

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET
V/NASJONAL KOMMUNIKASJONSMYNDIGHET
POSTBOKS 93
4791 LILLESAND

15 SEPTEMBER 2016

BES UNNTATT OFFENTLIGHET OG PARTSINNSYN

KOMMENTARER TIL TELENORS KLAGE PÅ NKOMS VEDTAK 1. JULI 2016 OM REGULERING AV MARKED 15

1. Bakgrunn

Get AS og TDC AS («Get TDC») vil med dette kommentere enkelte deler av Telenor ASAs («Telenor») klage av 19. august 2016 på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets («Nkom») vedtak av 1. juli 2016 om videreføring av regulering i marked 15.

Dette brevet inneholder opplysninger som er av en slik art at både Telenor og andre kan utnytte den i sin næringsvirksomhet, jf. offentleglova § 13 første ledd og forvaltningsloven § 13 første ledd nummer 2 samt § 19. Det har dermed konkurransemessig betydning for Get TDC å hemmeligholde innholdet. Vi ber derfor om at markerte deler av brevet unntas både offentlighet og partsinnsyn.

2. Kommentarer til Telenors klage på utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling

a) Telenors anførelse om feil avgrensning av relevante marked (punkt 3.2)

Ifølge klagen er ikke vilkårene for å utpeke Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling oppfylt. Klager viser i denne forbindelse til at Nkom skal ha definert sluttbrukermarkedene for "bedrifts- og privatabonnement", "mobilt bredbånd" og "M2M-kommunikasjon" feil. Selskapet baserer dette blant annet på at Nkom ikke skal ha fulgt "samme fremgangsmåte som i konkurranseretten" (side 3). Etter hva Get TDC forstår er selskapet for øvrig uenig i tilsynets geografiske avgrensning av grossistmarkedet for så vidt gjelder M2M-tjenester.

Get TDC er uenig i Telenors materielle kritikk av Nkoms avgrensning av de ulike sluttbrukermarkedene. Vi ser imidlertid på dette stadiet ikke noe behov for å gå nærmere inn på de rettslige og faktiske anførelsene hva gjelder skillet mellom privat og bedrift, mobilt bredbånd og M2M-tjenester på sluttbrukernivå. Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlig mobilnett. Get TDC kan ikke se at tilsynets konklusjoner når det gjelder de tre sluttbrukermarkedene har påvirket avgrensningen av dette oppstrømsmarkedet. Det har dermed ingen betydning for markedsanalysen

og de vedtatte forpliktelsene hvorvidt Nkom f.eks. legger til grunn at det finnes separate marked for privat- og bedriftstjenester eller om dette er to segmenter i samme felles marked.

Get TDC viser videre til at Konkurransetilsynet deler vår oppfatning. Tilsynet har gjennomgått og vurdert Nkoms markedsavgrensning samt utpekingen av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling. Ifølge høringsvaret 21. oktober 2015 har Konkurransetilsynet ikke noe å utsette på Nkoms vurderinger og konklusjoner.¹ Det samme er tilfellet for Efta Surveillance Authority («ESA»). I sine tilbakemeldinger 13. juni 2016 utfordrer de verken Nkoms markedsavgrensningen eller –analyse.²

b) Telenors anførsel om «feil faktum» (punkt 3.3)

«Konkurransen i sluttbrukermarkedet er velfungerende»

Telenor anfører på side 6 at Nkom ikke har «dokumentert og godtgjort at tre-kriterie-testen er oppfylt.» Selskapet begrunner dette med at «hvis konkurransen fungerer nedstrøms vil det ikke være grunnlag for sektorregulering». Slik Telenor ser det tilsier flere forhold at «konkurransen er sterkere nå enn ved forrige analyse i 2010». Sluttbrukerprisene skal være «fallende til tross for krevende topografi». Dessuten mener Telenor at ICE har «etablert seg som nettverksoperatør og tydelig vist at selskapet har finansielle muskler og salgssuksess».³

Get TDC er uenig i Telenors unyanserte påstand om at «hvis konkurransen fungerer nedstrøms vil det ikke være grunnlag for sektorregulering». Uttalelsen er ikke underbygget. Det er heller ikke rettskildemessig dekning for en slik tolkning av ekomloven. Vi vil i den forbindelse minne om at Telenor har fremmet den samme anførselen tidligere i tilknytning til regulering av marked 15. I oppsummeringen av høringsvar 23. januar 2006 fremgår det på side 6:

«Telenor anfører på side 6 i høringsvaret at marked 15 ikke er relevant for ex-ante-regulering blant annet fordi konkurransen fungerer på sluttbrukernivå:

¹ Se <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/marked/marked-15/attachment/20783?ts=150cd27fcd4>.

