



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Telenor Norge AS
Postboks 800
1331 Fornebu

Unntatt offentlighet,
§ 13 første ledd, jfr. fvl. § 13 første
ledd nr. 2

Deres ref

Vår ref

Dato

16/2121-38

9. mars 2018

Vedtak i klagesak om Nkoms vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (tidligere Marked 15)

Det vises til klage fra Telenor Norge AS (Telenor)¹ 19. august 2016 på 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). Videre vises det til Nkoms oversendelse av klagesaken 19. oktober 2016 med vedlegg, hvor det innstilles på at klagen ikke tas til følge. Det vises samtidig til Telenors kommentarer til Nkoms innstilling 2. november 2016 og til Nkoms merknader til Telenors kommentarer til klageinnstillingen 7. desember 2016.

Departementet mottok 18. august 2016 anmodning om utsatt iverksetting fra Telenor. Denne ble avslått 14. september samme år. Videre mottok departementet anmodning om omgjøring av avslag på anmodning om utsatt iverksetting fra Telenor 8. desember 2016, denne ble avslått 15. februar 2017.

7. november 2016 ble det kjent at Telia kjøper det norske mobilselskapet Phonero. Departementet ba som følge av dette om en tilleggsuttalelse fra Nkom i brev 25. november 2016. Tilleggsuttalelsen ble oversendt departementet 6. januar 2017. Telenor kom med enkelte kommentarer til Nkoms tilleggsuttalelse i brev 7. februar 2017. Telenor oversendte videre tilleggs kommentarer 10. april, 25. april og 5. september 2017 knyttet til gjennomføringen av marginskvistesten, samt notat 2. mai 2017 som en oppfølging av møtet 7. mars med departementet om Telenors klage. Departementet oversendte 15. januar 2018

¹ For ordens skyld bemerkes det at klagen er sendt av Telenor Norge AS, mens Vedtaket retter seg mot Telenor ASA.

Postadresse
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo
postmottak@sd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
www.sd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org no.
972 417 904

Avdeling
Luft- post- og
teleavdelingen

Saksbehandler
Jenny Lønn Barvik
22 24 83 39

kopi av etterfølgende korrespondanse fra tilgangskjøpere og Telia til Telenor. Telenor kommenterte den etterfølgende korrespondansen i brev 29. januar s.å.

Departementet sendte 24. mars 2017 brev til Telenor der departementet varsler at det på bakgrunn av klagesakens kompleksitet og omfang, både markedsmessig, juridisk og økonomisk, og behov for å innhente tilleggsopplysninger, må påregnes ekstra tid til behandlingen av klagesaken.

Departementet er etter en samlet vurdering kommet til at Nkoms Vedtak opprettholdes i det vesentlige. Kravet om at en rimelig anmodning om tilgang skal møtes med "rettferdige" vilkår oppheves, da det anses overflødig sammenholdt med kravet til rimelige vilkår. Det foretas i tillegg enkelte presiseringer av Nkoms Vedtak i kapittelet om pålegg av særskilte forpliktelser, samt i vedlegg 2 til Vedtaket (Prinsipper for marginskvistester).

1. Bakgrunn

1.1 Innledning

I henhold til lov om elektronisk kommunikasjon 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) §§ 3-2 og 3-3 er Nkom pålagt å analysere de ulike markedene for elektronisk kommunikasjon og indentifisere eventuelle tilbydere med sterk markedsstilling. Dersom det utpekes én eller flere tilbydere med sterk markedsstilling, så skal det pålegges minst én særskilt forpliktelse som følger av ekomloven med forskrifter.

1.2 Tidligere vedtak

Nkom² fattet 23. januar 2006 første gang vedtak om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Telenor ble gjennom vedtaket ilagt en rekke særskilte forpliktelser, herunder å gi tilgang til nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering, samt plikt til ikke-diskriminering med hensyn til pris og andre vilkår. Telenor ble også pålagt å utarbeide standardavtaler for alle tilgangsformer for publisering på selskapets nettside. For at Nkom skulle kunne følge opp kravet til ikke-diskriminerende MVNO-tilgang, ble Telenor pålagt å rapportere regnskapsmessig skille. Nasjonal gjesting skulle videre tilbys til en pris basert på kost-pluss prisreguleringsmodell. Samlokalisering skulle tilbys til kostnadsorienterte priser. Vedtaket ble påklaget av Telenor. Departementet stadfestet Nkoms vedtak 6. oktober 2006, med unntak av pålegg om prisreguleringsmodellen kost-pluss som ble endret til pris-minus.

