til at tilgangsavtaler for tjenesteleverandører skal vise positiv bruttomargin. Nkom har imidlertid presisert beskrivelsen av den halvårlige testen for tjenesteleverandører for å presisere at krav til positiv bruttomargin settes til de utvalgte representative produktene. Nevnte produktutvalg inngår samtidig i test for MVNO og nasjonal gjesting. Tjenesteleverandørers kostnadsstrukturer og tjenestesammensetning vil variere avhengig av hvilken forretningsmodell de enkelte tjenesteleverandører velger. Forretningsmodellen er også ulik den som normalt er representativ for en justert EEO. Nkom mener derfor at bruttomarginkravet både er forholdsmessig, gitt konkurranseproblemene, og tilpasset for denne tilgangsformen.

Til kommentarer fra Anonym aktør og TDC/Get om avkastningskrav viser Nkom til at det i marginskvistesten inngår kapitalkostnader, og avkastningskrav på investert kapital er i så måte allerede hensyntatt.

TDC har videre en rekke konkrete endringsforslag som etter Nkoms oppfatning er begrunnet ut fra TDCs egne erfaringer og har til hensikt å bøte på de utfordringene TDC selv opplever i markedet. Nkom har forståelse for disse innspillene, men viser til at forholdsmessighetsvurderingene har ledet til at marginskvistesten utformes på bakgrunn av prinsipp om justert EEO (ikke REO), og er ikke egnet til å ta inn over seg TDCs selskapsesifikke hensyn. Når det gjelder TDCs anførsler om manglende testing av storkundesegmentet separat, mener Nkom at de ulike testene som inkluderer bedriftsmarkedene er tilstrekkelig for å avdekke eventuelle brudd på prisreguleringen..

Hverken i TDCs kommentarer eller i øvrige høringsinnspill fremkommer det informasjon som skulle kunne begrunne en pris-minus regulering. Nkom fastholder derfor varslet prisregulering med de mindre justeringer som fremkommer her.

Nkom har justert vedtaket og prinsipper for marginskvistest på grunnlag av ovenstående vurderinger.

6.6.2 Høringsinnspill vedrørende prisregulering for samlokalisering

Gitt at Nkom viderefører kravet om kostnadsorienterte priser for samlokalisering, er **Telenor** enig i Nkoms vurdering av at kostnadsorienterte priser må gjelde samlet for alle Telenors basestasjoner, og ikke per basestasjon.

Angående kostnadsregnskap sier Telenor at de kan fremskaffe dette på forholdsvis kort tid for basestasjoner som eies av Telenor Norge AS. For basestasjoner eiet av Norkring AS, vil det imidlertid ikke foreligge et eksisterende kostnadsregnskap som grunnlag for å utarbeide et fullstendig kostnadsregnskap til Nkom for alle basestasjonene. En forespørsel om kostnadsregnskap må derfor gi tidsmessig rom for å fremskaffe nødvendige data.

Telenor er enig i Nkoms vurderinger rundt anleggsbidrag ved kapasitetsutvidelser, og at kjøpere av samlokalisering må betale leie for innplassering i et anlegg som de også har betalt anleggstilskudd for, ettersom leieprisen er basert på gjennomsnittskostnader.

TeliaSonera ønsker å fremheve presiseringen vedrørende anleggsbidrag ved kapasitetsutvidelser i tilknytning til samlokalisering. Det er prinsipielt viktig at det er den som har behov for kapasitetsøkningen som dekker omkostningene som påløper i forbindelse med kapasitetsutvidelsen. Dette må ikke skje ved en generell økning av leien for samtlige leietakere.

ICE mener det bør fremkomme av endelig vedtak at tilgangskjøper ikke plikter å dekke mer enn en pro rata andel av kostnaden ved kapasitetsutvidelse, dvs. tilgangskjøpers behov delt på samlet kapasitetsutvidelse.

Nkoms vurdering

Nkom legger til grunn at kostnadsregnskapet for samlokalisering også må omfatte innplasseringer hos Norkring, men tar til etterretning at til vil ta noe tid for Telenor å fremskaffe det totale kostnadsregnskapet første gang

Når det gjelder kapasitetsutvidelser, la Nkom i varselet til grunn at det er den eller de som anmoder om eventuell kapasitetsutvidelse, som må dekke kostnadene for dette ved et anleggsbidrag. Dette innebærer i prinsippet at den eller de som anmoder om kapasitetsutvidelse, må dekke alle kostnadene, selv om kapasitetsutvidelsen skulle innebære at det også blir noe ledig kapasitet som følge av tiltaket. Slik Nkom ser det, ville det ikke vært rimelig å pålegge Telenor eller andre å ta kostnaden for eventuell ledig kapasitet som måtte oppstå som følge av tiltaket som de selv i utgangspunktet ikke hadde behov for. Her må det imidlertid føyes til at Telenor som utgangspunkt alltid skal velge å gjennomføre det enkleste og rimeligste tiltaket som kan frigjøre plass. Det kan for eksempel være å fjerne utstyr som ikke er i bruk eller flytte utstyr for å gi plass til flere kabinett. Mer krevende tiltak, som for eksempel mastebytte, skal det sterkere grunner til for at Telenor kan pålegges å gjennomføre, og det må dermed antas å være mer sjeldent at en aktør må bekoste et slikt tiltak. I så fall vil det være opp til anmoder å vurdere alternative løsninger.

