

Samferdselsdepartementet  
v/ Nasjonal kommunikasjonsmyndighet  
Postboks 93  
4791 Lillesand

Vår dato  
19.08.2016

Vår referanse  
2014-460

Deres dato  
01.07.2016

Deres referanse  
1504996-28 -

Vår saksbehandler  
Kaja Wølneberg / Geir Dyngeland

## **KLAGE - VEDTAK OM UTPEKING AV TILBYDER MED STERK MARKEDSSTILLING OG PÅLEGG OM SÆRKILTE FORPLIKTELSE I MARKEDET FOR TILGANG TIL OG SAMTALEORIGINERING I OFFENTLIGE MOBILKOMMUNIKASJONSNETT (TIDLIGERE MARKED 15)**

### **1 Innledning**

Det vises til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets («Nkom») vedtak 1. juli 2016 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett («Vedtaket»).

Telenor påklager med dette Vedtaket. I Vedtaket er fristen for å klage satt til 19. august 2016. For å sikre at Telenor på forsvarlig vis kan ivareta sitt tarv, anmodet Telenor Nkom om å forlenge denne fristen. Nkom avsto Telenors anmodning og Telenor forbeholder seg derfor retten til å komme ytterligere begrunnelse og utdyping av klagen på senere tidspunkt.

Telenor finner avslaget på anmodningen meget uheldig, ugrunnet og i strid med grunnleggende krav til kontradiksjon og forsvarlig saksbehandling. Telenor har – grunnet ferieavvikling - i praksis kun hatt 10-15 dager til å utforme klagen på Vedtaket. Vedtaket er svært omfattende og inneholder mange nye, detaljerte, kompliserte og uklare forpliktelser med store konsekvenser for Telenors virksomhet og konkurransen i markedet.

Foruten denne klage vises det til Telenors kommentarer av 2. november 2015 til Nkoms høringsbrev av 16. september 2015, samt Telenors kommentarer i e-post av 3. desember og brev av 4. desember 2015. I tillegg vises det til rapport fra Espen R. Moen og Christian Riis av 23. november 2015 som innsendt til Nkom den 3. desember 2015. Telenors kommentarer til varselet og rapporten fra Moen og Riis er i liten grad hensyntatt i Vedtaket. Telenors kommentarer til varselet og rapporten utgjør en integrert del av denne klagen.

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

## 2 Oppsummering av klagen

Vurderingen av om et marked skal underlegges sektorspesifikk tilgangsregulering må baseres på en analyse av konkurransesituasjonen i de relevante markedene, og denne analysen må klart dokumentere at slik regulering er nødvendig. Videre er det slik at eventuelle SMP forpliktelser må gjenspeile funnene i markedsanalysen, både hva gjelder hvilket marked som er relevant og de eventuelle konkurranseproblemer som eksisterer i dette markedet. Særskilte SMP-plikter må videre både være formålstjenlige og forholdsmessige, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd og tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4. I Vedtaket synes Nkom å overse disse sammenhengene.

Vi vil i klagen særlig fokusere på følgende forhold:

### 1. Det er ikke sannsynliggjort et reguleringsbehov – konkurransen i markedet er velfungerende

- Konkurransen i sluttbrukermarkedet er og har vært sterk med fallende priser og at stadig økende datapakker inkluderes i tilbudene til samme eller reduserte priser
- Konkurransen i grossistmarkedet er fungerende - med dokumenterte fallende priser
- Det er tre nettoperatører i markedet - ICE er etablert i hele mobilmarkedet og har nødvendige frekvenser og nasjonal gjestingsavtale med Telia. ICE har gitt og forventes å bidra til økt konkurranse i både grossist- og sluttbrukermarkedet i analysens tidshorison
- Telenor kan ikke opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere
- Samlet tilsier markedsforholdene at marked 15 bør *avreguleres*. Det andre kriteriet i tre-kriterie testen er ikke møtt. Subsidiært er det kun grunnlag for å innføre langt *lempeligere og målrettet* mobilregulering enn gjeldende regulering.

### 2. Nkoms virkemiddelbruk er uforholdsmessig og i strid med ekomlovens formål når myndigheten til tross for de faktiske konkurransemessige forhold innfører:

- Ny og historisk streng *tilgangs- og prisregulering* som
  - omfatter tjenesteleverandører
  - motvirker ICEs mulighet til å vinne kunder i grossistmarkedet og målsetningen om videre nettutbygging
  - gir Telenor insentiver til å avslutte bestemte ringeplaner og fjerne disse fra markedet for flere hundre tusen kunder.
- Ny og inngripende regulering av *prisstruktur* som
  - medfører risiko for store negative konsekvenser for sluttbrukermarkedet, tilgangskjøpere og Telenors prisingsfleksibilitet
  - verken samsvarer med hva tilgangskjøpere etterspør eller den prisstruktur som er i sluttbrukermarkedet
  - øker risikoen for negativ margin ved salg til «storforbrukere», og kan medføre at tilgangskjøpere ser seg tvunget til å trekke seg ut av disse delene av sluttbrukermarkedet
  - er basert på grunnleggende feilslutning fra Nkom om at Telenors kostnadsstruktur i det alt vesentligste er trafikkdrevne -Telenors kostnader er i det alt vesentligste *faste* og ikke trafikkdrevne.

### 3. Nkom har ikke i tilstrekkelig grad hensyntatt ESAs klare og grunnleggende innvendinger til foreslått regulering:

- ESA advarer i svært sterke ord – «*urge Nkom to refrain*» - fra krav om å innføre prisregulering for tjenesteleverandører i form av positiv bruttomargin på alle sluttbrukerprodukter som inngår i marginskvistesten



- ESA har videre sterke innvendinger mot kravet til variabel prisstruktur - ESA ser ikke hva formålet med denne reguleringen er eller at Nkom har begrunnet at dette er forholdsmessig og formålstjenlig, eller hvilke konkurranseproblem pålegget skal avhjelpe.

Basert på ovennevnte forhold vil Telenor i klagen prinsipalt anføre at Vedtaket mangler rettslig grunnlag i ekomloven. Nkom har verken dokumentert eller sannsynliggjort at vilkårene for regulering (tre- kriterie testen) er oppfylt, i tillegg til at Nkoms vurderinger til dels bygger på feil faktum. Nkom har heller ikke sannsynliggjort at Telenor har sterk markedsstilling jf. ekomloven § 3-1.

Videre anføres det at i den grad det kan legges til grunn at Telenor har sterk markedsstilling, mangler flere av de vedtatte forpliktelsene hjemmel, de er heller ikke tilstrekkelig begrunnet og Nkom har på flere punkter ikke sannsynliggjort og dokumentert at de vedtatte forpliktelsene er egnet til å avhjelpe de anførte konkurranseproblemene. Konsekvensene av Vedtaket er heller ikke tilstrekkelig utredet. Flere av forpliktelsene er dessuten ikke forholdsmessige. Videre er enkelte av forpliktelsene i strid med grunnleggende krav til klarhet og forutsigbarhet.

Det følger av ovennevnte at Telenor vil anføre at vedtaket er ugyldig. Subsidiært ber vi Samferdselsdepartementet om å rette opp forholdene som påklages og fatte et nytt vedtak.

### **3 Vilkårene for sterk markedsstilling er ikke sannsynliggjort**

#### **3.1 Innledning**

Ifølge Nkom er formålet med reguleringen av markedet for tilgang til mobilnett å understøtte målsetningen om å bidra til langsiktig, infrastrukturbasert konkurranse; «altså konkurranse mellom flere parallelle mobilnett».

Det er Telenors oppfatning at det i Norge i dag er konkurranse mellom flere parallelle mobilnett, og at denne konkurransen vil øke de neste 2-3 årene. I markedet er det både to jevnstore landsdekkende nettoperatører, i tillegg til ICE som bygger ut eget mobilnett i raskt tempo og som tilbyr et fullverdig tjenestespekter med nasjonal dekning via en nasjonal gjestingsavtale. ICE fikk gjennom Konkurransetilsynets vedtak V2015-1 betydelig og tilstrekkelig etableringshjelp for å sikre infrastrukturkonkurranse. Det er derfor ikke grunnlag for fortsatt regulering av tilgang til Telenors mobilnett.

Nkoms markedsanalyse og konklusjoner av tre-kriterietest og utpeking av Telenor som tilbyr med sterk markedsstilling er etter Telenors oppfatning basert på sviktende grunnlag., hvor Nkom blant annet overser flere sentrale forhold som underbygger at konkurransen i de relevante markedene er økende. Konsekvensen av dette er at Nkom verken har dokumentert eller sannsynliggjort at vilkårene i ekomloven § 3-1 er oppfylt. Dette er en saksbehandlingsfeil som innebærer at Vedtaket er ugyldig.

#### **3.2 Feil avgrensning av det relevante markedet**

Avgrensningen av relevante markeder skal gjøres etter *samme fremgangsmåte* som i konkurranseretten. Dette innebærer blant annet at Nkom foruten en vurdering av etterspørselssubstitusjon også må foreta en analyse av tilbudssubstitusjon. Etter Telenors oppfatning er Nkoms analyse på dette punkt ikke foretatt i tråd med den fremgangsmåten som legges til grunn i konkurranseretten særlig hva angår vurderingen av tilbudssubstitusjon. I tillegg er analysen basert på et sviktende og til dels uriktig faktisk grunnlag.

### Bedrifts- og privatabonnement

Nkom har konkludert med at det er grunnlag for å definere to adskilte sluttbrukermarkeder for henholdsvis bedrifts- og privatabonnement. En slik konklusjon er i strid med praksis fra EU-Kommisjonen<sup>1</sup>.

I det følgende vil vi peke på noen forhold som underbygger at Nkoms analyse er basert på feil faktisk grunnlag:

De underliggende produktene som tilbys de to segmentene er de samme; tale, SMS og data. Hoveddelen av bedriftene i Norge er små- og mellomstore bedrifter som ikke benytter anbudsprosesser, men som inngår standardiserte kontrakter. Det er heller ikke slik at bedriftskundenes behov for kundeservice i stor grad avviker fra privatsegmentet. Dette foregår i de samme kanalene; via callsenter, utsalgssteder og online. Det er heller ikke slik at bedriftene stiller større krav til tilgjengelighet for kundeservice slik Nkom legger vekt på. Dersom en ser på åpningstider for eksempel er disse ofte mer begrenset for bedriftskunder enn for privatkunder. Markedsinformasjon viser at en stor andel av bedriftskundene anser privatabonnement som et alternativ<sup>2</sup> og at også større bedrifter velger å benytte privatabonnement fremfor bedriftsabonnement<sup>3</sup>.

Etter Telenors oppfatning - som er i tråd med det EU-Kommisjonen<sup>4</sup> har lagt til grunn - vil en tilbyder i privatsegmentet relativt raskt uten at det påløper for store kostnader kunne tilby tjenester til bedrifter, særlig med et tilbud rettet mot små og mellomstore bedrifter. Basisproduktene som tilbys er de samme, og det viktigste tilleggsproduktet er mobile sentralbordsløsninger, selv om mange bedrifter kan løse dette med andre produkter, for eksempel Lync. Kostandene for sentralbordsløsninger er uansett begrenset og det kan utvikles i løpet av kort tid. Et eksempel er Dipper, som brukte 4 måneder fra det startet prosessen med å utvikle et produkt som omfattet sentralbordsløsninger til produktet ble lansert. Kostnaden til dette estimeres til [UOFF ██████████]

### Mobilt bredbånd (MBB)

Nkom har konkludert med at dedikert abonnement til mobilt bredbånd ikke inngår i samme marked som telefonikoblede tjenester. En slik konklusjon er i strid med praksis fra EU-Kommisjonen<sup>5</sup>, hvor det legges til grunn at MBB inngår i samme relevante sluttbrukermarked som tale, SMS og mobile datatjenester. Bakgrunnen for dette er blant annet tilbudssidesubstitusjonen. Det er de samme innsatsfaktorene som benyttes til produksjon av MBB og de øvrige telefonikoblede tjenestene. Tilbydere av de øvrige telefonikoblede tjenester kan raskt og med små kostnader også tilby MBB.

Nkom har i analysen kun anført at muligheten tilbudssubstitusjon fra mobilt bredbånd til ordinært mobilabonnement er begrenset, jf. punkt 95. Noen ytterligere analyse av muligheten for tilbudssubstitusjon foreligger ikke. Nkom har således ikke vurdert mulighetene for tilbudssubstitusjon, og har derfor ikke faktisk grunnlagt for å konkludere angående substituerbarheten på tilbudssiden. Nkom har ikke vurdert den disiplinierende effekten tilbydere av ordinære mobilabonnement har på prisene for mobilt bredbånd. Det synes klart at tilbydere av ordinære mobilabonnement enkelt kan omstille produksjonen til å tilby mobilt bredbånd uten betydelige investeringskostnader og risiko, da innsatsfaktorene nødvendig for å tilby mobilt bredbånd i all hovedsak allerede forefinnes hos tilbydere av ordinære mobilabonnement. Dette underbygges ytterligere av at de største tilbyderne av ordinære abonnement også tilbyr mobilt bredbånd.

