

Bedrift KONFIDENSIELT

Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Vår dato
22.09.2020

*Klagen er kun sendt per e-post til
firmapost@nkom.no*

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE – VEDTAK OM ENDRING AV VEDTAK 14. MAI 2020 (MARKED 15)

1 Innledning

Det vises til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets ("Nkom") vedtak 1. september 2020 om endring av vedtak 14. mai 2020 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett ("endringsvedtaket").

Telenor påklager med dette forpliktelsen til å tilby bulkpris slik denne er fastsatt i endringsvedtaket. I endringsvedtaket er fristen for å klage fastsatt til 22. september 2020. Klagen er således rettidig.

Det er positivt at Nkom har endret kravet til bulkpris i forhold til slik dette kravet var utformet i vedtaket av 14. mai 2020. Slik Telenor forstår den endelige utformingen av kravet i Nkoms endringsvedtak, vil forpliktelsen imidlertid fortsatt ha tilsvarende negativ effekt som krav om lineære priser for alle tilgangskjøpere. I tillegg er ordlyden i endringsvedtaket utformet på en uforutsigbar måte som gjør det meget vanskelig å sikre etterlevelse av vedtaket.

Kort oppsummert mener Telenor at kravet om å tilby bulkpris må fjernes da det ikke er egnet til å insentivere tilbud av større datapakker i sluttbrukermarkedet, samtidig som det vil få urimelige og uforholdsmessige effekter for alle netteierne investeringsinsentiver. Kravet er i tillegg utformet uklart og uforutsigbart, og påfører dermed Telenor en unødvendig og høy regulatorisk risiko.

Vi vil i det følgende utdype klagen ytterligere, samt beskrive hvilke effekter utformingen av krav om å tilby bulkpris vil ha for Telenor, og i markedet. Endringene av vedtaket fra 14. mai 2020 vil bare i begrenset grad kunne avhjelpe de virkningene Telenor har fremholdt i begjæringen av utsatt iverksettelse av 29. mai 2020 og i klagen på vedtaket av 14. mai

Group Legal Advokater MNA

Head of Group Legal:
Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:

Eirik Andersen
Nina Borthen
Geir Dyngeland
Morten Foss
Atle Garder
Gaute Simen Gravir
Tor Henrik Hauge
Ina L.Heidenreich
Bjørn Hogstad
Øyvind Iversen
Christian Lindqvist
My Muratori
Ina Ore
Paul Edward Paus
Jørn T. Ramnæs
Tone Ripel
Espen Skovly
Vegard Thoresen
Guru Wanda Wanvik
Kaja Wølneberg
Anette Halvorsen Aarset

2020, og som var grunnlaget for at KMD ga utsatt iverksettelse av forpliktelsen og at Nkom endret vedtaket.

Foruten foreliggende klage vises det til Telenors klage 11. juni 2020 samt anmodning om utsatt iverksettelse 29. mai 2020 fra Telenor. Det vises også til anmodning om utsatt iverksettelse av 22. september 2020.

Telenors klage inneholder konkurransesensitiv informasjon som skal unntas fra offentlighet og partsinnsyn, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Denne informasjonen er merket med [UOFF].

2 Kravet om å levere bulkpris for tjenesteleverandører og MVNO må fjernes

Det vises til anmodning om utsatt iverksettelse av endringsvedtaket hva gjelder bulkpris for tjenesteleverandører og MVNO av 22. september 2020.

I endringsvedtaket punkt 2.3 pålegger Nkom Telenor å imøtekomme rimelige anmodninger fra tilgangskjøpere om å tilby regulert tilgang basert på bulkpris, hvor en definert mengde trafikk (datatrafikk, tale, SMS/MMS) skal kunne benyttes for hele kundemassen.

I avsnitt 518 fremgår det at ethvert kjøp i bulk som et minimum må 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. Det er Telenor som har bevisbyrden for at kostnaden blir lavere enn ved kjøp under standardavtalen.