² Se <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/marked/marked-15/attachment/24248?ts=15553b27bdf>

³ Side 7: "Selskapet har blant annet foretatt store investeringer i spektrum, hentet inn midler i aksjemarkedet for å investere i Norge, inngått distribusjonsavtale 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."

Det må videre også være slik at konkurransesituasjonen i sluttbrukermarkedet tilsier en regulering av grossistmarkedet. Hvis det er konkurranse i sluttbrukermarkedet, tilsier forholdsmessighetsprinsippet at det ikke skal foretas noen regulering av grossistmarkedet.”

Tilsynet avviste anførselen på følgende grunnlag:

«PT vil for det første påpeke at selv om konkurranse i sluttbrukermarkedet kan indikere at konkurransen også fungerer på grossistnivå, er mangel på virksom konkurranse i sluttbrukermarkedet verken en nødvendig forutsetning eller et vilkår for å benytte ex-anteregulering.

Som det er fremhevet på side 30 i merknadene til Anbefalingen, kan en grad av konkurranse på sluttbrukernivå kanskje vise at det ikke er behov for regulering av grossistmarkedet. Kommisjonen fastslår imidlertid ikke at det automatisk skal være noen slik sammenheng. I så fall ville det ha vært naturlig at Kommisjonen uttrykkelig nevnte disse momentene i sin opplistning av vilkår for ex-anteregulering. Liknende vurderinger fremgår også av argumentasjonen i Kommisjonens veto mot FICORAs opprinnelige notifikasjon av marked 15.

For det andre viser PTs analyser av markedet at selv om det finnes tegn på konkurranse i sluttbrukermarkedet, er denne til dels et resultat av eksisterende regulering og således ikke bærekraftig.

For det tredje er det både teoretisk og i praksis fullt mulig å ha virksom konkurranse i et nedstrømsmarked, men samtidig oppleve at tilbyder(e) med sterk markedsstilling forårsaker betydelige konkurranseproblemer i oppstrømsmarkedet. Dette blir nærmere kommentert i kapittel 3.5 nedenfor. Det kan uansett ikke legges avgjørende vekt på situasjonen i sluttbrukermarkedet alene for å avgjøre om konkurransen er bærekraftig eller virksom i det relevante grossistmarkedet.»

Get TDC slutter seg til disse uttalelsene som beskriver den gjeldende rettstilstanden på området.

Vi er for øvrig uenig i Telenors faktiske anførsler om sluttbrukerpriser og konkurransepress fra ICE. Når det gjelder prisene på sluttbrukernivå i Norge er disse ikke særlig lave tatt i betraktning de underliggende produksjonskostnadene mv. Telenors svært høye margin er en god indikasjon i så måte. Videre er prisnivået langt på vei et resultat av over ti år med markedsregulering. Det er for øvrig grunn til å vente at sluttbrukerprisene stabiliserer seg i tiden fremover, blant annet som følge av overgangen til databaserte fastprisabonnement. Flere aggressive utfordrere, som Tele2, har dessuten forsvunnet fra markedet.

Get TDC stiller videre spørsmål ved påstanden om at ICE allerede skal være en fullverdig nettverkskonkurrent på sluttbruker- eller grossistnivå. Selskapet har per i dag mindre enn én prosent av kundemassen. ICE kjøper videre fortsatt tilgang fra Telia til tale og SMS-tjenester. Selskapet skal ifølge egne pressemeldinger ha vunnet

50 000 nye abonnenter i løpet av to måneder før sommeren 2016. Det er samtidig uklart hvor mange av de ca. 90 000 bedriftsabonnentene ICE overtok fra Network Norway som fortsatt ligger igjen i nettet. Selskapet har dessuten fortsatt ikke lansert tale i 4G-nettet, en tjeneste både Telenor og Telia allerede tilbyr. Som Telenor selv påpeker i klagen tilbyr for øvrig ICE per i dag ikke grossisttjenester.

Get TDC utelukker ikke at ICE på sikt kan bli en fullverdig tredje nettverkskonkurrent i både sluttbruker- og grossistmarkedene. Dette kommer imidlertid ikke til å skje innenfor dette vedtakets tidshorisont. Vi slutter oss i den forbindelse til Konkurransetilsynets vurderinger i høringsvaret 21. oktober 2015:

Gjennom Konkurransetilsynets vedtak vedrørende TeliaSoneras oppkjøp av Tele2 ble det lagt til rette for at ICE kunne etablere seg som en MNO innen mobiltelefoni og utvide dekningen av eget mobilnett.³ Konkurransetilsynet er imidlertid enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at det er usikkert om ICE, i den relevante tidsperioden, vil bli en aktør av en slik betydning at det oppstår tilstrekkelig konkurransedynamikk mellom tilbyderne i markedet.