<sup>1</sup> Se COMP/M.3245 Vodafone/Singlepoint, COMP/M.3530 TeliaSonera/Orange, COMP/M.3916 T-Mobile Austria/Tele.ring, COMP/M. 4947 – Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain, COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria, COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/O2 Ireland and COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus.

<sup>2</sup> Markedsundersøkelse fra 2013 inntatt som vedlegg 1.

<sup>3</sup> Artikkel fra Dagens Næringsliv 1. juni 2014 inntatt som vedlegg 2.

<sup>4</sup> Se fotnote 1.

<sup>5</sup> Se fotnote 1.



Nkoms vurdering av etterspørselssubstitusjonen synes videre å være inkonsistent og basert på feil faktisk grunnlag. Særlig sett hen til at veksten i databruk primært kommer fra ordinære mobilabonnement, håndsett kan enkelt erstatte den modemfunksjonalitet man får fra mobilt bredbånd samtidig som prisdifferansen på databruk mellom mobilt bredbånd og ordinære abonnement har jevnet seg ut.

Når Nkom selv konkluderer i punkt 119 med at datatrafikk i ordinære mobilabonnement per i dag har disiplinerende virkninger på mobilt bredbånd, og at denne disiplinerende effekten forventes å øke, understøtter dette ytterligere at produktene inngår i samme marked.

Nkoms konklusjon om at salg av MBB til private og til bedrifter utgjør to separate relevante markeder er heller ikke i særlig grad dokumentert eller sannsynliggjort. Nkom har i den forbindelse ikke vurdert tilbudssidesubstitusjon mellom MBB til private og bedrifter, annet enn at det legges til grunn at det er ulike tilbydere tilstede i disse to segmentene. Dette medfører ikke riktighet. Nkom viser selv til at både Telenor, Telia og ICE er tilstede i begge segmentene. I tillegg er det slik at MBB produktet som tilbys i disse til segmentene er basert på samme innsatsfaktor.

### M2M-kommunikasjon

#### *Sluttbrukermarkedet*

Nkom har konkludert med at M2M tjenester i mobilnettet ikke inngår i samme sluttbrukermarked som telefonikoblede tjenester. Nkom har ikke dokumentert eller sannsynliggjort konklusjonene på dette punkt og unnlater å vurdere sentrale faktiske forhold. I det følgende vil vi peke på noen av punktene som underbygger dette:

Nkom har i meget begrenset grad tatt hensyn til muligheten for tilbudssubstitusjon. Innsatsfaktorene som behøves for å tilby M2M-kommunikasjon er nært sammenfallende med de som benyttes i markedet for telefonikoblede tjenester: mobilt nettverk, datatrafikk og SIM-kort. Det er med andre ord sannsynlig at tilbydere av ordinære mobiltjenester forholdsvis raskt og uten betydelige investeringskostnader kan tilby M2M-tjenester.

Nkom har ikke vurdert i hvilken grad alternative teknologier, som for eksempel powerline communication (M2M over strømnettet), Low Power Wide Area Network (LPWAN) radio mesh, WLAN og ulike Near Field Communications-løsninger (NFC) utøver prispress på M2M over mobilnettet.

Nkom har ikke heller hensyntatt at konkurransesituasjonen er preget av tilstedeværelse av andre aktører enn de som vanligvis er til stede i mobilmarkedet ettersom mobilteknologi ikke er en forutsetning for å være en tilbyder av M2M-tjenester. Et eksempel på dette er kraftselskaper.

Muligheten for tilbudssubstitusjon taler videre for at den geografiske utstrekningen av markedet for M2M-tjenester er større enn nasjonalt, da utenlandske aktører enkelt kan tilby M2M-tjenester i Norge ved hjelp av roamingavtaler. Blant annet er det SIM-kort fra internasjonale operatører i biler, alarmer, samt AMS-løsninger, noe som heller ikke er reflektert i Nkoms statistikk. Telenors markedsandel er derfor også betydelig lavere enn det Nkom legger til grunn. Telenors forståelse av at konkurransen i M2M-markedet er internasjonal understøttes av BEREC i rapporten «Enabling the Internet of Things», BoR(16)139. Ovennevnte taler for at markedet for M2M-kommunikasjon er større enn nasjonalt.

#### *Grossistmarkedet*

Nkom har konkludert med at tilgang for M2M tjenester over mobilnettet inngår i det relevante grossistmarkedet, men unnlatt å vurdere betydningen av konkurrerende teknologier for avgrensingen av

markedet. Etter Telenors oppfatning er det sentralt å vurdere hvilket konkurranstrykk konkurrerende teknologier utgjør.

I tillegg har Nkom ikke vurdert betydningen av at grossistkunder som vil tilby M2M-kommunikasjon kan bruke utenlandske SIM-basert på internasjonal roaming. Det vises i den forbindelse til rapporten fra BEREC 12. februar 2016 (BoR(16)139 hvor det på side 29 fremgår følgende:

*“The IoT sector has evolved to be a transnational market of services where a significant part of the devices supporting those services are conceived for global mobility, not only under the basis of temporary mobility but to be marketed globally on a permanent roaming basis. In this context, the possibility and the economic terms under which such connections can be provided are fundamental for the development of the sector. Permanent roaming appears to be a key factor for the success of certain IoT business models being used.”*

Det er således en rekke alternative tilbydere som må inkluderes analysen. Dette vil også kunne få betydning for den geografiske avgrensingen av det relevante markedet, slik at dette må utvides utover Norge, til å være globalt.

### **3.3 Feil faktum, ikke utredet og dokumentert at vilkårene for regulering er oppfylt**

Etter Telenors oppfatning vektlegger Nkom i liten grad det som skal være de sentrale forhold i en konkurranseanalyse og som viser at markedet er preget av konkurranse. Videre synes det som om 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.

Telenors anførsler på dette punkt fremgår av kommentarene til varselet punkt 2.3. I det følgende vil vi begrense oss til å peke på enkelte særlige faktiske forhold som ikke er hensyntatt av Nkom og som fører til at Nkoms analyse på dette punkt er ufullstendig og ikke dokumentert.

#### *Konkurransen i sluttbrukermarkedet er velfungerende*

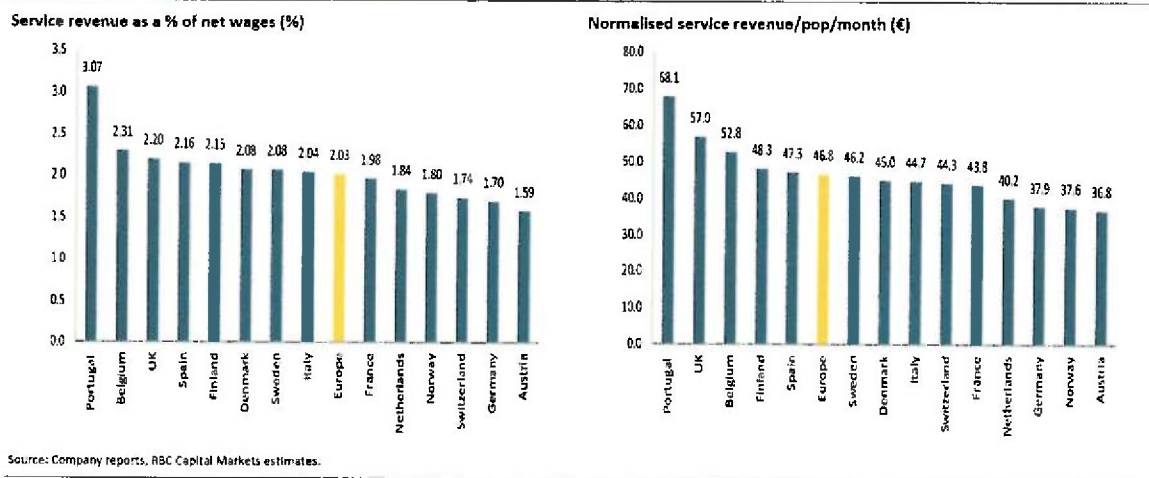
Et grunnleggende utgangspunkt for vurdering av om det fortsatt er behov for sektorspesifikk tilgangsregulering, vil være en analyse av konkurransen i sluttbrukermarkedet. Hvis konkurransen fungerer nedstrøms vil det ikke være grunnlag for sektorregulering. Og har konkurransen styrket seg fra forrige markedsvedtak bør det tilsi lettelse i reguleringen.

Etter Telenors oppfatning er konkurransen sterkere nå enn ved forrige analyse i 2010, og vi vil særlig fremheve følgende forhold:

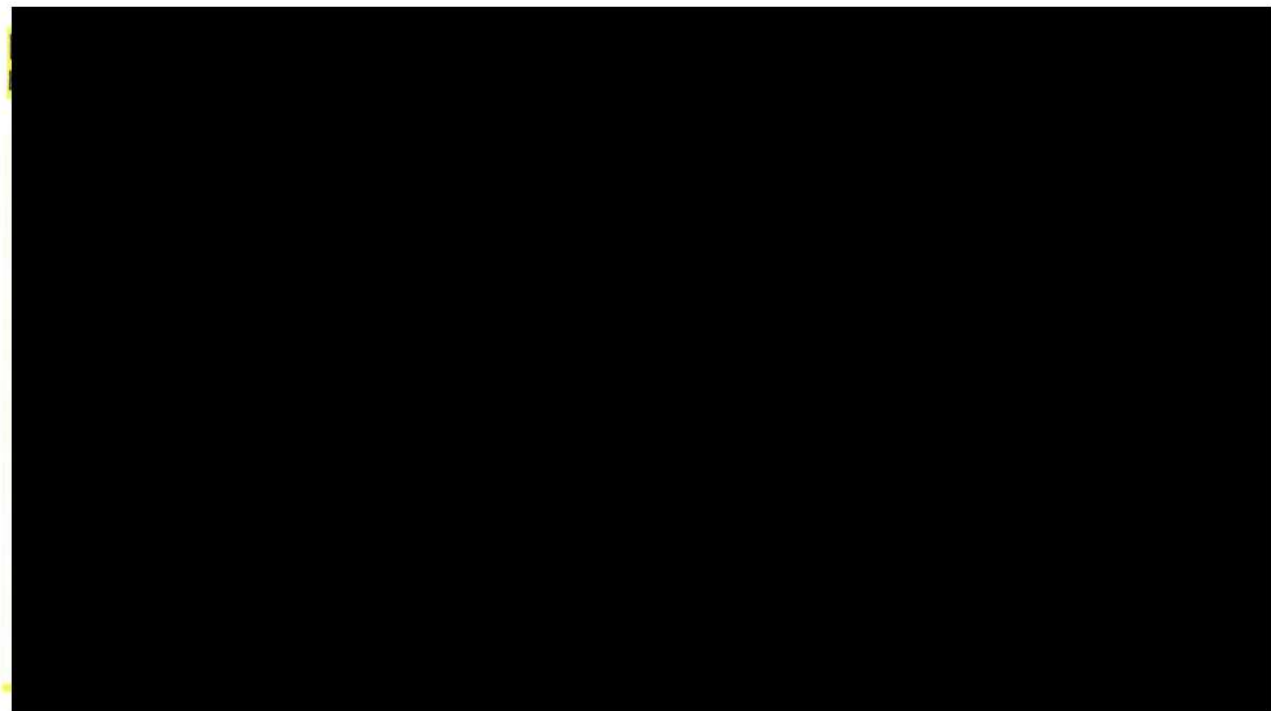
For det første er sluttbrukerprisene i Norge er fallende til tross for krevde topografi.



Exhibit 10: European Normalised service revenue/pop/month (2015E, €) – A market by market review



\*Approach to normalisation: Using Eurostat 2014 data for net wages of Europe and its countries, RBC Capital has 'normalised' for spending power inconsistencies. For service revenues, RBC is able to present telecom spend as a percentage of net wages



### ICEs tilstedeværelse i markedet

Nkoms analyse skal videre være fremadrettet med en tidshorison på 2-3 år, og Nkom må derfor legge til grunn at markedsstrukturen slik den er på nåværende tidspunkt ved framoverskuende analyse, uavhengig av om det er organisk vekst eller oppkjøp som har ført til at den har blitt slik. I tillegg må det særlig vektlegges at ICE har etablert seg som nettverksoperatør og tydelig vist at selskapet har finansielle muskler og salgssuksess. Selskapet har blant annet foretatt store investeringer i spektrum, hentet inn midler i aksjemarkedet for å investere i Norge, inngått distribusjonsavtaler med Elkjøp, Expert og Euronics, vokst med 25.000 kunder per måned, pilotert VoLTE, inngått nettverks partnerskap og gitt klare signaler om at selskapets intensjon er å tre inn i grossistmarkedet. I tillegg har ICE inngått en gunstig avtale om nasjonal

gjesting med Telia og har opsjon på å gjenbruke infrastrukturen som tilhørte Mobile Norway, samt overtatt 90.000 tidligere Network Norway kunder.

