



Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8112 Dep
0030 OSLO

Vår ref.:1804194-116 - 419
Vår dato: 1.9.2020

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: MMA, FSR, OSU, IMA, MAV, ABH

Delvis unntatt offentlighet iht
Offl § 13, jf Fvl § 13. 1 ledd nr 2

Oversendelse av Telenors klage på Nkoms vedtak i tidligere marked 15

Vedlagt oversendes klage fra Telenor Norge AS (Telenor) datert 11. juni 2020. Klagen gjelder Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 14. mai 2020 om utpeking av Telenor ASA som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (heretter kalt markedet for tilgang og originering i mobilnett), tidligere marked 15. Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29.

1. Bakgrunn

I medhold av ekomloven §§ 3-2 og 3-3 er Nkom pålagt å analysere de ulike markedene for elektronisk kommunikasjon og identifisere eventuelle tilbydere med sterk markedsstilling. Dersom det utpekes én eller flere tilbydere med sterk markedsstilling, skal det pålegges minst én særskilt forpliktelse utover de generelle forpliktelser som følger av ekomloven med forskrifter.

Markedet for tilgang og originering i mobilnett har vært ute av EFTAs overvåkingsorgans (ESA) anbefaling over relevante markeder siden ESA reviderte sin anbefaling 5. november 2008. Nkom har i tråd med anbefalingen avsnitt 2 vurdert om markedet under norske forhold fremdeles kvalifiserer for sektorspesifikk ex-ante regulering.

Nkom varslet 31. mai 2019 vedtak om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang og originering i mobilnett. I analysen av markedet (vedlegg til varselet) konkluderte Nkom med at markedet fortsatt oppfyller de tre



kriteriene for ex-ante regulering, og at Telenor har sterk markedsstilling. Nkom varslet flere særskilte forpliktelser for Telenor for å bøte på identifiserte konkurranseproblemer.

Vedlegg 1: Varsel om vedtak med vedlegg 31. mai 2019. (I det følgende omtalt som varselet.)

Nkom mottok høringssvar fra Atea AS (Atea), eRate Norway AS (eRate), Fjordkraft AS (Fjordkraft), Happybytes AS (Happybytes), Ice Communication Norge AS (Ice), Konkurransetilsynet, Phonect AS (Phonect), Saga Mobil AS (Saga Mobil), Telenor og Telia Norge AS (Telia).

Nkom inviterte aktørene til å kommentere de mottatte høringssvarene innen 12. august 2019. Nkom mottok kommentarer fra Atea, eRate, Fjordkraft, Ice, Phonect og Telenor.

Nkom gjennomførte i perioden 13. august til 11. september 2019 en separat høring av marginskvismodellen og de operasjonelle prinsippene for modellen. Nkom mottok høringssvar fra eRate, Fjordkraft, Phonect, Saga Mobil og Telenor.

I etterkant av høringene mottok Nkom ytterligere tre innspill til prisregulering:

- Rapporten «Quantifying uncertainty in the Nkom margin squeeze model», utarbeidet av Oslo Economics på oppdrag fra Telenor, 7. oktober 2019
- Tilleggs kommentarer til prisregulering fra Ice, 25. oktober 2019
- Kommentarer fra Telenor til tilleggs kommentarer fra Ice, 19. november 2019

Vedlegg 2: Høringssvar til varsel om vedtak, kommentarer til disse og andre innspill i etterkant av høringen.

På bakgrunn av varselet og de mottatte kommentarene utarbeidet Nkom utkast til vedtak som utpekte Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og påla særskilte forpliktelser. Dokumentene ble publisert på Nkoms hjemmeside 13. desember 2019.

Vedlegg 3: Utkast til vedtak 13. desember med tilhørende vedlegg.

Telenor anmodet i brev 19. desember 2019 om at Nkom skulle gjennomføre en ny høring av deler av vedtaket. Nkom etterkom delvis Telenors anmodning og inviterte berørte parter til å inngi skriftlig tilbakemelding på den foreslåtte utformingen av prisreguleringen samt foreslått krav til prisstruktur.

Nkom mottok høringssvar fra Atea, eRate, Fjordkraft, Hudya Data og Tele AS (Hudya), Ice, Konkurransetilsynet, Phonect, Saga Mobil, Telenor og Telia. Nkom inviterte deretter aktørene til å kommentere på høringssvarene. Nkom mottok kommentarer til høringssvarene fra Atea, eRate, Fjordkraft, Ice, Saga Mobil, Telenor og Telia.

Vedlegg 4: Høringssvar til utkast til vedtak 13. desember 2019 og kommentarer til disse.

Nytt utkast til vedtak ble oversatt til engelsk og notifisert ESA 26. mars 2020, jf. ekomloven § 9-3. Utkastet til vedtak ble samtidig lagt ut på Nkoms hjemmeside.

Vedlegg 5: Oversendelsesbrev til ESA, samt utkast til vedtak med tilhørende vedlegg 26. mars 2020 (norsk versjon av vedtak samt aktuelle vedlegg).

ESA ba Nkom om mer informasjon i tilknytning til notifiseringen i brev 3. april 2020. Nkom besvarte forespørselen 8. april 2020.

Vedlegg 6: ESAs forespørsel om mer informasjon 3. april 2020.

Vedlegg 7: Nkoms svar på forespørsel om mer informasjon 8. april 2020.

Nkom mottok ESAs kommentarer til markedsanalyse og foreslått virkemiddelbruk i brev 23. april 2020.

Vedlegg 8: ESAs kommentarer 23. april 2020 til Nkoms utkast til vedtak.

Med hjemmel i ekomloven § 3-3 og på bakgrunn av markedsanalysene, varsel om vedtak, utkast til vedtak og kommentarer fra aktørene og fra ESA, fattet Nkom 14. mai 2020 vedtak om at Telenor har sterk markedsstilling i markedet for tilgang og originering i mobilnett. Telenor ble pålagt særskilte forpliktelser med hjemmel i ekomloven § 3-4 jf. kapittel 4.

Vedlegg 9: Nkoms vedtak 14. mai 2020 med vedlegg (i det følgende omtalt som vedtaket)

Telenor ba Kommunal og moderniseringsdepartementet i brev 29. mai 2020 om utsatt iverksettelse av kravet til bulkpris. Departementet besluttet å gi utsatt iverksettelse av kravet til bulkpris for MVNO- og tjenesteleverandørtilgang, blant annet etter tilrådning fra Nkom.

Vedtaket ble pålagt av eRate, Fjordkraft, Ice og Telenor.

- Vedlegg 10: eRates klage 11. juni 2020, samt tillegg til klagen 25. juni 2020
- Vedlegg 11: Fjordkrafts klage 11. juni 2020, samt tillegg til klagen 23. juni 2020
- Vedlegg 12: Ice' klage 11. juni 2020
- Vedlegg 13: Telenors klage 11. juni 2020, samt tillegg til klagen 13. juli 2020

I henhold til forvaltningsloven § 33 jf. kapittel IV og V samt Samferdselsdepartementets "Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Nkom etter ekomloven" nr. 2 og 3 ble berørte tilbydere varslet om de mottatte klagen på vedtaket. Klagen ble også lagt ut på Nkoms hjemmeside 12. juni 2020. Partene fikk 3 ukers frist til å kommentere klagen.

Nkom har ved fristens utløp mottatt kommentarer til klagen fra eRate, Telenor og Telia.