Marked 15 vedtaket fra 2006 ble avløst av nytt marked 15 vedtak 5. august 2010. Nkom kom til at Telenor fortsatt hadde sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett og ila selskapet særskilte forpliktelser. Vedtaket ble påklaget av Network Norway, TDC, Tele2, Telenor og Ventelo. På bakgrunn av klagen fra Telenor gjorde Nkom enkelte endringer av plikten om regnskapsmessig skille ved endringsvedtak 29. oktober 2010. Departementet stadfestet

² Post og teletilsynet endret navn til Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) 1. januar 2015.

Nkoms vedtak og endringsvedtak 6. april 2010. I vedtaket ble Telenor pålagt å gi tilgang til nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering, samt plikt til ikke-diskriminering med hensyn til pris og andre vilkår mellom intern og ekstern virksomhet og mellom eksterne virksomheter. Plikten gjaldt på tvers av tilgangsformer. Telenor ble også pålagt å utarbeide standardavtaler for alle tilgangsformer for publisering på selskapets nettside. Telenor ble pålagt å utarbeide et regnskapsmessig skille mellom nettvirksomheten og den interne sluttbrukervirksomheten for sin mobilvirksomhet i Norge, for å kunne kontrollere overholdelse av ikke-diskrimineringsplikten overfor MVNO- og nasjonal gjestingstilbydere. Samlokalisering skulle tilbys til kostnadsorienterte priser. Marked 15 vedtaket av 2010 ble avløst nytt marked 15 vedtak 1. juli 2016.

1.3 Kort om Nkoms vedtak 1. juli 2016

Nkom fattet 1. juli 2016 vedtak om at Telenor har sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett, og Telenor ble ilagt særskilte forpliktelser.

Markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett ble tatt ut av Anbefalingen da EFTAs overvåkningsorgan (ESA) publiserte sin reviderte anbefaling over relevante markeder 5. november 2008³. Markedet inngår heller ikke ESAs siste anbefaling fra 11. mai 2016⁴. I tråd med anbefalingen, har Nkom gjennomført en markedsanalyse, herunder foretatt en tre-kriterie-test for å avdekke hvorvidt markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett fremdeles kvalifiserer for sektorspesifikk ex-ante regulering i Norge.

Nkom pålegger Telenor en generell tilgangsforspliktelse. Telenor må imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til og samtaleoriginering i sitt mobilnett. Forespørsler om nasjonal gjesting, tilgang for virtuelle tilbydere (MVNO), tilgang for tjenesteleverandører og samlokalisering vil normalt måtte etterkommes. Tilgangsplikten knyttes sammen med pålegg om ikke-diskriminering, standardtilbud og offentliggjøring. Telenor pålegges videre å utarbeide regnskapsmessig skille mellom nettvirksomheten og den interne sluttbrukervirksomheten for sin mobilvirksomhet i Norge. Rapporteringen skal gi grunnlag for å kontrollere at forbudet mot prisdiskriminering overfor MVNO-tilbydere overholdes. På tilsvarende måte skal Telenor rapportere regnskapsmessig skille for nasjonal gjesting dersom Telenor mottar anmodning om slik tilgang innenfor vedtaksperioden.

I tillegg mener Nkom at det er nødvendig å pålegge krav om prisregulering for de regulerte tilgangsformene. For nasjonal gjesting og tilgang for MVNO-tilbydere er kravet utformet som

³ EFTA Surveillance Authority Recommendation of 5 November 2008 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with the Act referred to at point 5cl of Annex XI to the EEA Agreement (Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services), as adopted by Protocol 1 thereto and by the sectoral adaptations contained in Annex XI to that Agreement.

⁴ EFTA Surveillance Authority Recommendation of 11 May 2016 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with the Act referred to at point 5cl of Annex XI to the EEA Agreement (Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services), as adopted by Protocol 1 thereto and by the sectoral adaptations contained in Annex XI to that Agreement.

et forbud mot å sette kjøper av tilgang i marginskvis når det gjelder representative produkter. For tjenesteleverandørtilgang pålegger Nkom en enklere regulering som kun setter krav til positiv bruttomargin for representative sluttbrukerprodukter. Etableringsprisen skal for alle de nevnte tilgangsformene være rimelig. For samlokalisering viderefører Nkom kostnadsorientering som metode for prisregulering. Prisregulering for nasjonal gjesting aktiveres først dersom Telenor mottar anmodning om slik tilgang innenfor vedtaksperioden.

