



DET KONGELIGE KOMMUNAL-
OG MODERNISERINGSDEPARTEMENT

Ifølge liste

| Deres ref | Vår ref | Dato |
|-----------|------------|-----------------|
| | 20/1798-22 | 16.oktober 2020 |

Svar på anmodning om utsatt iverksetting av deler av Nkoms endringsvedtak om regulering av mobilmarkedet (M15)

Det vises til Telenor ASA (Telenor) sin anmodning 22. september 2020, om utsatt iverksetting av deler av Nasjonal Kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 1. september 2020 (endringsvedtaket) om endring av deler av Nkoms vedtak 14. mai 2020 om utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling og pålegg av særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (M15-vedtaket). Anmodningen er begrenset til den delen av endringsvedtaket som gjelder pålegg om å tilby bulkpris til MVNOer og tjenesteleverandører. Telenor har anmodet om utsatt iverksetting inntil klagen på vedtaket er avgjort, og varslet samtidig at selskapet ville påklage endringsvedtaket innen fristen 22. september 2020.

Departementet oversendte 22. september 2020 kopi av Telenors anmodning til Ice Communication Norge AS (Ice), eRate Norway AS (eRate) og Fjordkraft AS (Fjordkraft) for eventuelle kommentarer. Tilsvarende ble Nkom bedt om å kommentere anmodningen. Departementet har mottatt kommentarer fra Nkom, Ice, eRate og Fjordkraft innen fristen 2. oktober 2020. I tillegg har departementet mottatt tilleggskommentarer fra Telenor til de innkomne kommentarene 8. oktober 2020.

1. Bakgrunn

Telenor ble i M15-vedtaket 14. mai 2020 utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og pålagt særskilte forpliktelser i mobilmarkedet for å bøte på de identifiserte konkurranseproblemene. Telenor er blant annet underlagt prisregulering for alle

Postadresse
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo
postmottak@kmd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
www.kmd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org.nr.
972 417 858

Avdeling
Avdeling for IT- og
forvaltningspolitikk

Saksbehandler
Jenny Lønn Barvik
22 24 70 88

tilgangsformer (forbud mot marginskvis), herunder krav om på forespørsel å tilby bulkpriser¹ til alle tilgangsformer som en alternativ prisstruktur til trafikkavhengige variable priser i Telenors standardavtale. For nasjonal gjesting gjelder et eget krav om at tilgangsprisen skal være lineær (prisen kan ikke variere avhengig av trafikkvolum per abonnement).

Telenor anmodet 29. mai 2020, om utsatt iverksetting av den delen av M15-vedtaket som gjelder pålegg om å tilby bulkpris til alle tilgangsformer, inntil selskapets klage på vedtaket er avgjort. Departementet imøtekom anmodningen 9. juni når det gjelder pålegget om å tilby bulkpris til MVNOer og tjenesteleverandører i M15-vedtaket. Det ble ikke gitt utsatt iverksetting av kravet om å tilby bulkpris til nasjonal gjester.

M15-vedtaket er påklaget av Telenor, eRate, Fjordkraft og Ice. Nkom skal i tråd med forvaltningsloven § 33 foreta de undersøkelser klagen gir grunn til, og kan oppheve eller endre eget vedtak dersom Nkom finner klagen begrunnet. Nkom har på bakgrunn av klagen avdekket behov for endring av M15-vedtaket når det gjelder kravet om bulkpris jf. M15-vedtaket kapittel 7.5.13 jf. kapittel 7.5.9.4 og 7.5.9.5, samt presisering av kravet om ikke-diskriminering mellom eksterne jf. kapittel 7.2.3. Endringsvedtaket, samt Nkoms innstillinger i klagesakene, ble oversendt departementet 1. september 2020.