«Uriktig vektlegging av klager fra tilgangskjøperne»

På side 8 i klagen bestrider Telenor at de tallrike tilsynssakene er egnet til å dokumentere misbruk av markedsrett. Med støtte i rapporten fra Riis og Moen viser selskapet for det første til at tilgangskjøperne kun klager som en «effektiv regulatorisk strategi» for å oppnå strengere regulering. Telenor mener utfallet i tre av klagesakene støtter opp under dette. For det andre peker selskapet på at økonomisk teori skulle tilsi at Telenor hadde «kommersielle interesser» i å inngå kontrakter med tilgangskjøperne. Selskapet trekker i denne forbindelse frem en artikkel 7-uttalelse fra 2004 knyttet til det finske markedet.

Get TDC kan avkrefte de to BI-professorenes teoretiske antagelse. De mange tilsynssakene skyldes ikke en «regulatorisk strategi» som har til formål å oppnå strengere regulering. Tvert om er klagen et direkte resultat av begrunnende mistanker om at den dominerende aktøren har brutt regelverket ved blant annet å diskriminere på pris, strupe hastigheten på konkurrentenes mobildatatjenester og tvinge igjennom konkurranseskadelige avtalevilkår. Så langt har myndighetene i flertallet av sakene på objektive grunnlag funnet at klagerne har hatt rett. Telenor har i denne forbindelse blant annet blitt ilagt overtredelsesgebyr, pålagt retting og vært nødt til å betale tilbake ulovlig overpris. Vi noterer oss for øvrig også at selskapet tilsynelatende fortsatt er under etterforskning av både ESA og Konkurransetilsynet for misbruk av dominerende stilling i de samme markedene.

Det faller uansett på sin egen urimelighet at Telenor skulle ha en interesse i å inngå kommersielle tilgangsavtaler med Get TDC og andre grossistkunder. Riis og Moens teoretiske antagelser har liten vekt i så måte. TDC som tilgangskjøper har de ti siste årene knapt hatt noen reelle forhandlinger med selskapet om tilgangsvilkårene – noe Nkom er vel kjent med. Tilsynet legger i sine analyser helt korrekt til grunn at Telenor tilbyr tilgang som en følge av regulering, ikke fordi det er lønnsomt.

Når det gjelder betydningen av Kommissjonens kommentarer til FICORA-vedtaket i marked 15, viser vi til Nkoms uttalelser i oppsummeringen av høringsvar 23. januar 2006 som er gjengitt over.

«Manglende vektlegging av konkurranse fra OTT-aktører»

Telenor viser på side 9 til at reklamefinansierte kommunikasjonstjenester skal ha overtatt «betydelige andeler av den trafikk som tidligere gikk som ordinær tale og SMS». Selskapet mener dessuten at det innenfor reguleringsperioden ikke vil være «usannsynlig at nye delingsbaserte tilbud for bredbåndstilgang [...] vil bli lansert i markedet». Slik Get TDC tolker klagen mener Telenor at selskapet ikke vil være i stand til å møte en slik utfordring ved å «tilby prisstrukturer i sluttbrukermarkedet som er konkurransedyktige», noe Nkom burde legge vekt på.

Det er uklart for oss om Telenor mener selskapet møter konkurranse fra såkalte «OTT-aktører» per i dag og i hvilken grad dette kommer til å endre seg i løpet av analysens tidshorison. Det er på det rene at verken Facebook Messenger, Skype, Whatsapp eller tilsvarende tjenester påvirker prisingen av Telenors mobilabonnement. Klagen dokumenterer heller ingen slik sammenheng. Det er for så vidt også naturlig ettersom selskapet i likhet med Telia gikk over til en fastprismodell basert på mengde mobildata og hastighet allerede i 2013 slik at tale og SMS i praksis ble gratis.

Get TDC kan heller ikke se at eventuelle WiFi-delingstjenester o.l. skulle utgjøre noe konkurransetrykk de kommende årene. Aktører har lansert liknende tjenester i det norske markedet tidligere uten nevneverdig kommersiell suksess.

c) Telenors anførsel om at vilkårene i ekomloven § 3-1 ikke er oppfylt (punkt 3.4)

På side 9 i klagen anfører Telenor at Nkoms analyse av hvorvidt selskapet kan «opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere» er mangelfull. Dette skal skyldes at tilsynet ikke vektlegger at «både Telenor og Telia» har sterke insentiver til å inngå avtaler med grossistkundene for å øke utnyttelsen av eget nett. Dessuten skal selskapene være jevnbyrdige hva angår blant annet markedsandeler på sluttbruker- og grossistnivå, lønnsomhet, dekning i 4G-nettet, tilgang til distribusjonskanaler mv. Avslutningsvis peker Telenor på at Nkom ikke tar hensyn til at Telenor ikke kan opptre uavhengig av «kunder, konkurrenter og forbrukere», jf. ekomloven § 3-1.

