



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO

Vår ref.: 1504996 - 40
Vår dato: 19.10.2016

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: IVO, MFE, OSU, FSR, MMA

Delvis unntatt fra offentlighet
iht offl § 13, fvl. § 13 og § 19

Oversendelse av Telenors klage på Nkoms vedtak i tidligere marked 15

Vedlagt oversendes klage fra Telenor Norge AS (Telenor) datert 19. august 2016. Klagen gjelder Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 1. juli 2016 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 16. september 2015 vedtak om utpeking av tilbyder 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 16. september 2015. (I det følgende omtalt som varselet.)

Nkom mottok høringssvar fra Chili Mobil AS (Chili Mobil), ICE Norge AS og ICE Communication Norge AS (ICE), Konkurransetilsynet, TDC AS og Get AS, Telenor ASA (Telenor), Telia Norge AS (Telia) og en aktør som av konkurransemessige årsaker ønsket å være anonym. I tillegg mottok Nkom etter høringsfristen en rapport skrevet på oppdrag fra Telenor. Rapporten inneholder en vurdering av markedsanalysen og varsel om vedtak og er utarbeidet av Espen R. Moen og Christian Riis i Oeconomica DA. Etter høringen hadde Nkom kommunikasjon med Telenor for å avklare forståelsen av kravet til bruttomargintester, samt at Nkom ba Telenor gjøre rede for enkelte forhold som andre aktører hadde tatt opp i sine høringsinnspill.

Vedlegg 2: Kommentarer til varsel om vedtak og innhentet tilleggsinformasjon.

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 oversatt til engelsk og notifisert ESA 11. mai 2016, jf. ekomloven § 9-3. Utkastet til vedtak ble samtidig lagt ut på Nkoms hjemmeside.

Vedlegg 3: Oversendelsesbrev til ESA, samt utkast til vedtak med tilhørende vedlegg 11. mai 2016.

ESA ba Nkom om mer informasjon i tilknytning til notifiseringen i brev 25. mai og epost 8. juni 2016. Nkom besvarte forespørselen henholdsvis 30. mai og 10. juni 2016.

Vedlegg 4: ESAs forespørsel om mer informasjon 25. mai 2016.

Vedlegg 5: Nkoms svar på forespørsel om mer informasjon 30. mai 2016.

Vedlegg 6: ESAs forespørsel om mer informasjon 8. juni 2016

Vedlegg 7: Nkoms svar på forespørsel om mer informasjon 10. juni 2016.

Nkom mottok ESAs kommentarer til markedsanalyse og foreslått virkemiddelbruk i brev 13. juni 2016.



Vedlegg 8: ESAs kommentarer 13. juni 2016 til Nkoms utkast til vedtak.

Etter muntlig forespørsel fra Nkom informerte Telenor om behovet for implementeringstid i brev 27. juni 2016. Brevet inneholdt også en redegjørelse fra Telenor på deres forståelse av enkelte forpliktelser i utkast til vedtak.

Vedlegg 9: Telenors brev til Nkom 27. juni 2016 vedrørende behovet for implementeringstid og deres forståelse av 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 1. juli 2016 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 10: Nkoms vedtak 1. juli 2016 med vedlegg.

Nkom besvarte Telenors brev vedrørende deres forståelse av forpliktelsene i vedtaket 21. juli 2016.

Vedlegg 11: Nkoms tilbakemelding 21. juli 2016 på Telenors brev fra 27. juni 2016 med vedlegg.

Telenor påklaget 19. august 2016 vedtaket

Vedlegg 12: Telenors klage 19. august 2016.

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 den mottatte klagen på vedtaket. Klagen ble også lagt ut på Nkoms hjemmeside 25. august 2016. Partene fikk 3 ukers frist til å kommentere klagen.

Nkom har ved fristens utløp mottatt kommentarer fra Get TDC.

Vedlegg 13: Kommentarer til Telenors klage fra Get TDC. 15. september 2016.

2. Telenors klage

2.1. Innledning

Telenor anfører prinsipalt at vedtaket er ugyldig. Telenor mener vedtaket mangler rettslig grunnlag i ekomloven, at Nkom ikke har dokumentert eller sannsynliggjort at vilkårene for regulering (tre-kriterie-testen) er oppfylt, i tillegg til at vurderingene bygger på feil faktum. Nkom har i følge Telenor heller ikke sannsynliggjort at Telenor har sterk markedsstilling.

Subsidiært ber Telenor Samferdselsdepartementet om å rette opp i forholdene som påklages og fatte nytt vedtak. Telenor mener flere av de vedtatte forpliktelsene mangler hjemmel, at de ikke er tilstrekkelig begrunnet, at behovet for pliktene ikke er dokumentert og at konsekvensene ikke er tilstrekkelig utredet. Videre er forpliktelsene heller ikke forholdsmessige, og enkelte av forpliktelsene er i strid med grunnleggende krav til klarhet og forutsigbarhet.

Nkom oppsummerer nedenfor hovedpunktene i Telenors klage og i kommentarene fra Get TDC, og gir sin vurdering av hvert punkt.

2.2. Forlenget klagefrist

Grunnlag

Telenor viser i klagens innledning til at Nkom avslo deres anmodning om forlenget svarfrist og hevder at dette var meget uheldig, ugrunnet og i strid med grunnleggende krav til kontradiksjon og forsvarlig saksbehandling. Telenor mener de grunnet ferieavvikling kun har hatt 10-15 dager å utforme klagen på vedtaket.

Nkoms vurdering

Nkom vurderte behov for forlenget klagefrist jf. forvaltningsloven § 29 da vedtaket ble fattet 1. juli 2016. På grunn av vedtakets omfang og den forestående sommerferieavviklingen mente Nkom at det var grunnlag for en forlenget klagefrist utover tre uker som er hovedregelen i forvaltningsloven § 29 første ledd. Fristen ble derfor satt til syv uker fra vedtakstidspunktet. I tillegg til forlenget klagefrist har Telenor hatt god tid til å sette seg inn utkastet til vedtak som ble notifisert til ESA 11. mai 2016. De materielle endringene etter notifiseringen var relativt begrensede. Endringene fremgår av vedtakets kapittel 1. Telenor fikk dessuten på forespørsel oversendt et dokument som viser endringer fra notifisert utkast til vedtak til endelig vedtak. Nkom er derfor ikke enig i Telenors anførsler vedrørende klagefrist og mener klagen ikke bør føre frem.

2.3. Markedsavgrensningen

Grunnlag

Telenor mener at markedsavgrensningen ikke er gjort etter samme fremgangsmåte som i konkurranseretten, særlig hva gjelder vurderingen av tilbudssidesubstitusjon. Det faktiske grunnlaget er sviktende og til dels uriktig.

Bedrifts- og privatabonnement

Telenor mener det ikke er grunnlag for å skille mellom bedrifts- og privatabonnement og at det er i strid med praksis fra Kommisjonen. Telenor viser til at hoveddelen av bedrifter i Norge ikke benytter anbudsprosesser, behovet for kundeservice skiller seg ikke fra privatkunder og mange bedrifter velger å benytte privatabonnement. Videre argumenterer Telenor for at en tilbyder i privatmarkedet, relativt raskt og uten at det påløper store kostnader, vil kunne tilby tjenester til bedrifter.

Mobilt bredbånd (MBB)

Telenor mener videre at det ikke er grunnlag for å definere mobilt bredbånd som egne sluttbrukermarked, dette er i strid med praksis fra Kommisjonen. Telenor mener først og fremst at Nkom ikke har vurdert muligheten for tilbudssidesubstitusjon. Videre er Nkoms vurdering av etterspørselssubstitusjon inkonsistent og basert på feil faktisk grunnlag. Telenor mener også at Nkoms konklusjon om at mobilt bredbånd til private og bedrifter utgjør to separate markeder ikke i særlig grad er dokumentert eller sannsynliggjort. Det medfører ikke riktighet at det er ulike tilbydere tilstede i disse to segmentene.

M2M-kommunikasjon

Telenor mener Nkom ikke har dokumentert eller sannsynliggjort at M2M-tjenester i mobilnettet ikke inngår i samme sluttbrukermarked som telefonikoblede tjenester. Telenor mener det er tilbudssidesubstitusjon mellom disse tjenestene, og videre at Nkom ikke har hensyntatt prispress fra alternative teknologier og utenlandske aktører. Når det gjelder grossistmarkedet, hvor Nkom har inkludert tilgang for M2M-tjenester over mobilnett, mener også Telenor at Nkom har unnlatt å vurdere betydningen av konkurrerende teknologier og utenlandske grossistkunder som vil tilby M2M-kommunikasjon basert på internasjonal gjesting. Telenor mener dette vil kunne ha betydning for den geografiske avgrensningen av det relevante markedet, slik at dette må utvides utover Norge.

Get TDC er uenig i Telenors materielle kritikk av Nkoms avgrensning av de ulike sluttbrukermarkedene, men går ikke nærmere inn på de rettslige og faktiske anførselene hva gjelder avgrensningen.

Nkoms vurdering

Nkom mener at markedsavgrensningen er gjort etter samme fremgangsmåte som konkurranseretten, herunder er tilbudssidesubstitusjon vurdert¹. Når det gjelder Telenors henvisning til praksis i EU, med eksempler fra en rekke oppkjøpssaker hvor det relevante markedet er definert svært bredt, må imidlertid formålet med markedsavgrensningen tas i betraktning. I flere av disse sakene gir Kommisjonen uttrykk for at det i den aktuelle saken ikke er behov for å segmentere markedet ytterligere ettersom det ikke vil endre deres konkurranseanalyse². Nkom har et annet formål med markedsavgrensningen og mener det er behov for en mer segmentert avgrensning av sluttbrukermarkedet for bedre å kunne avbøte potensielle og aktuelle konkurranseproblemer. De refererte sakene kan således ikke anses som bindende for Nkoms markedsavgrensning. Det fremgår også av Rammedirektivet artikkel 15 og ESAs Retningslinjer punkt 26 at tidligere avgrensning av et marked i tilknytning til saker behandlet under konkurranseretten ikke skal være førende for ESAs eller nasjonale tilsynsmyndigheters markedsavgrensning.

Nkom har i lys av kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) om avgrensning av det relevante markedet³ lagt hovedvekt på etterspørselssidesubstitusjon:

«Ved avgrensning av det relevante marked anses etterspørselssubstitusjon fra et økonomisk synspunkt å ha den mest umiddelbare og effektive disiplinerende virkning på leverandører av et gitt produkt, særlig med hensyn til prisfastsettelsen. [...] En markedsavgrensning består derfor i hovedsak i å fastslå hvilke reelle alternative forsyningskilder de aktuelle foretakenes kunder har, både med hensyn til varer/tjenester og leverandørenes geografiske beliggenhet.»

Når det gjelder skille mellom privat- og bedriftskunder, har Nkom i foregående analyser hatt en bred avgrensning hvor begge grupper omfattes av det samme sluttbrukermarkedet. Nkom har imidlertid sett behov for en mer nyansert tilnærming på grunn av ulike konkurranseforhold. Telenor mener imidlertid at avgrensningen bygger på feil faktisk grunnlag og fremhever at bedriftskundenes behov for kundeservice ikke avviker fra privatsegmentet, herunder at de ikke stiller større krav til tilgjengelighet for kundeservice. Et søk på Telenors hjemmeside viser imidlertid at selskapet har døgnåpen kundeservice for bedriftskunder og at bedriftskunder, herunder også småbedrifter, får personlig service gjennom egen kontaktperson (med eget telefonnummer og e-postadresse). For privatkunder er kundeservice stengt fra kl. 20. Dette

¹ Det vises for eksempel til vurderinger i vedtakets avsnitt 79, 86 og 95.

² Se for eksempel COMP/M3530 TeliaSonera AB/Orange AS punkt 13 eller COMP/M3245 Vodafone/Singlepoint

³ EØS-tillegget til De Europeiske Felleskaps Tidende, 16. juli 1998 og Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan om avgrensning av det relevante markedet, punkt 13. Denne kunngjøringen har også vært veiledende for Konkurransetilsynet i deres vedtak V2015-1 i foretakssammenslutningen mellom TeliaSonera AB og Tele2.

viser at tilgjengeligheten for kundeservice er ganske annerledes for bedriftskunder enn for privatkunder.

Når det gjelder tilbudssidesubstitusjon mellom privat- og bedriftsmarkedet, er Nkom åpen på at det ikke finnes en helt entydig og klar konklusjon. Som beskrevet i markedsanalysen, vil tilbudssidesubstitusjon være relevant dersom den har samme umiddelbare og direkte virkning som etterspørselssubstitusjon. Kostnadene og forsinkelsene (ifm. markedsføring, testing av nye tjenester etc.) ved å endre markedssatsning, kan imidlertid begrunne at virkningen av tilbudssidesubstitusjon ikke blir tilstrekkelig umiddelbar og direkte til å anse privat- og bedriftsprodukter som ett sluttbrukermarked. Nkom mener videre at ulike konkurranseforhold i de to delmarkedene, som for eksempel tilstedeværelse av ulike tilbydere, taler for at det ikke er tilstrekkelig grad av substitusjon mellom dem og at det dermed er grunnlag for å vurdere privat- og bedriftsmarkedet som to separate sluttbrukermarkeder.

Nkom viser også til Konkurransetilsynets vedtak V2015-1⁴ hvor tilsynet mente at en del momenter talte for at det kunne avgrenses egne produktmarkeder for salg til privat- og bedriftskunder, men at tilsynet i den aktuelle saken likevel ikke hadde behov for å ta endelig stilling til spørsmålet. Videre vises det til ESAs Statement of objections⁵ ESA konkluderer med å skille mellom salg til privat- og bedriftskunder både for salg av mobilt bredbånd og tradisjonell mobiltelefoni i sluttbrukermarkedet.

Når det gjelder avgrensingen av dedikerte mobile bredbånd som separate tilgrensende markeder (for hhv privat- og bedriftsmarkedet), mener Nkom analysen har en tilstrekkelig vurdering av tilbudssidesubstitusjon. Også her vises det til at omstillingen fra kun å tilby dedikerte abonnement for mobilt bredbånd til å tilby tradisjonelle mobilabonnement vil ha kostnader og forsinkelser som medfører at virkningen av omstillingen antakelig ikke har tilstrekkelig umiddelbare og direkte effekter. Nkom anerkjenner imidlertid at disse grensene vil kunne viskes ut over tid, men mener det innfor analysens tidshorisont er grunnlag for å anse markedene for mobilt bredbånd som separate, men tilgrensende markeder. Når det gjelder grunnlaget for å definere to adskilte sluttbrukermarkeder for mobilt bredbånd, henholdsvis privat- og bedriftskunder, viser Nkom til vurderingen i analysens kapittel 2.3.11.4. I tilknytning til tilbudssidesubstitusjon vil det være de samme kostnadene og forsinkelsene ved endret markedssatsning som nevnt ovenfor.

⁴ Konkurransetilsynet: Vedtak V2015-1 – TeliaSonera AB (publ) – Tele2 Norge AS/Network Norway AS – konkurranse-loven § 16 jf. § 20 – inngrep mot foretakssammenslutning punkt 128

⁵ Statement of objections of 1 February 2016 against Telenor ASA Telenor Norge AS, Case No 71480 Telenor. Kapittel 8.3.1.4, samt pressemelding: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/competition/nr/2635>

Videre er det slik at utgangspunktet for markedsavgrensningen er det tradisjonelle telefonikoplede produktet. Det relevante spørsmålet ved tilbudssidesubstitusjon er således om aktører som tilbyr dedikerte abonnement for mobilt bredbånd kan vri sin produksjon til å tilby produktet som er utgangspunktet for analysen og med dette gi grunnlag for en utvidelse av det opprinnelige produktmarkedet. Telenors innfallsvinkel er motsatt, og innebærer at selskapet vurderer «den disiplinerende effekten tilbydere av ordinære mobilabonnement har på prisen for mobil bredbånd». Nkom kan ikke se at den problemstillingen er relevant for avgrensningen av det tradisjonelle telefonikoplede produktet. Tilsvarende er det i vurderingen av etterspørselssidesubstitusjon spørsmål om markedet for det tradisjonelle telefonikoplede produktet kan utvides som følge av at kundene oppfatter andre produkter som substitutter. Når Telenor anfører at «håndsett kan enkelt erstatte den modemfunksjonalitet man får fra mobilt bredbånd», er dette ikke relevant for spørsmålet om det opprinnelige produktmarkedet kan utvides.

Nkom viser for øvrig også her til at Konkurransetilsynet i sitt vedtak V2015-1⁶ ikke tok stilling til spørsmålet om mobilt bredbånd skulle avgrenses som et eget sluttbrukermarked, men avsluttet sin vurdering med å oppgi at en del momenter taler for å avgrense mobilt bredbånd til et eget produktmarked.

Nkom finner heller ikke at Telenors argumentasjon knyttet til M2M-tjenester er egnet til å endre konklusjonen i vedtaket. Når det gjelder tilbudssidesubstitusjon, gjelder samme begrensninger med tanke på kostnader og forsinkelse som nevnt ovenfor. Nkom har videre ikke anledning til å definere grenseoverskridende markeder, slik Telenor antyder det er grunnlag for. Telenors øvrige kommentarer ble også fremsatt til varsel om vedtak og er dermed allerede vurdert i vedtakets vedlegg 3. Det fremkommer her at Nkom anerkjenner at sluttbrukermarkedet for M2M-kommunikasjon over mobilnett kan være disiplinert av tjenester tilbudt over andre teknologier og internasjonale aktører, men at Telenors svært høye markedsandel nasjonalt indikerer at selskapets posisjon i dette markedet i liten grad synes å være disiplinert.

Konkurransetilsynet tok i det nevnte vedtaket heller ikke stilling til hvorvidt M2M-tjenester skulle inngå i det relevante markedet eller avgrenses som et eget marked, men mente at enkelte momenter talte for å avgrense et eget produktmarked.

⁶ Konkurransetilsynet: Vedtak V2015-1 – TeliaSonera AB (publ) – Tele2 Norge AS/Network Norway AS – konkurranseloven § 16 jf. § 20 – inngrep mot foretakssammenslutning punkt 121

2.4. Tre-kriterie-testen

Grunnlag

Etter **Telenors** oppfatning vektlegger Nkom i liten grad de sentrale forhold i en konkurranseanalyse og som viser at markedet er preget av konkurranse. Telenor hevder at Nkom ikke tar inn over seg og vektlegger endringene i markedet som følge av Telias kjøp av Tele2 og tilgangsavtalen som ble inngått mellom Telia og ICE. Etter Telenors oppfatning har Nkom ikke dokumentert og godtgjort at tre-kriterie-testen er oppfylt.

Telenor viser til deres kommentarer til høringen av varsel om vedtak, og trekker frem de forholdene som Telenor mener Nkom ikke har hensyntatt og som fører til at analysen er ufullstendig og ikke dokumentert.

Ifølge Telenor vil utgangspunktet for å vurdere om det fortsatt er behov for sektorspesifikk tilgangsregulering være en analyse av sluttbrukermarkedet. Etter Telenors oppfatning er konkurransen sterkere nå enn ved forrige analyse i 2010, og selskapet fremhever at sluttbrukerprisene er fallende. Telenor viser til beregninger fra RBC Capital som basert på data fra Eurostat 2014, viser at den prosentvise andelen av nettolønnen som benyttes til ekomtjenester i Norge er lavere sammenlignet med andre land i Europa.