Nkom har i vedtaket presisert at kostnadsregnskapet også skal omfatte basestasjoner eid av Norkring AS. Utover dette er det etter Nkoms syn ikke mottatt høringsinnspill som innebærer behov for vesentlige endringer når det gjelder prisregulering i tilknytning til samlokalisering.

7 Rapport fra Espen R. Moen og Christian Riis

Høringsinnspill

Espen R. Moen og Christian Riis fra Oeconomica DA har på oppdrag fra Telenor skrevet en vurdering av Nkoms markedsanalyse og varsel om vedtak. De oppsummerer i rapporten sine kommentarer til varsel om vedtak som følger:

1. Ex ante regulering er generelt beheftet med betydelige kostnader. Konkurransproblemet må derfor være identifisert og tilstrekkelig tungtveiende til at reguleringen kan forsvares. En slik analyse gis ikke.
2. Nkom innfører reguleringsprinsipper som eksplisitt har til hensikt å gi rom for at mindre effektive aktører kan overleve i markedet. Det kan påføre samfunnet effektivitetstap.
3. Varselet analyserer i for liten grad hvordan forslagene til regulering vil påvirke konkurransen mellom nettverkene. De frykter at forslagene kan begrense mulighetsrommet for et tredje nettverk.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig i at konkurranseproblemer innenfor marked 15 ikke er identifisert. Moen og Riis hevder i rapporten at Nkom ikke underbygger konklusjonen om at tilgangsnektelse, eller adferd som kan sidestilles med tilgangsnektelse, er kjerneproblemet i markedet. Moen og Riis

viser til at monopolister i mange tilfeller vil ha insentiver til å «outsource» nedstrømsaktiviteter hvis det er mer effektive tjenesteleverandører i markedet.

Nkom har beskrevet konkurranseproblemene både i varselet kapittel 5, samt kapittel 5.11 i markedsanalysen om kjøpermakt. Nkom begrunner sin vurdering i begge dokumenter med at Telenor har insentiver til i større grad å ivareta og skaffe seg konkurransemessige fordeler i sluttbrukermarkedene fremfor å selge grossisttilgang. Telenor har en vesentlig større del av sine inntekter fra salg til sluttbrukere enn fra grossistsalg. Etersom Telenor er bredt til stede i ulike sluttbrukermarkeder (bedrift, privat, M2M), vil tilgang for eksterne aktører i de fleste tilfeller innebære direkte konkurranse til egen sluttbrukervirksomhet. Nkom mener på dette grunnlag at Telenor vil ha insentiver til å prioritere sluttbrukermarkedene. I tillegg til inntekter direkte fra salg av abonnement til egne mobilkunder, vil selskapet kunne selge inn tilleggsprodukter til sine kunder fra andre deler av Telenors produktportefølje (Canal Digital, Wimp etc). Nkom kan dermed i praksis ikke se at Telenor har tilstrekkelig egeninteresse i å «outsource» nedstrømsaktiviteter, slik Moen og Riis skriver.

Videre har Nkom i markedsanalysen kapittel 4.3.7 om markedsadferd beskrevet flere klagesaker som har vært behandlet av Nkom og av SD innenfor gjeldende reguleringsperiode. Klagesakene viser at Telenor ikke har vært disiplinert av andre aktører i en grad som har forhindret dem fra å utnytte sin markedsposisjon. Det vises blant annet til klagesak om samlokalisering og diskriminering på pris og kvalitet. Nkom mener disse sakene underbygger at det er konkurranseproblemer i markedet og at det er behov for regulering.

Moen og Riis anfører at reguleringen gir rom for at mindre effektive aktører vil kunne overleve i markedet. Nkoms vurdering er at det i en periode frem til det er tilstrekkelig konkurranse om å tilby tilgang til nett, er behov for å tilrettelegge for eksterne tilgangskjøpere. Dette inkluderer også tilgangskjøpere som ikke bygger nett. Nkom er ikke uenig i at det er mangel på konkurranse horisontalt (på nettverksnivå) som utgjør kjerneproblemet i markedet. Virkemidler etter reguleringsprinsipp 3 er dermed styrende for Nkom. I påvente av infrastrukturbasert konkurranse er det imidlertid behov for også å stimulere til tjenestekonkurranse. Bakgrunnen for dette er at slike tilbydere bidrar til et mangfoldig produktmarked for sluttbrukere, samt at de på sikt kan være viktige grossistkunder for det tredje nettverket.