- Vedlegg 14: Kommentarer til klagen

2. Telenors klage

2.1. Innledning

Telenor anfører prinsipielt at konkurransen i mobilmarkedet er sterk og at forutsetningene for reguleringen ikke er oppfylt. Telenor viser til at utfyllende kommentarer er gitt til varsel om vedtak, og disse er vedlagt klagen. Telenor mener videre at forpliktelsene, hver for seg og samlet, går lenger enn det er adgang til etter ekomregelverket, sett hen til den sterke konkurransen og at de ikke er egnet til å oppnå formålet med reguleringen. Konkret mener Telenor at departementet må fjerne eller lempe forpliktelsene som har til hensikt å fremme reguleringsprinsipp 2 (tjenestekonkurranse), i den grad dette motvirker prinsipp 3 (infrastrukturbasert konkurranse).

eRate skriver i sine kommentarer til Telenors klage at det ikke er bærekraftig konkurranse i markedet og at et tredje mobilnett heller ikke vil skape nødvendig konkurranse for tilgangskjøpere i kommende reguleringsperiode. Dersom Telenors nye standardvilkår blir stående, vil det resultere i mindre konkurranse og økte priser for sluttbrukere. Nkom eller departementet må gripe inn og stanse Telenors forsøk på å skvise ut tjenesteleverandører og MVNOer.

Nkoms vurdering

Når det gjelder vurderingen av konkurransesituasjonen i markedet, viser Nkom til markedsanalysen og oppsummeringen av hørings svar i vedlegg til vedtaket. Telenor har ikke nye konkrete anførsler til analysen, og Nkom ser ikke behov for å kommentere tidligere anførsler på nytt.

Telenors implementering av nye vilkår i standardavtalene vil i all hovedsak bli vurdert i egne prosesser og er således ikke gjenstand for klagebehandling. På bakgrunn av Telenors oppdatering av standardavtalene har Nkom imidlertid sett behov for å presisere deler av vedtaket i tilknytning til krav om ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter. Det vises til Nkoms endringsvedtak 1. september 2020.

Nkom oppsummerer nedenfor hovedpunktene i Telenors klage, tillegget til klagen og kommentarene til klagen fra eRate og Telia, og gir sin vurdering av hvert punkt.

2.2. Krav om bulkpris

Grunnlag

Telenor påklager kravet til bulkpris og mener pålegget, slik det er innrettet i vedtaket, er ugyldig. Begrunnelsen for dette er at berørte parter ikke er gitt anledning til å uttale seg om pålegget slik det er utformet i vedtaket, det bygger på feil faktum, er ikke egnet til å oppnå det formålet forpliktelsen er ment å ivareta og medfører urimelige og uforholdsmessige effekter på netteieres insentiver til å investere i nett. Subsidiært ber Telenor departementet omgjøre innretningen på forpliktelsen til å tilby bulkpris, slik at den er egnet for å tilby store datapakker og ikke får de effekter på investeringsinsentivene som nå foreligger.

Telenor hevder at kravet om bulkpris for alle tilgangskjøpere vil føre til en prisforpliktelse som vil gi MVNOer og tjenesteleverandører, ved å kombinere bulkpris og variabel datapris, en tilgangskost som ligger under den lineære dataprisen for nasjonal gjesting, høyere tilgangspriser enn dagens standardavtale ved større datapakker, samt at effekten vil være den samme for tilbud til lavvolumkunder som forslaget til lineær variabel pris i utkastet til vedtak av desember 2019. Dette kravet ble fjernet av Nkom for MVNO og tjenesteleverandør i endelig vedtak.

Telenor viser til at fotnote 66, som tilsier at gjennomsnittspris i bulkavtalen skal maksimalt være den lineære prisen for tilgang som følger av standardavtalen, vil gjøre at MVNOer og tjenesteleverandører ved å benytte en kombinasjon av bulkpris og variable datapriser vil oppnå en tilgangskost for data som ligger under den lineære dataprisen for nasjonal gjester. Telenor mener utkast til vedtak (uten fotnote 66) måtte forstås slik at beregningen av bulkprisen

måtte ta utgangspunkt i tilgangskjøpers alternative variable pris, eventuelt for den delen av kundemassen som skulle omfattes av bulkpris.

Telenor utdyper at bulkprising ikke vil gi insentiver til å tilby større datapakker til sluttkundene, da gjennomsnittsprisen vil være høyere med bulk og dermed ha motsatt effekt av hva Nkom legger til grunn. Det må derfor forventes at tilgangskjøpere tilpasser seg Nkoms vedtak ved å benytte bulkkjøp for kunder med lavt volum og variabel pris for kunder med høyere forbruk. Tilgangskjøpere vil dermed oppnå en lavere datapris enn nasjonal gjester, som vil ha en lineær variabel datapris på nivå med bulkprisen uavhengig av dataforbruket per kunde.

Videre påpeker Telenor at kravet om bulkpris vil medføre en dramatisk reduksjon i tilgangsprisen for data for [redacted], som vil kunne resultere i prisreduksjon i [redacted] i sluttbrukermarkedet og dermed kunne redusere Ice sin lønnsomhet betydelig. På denne måten vil ifølge Telenor kravet til bulkpris motvirke insentivene for å bygge ut et tredje landsdekkende nett.

eRate anfører i sin klage at bulkpriser er noe av det viktigste i den nye reguleringen. Lineære priser er forbeholdt nasjonal gjesting, mens tjenesteleverandører og MVNOer må forholde seg til dagens prismodell som innebærer en «skjult fastavgift». Bulkpriser vil gi tjenesteleverandører og MVNO'er større fleksibilitet til å utforme egne verdiforslag og kunne sette sine egne prismodeller for data, og ikke bli diktert av Telenor til hvordan de ønsker dette markedet skal utvikle seg for å opprettholde høye priser og høy margin. Dette gjør det mulig for tjenesteleverandører og MVNO å kunne konkurrere på likere vilkår enn hva som er mulig med dagens regulering. Uten bulkpris er denne reguleringen med på å svekke konkurransekraften fra tjenesteleverandørene og konsentrere konkurransen til å stå mellom netteierne (Telenor, Telia og Ice), noe som ikke vil komme sluttbrukerne til gode.

Det er naturlig at bulken skal tilbys til en lavere tilgangspris enn variabel pris som følger standardavtalen, på lik linje med at den skal kunne benyttes på deler av kundemassen.

eRate mener forslaget til Telenor vedrørende bulkpris må forkastes. For at bulkpris skal gi fleksibilitet til å utforme egne verdiforslag, må tjenesteleverandør eller MVNO selv avgjøre hvordan mengden med data skal benyttes overfor egen kundemasse. Det ligger en risiko for tjenestetilbyder å kjøpe en stor mengde data.

eRate mener bulkpris må iverksettes uten forsinkelse. En utsettelse vil bety at reguleringen blir betydelig mildere enn den eksisterende og vil hemme konkurransen betydelig.

Fjordkraft anfører i sin klage at introduksjon av bulkpris som prismodell for deler av kundeporteføljen er kritisk viktig for at tilgangskjøperne skal kunne konkurrere på like vilkår som netteierne. Fjordkraft er bekymret for at Telenor vinner frem med sin klage på krav om å tilby bulkpris, og mener departementets beslutning om å gi Telenor utsatt iverksettelse av bulkprising gjør det nødvendig med en hurtig klagebehandlingsprosess. Dersom målet med reguleringen fortsatt skal være reell konkurranse, høyere innovasjonstakt og normalisering av prisnivå til kundene i forhold til sammenlignbare land, mener Fjordkraft at departementet må avvise Telenors klage på bulkprising til tjenesteleverandører og MVNOer.