2. kort om telenors anførsler

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

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

På bakgrunn av det ovennevnte anmoder Telenor prinsipalt om at departementet kjenner vedtaket ugyldig, og subsidiært at departementet retter opp forholdene som påklages og fatter nytt vedtak.

3. Kort om kommentarer fra andre

Departementet har etter at klagefristen var utløpt mottatt innspill til reguleringen og kommentarer til det nye marked 15 Vedtaket fra eRate, KOMPLETT mobil, Fjordkraft, Hello, Sagamobil, Telipol, Chili og PepCall. Innspillene knytter seg blant annet til prisreguleringen og marginskvismodellen. Det påpekes at det ikke er store forskjeller på tilgangsformene MVNO-tilgang og tjenesteleverandør-tilgang. Dette tilsier at de to tilgangsformene bør reguleres likt, og slik at det gjøres en full marginskvistest også for tjenesteleverandørtilgang. Et krav om positiv bruttomargin for tjenesteleverandørtilgang er ikke tilstrekkelig, fordi det ikke gir trygghet for en bærekraftig forretningsmodell.

Videre har det kommet innspill som gjelder utvalget av relevante produkter i marginskvistesten. Relevante produkter bør utgjøres av produkter som har vært i salg de siste tre måneder. Det påpekes også at testen bør ta høyde for større endringer i prisstruktur hos Telenor (f.eks. data rollover) og at alle data må oppdateres dersom noen data i modellen oppdateres. Det bes om at marginskvistesten gjennomføres hyppigere (kvartalsvis), eventuelt bør det inkluderes en faktor som tar hensyn til raskt voksende bruk av mobildata. Vedtaket er også for lite konkret på hva som skal til for å få endre hyppigheten på testen. Når marginskvistesten kjøres halvårlig, blir det en 6-12 måneders forsinkelse på iverksettelse av eventuelle rettevedtak. Dette blir da et nytt konkurransehinder for tilgangskjøperne, fordi eventuelle prisreduksjoner som følge av brudd på marginskvistesten alltid vil ligge bak

konklusjonen på testene. Resultatet av testene bør derfor få tilbakevirkende kraft i form av prisjustering gjeldende fra dato for innsendt data.

Det er også gitt innspill om at størrelsen på en representativ tjenesteleverandør i marginskvismodellen er estimert til en tilbyder med fem prosent markedsandel, mens det reelle er fem prosent samlet for tjenesteleverandører. Det bes om at det gjøres en vurdering av hva som er riktig effektivitetsnivå for referanseoperatøren i marginskvismodellen.

Vider har Telia i brev 13. mars 2017 bedt om presiseringer av Telenors plikter ved migrering fra Telenors nett til annen nettilbyder.

4. Avgrensing av klagesaken

Telenor har innledningsvis i klagen vist til at selskapets kommentarer til Nkoms varsel om vedtak, samt rapporten fra Espen R. Moen og Christian Riis av 23. november 2015, utgjør en integrert del av klagen.

Klageinstansens kompetanse til å overprøve det påklagede vedtak, følger av lov om behandlingssåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 34 annet ledd hvor det forutsettes at *"klageinstansen kan prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter"*. Videre skal klageinstansen *"vurdere de synspunkter klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham"*. Selv om klageinstansen ikke kan anses bundet av klagerens anførsler, påstander eller til den påklagde del av vedtaket, legges det til grunn at man i hovedsak må forholde seg til de sider av underinstansens vedtak som er direkte påklaget, jf. forvaltningsloven § 32 første ledd bokstav d, herunder de argumenter klageren har gjort gjeldende i saken, jf. § 34 annet ledd annet punktum.

Både Telenors kommentarer til varsel om vedtak og rapporten fra Moen og Riis, er fremlagt for Nkom som førsteinstans for vurdering basert på Nkoms utkast til vedtak, det vil si før endelig vedtak er fattet. Nkom har funnet grunnlag for å endre på deler av konklusjonen som fremgikk av utkastet til vedtak i det endelige vedtaket, blant annet på bakgrunn av det som fremkom i høringen. Det vises her til vedlegg 3 til Vedtaket kapittel 2 til 6 når det gjelder vurdering av høringssvar og eventuelle endringer i vedtaket som følge av disse. Tilsvarende vises det til kapittel 7 når det gjelder rapporten fra Moen og Riis.