I endringsvedtaket er blant annet kravet til bulkpris endret ved at både beregningsmetoden som fremgikk av fotnote 66 i M15-vedtaket og kravet til å kunne kjøpe i bulk for deler av kundemasse, er fjernet. Nkom har endret ordlyden i M15-vedtaket avsnitt 518 slik:

For at kjøp i bulk skal være et reelt alternativ for tilgangskjøpere, må risikoen for tilgangskjøper knyttet til å forhåndskjøpe en gitt mengde trafikk kompenseres. Som et minimum må ethvert kjøp i bulk innebære at kostnaden for kjøpet blir lavere enn ved kjøp etter standardavtalen. Nkom mener at dette må gjelde uavhengig av størrelsen på bulkkjøpet, men jo større kjøpet er, desto større må risikokompensasjonen være. Gjennomsnittlig pris per minutt, SMS eller MB i bulken, skal således være fallende ved økende volum.

Endringsvedtaket trådte i kraft umiddelbart (1. september 2020). Telenors plikt til å tilby bulkpris inntreffer når selskapet mottar en slik anmodning.

Telenor har bedt om utsatt iverksetting av endringsvedtaket hva gjelder pålegget om å tilby bulkpris til MVNOer og tjenesteleverandører, inntil klagen fra Telenor er avgjort, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd, jf. forvaltningsloven § 42.

2. Kort om Telenors anførsler

Telenor mener den endrede forpliktelsen fortsatt vil ha tilsvarende negativ effekt som krav om lineære priser for alle tilgangsformer. Ordlyden i endringsvedtaket er i tillegg utformet på en uforutsigbar måte. Det er ikke angitt noen metode for hvordan rabattverdien av risiko ved bulkkjøp skal beregnes, det er heller ikke angitt noen metode for å sammenlikne avtaler med og uten bulk og Telenor har ingen metode for å sikre at bulkprisen på kundens

¹ I M15-vedtaket avsnitt 514 ble "bulkpris" definert som en prismodell hvor tilgangskjøper kan kjøpe en definert mengde trafikk (datatrafikk, tale, SMS/MMS) for hele eller deler av kundemassen.

volum/bruksmønster alltid vil gi lavere pris enn standardavtalen. Dette gjøre det vanskelig å sikre etterlevelse av vedtaket. Telenor viser til at en ikrafttredelse vil ha irreversible virkninger, og anmoder om at det gis utsatt iverksetting.

3. Kommentarer fra Nkom og utvalgte tilgangskjøpere

Nkom anbefaler at de endrede kravene til bulkpris trer i kraft umiddelbart. Det vises til at Telenor har endret standardavtalen slik at [REDACTED] med virkning fra 14. august i år. Dette har allerede redusert konkurransekraften for enkelte tilgangskjøpere, i strid med intensjonen med reguleringen. Nkom mener derfor det er desto viktigere at tilbyderne får mulighet til å inngå tilgangsavtaler med bulkpris så snart som mulig, for å sikre tilgangskjøperne økt fleksibilitet. Nkom viser til det høye prisnivået i det norske grossistmarkedet i europeisk sammenheng, og at det derfor er liten grunn til bekymring for en prisreduksjon som kan følge av krav til bulkpris slik kravet er utformet i endringsvedtaket.

Ice mener det er avgjørende at reguleringen ikke undergraver målsetningen om det tredje mobilnettet, og mener at usikkerhetene rundt effektene av regulerte bulkpriser må belyses før den delen av reguleringen trer i kraft. Ice anfører at en kombinasjon av bruttomarginskvisstest per produkt og bulkprising, vil medføre en bulkpris som blir svært lav og langt under gjennomsnittet for en tjenestetilbyder, MVNO og derigjennom lineær pris for en nasjonal gjester. Ice underbygger dette med egne beregninger.

Fjordkraft og eRate peker begge på at Telenors endringer i standardavtalen ved at [REDACTED] allerede har fått negative konsekvenser for tilgangskjøperne og at det ikke må gis utsatt iverksetting av endringsvedtaket.