Ice støtter Telenors krav om utsatt iverksettelse av kravet til bulkpris i sin klage og mener det er behov for nærmere evaluering av denne delen av reguleringen. Ice viser til at det i vedtaket kun er tilgangsformen nasjonal gjesting som har krav på lineær prisingsmodell, og at øvrige tilgangsformer ikke har et slikt krav. Ice mener at bulkprising for tjenesteleverandører og MVNOer i praksis vil kunne fungere som lineær prising, hvilket ikke er formålet med reguleringen med tanke på hvor man er på investeringsstigen. Problemstillingen er ikke gjeldende på samme måte for en nasjonal gjester.

Telia støtter Telenor i sine kommentarer til klagen og skriver at utformingen av vedtaket gjør at MVNOer og tjenesteleverandører med liten risiko kan kombinere prismodellene slik at de oppnår lavere pris enn en nasjonal gjester. MVNOer og tjenesteleverandører vil kunne oppnå en lavere pris enn de variable enhetskostnadene (standardprisene) for abonnement med lavere inkluderte volumer, mens de vil foretrekke å benytte seg av de variable enhetsprisene for abonnement med større inkluderte volumer. Slik vedtaket nå er utformet, vil MVNOer og tjenesteleverandører likevel kunne oppnå lineære priser som foreslått i utkastet fra desember 2019. En kombinasjon av prismodeller synes å kunne gi potensiale for en ekstra prisreduksjon for MVNOer og tjenesteleverandører i forhold til prisene som fremkommer av marginskvistestene. Konsekvensen av bulkprising kan da bli økt priskonkurranse på bekostning av infrastruktur- og tjenestekonkurranse. Bulkprising fremstår av denne grunn som uegnet til å insentivere utbygging av et tredje landsdekkende nett. Bulkprising bør således kun tilbys som et alternativ til variable standardpriser, og ikke som en parallell arbitrasjemodell.

Nkoms vurdering

Krav om bulkpris har vært en del av forpliktelsene i vedtaket siden varsel om vedtak 31. mai 2019. Metoden for å sammenlikne bulkpris med standardavtalen ble imidlertid fastsatt i etterkant av høringen i januar 2020, som en erstatning for direkte sammenlikning med lineær pris for MVNO og tjenesteleverandørtilgang, som ikke lenger var mulig da Nkom i vedtaket konkluderte med å forbeholde krav om lineær pris for nasjonal gjesting. Selve metoden i fotnote 66 har dermed ikke vært på høring. Utover fotnote 66 har kravene til bulkpris vært på nasjonal høring.

Nkom har i klagerunden fått ytterligere bekreftet at krav om bulkpris er viktig for tilgangskjøpere og at en slik forpliktelse ikke må bli ytterligere forsinket. Nkom ser imidlertid behov for enkelte justeringer i forpliktelsen.

Fleksibilitet for tilgangskjøper til å kunne kjøpe én og samme trafikkstrøm i bulk for deler av kundemassen vil, slik Nkom ser det, kunne gi tilgangskjøpere mulighet til å tilpasse seg slik at prisvilkårene kan bli bedre enn ved lineær pris som er forbeholdt kjøp av nasjonal gjesting. Nkom viser til utfyllende begrunnelse for å forbeholde lineær pris til nasjonal gjesting i vedtakets vedlegg 3 Resultat av høringen, kapittel 8.2. I tillegg vil kjøp av én og samme trafikkstrøm (tale, SMS eller data) over to ulike prismodeller samtidig, kunne være svært utfordrende å følge opp administrativt for Telenor. Nkom har derfor konkludert med å endre reglene for bulkprising slik at tilgangskjøper ikke samtidig skal kunne kreve å kjøpe tilgang for én og samme trafikkstrøm etter to prismodeller, men må velge enten prismodellen som følger av standardavtalen, eller en alternativ prismodell basert på bulkkjøp. En anmodning om å kjøpe ulike trafikkstrømmer (tale, SMS eller data) basert på ulike prisstrukturer, vil likevel være rimelig.

Nkom mener at risikoen for tilgangskjøper knyttet til å forhåndskjøpe en viss mengde trafikk må gi utslag i lavere tilgangspris for tilgangskjøper enn variabel pris som følge av standardavtalen. Nkom anerkjenner imidlertid at testen som fremkommer i vedtakets fotnote 66, også i noen grad kan gi incentiver for tilgangskjøpere til å innrette sitt salg mot små datapakker da dette segmentet vil bli forholdsmessig mer lønnsomt. Nkom har på denne bakgrunn konkludert med å endre vedtaket i tilknytning til den aktuelle fotnoten.

Nkom har på grunnlag av mottatte klager funnet grunnlag for å omgjøre vedtaket ved å gjøre enkelte endringer i kravet til bulkpris. Dette punktet er dermed ikke gjenstand for klagebehandling i denne omgang. Det vises til Nkoms endringsvedtak 1. september 2020.

2.3. Geografisk differensierte priser for nasjonal gjesting

Grunnlag

Telenor mener det er nødvendig at prisreguleringen overfor nasjonal gjester inneholder en mulighet for å geografisk differensiere prisen og påklager at vedtaket ikke gir slik mulighet. Telenor mener prisreguleringen for nasjonal gjesting, slik den er innrettet i vedtaket, er ugyldig. Grunnlaget er ifølge Telenor at berørte parter ikke er gitt anledning til å uttale seg om pålegget slik det er utformet i vedtaket, det bygger på feil faktum, det er ikke egnet til å oppnå det formålet forpliktelsen er ment å ivareta, det har ikke hjemmel i ekomloven § 4-9, og det er sterkt urimelig og uforholdsmessig. Telenor anmoder derfor om at departementet omgjør Nkoms vedtak slik at Telenor tillates å ha en geografisk faktor i tilgangsprisen for nasjonal gjesting.

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

Telenor mener selskapet ikke får kostnadsdekning for tilgang i mer spredt bebygde strøk uten geografisk differensierte priser. Vedtaket bygger således på feil faktum. Deres foreløpige beregninger viser at tilgangspris for nasjonal gjesting basert på forbud mot marginskvis, uten geografisk differensiering, vil innebære at den regulerte prisen for nasjonal gjesting er lavere enn Telenors kostnader per enhet produsert trafikk for en stor andel av Telenors basestasjoner. I tillegg vil en andel av Telenors basestasjoner produsere så lite trafikk at samlet produksjonskost for disse basestasjonene ligger over de regulerte prisene for nasjonal gjesting. Det må antas at Ice har lavere trafikkvolum enn Telenor i disse områdene, og at det derfor er risiko for at de regulerte prisene for nasjonal gjesting vil ligge under Ice' utbyggingskost i disse områdene. En slik regulering er i strid med prinsipp 3 og motvirker investeringer i infrastruktur. Videre vil en pris som ikke dekker Telenors kostnader, innebære subsidiering av Ice' virksomhet. En slik forpliktelse går utover det som kan pålegges etter ekomloven § 4-9 og er i strid med grunnleggende prinsipper om kostnadsdekning ved prisregulering. Et slikt pålegg er uforholdsmessig og sterkt urimelig. Det kan også reises spørsmål om en anmodning om tilgang til nasjonal gjesting på prisvilkår uten prinsippet om geografisk differensierte priser kan anses som «rimelig» etter ekomloven § 4-1.