Telenor må som profesjonell part selv vurdere i hvilken grad de tidligere fremlagte anførselene har ført frem, og i hvilken grad disse gjør seg gjeldende i en senere klage. Videre må Telenor ta stilling til de sider av vedtaket som ønskes påklaget og angi hvilken dokumentasjon og argumentasjon som underbygger deres påstander. På denne bakgrunn vil departementet i behandlingen av klagesaken ta stilling til Telenors anførsler som fremkommer av klagen og etterfølgende tilleggskommentarer. Departementet går bare inn på rapporten fra Moen og Riis der Telenor konkret har henvist til spesifikke deler av rapporten i klagen eller i etterfølgende tilleggskommentarer.

Når det gjelder Telenor merknader til gjennomføring av marginskvistest, vil departementet begrense behandlingen til det som konkret knytter seg til prinsippene for marginskvistestene

som inngår som vedlegg 2 til Vedtaket. Utover dette avgrenses det mot Telenors klage 19. januar 2018 på pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang, ettersom dette vil være gjenstand for en egen prosess.

Ettersom Vedtaket kun er påklaget av Telenor er departementets omgjøringskompetanse begrenset av forvaltningsloven § 34 tredje ledd. Dette utgjør en begrensning i departementets adgang til å gjøre endringer i klagevedtaket til Telenors ugunst basert på innspillene fra andre som oppsummert i kapittel 3.

Når det gjelder Telias anmodning om regulering av migreringsfasen, viser departementet til at det fremgår av Nkoms brev 29. desember 2016 at *"Nkom har konkludert med at innretningen på tilgangskjøpers plikt til å betale SIM-kortavgift ved utmigrering til ny vertsoperatør, slik Telenor mener at bestemmelsen skal forstås, utgjør en klausul som utilbørlig reduseres tilgangskjøpers mulighet til å skifte vertsoperatør. Nkom konkluderer følgelig med at standardavtalen var i strid med det tidligere marked 15-vedtaket avsnitt 197 og anser dermed at standardavtalen var ugyldig på det punktet, jf. ekomloven § 10-11."*

Departementet viser videre til at den aktuelle problemstillingen er til behandling i domstolen. Ved stevning 28. april 2016 reiste Telenor Norge AS sak for Asker og Bærum tingrett mot Telia Norge AS med krav om betaling av forfalte fakturakrav. Saken gjelder prisen for leie av nett i utmigreringsfasen (perioden hvor nettleier skifter fra en vertsoperatør til en annen). Asker og Bærum tingrett avsa dom i saken 27. januar 2017, og dommen er etter det opplyste anket til Lagmannsretten. Dommen er derfor ikke rettskraftig.

På bakgrunn av at presiseringen Telia har anmodet om er gjenstand for domstolsbehandling, vil departementet ikke gå inn på dette.

5. rettslig utgangspunkt

Formålet med reguleringen på ekomområdet fremgår av ekomloven § 1-1, hvor det fastsettes at *"[I]ovens formål er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon."* Det følger av forarbeidene til ekomloven, Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) om lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven), at bærekraftig konkurranse som virkemiddel innebærer at forholdene skal legges til rette for en langsiktig virksom konkurranse i markedet.

Det regulatoriske rammeverket for elektronisk kommunikasjon bygger på fem EU-direktiver fra 2002; rammedirektivet, tilgangsdirektivet, tillatelsesdirektivet, USO-direktivet og kommunikasjonsverndirektivet. Direktivene (heretter omtalt som "ekompakken"⁵) er implementert i norsk rett gjennom ekomloven og tilhørende forskrifter, herunder forskrift av

⁵ Direktiv 2002/21/EF om et felles regulatorisk rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnett og – tjenester (rammedirektivet), direktiv 2002/19/EF om tilgang til og samtrafikk mellom elektroniske kommunikasjonsnett og tilhørende fasiliteter (tilgangsdirektivet), direktiv 2002/20/EF om tillatelser til elektroniske kommunikasjonsnett og – tjenester (tillatelsesdirektivet), direktiv 2002/22/EF om universelle tjenester og brukerrettigheter (USO-direktivet) og direktiv 2002/58/EF om kommunikasjonsvern (kommunikasjonsverndirektivet).