4. Rettslig grunnlag

Det følger forutsetningsvis av lov 10. februar 1967 om behandling i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 42 første ledd første punktum, at vedtak som hovedregel skal tre i kraft straks eller på det tidspunkt som er bestemt i vedtaket. Bestemmelsen gir likevel forvaltningen en skjønnsmessig adgang til å fravike dette utgangspunktet ved at "*[u]nderinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort*".

Regelen innebærer at iverksetting av vedtaket kan utsettes til klagesaken er avgjort. Forvaltningens adgang til å beslutte at vedtak ikke skal tre i kraft straks, er begrunnet i hensynet til rettssikkerhet, herunder risikoen for at klageinstansens vedtak kan bli umulig eller vanskelig og kostbart å gjennomføre. Avgjørelsen er underlagt forvaltningens frie skjønn, og beror på en konkret helhetlig vurdering i det enkelte tilfellet. Det er departementet som skal avgjøre spørsmålet om utsatt iverksetting, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd.

Når det gjelder den konkrete vurderingen, er et sentralt moment betydningen for de berørte parter av at vedtaket iverksettes straks. Dette innebærer at departementet må foreta en interesseavveining mellom hensynet til de byrder og forpliktelser Telenor påføres, og

hensynet til tredjeparter av at vedtaket iverksettes. Det skal også tas hensyn til offentlige interesser. Muligheten for reversibilitet dersom anmodningen ikke fører frem, men klagen likevel tas til følge, er et viktig moment. I vurderingen kan det også vektlegges hva som antas å bli utfallet av klagesaken.

5. Departementets vurdering

5.1. Økonomisk tap og andre virkninger for Telenor

I vurderingen av spørsmålet om det skal gis utsatt iverksetting skal det tas hensyn til eventuelle økonomiske tap for Telenor, og om en iverksetting før klagevedtaket ferdigstilles har andre skadevirkninger for Telenor. Det følger av endringsvedtaket avsnitt 524 at ethvert kjøp i bulk skal innebære at kostnadene for kjøpet blir lavere for tilgangskjøper enn ved kjøp etter standardavtalen, samt en forholdsmessig risikokompensasjon for forhåndskjøp. Dette innebærer samtidig at risikoen for et eventuelt under- eller overforbruk bæres av tilgangskjøper som kjøper bulk. I lys av dette vil det være usikkert hvorvidt Telenor vil oppleve reduserte inntekter. Telenor har heller ikke tallfestet størrelsen på et eventuelt økonomisk tap, men departementet legger til grunn at en følge av at kravet om å tilby bulkpriser på forespørsel til MVNOer og tjenesteleverandører vil kunne medføre at Telenor får noe lavere inntjening for sine tilgangsprodukter. Isolert sett vil dette være et moment som trekker i retning av å gi utsatt iverksetting. Departementet finner imidlertid at momentet ikke kan tillegges særlig vekt, ettersom Telenor ikke har redegjort nærmere for det økonomisk tapet.

5.2. Hensynet til tredjeparter/private parter

I vurderingen av spørsmålet om utsatt iverksetting skal også hensynet til tredjeparter og private parter i markedet vurderes. En sentral del av denne vurderingen er hvilke konsekvenser iverksetting av vedtaket vil ha for tilgangskjøperne og for sluttbrukerne i markedet.

Etablering av det tredje mobilnettet er sentralt for å legge til rette for bærekraftig konkurranse i det norske mobilmarkedet. Ice viser til at det er avgjørende at reguleringen ikke undergraver dette målet, og at usikkerhetene rundt effektene av regulerte bulkpriser derfor må belyses før den delen av reguleringen trer i kraft. Både Ice og Telenor har underbygget dette med egne beregninger. Videre anfører Telenor at endringsvedtaket vil ha tilsvarende negative effekt som et krav om lineær prisstruktur for alle tilgangskjøpere. Departementet mener i lys av dette at det kan være noe usikkerhet knyttet til effektene endringsvedtaket vil kunne få for utbyggingsinsentivene til det tredje nettet. Dette taler for at det gis utsatt iverksetting av endringsvedtaket inntil klagesaken er avgjort.

