



Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8112 Dep
0030 OSLO

Vår ref.:1804194-119 - 419
Vår dato: 1.9.2020

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: MMA, IMA, FSR

Unntatt offentlighet iht
Offl § 13, jf FVL § 13 1. ledd nr 2

Oversendelse av Fjordkrafts klage på Nkoms vedtak i tidligere marked 15

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

1. Bakgrunn

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

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

Nkom varslet 31. mai 2019 vedtak om utpeking av 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 31. mai 2019. (I det følgende omtalt som varselet.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Vedlegg 14: Kommentarer til klagen

2. Fjordkrafts klage

2.1. Innledning

Fjordkraft anfører at hovedtrekkene i vedtaket er fornuftige og godt begrunnet, men at bygging av det tredje nettet tillegges for stor vekt i den nye reguleringen. En økning fra to til tre netteiere i et marked mener Fjordkraft på ingen måte er godt nok for å oppnå sunn konkurranse. Fjordkraft mener det samtidig er viktig å legge til rette for selskaper som tilbyr mobile tjenester uten å eie eget mobilnett. Fjordkraft ser at Nkom har anerkjent at det er viktig for markedet at det finnes aktører som opererer uten egne nett, men mener det fortsatt mangler en del i reguleringen for å balansere dette opp mot bygging av det tredje mobilnettet.

Fjordkraft mener introduksjon av bulkpris for deler av kundemassen er det aller viktigste for at tjenesteleverandører og tilbydere med MVNO-tilgang skal kunne konkurrere på like vilkår som netteier. Fjordkraft mener departementet må avvise Telenors klage på bulkprising og beslutningen om utsatt iverksettelse gjør det nødvendig med hurtig klagebehandlingsprosess. Fjordkrafts anførsler vedrørende bulkpris er hensyntatt i innstillingen til Telenors klage.

Nkom oppsummerer nedenfor hovedpunktene i Fjordkrafts klage og utfyllende kommentarer til klagen, samt kommentarer til klagen fra Telenor. Nkom gir sin vurdering av hvert punkt.

2.2. Utvalget av produkter i marginskvistestene

Grunnlag

Fjordkraft mener at produkter/prisplaner som Telenor ikke bruker aktivt i salg/markedsføring, må tas ut av grunnlaget for marginskvistesten. Produkter som ikke er i aktivt salg hos Telenor, men som likevel er med i testen, mener Fjordkraft ikke er representative for markedet som Fjordkraft og de andre tilgangskjøperne må konkurrere i. Marginskvistesten gir derfor et skjevt bilde av virkeligheten sett fra tilgangskjøpernes ståsted, og gjør det mulig for Telenor å sette tilgangskjøperne i marginskvis, selv om Telenor består selve testen.

Telenor skriver i sine kommentarer til klagen at Fjordkraft synes å bygge på en feilaktig forståelse av hvilke abonnement som testes, da det nettopp er Telenors siste porteføljer som testes.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig i Fjordkrafts anførsler om at produktutvalget i marginskvistestene gir et skjevt bilde av virkeligheten. Hovedprinsippet for utvelgelse av sluttbrukerprodukter i marginskvistestene er at «Representative sluttbrukerprodukter» skal testes, det vil si produkter som er representative for konkurransebildet. Nkom viser til prinsippene for marginskvistesting (vedtakets vedlegg 2) punkt 3.1.6. Det fremgår av prinsippene at utvelgelsen av representative produkter blant annet skal vektlegge om produktet er i salg, om produktet tilbys med kampanjepris til nye kunder, og om tilgangskjøperne har tilsvarende produkter som konkurrerer direkte med Telenors produkt. Det skal gjøres en fornyet vurdering av hvilke sluttbrukerprodukter som er representative for konkurransebildet og som skal inngå i marginskvistestene hver gang testene gjennomføres. Nkom ser dermed ikke behov for å endre vedtaket på grunnlag av anførselen.

2.3. Full marginskvistest også for tjenesteleverandører

Grunnlag

Fjordkraft mener at full marginskvistest som gjennomføres for MVNOer, også bør gjennomføres for tjenesteleverandører. Ifølge Fjordkraft undervurderer Nkom størrelsen på de investeringer som må gjøres for å etablere seg som tjenesteleverandør. De største kostnadspostene er markedsføring og salg, samt etablering av en organisasjon som skal håndtere kundeservice og salg. Selv investeringer for å bli MVNO blir små i forhold til disse. Fjordkraft mener derfor at tjenesteleverandører i likhet med MVNOer må bli vurdert basert på en full marginskvistest, og ikke bare en positiv bruttomargintest som i dag.