16. februar 2004 om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften). Rettsaktene er etter 2002 blitt endret og er gitt nytt innhold gjennom endringsdirektiv 2009/140/EF og endringsdirektiv 2009/136/EF. Dette regulatoriske rammeverket legger grunnlaget for harmonisering innen sektoren for elektronisk kommunikasjon i hele EU/EØS-området. Rammeverket søker også å begrense etableringshindringer og tilrettelegge for bærekraftig konkurranse til beste for brukerne. Denne harmoniseringen skal ikke bare skje på regelverksnivå, men også gjennom enkeltvedtak. Prosedyren for enkeltvedtakskonsultasjonen med ESA er nedfelt i ekomloven § 9-3.

Markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett het tidligere marked 15, men er blitt tatt ut av ESAs Anbefaling⁶. I dette vedtaket vil markedet for enkelthets skyld bli omtalt som "*marked 15*".

Norske myndigheters arbeid med markedsregulering av ekomsektoren utføres av Nkom og kan deles inn i tre faser: Først skal relevante produktmarkeder defineres og avgrenses geografisk jf. ekomloven § 3-2, deretter skal hvert av de relevante markedene analyseres med sikte på å avdekke om én eller flere tilbydere har sterk markedsstilling jf. ekomloven § 3-3. Dersom en tilbyder er utpekt til å ha sterk markedsstilling, skal myndigheten fatte vedtak og pålegge minst én særskilt forpliktelse, jf. ekomloven § 3-4. I samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper og EU/EØS-rettens forholdsmessighetsprinsipp, skal pliktene som pålegges være egnet til, og ikke gå lenger enn, det som er nødvendig for å fremme ekomlovens formål.

Ekomloven § 3-4 viser til en rekke aktuelle virkemidler som kan ilegges en tilbyder med sterk markedsstilling. Det følger av merknaden til § 3-4, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 100, at "*[m]yndigheten skal velge den eller de særskilte forpliktelser som er best egnet i det enkelte tilfellet*".

I henhold til regelverket fastsettes forpliktelsene for tilbydere med sterk markedsstilling individuelt etter en konkret vurdering med bakgrunn i markedsanalysen og med en begrenset fremadskuende tidshorisont. Særlig må det tas hensyn til den antatte konkurransestimulerende effekten av de relevante virkemidlene. Ved valg av særskilte forpliktelser skal Nkom ta hensyn til de vurderinger som det er redegjort for i Nkoms reviderte virkemiddeldokument 12. juni 2009. Virkemiddeldokumentet bygger på ERGs "*Revised ERG Common Position on the Approach to appropriate remedies in the ECNs regulatory framework*", fra 6. mai 2006.

6. Departements vurdering

6.1 Avgrensning av det relevante markedet

Telenor anfører at Nkoms avgrensning av det relevante markedet ikke er foretatt i tråd med fremgangsmåten som legges til grunn i konkurranseretten og således er i strid med ESAs

⁶ Se fotnote 4 og 5.

retningslinjer av 14. juli 2004⁷. Særlig gjelder dette vurderingen av tilbudssubstitusjon og mangelen på denne.

Departementet viser til at det skal foretas en konkret markedsavgrensning i hver enkelt sak, både med hensyn til hvilke produkter/tjenester som skal inngå i de relevante markedene og med hensyn til markedenes geografiske omfang. Av ekomloven § 3-2 fremgår det at *"[m]yndigheten skal definere relevante produkt- og tjenestemarkeder og geografiske markeder i henhold til EFTAs overvåkningsorgans anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder innenfor området for elektronisk kommunikasjon"*.

Markedsavgrensning handler om å identifisere hvilke produkter/tjenester som konkurrerer i det samme markedet. Markedsavgrensning skal utføres etter konkurranserettslig metode slik dette kommer til uttrykk i ESA retningslinjer av 14. juli 2004. I henhold til ESAs retningslinjer skal både etterspørsel- og tilbudssidesubstitusjon vurderes. Anvendelsen av samme metode som i konkurranseretten, skal sikre at markedsavgrensningen i de fleste tilfeller samsvarer med den som ville vært gjeldende innenfor konkurranseretten. I enkelte tilfeller vil likevel et marked definert av sektormyndigheten kunne avvike fra et marked definert av konkurransemyndigheten, ettersom ekommyndigheten vil ha et videre perspektiv ved markedsavgrensningen, samt at de to analysene vil ha ulikt utgangspunkt. Analysen ekommyndigheten skal foreta skal videre være dynamisk i det den skal ta inn over seg dagens markedssituasjon, historisk markedssituasjon, samt fremtidig forventet utvikling i markedet innenfor analysens tidshorison. Til sammenlikning vil analysen konkurransemyndigheten gjør ta utgangspunkt i forhold som allerede er skjedd, og ikke ha det samme fremadskuende perspektiv.