Når det gjelder vedtakets «sunset clause», mener Telenor at utbygger får insentiver til å utsette utbyggingen så langt ut i reguleringsperioden som mulig, uten at besparelser oppnås undervegs i utbyggingen. For at «sunset clause» skulle kunne erstattet geografiske differensierte priser, måtte det vært en konkret sluttdato for prisreguleringen som var kortere enn vedtakets levetid, samtidig som prisnivået på de regulerte tilgangsprisen måtte være over total produksjonskost for den enkelte basestasjon.

Telia skriver i sine kommentarer til klagen at bortfall av muligheten for geografisk differensierte priser resulterer i at Ice likestilles med MVNOer og tjenestetilbydere, som i motsetning til Ice kjøper trafikk i hele mobilnettet. For å sikre riktige økonomiske insentiver til fortsatt utbygging av det tredje nettet, må prising for nasjonal gjesting ikke settes lavere enn alternativkostnaden for utbygging. Vertsnettets marginalkostnader for basestasjoner i grisdrenkte strøk er dermed et feil utgangspunkt. Telia har selv gjort beregninger som viser at alternativkostnaden ved å bygge

nett allerede er nær kostnadene for nasjonal gjesting, slik at det ikke vil være økonomisk forsvarlig å fortsette å bygge et landsdekkende mobilnett uten geografisk differensiert priser.

Telia viser videre til at Nkom har valgt å sette et sluttidspunkt for prisreguleringen av nasjonal gjesting, men at vedtaket åpner for å forlenge reguleringen dersom forsinkelser i utbyggingen av det tredje nettet *skyldes forhold utenfor det tredje nettets kontroll*. Dette forbeholdet vil, sammen med forbudet mot geografisk differensierte priser, øke motivasjonen for å skyve på utbyggingen i det lengste. Telia viser til kvartalsrapportering fra Ice og mener at det kan synes som om Ice holder et lavere utbyggingstempo enn hva selskapet tidligere har varslet. Telia mener at hastebeslutningen om å erstatte geografisk differensierte priser med et altfor vagt og teoretisk fundert sluttidspunkt for reguleringen, bør omgjøres.

Nkoms vurdering

Nkom er uenig med Telenor i at berørte parter ikke har fått mulighet til å uttale seg vedrørende geografisk differensierte priser. Ice argumenterte i brev til Nkom 25. oktober 2019 for at priser for nasjonal gjesting ikke måtte avhenge av tilgangskjøpers andel egenproduksjon. Nkom informerte Telenor om brevet og Telenor kommenterte innspillet fra Ice i brev 19. november 2019. Innholdet i brevene er oppsummert i Oppsummering av hørings svar (vedlegg 3 til vedtaket) kapittel 7.6.1.8. Videre ble geografisk differensierte priser kommentert av både Telenor og Ice i tilleggshøringen vedrørende prisregulering som Nkom gjennomførte i januar 2020. Høringskommentarene er oppsummert i kapittel 8.3 i Oppsummering av hørings svar. Nkom endret vedtaket på grunnlag av mottatte hørings svar. Nkom mener således at berørte parter er gitt tilstrekkelig anledning til å uttale seg om geografisk differensierte priser for nasjonal gjesting.

Telenor anfører at selskapet ikke vil få kostnadsdekning for en stor andel av selskapets basestasjoner, blant annet fordi samlet trafikkgrunnlag for disse er for lavt. Telenor har ikke oppgitt forutsetningene for sine beregninger i klagen.

Nkom viser til at ESA støttet Nkoms vurderinger vedrørende geografisk differensierte priser ved notifiseringen. ESA ga uttrykk for at lineær prising for nasjonal gjesting uten geografisk differensiering ga en riktig balanse og ville støtte opp om målsetningen om tre nett:

«Overall, the Authority considers that they strike the right balance between, on the one hand, ensuring that ICE is not artificially penalised for moving traffic onto its network and, on the other hand, ensuring an appropriate return on Telenor's network investments.»

ESA legger til grunn at grossistpriser basert på marginskvistest i det norske markedet vil gi kostnadsdekning for Telenor, inkludert rimelig avkastning på investeringer. ESA viser til Kommisjonens kostnadsmodell som har estimert de underliggende nettverkskostnadene for en

norsk netteier til å være mellom EUR 0,87 - 1,46 per GB (ca. NOK 9 - 16). I tillegg viser ESA til de gjennomsnittlige grossistprisene for internasjonal gjesting i Norge i første til tredje kvartal 2019 som var mellom EUR 1,12 - 1,32 per GB (ca. NOK 12 - 14). ESA viste til at begge disse sammenlikningsgrunnlagene ga lavere resultater enn den forventede regulerte prisen for nasjonal gjesting.

Telenors nye standardavtaler fra 14. juni 2020 bekrefter at lineær pris for nasjonal gjesting fremdeles ligger over disse sammenlikningsgrunnlagene.

Nkom mener videre at det har formodningen mot seg at grossistpriser basert på et forbud mot marginskvis ikke skal gi kostnadsdekning for Telenor ettersom testen tar utgangspunkt i Telenors egne sluttbrukerpriser/inntekter og tilhørende sluttbrukerkostnader, riktignok skalert til en aktør med lavere markedsandel. Gjennomsnittlig inntekt per kunde er langt høyere i Norge enn de fleste andre land i Europa (se markedsanalysen figur 9), og Telenor holder et høyere prisnivå enn øvrige aktører i Norge (se figur 2 i vedtaket). Telenors finansielle rapportering viser også særdeles god lønnsomhet. Marginalkostnaden for Telenor av økt trafikk i eget nett som følge av tilgang for nasjonal gjesting må videre kunne legges til grunn å være svært lav. Nkom mener på dette grunnlag det ikke er grunn til å betvile at Telenor vil få kostnadsdekning basert på den vedtatte prisreguleringen.

Dersom prisene for tilgang ligger under Ice' utbyggingskostnader, ville det isolert sett vært uheldig for Ice' insentiver til å fortsette utbyggingen. Det er imidlertid som beskrevet i vedtaket flere momenter som er vektlagt med formål om å realisere siste utbyggingsfase for det tredje nettet, herunder å legge til rette for Ice' konkurransekraft i utbyggingsfasen, noe som igjen er viktig for å skaffe nødvendig kapital til ytterligere utbygging. Nkom har dermed i vedtaket valgt å gi insentiver til utbygging ut fra et prinsipp om såkalt «Sunset clause» snarere enn å tvinge frem utbygging gjennom potensielt økte priser i områder med lite trafikk.

Når det gjelder Telenors anførsler om konkret sluttdato for prisreguleringen, mener Nkom at informasjonen i vedtaket om at utbygging må skje i løpet av vedtaksperioden gir de nødvendige signalene for det tredje nettet. Ettersom tidsfristen i ekomloven § 9-3 for å notifisere nytt vedtak er tre år, er det utvilsomt at det tredje nettet må forholde seg til dette tidsløpet i sine utbyggingsplaner. Nkom mener videre at det er fordelaktig at prisreguleringen i dette vedtaket avvikles i forbindelse med gjennomføring av en ny markedsanalyse og fastsettelse av nytt vedtak.