Telenor skriver i sine kommentarer til klagen at det ikke er grunnlag for å innføre full marginskvistest for tjenesteleverandører slik Fjordkraft foreslår.

Nkoms vurdering

Krav til full marginskvistes for tjenesteleverandører ble vurdert ved høringen i juni 2019. Nkom viser til oppsummeringen av høringssvar kapittel 7.6.1.2, samt begrunnelsen i vedtaket kapittel 7.5.3 og 7.5.7. Nkom fastholder vurderingen og ser ikke at det er kommet nye momenter som gir grunn til å endre vedtaket på dette punktet.

2.4. Utforming av standard prismodell

Grunnlag

Fjordkraft viser til at reguleringen pålegger Telenor å utarbeide standard prismodell for tilgang. Ifølge Fjordkraft gir dette Telenor anledning til å prise tilgangen slik at prisene ikke korrelerer med faktiske kostnader i nettet, og på den måten styre konkurransen i den retning som er mest hensiktsmessig for Telenor selv. Fjordkraft mener prinsipielt at Telenor ikke burde ha mulighet til å utforme standard prismodell selv, men at Nkom bør utforme modellen basert på hva som faktisk genererer kostnader i nettet, og deretter kan Telenor sette prisene. Dette vil hindre tilfeller som skjulte fastbeløp, som i den forrige reguleringen.

I utfyllende kommentarer til klagen påpeker Fjordkraft at Telenor over en lang periode har priset datatrafikk på en slik måte at dette er å betrakte som maskerte fastbeløp, noe som etter ikke er i henhold til reguleringens intensjon. Likevel velger Telenor å la prisene på data være uforandret. Produksjon av datatrafikk blir i likhet med alle andre varer og tjenester som produseres i store volumer, med tiden stadig mer effektiv, mens Telenors priser står fortsatt i ro. Dette viser at denne prisingen ikke reflekterer faktisk kostnadsdannelse i radionettet, men kun er brukt av Telenor som et middel for å begrense konkurransen i markedet.

Fjordkraft kommenterer også at Telenor i ny standardavtale har benyttet muligheten til å designe en prismodell som begrenser konkurransen. Tilgangskjøpere har så lenge det har vært mulig å kjøpe tilgang til Telenors nett, vært tilgodesett med [REDACTED]

Det er Fjordkrafts syn at dette hverken er reguleringens intensjon eller faktiske innhold, men et forsøk på å hindre sunn konkurranse. Norske kunder har betalt og betaler fortsatt vesentlig mer for mobile tjenester enn i de andre nordiske landene. Tjenesteleverandører og MVNOer er garantister for at de tre aktørene med egne nett ikke kan ta for høye marginer i markedet. Basert på den nye modellen for standardprising setter nå Telenor prisen opp til tjenesteleverandører og MVNOer, noe som setter allerede pressede aktører i skvis. Dette viser

at Telenor ikke lenger bør ha mulighet til å definere prismodellen på en slik måte som maksimerer ulempen for tilgangskjøperne. Dersom dette blir stående som utfallet av den nye reguleringen, blir det ikke mulig for tjenesteleverandører og MVNOer å konkurrere på like vilkår som de tre aktørene med egne nett.

Telenor skriver i sine kommentarer til Fjordkrafts klage at det ikke er grunnlag for anførslene om at prisingen skal reflektere «kostnadsdannelsen i radionettet» og at Nkom skal fastsette standard prismodell. Telenor bemerker at som nettoperatør er kostnadene hovedsakelig faste og at dette da eventuelt måtte gjenspeiles i prisingen.