#### *Uriktig vektlegging av klager fra tilgangskjøpere*

Nkom bruker klagen feilaktig som bevis på at Telenor har insentiv til «vertikal overføring av markedsrett» jf Vedtaket punkt 5.3.

Nkom legger i Vedtaket stor vekt på klager fra tilgangskjøpere og hevder disse underbygger at konkurransen er begrenset og at Telenor kan utøve markedsrett. Når tilsynsmyndigheten legger så stor vekt på klager fra tilgangsaktører blir det åpenbart en effektiv regulatorisk strategi for tilgangskjøpere å klage på alle forhold. Det at tilgangskjøpere klager til Nkom over vilkårene de oppnår hos Telenor, er ikke bevis for at vilkårene faktisk er konkurransebegrensede, jf. også kronikk 6. juli 2016 i Dagens Næringsliv fra professorene Christian Riis og Espen R. Moen.

Som det fremgår av på s 3 i rapport fra Christian Riis og Espen R. Moen, vil Telenor tvert i mot kunne ha insentiver til å tiltrekke seg tilgangskjøpere:

*«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 insentiver ble også sterkt vektlagt i EU-kommisjonens veto mot FICORAs pålegg av SMP-plikter på TeliaSonera.<sup>6</sup> Kommisjonens avgjørelse bygger på en selvstendig vurdering av hvorvidt FICORA i tilstrekkelig og forsvarlig utstrekning har tillagt betydningen av markedsdynamikk vekt i sitt vedtak.

Kommisjonen vektlegger blant annet i sin avgjørelse at MNOer har sterke økonomiske insentiver til å gi tilgang til tjenesteleverandører (store og små), et forhold som Kommisjonen mente var av avgjørende betydning i vurderingen av markedsdynamikken. Til tross for at TeliaSonera hadde høy markedsandel (over 60 prosent), konkluderte Kommisjonen med at markedet var dynamisk som følge av konkurrerende MNOers incentiver til å bygge opp markedet. Det norske markedet kjennetegnes også av samme markedsdynamikk som lå til grunn for at EU-Kommisjonen nedla veto mot FICORAs illeggelse av SMP-plikter på TeliaSonera i 2004.

Det er således grunnleggende galt når Nkom i stor grad baserer reguleringsbehovet på klager fra tilgangskjøpere. Selv om tilgangsaktørene ikke skulle vinne frem med klagen, vil det kunne være nyttig å klage fordi det kan øke sannsynligheten for at aktørene – feilaktig – overbeviser Nkom om at markedet må reguleres. Nkom har i analysen ikke tilstrekkelig vurdert muligheten for at det store antall klager fra tilgangsaktørene (også) har bakgrunn i regulatorisk strategi som har som siktemål å sørge for en streng tilgangsregulering det ikke er grunnlag for.

Ser en på utfallet av flere av forholdene som Telenor er innklaget for i inneværende periode gir resultatene ikke noen støtte for at markedet bør underlegges strengere regulering:

- Omfattende klager med påstand om marginskvis fra både TDC og Network Norway vinner ikke frem, selv om Nkom tok i bruk en ny og for partene helt ukjent marginskvismodell.
- Omfattende klage med påstander fra Mobile Norway om en rekke brudd på samlokaliseringsplikten og omfattende saksbehandling og mekling med Nkom ender med konklusjon fra Nkom om at

<sup>6</sup> COM(2004)3682 in case FI/2004/0082 inntatt som vedlegg 4.



Telenor skulle begrunnet sine avslag bedre der hvor det er fullt og utlevert mastetegninger. Telenor er sterkt uenig i dette vedtaket, men saken kan under ingen omstendighet tas til inntekt for et behov om regulering av tilgangspriser.

- TDCs klage på ikke-diskriminering resulterte i pålegg om å redusere prisen, men Nkom har nå foreslått opphevet den samme reguleringen som Nkom og SD mente Telenor optrådte i strid med. Nkom og SDs vedtak i denne saken er også grundig behandlet av Borgarting lagmannsrett i dom av 29. februar 2016. Det er vanskelig å lese lagmannsrettens dom annerledes enn at det ikke foreligger et ulovlig diskrimineringselement overhodet, eller at dette elementet i tilfelle er svært nær null.

#### *Manglende vektlegging av konkurransen fra OTT-aktører*

Ekom-markedet er kjennetegnet av stor grad av innovasjon og hvor stadig nye tjenester og forretningskonsepter introduseres. Reklamefinansierte kommunikasjonstjenester, såkalte «OTT-tjenester» har f.eks. overtatt betydelige andeler av den trafikk som tidligere gikk som ordinær tale og SMS. Innenfor reguleringsperioden vil det ikke være usannsynlig at nye delingsbaserte tilbud for bredbåndstilgang (f.eks. «AirBnB for wifi») blir lansert i markedet. Infrastrukturbaserte aktører, inkludert Telenor, vil være avhengig av å kunne møte en slik utfordring ved å tilby prisstrukturer i sluttmarkedet som er konkurransedyktige. Den strenge regulering av prisstruktur på wholesalenivå vil imidlertid begrense Telenors muligheter til å møte konkurransen fra slike nye aktører. Denne usikkerheten medfører at forventet avkastning på investeringer i infrastruktur går ned og følgelig reduserte investeringsincentiver.

Verken Telenor eller myndigheten kan i dag med sikkerhet vite når neste «slag» mellom MNO'er og OTT-spillere om kundenes oppmerksomhet vil stå, men utviklingen skjer svært hurtig og det er derfor ekstremt 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.

Også EU anerkjenner at den globale konkurransen utfordrer europeiske aktørers evne til å investere i infrastruktur og arbeider med å ta frem et reguleringsforslag rettet mot tilbydere av tjenester som WhatsApp, Skype m.fl.<sup>7</sup>

#### *Oppsummering*

Den faktiske konkurransesituasjonen og den dynamiske markedsutviklingen som kan forventes de nærmeste årene tilsier på denne bakgrunn at det er virksom konkurranse i markedet. Nkom ser bort fra en rekke faktiske forhold i sin analyse, det er flere forhold som ikke er utredet tilstrekkelig samt at flere av konklusjonene til Nkom ikke er dokumentert. Dette innebærer at Vedtaket er ugyldig.

### **3.4 Vilkårene i ekomloven § 3-1 ikke oppfylt**

Etter ekomloven § 3-1 første ledd vil en tilbyder ha sterk markedsstilling når tilbyderen har økonomisk styrke til i stor grad å kunne «opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere».

I dette ligger det at tilbyderen er i stand til å drive konkurrenter ut av markedet, forhindre etablering av konkurranse samt utnytte sluttbrukere. Et vesentlig moment i en slik vurdering er sluttbrukeres og tilgangskjøperes mulighet til å velge alternative tilbydere/tjenester. Nkom må dermed sannsynliggjøre at Telenor har en slik stilling i det relevante markedet.

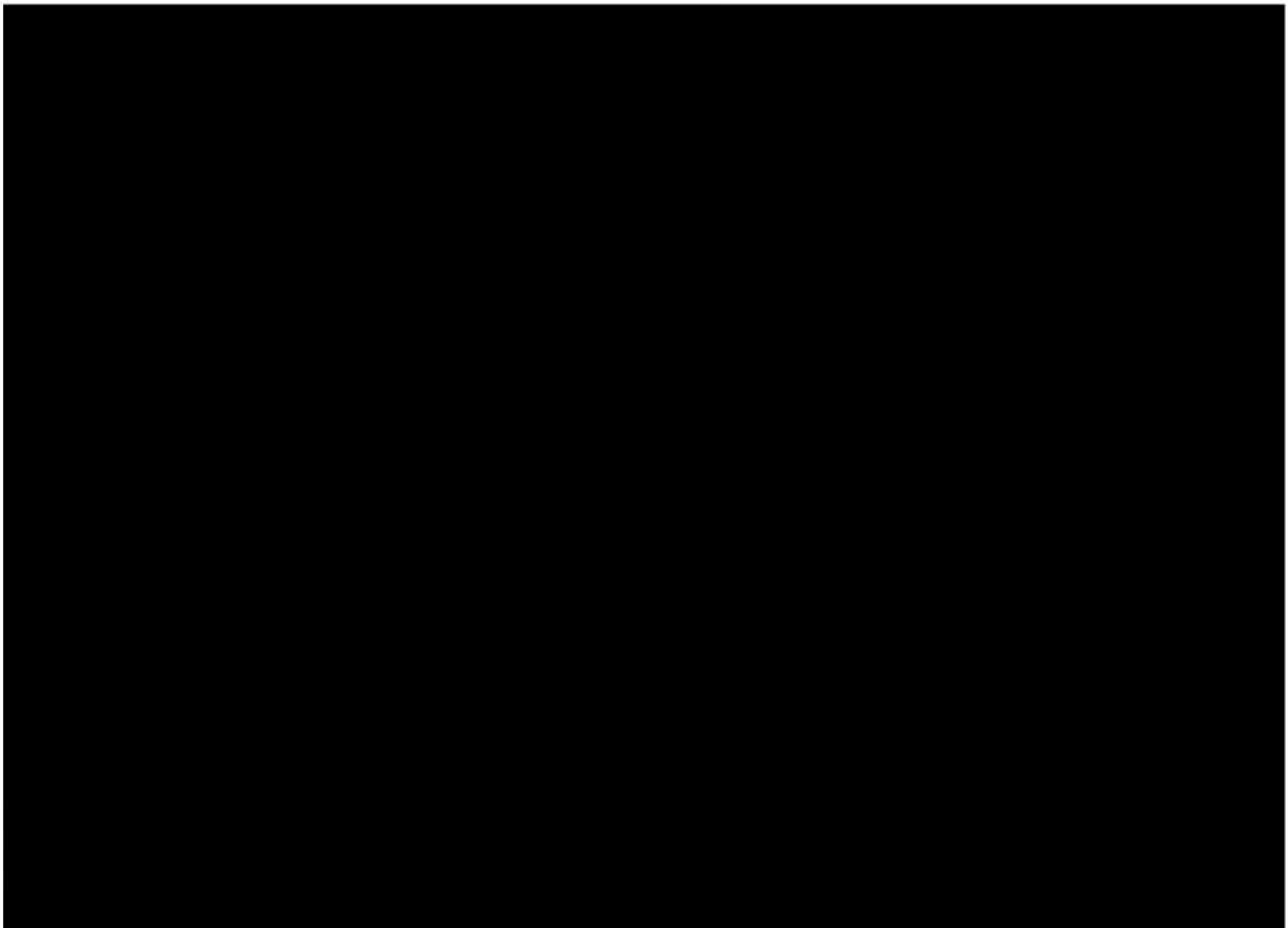
---

<sup>7</sup> <http://www.mobileworldlive.com/featured-content/home-banner/ec-looks-at-greater-regulation-of-messaging-apps/>

Telenors anførsler på dette punkt fremgår av kommentarene til varselet punkt 2.4. I det følgende vil vi begrense oss til å peke på enkelte særlige faktiske forhold som ikke er hensyntatt av Nkom og som fører til at Nkoms analyse på dette punkt er ufullstendig og ikke dokumentert.

Nkom synes ikke å vektlegge at både Telenor og Telia har sterke insentiver til å inngå avtaler med grossistkunder for å øke utnyttelsen av eget nett. Ingen av operatørene har kapasitetsbegrensninger og vil dermed ha et ønske om å oppnå effektivitetsgevinster ved å fylle nettene med trafikk. Telenor og Telia tilbyr homogene produkter basert på samme teknologi og begge tilbyr nasjonal dekning. Begge operatørene har foretatt og har planlagt store investeringer i sine nett. Telia har gjennom markedsatferd og uttalt strategi vist at selskapet har stor vilje og evne til å investere i nettet for å oppnå jevnbyrdig dekning som Telenor. Per juni 2016 har Telenor 96 prosent 4G dekning mot Telias 98 prosent. Selskapet synes heller ikke å ha økonomiske begrensninger til fremtidige investeringer.

Videre er Telia og Telenor jevnbyrdige hva angår sluttbruker markedsandeler, størrelse i grossistmarkedet, lønnsomhet, tilgang til distribusjonskanaler, vertikal integrasjon mv.



Nkoms analyse av konkurransesituasjonen i grossistmarkedet og utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling er etter Telenors oppfatning basert på sviktende grunnlag. Nkom overser flere sentrale forhold som viser at Telenor *ikke* kan opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere. Vilårene i ekomloven § 3-1 er ikke oppfylt.



