

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET
V/ NASJONAL KOMMUNIKASJONSMYNDIGHET
POSTBOKS 93
4791 LILLESAND

SEPTEMBER 2015

KLAGE PÅ NKOMS VEDTAK OM OPPFØLGING AV KRAVET TIL IKKE-DISKRIMINERING VED BRUK AV MARGINSKVISTEST FOR FIBERBASERT BREDBÅNDSAKSESS

1. Bakgrunn

TDC AS og Get AS ("TDC/Get") viser til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets ("Nkom") vedtak datert 27. august 2015. Her fastsetter tilsynet modell og prinsipper for oppfølgingen av kravet om ikke-diskriminerende priser for fiberbasert bredbåndsaksess i marked 5.

TDC/Get stiller seg positiv til at Nkom endelig har vedtatt en marginskvistest som skal sikre at Telenor ASA ("Telenor") etterlever ikke-diskrimineringsforpliktelsen i bredbåndsmarkedene. Vi mener samtidig vedtaket lider av svakheter på to sentrale punkter.

For det første innebærer valg av produkter og porteføljen at modellen ikke er egnet til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet (se punkt 2 under). Nkom unnlater for det andre å fastsette klare prinsipper for hvordan tilsynet vil gripe inn mot og sanksjonere eventuelle overtredelser dersom marginskvis avdekker negativ margin, se punkt 3. Disse forholdene reduserer både enkeltvis og samlet marginskvistestens verdi.

TDC/Get vil med dette påklage de to aktuelle forholdene.

Vi ber om at Samferdselsdepartementet ("SD") gjør de endringer i marginskvistesten som er nødvendig for å sette Nkom i stand til å effektivt avdekke og gripe inn mot konkurranseskadelig atferd i form av diskriminerende priser.

2. Marginskvistesten er ikke egnet til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet

I marked 5-vedtaket legger Nkom til grunn at det er "nødvendig å utarbeide en marginskvismodell for å dokumentere at den regulerte tilbyderen ikke utnytter sin sterke markedsstilling" (avsnitt 193). TDC/Get er

enig i denne tilnærmingen. En treffsikker marginsskvistest som dekker alle relevante sluttbrukermarked er en forutsetning for å kontrollere at Telenor ikke misbruker markedsmakt gjennom prissetting.

TDC/Get påpekte allerede i vårt høringsbrev til Nkom den 9. mars 2015 at modellen også må dekke bedriftsmarkedet;

"The suggested principles have several shortcomings that could distort the results. A single play "flagship product" that is the most relevant for the business market must be included as well as benchmark test for the top end of the business segment. Without these supplements the test will not address the existing competition problems in the business market (...)

TDC/Get agrees with Wik's suggested approach as long as the flagship products" in question also reflect Telenor's product offering in the business markets (e.g. not only double and triple play offers including TV)".

Dette innspillet er ikke fulgt opp. Den vedtatte marginskvistesten innebærer en felles "porteføljetest av identifiserte flaggskipprodukter" på tvers av marked. I praksis er modellen kun representativ for aktører som opererer i privatmarkedet. Marginskvistesten omfatter tilsynelatende kun ett produkt i bedriftsmarkedet. Dette kom først inn etter kritikk fra tilgangskjøperne selv (se vedlegg 4):

"All of the alternative operators, did comment in one way or another on the presumed absence of testing of the single play (broadband) product. It has always been our intention to include single play offers in the process of identifying flagship products. So to avoid any misunderstanding, we have clarified the text in the principle document to clearly reflect that single play products are included in the test".

Nkom og WIK fastslår samtidig at det er et bevisst valg å avgrense testen på denne måten. Tilsynet forutsetter at en "representativ" leverandør i all hovedsak er til stede i privatmarkedet der etterspørselen etter double play og triple play-produkter er stor. Segmentene for mellomstore og store bedrifter er ikke dekket:

"We confirm that business customers using standardized business products or residential products are included, however most likely the mid and high end business customers are not included as described earlier."

TDC/Get er uenig i denne tilnærmingen. Den foreslåtte porteføljetilnærmingen gir ikke et representativt bilde av konkurranseforholdene. I realiteten er det i all hovedsak Telenor selv som baserer seg på en slik forretningsmodell. De fleste tilgangskjøperne er enten til stede kun i privatmarkedet (evt. også i nedre del av bedriftsmarkedet) eller kun i bedriftsmarkedet.

Med mindre marginskvistesten også utvides til å dekke en ren bedriftsportefølje (som omfatter mellomstore og store bedrifter), vil den ikke være egnet til å avdekke eventuelle brudd på ikke-diskrimineringsplikten. Dette åpner for opportunistisk atferd og krysssubsidiering fra den dominerende aktørens side ettersom en svært liten

del av produktene som etterspørres av bedriftskunder dekkes av testen. Den dominerende aktøren vil dermed kunne utsette konkurrenter for marginskvis tilnærmet risikofritt.

TDC/Get er særlig bekymret for at Telenor selektivt dumper prisen på et eller flere produkter for å vinne strategisk viktige kunder. Selskapet har et særlig sterkt insentiv til å gjøre dette hvis kunden ligger hos TDC/Get eller andre tilgangskjøpere. På denne måte vil den dominerende aktøren kunne frata konkurrenter inntekstgrunnlaget samtidig som selskapet opprettholder høy inntjening på eksisterende kunder. Telenor har tidligere bekreftet at selskapet i mobilmarkedet bevisst innga priser for trafikk og abonnement til utvalgte storkunder som var lavere enn de korresponderende prisene i MVNO-avtalen 1).