Telenor mener at Fjordkrafts anførsler om a [REDACTED] fører til mindre konkurranse i mobilmarkedet, er anførsler helt uten faglig forankring, og kan kun oppfattes som argumentasjon for egen økonomisk vinning. Det er ifølge Telenor ikke riktig at prisen settes opp til tjenesteleverandører og MVNO'er slik Fjordkraft anfører. [REDACTED]

Nkoms vurdering

Nkom forstår innspillet fra Fjordkraft i hovedsak som at selskapet ønsker kostnadsorienterte priser for tilgang, samt mindre fleksibilitet i prissettingen. Anførsler om krav til kostnadsorientering ble fremmet av tjenesteleverandører ved høringen i januar 2020, ref. oppsummering av høringssvar kapittel 8.4. Nkom viste da til at valg av metode for prisregulering er grundig vurdert og begrunnet i vedtakets kapittel 7.5.2, hvor det blant annet konkluderes med at forbud mot marginskvis balanserer hensynet til å legge til rette for infrastrukturkonkurranse mot tjenestekonkurranse.

Når det gjelder prisstruktur, viser Nkom også til vurderingen som ble gjort i etterkant av høringen i januar 2020. Nkom konkluderte da med at krav til lineær prisstruktur ikke var formålstjenlig å pålegge for alle tilgangsformer, ref. oppsummering av høringssvar kapittel 8.2.

Vedtaket krav til prisstruktur forhindrer ikke at tilgangskjøpere kan anmode om andre prisstrukturer enn standardavtalen, snarere presiseres det i vedtakets kapittel 7.5.9.4 at partene bilateralt kan fremforhandle avtaler med andre prisstrukturer enn standardavtalen. Nkom ser ikke at Fjordkrafts anførsler bringer inn nye momenter som gir grunnlag for å endre prisreguleringen på dette punktet.

Fjordkrafts anførsler til Telenors konkrete endringer i prisvedlegget til standardavtalen er slik Nkom ser det, ikke en direkte klage på vedtaket med til hvordan Telenor har oppdatert standardavtalen. Nkom viser til endringsvedtaket 1. september 2020 hvor endringen

kommenteres og vedtaket presiseres for å unngå mulige misforståelser knyttet til hva reguleringen krever.

2.5. Lineær prismodell

Grunnlag

Fjordkraft mener at en lineær prismodell også bør være tilgjengelig for tjenesteleverandører og MVNOer, og ikke bare for nasjonal gjesting. Fjordkraft mener reguleringen slik den foreligger gir fordel til aktører med eget nett/nasjonal gjesting når det gjelder produktinnovasjon og priser.

Fjordkraft viser til at utrulling av 5G vil kunne medføre tilbud om produkter med fri bruk av data, kanskje med hastighetsbegrensning som differensiering. Lineærprising sammen med bulkprising mener Fjordkraft må til for å gjøre det mulig for tjenesteleverandører og MVNOer å tilby konkurransedyktige og lønnsomme produkter til kundene.

Telenor skriver i sine kommentarer til klagen fra Fjordkraft at det ikke er grunnlag for krav om lineær pris for alle tilgangsformer, da det har en rekke negative konsekvenser. Et slikt krav vil redusere konkurransen på store datapakker, bremse innovasjon og databruk, samt undergrave målsetningen om økt nettverkskonkurranse og favorisere tjenesteleverandører som ikke investerer i eget nett.

Nkoms vurdering

Krav til prisstruktur ble grundig vurdert ved høringen i januar 2020, Nkom viser til oppsummeringen av høringssvar kapittel 8.2 hvor Nkom begrunner hvorfor vedtaket ikke stiller krav om lineær prisstruktur for tjenesteleverandører. Når det gjelder bulkpris, viser Nkom til at kravet til å tilby slik prismodell er opprettholdt i endringsvedtak 1. september 2020. Nkom ser ikke behov for å endre vedtaket utover endringene som fremkommer i endringsvedtaket.

2.6. Størrelse på modellert aktør

Grunnlag

Fjordkraft mener at størrelsen på modellert aktør i marginskvistesten må reduseres ytterligere fra 3 prosent markedsandel til maksimum 2 prosent, aller helst 1 prosent. Samtidig viser Fjordkraft til at etter fire år med store investeringer, har selskapet kun kommet opp til 1,6 prosent markedsandel, og mener det er urimelig at man må doble dette for å oppnå effektivitetskravet i reguleringen.