Det er uklart for Get TDC om Telenor mener at ekomloven § 3-1 inneholder selvstendige, materielle vilkår som går utover eller kommer i tillegg til ekomloven § 3-3. Vi vil på dette stadiet begrense oss til å påpeke at ekomloven krever at myndighetene gjennomfører en markedsanalyse i tråd med ESA retningslinjer for å utpeke «tilbydere med sterk markedsstilling». Det stilles ikke krav til at Nkom sannsynliggjør at Telenor er

i stand til å drive konkurrenter ut av markedet, forhindrer etablering eller utnytter sluttbrukere. Vi kan heller ikke se hva Telenor baserer en slik tolkning på.

Telenor trekker i klagen frem flere udokumenterte forhold selskapet mener tilsier at både Telenor og Telia har sterke insentiver til å inngå avtaler med grossistkunder. Dette omfatter liknende markedsandeler og lønnsomhet. Slik Get TDC oppfatter klagen mener selskapet at de to etablerte mobiloperatørene har blitt langt mer jevnbyrdige enn ved forrige analyse. Slik vi ser det skulle dette gjøre det lettere for Telenor og Telia å koordinere sin atferd i grossistmarkedet, f.eks. ved å opprettholde et kunstig høyt prisnivå på grossisttilgang. Vi har samtidig problemer med å se at insentivene til å tilby tilgang skulle ha endret seg.

Situasjonen har uansett ikke endret seg i praksis. Nkom legger i vedtaket korrekt til grunn at Telenor tilbyr blant annet MVNO-tilgang fordi selskapet har en plikt til å gjøre det. Telia gjør det samme ettersom Telenor er pålagt å selge disse grossisttjenestene.

Avslutningsvis mener Get TDC at Nkoms markedsanalyse dokumenterer at Telenor har markedsrett. Selskapet har dermed økonomisk styrke til å opptre «uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere» etter ekomloven § 3-1.

3. Kommentarer til Telenors klage på tilgangsforsiklingen

a) MVNO-tilgang (punkt 4.2.2.)

Telenor mener på side 13 at Nkom ikke har dokumentert behovet for å pålegge MVNO-tilgang. Dette begrunnes med at Telia har tilbudt slik tilgang tidligere og dessuten er forpliktet til å gjøre det etter Konkurransetilsynets vedtak i Tele2-saken. Med støtte i en kronikk fra Riis og Moen mener Telenor for øvrig at tilgangsplikten vil svekke ICEs mulighet til å tiltrekke seg slike kunder.

Vi er uenig i Telenors innsigelser på dette punktet. Som det fremgår i punkt 2 over har Telia de siste årene tilbudt MVNO-tilgang fordi Telenor er regulert. Når det gjelder de avhjelpende tiltakene i Tele2-saken innebærer ikke de noe nytt. Telia har påtatt seg å gi tilgang samt formidle tilgangsvilkårene til nye og eksisterende aktører.⁴ Etter hva vi forstår har selskapet ikke påtatt seg prisregulering eller tilsvarende krav som sikrer at det er mulig å oppnå tilstrekkelig lønnsomhet ved kjøp av denne tjenesten.

⁴ Se punkt 8.2 side 88 vedtak V2015-1 tilgjengelig på <http://www.konkurransetilsynet.no/globalassets/vedtak-og-uttalelser/vedtak-og-avgjorelser/2015/2014-0289-355-vedtak-v2015-1---offentlig-versjon.pdf>:

«TeliaSonera er forpliktet til å tilby MVNO-tilgang til TeliaSoneras landsdekkende mobilnett i Norge som nedfelt i de avhjelpende tiltak og på de vilkår som fremgår av vedlegg 5 til de fremsatte avhjelpende tiltak (*Hovedavtale om Wholesale Access Agreement, Annex B2 MVNO Tilbud om*

Get TDC stiller for øvrig spørsmål ved Riis og Moens udokumenterte påstand om at regulert MVNO-tilgang skulle svekke ICEs muligheter til å tiltrekke seg MVNOer. For det første er selskapet per i dag ikke i stand til å tilby denne grossisttjenesten. Uten tilgangsplikten er det, for det andre, en reell risiko for at eksisterende aktører presses ut av markedet. Fravær av grossistkunder er en langt mer reell trussel mot ICEs potensielle, fremtidige grossistvirksomhet enn at det er for attraktivt å bli værende hos Telenor.

b) Påstand om «ugyldig regulering av tilgangsvilkår» (punkt 4.2.4)

Telenor anfører på side 15 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». Videre fremgår det: «Adgangen til å stille krav til rimelighet skal hindre at SMP-operatøren, i stedet for å nekte tilgang, stiller så urimelige vilkår at tilgangskjøpere i praksis utsettes for tilgangsnekt. [...] Nkom har ikke forsøkt å begrunne eller dokumentere at de avtalevilkår Nkom forbyr i praksis innebærer tilgangsnekt. Nkoms regulering av avtalevilkår er derfor ugyldig.»