## 4 De pålagte forpliktelsene er ugyldig

### 4.1 Innledning

Nkom må ved ileggelse av forpliktelser i markedsvedtak for det første ha hjemmel i en konkret bestemmelse i ekomloven kapittel 4. Som vi kommer tilbake til nedenfor mangler flere av de pålagte forpliktelsene hjemmel. I tillegg stilles det krav til forsvarlig utredning og saksgang, hvilket heller ikke er oppfylt grunnet blant annet manglende utredning konsekvenser og vektlegging av feil faktum.

Forpliktelsene må også være *forholdsmessige* (minimumsregulering). Kravet til forholdsmessighet innebærer at reguleringen ikke kan være mer inngripende enn det som er nødvendig, og at det må foretas en *konkret* avveining av det en oppnår ved vedtaket sammenholdt med de eventuelle negative virkninger vedtaket vil ha for de som rammes av det.

Mer spesifikt innebærer dette at forpliktelsen som pålegges i Vedtaket må være egnet til å avhjelpe det identifiserte konkurranseproblemet (fremme bærekraftig konkurranse) samt være forholdsmessig og berettiget, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd og tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4.

Bestemmelsen stiller for det første krav til Nkoms begrunnelse idet Nkom må sannsynliggjøre at de konkrete virkemidlene som pålegges Telenor er egnet til å avhjelpe det identifiserte konkurranseproblem. I tillegg må Nkom i Vedtaket begrunne hvorfor forpliktelsene er forholdsmessige. Som vi vil utdype nedenfor under de konkrete forpliktelser har Nkom ikke i tilstrekkelig grad vurdert eller begrunnet forholdsmessigheten av de ilagte forpliktelser.

Som det vil fremgå nedenfor anser Telenor at ovennevnte forhold hver for seg og samlet fører til at Vedtaket er ugyldig.

### 4.2 Tilgang

Som anført over er Telenor av den oppfatning at det under ingen omstendigheter foreligger grunnlag for å pålegge selskapet de tilgangsforpliktelsene som Nkom varsler. Telenors betraktninger i det følgende er derfor subsidiære anførsler.

#### 4.2.1 Tilgang for nasjonal gjesting

Som Telenor fremholdt i kommentarer til varsel om vedtak har Konkurransetilsynet sikret at ICE, gjennom en avtale om nasjonal gjesting med TeliaSonera, kan tilby nasjonal dekning og således kunne tilby konkurransedyktige tjenester mens deres eget nett er under utbygging. Som redegjort i Telenors kommentarer til varselet har Konkurransetilsynets vurderinger i fusjonssaken tilsvarende fremadskuende tidshorisont som Nkoms markedsvedtak.

I punkt 7.1.3. på side 21 i Nkoms varsel om vedtak, fremgikk at Nkom heller ikke forventet at eksisterende eller nye MVNOer skal etablere seg som tilbydere med egne radionett innenfor analysens tidshorisont. Dette må forstås som at Nkom ikke forventer at andre enn ICE vil ha behov for nasjonal gjesting i analysens tidshorisont. I oppsummeringen av høringen s. 25 uttaler NKOM nå riktignok at det *kan tenkes* at andre aktører kan skaffe seg tilgang til frekvenser uten at det på noe vis er sannsynliggjort at dette vil skje.

I oppsummeringen av høringen s. 25 anfører Nkom videre at plikt til nasjonal gjesting vil gi ICE et regulatorisk sikkerhetsnett som «...vil kunne gjøre eventuelle forhandlinger etter bindingstiden mer effektive, samt at ICE vil få økt forhandlingsstyrke ved reforhandling av avtalevilkår». Denne påstanden er for det første ikke underbygget. Både Telia og Telenor har insentiver til å konkurrere om å gi tilgang for å

sikre at trafikkomsetningen fra ICE tilfaller egen virksomhet og vil sikre at ICE får tilgangsavtale på konkurransedyktige vilkår. For det annet kan pålegg om tilgang ikke begrunnes i målsetning om økt forhandlingsstyrke for ICE, men må forankres i at slik plikt er basert på et konkret konkurranseproblem og videre atplikten er nødvendig forholdsmessig og formålstjenlig.

Med bakgrunn i Konkurransetilsynets vedtak i Telias oppkjøp av Tele2 vil det verken være nødvendig eller forholdsmessig å pålegge Telenor å tilby nasjonal gjesting. Følgelig er et pålegg om tilgang til nasjonal gjesting ugyldig.

#### **4.2.1.1 Subsidiært – Ikke grunnlag for pålegg om sømløshet med toveis overlevering og stenging av nettet i geografiske områder tilpasset nasjonal gjesters dekningsområde**

Som påpekt av Telenor i kommentarer til varselet er det store utfordringer og mange fallgruver ved eventuelt å legge til rette for toveis sømløshet for en aktør som kjøper nasjonal gjesting, og da særlig knyttet til naboliste-problematikk. Telenor er ikke kjent med at det har vært, eller forventes, en betydelig utvikling på dette området. Telenor anmodet i høringsrunden Nkom om å beskrive og utrede hvilken konkret teknisk utvikling Nkom viser til. Dette er ikke fulgt opp jf følgende fra Nkom i oppsummeringen av høringen s 25;

*«Når det gjelder toveis sømløs overlevering, er Nkom kjent med at dette per i dag kan være teknisk komplisert, men Nkom mener at det ikke kan utelukkes at dette vil kunne være mulig innenfor analysens tidshorisont. Ettersom ny teknologi tas i bruk, for eksempel VoLTE, vil det antakelig kunne være større muligheter for at denne type tekniske løsninger kan la seg realisere.»*

I motsetning til Nkoms konklusjon, viser Telenors egne undersøkelser av tekniske spesifikasjoner og dialog med leverandørene 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.

Det er etter Telenors oppfatning ikke hjemmel til å pålegge tilgangsplikt som omfatter tekniske løsninger det ikke er mulig å gjennomføre

Enveis overlevering av Volte-samtaler fra nasjonal gjester med eget 4G nett til Telenors 2G og 3G nett vil antagelig la seg realisere, i perioden før Telenor stenger våre 2G og 3G-nett<sup>8</sup>. Motsatt, overlevering av samtaler mellom Telenors 2G- og 3G-nett til 4G-nett er ikke mulig. Det gjelder til Telenors eget 4G-nett, og følgelig også til nasjonal gjesters 4G nett.

Når det gjelder overlevering av samtaler mellom 4G nett er dette ikke mulig – verken den ene eller andre veien - fordi samme PGW (Packet Data Network Gateway) må håndtere hele samtalen. Det er PGWen som allokere IP-adresse til sluttbrukeren og som dermed per definisjon tilbyr en IP-forbindelse til brukerterminalen. Tildeling av IP-adresser er helt sentral når det gjelder kommunikasjon i pakke-datanett og Telenor ser derfor ikke for seg at det vil utvikles løsninger for overlevering av samtaler mellom selvstendige 4G nett i overskuelig framtid.

Vår konklusjon er at enveis overlevering, som har vært kravet til nå, kan opprettholdes frem til Telenor stenger 2G-nettet. All annen overlevering av samtaler, herunder toveis-overlevering av samtaler, er etter Telenors egne undersøkelser ikke teknisk mulig å håndtere verken for Telenor eller andre operatører og kan følgelig ikke pålegges under § 4-1.

<sup>8</sup> [UOFF: Telenor planlegger å stenge 2G-nettet i 2025, og 3G-nettet før den tid.]



At Nkom mener det ikke kan *utelukkes* en teknisk løsning for toveis sømløs overlevering innenfor analysens tidshorisont, er åpenbart ikke tilstrekkelig til å pålegge en slik tilgang. Et eventuelt pålegg om å tilby toveis sømløshet må gjøres i nytt SMP vedtak etter forutgående analyse, utredning og dokumentasjon av behov og konsekvenser, herunder utredning av om et slikt krav vil være forholdsmessig.

En

slik forpliktelse kan følgelig ikke pålegges med hjemmel i § 4-1.

#### 4.2.2 Tilgang for MVNO

TeliaSonera er gjennom Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaken også pålagt å tilby MVNO-tilgang generelt i markedet ut 2016. TeliaSonera har dessuten tilbudt slik tilgang til tilgangskjøpere i flere år uten å ha en forpliktelse til dette. Det er således ikke dokumentert i markedsanalysen at manglende tilgang på MVNO utgjør et konkurranseproblem, og derfor er pålegg om å tilby slik tilgang verken nødvendig, forholdsmessig eller formålstjenlig. Vedtaket på dette punkt er følgelig ugyldig.

Pålegg om plikt til å tilby MVNO-tilgang vil for øvrig også svekke ICE sin mulighet til å tiltrekke seg MVNOer. Dette aspektet er spesielt påpekt av Christian Riis og Espen R. Moen:

*«Ved å tvinge Telenor til å gi tilgang til sitt nett til lavere pris, vil dette foruten å svekke Telenors investeringsincentiver, også svekke den nye nettverksoperatøren ICE sine muligheter til å ekspandere i markedet. Dermed blir det vanskeligere for ICE å bygge seg opp til å bli en fullverdig nettverksoperatør. (Kronikk i Dagens Næringsliv 6. juli 2016).»*

Dette står direkte i strid med den klart uttalte målsetning om å legge til rette for tre mobilnett i Norge. Særlig gjelder dette når Nkom også pålegger streng og detaljert prisregulering, jf nærmere om dette under punkt 6.

#### 4.2.3 Tilgang for tjenesteleverandører

Tjenesteleverandørtilgang har ikke vært omfattet av reguleringen av marked 15 de siste ni årene. Konkurransen mellom Telenor og TeliaSonera om å tilby denne tilgangsformen er velfungerende. Nkom skjerper likevel kraftig reguleringen og vil utvide reguleringen til også å omfatte tjenesteleverandørtilgang. Nkoms hovedbegrunnelse for å utvide reguleringen til å omfatte tjenesteleverandørtilgang er at konkurransen mellom Telenor og TeliaSonera om å tilby tilgang for tjenesteleverandører ikke lenger fungerer tilfredsstillende.

Som redegjort for i Telenors kommentarer til varselet betyr ikke en eventuell reduksjon i antall tjenesteleverandører at konkurransen om å tilby tjenesteleverandørtilgang har avtatt. Nedgangen skyldes at tjenesteleverandører ble konsolidert inn i virksomhetene som frem til 2015 ble omtalt av myndighetene som det tredje mobilnettet og som myndighetene mente var en avgjørende bidragsyter for å oppnå

bærekraftig konkurranse. Nedgangen i antall tjenesteleverandører har bidratt til å styrke konkurransen og ikke å redusere den slik Nkom legger til grunn.

Videre anfører Nkom at det per i dag kun er Telenor og TeliaSonera som tilbyr tilgang for tjenesteleverandører og at ICE har mulighet for å tilby dette. Nkom mener – uten å ha dokumentert eller undersøkt nærmere at – «*det er tvilsomt om ICE' tilgangsavtale gir rom for å videreselge attraktiv tjenesteleverandørtilgang*». Etter Telenors oppfatning har det formodningen mot seg at Konkurransetilsynet i Vedtak i TeliaSonera ville tillate at Nasjonal Gjestings-avtalen med ICE ikke skulle gi ICE reell mulighet for å videreselge tilgang i grossistmarkedet.

Telenor stiller spørsmål ved om Nkom sitter på oppdatert informasjon på dette punktet. Telenor har indikasjoner på at Nkoms antagelse om at det i dag ikke er andre tilbydere av tjenesteleverandørtilgang enn TeliaSonera og Telenor, er feil. Tjenesteleverandører Telenor har møter med viser til at de har tilbud fra mer enn en annen aktør ut over Telenor. [UOFF ██████████] Per i dag har også Erate Norge AS (som nylig har kjøpt Hello Norge AS) tatt en rolle som tilrettelegger for tjenesteleverandørvirksomhet og har en rekke tjenesteleverandører liggende bak seg. På denne måten er det enda enklere å etablere seg som tjenesteleverandør].

Nkom avviser – uten reell begrunnelse - også MVNO-enes potensiale som tilbydere av tjenesteleverandørtilgang:

*«133. Telenors tilgangsavtale med MVNOer åpner for at disse kan videreselge MVNO- eller tjenesteleverandørtilgang, men dette hverken er eller har vært benyttet i særlig omfang. MVNOene har hovedsakelig innrettet sitt forretningskonsept mot sluttbrukermarkedene. Det er lite som tyder på at MVNOer fremover vil etablere seg som betydelige videreselgere av tjenesteleverandørtilgang, og Nkom finner det mindre sannsynlig at de innenfor analysens tidshorisont kan bidra til økt konkurranse i grossistmarkedet gjennom selv å selge tilgang. «*

Hva Nkom bygger på når de uttaler at det er «*lite som tyder på at MVNO-er fremover vil etablere seg som betydelige videreselgere av tjenesteleverandørtilgang*» fremgår ikke. [UOFF ██████████]

Nkoms anførsler om at flere vilkår inntatt i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang skal vise at tilgangsplikt er nødvendig, er ikke holdbare. Som redegjort for flere ganger er endringene Telenor har gjort i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang med virkning fra 1. januar 2015 en direkte konsekvens av Nkoms håndhevelse av kravet til ikke-diskriminering mellom tilgangsformer som Telenor ble pålagt i markedsvedtak i 2010 og som Nkom ved vedtaket av 23. mars 2012 konkluderte med at Telenor hadde brutt.