Når det gjelder ICEs tilstedeværelse i markedet, påpeker Telenor at Nkom må legge til grunn markedsstrukturen slik den er på tidspunkt for analysen ved framoverskuende analyse, uavhengig av om det er organisk vekst eller oppkjøp som har ført til at den har blitt slik. I tillegg mener Telenor at det særlig må legges vekt på at ICE har etablert seg som nettverksoperatør og vist at selskapet har finansielle muskler og salgssuksess. Telenor mener ICE har gitt og forventer å bidra til økt konkurranse i både grossist- og sluttbrukermarkedet i analysens tidshorisont.

Telenor mener også at Nkom feilaktig bruker klager fra tilgangskjøpere som bevis for å underbygge at konkurransen er begrenset og at Telenor kan utøve markedsrett. Det at tilgangskjøpere klager til Nkom over vilkårene de oppnår hos Telenor, er ikke bevis for at vilkårene faktisk er konkurransebegrensede. Telenor viser her til rapport utarbeidet av Christian Riis og Espen R. Moen hvor det fremgår at «Hvis eksterne leverandører kan betjene sluttkundene mer effektivt, eller utvikle nye konsepter og tjenestetilbud som øker trafikken i nettet, så har Telenor kommersielle interesser i å inngå kontrakter som realiserer gevinstene.»

Slike økonomiske vurderinger ble ifølge Telenor også vektlagt i EU-kommisjonens veto mot FICORAs pålegg av SMP-plikter på TeliaSonera i 2004.⁷

Forøvrig mener Telenor at Nkom i liten grad vektlegger konkurransen fra OTT-aktører. Telenor viser til at ekom-markedet er kjennetegnet av stor grad av innovasjon og hvor stadig nye tjenester og forretningskonsepter introduseres. Infrastrukturbaserte aktører, inkludert Telenor, vil være avhengig av å kunne møte disse utfordringene ved å tilby prisstrukturer i sluttmarkedet som er konkurransedyktige. Telenor mener den strenge reguleringen av prisstruktur på grossistnivå imidlertid vil begrense Telenors muligheter til å møte konkurransen fra slike nye aktører. Denne usikkerheten innebærer ifølge Telenor at forventet avkastning på investeringer i infrastruktur går ned og følgelig reduserte investeringsinsentiver. Utviklingen går fort, og Telenor mener det derfor er viktig at de som investerer i infrastruktur, ikke mister konkurransekraft i møte med store, globale spillere som følge av en uforholdsmessig streng og lite fleksibel regulering.

Get TDC er uenig i Telenors påstand om at hvis konkurransen fungerer nedstrøms, vil det ikke være grunnlag for sektorregulering. Get TDC mener at konkurransen i sluttbrukermarkedet til dels er et resultat av eksisterende regulering.

Get TDC er videre uenig i Telenors anførsler om sluttbrukerpriser og konkurransepress fra ICE, og viser til at prisene på sluttbrukernivå ikke er lave tatt i betraktning underliggende produksjonskostnader. Telenors høye marginer er også en indikasjon i så måte. Get TDC stiller spørsmål ved Telenors påstand om at ICE allerede er en fullverdig nettverkskonkurrent på sluttbruker- og grossistnivå.

Ifølge Get TDC skyldes ikke de mange tilsynssakene en regulatorisk strategi med mål om å oppnå strengere regulering. Sakene er et direkte resultat av begrunnede mistanker om at den dominerende aktøren har brutt regelverket. Get TDC kan heller ikke se at Telenor skulle ha interesse i å inngå kommersielle tilgangsavtaler med kjøpere av tilgang, og mener Telenor tilbyr tilgang som en følge av regulering, og ikke fordi det er lønnsomt.

Når det gjelder konkurranse fra OTT-aktører, er det uklart for Get TDC om Telenor mener selskapet ikke er i stand til å møte konkurransen fra reklamefinansierte kommunikasjonstjenester med konkurransedyktige prisstrukturer i sluttbrukermarkedet per i dag eller i hvilken grad dette kommer til å endre seg i løpet av analysens tidshorisont. Ifølge Get TDC påvirker ikke disse kommunikasjonstjenestene Telenors prising av mobilabonnement. Get

⁷ COM(2004) 3682 in case FI/2004/0082

TDC kan heller ikke se at eventuelle WiFi-delings tjenester skulle utgjøre noe konkurransetrykk de kommende årene.

Nkoms vurdering

Slik Nkom oppfatter det, retter Telenors kommentarer seg først og fremst mot det andre kriteriet i tre-kriterie-testen, dvs. om markedet har egenskaper som gjør at det ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse.

Til Telenors kommentar om at utgangspunktet for en vurdering av tilgangsregulering bør være en analyse av konkurransen i sluttbrukermarkedet, viser Nkom til kapittel 4.3 i markedsanalysen og 3.2.1 i resultat av høringen, hvor konkurransen både i sluttbrukermarkedet og grossistmarkedet er vurdert. Nkom er enig med Telenor i at det er konkurransepress i sluttbrukermarkedene. Nkoms markedsanalyse viser at prisene har vært fallende men at prisene i den senere tid har flatet noe ut. Fremfor å konkurrere på pris, konkurreres det mer i dag om hva som er inkludert i fastprisene. En analyse av sluttbrukermarkedet skal imidlertid baseres på en «modified greenfield approach», som innebærer at konkurransen skal vurderes under forutsetning om at markedet ikke er regulert. Nkom mener konkurransen i sluttbrukermarkedet i stor grad er knyttet til reguleringen og at den ikke bekrefter at konkurransen fungerer tilfredsstillende uten regulering.

Det sentrale vurderingskriteriet i tre-kriterie-testen er imidlertid hvorvidt det relevante grossistmarkedet tenderer mot bærekraftig konkurranse. Så lenge det ikke finnes tilstrekkelig klare holdepunkter for dette, mener Nkom at det er nødvendig med sektorspesifikk forhåndsregulering av grossistmarkedet. For øvrig kan Nkom ikke se at Telenors argumentasjon er underbygget i klagen. Prisutviklingen er ikke dokumentert, og markedsundersøkelsen viser snarere at flertallet av privatkundene velger å bli hos sin operatør fremfor å bytte.

Når det gjelder ICE sin tilstedeværelse i markedet, har Nkom i liten grad lagt vekt på at ICE delvis har fått sin kundemasse i tilknytning til oppkjøp. Nkom har vurdert ICE sin markedsandel og posisjon i markedet fremover ut fra tallene som forelå på vedtakstidspunktet.

Nkom er enig med Telenor i at ICE utøver konkurranse på de øvrige aktørene i sluttbrukermarkedene for mobil og mobilt bredbånd. De øvrige forholdene Telenor viser til i tilknytning til ICE sin etablering, relaterer seg til ICE sin tilstedeværelse i sluttbrukermarkedet, og i mindre grad til konkurransen ICE utøver på grossistnivå. Etter det Nkom kjenner til, har ingen aktører på nåværende tidspunkt inngått grossistavtale med ICE, noe også Get TDC har trukket frem i sine kommentarer til Telenors klage. Nkom vurderer det derfor slik at ICE hittil ikke har hatt tilstrekkelig god mulighet til å tilby tilgang basert på tilgangsavtalen med Telia, og dermed har prioritert vekst i sluttbrukermarkedet fremfor å etablere et tilbud i grossistmarkedet.

ICE tilbyr tjenester som i stor grad er basert på tilgangsavtale med Telia. Telenor påstår ICE har inngått en gunstig avtale om nasjonal gjesting med Telia. Nkom viser til at avtalen om nasjonal gjesting som ICE har hos Telia, var et av tiltakene for å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene som oppstod som følge av foretakssammenslutningen. Nkom har i analysen argumentert for at tilgangsvilkårene i avtalen var på et nivå som gjorde det mulig for ICE å konkurrere aggressivt i sluttbrukermarkedet, men at de ikke nødvendigvis vil være like attraktive på noe lengre sikt. Det vises her til markedsanalysen kapittel 4.3.8.

I resultat av høringen, jf. kapittel 3.2.1, fremkommer det at Nkom mener at de strukturelle forholdene i seg selv gir tilstrekkelig grunnlag for konklusjonen om at markedet ikke beveger seg mot bærekraftig konkurranse i analysens tidshorisont. Nkom har benyttet vurderingen av markedsadfærd som supplement til vurderingen av konkurranseproblemer og behovet for videre regulering. Telenors påstand om at Nkom i stor grad baserer reguleringsbehovet på klager fra tilgangskjøpere medfører dermed ikke riktighet. Nkom mener sakene som er belyst i markedsanalysen, nettopp synliggjør at Telenor ikke har etterlevd alle påleggene som følger av reguleringen i den aktuelle perioden. Get TDC støtter også opp under dette i sine kommentarer til Telenors klage. Flere av sakene er også vurdert av SD, som har kommet til samme avgjørelse som Nkom.

Rapporten fra Espen R. Moen og Christian Riis om Telenors insentiver til å tilby tjenesteleverandørtilgang, er vurdert av Nkom i vedtakets vedlegg 3 kapittel 7. Nkom har i motsetning til Riis og Moen i tillegg underbygget sin vurdering med erfaringer fra det relevante markedet. Erfaringene sammenholdt med markedsstruktur og markedsforhold, gjør at Nkom ikke har grunnlag for å forvente at teorien som presenteres i rapporten vil materialisere seg innenfor analysens tidshorisont.

Når det gjelder referansen til Kommisjonens veto mot FICORAs utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling, mener Nkom at denne saken og markedsforholdene i Finland på det aktuelle tidspunktet skiller seg på en rekke punkter fra det norske markedet og har derfor begrenset verdi for vår utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling. Finland hadde på dette tidspunktet tre netteiere med landsdekkende nett, hvor alle tre opererte med kommersielle tilbud i grossistmarkedet og hadde inngått tilgangsavtaler med eksterne kjøpere. I fravær av eksklusivitetsklausuler hadde den største MVNO-aktøren også inngått avtale med to netteiere, noe Kommisjonen fremholdt i sin vurdering. Tilgangskjøpere hadde videre i løpet av kort tid oppnådd en sterk økning i total markedsandel. Fra å ha hatt under 4 prosent markedsandel ved utgangen av 2003, økte disse aktørene sin markedsandel til over 10 prosent i løpet av 2004. Kommisjonens veto mot utpekingen av TeliaSonera som tilbyder med sterk markedsstilling bygget på at tilgangskjøpere hadde tilstrekkelig kjøpermakt til å disiplinere tilbudssiden og at de

tre netteierne hadde incentiver til å fortsette å tilby tilgang. Kommisjonens veto var etter Nkoms vurdering basert på at det eksisterte en dynamikk i det finske markedet som ikke gjør seg gjeldende i det norske markedet.

Når det gjelder konkurranse fra OTT-aktører, hevder Telenor at OTT-tjenester har overtatt betydelige andeler av ordinær tale- og SMS-trafikk. Nkoms ekomstatistikk viser imidlertid at antall trafikkminutter fra mobiltelefoner har hatt en jevn stigning de siste ti årene. Det er trafikk fra mobilnett til mobilnett som står for økningen i antall trafikkminutter. Antall sendte SMS-meldinger hadde en nedgang i perioden 2009 til 2012, men har siden 2013 hatt en jevn økning igjen. Nkom mener statistikken nyanserer argumentasjonen fra Telenor selv om det ikke kan utelukkes at veksten i tale- og SMS-trafikk ville vært større uten OTT-tjenestene.

Telenor har gjennom måten sluttbrukerproduktene er satt sammen på vist evne til å konkurrere med OTT-aktører. Bruken av OTT-tjenester kan også sies å ha økt etterspørselen etter datatjenester i mobilnett. Det vises i denne sammenheng til at Telenor har økt ARPU de siste seks årene⁸. Slik sett har konkurranse fra OTT-aktører ikke hatt vesentlig disiplinerende effekter i det relevante sluttbrukermarkedet. Get TDC er også av den oppfatning at Telenors prising i sluttbrukermarkedet ikke disiplineres av OTT-aktører.

På den annen side er det absolutt relevant å ta hensyn til at OTT meldingstjenester i større grad er en sanntidstjeneste sammenlignet med ordinær SMS, og kan slik sett være en foretrukket kommunikasjonsform, særlig blant unge. Nkom er innforstått med at OTT-tjenestene, spesielt OTT meldingstjenester, bidrar til å skape mer dynamikk i markedet. Nkom anerkjenner også at introduksjon av nye tjenester, som for eksempel delingsbasert tilbud for bredbåndstilgang, vil kunne utøve konkurranse overfor tradisjonelle aktører. utfordringer knyttet til nasjonale aktørers konkurransekraft i møte med globale OTT-aktører kan imidlertid ikke løses utelukkende nasjonalt, og det vises derfor til Kommisjonens pågående revidering av rammedirektivet.

Når det gjelder tilgang til mobilnett, det vil si det relevante grossistmarkedet, vil imidlertid ikke OTT-aktører være egnet til å disiplinere tilbudet fra infrastruktureiere. OTT-tjenester bygger på tilgang til internett, og derfor har tjenestene begrenset verdi for forbrukere som er mobile (ikke stedfaste) dersom de ikke samtidig har tilgang til mobildata gjennom et mobilabonnement. Tradisjonelle mobiltilbydere selger tilgang og tjenester samlet. Eventuelle disiplinerende effekter på tjenestene har slik Nkom vurderer det ingen direkte effekt på konkurransen om å tilby tilgang. Nkom har således ikke klare holdepunkter for at effekten av konkurranse fra OTT-aktører vil disiplinere de etablerte aktørene i grossistmarkedet i tilstrekkelig grad innenfor analysens tidshorisont.

⁸ Vedtakets vedlegg 1 Markedsanalysen, kap. 5.4

Telenor mener reguleringen av prisstruktur i grossistmarkedet begrenser deres mulighet til å møte konkurransen fra nye aktører. Nkom ser ikke at dette har relevans for vurderingen av det andre kriteriet, men heller er aktuelt i en vurdering av virkemidlenes innhold som fremkommer senere under kapittel 2.6.

På bakgrunn av ovenstående mener Nkom at det ikke er grunnlag for Telenors anførsler om at Nkom overser sentrale forhold slik at markedsanalysen og konklusjoner av tre-kriterietesten er basert på sviktende grunnlag. Nkom har ikke funnet grunn til å endre konklusjonen i tre-kriterietesten.

2.5. SMP-analyse

Grunnlag

Telenor mener Nkom overser flere sentrale forhold som viser at Telenor ikke kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere. Et vesentlig moment er sluttbrukeres og tilgangskjøperes mulighet til å velge alternative tilbydere/tjenester. Telenor viser til at det i markedet er to jevnstore, landsdekkende nettoperatører, i tillegg til ICE som bygger ut eget mobilnett. Vilkårene i ekomloven § 3-1 er dermed ikke oppfylt.

Telenor hevder at Nkom ikke synes å vektlegge at både Telenor og Telia har sterke insentiver til å inngå avtaler med grossistkunder for å øke utnyttelsen og oppnå effektiviseringsgevinster ved å fylle nettene med trafikk. Telenor mener at selskapene tilbyr homogene produkter basert på samme teknologi, begge tilbyr nasjonal dekning og viser videre til at begge operatørene har foretatt og planlagt store investeringer i sine nett. Ifølge Telenor har Telia gjennom markedsatferd og uttalt strategi vist til at selskapet har stor vilje og evne til å investere i nettet for å oppnå jevnbyrdig dekning som Telenor. Videre mener Telenor at selskapene er jevnbyrdige hva angår markedsandeler på sluttbrukernivå, størrelse i grossistmarkedet, lønnsomhet, tilgang til distribusjonskanaler, vertikal integrasjon mv.

Telenor mener Nkoms antagelse i analysen om at Telia vil miste større del av kundene enn Telenor i tiden fremover ikke er dokumentert. [REDACTED]

Get TDC mener Nkoms markedsanalyse dokumenterer at Telenor har markedsrett, og at selskapet dermed har styrke til å opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere. Get TDC mener Telenor trekker frem flere udokumenterte forhold som skal tilsa at både Telenor og Telia har sterke insentiver til å inngå avtaler med grossistkunder. Get TDC kan ikke se at insentivene til å tilby tilgang skulle ha endret seg. I praksis tilbyr Telenor MVNO-tilgang fordi de

har plikt til å gjøre det, og Telia gjør det samme ettersom Telenor er pålagt å selge disse grossisttjenestene.

Nkoms vurdering

Nkom har gjennomført markedsanalysen i tråd med ESAs Retningslinjer⁹. Utpekingen av Telenor som aktør med sterk markedsstilling bygger på de kriteriene som fremgår av Retningslinjene kapittel 3.1.

Nkoms vurdering av sterk markedsstilling har tatt utgangspunkt i tilbydernes markedsandeler. Telenors vedvarende høye markedsandeler både på sluttbrukernivå og på grossistnivå ligger over grensen for presumpsjon om sterk markedsstilling. I tillegg har Nkom foretatt vurderinger av lønnsomhet, vertikal integrasjon, samdriftsfordeler, kjøpermakt og potensiell konkurranse, som også har støttet opp under en konklusjon om at Telenor har sterk markedsstilling. Summen av de nevnte forholdene danner grunnlag for konklusjonen om at Telenor i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere i den perioden analysen omfatter. Get TDC er enig i Nkoms konklusjon.

På vedtakstidspunktet er det kun Telenor og Telia som tilbyr grossisttilgang på egen infrastruktur. ICE er i ferd med å etablere et tredje landsdekkende mobilnett, men har foreløpig ikke konkrete tilbud på grossistnivå og utøver dermed lite konkurransepress. Det fremkommer av markedsanalysen at Nkom mener at ICE vil kunne bli en utfordrer på tilbudssiden på sikt, men at et eventuelt grossisttilbud ikke forventes å kunne virke disiplinerende innenfor analysens tidshorisont i en slik grad at det endrer konklusjonen om Telenors markedsstilling.

Nkom er enig med Telenor i at investeringer som begge netteierne har gjennomført i sine mobilnett, har bidratt til å jevne ut faktiske forskjeller mellom nettverkene. Nkom mener imidlertid at oppfatningen flere kundegrupper har om at Telenor dekningsmessig har det beste nettet, gir selskapet fordeler både i sluttbrukermarkedet og grossistmarkedet. Hvorvidt kundenes oppfatning av dekning vil endres tilstrekkelig de neste to til tre årene, vil derfor være avgjørende. Det vises her til markedsanalysen kapittel 5.5. Nkom mener det er sannsynlig at Telenor i stor grad vil beholde sin posisjon som preferert mobilnett innenfor analysens tidshorisont.

Nkom ser at både Telenor og Telia ønsker å utnytte kapasiteten i eget nett. Flere saker med krav om retting og bot indikerer imidlertid at Telenor ikke har insentiver til å tilby tilgang på attraktive vilkår. Dersom Telenors insentiver til å tilby tilgang skulle endre seg, må det skyldes at

⁹ EFTA Surveillance Authority Guidelines 14 July 2004.