Get TDC er uenig med Telenor i at ekomloven ikke gir myndighetene hjemmel til å forby konkurransbegrensende avtalevilkår i form av krav om leverandøreksklusivitet. Nkom kan både hjemle dette i ekomloven § 4-1 jf. aksessdirektivet artikkel 12 og i transparensforpliktelsene, ekomloven § 4-6. Videre kan vi ikke se at det er holdepunkter i ordlyden eller aksessdirektivet for å tolke hjemmelsgrunnet innskrenkende, slik Telenor legger til grunn. Vi minner på dette punktet om at ekomloven på flere punkter gir myndighetene andre og videre hjemler til å gripe inn enn det som er tilfellet etter konkurranseloven.

Som det fremgår i punkt 3 c) under innebærer uansett Telenors krav om leverandøreksklusivitet på selskaps- og konsernnivå en tilgangsnektelse i ekomlovens forstand.

c) Forbudet mot innelåsende eksklusivitetsklausuler

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

Telenor argumenter på side 15 for at standardavtalens «forbud mot dobbeltroaming» klart nok ikke representerer tilgangsnekt «da reguleringen utelukkende tar sikte på å begrense tilgangskjøpers bruk av annet

Mobile Virtual Network Operator Agreement og Anneks B1-B10 ekskl. B2). TeliaSonera er forpliktet til å holde tilbudet åpent for alle tilbydere som har MVNO-tilgang på vedtakstidspunktet, og for eventuelt nye aktører som ønsker å lansere et MVNO-tilbud i markedet. TeliaSonera er forpliktet til å gjøre tilbudet tilgjengelig for interesserte aktører, som vil få tilgang til tilbudet gjennom aksept av en konfidensialitetsavtale. Forpliktelsen om å tilby MVNO-tilgang gjelder frem til og med 31. desember 2016.»

nett enn Telenors nett i avtaleperioden.» Tvert om mener selskapet at vilkåret er det motsatte av tilgangsnekt. Videre anfører selskapet på side 16 at «forhold som eventuelt virker utestengende i oppstrømsmarkedet hører eventuelt under den generelle konkurranserett og ikke under sektorspesifikk tilgangsregulering.» For øvrig mener Telenor at «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.»

Get TDC er uenig i Telenors faktiske og rettslige anførsler. Eksklusivitetsklausulen i tilgangsavtalen har for det første en utestengende effekt både for eksisterende og nye kunder. Forbudet demper dessuten konkurransen om grossistkunder mellom mobiloperatørene. For det andre er det ikke riktig at sektormyndighetene er avskåret fra å regulere eventuelt utestengelse oppstrøms fordi dette «hører hjemme» i alminnelig konkurranserett. Påstanden er heller ikke underbygget. Konkurranseskadelige virkninger i form av begrensninger i grossistkundernes kjøpermakt er, for det tredje, et sentralt moment i tilsynets skjønsmessige vurdering av hvilke særskilte forpliktelser som bør pålegges for å løse identifiserte konkurranseproblemer, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd.

«[...] ikke dokumentert at dobbeltroamingforbudet virker utestengende»

Ifølge Telenor inneholder standardavtalene ikke en eksklusivitetsklausul, men et «dobbeltroamingforbud» (side 16). Klausulen skal videre ikke virke utestengende fordi forbudet ikke har «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.» Under henvisning til Nkoms oversikt over utviklingen i grossistpriser fra 2006 til 2013 fremgår det videre på side 16:

«Grossistmarkedet er preget av store kontrakter som er attraktive for tilbyderne i markedet. Det er konkurransen om kontraktene som er det sentral [sic]. Konkurransen om kontraktene gir eksempelvis både Telenor, Telia og ICE sterke insentiver til å konkurrere på pris og medfører lavere grossistpriser for tilgangskjøperne.»

Telenor støtter seg også på Kommisjonens håndhevelsesveiledning hvor det står:

"[...] 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."

For øvrig mener Telenor at både Telia og ICE kan konkurrere om å betjene behovet til de grossistkundene som er i markedet. Det såkalte dobbeltroamingforbudet skal videre bare ha 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 tilgangskjøperne er sterk.»