Dette er særlig problematisk sett i lys av den allerede pressede lønnsomheten gitt Telenors høye tilgangspriser. Den dominerende aktøren Telenor sto i 2014 for 52% av all omsetning i det norske markedet (privat og bedrift) og hadde en EBITDA margin på 41,5%. Gjennomsnittlig EBITDA marginen for Telenors 6 største konkurrenter i bedriftsmarkedet var på kun 16,4%. Hvis foreslåtte modell ikke endres slik at den også avdekker ekskluderende prising i bedriftsmarkedet, vil dette ikke bare true dagens konkurransesituasjon, men også utsiktene til å få bærekraftig konkurranse på sikt.

Ettersom mellomstore og store kunder normalt etterspør mobiltelefoni, fasttelefoni og/eller datakommunikasjon sammen med bredbåndstjenester, vil dette i ytterste konsekvens også skade konkurransen i tilgrensende markeder.

TDC/Get kan heller ikke se at det er særlig komplisert eller ressurskrevende å utvide modellen for å bøte på denne svakheten.

Selv om Telenor ikke operer med "standardabonnement" for mellomstore og store bedrifter, vil Nkom raskt kunne identifisere de mest vanlige produktene samt hvilke faktiske priser Telenor opererer med for disse. Dette kan for eksempel skje gjennom å innhente informasjon om hvilke produkter Telenor tilbyr de fem til ti største kundene i hvert segment og på hvilke vilkår. Tilsynet valgte nettopp en slik tilnærming i mobilmarkedet ut fra en forutsetning om at porteføljen måtte være representativ, relevant og replikerbar. Vi viser i denne forbindelse til de innspillene vi har gitt i forbindelse med utviklingen av marginskvismodellen i marked 15.

TDC/Get anmoder på bakgrunn av dette SD om å presisere at marginskvismodellen også skal teste en ren bedriftsportefølge som også dekker flaggskipprodukter i segmentene for mellomstore og store bedrifter.

3. Vedtaket legger ingen klare føringer for hvordan Nkom skal gripe inn mot og sanksjonere brudd på ikke-diskrimineringsplikten

Marginskvistesten er et verktøy for å avdekke om Telenor overholder ikke-diskrimineringsplikten. For at dette skal få noen effekt i praksis, er det avgjørende at tilsynet reagerer umiddelbart når marginskvistesten avdekker brudd på dette forbudet.

TDC/Get understreket betydningen av troverdig håndhevelse i høringsvaret til Nkom:

"The margin squeeze test will not have any value for Telenor's wholesale customers if Nkom does not commit to intervene rapidly should Telenor fail the test. TDC/Get therefore asks Nkom to provide firm and predictable guidance on how Nkom will monitor compliance and, if necessary, intervene."

ESA har gjentatt denne oppfordringen i sine kommentarer til utkast til vedtak:

"ESA oppfordrer Nkom til å detaljert beskrive hvilke tiltak Nkom vil gjennomføre dersom marginskvistesten ikke består, herunder om tidsplaner og sanksjoner."

Nkom etterkommer ikke denne oppfordringen i det endelige vedtaket.

I stedet for å konkretisere hva som skal til for at tilsynet griper inn, på hvilken måte og innenfor hvilke frister, nøyer tilsynet seg med å gjengi hjemlene i ekomloven:

"Ved eventuelt brudd på de krav som fremgår av dette vedtaket vil det være aktuelt å pålegge retting av Telenors tilgangspriser, jf. ekomloven § 10-6. Det vil videre kunne være aktuelt å vurdere overtredelsesgebyr, tilbakebetaling og tvangsmulkt, jf. ekomloven §§ 10-13, 10-12 og 10-7."

Denne beskrivelsen er ikke tilstrekkelig. Nkom har for det første ikke konkretisert hvilke tiltak Nkom vil gjennomføre dersom marginskvistesten ikke består. Tilsynet begrenser seg til å gjengi hjemlene i ekomloven og peke på at det "kan være aktuelt" å benytte seg av dem. For det andre unnlater Nkom å fastsette konkrete frister eller en tidsplan for eventuelle inngrep eller sanksjoner.

Troverdige og hurtige sanksjoner er avgjørende for å hindre at Telenor sementerer sin sterke markedsrett ytterligere når brudd på ikke-diskrimineringsplikten avdekkes. En rask og effektiv reaksjon på en marginskvis fremstår ikke som troverdig med mindre Nkom må forholde seg til klare føringer for hvordan tilsynet innenfor faste tidsrammer skal reagere hvis det avdekkes marginskvis.

TDC/Get mener det er både hensiktsmessig og nødvendig at det følger direkte av vedtaket at tiltak skissert under skal gjennomføres dersom modellen avdekker en marginskvis.

Vi ber derfor SD om å gjøre følgende presiseringer:

- Dersom marginskvismodellen avdekker et negativt resultat, skal Telenor pålegges å redusere grossistprisen til et lovlig nivå innen én måned, jf. ekomloven § 10-6 fjerde ledd første punktum.
- Ved gjentatte overtredelser skal Telenor pålegges å redusere grossistprisen innen 14 virkedager, jf. § 10-6 fjerde ledd tredje punktum.
- Dersom Telenor ikke endrer prisen innen den fastsatte fristen, skal Nkom så raskt som mulig fastsette en løpende tvangsmulkt som er tilstrekkelig stort til å sikre etterlevelse.

- Nkom skal ilegge overtredelsesbot ved manglende etterlevelse av pålegg om retting og/eller gjentatte tilfeller at marginskvis (negativt resultat).

5. Avsluttende bemerkninger

Undertegnede kan kontaktes på e-post (oyvind.husby@get.no) telefon (934 44 140) dersom SD skulle ha spørsmål eller behov for ytterligere informasjon.

Med vennlig hilsen,
TDC AS og Get AS



Øyvind Husby
Direktør for samfunnskontakt