Nkom mener på denne bakgrunn at vedtaket er gyldig og ser ikke behov for å endre vedtaket på grunnlag av Telenors anførsler vedrørende bortfall av mulighet for geografisk differensierte priser.

2.4. Utvalget av produkter i marginskvistestene

Grunnlag

Telenor mener at forpliktelsene er ugyldige og må oppheves grunnet manglende klarhet og forutberegnelighet. Telenor hevder at dersom margintesten skal opprettholdes, må det før testperioden starter fremgå klart hvilke produkter/ringeplaner som skal inngå i margintesten.

Telenor mener at kriteriene for utvalg av representative produkter åpner for utvisning av skjønn ved utvalget, jf. ordlyden «om lag 70 prosent» og «som hovedregel», samt at ringeplanen velges på et tidspunkt nært opp mot testen. Dette gjør det svært vanskelig å kunne forutse hvilke ringeplaner som omfattes av testen, og dermed sikre overholdelse av margintestene. Videre argumenterer selskapet for at de grunnleggende hensynene bak forvaltningsloven taler for at Telenor før testperioden må vite hvilke ringeplaner som skal inngå i testen den kommende perioden.

Telenor viser til at uaktsomme eller forsettlig overtreddelser av vedtaket kan straffes med bøter eller fengsel. Videre viser selskapet til legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 som innebærer et krav til tilgjengelighet og tilstrekkelig presisjon til lovhjemler. Telenor hevder at vedtakets uklare definisjon av representative produkter, sammenholdt med at det nærmere innholdet i kravet til de utvalgte ringeplanen først er presisert etter seks måneders perioden, medfører at eventuelle sanksjoner i tilfelle en marginskvistest ikke består ville bryte både med legalitetsprinsippet og være uforholdsmessig. Tilsvarende vil ha betydning med hensyn til lovens krav om tilbakebetaling. Vedtaket synes ifølge Telenor å fravike krav i lov og forarbeider. Å benytte sanksjoner i form av pålegg om tilbakebetaling ved eventuelle ikke beståtte marginskvistester, fremstår følgelig uforholdsmessig gitt mangelen på forutsigbarhet i gjennomføringen av testene. Videre mener Telenor at legalitetsprinsippets kvalitative krav til klarhet og presisjon taler imot at Telenor kan ilegges et slikt pålegg.

eRate skriver i sine kommentarer til klagen at det mest optimale for rettferdig konkurranse er å stille krav til bestått bruttomargintest før sluttbrukerprodukter kan tilbys i markedet for Telenor. **eRates** kommentarer vurderes konkret i innstillingen til eRates klage.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at tilnærmet tilsvarende innsigelser fra Telenor knyttet til utvalget av produkter i marginskvistestene er besvart ved en rekke anledninger gjennom forutgående reguleringsperiode.¹ Ettersom prinsipper for representative sluttbrukerprodukter følger de samme hovedlinjene som i nevnte periode, vil tidligere drøfting ha relevans.

¹ Blant annet klagevedtaket fra Samferdselsdepartementet av 9.mars 2018 kapittel. 6.4.8.3.2

Nkom kan ikke følge Telenor når selskapet anfører at legalitetsprinsippets krav til klarhet og presisjon ikke er oppfylt. Når det gjelder Telenors henvisning til «sanksjoner i form av pålegg om tilbakebetaling» viser Nkom til at formålet med tilbakebetaling er restitusjon, og ikke sanksjon. Instituttet stiller ikke krav om skyld og er ment å være et objektivt etteroppgjør.² Brudd på prisregulering som er ilagt med hjemmel i ekomloven § 4-9, gir ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr, jf. ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3. Brudd på kravene til prisregulering kan dermed ikke sanksjoneres med overtredelsesgebyr etter ekomloven. Når det gjelder Telenors henvisning til at selskapet risikerer strafferettslige sanksjoner ved brudd på prisreguleringen, jf. ekomloven § 12-4 nr. 3, forstår Nkom dette som en anførsel om at det generelt må antas at det kreves klarere hjemmel for å sanksjonere³. Slik Nkom forstår Telenors anførsler på dette punkt mener Telenor at dette også får betydning i retning av et skjerpet krav også for saker som ikke gjelder sanksjoner. Til dette bemerker Nkom kort at vurderingen av om kravene til klarhet og presisjon er oppfylt vil bero på en vurdering av ulike momenter, og at det må vurderes i lys av at det dreier seg om en forpliktelse knyttet til sektorspesifikk forhåndsregulering av ekommerket, som gjennomføres for å oppnå en bærekraftig konkurranse.

Prinsipper for representative sluttbrukerprodukter tilsier at utvalgte produkter skal være representative for konkurransebildet i markedet som testes. Et utgangspunkt for å identifisere representative produkter vil være produkter som kumulativt utgjør 70 prosent av Telenors abonnement i hvert av sluttbrukermarkedene, samt produkter som utgjør 10 prosent av antall abonnement i nevnte markeder. Vedtaket oppstiller ikke en uttømmende liste for utvalgsriterier, men trekker frem at det blant annet legges vekt på om produktet er i salg, om produktet tilbys med kampanjepriser og om tilgangskjøperne har tilsvarende produkter som konkurrerer med Telenors produkter.

Krav til at produktene skal være representative innebærer at det gjøres en fornyet vurdering av representativitet hver gang marginskivtestene skal gjennomføres. Hver sjette måned får Nkom oversikter fra Telenor som viser utvikling i abonnementsfordelingen. Dette gir økt innsikt i utviklingen av produktporteføljen og er et godt grunnlag for å identifisere representative produkter. Sluttbrukermarkedene er preget av en viss dynamikk med hensyn på endret tilbud og etterspørsel, og påvirkes i stor grad av beslutninger som fattes av Telenor og øvrige tilbydere.

² Se Samferdselsdepartementets klagevedtak 16. mars 2015 side 8. Se også [rapport 19. januar 2005](#) fra Arbeidsgruppe om tilbakebetaling m.m. etter ekomloven, side 13: «Etteroppgjør er etter sin natur en kompensasjon, og ikke en sanksjon.»

³ Dette er lagt til grunn i juridisk teori. Se Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2015) side 87: «Det må generelt antas at det kreves klarere hjemmel for å sanksjonere enn for å treffe forebyggende tiltak som ledd i forvaltningens oppgaver.»

Utvalgte sluttbrukerprodukter forventes derfor å være ulikt sammensatt ved hver test. Prinsippene tilsier heller ikke at de kumulativt skal utgjøre 70 prosent av Telenors abonnementsmasse i hvert av sluttbrukermarkedene.

På samme måte som i forutgående reguleringsperiode, mener Nkom at representativitet må vurderes for hvert av sluttbrukermarkedene, og vurderes samlet⁴. For hvert sluttbrukermarked mener Nkom at en tilstrekkelig stor andel av Telenors abonnementsmasse må inngå for å gi et representativt bilde. Hva som utgjør en tilstrekkelig stor andel, vil kunne variere for hver gang testen gjennomføres og avhenger av fordelingen av abonnementsmassen til Telenor innenfor hvert sluttbrukermarked. Andelene vil blant annet påvirkes av om Telenor har mange små eller få store abonnement og om mange kunder ligger på «gamle» abonnement, det vil si produkter som ikke har vært åpent for nysalg i lengre tid. Antall ringeplaner i et marked vil også ha betydning. Dersom Telenor i et sluttbrukermarked eksempelvis begrenser tilbudet til to produkter, kan det ikke utelukkes at begge produktene vil inngå i testene, og dermed vil 100 prosent av kundemassen i dette sluttbrukermarkedet inngå som representative produkter.