Departementet viser til endringsvedtaket avsnitt 518 og 524 hvor det fremgår at et hvert kjøp i bulk skal innebære at kostnaden for kjøpet blir lavere for tilgangskjøper enn ved kjøp etter standardavtalen, samt en forholdsmessig risikokompensasjon for forhåndskjøp. Dette

innebærer at en utsatt iverksetting av vedtaket på dette punkt vil kunne ha negativ effekt for tjenesteleverandører og MVNOer ved at de i perioden frem til klagen er avgjort ikke vil kunne oppnå en redusert tilgangskost eller prisingsfleksibilitet ved å anmode om bulkpriser. Sett i sammenheng med endringene Telenor har gjort i standardavtalen, forsterkes de uheldige konsekvensene for tjenesteleverandører og MVNOer av en utsettelse. Departementet har også merket seg at Nkom trekker frem at grossistprisene generelt er høye sammenliknet med relevant sammenlikningsgrunnlag, og at en reduksjon i grossistprisene har vært tilsiktet. Disse momentene taler for at det ikke bør gis utsatt iverksetting av kravet om å tilby bulkpris for tjenesteleverandører og MVNOer.

Når det gjelder hensynet til sluttbrukerne, legger departementet til grunn at en iverksetting vil kunne komme sluttbrukerne til gode på kort sikt, forutsatt at konkurransen virker i markedet. På den annen side vil det som nevnt over kunne være til skade for sluttbrukerne på lengre sikt dersom dette undergraver målsetningen om det tredje mobilnettet. Hensynet til sluttbrukerne taler derfor på kort sikt for at det ikke gis utsatt iverksetting, men ikke nødvendigvis på noe lengre sikt.

Oppsummert taler hensynet til MVNOer, tjenesteleverandører og sluttbrukere på kort sikt for at det ikke gis utsatt iverksetting av kravet om å tilby bulkpris til tjenesteleverandører og MVNOer. Imidlertid taler hensynet til det tredje nettet for at det gis utsatt iverksetting. Disse momentene må vektes mot hensynet til blant annet offentlige interesser.

5.3. Hensynet til offentlige interesser

I vurderingen av spørsmålet om utsatt iverksetting er det også relevant å vurdere offentlige hensyn som ligger til grunn for den sektorspesifikke reguleringen av mobilmarkedet. Formålet med reguleringen er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon.

Departementets vurdering er at konkurransen i mobilmarkedet ikke er effektiv, og vi legger til grunn at det tredje nettet er nødvendig for å oppnå formålet. Ice er gjennom M15-vedtaket sikret både lineære priser, og mulighet til å be om bulkpriser. Dette har bidratt til å styrke Ice sin konkurransekraft, og selskapet er etter departementets syn dermed bedre i stand til å møte et eventuelt økt konkurransepress fra øvrige tilgangskjøpere. I tillegg innebærer endringsvedtaket en innskrenkning av tilgangskjøpernes fleksibilitet, ved at det ikke lenger er mulig å velge bulkpriser for deler av kundemassen. Fotnote 66 fjernet, og det er gitt nye ytre rammer for hvordan Telenor skal fastsette en bulkpris. Dette kan trekke i retning av at hensynet til det tredje nettet er tilstrekkelig ivaretatt. Som det fremgår av vurderingen i kapittel 5.2 vil imidlertid en iverksetting av kravet om bulkpriser for MVNOer og tjenesteleverandører likevel kunne ha utilsiktede negative konsekvenser for Ice. Denne usikkerheten taler for at det gis utsatt iverksetting av kravet om å tilby bulkpris for MVNOer og tjenesteleverandører inntil klagen er avgjort.