Get TDC merker seg at Telenor gjennomgående omtaler begrensningene i standardavtalen som et «forbud mot dobbeltroaming». Begrepsbruken er lite treffende. Den tilslører dessuten det reelle innholdet i punkt 2.3 i Telenors standardavtale.⁵

I motsetning til de vilkårene Telenor benyttet for MVNOer frem til 2013, har ikke dagens standardavtale et forbud mot at grossistkunden tilbyr samme SIM-kort eller abonnement dekning i to ulike mobilnett (dobbeltroaming). Punkt 2.3 i standardavtalen går mye lenger. Bestemmelsen fastslår at grossistkunden ikke kan gjøre bruk av annet nett enn Telenor Norges nett for tilbud til sine abonnenter for tilsvarende bæretjeneste. Kunden har med andre ord ikke anledning til å bruke andre leverandører enn Telenor. Dette omtales både i konkurranseretten, den sektorspesifikke markedsreguleringen og vanlig språkbruk som leverings- eller leverandøreksklusivitet. Forbudet rammer for øvrig både det selskapet som er part i avtalen og ethvert annet konsernselskap. Forpliktelsen kan dermed også karakteriseres som en klausul om selskaps- og/eller konserneksklusivitet. Nkom har lagt denne terminologien til grunn både i marked 15-vedtaket⁶ og tidligere varsel om retting av Telenors standardavtale.⁷

Get TDC kan ikke se at Telenor er i stand til å forklare hvorfor, og i så fall hvordan, leverandøreksklusivitet på selskaps- og konsernnivå skal bidra til å verne *dekningskonkurransen* på sluttbrukernivå. Etter vår oppfatning vil ikke to ulike selskap som tilbyr mobiltjenester med ulik dekning til ulike kundegrupper i ulike sluttbrukermarked oppnå noen fortrinn over andre konkurrenter. Det faktum at selskapene er i samme konsern endrer ikke dette. Dette i motsetning til reell *dobbeltroaming* hvor samme SIM-kort åpner for parallell dekning i flere nett eller samme abonnent får tilbud om dekning i flere mobilnett.

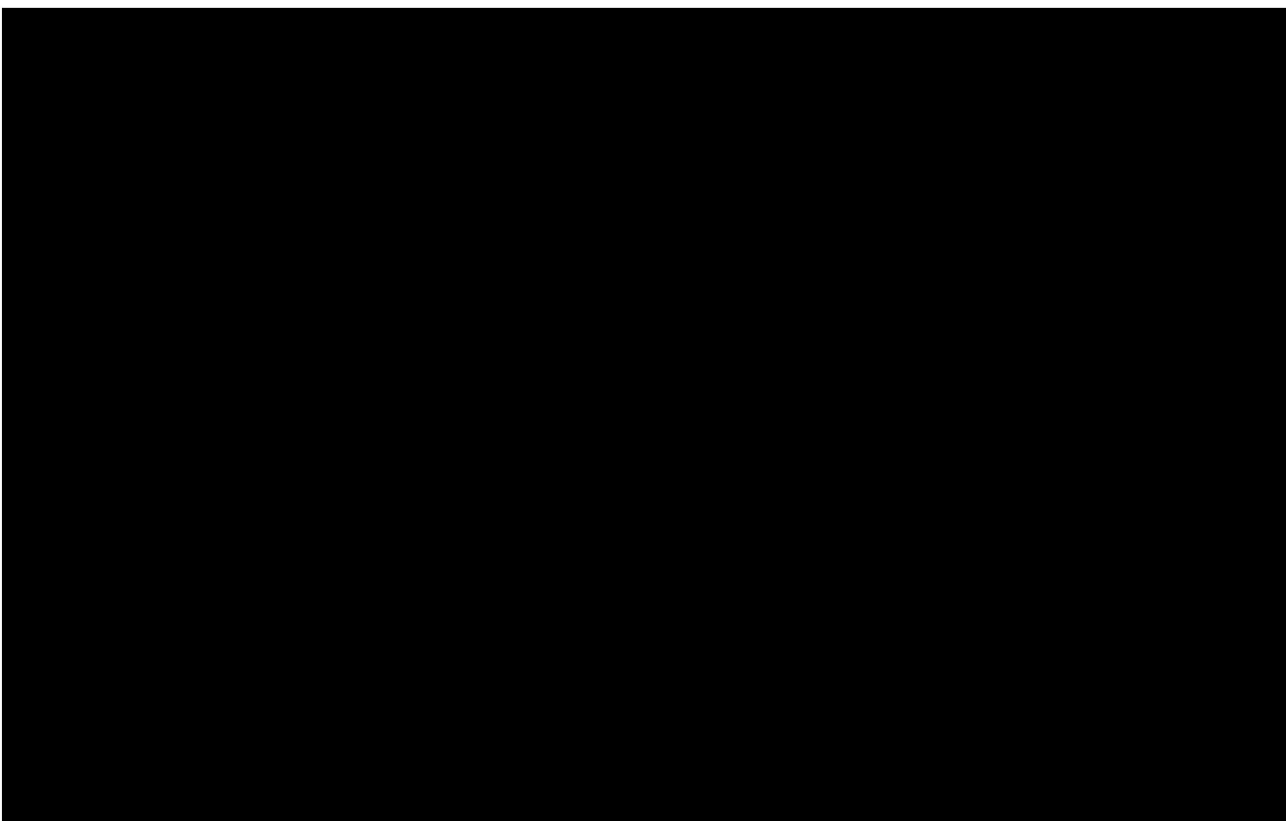
Get TDC er videre uenig i at klausulen ikke har konkurranseskadelige virkninger.