Videre fremgår det av premissene i endringsvedtaket at Nkom har fjernet fotnote 66, slik at den overordnede terskelen for ethvert bulkkjøp er at kostnaden for anmoder ikke skal bli høyere enn ved kjøp etter standardavtalen. Men deretter presiserer Nkom at en sammenlikning mot tilgangskjøpers kostnad etter standardavtalen kun er en terskel, og et kjøp i bulk må inneholde en risikokompensasjon som gjør dette alternativet til et reelt valg. Videre legger Nkom til grunn at bortfall av fotnote 66 ikke vil få vesentlig negativ virkning på enhetsprisen i bulkkjøpet såfremt ikke tilgangskjøpere i økende grad retter sitt kjøp mot å tilby små datapakker. Det følger videre av premissene at formålet med forpliktelsen til å tilby bulkkjøp og innretningen på denne er å insentivere til å tilby større datapakker i sluttbrukermarkedet. Videre følger det av premissene at Nkom forventer dermed at tilgangskjøpere som utgangspunkt ikke vil vri salget mot mindre pakker. Etter Nkoms syn vil størrelsen på risikokompensasjonen i bulken være viktig for tilgangskjøpers insentiver til å velge bulkkjøp og å øke volumet i sitt bulkkjøp og dermed også rette salget mot større datapakker.

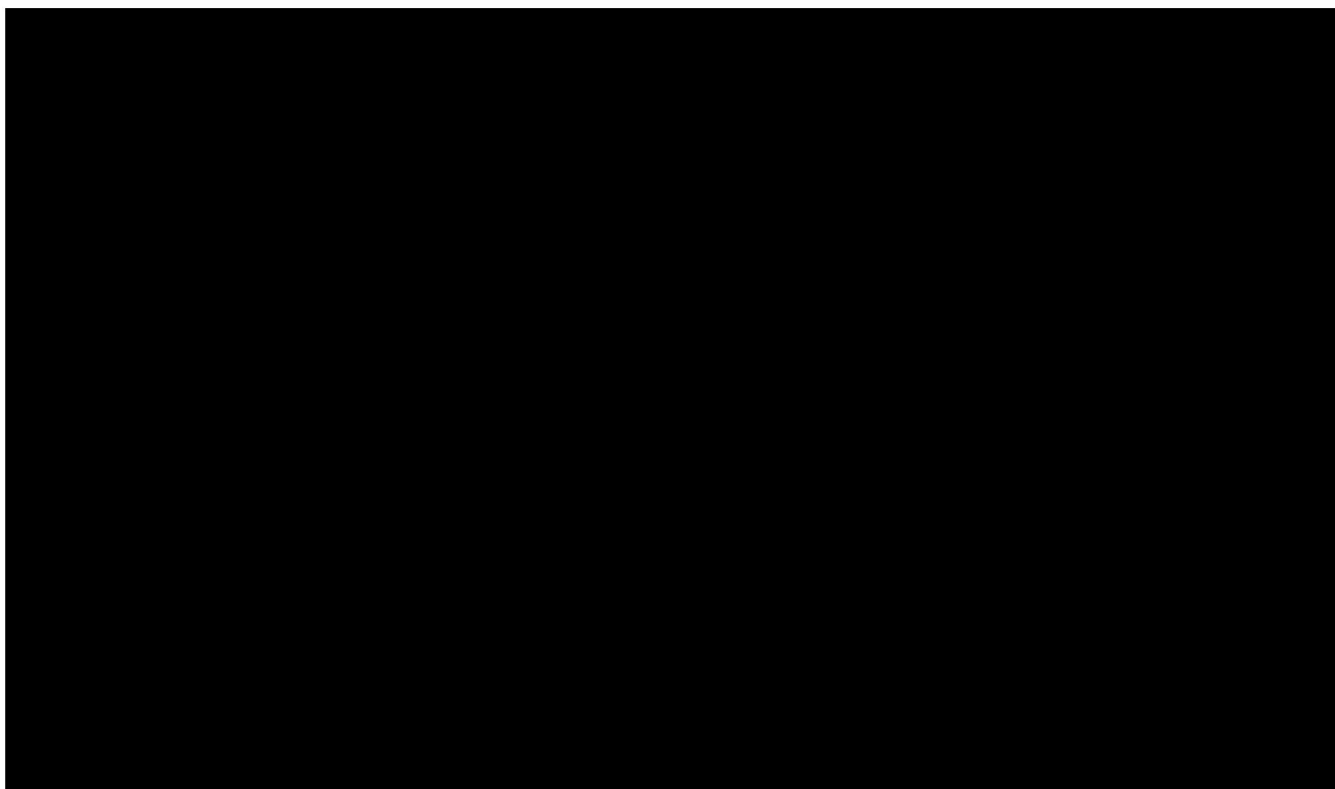
Vedtaket legger på denne bakgrunn opp til at prisen for bulk vil være på nivå med resultatet av fotnote 66 i og med at bortfallet av fotnoten ifølge endringsvedtaket ikke skal få vesentlig innvirkning på enhetsprisen. Konsekvensen av dette er at prisen for bulk vil [REDACTED] som vist i figur side 5 i vår anmodning om utsatt iverksettelse 29. mai 2020. Dette var også noe av bakgrunnen for at det ble gitt utsatt iverksettelse av forpliktelsen og slik Telenor forstår det, noen av grunnen til at Nkom har endret vedtaket av 14. mai 2020.