Det fremkommer at marked 15-vedtaket fra 2010 at kravet til ikke-diskriminering mellom tilgangsformer også gjelder i forhold til tjenesteleverandørtilgang. I møte med Telenor i mai 2013 ga Nkom tydelig uttrykk for at dette betyr at tjenesteleverandører ikke skal ha bedre vilkår enn MVNOer og kjøper av nasjonal gjesting. For å unngå en betydelig regulatorisk risiko har Telenor sett seg nødt til å harmonisere standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang med standardavtalene for MVNO-tilgang og nasjonal gjesting. Det er således reguleringen og Ekonomyndighetens praktisering av ikke-diskriminering og ikke manglende konkurranse som er årsaken til disse endringene.

Nkom har ikke dokumentert at konkurransen om å tilby tjenesteleverandørtilgang fungerer mindre tilfredsstillende enn ved tidligere markedsvedtak, og følgelig er det ikke dokumentert at tilgangsnekt utgjør



et konkurranseproblem. Å pålegge Telenor å tilby tjenesteleverandørtilgang til strengt regulerte vilkår vil direkte svekke ICE sin mulighet til å etablere seg i grossistmarkedet som en tilbyder av tjenesteleverandørtilgang, i strid med formålet med reguleringen jf her også Riis og Moen gjengitt i 4.1.2. Vilårene etter ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf tilgangsdirektivet artikkel 8 nr 4 er ikke oppfylt og følgelig er Vedtaket ugyldig.

#### 4.2.4 Ugyldig regulering av tilgangsvilkår

Nkom foretar en uriktig fortolkning av ekomloven § 4-1 i lys av tilgangsdirektivet artikkel 12. Telenor fastholder som anført i kommentarene til varsel om vedtak, at det kun foreligger grunnlag for å presisere innholdet i tilgangsplikten så langt fravær av slik presisering/alternative vilkår ville representere tilgangsnekt i relasjon til § 4-1. Av artikkel 12 nr. 2 fremgår det også at myndighetene ved pålegg av forpliktelser må vurdere om disse er forholdsmessige sett i lys av ekomreguleringens målsetninger, slik disse kommer til uttrykk i rammedirektivet artikkel 8.

Adgangen til å stille krav om rimelighet er således noe helt annet enn en generell adgang til rimelighetssensur. Adgangen til å stille krav til rimelighet skal hindre at SMP-operatøren, i stedet for å nekte tilgang, stiller så urimelige vilkår at tilgangskjøperne i praksis utsettes for tilgangsnekt. Videre er det klart at slike vilkår må ses i lys av reguleringens generelle formål slik disse er uttrykt i rammedirektivet artikkel 8. Målestokken er altså ikke konkret rimelighet i forholdet mellom Telenor og tilgangskjøperne, slik man kjenner det fra privatrettslige hjemler for rimelighetssensur.

Professor Erling Hjelmeng har lagt tilsvarende forståelse av ekomloven § 4-1 til grunn:

*«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 vilårene innenfor det som er rimelig for å gi tilgang. Bestemmelsen legger derfor ikke andre føringer på avtalenes innhold enn at vilårene ikke må fungere som en konstruktiv forretningsnektelse.»<sup>9</sup>*

Nkom har ikke forsøkt å begrunne eller dokumentere at de avtalevilkår Nkom forbyr i praksis innebærer tilgangsnekt. Nkoms regulering av avtalevilkår er derfor ugyldig.

##### 4.2.4.1 Eksklusivitet

*Ikke hjemmel i ekomloven § 4-1 til å forby bruk av eksklusivitet*

Som redegjort for over er det kun grunnlag for å presisere innholdet i tilgangsplikten så langt fravær av slik presisering/alternative vilkår ville representere *tilgangsnekt*.

Telenors forbud mot dobbeltroaming som er inntatt i standardavtalene for mobiltilgang representerer klart nok ikke tilgangsnekt da reguleringen utelukkende tar sikte på å begrense tilgangskjøpers bruk av *annet* nett enn Telenors nett i avtaleperioden. Når Telenor setter vilkår om at Telenors grossistkunder kunder utelukkende kan kjøpe nettilgang fra Telenor i avtaleperioden er dette det motsatte av *tilgangsnekt*.

Nkom uttaler i oppsummeringen i høringen s 37:

---

<sup>9</sup> «Ekomregulering – Nkoms kompetanse» - Professor Erling Hjelmeng, 20.februar 2016.

*«I vedtaket har Nkom foretatt presiseringer som gjelder rimelige/rettferdige vilkår, og slik oppstilt krav knyttet til hvilke eksklusivitetsbestemmelser som kan inngå i Telenors tilgangsavtaler. Ekomloven § 4-1 gir hjemmel til å stille slike krav. At tilsynsmyndigheten skal kunne stille slike krav, fremgår også eksplisitt av tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 tredje ledd.»*

Nkom synes med dette å mene at ekomloven § 4-1 er en inngrepshjemmel for alle type forhold eller avtalevilkår Nkom til enhver tid skulle mene ikke er *rimelige* eller *konkurransmessige optimale*. Dette er ikke korrekt forståelse av bestemmelsen. Ekomloven §4-1 gir utelukkede kompetanse til å pålegge tilgang og eventuelt forby tilgangsvilkår som kan likestilles med tilgangsnektelse. Professor Hjelmeng legger tilsvarende forståelse til grunn i sin vurdering av tilgangsbestemmelsen og utaler også at:

*[..... forpliktelser etter direktivet art. 12 nr. 1 annet ledd dreier seg om å oppfylle tilgangsforpliktelsen på en reell og effektiv måte, men at det ikke er tale om en generell konkurransepolitisk inngrepshjemmel*

Telenors vilkår om forbud mot dobbeltraaming er ingen *tilgangsnekt* og følgelig mangler Nkom hjemmel i ekomloven for å innføre forbud mot denne avtalereguleringen. Nkoms pålegg om at Telenor ikke kan ha et generelt forbud mot dobbeltraaming i standardavtalene er følgelig ugyldig.

Når Nkom hevder i vedlegg 3 til vedtaket s 37 at omfattende effektivitetsklausuler kan redusere det tredje nettets muligheter til å øke trafikken i eget nett, er dette altså et spørsmål om eksklusivitetsklausuler virker *utestengende* for andre som ønsker å tilby tilgang i *grossistmarkedet*. Utestenging i grossistmarkedet er ikke *tilgangsnekt* under ekomloven § 4-1. Forhold som eventuelt virker *utestengende* i oppstrømsmarkedet hører eventuelt under den generelle konkurranserett og ikke under sektorspesifikk tilgangsregulering.

Telenors vilkår om dobbeltraamingsforbud virker uansett ikke utestengende og dobbeltraamingsforbud er også velbegrunnet i behovet for å beskytte investeringene i dekning og konkurransen om dekning. Jf nærmere om dette i 4.2.1.2 under.

I analysen legger Nkom også til grunn at dobbeltraamingsforbud begrenser tilgangskjøperes *kjøpermakt*. Det er uklart om Nkom mener at *kjøpermakt* inngår som del av vurdering av eksklusivitet. Eventuelle begrensninger i tilgangskjøpers *kjøpermakt* er uansett ikke et vurderingstema under vurdering av om vilkår i tilgangsavtaler utgjør tilgangsnekt i relasjon til ekomloven § 4-1. Påstanden om at dobbeltraamingsforbud begrenser kjøpermakt er for øvrig heller ikke dokumentert.

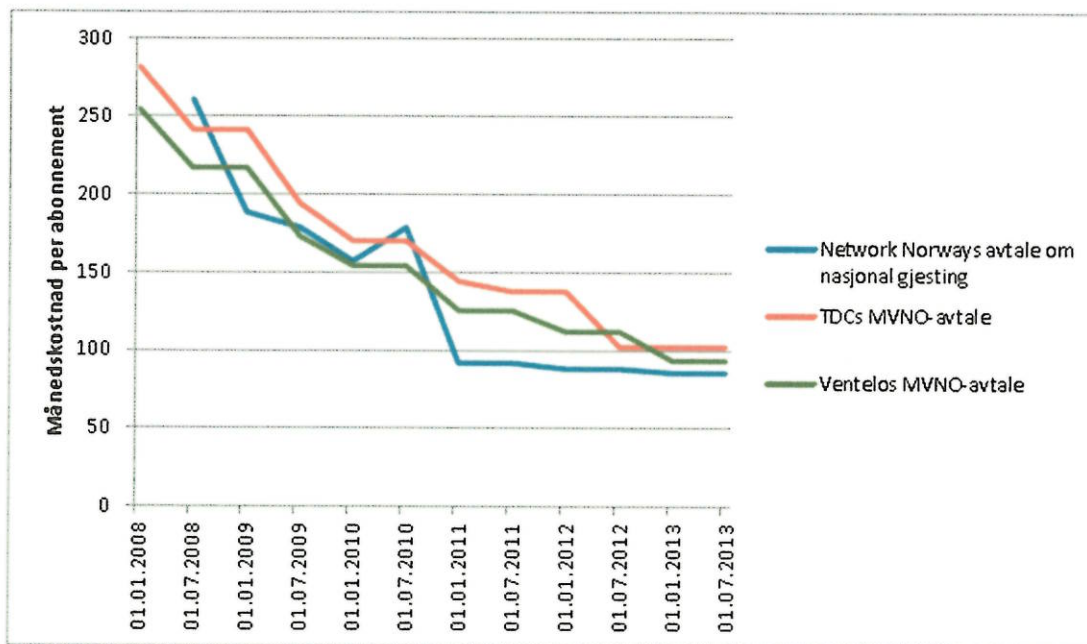
*Subsidiært – ikke dokumentert at dobbeltraamingsforbud virker utestengende*

Selv forutsatt at ekomloven § 4-1 gir hjemmel til å forby eksklusivitet har Nkom ikke dokumentert at vilkårene i Telenors standardavtale virker utestengende.

Dobbeltraamingforbudet har for det første et annet formål, og virker i en annen kontekst enn en typisk forpliktelse til eksklusiv kjøpsplikt i et vertikalt avtaleforhold. Forbudet har ikke til hensikt å sikre Telenor en større andel av grossistkundernes volum enn det man ville fått i en konkurransesituasjon, men skal sikre at dekningskonkurransen ikke undergraves. Dette fordrer at Telenors oppfyllelse av leveringsplikten under ekomloven § 4-1 ikke skal gi grossistkundene, som er Telenors konkurrenter i nedstrømsmarkedet, et konkurransefortrinn nedstrøms som Telenor ikke er i stand til å skaffe seg – dekning i flere nett.

Grossistmarkedet er preget av store kontrakter som er attraktive for tilbyderne i dette markedet. Det er konkurransen om kontraktene som er sentral. Konkurransen om kontraktene gir eksempelvis både Telenor, Telia og ICE sterke incentiver til å konkurrere på pris og medfører lavere grossistpriser for tilgangskjøperne. Nkoms markedsanalyse fra 2014 viser prisutviklingen i markedet for tilgangsaktører (NRA og MVNO):





Figur 9 Utvikling i tilgangspriser for Telenors MVNO-avtaler og avtale om nasjonal gjesting fordelt per abonnement for perioden januar 2008 til juli 2013.

Prisutviklingen tilsier klart at det foreligger konkurranse om grossistkundene.

I forhold til mulig risiko for utestengning av andre tilbydere av grossisttilgang, vises det til Kommisjonens håndhevelsesveiledning der det uttrykkes:

*"[...] If competitors can compete on equal terms for each individual customer's entire demand, exclusive purchasing obligations are generally unlikely to hamper effective competition unless the switching of supplier by customers is rendered difficult due to the duration of the exclusive purchasing obligation."*<sup>10</sup>

Både Telia og ICE kan konkurrere om å betjene behovet til de grossistkunder som er i markedet. Dobbeltroamingsforbudet inntatt i Telenors standardavtaler har videre bare en varighet på ett år. Telenor fastholder at så korte perioder med dobbeltroamingforbud ikke er egnet til å begrense konkurransen, og faktum viser også at konkurransen om tilgangskjøpere er sterk. Et forbud mot dobbeltroaming virker derfor ikke utestengende og følgelig er Vedtaket av denne grunn ugyldig.