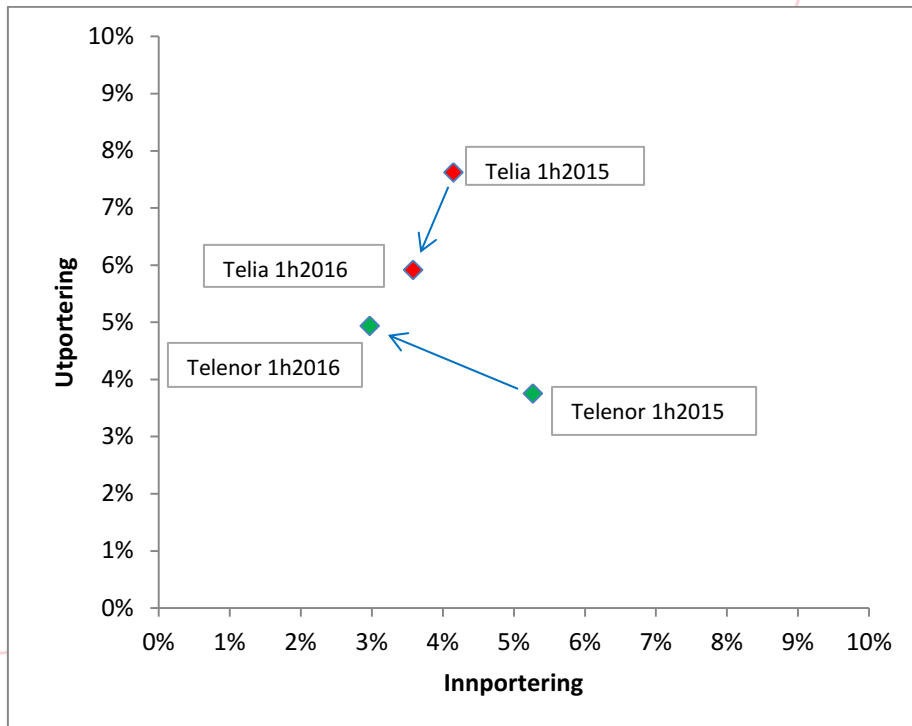
Telenor i større grad enn tidligere tror at tilgangskjøpere kan oppnå attraktiv tilgang hos Telia og at det er mer lønnsomt å møte denne etterspørselen selv. Nkom kan ikke se tegn til at det er tilfellet. Ettersom begge de vertikalt integrerte tilbyderne er bredt til stede i sluttbrukermarkedet, er det grunn til å forvente at deres insentiver til å ivareta og skaffe seg konkurransemessige fordeler i sluttbrukermarkedet er sterkere, noe som antas å gi best økonomisk avkastning. Det vises til analysen punkt 625.

På dette grunnlag kan ikke Nkom se at forholdene som Telenor trekker frem i klagen, ikke er hensyntatt i Nkoms vurdering av sterk markedsstilling.

I forbindelse med arbeidet med innstillingen har Nkom foretatt en analyse av andeler inn-/utporteringer av private mobilnummer mellom Telia og Telenor første halvår 2015 sammenlignet med første halvår 2016, jf. figur 1. Analysen er basert på innrapporterte porteringstall gjennom ekomstatistikken. Telenor hadde i første halvår 2015 en større andel innporteringer enn Telia og en lavere andel utporteringer. Ser man på utviklingen fra 2015 til 2016, har både andelen utporteringer og innporteringer gått noe ned for Telia. For Telenor har andelen innporteringer blitt redusert, mens andelen utporteringer er gått opp. Dette kan indikere at Telenors private sluttkunder er marginalt mindre lojale enn tidligere. Sammenliknes andelen for de to netteierne ved første halvår 2016, har Telenor lavere andel innporteringer enn Telia, men fremdeles også lavere andel utporteringer. Nkom har også sett på samtlige porteringer registrert i Nasjonal referansedatabase (NRDB) mellom Telenor og Telia¹⁰ fra januar 2015 og frem til og med august 2016. Resultatet for 2016 viser at nettoportering er marginalt til fordel for Telia. Resultatet viser imidlertid at for de 11 ukene Telenor har vist til i sin klage, er antall porteringer fra Telenor til Telia høyere sammenlignet med ukene før. Det er imidlertid noe usikkerhet knyttet til porteringstallene fra NRDB, og Nkom forholder seg derfor i utgangspunktet til markedsdataene som innhentes i forbindelse med ekomstatistikken. I reguleringsperioden vil Nkom følge markedsutviklingen, både med hensyn til antall tilbydere i grossistmarkedet, tilgangsvilkår, markedsandeler, fortjeneste etc., slik også ESA oppfordret til i deres tilbakemelding i forbindelse med notifisering av vedtaket.¹¹

¹⁰ Merkevarene Talkmore og Djuiice er medregnet for Telenor. Chess og One Call er medregnet for Telia.

¹¹ Se Kommentar 4 fra ESA 13. juni 2016 (vedlegg 8).



Figur 1 Andel portering av mobilnummer privatkunder, 1. halvår 2015 og 1. halvår 2016. Kilde Ekomstatistikken.

2.6. Pålagte forpliktelser

2.6.1. Tilgang for nasjonal gjesting

Grunnlag

Telenor mener at Telias forpliktelse til å tilby ICE nasjonal gjesting gjør at pålegg om tilgang til nasjonal gjesting for Telenor verken er nødvendig eller forholdsmessig. Et slikt pålegg kan etter Telenors syn ikke begrunnes i behov for økt forhandlingsstyrke for ICE. Nkoms argument om økt forhandlingsstyrke er heller ikke underbygget, Telenor mener begge de etablerte netteierne vil ha insentiver til å konkurrere om trafikkomsetningen fra ICE og dermed sikre konkurransedyktige vilkår for ICE.

Nkoms vurdering

Nkom har i vedtaket kapittel 7.1.2 begrunnet at det er behov for regulert tilgang til nasjonal gjesting selv om ICE har avtale med Telia. Nkom har også begrunnet at plikten er forholdsmessig.

En overordnet målsetting med reguleringen av marked 15 er å legge til rette for bærekraftig infrastrukturbasert konkurranse gjennom å legge til rette for etablering av et tredje konkurransedyktig mobilnett. Tilgang til nasjonal gjesting er nødvendig for at aktører uten eller med begrenset omfang av egen infrastruktur skal kunne tilby konkurrerende tjenester, og er etter Nkoms vurdering nødvendig for at målsettingen om bærekraftig konkurranse i det norske markedet kan oppnås. Når det gjelder anførselen om økt forhandlingsstyrke for ICE, mener Nkom at dette er en mulig effekt som Nkom ser som positiv for å oppnå formålet om bærekraftig konkurranse. Økt forhandlingsstyrke for ICE er imidlertid ikke formålet eller begrunnelsen for at Telenor er pålagt tilgangsplikt for nasjonal gjesting.

Anførselen om at de etablerte netteierne har insentiver til å konkurrere om trafikkomsetningen fra ICE har Nkom vurdert tidligere. Nkom viser til analysen punkt 625 og vurderingen av Telenors insentiver til å gi tilgang i foregående kapittel..

Nkom mener at vedtaket i tilstrekkelig grad redegjør for at pålegget om tilgangsplikt for nasjonal gjesting er forholdsmessig.

2.6.1.1. Sømløshet med toveis overlevering og stenging av nettet i geografiske områder

Telenor mener at overlevering mellom nettene blir vanskeligere som følge av den tekniske utviklingen, og har konkludert med at en overlevering av VoLTE mellom nett ikke er mulig. Tilgangsplikten Telenor er pålagt omfatter derfor krav om tekniske løsninger som det ikke er mulig å gjennomføre.

Enveis overlevering av VoLTE-samtaler fra nasjonale gjester med eget 4G-nett til Telenors 2G- og 3G-nett vil i følge Telenor antagelig la seg realisere i perioden før Telenor stenger sitt 2G- og 3G-nett. Motsatt, overlevering av samtaler mellom Telenors 2G- og 3G-nett til 4G-nett, er i følge Telenor ikke mulig. Det gjelder både til Telenors eget 4G-nett og til nasjonal gjesters 4G-nett.

Telenor anfører videre at overlevering av samtaler mellom 4G-nett ikke er mulig ettersom en og samme PGW (Packet Data Network Gateway) må håndtere hele samtalen. Telenor oppgir at IP-adressen kommer fra denne og at terminalen derfor ikke kan flyttes over i et annet nett på en måte som ivaretar etablerte VoLTE-sesjoner.

Når det gjelder stenging av nettet i geografiske områder, anfører Telenor at en forpliktelse om å stenge tilgang til nettet i spesifiserte områder er svært inngripende og uforholdsmessig.

Nkoms vurdering

Nkoms vurdering av toveis overlevering bygger på tekniske standarder og spesifikasjoner fra 3GPP og GSMA. Nkom mener det ikke er grunnlag for å avvise mulighetene for toveis sømløs overlevering innenfor analysens tidsrom slik Telenor gjør.

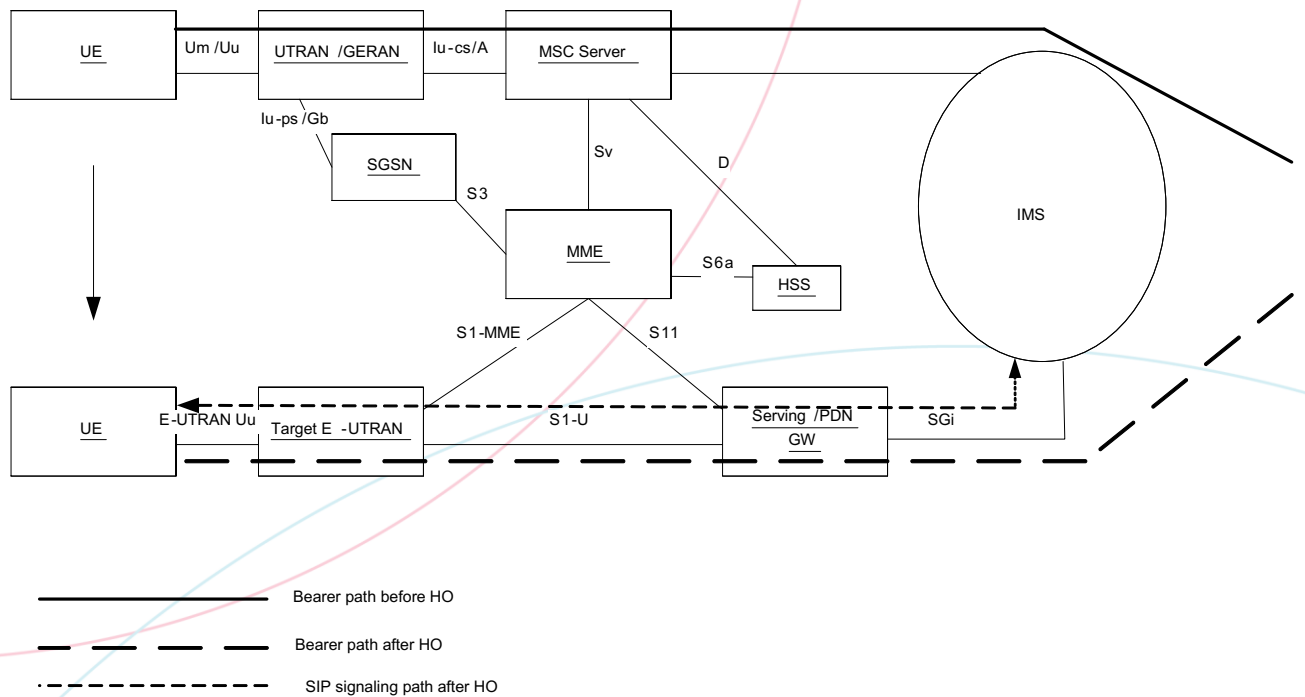
For det første mener Nkom det er grunnlag for å konkludere med at overlevering av samtaler mellom Telenors eget 2G- og 3G-nett og 4G-nett er mulig. 3GPP TS 23.216 definerer konseptet Single Radio Voice Call Continuity (SRVCC). SRVCC ble introdusert og standardisert som del av det tidligste arbeidet med LTE (3GPP Release 8) tilbake i 2008/2009. Deretter har konseptet jevnlig vært gjenstand for oppdatering og modning innenfor 3GPP i takt med at både leverandører, terminalprodusenter og operatører har fokusert på utvikling og utbygging av LTE.

SRVCC legger til rette for at samtaler som originerer i LTE ved hjelp av VoLTE, sømløst og med minimal effekt på brukerens kvalitetsopplevelse, flyttes over til annen radioteknologi. Eksempel på slike er UMTS, CDMA og GSM, såkalte linjesvitsjede systemer når det gjelder håndtering av tale. Med SRVCC er samtalen forankret innenfor IP Multimedia Subsystem (IMS) selv om den aktuelle terminalen kun har mulighet for å være tilknyttet ett av de aktuelle radioaksessnettene om gangen. Terminalen betjenes derfor av IMS selv om den flyttes ut av LTE-dekning og knyttes til et UMTS- og/eller GSM-nett.

Med 3GPP Release 11 og TS 23.216 versjon 11.3.0¹² fra desember 2011 ble det enighet om en standardisert løsning for også å håndtere overlevering den andre veien, altså fra UMTS/GSM til LTE. Standarden har siden den tid blitt utviklet videre.¹³ For referansens skyld er gjeldende arkitekturskisse gjengitt nedenfor:

¹² <https://portal.3gpp.org/desktopmodules/Specifications/SpecificationDetails.aspx?specificationId=816>

¹³ Versjon (13.1.0) kapittel 4.2.6 CS to PS SRVCC er det forklart nærmere hvordan løsningen lar seg implementere.



Figur 2: 2G/3G til 4G SRVCC handover (figur 5.2.4, TS 23.216)

En kan altså fastslå at det i flere år har eksistert standardiserte løsninger for å få til sømløs toveis overlevering av tale mellom LTE og UMTS/GSM, så lenge disse administreres av den samme operatøren. Det må imidlertid antakelig implementeres noe ekstra funksjonalitet også på IMS-plattformen slik at overlevering kan gjøres sømløst mellom aksessnettene.

GSMA IR.64¹⁴ gir anbefalinger og retningslinjer for hvordan en operatør kan organisere IMS-tjenester og tjenestekontinuitet for enheter som benytter én enkelt radio. IR.64 drøfter og forklarer hvilke tiltak og funksjoner operatøren bør aktivere i kjernenettet (Evolved Packet Core, EPC), i IMS og i kompatible brukerterminaler for å sikre at brukeren opplever sømløs handover.

Når det gjelder overlevering av samtaler ved gjesting, beskriver IR.64 også hvordan SRVCC kan håndtere handover for brukerens terminal selv når han/hun gjester et annet nett. Kapittel 3 Terminating Access Domain Selection og kapittel 4 SRVCC forklarer hvilke noder og funksjoner som er involvert for å realisere dette.

Basert på hva som både er forankret i gjeldende standarder samt retningslinjer gitt av bransjeorganisasjonen GSMA, er Nkom uenig i at toveis overlevering mellom 2G/3G og 4G ikke er mulig.

¹⁴ <http://www.gsma.com/newsroom/all-documents/ir-64-ims-service-centralization-and-continuity-guidelines/>

Når det gjelder overlevering av samtaler mellom 4G-nett, viser Nkom til GSMA IR.65¹⁵. Kapittel 2.4 beskriver VoLTE gjesting og drøfter ulike løsningsforslag til systemarkitektur for å få dette til å fungere. Operatørene har to standardiserte løsningsforslag å velge blant, disse er Local Breakout (LBO) og Home Routing over grensesnitt S8 (S8HR). Begge metodene har funksjonalitet for å la hjemmenettet ha kontroll over kundens IMS-sesjoner når vedkommende gjester i et annet nett. Avhengig av hva som implementeres, kan enten signalering, mediestrømmer eller begge deler gå via hjemmenettet. Det synes dermed klart at arkitektur som sikrer hjemmetilbyder kontroll over abonnenten også når denne gjester i andre nett - og er aktiv med VoLTE-sesjoner - er tilgjengelig.

I tillegg angir IR.65 retningslinjer for samhandling (interconnect) mellom to IMS. Grensesnitt for å ta hånd om signalering og media er på plass slik at enten direkte aksess (relevant for nasjonal gjesting) eller transitt lar seg realisere.

I kombinasjon med at samtaler forankres i IMS (enten hjemmenett eller i besøksnett) og at SRVCC er spesifisert til å ivareta sømløs, toveis handover mellom ulike radioteknologier, er det Nkoms oppfatning at dette nå er å betrakte som kjent teknologi. Det kreves riktignok spesifikk funksjonalitet i IMS hos avtalepartnerne, men omfanget henger igjen sammen med hvordan operatørens egen løsning for eksempelvis VoLTE er designet.

På denne bakgrunn synes det som at toveis overlevering både mellom 2G/3G og 4G og overlevering av VoLTE mellom to nettverk er mulig å håndtere både av Telenor og andre operatører innenfor analysens tidshorisont. Nkom kan ikke se at det fra et teknisk ståsted er holdbarhet i Telenors påstander om at en overlevering av samtaler mellom nett ikke er mulig. Nkom holder derfor fast ved at en anmodning om toveis sømløshet vil kunne være rimelig innenfor analysens tidshorisont. Som det fremgår i vedtaket punkt 111, vil Nkom om nødvendig kunne foreta en konkret vurdering av hvorvidt en slik anmodning er rimelig.

Når det gjelder forpliktelsen om etter rimelig anmodning å stenge nettet i spesifiserte områder, mener Nkom at vedtaket ikke nødvendigvis går lenger enn det Telenor allerede tilbyr i sin standard tilgangsavtale. Dette må derfor kunne være teknisk mulig, gitt visse forutsetninger, slik det også er tatt høyde for i vedtaket.

¹⁵ <http://www.gsma.com/newsroom/all-documents/httpwww-gsma-comnewsroomwp-contentuploadsir-65-v20-0-pdf/>

2.6.2. Tilgang for MVNO

Grunnlag

Telenor mener vedtaket på dette punktet er ugyldig ettersom det hverken er nødvendig, forholdsmessig eller formålstjenlig å pålegge slik tilgang. Det vises til at Telia er pålagt å tilby MVNO-tilgang ut 2016 og også har tilbudt slik tilgang uten å være forpliktet til det. Pålegget svekker ICE sin mulighet til å tiltrekke seg MVNOer og er dermed i strid med målsetningen om å legge til rette for tre mobilnett i Norge.

Get TDC er uenig i Telenors innsigelser når det gjelder behovet for en forpliktelse om MVNO-tilgang. Get TDC mener Telia de siste årene har tilbudt MVNO-tilgang fordi Telenor er regulert. Når det gjelder de avhjelpende tiltakene som Telia er pålagt, omfatter disse ikke prisregulering eller tilsvarende krav som sikrer at det er mulig å oppnå tilstrekkelig lønnsomhet ved kjøp av denne tjenesten. Når det gjelder anførselen om at tilgangsforskriften svekker ICE sine muligheter i grossistmarkedet, viser Get TDC til at ICE per i dag ikke er i stand til å tilby denne grossisttjenesten. Videre mener Get TDC at det uten tilgangsplikt vil være en reell risiko for at eksisterende aktører presses ut av markedet. Fravær av grossistkunder er en langt mer reell trussel mot ICE' potensielle, fremtidige grossistvirksomhet enn at det er for attraktivt å bli værende hos Telenor.