Telenor viser i sine kommentarer til klagen til at de mener det ikke er grunnlag for å redusere den modellerte aktøren fra 5 til 3 prosent markedsandel og dermed heller ikke ytterligere. I

vedtaket er størrelsen på den testede aktøren satt til 3 prosent i enten privat- eller bedriftsmarkedet. Dette innebærer at den testede aktøren vil kunne ha så lite som 45 000 kunder, som tilsvarer ca. 7 promille av totalmarkedet. Dette til tross for at størrelsen på tilgangsaktørene med en selvstendig MVNO-operasjon i Norge historisk sett har vært vesentlig større enn dette. Det å redusere størrelsen på den testede aktøren ytterligere, fremstår derfor ikke som et realistisk nivå og vil legge til rette for etablering av ineffektive operatører.

Nkoms vurdering

Nkom har tidligere vurdert anførselen fra Fjordkraft ved høringen av prinsipper for marginskvis. Nkom konkluderte med at ytterligere reduksjon i effektivitetskrav fra 3 prosent markedsandel kan gi incentiv til ineffektiv etablering. Nkom mener at 3 prosent markedsandel balanserer hensynet til effektivitet og konkurranse. Vi viser til oppsummeringen av høringssvar kapittel 7.6.1.5 for utfyllende vurderinger. Nkom fastholder at anførselene ikke gir grunnlag for å endre effektivitetskravet.

2.7. Test av produkter før lansering

Grunnlag

Fjordkraft viser til at ESA i sin behandling av utkast til vedtak kom med oppfordring om å innføre test av produkter før lansering (ex-ante marginskvistester) dersom Telenor ikke består marginskvistesten ved to etterfølgende marginskvistester. Fjordkraft kan ikke se at Nkom har hensyntatt denne oppfordringen og mener Nkom bør gjøre det.

Nkoms vurdering

Nkom har i vedtaket kapittel 1 vurdert ESAs oppfordring om å gjennomføre ex-ante marginskvistester dersom Telenor ikke består to etterfølgende marginskvistester. I vedtakets kapittel 7.8 har Nkom angitt at det kan være aktuelt å stille krav om at en marginskvistest skal være bestått før et sluttbrukertilbud kan tilbys i markedet, dersom ikke pålagte forpliktelser fører frem. Nkom mener imidlertid at en slik endring til strengere form for prisregulering må gjøres ut fra en helhetlig vurdering hvor blant annet omfanget og hyppighet av eventuelle brudd inngår, samt robustheten ved de alternative testene. Nkom mener dermed det ikke er hensiktsmessig å inkludere en mer mekanisk endring av virkemidlene, men presiserer at det likevel er en mulighet å endre virkemidlene dersom behovet oppstår.



3. Oppsummering og innstilling

Fjordkrafts klage medfører ikke noe vesentlig nytt i forhold til tidligere innspill. Nkom viser derfor til de vurderinger som er foretatt i vedtaket og markedsanalysen 14. mai 2020 og fastholder de standpunkter som fremkommer der.

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

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

”Klagen av 11. juni 2020 fra Fjordkraft vedrørende Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak av 14. mai 2020 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 KMD innen en frist på to uker.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
avdelingsdirektør

Inger Vollstad
seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift

Kopi Fjordkraft AS, Folke Bernadottes vei 38, 5147 FYLLINGSDALEN

Vedlegg:

- 1: Varsel om vedtak med vedlegg 31. mai 2019.
- 2: Høringssvar til varsel om vedtak, kommentarer til disse og andre innspill i etterkant av høringen.
- 3: Utkast til vedtak 13. desember med tilhørende vedlegg.
- 4: Høringssvar til utkast til vedtak 13. desember 2019 og kommentarer til disse.
- 5: Oversendelsesbrev til ESA, samt utkast til vedtak med tilhørende vedlegg 26. mars 2020 (norsk versjon av vedtak samt aktuelle vedlegg).
- 6: ESAs forespørsel om mer informasjon 3. april 2020.
- 7: Nkoms svar på forespørsel om mer informasjon 8. april 2020.



- 8: ESAs kommentarer 23. april 2020 til Nkoms utkast til vedtak.
- 9: Nkoms vedtak 14. mai 2020 med vedlegg.
- 10: eRates klage 11. juni 2020, samt tillegg til klagen 25. juni 2020.
- 11: Fjordkrafts klage 11. juni 2020, samt tillegg til klagen 23. juni 2020.
- 12: Ice' klage 11. juni 2020.
- 13: Telenors klage 11. juni 2020.
- 14: Kommentarer til klagene.