

Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet

Kun sendt per e-post til: Karin.Skyllingstad@dfd.dep.no

Oslo, 29. april 2024

KOMMENTARER FRA TELAVOX TIL TELENORS ANMODNING OM UTSATT IVERKSETTELSE AV NKOMS MARKED 15-VEDTAK

1 INNLEDNING

Vi viser til e-post fra Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet ved Karin Skyllingstad den 24. april, 2024, med invitasjon til å innen 29. april, 2024 gi kommentarer til Telenors anmodning av 22. april 2024 ("anmodningen") om utsatt iverksettelse av *deler* av Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak om marked 15 ("Marked 15") av 9. april 2024.

I anmodningen opplyser Telenor at vedtaket vil bli påklaget innen klagefristen og ber om utsatt iverksettelse av vedtaket som gjelder pålegg om krav til positiv bruttomargin i bedriftsmarkedet på et mindre aggregert nivå enn enkeltprodukter (vedtakets punkt 7.5.6 ("syv-segment-testen")) inntil klagen på vedtaket er avgjort, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd jf. forvaltningsloven § 42.

Utgangspunktet er at klage eller søksmål ikke fører til utsatt iverksettelse av forvaltningsvedtak. Med utgangspunkt i at hovedregelen er umiddelbar iverksettelse, og at det først der hvor utsettelsesinteresser veier klart tyngre enn behovet for gjennomføring av vedtaket, er grunn til å gi utsatt iverksettelse av vedtaket, er Telavox av den klare oppfatning at det ikke bør besluttes utsatt iverksettelse slik som Telenor har bedt om i denne saken.

2 OPPSUMMERING AV TELAVOX' SYNSPUNKTER

Syv-segment-testen i vedtakets punkt 7.5.6 medfører at det tas utgangspunkt reelle priser per segment og åpner for vurdering av en gitt aktørs konkurranseevne i alle segmenter. I dag er testen utformet basert på et gjennomsnitt av bedriftskundene. Dette gjør at Telenor kan "maskere" de attraktive kundesegmentene ettersom ett produkt/merkevare ("Bedrift Total") varierer vesentlig i pris og innhold over ulike kunder – og benyttes videre over en svært diversifisert kundeportefølje.

Nkoms vedtak vil bidra til at det etableres velfungerende konkurranse innenfor alle de syv segmentene, og det er derfor ikke overraskende at Telenor forsøker å trenere eller stoppe vedtaket. Etter Telavox' oppfatning føyer dette seg inn i et mønster hvor Telenor bruker departementet og klageadgangen på en uheldig måte.

Telenors anmodning om utsatt iverksettelse av deler av det kommende Marked 15-vedtaket har klare paralleller til Telenors adferd i forbindelse med det gjeldende Marked 15-vedtaket. Den gang oppnådde Telenor gjennom anmodning om utsatt iverksettelse av vedtaket som gjaldt alternative prisstrukturer at vedtakets forpliktelser vedrørende bulkprising aldri ble gjennomført i inneværende reguleringsperiode. Klagesaken om bulkprising er ennå ikke avgjort av departementet, selv om det er gått over fire år siden klagen ble sendt. Det må veie tungt at dette ikke skal gjenta seg for den kommende reguleringsperioden, noe det gjøres nærmere rede for i punkt 3 nedenfor.

Kravet til positiv bruttomargin i bedriftsmarkedet på et mindre aggregert nivå vil ikke medføre en betydelig ulempe for Telenor vurdert opp mot de sterke konkurransefremmende virkningene kravet som følger av vedtaket medfører. De påståtte virkningene som Telenor beskriver i sin begrunnelse, er dessuten uriktige og udokumenterte. Dette vil det bli gjort nærmere rede for i punkt 4 nedenfor.

Telenor har per i dag ikke innlevert klage på vedtaket etter det Telavox er kjent med. Når den begrunnelsen som Telenor har gitt for anmodningen om utsatt iverksettelse er så svak og udokumentert – og konsekvensene for konkurransen, for bedriftskunder og for Telenor sine konkurrenter, som Telavox, ved en utsatt iverksettelse er svært negative – er det særlig betenkelig å innvilge utsatt iverksettelse av syv-segment-testen.

Telavox ber derfor om at Telenors anmodning om utsatt iverksettelse ikke tas til følge.