Nkoms vurdering

Telenor ga samme innspill til varsel om vedtak. Nkom kan ikke se at Telenors anførsler bringer nye momenter frem og viser derfor til Nkoms vurdering i vedtakets Vedlegg 3 Resultat av høring, punkt 6.2.2. Nkom redegjør der for at både det korte tidsperspektivet i Telias forpliktelse til å tilby MVNO-tilgang og behovet for å kunne stille nærmere krav til vilkårene for slik tilgang begrunner behovet for forhåndsregulering. Videre mener Nkom at det ikke kan legges til grunn at ICE vil kunne konkurrere effektivt om å tilby MVNO-tilgang innenfor de neste to til tre år, se også mer utfyllende vurdering i kapittel 2.6.3. nedenfor.

2.6.3. Tilgang for tjenesteleverandører

Grunnlag

Telenor mener at Nkom ikke har dokumentert at konkurransen om å tilby tjenesteleverandørtilgang fungerer mindre tilfredsstillende enn ved tidligere markedsvedtak, og det er ikke dokumentert at tilgangsnekt utgjør et konkurranseproblem. Pålegg om tjenesteleverandørtilgang med tilhørende forpliktelser er også i strid med formålet med reguleringen. Vilårene etter ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4, er ikke oppfylt, og følgelig er vedtaket ugyldig. Telenor anfører følgende argumenter:

- En eventuell reduksjon i antall tjenesteleverandører skyldes at disse er konsolidert inn i virksomhetene som frem til 2015 ble omtalt av myndighetene som det tredje nettet, og dette har bidratt til å styrke konkurransen.
- Flere enn Telenor og Telia kan tilby tilgang for tjenesteleverandører:
 - o Det har formodningen mot seg at Konkurransetilsynet skulle tillate at Telias avtale om nasjonal gjesting med ICE ikke skulle gi ICE reell mulighet for videresalg av tilgang
 - o Telenor har [REDACTED]
 - o Nkom har ikke begrunnet at ikke MVNOer har potensiale for å bli tilbydere av tjenesteleverandørtilgang
- Etablering som tjenesteleverandør er blitt enklere ved at Erate har tatt en rolle som tilrettelegger
- Nye vilkår som Telenor har tatt inn i standardavtalen for tjenesteleverandører skyldes Nkoms håndhevelse av kravet til ikke-diskriminering, ikke manglende konkurranse
- Forpliktelsen til tjenesteleverandørtilgang svekker ICE sin mulighet til å etablere seg i grossistmarkedet

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig i at reduksjonen i antall tjenestetilbydere kan sees på som en styrking av konkurransen. Tjenesteleverandører som ble konsolidert inn i Network Norway i 2007 (OneCall AS og Lebara/MyCall), fulgte som kjent med i TeliasSonera ABs oppkjøp av Tele2, slik at disse tjenesteleverandørene er i dag en del av Telia Norge AS. Videre var Ludo Mobil en av de største uavhengige tjenesteleverandørene ved forrige markedsanalyse, og deres kundemasse ble i 2012 også overtatt av Telia/Chess.

Til anførselen om at det har formodningen mot seg at Konkurransetilsynet skulle tillate en nasjonal gjestingsavtale som ikke ga reell mulighet for videresalg, minner Nkom om at Konkurransetilsynets vurdering ved oppkjøpssaken var om de avhjelpende tiltakene var tilstrekkelige til å avhjelpe de konkurransebegrensende virkninger som oppstod som følge av foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet kan således ikke kreve at de avhjelpende tiltakene skal legge til rette for økt eller sterkere konkurranse sammenliknet med situasjonen før foretakssammenslutningen. Tele2 hadde som nevnt i markedsanalysen kapittel 4.3.8.1, ikke eksterne tilgangskjøpere basert på gjestingsavtalen de hadde før foretakssammenslutningen. Det er dermed ikke slik at Konkurransetilsynet kunne kreve som et avbøtende tiltak, en tilgangsavtale til Telias nett som var mer attraktiv enn den Tele2 hadde før oppkjøpet.

Konkurransetilsynet skrev som en del av vurderingen av de avhjelpende tiltakene at¹⁶ «de foreslåtte tiltakene legger til rette for at ICE i løpet av kort tid kan bli en tilbyder i grossistmarkedet. På noe lengre sikt legger tiltakene også til rette for at ICE kan konkurrere aggressivt i grossistmarkedet ettersom tiltakene gir ICE muligheter og insentiver til å etablere seg som en MNO innen mobiltelefoni og å utvide dekningen av eget mobilnett.» Konkurransetilsynets vurdering var altså ikke at ICE umiddelbart ville kunne konkurrere om å tilby tilgang i grossistmarkedet basert på den aktuelle tilgangsavtalen, men at dette på sikt kunne bli en realitet.

Videre uttalte Konkurransetilsynet i sitt hørings svar til Nkom¹⁷ at de var enige med Nkom i at det var «usikkert om ICE, i den relevante tidsperioden, vil bli en aktør av en slik betydning at det oppstår tilstrekkelig konkurransedynamikk mellom tilbyderne i markedet.» Konkurransetilsynet ba Nkom også om å vurdere å pålegge tilsvarende prisregulering for tjenesteleverandører som for andre tilgangsformer, altså mer skjerpede krav enn hva Nkom har lagt til grunn. Uttalelsene fra Konkurransetilsynet underbygger dermed behovet for tilgangsplikt for tjenesteleverandører.

Når det gjelder MVNOers mulighet til å tilby tjenesteleverandørtilgang, har Nkom vist til at dette frem til nå ikke har vært benyttet i særlig omfang. MVNO-aktører har så langt i all hovedsak konsentrert sin virksomhet om sluttbrukermarkedet, de har ikke tilegnet seg særlig erfaring eller kompetanse i grossistmarkedet. Så langt Nkom kjenner til har heller ikke MVNO-aktører oppnådd marginer tilsvarende som netteierne. Prisreguleringen i dette vedtaket stiller krav til at kjøpere av MVNO-tilgang skal kunne replikere Telenors produkter med positiv margin. Telenor argumenterer i klagen for at dette er en historisk streng regulering. Uttalelsen synes å indikere at prisreguleringen stiller krav om gunstigere vilkår enn hva Telenor ellers ville ha tilbudt. Dette kan dermed medføre bedre marginer for MVNO-aktører og dermed gi større mulighet for at disse kan utvide sin virksomhet til også å omfatte tilbud i grossistmarkedet. Nkom har imidlertid så langt ikke klare holdepunkter for at MVNO-aktører vil utvide sitt satsningsområde og videre utgjøre en disiplinerende faktor på tilbudet i grossistmarkedet. Nkoms vurdering er med andre ord basert på vår kjennskap til markedssituasjonen og den økonomiske situasjonen for MVNO-aktører.

Telenor har fremhevet at aktører som Erate gjør etablering som tjenestetilbyder enklere. Erate tilbyr tilgang til mobilnett via sin plattform hvor selskapet håndterer integreringen mot netteier og alle aspekter ved kundeforholdet (kunderegistrering, fakturering etc.) Erate har en

¹⁶ Vedtak V2015-1 – TeliaSonera AB (publ) – Tele2 Norge AS/Network Norway – konkurranseloven § 16 jf. § 20-inngrep mot foretakssammenslutning, punkt 681

¹⁷ Høringsuttalelse fra Konkurransetilsynet 21. oktober 2015 til varsel vedrørende regulering av markedet for tilgang og originering i mobilnett

tjenesteleverandøravtale med Telenor som deres kunder baserer seg på. Erate tilbyr ikke kundene andre eller bedre tilgangsvilkår enn dem som følger av denne avtalen. Deres kunder er således avhengig av vilkårene Telenor tilbyr Erate. Erate sin forretning er altså å være konkurransedyktig på andre tjenester enn selve tilgangsvilkårene. På denne måten gjør Erate etablering som tjenesteleverandør enklere, men selskapet er ingen konkurrent til de etablerte netteierne tilbud av grossisttilgang.

Når det gjelder betydningen av kravet til ikke-diskriminering er Telenor godt kjent med at Nkom ikke er enig i Telenors forståelse om at kravet innebærer at alle tilgangskjøpere må ha like vilkår. Nkom har i foregående reguleringsperiode gitt uttrykk for at konkurransebegrensende elementer som omfattende eksklusivitets klausuler, ensidig og ubetinget endringsadgang og SIM-avgift var i strid med reguleringen¹⁸. Det er etter Nkoms syn dermed urimelig å begrunne en utvidelse av slike vilkår til også å omfatte standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang med krav til ikke-diskriminering. Nkom fastholder dermed at det er behov for regulering som ivaretar vilkårene for tjenesteleverandørtilgang.

Prisreguleringens krav til positiv bruttomargin for tjenesteleverandørtilgang forhindrer ikke andre aktører i å tilby tjenesteleverandørtilgang, herunder ikke ICE. At tjenesteleverandører skal kunne oppnå positiv bruttomargin, det vil si at sluttbrukerinntekter overstiger tilgangskostnader, utgjør etter Nkoms syn en minimumsregulering. Det må kunne legges til grunn at aktører som ønsker å tiltrekke seg grossistkunder, kan konkurrere med dette prisnivået.

2.6.4. Tilgangsvilkår

Grunnlag

Telenor mener Nkom kun har hjemmel til å presisere innholdet i tilgangsplikten så langt fravær av slik presisering/alternative vilkår ville utgjøre tilgangsnekt etter § 4-1, og har vist til sine kommentarer til varselet. Adgangen til å stille krav om rimelighet er noe helt annet enn en generell adgang til rimelighetssensur. Målestokken er ikke konkret rimelighet i forholdet mellom Telenor og tilgangskjøperne. Telenor fremholder videre at professor Erling Hjelmeng har lagt tilsvarende forståelse av ekomloven § 4-1 til grunn i rapport utarbeidet på oppdrag for Telenor.

Etter Telenors oppfatning synes Nkom å mene at ekomloven § 4-1 er en inngrepshjemmel for alle typer forhold eller avtalevilkår Nkom til enhver tid skulle mene ikke er rimelige eller konkurranserettslig optimale. Dette er i følge Telenor ikke en korrekt forståelse av

¹⁸ Det vises til Nkoms brev 4. juni 2013 og varsel om pålegg om retting av Telenors standardavtaler for nasjonalgjesting og MVNO-tilgang 9. juni 2015

bestemmelsen. Telenor har også vist til rapporten fra professor Erling Hjelmeng, som uttrykker at tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 annet ledd dreier seg om å oppfylle tilgangsforskriften på en reell og effektiv måte, men ikke er en generell konkurransepolitisk inngrepshjemmel.

Telenor mener det ikke er hjemmel i ekomloven § 4-1 til å forby bruk av eksklusivitet. Forbud mot dobbeltroaming har i følge Telenor til hensikt å begrense tilgangskjøpers bruk av annet nett, og det hevdes at dette er det motsatte av tilgangsnekt.

Telenor fremholder videre at Nkom i høringsoppsummeringen har uttrykt at omfattende effektivitetsklausuler¹⁹ kan redusere det tredje nettets muligheter til å øke trafikken i eget nett. Dette er et spørsmål om utestenging i grossistmarkedet, ikke tilgangsnekt etter ekomloven § 4-1, og er noe som eventuelt hører under den generelle konkurranseretten.

Telenor mener videre at eventuelle begrensninger i tilgangskjøpers kjøpermakt ikke er et vurderingstema under vurdering av om vilkår i tilgangsavtaler utgjør tilgangsnekt i relasjon til ekomloven § 4-1, samt at eventuelle begrensninger i kjøpermakt ikke er dokumentert.

Subsidiært anfører Telenor at Nkom ikke har dokumentert at eksklusivetsbestemmelsen i Telenors standardavtale virker utestengende. Et slikt forbud er velbegrunnet i behovet for å beskytte investeringene i dekning og konkurransen om dekning. Telenor har videre vist til Kommisjonens håndhevelsesveiledning, avsnitt 36, og fremholder at både Telia og ICE kan konkurrere om grossistkundene, at avtaleperioden er kort og at konkurransen om tilgangskjøpere er sterk. Etter Telenors mening virker derfor et dobbeltroamingforbud ikke utestengende.

Telenor anfører videre at konsekvenser for dekningskonkurransen av et forbud mot eksklusivitet er mangelfullt utredet. Et forbud mot eksklusivitet vil, i motsetning av hva Nkom synes å mene, kunne redusere insentivene til å bygge det tredje nettet, og slik redusere infrastrukturkonkurransen. Telenor har i den forbindelse vist til et utsnitt av dom fra Asker og Bærum tingrett fra 2012.

Etter Telenors mening er vedtakets innhold svært uklart ved at det åpner for noen svært uklare unntak. Det er uklart hva som menes med «merkevare» eller ulike «sluttbrukermarkeder». Telenor mener en så uklar regulering kan føre til at Nkoms forbud får langt større utbredelse enn det som teoretisk er lagt opp til i vedtaket. Reguleringen er så uklar at dette i seg selv medfører ugyldighet da Telenor ikke har noen mulighet for å sikre etterlevelsen av forbudet.

¹⁹ Nkom antar at Telenor her sikter til eksklusivetsbestemmelser

Det er også uklart hva vedtaket mener med «Abonnementsforhold». Ifølge Telenor bruker vedtaket uttrykket «abonnenter som utgjør samme Abonnementsforhold», noe som kan tyde på at dersom flere abonnenter faktureres samlet er dette å anse som samme Abonnementsforhold. Dette vil i så fall lett kunne omgås av tilgangskjøper.

Get TDC mener det er hjemmel for å forby konkurransebegrensende avtalevilkår i form av krav om leverandøreksklusivitet både i ekomloven § 4-1, jf. aksessdirektivet artikkel 12, og i transparensforpliktelsene etter ekomloven § 4-6. Get TDC anfører at Telenor tolker hjemlene innskrenkende, noe det ikke kan være grunnlag for. Det er også slik at ekomloven på flere punkter gir myndighetene andre og videre hjemler til å gripe inn enn det som er tilfellet etter konkurranseloven. Telenors krav om leverandøreksklusivitet på selskaps- og konsernnivå er etter Get TDCs syn uansett en tilgangsnektelse i ekomlovens forstand.

Etter Get TDCs oppfatning vil ikke to ulike selskaper som tilbyr mobiltjenester med ulik dekning til ulike kundegrupper i ulike sluttbrukermarked, oppnå noen fortrinn. Dette er i motsetning til reell dobbeltroaming, hvor samme SIM-kort åpner for parallell dekning i flere nett eller samme abonnent får tilbud om dekning i flere mobilnett. Eksklusivitetsbestemmelsen går mye lenger enn dobbeltroaming, og det er derfor lite treffende og tilslørende når Telenor omtaler denne som «forbud mot dobbeltroaming».

Eksklusivitetsklausulen har en utestengende effekt både for eksisterende og nye kunder, og demper dessuten konkurransen om grossistkunder mellom mobiloperatørene. Get TDC anfører videre at sektormyndighetene ikke er avskåret fra å regulere eventuell utestengelse oppstrøms fordi dette «hører hjemme» i den alminnelige konkurranserett, slik Telenor anfører. Prisutviklingen i grossistmarkedet fra 2006 til 2013 er ikke en indikasjon på konkurranse, men er i all hovedsak et utslag av regulatorisk tilpasning og liknende forhold.

Begrensninger i grossistkundernes kjøpermakt er et sentralt moment i tilsynets skjønnsmessige vurderinger av hvilke særskilte forpliktelser som bør pålegges for å løse identifiserte konkurranseproblem.

Get TDC er uenig med Telenor og mener forbudet mot eksklusivitet ikke vil redusere insentivene til å bygge nett, og har vist blant annet til at ICE nylig har hentet inn 429 millioner og investerer mye vel viten om reguleringen.

Etter Get TDCs syn er det heller ikke riktig at reguleringen er så uklar at «dobbeltroaming» får langt større utbredelse enn det Nkom legger opp til. Marked 15-vedtaket gir detaljert veiledning om hvor grensene går. Dersom tilgangskjøper omgår forbudene i tilgangsavtalen, vil Telenor

kunne heve avtalen på kort varsel, oppdagelsesrisikoen er høy og utsiktene til gevinster i form av økt konkurransekraft er små.

Nkoms vurdering

Krav til rimelighet mv.

Nkom har i vedtaket pålagt Telenor å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang med rimelige og rettferdige vilkår, jf. vedtaket kapittel 7.1.7.1. Etter Nkoms vurdering er det klart at det å møte en rimelig anmodning om tilgang med vilkår som i praksis innebærer tilgangsnekt, innebærer brudd på tilgangsplikten etter § 4-1. Det må gjelde selv uten at Nkom oppstiller presiseringer om at Telenor skal imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang med rimelige og rettferdige vilkår. Dette synes også å være lagt til grunn i rapporten fra Erling Hjelmeng i følgende sitat inntatt i klagen:

«Paragraf 4-1 sier intet om regulering av innholdet av tilgangsavtaler. Derimot heter det i første ledd at enhver «rimelig» anmodning skal etterkommes. Rimelighetsvurderingen er nærmere regulert i andre ledd. Slik det er påpekt ovenfor vil rimelighetskriteriet imidlertid knytte seg til anmodningen som sådan (dvs. om tilgang overhodet skal gis), og spørsmålet om denne virker rimelig for tilbyder. Kriteriet fungerer ikke slik at tilgangskjøper kan diktere de kommersielle vilkårene innenfor det som er rimelig for å gi tilgang. Bestemmelsen legger derfor ikke andre føringer på avtalenes innhold enn at vilkårene ikke må fungere som en konstruktiv forretningsnektelse.»

Nkom finner det klart nok, slik Hjelmeng også uttaler, at vurderingstemaet er «rimelig anmodning». Etter Nkoms vurdering gir imidlertid ekomloven § 4-1 også hjemmel til å stille krav om rimelighet og rettferdighet mv., jf. vedtaket avsnitt 90. Etter Nkoms vurdering må tilgangsbegrepet i ekomloven § 4-1 tolkes på bakgrunn av tilgangsdirektivet artikkel 12, jf. artikkel 8 og 2. Tilgangsbegrepet etter tilgangsdirektivet omfatter ikke bare det å gjøre fasiliteter og tjenester tilgjengelig, men også vilkår for tilgang. En slik forståelse av direktivet er også lagt til grunn i en svensk avgjørelse.²⁰ Dette dreier seg derfor ikke om tilgangskjøpere har anledning til å «diktere de kommersielle vilkårene» i partenes avtale, men om Nkoms rett til å effektivisere tilgangsplikten ved på forhånd å trekke opp rammer for den.

Som uttrykt i vedtaket avsnitt 90, fremgår det også eksplisitt av tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 tredje ledd at tilsynsmyndigheten skal kunne stille krav knyttet til rimelighet mv. Selv om direktivbestemmelsen ikke har et direkte motstykke i lovteksten i ekomloven § 4-1, anser Nkom at forpliktelsen er gjennomført i norsk rett slik at det også på dette grunnlag kan stilles krav til

²⁰ *Kammarrätten i Stockholm 4.10.2011 i sak 1690-10, inntatt i RK 2011:2*

rimelighet mv. Nkom viser også til det tilsvarende kravet for standardavtalene, jf. vedtaket punkt 255, hvor det fremkommer at hjemmel for pålegget er ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 4-1.