Videre vil den dominerende aktøren ha bredde- og skalafordeler som andre aktører ikke kan nyte godt av i samme grad. De regulatoriske virkemidlene som pålegges skal innrettes slik at alternative aktører som er effektive i sin drift, kan konkurrere på like vilkår. I et rent statisk perspektiv er det naturlig at den dominerende aktøren har bredde- og skalafordeler som gjør at aktøren kan opptre mer effektivt enn andre mindre aktører. Ex-ante reguleringen bygger imidlertid på teorien om at dynamiske effektivitetsgevinster vil oppveie for eventuelle kortsiktige effektivitetstap.

I denne sammenheng er det også nødvendig å se nærmere hen til hvordan tilgangsreguleringen er utformet. Nkom mener at den varslede reguleringen, herunder prisreguleringen, utgjør et sikkerhetsnett for tilgangskjøpere, og at den ikke tilrettelegger for ineffektiv etablering. Krav til positiv bruttomargin for tjenesteleverandører oppstiller et krav som i praksis innebærer at tilgangskjøpere sikres inntekter som dekker kostnader for kjøp av nettilgang. Kostnader i sluttbrukermarkedene (markedsføring, fakturering, etc.) må deretter dekkes gjennom prisingen av produkter i konkurranse med Telenor. For MVNO-tilgang innebærer kravet til positiv margin at aktørene i tillegg skal ha sikkerhet for å få dekket kostnader i sluttbrukermarkedene etter prinsipp om justert EEO. Dette innebærer at reguleringen, som skal legge til rette for bærekraftig konkurranse, aksepterer at andre aktører ikke har samme bredde- og skalafordeler som den dominerende aktøren. En slik innretning korresponderer med forutsetninger om dynamisk effektivitet.

Moen og Riis er videre bekymret for mulighetsrommet for det tredje nettverket og skriver blant annet: «*En regulering som medfører lavere tilgangspriser til Telenors nett, vil gi en svært uheldig svekkelse av ICE' konkurransemuligheter i grossistmarkedet.*» Nkom er ikke uenig med Moen og Riis i at grossistkunder vil kunne være viktige for å oppnå trafikkvolum i det tredje nettet. Det synes imidlertid som om argumentasjonen er basert på en forutsetning om at ICE umiddelbart er i stand til å tilby et konkurransedyktig tilgangsprodukt. Nkoms erfaring fra Tele2 sin nettutbygging er imidlertid at for å kunne tilby attraktive grossistprodukter, må nettet ha forholdsvis god egen dekning¹⁶ og en stor andel trafikk i eget nett. ICE hadde ved inngangen til 2016 40 prosent befolkningsdekning via 800 MHz-båndet, men all trafikk knyttet til tradisjonelle mobilabonnement er basert på tilgang til TeliaSoneras nett. Basert på Nkoms erfaring, vurdering av ICE sine tilgangsvilkår og innspill fra tilgangskjøpere, er det for tidlig å legge til grunn at ICE allerede nå kan tilby attraktiv grossisttilgang. Nkom mener derfor det er formålstjenlig å legge til rette for at grossistkunder sikres tilgang til Telenors nett, frem til det er klare tegn på konkurranse mellom tre nett om å tilby tilgang.

Videre mener Nkom at den varslede tilgangsreguleringen ikke fjerner mulighetsrommet for andre aktører til å tilby attraktive tilgangsvilkår. Den varslede reguleringen utgjør som nevnt ovenfor kun et sikkerhetsnett for tilgangskjøpere. Mulighetsrommet er til stede ved å tilby priser på et nivå mellom Telenors regulerte priser og pris basert på egne kostnader, samt konkurrere på andre vilkår enn pris.

Nkom har justert og i noen tilfeller utdypet teksten i analysen på grunnlag av anførselene fra Moen og Riis.

8 Krav til rimelig etableringspris

I etterkant av at varsel om vedtak var på høring har Nkom vurdert behovet for å stille krav til Telenors etableringspris for tilgangsavtaler. Telenor vil som dominerende aktør kunne ha insentiver til å forhindre etablering ved å øke etableringskostnaden for nye aktører. Ettersom både krav til prisstruktur og pris for øvrig strammes inn i dette vedtaket, herunder forbud om marginskvis etter ekomloven § 4-9, aktualiseres behovet for å stille krav til etableringsprisen for å unngå konkurranseskadelig rebalansering av priser.

Nkom anerkjenner at det er visse kostnader forbundet med å tilrettelegge for aktører som ønsker tilgang til Telenors nett, herunder tekniske tilpasninger, testing etc. Nkom mener imidlertid at prisen for etablering som tilgangskjøper hos Telenor må være rimelig, slik at den ikke utgjør et ubegrunnet hinder for etablering.

Nkom har på dette grunnlag inkludert et krav om rimelig etableringspris i vedtakets kapittel 7.5.6. Kravet er nærmere presisert i vedtaket.

¹⁶ Nkom har tidligere anslått at et nett minimum må ha 75 prosent befolkningsdekning for å kunne konkurrere effektivt med etablerte netteiere, se vedlegg 1 (markedsanalysen kapittel 4.3.8.1).