3 TELENOR HAR EN BEVISST STRATEGI PÅ Å TRENERER MYNDIGHETENES VEDTAK

Som Telavox har gjort rede for i punkt 3 i Telavox' høringsuttalelse av 14. mai 2023 til Nkoms markedsanalyse, så medførte Telavox' oppkjøp av eRate og Telavox' migrering til MVNO en styrking av Telavox' konkurransekraft i det norske markedet. Dette er noe som det nye Marked 15-vedtaket anerkjenner flere steder. Anmodningen om utsatt iverksettelse synes først og fremst båret av en generell treneringsstrategi fra Telenors side overfor Nkoms vedtak, hvor en søker å utnytte forvaltningens svært lange saksbehandlingstid i denne typen klagesaker. Som redegjort for under, har departementet etter fire år ennå ikke tatt stilling innføring av bulkpriser. Når det gjelder klagen på Telenors fjerning av volumrabatter i tilgangsavtaler i 2020 tok det tre år før departementet endelig forkastet Telenor sin klage.¹

Konkurransepresset fra Telavox sin grossistvirksomhet og Telavox sine kunders virksomhet i sluttbrukermarkedene (f.eks. Unifon) er noe Telenor er meget bevisst, og noe som Telenor forsøker å forhindre gjennom uforutsigbare og ugunstige rammebetingelser.

Saken om utsatt iverksettelse av innføring av bulkpriser i 2020 som følge av Telenors klage, er fortsatt til behandling hos Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet (tidligere Kommunal- og distriktsdepartementet) og er ennå ikke avgjort. Telavox har ikke blitt orientert om videre saksbehandling og forventet saksbehandlingstid, slik forvaltningsloven krever. Etter Telavox' syn er denne uavklarte situasjonen et paradoks sammenholdt med formålene med det felles-europeiske

¹ Kommunal- og distriktsdepartementet (KDD) opprettholdt i vedtak av 17. august 2023 Nkoms vedtak i klagesaken vedrørende Telenors ensidige fjerning av volumrabatter i tilgangsavtaler i 2020. Etter at Telenor ensidig fjernet volumrabatter med virkning fra august 2020, fattet Nkom vedtak om retting den 10. november 2021, hvor Telenor ble pålagt å gjeninnføre de opprinnelige volumrabbattene i tilgangsavtalene med Telavox. Telenors klage på dette vedtaket ble forkastet i KDDs vedtak av 17. august 2023.

harmoniserte telekomregelverket. Telavox minner om at norske myndigheter har plikt til å oppfylle forpliktelsene om å "sikre en effektiv håndhevelse" av dette regelverket.²

Den lange saksbehandlingstiden

Dersom departementet velger å imøtekomme Telenors anmodning om utsatt iverksettelse, vil dette medføre negative konsekvenser i form av ytterligere redusert konkurranse i bedriftsmarkedet på ubestemt tid. Med en historisk saksbehandlingstid på over fire år, medfører en imøtekommelse av Telenors anmodning at bedriftsmarkedet i praksis ikke vil ha en fungerende tilgangsregulering i kommende reguleringsperiode.

Digitaliserings- og forvaltningsdepartementets må hensynta disse betydningsfulle negative konsekvensene i behandlingen av Telenors anmodning om utsatt iverksettelse.³

4 VEDTAKET VIL IKKE MEDFØRE EN BETYDELIG ULEMPE FOR TELENOR VURDERT OPP MOT DE STERKE KONKURRANSEFREMMEDE VIRKNINGENE SOM OPPNÅS

4.1 Innledning og oversikt

Forvaltningsloven § 42 legger opp til en bred skjønnsmessig vurdering hvor ulike momenter hensyntas og avveies. Det sentrale vurderingstemaet i denne saken er om vedtaket vil medføre en betydelig ulempe for Telenor vurdert opp mot de sterke konkurransefremmende virkningene som oppnås i det offentlige og berørte tredjeparters interesse.

I det følgende redegjøres først for at syv-segment-testen er nødvendig for å sikre effektiv konkurranse i bedriftsmarkedet. Etter dette gjennomgår vi Telenors begrunnelse for utsatt begrunnelse, herunder redegjør vi for at de påståtte virkningene om usikkerhet i marginer i hvert segment og virkinger i grossistmarkedet er uriktige. Den addisjonelle effekten av syv-segment-testen fremstår heller ikke som særlig byrdefull for Telenor. Telenors anførsler om angivelig reversibilitet og uopprettelig skade av syv-segment-testen kan Telenor ikke høres med, ettersom tiltaket ikke har noen faktisk begrunnet skadevirkning.

² Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2018/1972 art 6 nr. 2 sier at "Member States shall ensure that national regulatory and other competent authorities exercise their powers impartially, transparently and in a timely manner" (vår understreking). Dette gjelder også i klagesaker som omtales i direktivets art. 31.

³ Professor Johan Greger Aulstad drøfter dette i relasjon til søksmål som normalt tar lengre tid enn klagebehandling av vedtak i punkt 3.6.3 i en artikkel i Jussens Venner 2010 s. 323-367. Han skriver blant annet med henvisning til Arvid Frihagen, Forvaltningsloven kommentarutgave, 2. utgave 1986 s. 985-986 at det som følge av dette: "*Det vil imidlertid nesten alltid ta lenger tid å få avgjort et søksmål enn en klage til overordnet forvaltningsorgan. Å beslutte utsatt iverksettelse vil derfor normalt ha større praktiske og økonomiske konsekvenser ved søksmål enn ved forvaltningsklage, noe som kan tilsi at forvaltningen ved sin vurdering bør utvise større forsiktighet med å beslutte oppsettende virkning ved søksmål.*" Synspunktene til Aulstad gjør seg tilsvarende gjeldende i saker som den foreliggende, hvor det er ventelig at en klagebehandling trekker ut i tid. Slik Telenors klage er begrunnet, og hensyntatt de betydelige negative økonomiske konsekvensene en utsatt iverksettelse har for Telavox, tilsier disse synspunktene at utsatt iverksettelse ikke bør innvilges.

Samlet sett innebærer dette at hensynene som taler mot utsatt iverksettelse klart veier tyngre enn hensynene som taler for utsatt iverksettelse.

4.2 Segmentert marginskvistest er nødvendig for effektiv konkurranse i bedriftsmarkedet

Som beskrevet på side 10-11 i Vedlegg 2 til Nkoms vedtak av 9. april 2024, legger Nkom opp til at abonnementet "Bedrift Total" i marginskvistester segmenteres inn til sju kategorier basert på antall abonnement per bedrift. Telenor ber om utsatt iverksettelse av denne delen av vedtaket.

Telavox har inntrykket av at priser og innhold på "Bedrift Total" varierer vesentlig mellom store og mindre bedriftskunder – slik at disse i praksis er å anse som ulike abonnenter til tross for at de er markedsført under samme navn og varemerke. Dette underbygger at det bør gjøres en form for segmentering av kundene for å hensynta variasjonen i abonnementer i bedriftsmarkedet – slik at en justert EEO ("Equally Efficient Operator") kan konkurrere om samtlige av Telenors bedriftskunder.

Under gjeldende Marked 15-vedtak kan større tilgangskjøpere riktignok oppnå marginalt positive marginer på et gjennomsnitt av "Bedrift Total"-kunder. Gjennomsnittet er imidlertid lite representativt for særlig de mer attraktive kundesegmentene. Telavox opplever at tilgangskjøpere har begrenset mulighet til å oppnå lønnsomhet særlig på de største kundene. Resultatet blir at Telenors har en fordel i å konkurrere om disse attraktive kundene, uten at det er begrunnet i underliggende kostnadsforhold. Det gjør at resultatet av konkurransen er ugunstig sett fra et samfunnsøkonomisk effektivitetshensyn, ved at ikke de mest effektive aktørene nødvendigvis vinner i konkurransen. Dette er også et problem som Nkom pekte på i Marked 15-vedtaket av 14. mai 2020 (vedlegg 2, side 10). Det nye Marked 15-vedtaket retter dermed opp i denne svakheten fra innværende reguleringsperiodene. Skjerpelsen vil dermed bidra til at tilgangskjøpere kan utøve et sterkere konkurransepress mot Telenor i bedriftsmarkedet. Konkurransen på bedriftsmarkedet har ikke blitt nevneverdig forbedret i innværende reguleringsperiode. Telenor har fortsatt svært høye markedsandeler, og i motsetning til i privatmarkedet har ikke Ice lyktes i å oppnå markedsandeler av betydning innen mobiltelefoni til bedriftskunder.