Hva gjelder Telenors anførsel knyttet til generell «rimelighetssensur», viser Nkom til at kravet til rimelighet mv. er begrenset av kravet til forholdsmessighet, jf. vedtaket avsnitt 91 og 176. Nkom viser også til at utkast til vedtak er notifisert til ESA, som ikke har hatt merknader på dette punkt. Nkom kan ikke se at det er holdepunkter, verken i tilgangsdirektivet artikkel 12, tilgangsdirektivet for øvrig, eller direktivpakken for øvrig, for at adgangen for tilsynsmyndigheten til å stille krav knyttet til rimelighet mv. skal tolkes innskrenkende slik at den er begrenset til tilfeller som må likestilles med tilgangsnekt.

Når det gjelder Telenors anførsel om at vedtaket gir Nkom grunnlag til å gripe inn mot «alle typer forhold eller avtalevilkår Nkom til enhver tid skulle mene ikke er rimelige, er det klart at ekommyndigheten må kunne ta stilling til om Telenor har overholdt forpliktelsen. Telenors interesser vil her ivaretas gjennom mulighet til å gi innspill til varsel, samt klageadgang. Vurderingen vil da baseres på de nærmere presiseringene i kapittel 7.1.7.1.

Formålet med kravene Nkom har stilt til rimelighet mv. er å trekke opp visse rammer for Telenors handlingsrom mht. å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang til selskapets mobilnett. Nkoms vurderinger er basert på hvilke forpliktelser som vil være forholdsmessige ut i fra de identifiserte konkurranseproblemer og vi har vanskelig for å følge Telenor når selskapet oppgir at vedtaket stiller krav om at avtalevilkår må være konkurransemessig optimale.

Krav om eksklusivitet

De nærmere presiseringer knyttet til eksklusivitet fremgår i vedtaket kapittel 7.1.7.2. Telenor har for det første ikke adgang til å betinge seg forhandlingseksklusivitet, jf. avsnitt 179. Når det gjelder leveringseksklusivitet, kan Telenor ikke stille krav som går utover det som er nødvendig og forholdsmessig for å ivareta Telenors legitime interesse, jf. avsnitt 182. Det følger videre blant annet at Telenor har en legitim interesse i at tilgangskjøper ikke skal kunne benytte regulert tilgang hos Telenor og samtidig tilgang hos annen vertsoperatør til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn sammenlignet med Telenors egen virksomhet, for eksempel bedre dekning enn vertsoperatøren selv kan tilby. Telenor kan ikke stille krav som hindrer tilgangskjøper i å kunne migrere hele eller deler av kundemassen til annen vertsoperatør, og migrasjonsperiodens lengde skal være rimelig både ut fra tekniske og kommersielle forhold.

For å oppnå økt klarhet, har Nkom deretter foretatt presiseringer knyttet til eksklusivitet på SIM-, konsern-, selskaps- og merkevarenivå. Etter Nkoms vurdering gir ekomloven § 4-1 hjemmel til å stille disse kravene, jf. ovenfor. Begrensningene gjelder også for Telenors standardavtaler, jf.

vedtaket kapittel 7.3.3.2, og hjemmel for å stille krav følger her av ekomloven § 4-6, jf. § 4-1, jf. vedtaket punkt 255 og 262.

Nkom er ikke enig i Telenors beskrivelse av eksklusivetsbestemmelser som det «motsatte av tilgangsnekt». Nkom viser til at Telenors bestemmelse om eksklusivitet hindrer bruk av annet nett. Dersom vedkommende allerede er bundet av avtale med annen nettverksoperatør vil vedkommende ikke kunne oppnå regulert tilgang hos Telenor. En anmodning om tilgang fra en slik operatør vil således bli avvist. Tilsvarende vil en tilgangskjøper som allerede har avtale om tilgang ikke lenger kunne opprettholde tilgangsavtalen med Telenor dersom tilgangskjøperen av ulike årsaker skulle få tilgangsavtale med annet nett. Nkom viser i den forbindelse til at Tele2 gjennom oppkjøp av Network Norway som hadde tilgangsavtale med Telenor, etter Telenors oppfatning kom i konflikt med Telenors krav om konserneksklusivitet.

Etter Nkoms oppfatning vil det videre være slik at en avvisning av en ellers rimelig anmodning om tilgang, eksempelvis fordi en som anmoder om tilgang allerede har tilgangsavtale med annen nettverksoperatør, vil kunne bli ansett som en tilgangsnektelse uavhengig av presiseringene under kapittel 7.1.7.2. jf. ovenfor.

Bruk av eksklusivetsbestemmelser utgjør et aktuelt konkurranseproblem.

Konkurranseproblemet er både knyttet til at en slik klausul vil kunne være egnet til å svekke tilgangskjøperes forhandlingsstyrke²¹ og til å hindre muligheten for et tredje mobilnett til å dekke deler av en tilgangskjøpers etterspørsel.²² Etter Nkoms vurdering er begge disse forholdene relevante ved vurderingen av om det er forholdsmessig å oppstille begrensninger i Telenors adgang til bruk av klausuler om leveringseksklusivitet. Nkom kan således ikke følge Telenor når selskapet hevder at utestengning i oppstrømsmarkedet faller utenfor den sektorspesifikke konkurranseregulering. Nkom kan heller ikke følge Telenor når det gjelder selskapets oppfatning om at vedtaket er ugyldig fordi Nkom ikke har dokumentert at eksklusivetsbestemmelsen virker utestengende i grossistmarkedet.

Nkom viser til at selv om den sektorspesifikke forhåndsreguleringen og den alminnelige konkurranseretten bygger på samme metodikk og konsepter, er det også sentrale forskjeller. På et overordnet nivå er den sentrale forskjellen at Nkoms sektorspesifikke forhåndsregulering skal legge til rette for bærekraftig konkurranse i et ekommarked hvor en eller flere tilbydere har sterk markedsstilling, mens den alminnelige konkurranseretten etterprøver om en dominerende aktør har misbrukt sin markedsstilling. Ulikheten innebærer at vurderinger under den generelle konkurranseretten ikke nødvendigvis kan legges til grunn under den sektorspesifikke

²¹ Se vedtaket avsnitt 60 og 181.

²² Se vedtaket avsnitt 60 og 181 samt høringsoppsummeringen side 37-38

konkurransereguleringen. Nkom kan for øvrig ikke se at å legge vekt på mulighetene en tredje aktør har til å dekke etterspørsel oppstrøms, og derigjennom bidra til bærekraftig konkurranse, ikke skulle kunne være relevant også under den alminnelige konkurranseretten.²³ Nkom er for øvrig kjent med at Kommisjonen i sin håndhevelsesmeddelelse behandler «Exclusive purchasing» i paragraf 33-36, men finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på denne. For øvrig bemerker Nkom at det etter alminnelig konkurranserett er svært begrensede muligheter for et foretak med dominerende stilling til å ha bestemmelser om leveringseksklusivitet.

Begrensningene i Telenors adgang til å betinge seg eksklusivitet er knyttet til Nkoms adgang til å legge til rette for bærekraftig konkurranse ved på forhånd å trekke opp rammer for Telenors tilgangsplikt. Nkom har i den forbindelse vist til virkninger for tilgangskjøpere og for en tredje nettverksaktørs muligheter og har vurdert forholdsmessigheten av pålegget. Etter Nkoms vurdering er det ikke nødvendig for at tilsynet skal kunne begrense Telenors adgang til bruk av eksklusivitetsbestemmelser at Nkom i tillegg påviser ytterligere skadelige virkninger oppstrøms.

Når det gjelder hensynet til kjøpermakt, er det riktignok slik at enhver avtale vil redusere partenes handlefrihet. Etter Nkoms vurdering er det sentralt hvorvidt tilgangskjøpers handlefrihet begrenses utover hva Telenors legitime interesser tilsier. Ved leveringseksklusivitet reduseres tilgangskjøperes forhandlingsmakt gjennom reduserte muligheter til flere samtidige tilgangsavtaler, selv om tilgangsselger gjennom et valg mellom «alt eller ingenting» isolert sett kan ha insentiver til å sette lavere priser, jf. vedtaket avsnitt 60 og høringsoppsummeringen side 37-38.

Eksklusivitetsbestemmelser svekker en tredje nettverksaktørs muligheter til å dekke deler av tilgangskjøpers behov.²⁴ Slik Nkom forstår Telenors anførsler, bestrider selskapet ikke at eksklusivitetsbestemmelser har slik virkning, men mener dette oppveies av muligheten til å konkurrere om tilgangskjøpernes samlede volum. Nkom kan ikke se at det er holdepunkter som tilsier at dette er tilfelle, og kan ikke se at det gjennom klagen er fremkommet noe nytt på dette

²³ Se vedtaket avsnitt 60 med tilhørende note. Se også Alexandre de Stree, »The Antitrust Activism of the European Commission in the Telecommunications Sector« 2014 side 197 (<http://ssrn.com/abstract=2503830>): “the NRA usually takes decisions on the basis of sectoral regulation, which has different objectives than competition policy [...] In practice, sectoral regulation aims to increase competition on the market, possibly with entry support, while EU competition policy aims to preserve the competitive structure of markets. As noted by the European Regulators Group (ie, the club of the NRAs of the EU, now BEREC) in the context of margin squeeze, ‘While competition law is intended to prevent margin squeeze as an exclusionary abuse, ex ante regulation seeks the more ambitious goal of promoting competition by facilitating entry into those markets.’ ERG Report of March 2009 on the discussion of the application of Margin Squeeze tests to bundles, ERG (09) 07, para 6.”

punkt. Oversikten Telenor har vist til over utvikling i tilgangspriser fra 2008 til 2013 gir heller ikke nærmere veiledning på dette punkt.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Telenors tilgangsavtaler har så kort varighet at krav om eksklusivitet uansett ikke er egnet til å begrense konkurransen, viser Nkom til at slik eksklusivitet kontinuerlig vil utgjøre et hinder for en tilgangsselger som ellers kunne dekke deler av en tilbyders behov for tilgang.

Avslutningsvis viser Nkom til at samtlige høringsuttalelser med unntak av Telenors, fremholder Telenors vide eksklusivetsbestemmelser som et problem.

Nkom er ikke enig med Telenor i at det er mangelfullt utredet hvilke konsekvenser begrensninger i Telenors adgang til å kreve eksklusivitet kan få for dekningskonkurransen. Nkoms grunnlag er basert blant annet på innspill gjennom høringen.²⁵ Telenor har også benyttet anledningen til å gi innspill knyttet til eksklusivitet ved gjentatte anledninger i etterkant av dette. Eksklusivetsbestemmelser og virkninger av slike er videre kjent for Nkom fra tidligere. Nkoms vurderinger kommer til uttrykk ulike steder i vedtaket med vedlegg,²⁶ herunder er det i høringsoppsummeringen uttrykt at en tredje, konkurransedyktig grossisttilbyder vil være avhengig av å ha en relativt stor trafikkandel i eget nett, og at «alt eller ingenting» må vurderes i lys av det aktuelle markedets karakteristika, herunder at Telenor har sterk markedsstilling.

Nkom ser grunn til å påpeke at vedtaket anerkjenner at Telenor har en legitim interesse i å stille visse krav om leveringseksklusivitet og åpner i en viss utstrekning for at slike krav kan stilles, nettopp for å ivareta insentiver til å konkurrere på dekning.²⁷ Nkom bemerker for øvrig at det ikke utelukkende er positivt for tilgangskjøper å dekke sitt behov for tilgang gjennom parallel avtale med flere vertsoperatører, jf. SDs vedtak av 20. desember 2012 hvor departementet uttalte følgende.²⁸

“Selv om dobbeltdekning på et senere tidspunkt blir tilbudt, kan det imidlertid stilles spørsmål om slik dobbeltdekning reelt sett vil være lønnsomt. Bakgrunnen for dette er at mobiltilbydernes høye dekningsgrad medfører at utvidelsen av dekningsområdet ved tilgang til to nett vil bli relativt liten. Det er dermed usikkert hvor stor fortjeneste som vil ligge i dette, siden en tilbyder som tilbyr dekning i flere mobilnett må inngå avtaler med hver netteier med de økonomiske ulemper dette vil ha for blant annet volumrabatter.”

²⁵ Se høringsoppsummeringen side 35-38.

²⁶ Se avsnitt 60 med videre henvisninger, kapittel 7.1.7.2 og høringsoppsummeringen side 37-38.

²⁷ Jf. vedtaket avsnitt 183 og 184.

²⁸ Side 24.

Når det gjelder Telenors henvisning til dom av Asker og Bærum tingrett fra november 2012, viser Nkom til høringsoppsummeringen side 37. Når det gjelder det konkrete avsnittet Telenor har trukket frem, viser Nkom til at retten vurderte en eksklusivitetsklausul sammenholdt med en situasjon med mulighet til parallell dekning i tre nett. Som allerede vist til anerkjenner vedtaket nettopp at Telenor har en legitim interesse i at tilgangskjøper ikke skal kunne oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn gjennom parallell dekning i to eller flere eksterne mobilnett, jf. vedtaket avsnitt 183-184. Når det gjelder rettens merknader om en nasjonal gjesters insentiver, viser Nkom for øvrig til vedtaket avsnitt 102.

I varselet var kun eksklusivitet på SIM-nivå godtatt. En slik bestemmelse er retts teknisk enkel, og har etter Nkoms vurdering gode grunner for seg. På bakgrunn av innspill fra Telenor og andre fant imidlertid Nkom at det kunne være grunn til å akseptere bruk av eksklusivitetsbestemmelser i noe større utstrekning. Det ble også foretatt en justering etter at vedtaket ble notifisert til ESA. Justeringene innebar at det ble inntatt en presisering knyttet til «samme abonnementsforhold»²⁹ mens en presisering av at «tilgangskjøper i samme tilbud til samme kunde ikke bør kunne markedsføre eller aktivt tilby dekning i annet eksternt mobilnett i parallell med dekning i Telenors eget»³⁰ ble tatt ut. Justeringene tilsiktet ikke noen realitetsendring.

Nkom kan ikke følge Telenor når selskapet anfører at det har «ingen mulighet» til å fastsette eksklusivitetsbestemmelser som er innenfor reguleringen som følge av «svært uklare» begreper som «merkevare» og «sluttbrukermarkeder» og manglende angivelse av «metode». Både i vedtaket og en rekke steder i analysen er det gitt eksempler på merkevarer. Videre stiller Nkom seg uforstående til at det for Telenor angivelig er svært uklart hva som menes med sluttbrukermarkeder all den tid dette er utførlig behandlet i markedsanalysen, se særlig kapittel 2. Det er også gitt veiledning i vedtaket punkt 189 om at det må sondres blant annet mellom privat og bedrift.

Det er videre uriktig når Telenor hevder at abonnementsforhold i vedtaket er forklart som «abonnenter som utgjør samme abonnementsforhold». Vedtaket bruker uttrykket «abonnenter», ikke «abonnenter».³¹ Telenors slutninger er derfor basert på et uriktig grunnlag.

²⁹ Se vedtaket avsnitt 186.

³⁰ Se avsnitt 184 siste setning i notifisert utkast til vedtak til ESA.

³¹ Se fotnote 25 i vedtaket.

Når det gjelder Telenors anførsel om at det vil være enkelt å omgå presiseringen knyttet til samme «abonnementsforhold» viser Nkom til at det er en presisering som er ment bare i liten grad å utvide den adgang til å kreve eksklusivitet som følger av øvrige presiseringer.

Hvis Telenors anførsler skal forstås som at det er «svært uklart» hva som ligger i «abonnement» og «abonnementsforhold», er Nkom ikke enig i dette. Uttrykkene henspiller på privatrettslig avtale mellom tilbyder og sluttbruker, og viser seg blant annet ved at tilbyder kan heve avtalen ved vesentlig mislighold fra sluttbruker.

Ved å benytte uttrykket «abonnementsforhold» som rekker noe videre enn «abonnement» reduseres muligheten for at en tilgangskjøper eventuelt skulle søke å omgå en begrensning ved formelt å opprette flere samtidige abonnementer til samme kunde, når det for denne kunden for alle praktiske formål fremstår som ett og samme abonnement.

Etter Nkoms vurdering er det i vedtaket ikke gitt for snevre rammer for Telenors bruk av eksklusivitetsbestemmelser. Nkom har vært klar over at vi ved å åpne for at Telenor i noe større grad kan stille krav om eksklusivitet enn det varselet la opp til har valgt en løsning som kan være noe mer krevende å håndheve regulatorisk. Videre mener Nkom at presiseringene vedtaket gir for Telenors muligheter til å kreve eksklusivitet er tilstrekkelig klare.

Dersom departementet skulle mene at hensynet til forutsigbarhet for alle involverte parter tilsier en løsning som retts teknisk sett er enklere, vil en mulighet kunne være å gå tilbake til varselets løsning med kun å akseptere eksklusivitet på SIM-nivå. I hørings svarene ble det dels uttrykt støtte til dette alternativet³².

2.6.5. Ikke-diskriminering

Grunnlag

Telenor hevder som sitt primære standpunkt at ekomloven § 4-7 ikke gir hjemmel til å stille krav til prisstruktur. Videre mener selskapet at regulering av prisnivå må hjemles i ekomloven § 4-9. Telenor påpeker at det er uklart hvilket konkurranseproblem som adresseres ved krav om trafikkavhengige priser, og hevder at en prisstruktur i seg selv ikke vil ha etableringshindrende eller ekskluderende virkning.

³² Se oppsummering av hørings svar side 36.

Subsidiært mener Telenor at Nkom ikke har identifisert konkurranseproblemet som krav om trafikkavhengige priser skal adressere og dermed ikke dokumentert reguleringsbehovet. Videre mangler en sannsynliggjøring av at fastpriselementet har negativ effekt på investeringsinsentiver for aktør med nasjonal gjestings avtale.

Videre hevder Telenor at Nkom ikke har sannsynliggjort at fastpris utgjør diskriminering etter ekomloven § 4-7, og viser i den sammenheng til at Telenors kostnader på nettverksnivå er dekningsdrevne og ikke trafikkdrevne. Telenor mener at dersom tilgangskjøper skulle være eksponert for en prisstruktur som er lik Telenors ville det innebære store faste kostnader og lav marginalkostnad både per kunde og trafikk. Utelukkende variable priser sammenfaller i følge Telenor ikke med kostnadsstrukturen på nettverksnivå.

Telenor viser til at ESA har etterlyst begrunnelse for at krav til trafikkavhengige priser er i tråd med tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4, og mener at Nkom ikke har hensyntatt ESAs kommentarer. Dette utgjør i følge Telenor et brudd på Nkoms forpliktelse under Rammedirektivet artikkel 7 nr. 5.