Bedrift KONFIDENSIELT

Det forhold at bulkprisen eventuelt skal hensynta at tilbyder i økende grad retter sitt tilbud mot små datapakker, vil imidlertid ikke skje før «bulkperiode» har utløpt, det vil si etter 12 måneder, jf. vedtaket punkt 521. Innen den tid er det rimelig å forvente at nytt prisnivå allerede er etablert i markedet, med ugjenkallelig effekt på lønnsomheten for nettverksutbygging. Samtidig vil en bulkpris gi redusert eller negativ lønnsomhet av å tilby store datapakker, og derved ikke gi insentiver til å tilby store datapakker. Bulkpris kan ikke både opprettholde prisnivå for de små datapakkene, og samtidig gi insentiv til å tilby store datapakker. Siden det ikke er noen direkte og umiddelbar sammenheng mellom prisen på bulk og hvilken kunde det selges til, vil bulkpris slik den er utformet i vedtaket ha mange av de samme effektene som lineær variabel pris.

Når Nkom i premissene legger til grunn at prisen for bulk skal ligge på nivå med fotnote 66, innebærer det at maksimal gjennomsnittspris i bulkavtalen for data vil tilsvare den pris som kan beregnes basert på Telenors volum slik dette inngår i Nkoms marginskivstest. Videre skal gjennomsnittsprisen per minutt, SMS eller MB være fallende ved økende volum. Konsekvensene av dette er de samme som påpekt i Telenors begjæring om utsatt iverksettelse av 29. mai 2020. For ordens skyld vises figuren på nytt her:

[UOFF:



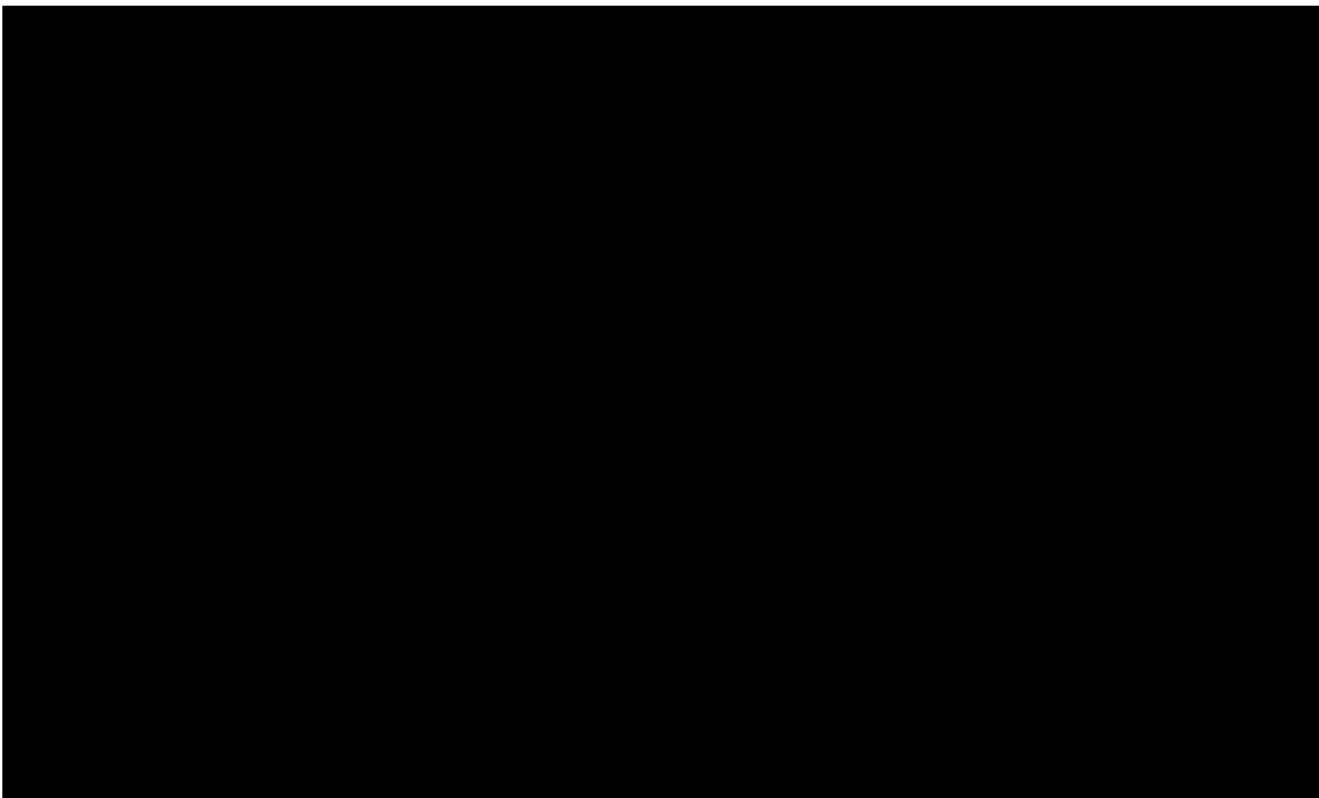
Som det fremgår vil endringsvedtaket medføre en betydelig prisreduksjon i tilgangsprisene for data for [redacted]. Prisreduksjonen vil variere fra [redacted] og videre ned mot [redacted]. Dette innebærer at effekten av bulkpris er den samme som forslaget til lineær variabel pris i utkastet fra desember 2019, som Nkom senere har gått bort i fra på grunn av effektene dette ville fått på investeringsinsentiver.

Bedrift KONFIDENSIELT

Ifølge endringsvedtaket punkt 521 er ett av hovedformålene ved å pålegge Telenor å tilby bulkpris at prisstrukturen er særlig velegnet til å gi insentiver og mulighet til å tilby større datapakker overfor sluttkundene. Dette er imidlertid ikke korrekt. Selv med endringene som er gjort i forhold til vedtaket av 14. mai 2020 vil en bulkpris gi redusert eller negativ lønnsomhet av å tilby store datapakker, og derved ikke gi insentiver til å tilby store datapakker. Bakgrunnen for dette er i all hovedsak at en gjennomsnittlig bulkpris på rundt [REDACTED] vil medføre en [REDACTED] [REDACTED], og for de største datavolumene vil kundenes betalingsvillighet være [REDACTED].