#### *Manglende utredning av konsekvenser for dekningskonkurransen*

Et forbud mot eksklusivitet vil – i motsatt av hva Nkom synes å mene - kunne redusere incentivene til å bygge det tredje nettet, og således redusere infrastrukturkonkurransen. Det vises i denne sammenheng til avgjørelse fra Asker og Bærum tingrett fra 2012 hvor tingretten blant annet også tok stilling til hvilke konsekvenser et forbud mot dobbeltroaming i tilgangsavtalen med Network Norway hadde for utbyggingen av det tredje mobilnettet:

*"Retten kan ikke se at dobbeltroamingforbudet kan være egnet til å begrense infrastrukturkonkurransen. Tvert i mot anser retten at forbudet kan bidra til å styrke denne konkurransen. Som redegjort for ovenfor i punkt 4.3, har Post- og teletilsynet ved flere anledninger vist til at tilgangsvilkårene ikke må utformes på en slik måte at det hindrer incentivene for Network Norway i å investere i utbyggingen av et eget nett. Uten*

<sup>10</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings paragraf 36

*dobbeltroamingforbud ville Network Norway kunne inngå en avtale om nasjonal gjesting med både Telenor og Netcom, og på denne måten oppnå betydelig bedre dekning (i tre nett) enn Telenor og Netcom. Slik dekning vil Network Norway ikke få gjennom utbyggingen av sitt eget mobilnett, og dobbeltroaming ville gjøre det attraktivt å holde igjen utbyggingen for å ha best mulig dekning lengst mulig. På denne måten ville fraværet av dobbeltroamingforbudet kunne redusert insentivene for videre utbygging av det tredje mobilnettet, noe som ville svekket infrastrukturkonkurransen".<sup>1</sup> [vår understrekning].*

Dette har direkte relevans for forbudet som følger av Vedtaket. Til dette kommer at Vedtakets innhold er svært uklart og det er derfor stor risiko for at dobbeltroaming i praksis kan få langt større utbredelse enn hva NKOM teoretisk legger opp til i Vedtaket.

Vedtaket forbyr Telenor å opprettholde forbudet mot dobbeltroaming slik det er inntatt i standardavtalene, altså forbudet mot å ha tilgangsavtaler med to eller flere nettoperatører samtidig. I Vedtaket forbyr Telenor i utgangspunktet å begrense tilgangskjøpers mulighet til også å ha tilgangsavtale med andre. Vedtaket synes imidlertid å åpne for noen svært uklare unntak fra dette utgangspunktet.

Telenor synes å kunne nekte at tilgangskjøper tilbyr dekning i flere eksterne mobilnett på samme SIM. Videre kan Telenor nekte at tilgangskjøper tilbyr dekning i flere eksterne mobilnett i samme Abonnementsforhold. Hva som utgjør et Abonnementsforhold er likevel ikke nærmere definert i Vedtaket utover at det i en fotnote fremgår at «Om flere abonnementer faktureres samlet vil være retningsgivende for hvilke abonnenter som utgjør samme Abonnementsforhold». Det er uklart hva denne uttalelsen betyr. Uttalelsen i Vedtaket tyder på at Nkom mener at dersom flere abonnenter faktureres samlet er dette å anse som samme Abonnementsforhold. Hvis Vedtaket skal forstås slik vil i så fall et slikt forbud mot dobbeltroaming inntatt i standardavtalene enkelt kunne bli omgått ved at tilgangskjøper sender to eller flere fakturaer til samme kunde, i stedet for en samlefaktura.

Telenor skal ifølge Vedtaket videre kunne nekte at tilgangskjøper tilbyr dekning i flere eksterne mobilnett under samme *merkevare*, men likevel slik at Telenor ikke kan forby tilgangskjøper å bruke parallell tilgang for ulike *sluttbrukermarkeder* selv om disse tilbys under samme merkevare. Det er også her helt uklart hva som ligger i begrepene «merkevare» og «sluttbrukermarkeder» og hvilke metode som skal benyttes for å fastslå hva som er *merkevare* og ulike *sluttbrukermarkeder*. Følgelig har Telenor heller ingen mulighet til å fastsette et forbud mot dobbeltroaming i samsvar med Vedtaket på dette punkt.

Konsekvensen av en så uklar regulering hva gjelder Telenors adgang til å forby dobbeltroaming kan bli at Nkoms forbud får et langt større omfang enn hva Nkom tror. Reguleringen medfører derfor en betydelig risiko for at dekningskonkurransen vil reduseres dersom reguleringen blir stående.

Konsekvensene av foreslått regulering er ikke tilstrekkelig utredet. Herunder har Nkom ikke vurdert hvilke konsekvenser Vedtaket på dette punkt vil ha for dekningskonkurransen. Dette er en saksbehandlingsfeil som har virket bestemmende inn på vedtakets innhold. Vedtaket på dette punkt er derfor alene av den grunn ugyldig.

Under enhver omstendighet er Vedtaket så uklart at dette i seg selv medfører ugyldighet. Som redegjort for over er innholdet i Vedtaket på dette punkt ikke klart og sentrale kriterier for å trekke grensen mellom lovlig og ulovlig eksklusivitet er ikke angitt eller nærmere definert. Det er et grunnleggende prinsipp at inngripende vedtak må være tilstrekkelig klart til å forutberegne egen rettsstilling og gi mulighet for praktisk innrettelse og kontroll med etterlevelsen av forpliktelsene. Slik Vedtaket er formulert har Telenor ingen mulighet for å sikre etterlevelsen av dette forbudet. Følgelig er Vedtaket ugyldig på dette punkt.



## 4.3 Ikke-diskriminering

### 4.3.1 Krav om trafikkavhengig (variabel) prisstruktur er ugyldig

#### 4.3.1.1 Ikke hjemmel i ekomloven § 4-7 til å stille krav om prisstruktur

Ekomloven § 4-7 gir kompetanse til å fastsette pålegg om ikke-diskriminering, men gir ikke hjemmel for å pålegge en gitt prisstruktur.

Telenor vil innledningsvis påpeke at det er uklart hvilket konkurranseproblem et krav om variabel prisstruktur er ment å adressere. Dette medfører i seg selv at et pålegg om variabel prisstruktur er ugyldig, jf over at ileggelse av SMP plikter må ta utgangspunkt i det konkrete konkurranseproblem og at forpliktelsene skal være forholdsmessige og formålstjenlige, jf ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf også Tilgangsdirektivet art 8 nr 4.

En mulig forståelse er at Nkom mener at fastpriselement virker ekskluderende i enkeltsegmenter eller enkeltmarkeder. Nkom har utelukkende eksemplifisert dette med M2M- og Kontantkortsegmentene.

I vedtaket punkt 221 uttaler Nkom:

*221. Fastpris, både i form av såkalt dekningsavgift og andre fastpriselementer på abonnementsnivå, vil etter Nkoms vurdering dessuten være egnet til å ha ekskluderende virkning for muligheten til å tilby tjenester i visse sluttbrukermarkeder og/eller segmenter av sluttbrukermarkeder. Høye fastavgifter på abonnementsnivå vil for eksempel kunne være ekskluderende i segmenter med lav ARPU, som kontantkort og maskin-til-maskin-markedet. Denne virkningen av en prisstruktur med fastpriselementer på abonnementsnivå taler for at tilbud om slik prisstruktur som eneste alternativ ikke gir likeverdige konkurransemuligheter og derfor ikke er forenlig med kravet til ikke-diskriminering.*

Tilsvarende uttalelser fremgår av Nkoms e-post ved Kenneth Olsen av 21. juli 2016.

*«Vilkårene i Telenors standardavtaler skal således gi tilgangskjøper tilsvarende muligheter som Telenors egen virksomhet og kan ikke ha en prisstruktur som har etableringshindrende eller ekskluderende virkning.»*

En prisstruktur i seg selv vil imidlertid ikke kunne ha «etableringshindrende eller ekskluderende virkning». Eksempelvis vil en variabel pris også kunne medføre at ikke alle produkter eller segmenter i seg selv er lønnsomme. Og motsatt vil en fast pris kunne medføre lønnsomhet for alle produkter eller segmenter. I begge de nevnte eksemplene vil lønnsomheten på produkt eller segmentnivå bero på det samlede prisnivået.

Regulering av prisnivå må - som anført over - i så fall hjemles i ekomloven § 4-9. Denne tolkningen støttes ved at Nkom selv ser behov for å hjemle marginskvisregulering i ekomloven § 4-9. Følgelig gir ekomloven § 4-7 ikke kompetanse til å fastsette krav til prisstruktur slik Nkom gjør i Vedtaket.

#### 4.3.1.2 Subsidiært-ikke identifisert eller dokumentert reguleringsbehov

Kompetanse til å ilegge SMP – plikter må baseres på at NKOM først identifiserer konkurranseproblemet og deretter vurderer hvilke forpliktelser som er formålstjenlige og forholdsmessige for å bøte på problemet. Nkom gjør imidlertid det motsatte; kunstig innfortolker et krav til variabel prisstruktur under ikke-diskrimineringsplikten uten at det er forklart eller underbygget hvilket konkurranseproblem en slik plikt til en gitt prisstruktur i først omgang skal adressere.

Nkom anfører at særlig fastpris har negativ effekt på utbyggingsinsentiver for aktør med Nasjonal Gjestingsavtale:

«223. For en aktør med avtale om nasjonal gjesting, mener Nkom at fastpris på abonnementsnivå har uheldig effekt på insentivene til å øke omfanget av eget nett. Besparelsen for en slik tilbyder ved å overføre trafikk til eget nett tilsvarer bortfallet av de trafikkavhengige prisene. Dersom de trafikkavhengige prisene er relativt lave kombinert med høy fastavgift per abonnement, blir også besparelsen av å øke omfanget av eget nett relativt lav så lenge aktøren er avhengig av å kjøpe nasjonal gjesting. En slik prisstruktur gir dermed i liten grad insentiver til å utvide nettet.»

Disse anførselene er ikke sannsynliggjort, underbygget eller dokumentert. Dette er en saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet.

#### 4.3.1.3 Atter subsidiært - Ikke dokumentert at fastpris utgjør diskriminering under § 4-7

Nkoms anførsel om at fastpris utgjør diskriminering hviler på grunnleggende feil faktum og forutsetninger.

Slik Telenor oppfatter Vedtaket er Nkoms begrunnelse for krav om variable priser under krav til ikke-diskriminering knyttet til tankesett om at tilgangskjøpere skal stå overfor en prisstruktur for tilgang som avspeiler den kostnadsstrukturen (kostnadsstruktur på nettverksnivå) som Telenors egen virksomhet står overfor.

I Vedtaket punkt 218 uttaler Nkom :

218. Fastpriskomponenten per abonnement/SIM innebærer at eksterne tilgangskjøpere pådrar seg en betalingsplikt knyttet til antall abonnement og datahastighet. Hoveddelen av Telenors kostnader på nettverksnivå er imidlertid trafikkdrevne, og kun en helt marginal andel av kostnadene på nettverksnivå er påvirket av antall kunder. En betalingsplikt som er knyttet til abonnement, innebærer dermed at det i liten grad er årsakssammenheng mellom de underliggende kostnadsdriverne og prisstrukturen som tilbys den eksterne tilgangskjøperen. Det betyr også at tilgangskjøpere står overfor en prisstruktur som ikke tilsvarer kostnadsstrukturene Telenor selv står overfor.

Nkom legger imidlertid fundamental feil forutsetning til grunn når det anføres:

«Hoveddelen av Telenors kostnader på nettverksnivå er imidlertid trafikkdrevne, og kun en helt marginal andel av kostnadene på nettverksnivå er påvirket av antall kunder.»

Telenors kostnader på nettverksnivå er tvert i mot i det alt vesentlige dekningsdrevne og i svært liten grad trafikkdrevne. Dette burde Nkom være godt kjent med, da det fremgår av Nkoms egne LRIC-modeller at marginalkostnaden for trafikk utgjør en forsvinnende liten andel av total kostnadene (pure LRIC vs LRIC+++). Hvorfor Nkom i Vedtaket legger til grunn at Telenors kostnader i det alt vesentlige er trafikkdrevne er verken forklart eller begrunnet..

At Nkom feilaktig innfortolker et krav under ikke-diskriminering om at prisstruktur på grossistnivå skal være lik kostnadsstruktur i Telenors nett, ville bety at tilgangskjøpere i så fall skulle vært stilt ovenfor grossistpriser fra Telenor med store faste kostnader, og lav marginalkost (både pr. kunde og trafikk). Å operere med utelukkende variable priser vil ikke sammenfalle med kostnadsstruktur på nettverksnivå.



At Telenors kostnader på nettverksnivå er dekningsdrevne betyr videre at Telenors egen virksomhet i all hovedsak står overfor en fast kostnad - og ikke variable/trafikkdrevne kostnader - når det skal besluttes hvilke sluttbrukerpriser Telenor skal tilby i sluttbrukermarkedet. Når Telenor utformer og priser sine sluttbrukerprodukter er det avgjørende at dette gjøres på den måten som er best for å sikre en inntjening som kan forsvare investeringer på x antall milliarder årlig i mobilnettet.