Telenor har dermed en større grad av markedsrett i bedriftsmarkedet enn i privatmarkedet, en posisjon som Telenor blant annet gjennom anmodningen om utsatt iverksettelse forsøker å opprettholde.

4.3 Innsigelser til Telenors begrunnelse for anmodningen om utsatt iverksettelse

4.3.1 Uriktig anførsel om usikkerhet og at prisforpliktelser blir påvirket av enkeltkunder

Telenor anfører for det første at Telenor har et begrenset antall kunder i enkelte av de syv segmentene, slik at resultatet av marginskvistesten vil kunne bli påvirket av marginer på enkeltkunder. For det andre beskriver Telenor at det er vanskelig å estimere fremtidig forbruk ettersom det inngås lange kontrakter på 2-3 år. For nye kunder hevder Telenor at en må basere seg på kundens egne estimater om fremtidig forbruk. Telenor mener samlet sett at usikkerheten i marginbildet er for stor til at de er egnet for en marginskvistest.

Telenor sin beskrivelse av usikkerhet og påstand om at prisforpliktelser påvirkes av enkeltkunder er ikke riktig. De segmentene der Telenor har et begrenset antall bedriftskunder gjelder i hovedsak bedriftskundene med mange abonnementer. Elementær statistisk kunnskap tilsier at det er betydelig lavere usikkerhet og variasjon om gjennomsnittlig forbruk for bedriftskunder med mange

abonnementer sammenlignet med bedriftskunder med få abonnementer. Eksempelvis vil det samlede og gjennomsnittlige forbruket til en bedriftskunde med 1000 abonnementer være forutsigbart og variere lite – selv om man skulle ha få kunder med mer enn 1000 abonnementer. For de minste bedriftssegmentet som Nkom foreslår (mindre enn 50 abonnement) er det uansett så mange bedriftskunder at det ikke vil være en samlet usikkerhet av betydning.

Det er videre ikke troverdig at Telenor for nye kunder må basere seg på kundens egne estimater om fremtidig forbruk. Telenor besitter svært gode forbruksdata på sin kundeportefølje som gjør at Telenor også kan estimere forbruket for nye bedriftskunder med en lav grad av usikkerhet. Eksempelvis kan Telenor estimere forbruket for en ny kunde med å sammenligne med forbruket til eksisterende kunder med lignende karakteristika (antall ansatte, geografisk plassering, bransje etc.). På generell basis fremstår det som urealistisk at en sofistisert aktør som Telenor i budsjetteringen baserer seg på anslag fra kunde (som verken har evne eller insentiv til å gi Telenor presise estimater) fremfor å estimere dette selv. Det er ikke tvilsomt at Telenor er i langt bedre stand til å estimere en bedriftskundes fremtidige forbruk enn kunden selv er i stand til.

4.3.2 Uriktig anførsel om skade for bedriftskundene og det tredje nettet

Telenor anfører at den nye reguleringen kan lede til at Telenor må sette ned grossistprisene, som i sin tur angivelig kan begrense Lyse Tele/Ice sin evne til å konkurrere om grossistkunder.

Anførselen er feil og fremstår dessuten som udokumentert. Lyse Tele/Ice sin begrensede konkurransevne i grossistmarkedet knytter seg etter Televox vurdering til faktisk og opplevd kvalitet i nettet (hvor bedriftskunder stiller særlig høye krav). Dette har ingenting med Telenor sine grossistpriser å gjøre. Uansett kan det ikke være et argument at Telenor skal holde høye priser i grossistmarkedet slik at Lyse Tele/Ice eller andre oppnår lønnsomhet i sin virksomhet. En slik form for konkurranse vil etter Televox oppfatning ikke være konkurranse som fører til effektiv ressursbruk i samfunnet, og være i strid med ekomlovens formål.

Telenor gir videre enn korrekt beskrivelse av høye krav om kvalitet og skreddersøm fra B2B-kunder, og at det kun er et fåtall av mobiloperatører som klarer å tilfredsstille slike krav. I dag er i hovedsak kun Telia (Phonero) og Telavox' tilgangskjøper Unifon (inkl. tidligere Nortel) som utøver et reelt konkurransepress på slike kravstore kunder. Dette underbygger nettopp, som påpekt ovenfor, nødvendigheten av en mer treffsikker marginsskvistest – som sikrer at Unifon/Telavox kan oppnå lønnsomhet på store og kravstore bedriftskunder og dermed bidra til mer effektiv konkurranse i form av bedre produkter og lavere priser.