Ettersom abonnementsmassen og produktutvalg er i kontinuerlig forandring, skal Nkom foreta ny vurdering av representativitet hver gang testen gjennomføres. Av samme grunn er det ikke mulig på forhånd å angi eksakte andeler eller eksakt hvilke produkter som skal inngå i det representative utvalget. Når Telenor hevder at det «nærmere innholdet i kravet til de utvalgte ringeplanene» først er kjent etter seks måneders perioden, antar Nkom at selskapet refererer til at det i perioder hvor Telenor bytter ut produktporteføljene, kan testen inkludere de nye produktene og med bruksmønster eller vekt fra de forutgående ringeplanene som de nye produktene i stor grad har til hensikt å erstatte. Telenor står fritt til å forme egen produktportefølje, og det påligger ingen plikt til å dokumentere positive marginer i forkant av lansering. Med formål om å sikre et representativt bilde av konkurransesituasjonen nær opp til tidspunkt for testen, åpner derfor prinsippene for at det i perioder med produktendring kan forutsettes bruksmønster som tilsvarer de forutgående ringeplanene. Etter Nkoms oppfatning gir kriteriene dermed tilstrekkelig veiledning slik at Telenor har gode muligheter til å kontrollere at egne grossistpriser er i tråd med prisforpliktelsene.

Med bakgrunn i ovenstående redegjørelser fastholder Nkom at vedtaket gir tilstrekkelig grad av forutberegnelighet og presisjon, slik at det verken strider mot krav i forvaltningslov eller i Grunnloven. Det vises i denne sammenheng til SDs klagevedtak av 9. mars 2018 der departementet sier seg uenige med Telenor i at «representativitets»-kravet for utvelgelse av

⁴ Se bl.a. Nkoms brev til Samferdselsdepartementet 25. september 2017, referanse 1504996-79.

produkter som skal inngå i testen, er i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige krav til klarhet og forutberegnelighet⁵.

2.5. Marginmodellen inneholder feil eller mangler

Grunnlag

Telenor påklager marginmodellen slik den foreligger i vedtaket. Telenor hevder det benyttes feilaktige forutsetninger for beregning av størrelser i modellen, samt at input i modellen ikke samsvarer med de forutsetninger som er fastsatt. Hardkodet inputdata i marginmodellen gjør også at Telenor mener de ikke kan ettergå og presist kommentere de forutsetninger og beregninger som legges til grunn i modellen. Telenor anmodet på denne bakgrunn i klagen om å få oversendt beregninger som ikke fremgår av marginmodellen, slik at Telenor kunne presisere hvilke deler av modellen som påklages eller eventuelt frafalle klagen på dette punktet.

Telenor oversendte tillegg til klagen 13. juli 2020 etter å ha mottatt informasjon fra Nkom om hardkodet data 23. juni 2020. Telenor manglet fortsatt noe informasjon om hardkodet data. Dette ble etterspurt av Telenor 9. juli 2020 og oversendt fra Nkom til Telenor 11. august 2020.

Telenor hevder at Nkom har lagt til grunn feil prinsipper ved beregningen av kostnad ved terminering av samtale i utlandet.

Telenor mener at kostnaden for mottak av samtale i utlandet ikke fastsettes i internasjonal gjesting avtalen, men i avtalen om å terminere en samtale hos den aktuelle operatør i utlandet. De modellerte kostnadene for terminering av tale i utlandet baseres på rapporterte kostnader fra Telenor, se prinsipp 11. Som en konsekvens av at det samme produktet benyttes ved mottak av samtaler i utlandet, bør også mottak av samtaler i utlandet ha samme kostnad som terminering av tale i utlandet.

Videre hevder Telenor at beregningen av kostnadstrend i modellen er feil. Telenor viser til Analysis Masons dokument «Updating the mobile margin-Squeeze tool», Annex A «Calculation of retail cost» der det fremgår at kostnadstrenden med data for perioden 2014-2018 er beregnet ved hjelp av regresjonsanalyse. Trenden viser en negativ kostnadstrend på [redacted] for variable kostnader i privatmarkedet og [redacted] for de samme i bedriftsmarkedet. Telenor har bedt Oslo Economics utføre samme beregninger, men ved hjelp av excel-formelen «Linest» som beregner en rett linje ved hjelp av «minste kvadraters» metode. Ved denne metoden blir kostnadstrenden for privatmarkedet [redacted] for bedriftsmarkedet. Telenor er av

⁵ Se bl.a. annet klagevedtaket fra Samferdselsdepartementet av 9.mars 2018 kapittel. 6.4.8.3.2 s.68

den oppfatning at Oslo Economics benytter en mer korrekt metode, som gir et riktigere bilde av kostnadstrenden som foreligger i dag.

Nkoms vurdering

Nkom har imøtekommet anmodningen om å oversende bakenforliggende forklaring av hardkodete data til Telenor. Datamaterialet bygger på verdier fra Telenors eget regnskap innenfor et begrenset tidsperspektiv.

Prinsipp 11, om inntekter og kostnader for samtrafikk, tilsier at kostnader for terminering av tale og SMS fra utlandet skal baseres på rapporterte kostnader fra Telenor. Opplysninger om mottak av samtale i utlandet er imidlertid ikke en egen kategori i spørreskjema som benyttes for innhenting av opplysninger. Marginmodellen benytter data som utleveres fra Telenor etter forespørsel fra Nkom. Opplysningene anmodes utlevert i definerte kategoriene, og det er Telenors ansvar å fylle inn data i riktig kategori. (Opplysningene som omtales i dette avsnittet er inkludert i arbeidsarket Q2.1 Demand i «TELENOR data request» som er input til marginmodellen.) Nkom fikk bekreftet fra Telenor på e-post 28.august 2020 at mottak av samtale i utlandet ble fordelt av Telenor under tre kategorier; «Voice minutes originated in Norway to international destinations» og som «Call forwarding while roaming for calls originated abroad inside the EEA» eller som «Call forwarding while roaming for calls originated abroad outside the EEA». Den første kategorien gjelder samtaler fra Norge som mottas i utlandet av et utenlandsk abonnement. De andre kategoriene gjelder ved mottak av samtale i utlandet for egne abonnement.

I tilfellet hvor samtalen mottas i utlandet til utenlandsk abonnement er disse volumkostnadene allerede knyttet opp mot modellerte kostnader for terminering av tale i utlandet basert på rapporterte kostnader fra Telenor, og er dermed i tråd med hva Telenor ønsker.

De andre to kategoriene som gjelder mottak av samtale i utlandet til eget abonnement, er knyttet opp mot kostnader basert på internasjonal gjesting tilsvarende tjenesteleverandørvilkår.