Telenor mener subsidiært at dersom ekomloven § 4-7 hjemler krav til trafikkavhengige priser, så kan det ikke stilles ytterligere krav til hvordan variable priser utformes og at vedtaket må forstås å kun sette krav til trafikkavhengige priser og ikke til prisnivå. Telenor viser i denne sammenheng til e-post fra Nkom 21. juli 2016 (vedlegg 11) med Nkoms respons på Telenors eksempler på prisplaner, som konkluderer med at disse ikke er i tråd med vedtaket. Telenor mener at Nkoms fortolkning av innholdet i kravet til trafikkavhengige priser ikke er tilstrekkelig klart til å kunne innrette seg etter.

Videre mener Telenor at vedtaket mangler konsekvensutredning av krav til trafikkavhengige priser, og at pålagt prisstruktur ikke samsvarer med prisstrukturen i sluttbrukermarkedet. Telenor viser til at sluttbrukermarkedet nesten utelukkende tilbyr mobilabonnement med fast prisstruktur, og at i markeder med relativt store faste kostnader og lave variable er prisstruktur med fastledd og lave marginale priser den mest samfunnsøkonomiske måten å fordele faste kostnader. Det hevdes at plikt til å tilby utelukkende trafikkavhengige priser er meget inngripende og begrenser Telenors prisfleksibilitet og at dette er uheldig for tilgangskjøpere. Telenor hevder at en lineær, variabel pris vil føre til konkurransevridning ved at tilgangskjøpere i produktgrupper med lav databruk vil få urimelige gunstige tilgangspriser. Dette kan skade konkurransekraften til ICE, samt at det medfører økt fare for negativ margin ved salg av produkter med høy databruk og fare for at tilgangskjøpere ikke er i stand til å ha tilbud i disse delene av markedet.

Telenor hevder at vedtaket har saksbehandlingsfeil, mangler hjemmel og er ugyldig hva gjelder pålegg om trafikkavhengige priser.

Nkoms vurdering

Også i kommentarer til varsel om vedtak har Telenor bestridt at selskapet kan pålegges konkrete krav til prisstruktur med hjemmel i ekomloven § 4-7. Nkom viser i denne sammenheng til vedlegg 3 til marked 15-vedtaket om oppsummering av hørings svar, kapittel 6.3, for vurdering av denne innsigelsen. Det fremkommer der at hensikten med ikke-diskriminering er å legge til rette for konkurranse på likeverdige vilkår, videre at forholdsmessighetskravet kan lede til at ulike forhold skal behandles ulikt og at forpliktelsene skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd³³. Nkom har i vedtaket (vedlegg 10) redegjort for hvilket konkurranseproblem som adresseres, og har med bakgrunn i markedsanalysen (vedlegg 1 til vedtaket) vist at Telenors sterke markedsstilling gir mulighet og insentiver til å diskriminere mellom egen og andres virksomhet ved å overføre markedsrett fra grossistmarkedet til de tilhørende sluttbrukermarkedene. I tillegg gir sterk markedsstilling mulighet og insentiver til å diskriminere mellom eksterne kunder. Det vises til vedtakets kapittel 7.2 for en utførlig redegjørelse av hvordan virkemiddelet adresserer konkurranseproblemet diskriminering. Nkom fastholder dermed at ekomloven § 4-7 om ikke-diskriminering gir hjemmel for å pålegge krav til prisstruktur³⁴.

Telenor har subsidiære anførsler om manglende dokumentasjon av reguleringsbehov, herunder til Nkoms vurdering av at fastpris per SIM har en negativ effekt på investeringsinsentivene for en kjøper av nasjonal gjesting. Nkom er innforstått med at høye SIM-avgifter på abonnementsnivå isolert sett vil kunne øke tilgangskjøpers ønske om å øke utbyggingstakt og raskest mulig kunne gjøre seg helt uavhengig av å kjøpe tilgang. Utbyggingstakt er imidlertid styrt av flere forhold utenfor tilgangskjøpers kontroll, hvorav den finansielle situasjonen er et av disse. Nkom har i avsnitt 223 gjort en vurdering av insentiveffekter for kjøp av nasjonal gjesting som bygger på at ved å øke omfang av eget nettverk, kan tilgangskjøp reduseres, og tilgangskjøper kan i utgangspunktet nyte godt av bortfallskostnader. Størrelsen på bortfallskostnader, og dermed frigjort kapital, er avgjørende for muligheter til videre investering i eget nett. Når Telenor krever fastpris per SIM, reduseres størrelsen på bortfallskostnader for tilgangskjøper, og dermed reduseres tilgangskjøpers mulighet til å investere i eget nett. Nkom er på denne bakgrunn noe undrende til Telenors anførsler om manglende dokumentasjon, særlig i lys av at det ikke fremsettes konkrete argumenter mot vurderingene i vedtaket. Nkom mener at de nevnte insentivvurderingene uttrykker den mest sannsynlige virkningen av den aktuelle prisstrukturen,

³³ Jf. OT.prp. nr. 58 (2002 2003) side 102.

³⁴ Se også SDs vedtak 28. juni 2016 om bruk av marginskviestet for fiberbasert bredbåndsaksess, hvor SD slår fast at § 4-7 kan benyttes til å stille krav som har sider mot pris.

og ser ikke behov for å sannsynliggjøre eller dokumentere denne insentivvurderingen ytterligere.

Telenor anfører at det ikke er dokumentert at fastpris utgjør diskriminering under ekomloven § 4-7 og viser til at Nkom feilaktig har forutsatt at hoveddelen av kostnader på nettverksnivå er trafikkdrevne, mens de i følge Telenor er dekningsdrevne. Nkom er vel kjent med at nettverksutbygging kjennetegnes av høye faste kostnader knyttet til å bygge dekning. På lang sikt må imidlertid også disse kostnadene betraktes som variable.

I et ikke-diskrimineringsperspektiv vil et sentralt vurderingstema være om det er grunnlag for å knytte tilgangskjøpers betalingsplikt opp mot hver enkelt sluttbrukers tilgang til mobilnett/abonnement. Nkom har i vedtaket ment at betalingsplikten snarere bør knyttes til bruk av nettet. I fastnett er trafikkuavhengig pris per abonnent en normal prisingsmekanisme som kan begrunnes med at tilgangen er dedikert til bestemte brukere. I mobilnett kan imidlertid ikke tilgang på tilsvarende måte dedikeres til mobile brukere som beveger seg mellom basestasjonene. Brukerne får med andre ord ingen eksklusiv rett til nettet eller deler av nettet. Som Nkom har redegjort for i vedtaket, er det derfor en uegnet prisstruktur å kreve SIM-avgift som i realiteten er betaling for en ikke-eksklusiv tilgang til nettet. Så langt Nkom kjenner til, er heller ikke Telenors egen kostnadsstruktur kjennetegnet av kostnad per kundeaksess i mobilnett. Nkom legger til grunn at også Telenors kunder har et bevegelsesmønster som beskrevet over. Nkom mener at trafikkdrevne priser er den prisstrukturen som over tid i størst grad gir likeverdige muligheter for Telenors tilgangskjøpere til å konkurrere med Telenors egen virksomhet. Telenor skal derfor tilby en slik prisstruktur i sine standardavtaler, og denne vil benyttes i de regulatoriske marginskvistestene. Nkom fastholder derfor at det er forholdsmessig i et ikke-diskrimineringsperspektiv å pålegge Telenor å ha en tilgangsavtale med trafikkavhengige priser, det vil si som ikke tillater en fast pris per SIM. Reguleringen utelukker imidlertid ikke muligheten for Telenor til å ha flere tilgangsavtaler med andre prisstrukturer der det er mest hensiktsmessig.

Telenors anførsler om at selskapets kostnader på nettverksnivå er dekningsdrevne er knyttet til LRIC modellering, og dette er en modell som nyttiggjøres i fastsettelse av kostnader til terminering. Nkom er ikke uenig i Telenors betraktninger omkring termineringskostnader og kostnader som berører termineringsmarkedene, men mener at dette likevel har begrenset relevans for denne saken. LRIC modellen benyttes til å fastsette priser i et tosidig marked hvor både operatøren som initierer samtalen (originering) og abonnenten som mottar samtalen (terminering), bør dekke en andel av de samlede kostnadene. På denne bakgrunn er inkrementet som benyttes i modellen svært lite, blant annet er det en rekke felleskostnader som ekskluderes, med det resultat at marginalkostnaden for terminert trafikk utgjør en svært liten del av total kostnaden. For tilgang og originering er det imidlertid akseptert at en større andel av

felleskostnader må dekkes og at det derfor benyttes et større inkrement (ikke ren LRIC, men for eksempel LRAIC). Så langt Nkom har forstått, aksepterer ekomtilbyderne at alle nettverkskostnader er variable på lang sikt. Dette er en grunnleggende betingelse for å utarbeide en kostnadsmodell for terminering som estimerer kostnader mange tiår frem i tid.

ESA ba i e-post 8. juni 2016 Nkom om å forklare hvorfor margintestene skulle baseres på avtalevilkår med trafikkavhengig prisstruktur, og Nkom besvarte spørsmålene i e-post 10. juni 2016. I den etterfølgende formelle responsen fra ESA 13. juni 2016 viser ESA til at Nkom har redegjort for behovet for å pålegge en trafikkavhengig prisstruktur som del av pålegg om ikke-diskriminering og hvorfor avtale med denne typen struktur benyttes ved margintestene som del av prisreguleringen. ESA anmodet videre Nkom om å innta i endelig vedtak de ytterligere redegjørelsene som dokumenterer behovet for å pålegge denne prisstrukturen. Nkom har hensyntatt og imøtekommet ESAs kommentarer, slik at teksten i det endelige vedtaket er mer utfyllende enn teksten i utkast til vedtak, og er basert på innholdet i e-postene mellom ESA og Nkom. Nkom er derfor ikke enig i Telenors tolkning av ESAs kommentarer. Nkom kan ikke se at det er grunnlag for Telenors påstand om at Nkom har brutt sin forpliktelse under Rammedirektivet artikkel 7 nr. 5.

Telenors anførsler om at innholdet i plikten ikke er tilstrekkelig klar var utgangspunkt for at selskapet fremsatte eksempler på prisplaner på grossistnivå som var ment å oppfylle krav til trafikkavhengige priser. Nkom har i e-poster 27. juni og 21. juli respondert på Telenors eksempler³⁵. I prisplanene som Telenor har presentert, er det tilsynelatende variable priser, men variasjonen er imidlertid strukturert slik at de første enhetene bærer en uforholdsmessig stor andel av tilgangskjøpers kostnad. De fremlagte prismodellene har etter Nkoms vurdering tilsvarende effekt som prismodellen med SIM-avgift, og er derfor å betrakte som trafikkavhengig. Telenor henviser til at vedtaket ikke oppstiller eksplisitte betingelser hva gjelder prisnivå. Nkom er naturlig nok klar over at vedtaket ikke tallfester nivået på trafikkavhengige elementer. Det fremgår imidlertid av vedtaket at SIM-avgiften har en utestengende effekt som er i konflikt med kravet til ikke-diskriminering, og at pålegg om minst en tilgangsavtale uten SIM-avgift er egnet til å avbøte problemet. Telenor har i sine tenkte trafikkavhengige prisplaner ikke begrunnet hvorfor den første MB bør koste mange ganger mer enn etterfølgende databruk. Nkom anser at Telenors eksemplifiserte prisplaner er et forsøk på å omgå de konkurranseproblemene som den aktuelle presiseringen av ikke-diskriminering har til hensikt å bøte på³⁶. Det følger av vedtaket at krav til en standardavtale med utelukkende trafikkavhengige priser begrenser Telenors muligheter til å diskriminere mellom egen og ekstern virksomhet, mens bruttomargintest og marginiskvistest stiller krav til prisnivå. Påleggene er

³⁵ Se vedlegg 11.

³⁶ Se også kapittel 3 om priseffekter av ny standardavtale.

vurdert å være nødvendige og forholdsmessige. Telenor har mange års erfaring fra å kalkulere tilgangspriser, estimere sluttbrukerinntekter og beregne marginer. Etter Nkoms oppfatning er det fullt mulig for Telenor å innrette seg etter de krav som vedtaket stiller.

Det fremstår som noe uklart hva Telenor sikter til med sine anførsler om manglende konsekvensutredning. Nkom viser blant annet til kommunikasjonen mellom ESA og Nkom, herunder til punkt 8 i e-post til ESA 10. juni 2016 samt redegjørelsen over knyttet til faste og variable kostnader. Nkom viser videre til oppsummering av høringen, kapittel 7, hvor Nkom eksplisitt responderer på rapporten fra Riis/Moen og påstandene om at pålagte lave tilgangskostnader er en konkurranseulempe for ICE. Gjennom ovennevnte har Nkom redegjort for hvilken prisstruktur som i størst grad er i tråd med krav til ikke-diskriminering, forholdsmessigheten av plikten og at det ikke er krav om utredning utover det. Øvrige argumenter for å fastholde pålegg om trafikkavhengig prisstruktur er at en slik struktur har vært vanlig, at den benyttes i en rekke andre land ved betaling for tilgang til mobilnett, at den benyttes ved internasjonal gjesting, at Telenor ikke er forhindret fra å tilby andre prisstrukturer, at saken er tilstrekkelig opplyst, jf. forvaltningsloven §§ 17 og 16 og at det har formodningen mot seg at en slik prisstruktur vil ha negative virkninger som ellers skulle ha gitt grunnlag for ytterligere konsekvensutredning.

Telenors anfører at trafikkavhengige priser leder til konkurransevridning ved at tilgangskjøpere i produktgrupper med lavt databruk vil få urimelige gunstige tilgangspriser og at Telenor utkonkurreres, samt at ICE ikke kan konkurrere om tilgangskjøpere i disse segmentene. Nkom mener at dette eventuelt kun kan ha en grad av gyldighet ved en lineær variabel pris slik som fremgår av Telenors klage. Det er imidlertid ikke slik at krav til trafikkavhengig pris nødvendigvis innebærer lineær variabel pris for hele sluttkundens volum, slik Telenor legger til grunn i klagen. Trafikkavhengige priser kan også avta trinnvis med økende volum. Dette har Telenor også lagt til grunn i den nye standardavtalen for MVNO-tilgang fra 15. september 2016. Når det gjelder Telenors uttrykte bekymring vedrørende risiko for negativ margin ved salg av høyforbrukspakker, mener Nkom at prisregulering i form av forbud mot marginskvis er egnet til å avbøte et slikt potensielt problem. Nkom viser videre til at Telenor ikke forbys å sette tilgangsvilkår med trafikkavhengige priselementer som et alternativ til variabel pris, og forventer at reguleringen i en lengre tidshorisont skal bidra til at økt kjøpermakt hos tilgangskjøperne medfører at tilgangsavtaler kan inngås på kommersielle, likeverdige vilkår.

Nkom kan på bakgrunn av ovenstående ikke se at det er grunnlag for Telenors påstand om saksbehandlingsfeil, manglende hjemmel og ugyldighet knyttet til pålegget om å tilby en tilgangsavtale basert på trafikkavhengige (variable) priser.

2.6.6. Standardavtale

Grunnlag

Telenor mener det er helt uforholdsmessig og uhjemlet å kreve at eventuelle nye tjenester eller produkter Telenor skal lansere skal inngå i Telenors standardavtaler tidsnok til at tilgangskjøper kan tilby samme eller tilsvarende tjenester eller produkter på samme tid som Telenor. Et slikt krav kan etter Telenors syn svekke tjeneste- og produktutviklingen. Slike tjenester og produkter krever ofte særskilte tekniske tilpasninger både hos Telenor og tilgangskjøperne. Tekniske tilpasninger for tilgangskjøper foreligger ofte først senere enn det er tilgjengelig for nettoperatør, og er noe som Telenor ikke har kontroll over.

Etter Telenors vurdering har Nkom ikke etablert at vilkår om endringsrett innebærer diskriminering mellom intern/ekstern, jf. ekomloven § 4-7. Telenor må også forholde seg til de endringer som gjøres i standardavtalen. Det er derfor ikke grunnlag for å pålegge forbud mot ensidig endringsrett.

Uansett har Nkom ikke dokumentert at slike vilkår utgjør et konkurranseproblem, jf. kravet i ekomloven § 3-4 tredje ledd jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4. Vilkår om ensidig endringsrett er direkte begrunnet i at Telenor er underlagt krav om ikke-diskriminering. For å sikre etterlevelsen av ikke-diskrimineringskravet, slik dette er tolket av myndighetene i TDC-saken, må Telenor sikre at standardavtaler kan endres samtidig. Telenor vil uansett ikke kunne endre avtalen på en måte som strider med ekomloven og eventuell markedsregulering, og slik ivaretas også tilgangskjøpers interesser. Vilkår om ensidig endringsrett med denne begrunnelsen utgjør ikke et konkurranseproblem. Forbudet mot ensidig endringsrett er følgelig ugyldig.

Nkoms vurdering

I vedtaket kapittel 5.3.3 har Nkom identifisert uthalingstaktikk, herunder førstetrekkefordeler ved introduksjon av nye tjenester, som et aktuelt konkurranseproblem.³⁷ Vedtaket punkt 252 søker å motvirke dette ved at tilgangskjøper sikres likeverdig tilgang som Telenors sluttbrukervirksomhet til de tjenester og produkter som reguleringen gir krav på. Det er således en presisering knyttet til plikten til ikke-diskriminering, jf. punkt 251 og kapittel 7.2.2.2, og er en type presisering som Nkom har adgang til å foreta for å gi økt klarhet.³⁸ Nkom kan derfor ikke følge Telenor når selskapet mener at forpliktelsen er «uhjemlet».

³⁷ Dette ble for øvrig med styrke anført av Telia og Telenor i et felles høringsinnspill forut for vedtakelsen av den danske teleloven av 2011, se <http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/l59/bilag/1/917099.pdf> (side 126-128).

³⁸ At presiseringer kan effektivisere ikke-diskrimineringsforpliktelsen er også understreket i avsnitt 12 i Kommisjonens anbefaling av 11.9.2013 om "consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment" ([C\(2013\) 5761](#)).

Slik Nkom forstår Telenors anførsler, anser selskapet at vedtaket er uforholdsmessig da det pålegger Telenor ansvar for tekniske tilpasninger helt utenfor Telenors kontroll. Nkom viser her til kapittel 7.2.2.2 hvor det er foretatt nærmere presiseringer av blant annet tilgangskjøpers ansvar. Etter Nkoms vurdering er det viktig å sikre at tilgangskjøpere sikres likeverdig tilgang som Telenors egen sluttbrukervirksomhet og at reguleringen ikke åpner for at Telenor skal kunne oppnå førstetrekksfordeler gjennom sendrektighet og uthalingstaktikk.

Dette må avveies mot risikoen for å svekke tjeneste- og produktutviklingen³⁹. Nkom anser at det er en viss risiko for at slike presiseringer vil kunne svekke slik utvikling. Den konkrete plikten Nkom har pålagt Telenor innebærer etter Nkoms vurdering imidlertid i liten grad slik risiko. Nkom viser til at plikten består i at Telenor skal gi eksterne grossistkunder «nødvendig og tilstrekkelig informasjon på et tidspunkt som gir likeverdige muligheter som Telenors sluttbrukervirksomhet til å planlegge og tilby nye eller kvalitetsøkende produkter i sluttbrukermarkedet».