Departementet anerkjenner samtidig at også MVNOer og tjenesteleverandører er viktige for konkurransen i markedet og for utvikling av både priser og tjenester til brukerne. eRate og

Fjordkraft viser til at endringene i Telenors standardavtale har forverret konkurransesituasjon for tilgangskjøperne. Dette kan tale for at kravet om bulkpris fremstår som enda viktigere for å sikre fleksibilitet og mulighet for lavere tilgangspriser. Dette taler isolert sett for at det ikke gis utsatt iverksetting.

Samlet sett mener departementet likevel at hensynet til utbygging av det tredje nettet veier tyngst for å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse i mobilmarkedet, og at hensynet til offentlige interesser derfor taler for at det gis utsatt iverksetting.

5.4. Reversibilitet

Reversibilitet er et sentralt moment i vurderingen om utsatt iverksetting skal gis, særlig i de tilfeller iverksetting av vedtaket får følger som ikke kan rettes opp etter at klagen er ferdig behandlet. Departementet må derfor ta stilling til om iverksetting av vedtakene om retting vil medføre en uopprettelig, irreversibel situasjon.

Telenor har i anmodningen anført at en iverksetting av vedtaket på dette punkt vil innebære irreversible virkninger for Telenor og markedet, både hva gjelder den direkte prisreduksjonen i grossistmarkedet, mulige virkninger av dette i sluttbrukermarkedet og mulige negative effekter for utbygging av det tredje nettet. Samtidig mener Telenor at en utsatt iverksetting av endringsvedtaket ikke vil være særlig tyngende for tjenesteleverandører og MVNOer, fordi de vil være sikret prisnivået og prisstrukturen i Telenors standardtilbud. Telenor er pålagt prisregulering i form av forbud mot marginskvis, samt krav om at prisstrukturen i standardavtalen skal være basert på trafikkavhengig variabel pris.

Departementet viser til vurderingen ovenfor i kapittel 5.2 om at iverksetting vil kunne medføre reduserte sluttbrukerpriser. Departementet ser at det vil kunne være utfordringer forbundet med å øke sluttbrukerprisen senere, dersom en nedgang skulle føre til at prisene etablerer seg på et lavere nivå på grunn av konkurransen i markedet, og det skulle vise seg at Telenor får helt eller delvis medhold i den varslede klagen. Videre viser departementet til vurderingene i kapittel 5.3 og at det kan være en risiko for at en iverksetting kan få negative konsekvenser for Ice. Disse momentene trekker isolert sett i retning av at utsatt iverksetting bør gis. På den annen side vil en iverksetting av vedtaket kunne gi tjenesteleverandører og MVNOer økt konkurransekraft, og en utsettelse av vedtaket vil dermed kunne ha visse irreversible virkninger ved at de i perioden frem til klagen er avgjort ikke vil kunne oppnå større prisingsfleksibilitet eller redusert tilgangskost ved å anmode om bulkpriser, dersom det skulle vise seg at Telenor ikke får helt eller delvis medhold i klagen. Dette trekker i motsatt retning. Departementet finner på bakgrunn av det ovennevnte ikke grunnlag for å tillegge hensynet til irreversibilitet særlig vekt i dette tilfellet.

5.5. Foreløpig vurdering av klagesaken

Et viktig moment i vurderingen av om det skal gis utsatt iverksetting er vurderingen av den forestående klagesaken. Hovedregelen i norsk rett er at vedtak skal iverksettes straks. Fremstår det imidlertid som klart eller tilnærmet klart at klager vil gis medhold i klagesaken, er utgangspunktet at forvaltningen skal innvilge anmodningen om utsatt iverksettelse.

Når det gjelder den foreløpige vurderingen av kravet i endringsvedtaket om å tilby bulkpris, er departementet på bakgrunn av Telenors anmodning og de innkomne kommentarene kommet til at det er usikkerhetsmomenter i saken som kan tilsi at det kan være aktuelt med endringer eller presiseringer. Departementet er blant annet bekymret for eventuelle utilsiktede konsekvenser for investeringsinsentivene og evne til inntjening for det tredje nettet. Det foreløpige vurderingen av klagesaken på dette punkt taler derfor for at det gis utsatt iverksetting.