⁵ Standardvilkårene for MVNO-tilgang er tilgjengelig på http://www.telenorwholesale.no/wp-content/uploads/2016/08/Mobil_MVNO_standardavtale_Gjeldende_fra_2016-07-01-Offentlig-versjon.pdf.

⁶ Se punkt 177 flg. i marked 15-vedtaket 1. juli 2016: <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/marked/marked-15/attachment/24450?ts=155a5c15ca4>

⁷ Se Nkoms varsel om vedtak om pålegg om retting av standardvilkår 9. juni 2015: <http://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/marked/marked-15/attachment/18398?ts=14dd734b033>



Get TDC kan uansett ikke se at prisutviklingen i grossistmarkedet fra 2006 til 2013 skulle indikere at det er attraktivt for Telenor å konkurrere om tilgangsavtaler. Prisedgangen i tabellen er i all hovedsak et utslag av regulatorisk tilpasning og liknende forhold, ikke konkurranse. Den dominerende aktøren har dels justert prisnivået for å unngå å sette tilgangskjøperne i marginskvis, dels som følge av pålegg fra myndighetene (se f.eks. prisedsettelsen i TDCs tilgangsavtale i 2012). Den tilsynelatende betydelige prisedgangen i Network Norways tilgangsavtale høsten 2010 skyldtes dessuten et forlik der selskapet trakk et mulig krav i bytte mot mer fordelaktige betingelser.

«Manglende utredning av konsekvenser for dekningskonkurransen»

I klagen skriver Telenor på side 17:

«Et forbud mot eksklusivitet vil – i motsatt av hva Nkom synes å mene – kunne redusere insentivene til å bygge det tredje nettet, og således redusere infrastrukturkonkurransen. Det vises i denne sammenheng til en avgjørelse fra Asker og Bærum tingrett fra 2012 [...]»

Videre fremgår det:

«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.»

Avslutningsvis anfører Telenor (side 18):

«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 forpliktelsene. Slik Vedtaket er formulert har Telenor ingen praktisk mulighet for å sikre etterlevelse av forbudet. Følgelig er Vedtaket ugyldig på dette punktet.»

Get TDC er uenig i at forbudet mot eksklusivitet vil redusere incentivene til å bygge nett eller at reguleringen er så uklar at «dobbeltroaming» får langt større utbredelse enn det tilsynet legger til grunn.

Vi er usikre på hvilket faktisk grunnlag Telenor har for påstanden om at ICEs incentiv til å bygge nett vil ta skade. Klagen og Moens og Riis' rapport inneholder teoretiske antagelser om hvordan ICE vil forholde seg til reguleringen men ingen dokumentasjon som er egnet til å underbygge påstanden. Offentlig informasjon om den tredje aktørens faktiske utrulling viser dessuten at marked 15-reguleringen ikke synes å påvirke selskapets evne eller vilje til å investere. ICE har gått ut med informasjon om at selskapet har hentet inn NOK 429 millioner som skal investeres i nett og kundeakkvisisjon.⁸ For øvrig har ICE så langt stilt seg positiv til at Nkom viderefører markedsreguleringen av Telenor og heller ikke påklaget vedtaket. Det samsvarer dårlig med Telenors antagelse om at prisreguleringen vil gjøre det vanskeligere for ICE å konkurrere om grossistkunder.

Get TDC er videre uenig med Telenor i at tingrettsdommen fra 2012 skal være egnet til å dokumentere at reguleringen vil redusere incentivene til utbyggingen av det tredje mobilnettet. Vi har over vist at antagelsene ikke stemmer i praksis. ICE investerer store beløp i utrulling av nett vel viten om reguleringen. Vi kan dessuten ikke se at en ubegrunnet faktapåstand i en obiter-uttalelse fra tingretten kan tillegges noen vekt.