Etter Nkoms vurdering balanserer pålegget disse motstridende hensyn på en forholdsmessig måte. Nkom viser for øvrig til at Telenor ikke kan ses å ha kommet med noen alternative løsninger til hvordan disse hensynene kan ivaretas på en mindre inngripende måte. Etter Nkoms vurdering er forpliktelsen i punkt 252 forholdsmessig.

Vedtaket innebærer et generelt forbud mot ensidig og ubetinget endringsadgang, jf. vedtaket kapittel 7.2.2 og 7.3.3.1. En slik endringsadgang skaper etter Nkoms vurdering en klar uforutsigbarhet sammenlignet med Telenors sluttbrukervirksomhet, er egnet til å favorisere Telenors egen sluttbrukervirksomhet og er et urimelig og diskriminerende avtalevilkår, jf. vedtaket punkt 259. Den kommersielle usikkerheten som en ensidig og ubetinget endringsadgang skaper, er etter Nkoms vurdering å anse som en kostnad som tilgangskjøperen vil måtte ta i betraktning ved prising av sine tjenester i konkurranse med Telenor.

Samtidig anerkjenner Nkom i vedtaket at Telenor i visse tilfeller kan betinge seg ensidig endringsadgang. Dette fremgår også av brev til Telenor av 21. juli 2016 i etterkant av vedtaket. Vedtaket fremholder endrede regulatoriske forhold som et eksempel på en betingelse som kan begrunne en slik ensidig endring. Som Nkom har vist til ovenfor⁴⁰ er vi uenige i Telenors oppfatning om at selskapet må ha ensidig og ubetinget endringsadgang for å overholde kravet

³⁹ I denne retning også Riis & Moen i rapport 23. november 2015, som fremholder risiko for svekket innovasjon og gratispassasjervirkning.

⁴⁰ Se punkt 2.6.3 ovenfor.

til ikke-diskriminering; en slik klausul vil etter vår vurdering tvert imot være i strid med ikke-diskrimineringskravet.

Nkom er uenig i Telenors påstand om at forbudet mot ensidig og ubetinget endringsadgang er i strid med ekomloven § 3-4 (3) og tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4, som følge av det ikke er dokumentert at en slik endringsadgang utgjør et konkurranseproblem.

Nkom har nærmere underbygget hvorfor en ensidig og ubetinget endringsadgang utgjør et konkurranseproblem og et diskriminerende avtalevilkår, jf. ovenfor og vedtaket. Det kan synes noe uklart hvilke ytterligere krav Telenor mener kan utledes av ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8. nr. 4, og som Nkoms presisering med forbud mot ensidig og ubetinget endringsadgang skulle være i strid med. Nkom kan ikke se at disse bestemmelser skulle oppstille ytterligere krav som Nkom ikke har tatt hensyn til.

2.6.7. Prisregulering

Grunnlag

Primært hevder **Telenor** at markedsanalysen ikke underbygger Nkoms konklusjoner om fravær av effektiv konkurranse og at vilkårene i ekomloven § 4-9 ikke er oppfylt, herunder at Nkom ikke har dokumentert at Telenor kan «*opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå til skade for sluttbrukerne*» eller «*etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere til skade for sluttbrukere*». Telenor hevder at det ikke er sannsynliggjort at konkurransen er forverret og at det er behov for mer inngripende plikter på Telenor. Selskapet trekker frem lave sluttbrukerpriser til tross for krevende topografi, at kundene får betydelig mer data, SMS og tale for samme sum som tidligere, at markedet er preget av operatørbytte og at den tredje nettverksoperatøren er i stor vekst.

Subsidiært hevder Telenor at prisreguleringen strider mot ekomloven § 3-4, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4. Det hevdes at Nkom ikke har begrunnet eller vurdert forholdsmessighet. Herunder mener Telenor at de ikke har forutsetninger for å sikre etterlevelse av plikter så lenge metode og prinsipper for marginberegning er uklar for selskapet. Videre mener Telenor at innretningen ikke er i samsvar med konkurranserettslig metode og at de pålagte virkemidlene er svært byrdefulle.

Når det gjelder aggregeringsnivået på marginskvistester, viser Telenor til at Nkom har gjennomført markedsanalysen på et samlet mobilmarked og hevder at det ikke er sannsynliggjort at det eksisterer konkurranseproblemer i privat- eller bedriftsmarkedene isolert. Telenor mener videre at det ikke er sannsynliggjort at en marginskvistest for hvert av

segmentene privat- og bedriftsmarkedet er et egnet og forholdsmessig virkemiddel. Etter Telenors mening må en marginskvistest gjennomføres på totalmarkedet.

Telenor mener at det ikke fremkommer av markedsanalysen at det foreligger konkurranseproblemer på produktnivå og at en test per produkt av tjenesteleverandørvilkår ikke er egnet. Telenor hevder at ESA tviler på at marginskvistester for tjenesteleverandører er forholdsmessige og i tråd med EØS-retten når det testes for hvert produkt som inngår i representativ produktportefølje. I følge Telenor har ESA anmodet Nkom om å avstå fra å pålegge marginskvistest på produktnivå, og selskapet mener at Nkom ikke har hensyntatt ESAs kommentarer.

Når det gjelder kostnader til sluttbrukervirksomhet, mener Telenor at kostnader for produkter som ikke inngår i marginskvismodellen, vil ha påvirkning på resultatet i marginmodellen. Telenor er således ikke enig med Nkom i at disse kostnadene utgjør en mindre andel som ikke har innflytelse på marginberegningen, slik at det ikke er forholdsmessig å isolere disse. Telenor mener at modellen må endres slik at kostnadene som benyttes fra regnskapsmessig skille, må justeres for å gjenspeile produktene som inngår i marginskvistesten.

Videre mener Telenor at det ikke fremgår hvilke prinsipper som gjelder for fordeling av kostnader mellom ringeplaner som inngår i testen og øvrige ringeplaner, og at dette skaper uforutsigbarhet for Telenor. Telenor mener at det kan synes som om sluttbrukerkostnadene fordeles med lik andel til hver abonnent, uavhengig av hvilken inntekt denne abonnenten generer. Etter Telenors mening er dette et urimelig prinsipp som vil lede til at flere abonnenter blir tilordnet høyere sluttbrukerkostnader enn den inntekt som genereres av abonnenten. Dette er i følge Telenor et usannsynlig resultat da Telenor unngår å tilby abonnement hvor kostnaden er større enn inntekten. Som et resultat av Nkoms kostnadsmetodikk, vil Telenor ha insentiv til å avslutte disse ringeplanene. Dette vil ha uheldige konsekvenser for flere hundre tusen kunder. I følge Telenor bør sluttbrukerkostnader heller fordeles med direktekostnader til hvert abonnement og felleskostnader mellom ringeplaner etter bruttomargin.

Videre mener Telenor at det ikke er forenelig med metodikk for marginskvistester etter konkurranselovgivning å fordele felleskostnader mellom bedrift og privat etter allerede fordelte kostnader. Det riktige ville etter Telenors syn være at hvert segment dekker sine særkostnader mens felleskostnader mellom segmentene må dekkes på aggregert nivå. I følge Telenor avviker valgt metodikk fra kostnadsfordeling som ligger til grunn for prissetting i markedet, og dette kan lede til reduserte investeringsinsentiver for nettverkseiere.

Videre mener Telenor at størrelsen på faste kostnader for en MVNO er fastsatt på en uriktig måte og på et for høyt nivå. Kostnadene må reduseres for å gjenspeile forutsetninger om en rimelig effektiv operatør. Konkret hevder Telenor at modellen forutsetter at de faste kostnadene til en MVNO som retter seg samlet mot privat- og bedriftsmarkedet, fremkommer ved å summere faste kostnader til en MVNO som retter seg kun mot privatmarkedet, og faste kostnader til en MVNO som retter seg kun mot bedriftsmarkedet. Telenor mener at en MVNO som utvider virksomheten, ikke vil få doble faste kostnader.

Telenor mener at Nkom ikke har begrunnet hvorfor det kun er tilgangsavtalen som tilfredsstillende krav til trafikkavhengige priser, som skal inngå i testen. Nkom har heller ikke begrunnet hvordan et slikt krav er egnet til å fremme bærekraftig konkurranse eller er forholdsmessig.

Telenor mener på denne bakgrunn at vedtaket er ugyldig.

Get TDC har kommentert Telenors anførsler om manglende sannsynliggjøring av at vilkårene i ekomloven § 4-9 er oppfylt ved å vise til at krav til begrunnelse følger av forvaltningsloven. Get TDC finner det utvilsomt at Nkoms vurderinger er tilstrekkelige og mener for øvrig at Telenor er i stand til å utsette blant annet MVNOer for en prisklemme. Videre mener Get TDC at prisregulering etter § 4-9 er det mest egnede virkemiddelet til å avhjelpe identifiserte konkurranseproblemer i form av marginskvis og viser til at Nkom har gjort en grundig vurdering av nødvendigheten. Selskapet viser i tillegg til at lovens forarbeid og forvaltningspraksis hjemler pålegg om andre forpliktelser enn det som følger av konkurranseretten, blant annet kan prisreguleringen omfatte REO-baserte marginskvismodeller. For øvrig viser Get TDC til at ESA ikke hadde innvendinger utover at bedrift og privat burde testes separat.

Nkoms vurdering

Nkom mener at vilkårene for å pålegge prisregulering etter ekomloven § 4-9 første ledd er oppfylt. Fravær av effektiv konkurranse er etter Nkoms syn tilstrekkelig belyst i markedsanalysen, der Nkom har redegjort for at Telenor har sterk markedsstilling i det relevante markedet. Særskilte forpliktelser som pålegges tilbyder med sterk markedsstilling, skal være egnet til å bøte på faktiske eller potensielle konkurranseproblemer i det relevante markedet, jf. ekomloven § 3-4. De aktuelle konkurranseproblemerne er beskrevet i vedtakets kapittel 5. Nkom viser blant annet til at overføring av markedsrett gjennom prissettingen er et potensielt og reelt konkurranseproblem som kan påføre konkurrerende tilbydere en konkurransemessig ulempe i sluttbrukermarkedet, og resultere i prisklemmer. Videre beskrives overpris som et tilfelle av utnyttende adferd som er et aktuelt konkurranseproblem i grossistmarkedet.

Til Telenors anførsel om at det ikke er sannsynliggjort at konkurransen er forverret, viser Nkom til at myndigheten skal vurdere hvilke plikter som er forholdsmessige ut i fra aktuelle

konkurransproblemer og formålet med reguleringen. Vurderingstemaet er således ikke om konkurransen er forverret. For å ivareta formålet med reguleringen, mener Nkom at identifiserte konkurranseproblemer, observert adferd, samt erfaringer med begrenset effekt av tidligere virkemiddelbruk, tilsier at det er behov for å utvide virkemiddelbruken, jf. kapittel 7.5.1 i vedtaket. Etter Nkoms syn er behovet for å pålegge prisregulering tilstrekkelig belyst i markedsanalysen og i vedtaket. Telenors anførsel om at klager fra tilgangsaktører ikke kan benyttes som bevis for fravær av effektiv konkurranse, samt Telenors eksempler på utviklingen i markedet, er besvart under kapittel 2.4 i denne innstillingen. Nkom viser for øvrig til at Get TDC mener Nkom har gjort en grundig vurdering av hvorfor prisreguleringen er nødvendig, og at prisregulering er det mest egnede virkemidlet til å avhjelpe konkurranseproblemer i form av marginskvis.

Nkom er uenig i Telenors påstand om at prisreguleringen er i strid med ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4. Nkom fastholder at konkurranseproblemenes art gjør at prisregulering er nødvendig for at reguleringen skal være tilstrekkelig effektiv. Det fremkommer i vedtaket at Nkom anser at prisreguleringen representerer en økt byrde for Telenor. Nkom fastholder imidlertid at ulempene for Telenor ved et forbud mot marginskvis ikke vil overstige fordelene en slik plikt vil innebære for konkurransen, og at en slik forpliktelse er forholdsmessig.

Nkom kan ikke se at Telenor har spesifisert hva det er i metodikk og prinsipper for å beregne margin som er uklart. Nkom fastholder at prinsippene er utformet på en måte som gir tilstrekkelig veiledning for Telenor, tatt i betraktning at virkemidlene skal være tilstrekkelig robuste til å håndtere dynamikk og utvikling i markedet. Nkom mener også at metodikk og prinsipper er utformet slik at Telenor har forutsetninger for å sikre etterlevelse av forpliktelsene.

Marginskvistester under ex-ante regulering er innrettet mot andre behov enn test etter ex-post prinsippet, og det vil naturlig kunne være visse avvik i måten marginskvistester gjennomføres på under de to regelsettene. Mens marginskvistest i marked 15-reguleringen er et prisreguleringsverktøy vil marginskviser under den generelle konkurranseretten være innrettet mot å avdekke eventuelt misbruk av dominerende markedsposisjon. Nkom viser for øvrig til Konkurransetilsynets hørings svar til varsel om vedtak, hvor tilsynet 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 fastholder at testene er tilpasset hva de søker å oppnå.

Vedrørende aggregeringsnivået i marginskvistestene, mener Nkom at det er forholdsmessig å teste privat- og bedriftsmarkedene separat for MVNO-tilgang. Dette underbygges av

markedsanalysen der Nkom har konkludert med at privatmarkedene og bedriftsmarkedene er separate sluttbrukermarkeder, både for telefonikoblede mobiltjenester og mobilt bredbånd. I vedtaket vurderes aggregeringsnivå på marginskvistestene blant annet ut i fra hvordan en tilgangskjøper av de ulike tilgangsformene forventes å innrette seg. Nkom legger til grunn at en effektiv MVNO er innrettet mot enten det samlede privatmarkedet eller det samlede bedriftsmarkedet. Dette støttes av at tilbydere med MVNO-tilgang i Norge så langt har fokusert enten på privat- eller bedriftsmarkedene. Regnskapsmessig skille skal følge opp krav til ikke-diskriminering, og har en like effektiv operatør-tilnærming. Regnskapsmessig skille er derfor en margintest av totalmarkedet. Marginskvistester er et verktøy for prisregulering som skal følge opp plikten om å tilby tilgangspriser som ikke setter kjøper av tilgang i marginskvis. I marginskvistester benyttes en *justert* like effektiv operatør-tilnærming, som vil si at data fra den regulerte tilbyderen brukes som utgangspunkt, men det åpnes for tilpasninger som anses som nødvendige for å gjøre testen realistisk sett fra tilgangskjøpers ståsted. Etter Nkoms vurdering er en marginskvistest for et samlet totalmarked ikke egnet til å teste tilgangspriser som tilbys en antatt effektiv MVNO-aktør. På denne bakgrunn mener Nkom at marginskvistester av privat- og bedriftsmarkedene separat er et egnet virkemiddel for MVNO-tilgang. Nkom oppfatter heller ikke at ESA, i sine kommentarer til utkast til vedtak⁴¹, mener at marginskvistester for MVNO-tilgang bør utføres på totalmarkedet. Nasjonal gjesting testes imidlertid samlet for privat- og bedriftsmarkedene. Dette er begrunnet i vedtaket, blant annet med at effektive aktører på denne tilgangsformen, som har ambisjoner om å bygge eget nettverk, forventes å være tilstede i alle disse sluttbrukermarkedene.

ESA har i sine kommentarer bedt Nkom sannsynliggjøre at produktutvalg og nivå for testing er forholdsmessige, gitt de konkrete etterspørsels- og tilbudsforholdene i de berørte markedene, samt gi en ytterligere redegjørelse av aggregeringsnivåene. ESA uttrykker tvil til at en produktspesifikk test for tjenestetilbydervilkår er forholdsmessig gitt de identifiserte konkurranseproblemene, og anmoder derfor Nkom om å avstå fra et slikt pålegg. Kommentarene er ivaretatt ved at Nkom har gitt en mer utfyllende begrunnelse for at de valgte aggregeringsnivåene i marginskvistestene på en hensiktsmessig måte responderer på de aktuelle konkurranseproblemene. Den valgte tilnærmingen imøtekommer derfor ikke ESAs anmodning om å frafalle krav om positiv bruttomargin per produkt. Det vises til kapittel 7.5.2 og 7.5.4 i vedtaket for vurderingene knyttet til differensiert prisregulering og beskrivelse av formålet med å pålegge krav om positiv bruttomargin for tjenesteleverandører på enkeltprodukter. Bakgrunnen for differensierte margintester er hensynet til at alle typer tilbydere skal oppnå likeverdige konkurransevilkår hvilket vil bidra til økt konkurranse i sluttbrukermarkedet. Rasjonelle aktører vil innrette seg noe ulikt avhengig av deres satsning, og det er rimelig å legge til grunn at de ulike typer tilgangskjøpere vil etablere seg i ulike sluttbrukermarkeder.

⁴¹ Jf. vedlegg 8

Tilbydere med avtale om nasjonal gjesting og MVNO har til dels betydelige investeringer i egen infrastruktur og retter seg mot større deler av sluttbrukermarkedet. Tjenestetilbydere derimot investerer ikke i egen infrastruktur, retter seg mot avgrensede deler av markedet og er i større grad avhengig av positiv bruttomargin for hvert produkt. Det er Nkoms oppfatning at krav til positiv bruttomargin ikke er et strengt krav. I en virksomhet vil kostnader til sluttbrukervirksomhet påløpe, og selv om effektive tilbydere kan ha minimale sluttbrukerkostnader, er det likevel påkrevet med et positivt bidrag fra bruttomargin dersom virksomheten skal være bærekraftig. Nkom oppfatter ikke at ESA uttrykker motforestillinger mot prisregulering av tjenestetilbydervilkår, men at ESA er kritisk til den valgte innretningen av testen. Det mest sannsynlige alternativet til bruttomargintest vil være en full marginskvistest på et bestemt aggregeringsnivå. Nkom mener at en full marginskvistest vil være mer inngripende enn den valgte bruttomargintesten. Nkom fastholder derfor at positiv bruttomargin per produkt er et relevant nivå for test av tjenestetilbydervilkår, og at produktene som inngår tilsvarer representative produkter i marginskvistester av MVNO og nasjonal gjesting. Nkom viser for øvrig til at ESA tidligere har akseptert krav om positiv bruttomargin på produktnivå, for eksempel i grossistmarkedet for Bredbåndsaksess (tidligere marked 5).

Nkom viser også til at Telenor i klagen hevder at dersom kostnaden for et av deres abonnement var større enn inntekten, ville Telenor unngått å tilby abonnementet i markedet. Telenor sikter i denne sammenheng til nettomargin, dvs. margin etter fratrukk for kostnader til sluttbrukervirksomhet. Implisitt betyr dette at Telenor også ville unngått å tilby et abonnement med negativ bruttomargin, og Nkom mener dette støtter oppfatningen om at krav til positiv bruttomargin ikke er et strengt krav.