Nkom er ikke uenige med Telenor i deres innspill angående mottak av samtale i utlandet. Nkom ser derimot ikke at dette er en feil eller mangel som krever endring i prinsippene i vedlegg to i vedtaket, men at det er et rapporteringsproblem. Opplysninger om mottak av samtale i utlandet har ikke har en åpenbar tilhørighet i input arket («TELENOR data request»). Nkom skal derfor legge til rette for korrekt utforming og bruk av input arket i samarbeid med Telenor. Nkom legger til grunn at det ikke er behov for departementet til å ta stilling til anførselene da de ikke vil innebære endring av prinsipper.

Regresjonsanalysen som Nkom har benyttet, fastsetter en kostnadstrend som beregnes ved hjelp av makroen «optimise» i regnearket «Retail Calculation». Makroen undersøker hvilke kostnadstrender som gir lavest kvadrerte feil, sammenlignet med de rapporterte tallene fra 2014-2018⁶. Dette er en numerisk tilnærming til regresjonsberegningen, som etter Nkoms beregninger gir en marginalt bedre forklaringsfaktor enn trendestimatet til Oslo Economics. Sistnevnte benytter en regresjonsanalyse ved hjelp av minste kvadraters metode. Nkom vurderer at en numerisk tilnærming treffer noe bedre med de historiske tallene enn ved å bruke den metoden som Telenor foreslår, og at trendestimatene fra numerisk metoden derfor bør benyttes.

Nkom fastholder prinsippene for marginskvistester og ser ikke at Telenors anførsler medfører behov for endring av vedtaket eller prinsippdokumentet.

2.6. Leveringseksklusivitet

Grunnlag

Telenor viser til at vedtaket forbyr Telenor å stille krav om eksklusivitet knyttet til samme abonnementsforhold, og slik innebærer en innskrenkning sammenlignet med forrige regulering. Telenor mener forbudet mot eksklusivitet knyttet til abonnementsforhold innebærer at tilgangskjøpere kan tilby bedre dekning enn en nettverkseier. Følgelig innebærer forbudet et konkurransefortrinn for tilgangskjøpere, noe som svekker nettverkseieres insentiver til å konkurrere på infrastruktur og dermed er i strid med formålet med reguleringen. Telenor mener videre departementet har vært av samme oppfatning og viser til SDs klagevedtak 9. mars 2018 side 45.

Telenor mener selskapet har en legitim interesse i å stille krav om eksklusivitet i samme abonnementsforhold. Dette kan ikke oppveies av at Telenor til tider vil kunne ha behov for innsyn i forretnings sensitiv informasjon for å håndheve et slikt forbud. Telenor har erfaring med å håndtere slik informasjon korrekt og vil innta vedtakets forpliktelse om dette i standardavtalen. Den nye loven om forretningshemmeligheter gir også vern mot urettmessig bruk av eventuelle forretningshemmeligheter.

Etter Telenors vurdering er det ikke hjemmel i ekomloven § 4-1 til å pålegge Telenor tilgangsforsiktelser som medfører at tilgangskjøpere ved å ha parallelle tilgangsavtaler skal kunne oppnå konkurransefortrinn overfor nettverkseiere. Etter Telenors syn er forbudet mot å ha leveringseksklusivitet i samme abonnementsforhold derfor ugyldig.

⁶ Basisår i beregningen er 2015.

eRate skriver i sine kommentarer til klagen at de ser ingen grunn til å endre på vedtaket om å forby Telenor å ha leveringseksklusivitet i samme abonnementsforhold, og støtter vedtaket slik det foreligger.

Telia skriver i sine kommentarer til klagen at vedtakets bestemmelser om eksklusivitet (avsnitt 211 og 212) innebærer at tilgangskjøpere oppnår særlige konkurransefortrinn sammenlignet med det å ha et eget mobilnett. Telia stiller seg uforstående til begrunnelsen for å gi tilgangskjøpere en slik fordel. Eksklusivitet må etter Telias syn ikke bare omfatte samme merkevare og samme sluttbrukermarked, men alle definerte sluttbrukermarkeder som omfattes av avtalen.

Nkoms vurdering

Vedtaket begrenser Telenors adgang til å kreve eksklusivitet, jf. vedtaket kapittel 7.1.7.3. Gjeldende vedtak angir at Telenor kun tillates å benytte særskilt angitte former for eksklusivitet, dvs. eksklusivitet på SIM-nivå og merkevare i samme sluttbrukermarked. Vedtaket innebærer slik en innskrenkning fra forrige reguleringsperiode, ved at det ikke lenger åpnes for eksklusivitet på abonnementsnivå eller annen form for eksklusivitet.

Slik Nkom forstår Telenor, må Telenor tillates å kreve eksklusivitet knyttet til abonnementsforhold ettersom tilgangskjøpere ellers kan tenkes å få et konkurransefortrinn. Telia har også gitt uttrykk for et slikt syn.

Tilgangsplikten er ikke i seg selv ment å utgjøre et konkurransefortrinn sammenlignet med å ha eget mobilnett, jf. vedtaket punkt 205. Etter Nkoms vurdering er det ønskelig å utforme presiseringer knyttet til eksklusivitet som hindrer at tilgangskjøpere kan oppnå slike konkurransefortrinn, og som samtidig sikrer en effektiv rett for tilgangskjøper til parallell tilgangsavtale.

I prosessen frem mot forrige marked 15-vedtak ble presiseringene knyttet til eksklusivitet justert i flere runder.⁷ Herunder ble en adgang for Telenor om å begrense adgangen for tilgangskjøper til å kunne markedsføre eller aktivt tilby dekning parallelt med dekning i Telenors nett⁸ tatt ut, etter innspill fra Telenor om at et slik presisering ville være utfordrende å forholde seg til.⁹ Det

⁷ Se varsel om marked 15-vedtak 16. januar 2015, nytt varsel 16. september 2015, utkast 11. mai 2016, og endelig vedtak 1. juli 2016.

⁸ Utkast 11. mai 2016 avsnitt 184.

⁹ Telenors presentasjon 7. juni 2016.

ble deretter tatt inn en adgang for Telenor til å kunne stille krav om eksklusivitet knyttet til abonnementsforhold.

I klagen på marked 15-vedtaket i 2016 fremholdt Telenor at presiseringene knyttet til eksklusivitet var så uklare at Telenor hadde «ingen mulighet for å sikre etterlevelsen». Forrige reguleringsperiode viste også at Telenor betinget seg eksklusivitet ut over det som var tillatt.¹⁰

Erfaringene fra forrige reguleringsperiode viser etter Nkoms vurdering at det er nødvendig med en viss forenkling, for slik å sikre etterlevelse og håndhevelse ved eventuell manglende etterlevelse.

Etter Nkoms vurdering er det også uheldig om Telenor skal gis rett til innsyn i nærmere opplysninger om konkurrenters abonnenter som tilgangskjøpere kan ha beskyttelsesverdig interesse i å verne. Telenor har i denne sammenheng vist til den nye loven om forretningshemmeligheter¹¹. Etter Nkoms vurdering tilsier ikke denne loven, som heller ikke har trådt i kraft, at det gjøres noen endring i vedtaket. Nkom viser i denne sammenheng også til ERGs virkemiddeldokument¹² side 31 om at krav om informasjon om konkurrentenes kunder etter forholdene kan utgjøre «undue requirements».