Nkoms resonnement/begrunnelse for variable priser ut i fra et ikke-diskrimineringsperspektiv er således basert på grunnleggende feil faktum og forutsetninger. Dette er en saksbehandlingsfeil som direkte har påvirket Vedtakets innhold på dette punkt og følgelig er kravet til variable priser også ugyldig av denne grunn.

#### **4.3.1.4 ESAs – grunnleggende innvendinger mot variable priser er ikke hensyntatt**

ESA har i sine kommentarer satt krav om at Nkom må begrunne kravene til variable priser opp mot de konkurranseproblemer som er identifisert. ESA uttaler mer spesifikt at Nkom må forklare

*“the nature of the competition problem(s) that these new requirements are specifically aimed at addressing and why they are deemed proportionate and justified and not unduly restrictive of wholesale pricing flexibility on a forward-looking basis.”*

Det er her grunn til å merke seg at ESA ikke er blitt overbevist av de argumenter Nkom ga 8. juni som svar på ESAs spørsmål. ESA ber Nkom om å klargjøre og begrunne kravet i samsvar med tilgangsdirektivet artikkel 8 (4). Nkom har i vedtaket imidlertid ikke begrunnet eller vurdert kravet til variable priser i vedtaket på annen måte enn det som ble oversendt fra Nkom til ESA 8. juni. Dette utgjør i seg selv et brudd på Nkoms forpliktelse under Rammedirektivet artikkel 7 nr 5 om å ta «[...]the utmost account of comments of other national regulatory authorities and the Commission”

ESAs sterke innvendinger innebærer i realiteten at Nkom ikke har dokumentert at det er grunnlag for forpliktelsen. ESA kan ikke se hvilke konkurranseproblemer disse forpliktelsene spesifikt er ment å adressere. ESA kan videre heller ikke se at det er godtgjort at kravene om variable priser er forholdsmessig eller begrunnet eller at det godtgjort at krav til variable priser ikke negativt begrenser prisingsfleksibiliteten. ESAs innvendinger er sammenfallende med Telenors anførsler om hvorfor et krav om variable priser er ugyldig.

#### **4.3.1.5 Atter subsidiært: forutsatt § 4-7 at gir hjemmel til å fastsette krav om variable priser - kan ikke stilles ytterligere krav til hvordan variable priser utformes**

Kravet om variabel prisstruktur hjemlet i ekomloven § 4-7 er under enhver omstendighet oppfylt så lenge prisene er *variable*. Dette innebærer at Telenor oppfyller kravet ved å tilby priser hvor betalingsplikt bare inntreer ved bruk, og da selvsagt uavhengig av *nivå* på de variable prisene.

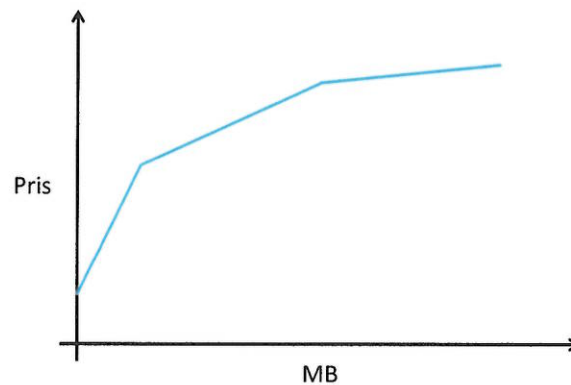
Når Telenor har presentert prisplaner i samsvar med denne forståelsen har imidlertid Nkom blant annet i e-post av 21. juli uttalt at eksemplene likevel ikke er i samsvar med kravet til ikke-diskriminering og variable priser, men uten å forklare nærmere hva som ligger i dette kravet eller hvordan det skal etterleves. Nkoms uttalelser om kravet til variabel pris følger ikke av Vedtaket. Følgelig kan Vedtaket ikke forstås på annen måte enn at det pålegger et krav om å tilby en variabel prisplan, uten at det under kravet om variable priser stilles krav til prisnivået.

Under enhver omstendighet er Nkoms fortolkning av innholdet i krav om variable priser så uklart at det ikke er mulig for Telenor å innrette seg etter dette. Det er heller ikke klargjort hvordan Telenor skal sikre at en slik forståelse av variabel pris kan etterleves. Det er et grunnleggende forvaltningsrettslig prinsipp at ilagte

plikter må være tilstrekkelig klare til at det er mulig å innrette seg etter pliktene og forutse egen rettsstilling. Vedtaket på dette punkt er av denne grunn ugyldig.

#### 4.3.1.6 Manglende utredning av konsekvenser av variabel pris medfører ugyldighet

I tillegg til at kravet om variable/trafikkavhengige tilgangspriser som nevnt over ikke samsvarer med den kostnadsstrukturen Telenors egen virksomhet står overfor, er variable/trafikkavhengige tilgangspriser heller ikke i samsvar med den prisstrukturen som en i dag finner i sluttbrukermarkedet. Markedet har i dag utviklet seg til nesten utelukkende å tilby mobilabonnement som har en fast prisstruktur og hvor størrelsen på fastprisen avhenger av hvilket datavolum og datahastighet som er inkludert i abonnementet. Dette kan illustreres ved den blå linjen i figuren under



Det er velkjent fra økonomisk teori at i markeder med relativt store faste kostnader og lave variable, er en prisstruktur bestående av fastledd og lave marginale priser den samfunnsøkonomisk mest effektive måten å fordele de faste kostnadene.<sup>11</sup>

Når Telenor utformer og priser sine egne sluttbrukerprodukter er det avgjørende at det gjøres på den måten som er best egnet, gitt de til enhver tid gjeldende markedsforhold, for å sikre en inntjening som kan forsvare store årlige investeringer i nettverket. Forpliktelsen om å tilby tilgangspriser med utelukkende variable/trafikkavhengige tilgangspriser er meget inngripende overfor Telenor som tilbyder av tilgang og begrenser Telenors prisfleksibilitet i grossistmarkedet som også er uheldig for tilgangskjøperne.

Det forhold at tilgangskjøperne blir stilt overfor kun variable/trafikkavhengige priser vil føre til konkurransevridning ved at tilgangskjøperne i produktgrupper med lav databruk vil få urimelig gunstige tilgangspriser. Videre kan dette føre til at andre potensielle selgere av tilgang, som for eksempel ICE, ikke vil være i stand til å konkurrere i disse segmentene om tilgangskjøperne. Ettersom sluttbrukerprisene primært baserer seg på bruk av fastledd, vil også risikoen for negativ margin ved salg av produkter med høy databruk (for eksempel MBB) øke, som i ytterste konsekvens kan medføre at tilgangskjøperne ser seg tvunget til å trekke seg ut av disse delene av markedet. Kombinasjonen av meget uklart utformet forpliktelse i Vedtaket med Nkoms etterfølgende uklare tolkinger av dette innebærer at det ikke er mulig for Telenor nå å konkret angi omfanget av nevnte konsekvenser.

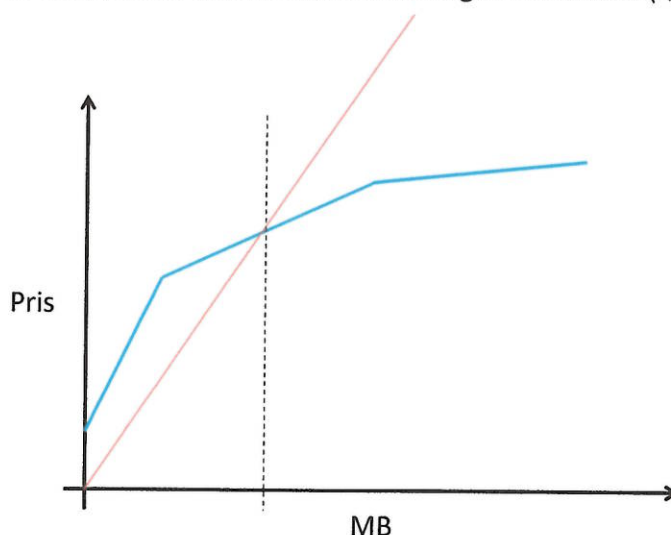
Som nevnt over er det uklart for Telenor hvordan Nkom vil tolke kravet om variabel pris. Basert på Nkoms tilbakemeldinger pr epost av 21. juli 2016 kan det se ut til at Nkom mener at kravet må tolkes slik at det

<sup>11</sup> Brown, Stephen J. and David S. Sibley, *The Theory of Public Utility Pricing*, Cambridge University Press, Cambridge, New York and Melbourne, 1986, Laffont, JJ and J. Tirole, *Competition in Telecommunications*, MIT press 2000  
Coase, R.H. 1946. The marginal cost controversy. *Economia* 13, 169–89.



også legges føringer på prisnivå. Konsekvensene av at Telenors prisingsfleksibilitet begrenses på denne måten - utover kravene som stilles i marginskvistestene - kan illustreres ved en lineær variabel tilgangspris.

Figuren under illustrerer forholdet mellom Telenors sluttbrukerpriser (blått) og en tilgangskontrakt med lineær variabel pris som tilfredsstillende kravet om å bestå marginskvistestene (rødt).



Det fremgår tydelig fra figuren at prisstrukturen i tilgangskontrakten vil føre til at: i) Telenor utkonkurreres i produktgrupper med lav databruk (til venstre for den stiplede linjen) og ii) andre potensielle selgere av tilgang, for eksempel ICE, vil ikke være i stand til å konkurrere i disse segmentene om tilgangskjøpere, iii) tilgangskjøpere mister konkurransevne i segmenter bestående av produkter med høye datavolumer (til høyre for den stiplede linjen).

Nkom har imidlertid ikke på noen måte utredet eller vurdert konsekvensene av et krav om variabel prisstruktur, herunder negative virkninger for prisingsfleksibilitet i opp- og nedstrømsmarkedene, jf. her også ESAs klare uttalelse om dette. Dette innebærer også at Nkom ikke har kunnet vurdere hvorvidt forpliktelsen er egnet og forholdsmessig. Dette er i seg selv en saksbehandlingsfeil som har virket bestemmende på Vedtakets innhold med følge at Vedtaket er ugyldig på dette punkt.

## 4.3.2 Krav til standardavtalene

### 4.3.2.1 Pålegg om å tilby tilgangskjøper Telenors sluttbrukerprodukter

I Vedtakets avsnitt 252 skriver Nkom at «Dersom Telenor skal lansere nye tjenester eller produkter i sluttbrukermarkedene eller heve kvaliteten på eksisterende tjenester eller produkter, og de nye eller forbedrede produktene faller inn under reguleringen, skal produktene inngå i Telenors standardavtaler tidsnok til at tilgangskjøper kan tilby samme eller tilsvarende tjenester eller produkter i sluttbrukermarkedene på samme tid som Telenor.»

Det er et uforholdsmessig og uhjemlet krav som kan svekke tjeneste- og produktutviklingen i Norge. Det er blant annet slik at nye tjenester og produkter i mange tilfeller krever særskilte tekniske tilpasninger for at de skal bli tilgjengelig for tilgangskjøpere. Dette kan være tekniske tilpasninger som skal gjøres både på Telenors side og på tilgangskjøpers side. Det er også ofte slik at design og utstyr for slike tekniske tilpasninger for tilgangskjøper foreligger på et senere tidspunkt enn det er tilgjengelig for nettoperatør. Dette er forhold som Telenor ikke har kontroll over og som innebærer at det er helt uforholdsmessig å

pålegge Telenor å skulle innta nye tjenester og produkter i standardavtalene slik at tilgangskjøper kan tilby fra samme tid som Telenor.

#### 4.3.2.2 Endringsrett

Ekomloven § 4-7 kan utelukkende brukes til å forby diskriminering. Nkom har imidlertid ikke etablert at vilkår om endringsrett innebærer *diskriminering* mellom intern/ekstern. Som anført i våre kommentarer til varselet om vedtak må Telenor også forholde seg til de endringer som gjøres i standardavtalen. Følgelig er det ikke grunnlag for å pålegge forbud mot ensidig endringsrett.

Under enhver omstendighet har ikke Nkom dokumentert at vilkår om ensidig endringsrett utgjør et konkurranseproblem, jf kravet i ekomloven § 3-4 tredje ledd jf tilgangsdirektivet artikkel 8 nr 4 om at regulering må baseres på identifisert konkurranseproblem. Som Telenor gjentatte ganger har forklart ekommyndighetene er vilkår om ensidig endringsrett direkte begrunnet i at Telenor er underlagt regulering i form av ikke-diskriminering.

Slik dette ikke-diskrimineringskravet er fortolket av myndighetene i TDC – saken, må Telenor for å sikre etterlevelsen av denne forståelsen sikre at standardavtaler kan endres på likt. Hva gjelder selve innholdet i eventuelle endringer, vil Telenor uansett ikke kunne endre avtalen på en måte som strider mot selskapets forpliktelser etter ekomloven og eventuell markedsregulering. Ved dette ivaretas også tilgangskjøpers interesser. Etter Telenors oppfatning er det klart at vilkår ensidig endringsrett med denne begrunnelsen ikke utgjør et konkurranseproblem. Forbudet mot ensidig endringsrett er følgelig ugyldig.