Telenor fremhever at unntakene fra forbudet er uklare når det gjelder eksklusivitet på abonnement og merkevarnivå. Det skal dermed være en risiko for at grossistkunden omgår eventuelle forbud i tilgangsavtalene. Både problemstillingen og Telenors eksempler fremstår som oppkonstruerte. Marked 15-vedtaket gir detaljert veiledning om hvor grensene går. Dersom Telenor likevel skulle være usikker på hva som

⁸ I en artikkel i Inside Telecom 21. juni 2016 fremgår det ICE-eier AINMT skal ha gjennomført en ny emisjon. Administrerende direktør i ICE, Eivind Helgaker, bekrefter i et nytt oppslag 2. september 2016 at det er hentet inn NOK 429 millioner. Se <http://www.insidetelecom.no/artikler/ainmt-har-hentet-429-millioner/348818> og <http://www.insidetelecom.no/artikler/ice-har-hentet-429-millioner/351049>.

ligger i begrep som «abonnementsforhold», «merkevare» og «sluttbrukermarkeder», står selskapet fritt til å be Nkom om veiledning i henhold til forvaltningsloven. Vi har uansett problemer med å forstå at en tilgangskjøper skulle ha noe ønske om å omgå forbudene i tilgangsavtalen. I et slikt tilfelle gir vilkårene Telenor rett til å heve avtalen på kort varsel. Dette får dramatiske konsekvenser for grossistkunden. Samtidig er oppdagelsesrisikoen høy⁹ og utsiktene til gevinster i form av økt konkurransekraft små.

4. Kommentarer til Telenors klage på prisregulering av MVNO-tilgang

a) Anførsel om «manglende sannsynliggjøring» (punkt 4.4.1)

Telenor anfører at Nkom ikke har foretatt en «kvalitativ markedsanalyse» som underbygger at vilkårene for prisregulering etter ekomloven § 4-9 er oppfylt. Selskapet mener det verken er mulig å opprettholde et «uforholdsmessig høyt prisnivå» eller utsette konkurrenter for prisklemmer. Telenor begrunner dette med «lave sluttbrukerpriser», at norske sluttkunder får mer data, SMS og tale for pengene enn tidligere, at en stor andel av kundene bytter operatør hvert år og at den tredje nettverkstilbyderen er i «stor vekst».

Get TDC kan ikke se at ekomloven stiller krav om at Nkom foretar en «kvalitativ markedsanalyse» for å dokumentere at vilkårene for prisregulering er til stede. Kravene til begrunnelse mv. følger av forvaltningsloven. Det er ikke tvilsomt at tilsynets detaljerte vurderinger er tilstrekkelig. Get TDC mener for øvrig, i likhet med Nkom, at Telenor er i stand til å utsette blant annet MVNOer for en prisklemme.

a) Anførsel om at prisregulering er i strid med ekomloven § 3-4 (punkt 4.4.2)

Ifølge side 25 i klagen mener Telenor at den pålagte prisreguleringen ikke er egnet til å avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemene. Dette skal være i strid med ekomloven § 3-4. Videre argumenterer selskapet for at Nkom ikke har hjemmel til å pålegge en annen type marginskvistest enn det som følger av konkurranseretten. Selskapet støtter seg i denne forbindelse på ESAs kommentarer til utformingen av marginskvistest for tjenesteleverandørtilgang. Telenor mener for øvrig at Nkoms metodikk gir den dominerende aktøren insentiv til å avslutte ringeplaner på sluttbrukernivå for å kunne opprettholde prisnivået i grossistavtalene (side 26).

Slik Get TDC ser det er prisregulering etter ekomloven § 4-9 det mest egnede virkemidlet til å avhjelpe identifiserte konkurranseproblemer i form av marginskvis. Nkom har dessuten gjort en grundig vurdering av hvorfor dette tiltaket er nødvendig. Videre fremgår det blant annet av forarbeidene til ekomloven og forvaltningspraksis at tilsynsmyndighetene har hjemmel til å pålegge andre forpliktelser enn det som følger av konkurranseretten. Det er for eksempel ikke tvilsomt at prisreguleringen kan omfatte REO-

⁹ Det er transparent for Telenor hvilken dekning selskapets tilgangskjøper tilbyr sine kunder, blant annet fordi aktørene møter hverandre i konkurranse om privatpersoner og bedrifter hver dag.

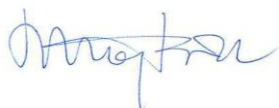
baserte marginskvismodeller. Når det gjelder ESAs kommentarer vil Get TDC for øvrig vise til at denne myndigheten ikke hadde innvendinger mot bruk av den notifiserte marginsvistesten for MVNO-tilgang utover at bedrift og privat burde testes separat.

5. Avsluttende bemerkninger

På bakgrunn av det som fremgår over ber Get TDC om at Nkoms vedtak i marked 15 stadfestes.

Dersom det er behov for ytterligere informasjon eller myndighetene ønsker et møte i saken, kan undertegnede eller vår direktør for samfunnskontakt, Øyvind Husby, kontaktes. (laila.myksvoll@get.no/ telefon 924 91 888 eller oyvind.husby@get.no / telefon 934 44 140).

Med vennlig hilsen



Laila Myksvoll
juridisk direktør
Get TDC