Telenor har vist til departementets klagevedtak 9. mars 2018 side 45 hvor departementet blant annet uttrykker at det var enighet i saken om at Telenor kunne stille krav om eksklusivitet i «samme abonnementsforhold. Slike krav er ment å hindre at tilgangskjøper gjennom regulert tilgang oppnår bedre vilkår enn Telenors egen virksomhet». Slik Nkom leser departementets vedtak, kan det imidlertid ikke innfortolkes at departementet mener at Telenor nødvendigvis skal tillates å benytte eksklusivitet knyttet til abonnementsforhold også etter utløpet av forrige reguleringsperiode.

Både hensynet til å oppnå infrastrukturbasert konkurranse og hensynet til å fremme tilgangskjøperes forhandlingsstyrke taler for å begrense Telenors adgang til bruk av eksklusivitetsklausuler, jf. marked 15-vedtaket punkt 204, og Nkom har valgt det minst inngripende alternativ for Telenor som også anses enkelt å etterleve og håndheve. På denne bakgrunn kan Nkom ikke følge Telenor når selskapet anfører at det er i strid med ekomloven § 4-1 å forby Telenor å benytte eksklusivitet knyttet til abonnementsforhold. At det i praksis kan oppstå enkelte situasjoner hvor en tilgangskjøper kan tenkes å få et konkurransefortrinn, selv

¹⁰ Jf. Nkoms pålegg om retting av 12. juli 2019 og KMDs klagevedtak 10. juni 2020.

¹¹ Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter.

¹² «Revised ERG Common Position on the Approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework» ERG (06) 33 datert 20.5.2006.

om dette ikke er hensikten, er i seg selv ikke til hinder for at Nkom kan forby Telenor å benytte eksklusivitet knyttet til abonnementsforhold.

På bakgrunn av dette opprettholder Nkom kravene til eksklusivitet i vedtaket.

2.7. Forbud mot urimelige avtalevilkår

Grunnlag

Telenor mener at ekomloven § 4-1 ikke gir hjemmel for å pålegge så generelle forpliktelser som forbudet mot urimelige avtalevilkår i vedtaket punkt 7.1.7.10. Etter Telenors oppfatning er det bare dersom krav eller avtalevilkår fungerer som en de facto tilgangsnekt, at dette vil kunne være i strid med ekomloven § 4-1. Telenor mener videre at opplistingen av eksempler i vedtaket avsnitt 255 ikke oppfyller kravet til innholdsmessig klarhet og presisjon til pålagte forpliktelser som lagmannsretten la til grunn i LB-2017-72236, jf. også Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 100-101.

eRate skriver i sine kommentarer til Telenors klage at Telenor bør ha forbud mot urimelige avtalevilkår eller endringer som skaper uforutsigbarhet for tjenesteleverandører og MVNO. Man ser i avtalevilkårene til Telenor, etter reguleringsvedtaket, at Telenor gjør store grep i standardavtalen og vilkårene som får store konsekvenser.

Nkoms vurdering

Nkom mener ekomloven § 4-1 gir tilstrekkelig hjemmel til å forby Telenor å benytte urimelige krav i standardavtalene, og viser i den forbindelse til gjennomgangen av hjemmelsspørsmålet i kapittel 7.1.1 i vedtaket.

Videre anfører Telenor at opplistingen av eksempler i avsnitt 255 i vedtaket ikke oppfyller kravet til innholdsmessig klarhet og presisjon til pålagte forpliktelser som lagmannsretten la til grunn i LB-2017-72236.

I dommen la lagmannsretten til grunn at «det må stilles visse krav til innholdsmessig klarhet og presisjon i de forpliktelsene som pålegges i medhold av ekomloven kap. 4, jf. § 3-4».¹³ Nkom mener opplistingen av eksempler i vedtaket avsnitt 255 oppfyller kravene til innholdsmessig klarhet og presisjon, og legger det følgende til grunn for sin vurdering.

¹³ LB-2017-72236, side 18.

Det fremgår av lagmannsrettens dom at «vurderingen av hvilke krav som må stilles til forpliktelsens klarhet, må skje etter en avveining av hensyn til forutberegnelighet og rettssikkerhet mot hensynet til en effektiv konkurranseregulering».¹⁴

Hva gjelder hensynet til en effektiv konkurranseregulering, viser Nkom til formålet med tilgangsreguleringen. Tilgangsplikten ville blitt lite effektiv dersom myndigheten ikke skulle kunne pålegge en tilbyder å fjerne eller endre urimelige vilkår. Et generelt forbud mot urimelige krav bidrar derfor til å effektivisere konkurransereguleringen.

Videre mener Nkom at hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet for tilbyder er tilstrekkelig ivaretatt gjennom vedtaket. Det vises i den sammenheng til Nkoms vurderinger under kapittel 7.2.4.1 i Oppsummering av høringssvar. Det vises særlig til de vurderingene som er foretatt knyttet til hvordan den regulatoriske forutsigbarheten og det grunnleggende kravet til klarhet er ivaretatt.

Nkom mener på bakgrunn av dette at Telenors anførsler ikke gir grunnlag for å endre konklusjonen i vedtaket.

3. Oppsummering og innstilling

Telenors klage medfører ikke noe vesentlig nytt i forhold til tidligere innspill, med unntak av anførsler i tilknytning til bulkpris. Nkom viser derfor til de vurderinger som er foretatt i vedtaket og markedsanalysen 14. mai 2020 og fastholder de standpunkter som fremkommer der.

Nkom mener videre at det ikke foreligger feil som medfører at vedtaket er ugyldig.

Etter en vurdering av Telenors anførsler og opplysninger, har Nkom ikke funnet grunnlag for endring eller oppheving av vedtaket av 14. mai 2020 utover de endringer som fremkommer av Nkoms vedtak 1. september 2020. Nkom innstiller derfor på følgende vedtak i klagesaken:

”Klagen av 11. juni 2020 fra Telenor vedrørende Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak av 14. mai 2020 i markedet for tilgang og originering i mobilnett tas ikke til følge, med unntak for de endringer som følger av vedtak 1. september 2020.”

¹⁴ LB-2017-27736, side 18..



I henhold til "Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Nasjonal kommunikasjonsmyndighet etter Ekomloven" punkt 4, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkoms innstilling til KMD innen en frist på to uker.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
avdelingsdirektør

Inger Vollstad
seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift

Kopi Telenor ASA, Postboks 800, 1331 FORNEBU

Vedlegg:

- 1: Varsel om vedtak med vedlegg 31. mai 2019.
- 2: Høringssvar til varsel om vedtak, kommentarer til disse og andre innspill i etterkant av høringen.
- 3: Utkast til vedtak 13. desember med tilhørende vedlegg.
- 4: Høringssvar til utkast til vedtak 13. desember 2019 og kommentarer til disse.
- 5: Oversendelsesbrev til ESA, samt utkast til vedtak med tilhørende vedlegg 26. mars 2020 (norsk versjon av vedtak samt aktuelle vedlegg).
- 6: ESAs forespørsel om mer informasjon 3. april 2020.
- 7: Nkoms svar på forespørsel om mer informasjon 8. april 2020.
- 8: ESAs kommentarer 23. april 2020 til Nkoms utkast til vedtak.
- 9: Nkoms vedtak 14. mai 2020 med vedlegg.
- 10: eRates klage 11. juni 2020, samt tillegg til klagen 25. juni 2020.
- 11: Fjordkrafts klage 11. juni 2020, samt tillegg til klagen 23. juni 2020.
- 12: Ice' klage 11. juni 2020.
- 13: Telenors klage 11. juni 2020.
- 14: Kommentarer til klagene.