4.3.3 Uriktig anførsel om at Telenor vil avstå fra å konkurrere i storkundesegmentet

Telenor anfører videre at reguleringen vil hindre Telenor fra å konkurrere like effektivt om store bedriftskunder som i dag. Det er ikke riktig. Den foreslåtte reguleringen vil derimot føre til at Telenor må konkurrere mer aggressivt som følge av at Telenor vil møte konkurranse i alle kundesegment. Dette forklarer også hvorfor Telenor ikke ønsker endringen i testen. I fravær av marginsskvistester spesifikt rettet mot store bedriftskunder er tilgangskjøpere som Unifon/Telavox ofte satt i marginsskvist – noe som begrenser Telenor sitt insentiv til å konkurrere aggressivt om disse kundene. Dersom reguleringen tilrettelegger for at også tilgangskjøpere kan konkurrere om store bedriftskunder, vil dette også disiplinere Telenor og gi Telenor insentiver til å konkurrere mer aggressivt i bedriftsmarkedet. Dette er til fordel for bedriftskundene i form av både økt valgfrihet, høyere kvalitet på tjenestene og lavere priser.

4.3.4 Syv-segment-testen er ikke byrdefull for Telenor

Telenor synes å hevde at syv-segment-testen vil være særlig ressurskrevende i form av innhenting av detaljerte kundedata og månedlig intern marginskvistesting. Ved vurderingen av Telenors anførsel, er det av betydning å merke seg at Telenor kun ber om utsatt iverksettelse om én spesifikk type marginskvistest, og ikke marginskvisreguleringen som helhet. Det er dermed kun den addisjonelle effekten av syv-segment-testen "på toppen" av annen regulering som er relevant i vurderingen av "byrden" som pålegges Telenor.

Ettersom marginskvisreguleringen uansett innebærer både innhenting av detaljerte kundedata og interne og hyppige marginskvistester for Telenor, kan ikke ressursbruken som kommer i tillegg som følge av syv-segment-testen være særlig omfattende.

4.4 Reversibilitet

Telenor anfører at angivelige negative virkninger på konkurransen om de største bedriftskundene, samt det tredje nettets mulighet til å etablere seg som konkurrent i bedrifts- og grossistmarkedene er uopprettelige dersom vedtaket ikke gis utsatt iverksettelse.

Ettersom det påståtte om angivelig skade er uriktig, kan videre anførsler om reversibilitet heller ikke føre frem.

Dersom man skulle forutsette negative administrative virkninger for Telenor, er disse uansett små – og veies opp med positive virkninger på konkurransen i bedriftsmarkedet hvor Telenor i dag er en dominerende aktør.

Dersom man (uriktig) skulle forutsette negative virkninger på konkurransen, slik om Telenor hevder, så vil en slik negativ konkurransevirkning uansett være begrenset. Vi peker her på syv-segment-testen kun innebærer en mindre justering fra dagens marginskvistest – og potensialet for negative virkninger er dermed begrenset. Vi vil igjen da også påpeke at Nkom har identifisert store konkurranseproblemer i dette markedet der Telenor er en dominerende aktør. Potensialet for en ytterligere forverring av konkurransen er dermed strengt tatt begrenset. Endelig har kommende reguleringsperiode en varighet på tre år. Sett i sammenheng med at syv-segment-testen innebærer en svært liten justering, er det det dermed begrenset hvor store skadevirkninger som hypotetisk kan oppstå i en så kort tidsperiode.

4.5 Oppsummering

De konkurransefremmende virkningene ved syv-segment-testen er vesentlige, og Telenors anførte ulemper er ubetydelige. Dette må innebærer at Telenors anmodning om utsettelse ikke tas til følge.

Skadevirkningene av utsatt iverksettelse er dessuten store, fordi myndighetene beviselig ikke evner å ta stilling til klagesaker og sentrale deler av vedtak derfor blir uvirksomme.

5 AVSLUTTENDE MERKNADER

Opplysningene merket i gult er opplysninger som bes unntatt offentlighet, jf. forvl. § 13 nr.2.

Vi er tilgjengelige for spørsmål og kommentarer som departementet måtte ha, og vi inviterer oss også til et møte med departementet for å utdype og å diskutere våre synspunkter nærmere.

Med vennlig hilsen

Telavox

Ove Vik

Senior Vice President