5.6. Konklusjon

Departementet har etter en skjønnsmessig vurdering av ovennevnte momenter, kommet til at Telenors anmodning om utsatt iverksetting av endringsvedtaket når det gjelder bulkpris imøtekommes. Det er lagt avgjørende vekt på den foreløpige vurderingen av klagesaken og hensynet til offentlige interesser.

Ulike prisstrukturer kan bidra til å skape fleksibilitet for tilgangskjøpere til å innrette seg med ulike prismodeller i sluttbrukermarkedet. Telenor har i henhold til M15-vedtaket en plikt til å imøtekomme en rimelig anmodning om andre prisstrukturer enn prisstrukturen som fremkommer av standardavtalen. Departementet understreker at det ikke er gitt utsatt iverksetting av denne plikten.

6. Annet

eRate og Fjordkraft mener at dersom det gis utsatt iverksetting av endringsvedtaket, må dette også gjelde for endringer som [redacted] i standardavtalen til Telenor. Dette innebærer etter selskapenes syn at Telenor må tilbakebetale [redacted] i standardavtalen frem til klagen er endelig avgjort. Videre mener begge selskap at prismodeller, pris og vilkår ikke må settes av Telenor alene, men at standard prismodell bør fastsettes av myndigheten.

Departementet har merket seg eRate og Fjordkrafts bekymringer når det gjelder konsekvensene for tilgangskjøpernes konkurransekraft av Telenors endringer i standardavtalen. Nkom har også i sine kommentarer til Telenors anmodning bemerket at Telenors endringer i standardavtalen allerede har fått uheldige konsekvenser for enkelte tilgangskjøpere i strid med intensjonen med reguleringen. Departementet mener det er uheldig dersom reguleringen som følge av Telenors innretning etter markedsvedtaket ikke får den tilsluttede effekten.

Departementet er kjent med at Nkom er i prosess med å følge opp Telenors endringer i standardavtalen. Departementet legger til grunn at Nkom vurderer om det er behov for endringer av reguleringen som følge av dette. Videre legger departementet til grunn at Nkom også vil vurdere eventuelt behov for hasteprosedyre etter ekomloven § 9-3 fjerde ledd, dersom det av hensyn til å sikre tilgangskjøpers konkurransekraft eller ivareta brukernes interesser er behov for en rask avklaring.

Lavere grossist- og sluttbrukerpriser har vært en intensjon med reguleringen. Departementet vil derfor be Nkom om en redegjørelse for om Telenors endringer i standardavtalen endrer forutsetningene for M15-vedtaket som er oversendt departementet for klagebehandling.

Når det gjelder anførselene om at myndigheten bør fastsette standard prismodell, er dette også anført som en del av klagen på M15-vedtaket som departementet har til behandling. Departementet vil komme tilbake til dette i forbindelse med behandling av klagesaken.

7. Beslutning

Departementet treffer i medhold av ekomloven § 11-6 femte ledd, jf. forvaltningsloven § 42 følgende beslutning:

Det gis utsatt iverksetting av Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 1. september 2020 om endring av Nkoms vedtak 14. mai 2020 om utpeking av Telenor ASA som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett for den delen av endringsvedtaket som gjelder krav til bulkpriser, inntil klagen på endringsvedtaket er avgjort.

Departementets avgjørelse om å gi utsatt iverksetting er en prosessledende beslutning og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28.

Med hilsen

Heidi Kvalvåg (e.f.)
avdelingsdirektør

Jenny Lønn Barvik
Seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

Kopi

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet

Adresseliste

| | | | |
|------------------|----------------|------|---------|
| Telenor ASA | Snarøyveien 30 | 1360 | |
| Telenor Norge AS | Postboks 800 | 1331 | FORNEBU |

KOPPI