Dette innebærer at bulkprisreguleringen ikke vil gi insentiver til å tilby større datapakker til sluttkundene. Sammenlignet med det eksisterende standardtilbudet til Telenor vil fortsatt gjennomsnittsprisen for de større datapakkene være høyere med bulk og dermed ha motsatt effekt av det Nkom legger til grunn. Dette er vist i nedenstående figur som også fremgikk av Telenors anmodning om utsatt iverksettelse 29. mai 2020, som illustrerer dataprisen for de ulike datavolumene med en variabel pris og en bulkpris.

[UOFF:



Som det fremgår av figuren vil bulkprisen ligge under den variable prisen [REDACTED]. [REDACTED] Akkumulert vil bulkprisen være lavere enn variabel pris [REDACTED]. Deretter vil tilgangskost for hver kunde som bruker mer enn [REDACTED] måned være lavere med variabel pris i forhold til en bulkpris.

Endringsvedtaket kan forstås slik at ovennevnte effekt skal avhjelpes ved størrelsen på risikokompensasjonen ved bulkkjøp, ettersom Nkom legger til grunn at det er denne rabatten som vil være viktig for tilgangskjøpers insentiv til å øke volumet i bulkkjøpet og dermed insentivere til å

Bedrift KONFIDENSIELT

tilby større datapakker. Men det er likevel slik at tilbyder vil fortsatt ha incentiv til å selge det økte volumet der det gir størst avkastning, altså [REDACTED]. Den eneste måten å sikre at tilgangskjøper benytter bulken til å tilby større datapakker, og ikke der hvor det gir mest avkastning, er å stille krav til antall kunder bulken kan benyttes på. Dette har ikke Telenor anledning til per i dag, og fremstår heller ikke som ønskelig fra myndighetenes side slik vi har forstått det.

Kravet om å tilby bulkpris slik det fremgår av endringsvedtaket medfører som vist en betydelig reduksjon i tilgangsprisen for data [REDACTED] og det kan forventes at denne prisreduksjonen vil resultere i en prisreduksjon i [REDACTED] i sluttbrukermarkedet. Ettersom Ice har en stor andel av sine kunder i [REDACTED] vil kravet om å tilby bulkpris kunne redusere Ices lønnsomhet betydelig. Dette vil videre kunne få konsekvenser for Ices muligheter til å investere i nettutbygging. Kravet om å tilby bulkpris på de vilkår som følger av vedtaket vil dermed motvirke formålet med reguleringen om å legge til rette for økt infrastrukturkonkurranse gjennom å insentivere til utbygging av et tredje landsdekkende nett.

I tillegg er ordlyden i endringsvedtaket utformet på en uforutsigbar måte som gjør det meget vanskelig å sikre etterlevelse av vedtaket. Det er for eksempel ikke gitt noen metode for hvordan rabatt-verdien av risiko ved kjøp av bulk skal beregnes, det er heller ikke angitt noen metode for å sammenligne avtaler med og uten bulk. Telenor har heller ikke noen mulighet for å sikre at bulkpris på kundens volum/bruksmønster alltid vil gi lavere pris enn standardavtalen.

På denne bakgrunn er pålegget om bulkpris ugyldig. Begrunnelsen for dette er kort oppsummert at endringsvedtaket bygger på feil faktum, er uklart og uforutsigbart, samt ikke egnet til å oppnå det formålet forpliktelsen er ment å ivareta og medfører urimelige og uforholdsmessige effekter på netteieres insentiver til å investere i nett.

Telenor ber om vet møte med departementet i anledning saken. I tillegg bes det om løpende partsinnsyn i sakens dokumenter.

Med vennlig hilsen
Group Legal

Kaja Wølneberg
Advokat