## 4.4 Prisregulering

### 4.4.1 Nkom har ikke sannsynliggjort at vilkårene i ekomloven § 4-9 er oppfylt

Det følger av ordlyden i ekomloven § 4-9 sammenholdt med tilgangsdirektivet artikkel 13 nr 1 at en forutsetning for å pålegge prisregulering er at det foreligger en markedsanalyse som viser at fraværet av effektiv konkurranse i markedet medfører at en tilbyder med sterk markedsstilling kan opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå eller etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere til skade for sluttbrukerne.

Nkom konkluderer med at ovennevnte vilkår er oppfylt, med en henvisning til at «konkurranseproblemene og observert atferd, samt erfaringen med begrensningene i gjeldende virkemiddelbruk» innebærer at Nkom mener det er behov for å endre dagens virkemiddelbruk, og at prisregulering er et godt egnet virkemiddel. Dette begrunnes videre med at det påhviler en omvendt bevisbyrde for en tilbyder som er underlagt prisregulering samt at prisregulering hjemler tilbakebetaling ved påvist ulovlig høy pris.

Nkom har imidlertid ikke foretatt en kvalitativ markedsanalyse som underbygger disse konklusjonene. Klager fra tilgangsaktører kan ikke benyttes som bevis for dette jf. punkt 3.1.2. Nkom har ikke dokumentert gjennom markedsanalysen at Telenor på grunn av fravær av effektiv konkurranse enten kan «*opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå til skade for sluttbrukerne*» eller kan «*etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere til skade for sluttbrukerne*». Nkom har heller ikke sannsynliggjort at konkurransen i markedet på noen måte er forverret og har derfor heller ikke godgjort at det skulle være grunnlag for å pålegge mer inngripende forpliktelser på Telenor enn det har vært tidligere i vedtak fra 2006 og 2010. Tvert i mot viser faktum at markedet er preget av lave sluttbrukerpriser til tross for at Norge har en krevende typografi, at norske sluttbrukere får betydelig mer data, sms og tale for samme sum som tidligere, at markedet er preget av at en stor andel av kundene bytter operatør hvert år, og at den tredje nettverkstilbyderen er i stor vekst.



Det er følgelig ikke dokumentert at vilkårene i § 4-9 er oppfylt og Vedtaket er av den grunn ugyldig.

#### 4.4.2 Subsidiært - prisreguleringen er i strid med ekomloven § 3-4

Etter Telenors oppfatning er den pålagte prisregulering også i strid med ekomloven § 3-4 tredje ledd jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr 4. Det følger av bestemmelsen at virkemiddelet som pålegges i Vedtaket i tillegg til å oppfylle vilkårene i § 4-9 må være egnet til å avhjelpe det identifiserte konkurranseproblem (fremme bærekraftig konkurranse) samt være forholdsmessig og berettiget, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd og tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4.

Bestemmelsen stiller for det første krav til Nkoms begrunnelse idet Nkom må sannsynliggjøre at de konkrete virkemidlene som pålegges Telenor er egnet til å avhjelpe det identifiserte konkurranseproblem. I tillegg må Nkom i Vedtaket begrunne hvorfor forpliktelsene er forholdsmessige. Nkom har verken vurdert eller begrunnet forholdsmessigheten i Vedtaket annet enn at «Nkom anser» at forpliktelsene er forholdsmessige.

Telenor vil heller ikke ha forutsetninger for å kunne sikre etterlevelse av de pålagte forpliktelser med hensyn til forbud mot marginskvis så lenge metodikken og prinsippene for å beregne margin fremstår for Telenor som uklare, og heller ikke i overenstemmelse med etablert konkurranserettslig metode. Et pålegg om ex ante-marginskvistesting etter andre og mye mer uforutsigbare kriterier enn konkurranserettslig margintesting, er et svært byrdefullt virkemiddel som stiller også strenge krav til begrunnelse og utforming av testen. Slik begrunnelse fremgår ikke av Vedtaket.

Hva gjelder aggregeringsnivået i marginskvistestene mener Nkom det er nødvendig å teste segmentene privat- og bedriftsmarkedet separat for å oppnå et tilstrekkelig nyansert bilde av konkurransesituasjonen. Nkom har imidlertid gjennomført markedsanalysen av det samlede mobilmarkedet, uten at denne sannsynliggjør eller på noen måte underbygger at det er konkurranseproblem i privat- eller bedriftsmarkedet isolert. Det er således heller ikke dokumentert eller sannsynliggjort at en marginskvistest for hvert av segmentene i privat- og bedriftsmarkedet er et egnet virkemiddel og heller ikke at dette er forholdsmessig. Konkurransesituasjonen i markedet viser tvert i mot at hvis en margintest skal pålegges i tillegg til regnskapsmessig skille må denne gjennomføres på totalmarkedet.

I tillegg har Nkom innrettet aggregeringsnivået for marginskvistesten for tjenesteleverandører slik at det skal testes på produktnivå (de representative produktene). Det fremgår imidlertid ikke av markedsanalysen at det foreligger noe konkurranseproblem på produktnivå som skulle tilsi et annet aggregeringsnivå for denne tilgangsformen enn for de øvrige. Nkom har således ikke dokumentert eller sannsynliggjort at dette virkemiddelet er egnet, jf. ekomloven § 3-4.

Av kommentarene fra ESA til notifikasjonen fremgår også klart at Nkom må sikre at marginskvistestene har rett aggregeringsnivå, og at ESA tviler på at marginskvistesten for tjenesteleverandørene er forholdsmessig og i overenstemmelse med EØS-retten når det stilles krav om å teste hvert enkelt produkt som inngår i den representative porteføljen. ESA anmoder derfor Nkom om å avstå fra å pålegge en marginskvistest på produktnivå. Nkom har ikke hensyntatt ESAs kommentarer i Vedtaket.

Marginskvistesten er innrettet slik at i modellen skal kostnader til sluttbrukervirksomhet fastsettes med grunnlag i Telenors kostnader slik disse rapporteres i regnskapsmessig skille. I regnskapsmessig skille inngår imidlertid også produkter som ikke omfattes av marginmodellen, blant annet M2M og Trådløs sone. Nkom har ikke angitt prinsipper for hvordan sluttbrukerkostnader til produkter i marginmodellen (telefonikobledemobiltjenester og mobilt bredbånd) skal skilles fra produkter som ikke inngår i marginmodellen. Av Nkoms kommentarer til høringsvarene (vedlegg 3 til Vedtaket) side 51 fremgår det at

Nkom mener at disse kostnadene utgjør en liten andel som ikke har innflytelse på marginberegningen og at det derfor ikke er forholdsmessig å isolere disse.

Telenor er usikker på hva som er grunnlaget for Nkoms oppfatning om at sluttbrukerkostnader til produkter som ikke inngår i margintesten utgjør en liten andel av kostnadene som er rapportert i regnskapsmessig skille, da Telenor ikke kan erindre at disse kostnadene er rapportert isolert til Nkom tidligere. Det kan opplyses at kostnadene for produkter som ikke inngår i marginmodellen utgjør [UOFF ██████████], og vil således ha direkte påvirkning på resultatet i marginmodellen. Nkom angir også i kommentarer til høringsvar at det heller ikke kan utelukkes at også kjøper av tilgang tilbyr M2M-produkter. Telenor kan ikke se at dette forhold er relevant i denne sammenheng, det sentrale forholdet her er at kostnadene som benyttes i marginmodellen må korrespondere med de produktene som testes. Etter Telenors mening legger Nkom her feil faktum til grunn og må endre modellen slik at kostnadene som benyttes fra regnskapsmessig skille må justeres for å gjenspeile produktene som inngår i marginskivistesten.

Det er heller ikke angitt hvilke prinsipper som skal benyttes for å fordele kostnader mellom de ringeplanene som testes i marginmodellen (representative produkter) og øvrige ringeplaner. Dette skaper stor uforutsigbarhet med hensyn til hvilken konkret prisregulering Telenor er underlagt. I marginmodellen (excel) er det vanskelig å avdekke alle prinsippene som er modellert i modellen, men det kan synes som om sluttbrukerkostnadene blir fordelt med en lik andel til hver abonnent, uavhengig av hvilken inntekt denne abonnenten genererer. Å forutsette at en mobiltilbyder har de samme kostnadene ved å betjene alle kundene uavhengig av kundens forbruk eller kompleksitet synes ikke rimelig. En slik metodikk vil også resultere i at flere abonnement blir tilordnet høyere sluttbrukerkostnader enn den inntekt som genereres av abonnentene. Et slikt resultat fremstår ikke som sannsynlig, hadde kostnaden for et slikt abonnement vært større enn inntekten ville Telenor unngått å tilby abonnementet i markedet.

En konsekvens av å legge Nkoms feilaktige kostnadsmetodikk til grunn vil være at Telenor får insentiver til å avslutte disse ringeplanene og fjerne disse fra markedet. Årsaken til dette er at disse ringeplanene vil kunne gi så stort negativt bidrag i forhold til overordnet marginskivistest som skal bestås, at Telenor i realiteten ikke vil ha noe annet valg enn å avstå fra å tilby disse ringeplanene i sluttbrukermarkedet. Dette vil få meget uheldige konsekvenser og fjerne det prefererte produktet for flere hundre tusen kunder.

Etter Telenors mening er det ikke korrekt å fordele sluttbrukerkostnader med en lik andel til hvert abonnement, men å fordele direktekostnader til hvert abonnement, og felleskostnader mellom ringeplaner etter bruttomargin. Et slikt fordelingsprinsipp vil samsvare med de vurderinger som gjennomføres ved prissetting av tjenester i markedet, og optimaliserer utnyttelsen av de store investeringene i mobilnettet.

I tillegg kan det synes som om Nkom i modellen har lagt til grunn at felleskostnader mellom privat- og bedriftsmarkedet skal fordeles etter allerede fordelte kostnader, slik det er angitt i reglene for føring av produktregnskapet. Dette samsvarer ikke med den metodikk som benyttes i marginskivistester etter konkurranseloven, hvor hvert relevante segment må dekke sine særkostnader, samtidig som felleskostnader mellom segmentene må dekkes på et aggregert nivå. Den valgte metodikk avviker også fra den kostnadsfordeling som ligger til grunn for prissetting av tjenester i markedet. Ved mindre optimal prissetting vil investeringsinsentivene i markedet kunne bli redusert, både for Telenor og øvrige nettværkere i Norge.

Nkom har fastsatt størrelsen på de faste kostnadene for en MVNO (som retter seg mot både privat- og bedriftsmarkedet) ved å summere de faste kostnadene for en tilgangskjøper som retter seg kun mot privatmarkedet med de faste kostnadene for en tilgangskjøper som retter seg kun mot bedriftsmarkedet. De faste kostnadene for en MVNO vil i hovedsak bestå av kostnader til tjenesteplattformer, men også kostnader til markedsføring, IT-systemer, samt stab/management. En MVNO som er etablert i ett av



markedsutløpene (privat eller bedriftsmarkedet) vil ved utvidelse av virksomheten til det andre markedsutløpet ikke få doble faste kostnader slik det er forutsatt i marginmodellen. Det vil ikke være behov for å investere i et parallelt sett av tjenesteplattformer, ansette nok en administrerende direktør og økonomidirektør, investere i et parallelt sett av it-systemer, eller doble brand markedsføringen etc. På denne bakgrunn er de faste kostnadene i modellen fastsatt på et for høyt nivå, og de faste kostnadene må reduseres for å gjenspeile forutsetningen om en rimelig effektiv aktør (REO).

Marginskvistestene er dessuten innrettet slik at bare er tilgangsavtalen som tilfredsstillende kravene til variable priser som skal inngå i testen. Nkom har ikke på noen måte begrunnet dette kravet. Nkom har heller ikke dokumentert hvordan et slikt krav er egnet til å fremme bærekraftig konkurranse og hvorvidt det er forholdsmessig.

Ovennevnte punkter fører til at Vedtaket er ugyldig.

## 5 Konklusjon

Som det fremkommer, er Telenor av den oppfatning at Vedtaket dels mangler hjemmel eller rettslig grunnlag i ekomloven, og er i strid med grunnleggende krav til forutsigbarhet og klarhet, samt lider av en rekke andre innholdsmessige feil og mangler. Dette får direkte betydning for vedtakets materielle innhold og medfører at vedtaket er ugyldig.

\*\*\*

Vi vil for øvrig be om et møte med departementet i anledning saken. I tillegg bes det for ordens skyld om løpende partsinnsyn i sakens dokumenter.

Med hilsen  
Telenor Norge AS



Berit Svendsen  
Konserndirektør i Telenor Group  
Administrerende direktør i Telenor Norge AS

---

<sup>i</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 29.11.2012, s. 43.