Nkom har i prinsipper for marginskvistest kapittel 3.6 lagt til grunn at kostnader til sluttbrukervirksomhet slik det rapporteres av Telenor i regnskapsmessig skille, gir grunnlag for beregning av kostnader til sluttbrukervirksomhet for en referanseoperatør i tråd med prinsipp om justert EEO. I dette ligger det at kostnadene som rapporteres fra Telenor, benyttes i sin helhet i grunnlaget. Når det gjelder Telenors anførsel om å endre modellen slik at kostnadene som benyttes fra regnskapsmessig skille, justeres for å gjenspeile produktene som inngår i marginskvistesten, fastholder Nkom sin vurdering om at kostnader til blant annet M2M-produkter utgjør en liten andel som ikke har vesentlig innflytelse på marginberegningene, og det er derfor ikke forholdsmessig å søke å isolere disse. Nkom viser til at modellen ikke skal gjenspeile Telenors kostnader, men kostnadene til en referanseoperatør beregnet etter prinsipp om justert EEO. I en modell vil det være nødvendig å gjøre forutsetninger, og Nkom har forutsatt at kostnader til sluttbrukervirksomhet slik de rapporteres av Telenor i regnskapsmessig skille, gir et formålstjenlig og anvendbart grunnlag for beregning av kostnader til en referanseoperatør i tråd med prinsipp om justert EEO.

Det gjøres ingen fordeling av kostnader til sluttbrukervirksomhet mellom representative produkter og øvrige ringeplaner. Det fremgår av prinsippdokumentet kapittel 3.6 at kostnadene til sluttbrukervirksomhet fordeles mellom faste og variable kostnader og mellom privat- og bedriftsmarkedene i tråd med prinsipp om justert EEO. I praksis betyr dette at det i marginskvismodellen beregnes en gjennomsnittlig kostnad samlet for privatmarkedene og en gjennomsnittlig kostnad samlet for bedriftsmarkedene. Disse anvendes i marginskvistester på aggregert nivå, henholdsvis samlet for privatmarkedene og samlet for bedriftsmarkedene for en kjøper av MVNO-tilgang, og samlet for alle de nevnte markedene for en kjøper av nasjonal gjesting. Kostnader til sluttbrukervirksomhet anvendes ikke på produktnivå.

Nkom kan ikke se at dette skulle bli uforutsigbart for Telenor da Telenor kjenner fordelingen som ligger til grunn mellom faste og variable kostnader og mellom bedrift og privatmarkedet, samt sine egne kostnader til sluttbrukervirksomhet. Etter Nkoms oppfatning vil en fordeling av sluttbrukerkostnader med direktekostnader til hvert abonnement og felleskostnader fordelt etter bruttomargin som Telenor antyder måtte baseres på et sett av fordelingsnøkler. Dette kan innebære usikre gjennomsnittbetraktninger og i så måte være uhensiktsmessig for test av utvalgte produkter. Det ville også vært nødvendig å samle inn data for alle Telenors abonnement, og ikke bare for utvalgte, representative produkter. Som nevnt i forrige avsnitt fordeler ikke Nkom kostnader til sluttbrukervirksomhet til hvert abonnement, men benytter en gjennomsnittskostnad samlet for henholdsvis privatmarkedene og bedriftsmarkedene.

Nkom er ikke enig i Telenors påstand om at Nkom legger til grunn «feilaktig kostnadsmetodikk». Telenor mener Nkoms kostnadsmetodikk kan gi Telenor insentiver til å avslutte og fjerne produkter som gir stort negativt bidrag i en marginskvistest fra markedet. Dersom inntekter fra produkter som har et tilstrekkelig antall abonnenter til å være blant de representative produktene, ikke dekker relevante kostnader i en full marginskvistest, vil dette innebære at kjøper av tilgang ikke har mulighet til å oppnå positiv margin ved å replikere Telenors representative produkter, og det vil i følge vedtaket være et brudd på Telenors plikt til å tilby tilgangspriser som ikke setter kjøper av tilgang i marginskvis.

Når det gjelder Telenors kommentar om at felleskostnader dekkes på et aggregert nivå i marginskvistester etter konkurranseloven, viser Nkom til tidligere avsnitt om at marginskvistester under ex-ante regulering avviker fra ex-post marginskvistester. I ex-ante marginskvistester er det utbredt at felleskostnader behandles sammen med kostnader til sluttbrukervirksomhet, og at beregninger gjøres på grunnlag av allerede fordelte kostnader.⁴² I marginskvistester under ex-ante regulering kan fordeling av felleskostnader gjøres helt ned på

⁴² Se BoR (14) 190 BEREK Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. ex-ante/sector specific margin squeeze tests), Section 3.2.

produktivnivå. I de pålagte marginskvistestene fordeles kostnader til sluttbrukervirksomhet, herunder felleskostnader, mellom privat- og bedriftsmarkedene på grunnlag av Telenors egne estimater.

Nkom er uenig i Telenors anførelse om at de faste kostnadene er fastsatt på et for høyt nivå. I forbindelse med høringen av varsel om vedtak ble Telenor bedt om å rapportere estimater for fordelingen av kostnader til sluttbrukervirksomhet mellom faste og variable kostnader. Telenors estimater for andelen faste kostnader tok utgangspunkt i regnskapstall for en liten tilgangskjøper som kun er innrettet mot privatmarkedene⁴³. Nkom mener at den mest egnede metoden for å fastsette de faste kostnadene er å ta utgangspunkt i en aktør som er innrettet både mot privatmarkedene og bedriftsmarkedene. For en operatør med minimum skala, som opererer i både bedrift- og privatmarkedene, vil det være en meget begrenset (dvs. neglisjerbar) dobbelttelling av kostnader ved å betrakte to sett av faste kostnader. Som det fremgår av analysens punkt 86, vil en vridning fra tilbud i privatmarkedene til tilbud i bedriftsmarkedene sette endrede krav til kunnskap om teknologiske og markedsmessige forhold. Satsing i bedriftsmarkedene innebærer et langt mer omfattende nivå på anbudshåndtering, kontraktsforhandlinger, kundeservice og oppfølging, noe som innebærer økte kostnader og investeringer. Videre vil blant annet salgskanalene, markedsføringen og mesteparten av systemene være forskjellig. For eksempel krever betjening av bedriftskunder et mer skreddersydd faktureringsystem enn betjening av privatkunder. På dette grunnlag mener Nkom at det er rimelig å doble Telenors estimater for faste kostnader for en aktør som er tilstede både i bedrifts- og privatmarkedene.

Telenor mener at Nkom ikke har begrunnet hvorfor det bare er tilgangsavtalen som tilfredsstillende krav til trafikkavhengige (variable) priser for hver tilgangsform som skal benyttes i marginskvistester. En tilgangsavtale med trafikkavhengige priser er den eneste tilgangsavtalen Telenor er pålagt å tilby, og Nkom mener derfor det er rimelig at det er prisene i denne avtalen som testes. Kravet om en prisstruktur basert på trafikkavhengige priser er ikke til hinder for at Telenor i tillegg kan tilby andre prisstrukturer for å dekke ulike behov i markedet. Nkom mener imidlertid at tilgangsavtale med variabel pris skal kunne benyttes for å replikere alle relevante produkter i sluttbrukermarkedet. Dersom kravet til margintesting innebar at Telenor kunne benytte flere ulike avtaler i testingen for å fremvise positiv margin, er det risiko for at avtalen med variable priser kun ville bli benyttet for å teste en marginal del av produktene, hvilket etter Nkoms syn ville være å undergrave formålet med forpliktelsen.

⁴³ Telenor benyttet regnskapstall for 2014 for Chili Mobil ved fastsettelsen av estimater for faste kostnader, ref. epost fra Torbjørn Hauger 7. desember 2015.

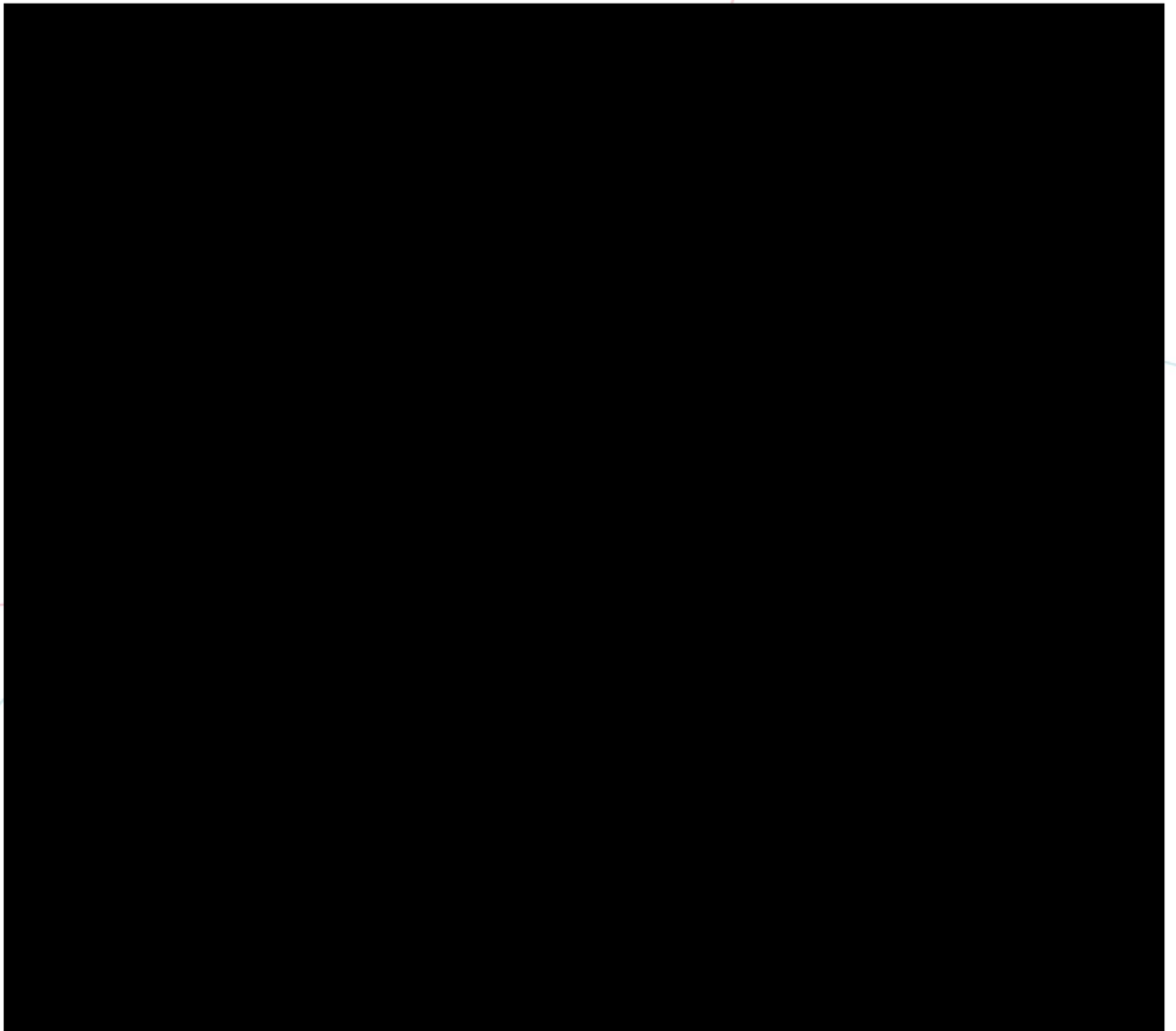
Nkom er uenig i Telenors anførsler om at det ikke er dokumentert at vilkårene i ekomloven § 4-9 er oppfylt, og at prisreguleringen er i strid med ekomloven § 3-4.

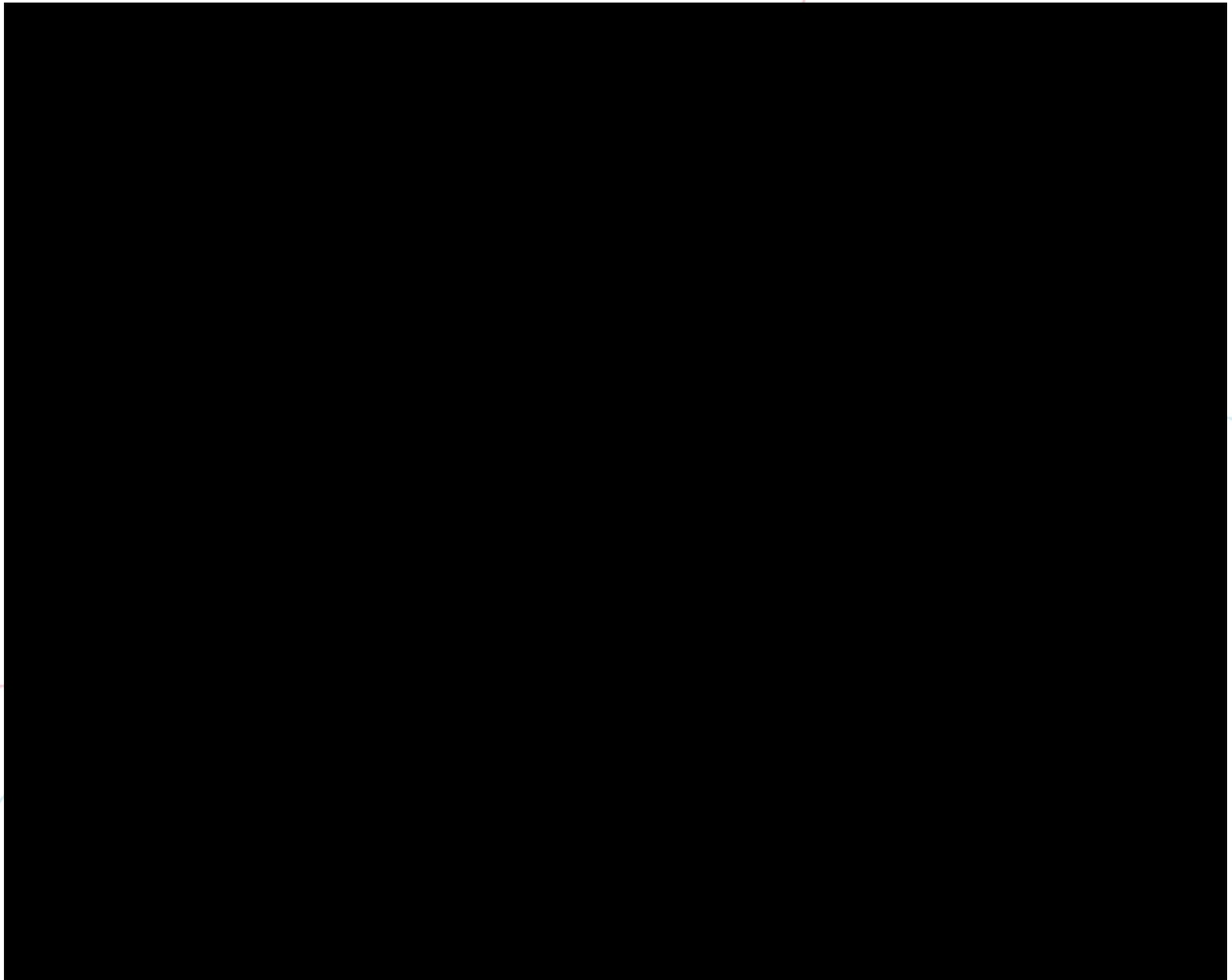
3. Eventuelle nye eller andre opplysninger

Det har etter Nkoms oppfatning ikke fremkommet nye opplysninger etter 1. juli 2016 som skulle tilsa endring av Nkoms konklusjoner om at det relevante markedet berettiger for ex-ante regulering eller utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i det relevante markedet. Det er heller ikke kommet opplysninger som tilsier at forpliktelsene som pålegges Telenor, ikke er forholdsmessige.

Nkom er imidlertid bekymret over flere elementer i Telenors nye standardavtale for MVNO-tilgang som ble oversendt til Nkom og tilbudt eksisterende MVNO-aktører 15. september 2016. Telenor har blant annet benyttet omlegging til trafikkavhengige priser til i stor grad å øke kostnaden for datatrafikk for tilgangskjøpere.







Nkom mener prisøkningen er en sterk indikasjon på at Telenor forsøker å omgå reguleringen ved å gjøre den regulerte avtalen lite attraktiv. Dette forsterker også Nkoms vurdering av at selskapet i stor grad opptrer uavhengig av markedet og i liten grad lar seg disiplinere, hvilket igjen styrker utpekingen av Telenor som aktør med sterk markedsstilling.

Telenor skal i følge reguleringen tilby tilgangspriser som ikke setter kjøper av tilgang i marginskvis, jf. vedtakets kapittel 8.5. Dette skal følges opp ved jevnliggjorte marginskvistester, hvor avtalen som tilfredsstillende krav til trafikkavhengige (variable) priser legges til grunn. I første gjennomføring av marginskvistestene for MVNO-tilgang vil prisene som gjelder til og med 31. desember 2016 avtale legges til grunn. Om tilgangsprisene er i tråd med prisreguleringen vil først avdekkes etter at marginskvistestene er gjennomført. Nkom har startet prosessen med å innhente informasjon fra Telenor for første gjennomføring testene. Nkom forventer at resultatene vil foreligge i løpet av november 2016.

Plikt til ikke å sette tilgangskjøper i marginskvis er oppfylt dersom Telenors avtale med variable priser består marginskvistestene. Selv om prisene i Telenors standardavtale for MVNO-tilgang synes å ha økt, kan det ikke utelukkes at marginskvistestene likevel vil vise positiv margin.



Dersom Nkom etter fornyet vurdering kommer til at de pålagte virkemidlene ikke er tilstrekkelige til å avbøte identifiserte konkurranseproblemer, vil Nkom vurdere å pålegge skjerpet prisregulering raskt. Adgangen til å pålegge skjerpet regulering følger av ekomloven § 3-4 tredje ledd.

4. Oppsummering og innstilling

Telenors klage medfører ikke noe vesentlig nytt i forhold til tidligere innspill. Nkom viser derfor til de vurderinger som er foretatt i vedtaket og markedsanalysen 1. juli 2016 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 1. juli 2016. Nkom innstiller derfor på følgende vedtak i klagesaken:

”Klagen av 19. august 2016 fra Telenor vedrørende Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak av 1. juli 2016 i markedet for tilgang og originering i mobilnett tas ikke til følge.”

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 SD innen en frist på to uker.

Med hilsen

Irene Åmot (e.f.)
avdelingsdirektør

Hans Jørgen Enger
seksjonssjef

Kopi uten vedlegg til: Telenor AS, Postboks 1, 1331 Fornebu



Vedlegg:

- 1: Varsel om vedtak med vedlegg, 16. september 2015.
- 2: Kommentarer til varsel om vedtak og innhentet tilleggsinformasjon.
- 3: Oversendelsesbrev til ESA og utkast til vedtak med vedlegg, 11. mai 2016.
- 4: ESAs forespørsel om mer informasjon, 25. mai 2016.
- 5: Nkoms svar på forespørsel om mer informasjon, 30. mai 2016.
- 6: ESAs forespørsel om mer informasjon, 8. juni 2016
- 7: Nkoms svar på forespørsel om mer informasjon, 10. juni 2016.
- 8: ESAs kommentarer til Nkoms utkast til vedtak, 13. juni 2016.
- 9: Telenors brev til Nkom vedrørende behovet for implementeringstid og deres forståelse av utkast til vedtak, 27. juni 2016.
- 10: Nkoms vedtak med vedlegg, 1. juli 2016.
- 11: Nkoms tilbakemelding på Telenors brev, 21. juli 2016.
- 12: Telenors klage 19. august 2016.
- 13: Kommentarer til Telenors klage fra Get TDC, 15. september 2016.