Nkom har i vedlegg 1 til Vedtaket *"Analyse av markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett"*, foretatt en markedsavgrensning med utgangspunkt i beskrivelsen av marked 15 i de opprinnelige anbefalingene fra ESA og Kommisjonen, samt sett hen til markedsavgrensninger i tidligere vedtak. Nkom har vurdert både etterspørsels- og tilbudssidesubstitusjon. Nkom konkludere med at sluttbrukermarkedet utgjøres av ett bedriftsmarked og ett privatmarked for telefonikoblede mobiltjenester. De relevante markedene på sluttbrukernivå omfatter tilgang til mobilnett, tale, SMS, data og internasjonal gjesting over 2G, 3G, 4G og 4G+ nett. M2M-kommunikasjonstjenester og dedikerte abonnement for mobilt bredbånd utgjør egne tilgrensende sluttbrukermarkeder. Departementet kommer tilbake til Telenors anførsler til dette under kapittel 6.1.2 og 6.1.3.

Telenor anfører at Nkoms markedsavgrensning ikke er foretatt i overensstemmelse med konkurranserettslig metode, særlig gjelder dette vurdering av tilbudssidesubstitusjon. Til dette bemerker departementet at det fremgår følgende av ESAs kunngjøring i EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps Tidende nr. 28/3 16. juli 1998 *"om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet (EØS)"*:

⁷ EFTA Surveillance Authority Guidelines of 14 July 2004 on market analysis and the assessment of significant market power under the regulatory framework for electronic communications networks and services referred to in Annex XI of the Agreement on the European Economic Area.

"Ved avgrensning av det relevante marked anses etterspørselssubstitusjon fra et økonomisk synspunkt å ha den mest umiddelbare og effektive disiplinerende virkning på leverandører av et gitt produkt, særlig med hensyn til prisfastsettelsen. [...] En markedsavgrensning består derfor i hovedsak i å fastslå hvilke reelle alternative forsyningskilder de aktuelle foretakenes kunder har, både med hensyn til varer/tjenester og leverandørenes geografiske beliggenhet".

I samme kunngjøring heter det videre at tilbudssidesubstitusjon også kan "(...) tas i betraktning ved markedsavgrensningen dersom den har samme umiddelbare og direkte virkninger som etterspørselsside substitusjon".

Departementet viser til at Nkom i vedlegg 1 til Vedtaket har foretatt en omfattende og grundig markedsanalyse med sikte på å avgrense det relevante produkt- og tjenestemarkedet. Ved gjennomføringen av markedsavgrensningen har Nkom tatt utgangspunkt i etterspørselsside-substitusjon i tråd med ESAs kunngjøring. En slik tilnærming er videre i tråd med det generelle utgangspunktet som benyttes innenfor konkurranseretten. Der det er relevant har Nkom også vurdert tilbudssidesubstitusjon, jf. for eksempel Vedtakets avsnitt nr. 79, 86 og 95. Som det fremgår over vil imidlertid tilbudssidesubstitusjon kun være relevant dersom den har samme umiddelbare og direkte virkning som etterspørselssidesubstitusjon. Departementet mener på denne bakgrunn at Nkoms markedsavgrensning er foretatt i tråd med ESAs retningslinjer. Telenors anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.

6.1.1 Bedrifts- og privatabonnement

Telenor anfører at Nkoms konklusjon om at det er grunnlag for å definere to adskilte sluttbrukermarkeder for henholdsvis bedrifts- og privatabonnement, er i strid med praksis fra EU-kommisjonen og henviser til en rekke fusjons- og oppkjøpsaker. Telenor argumenterer med at det foreligger tilbudssidesubstitusjon ved at en tilbyder i privatmarkedet, relativt raskt og uten at det påløper store kostnader vil kunne tilby tjenester til bedrifter. Nkoms analyse er videre basert på feil faktisk grunnlag. Telenor peker på flere forhold som etter selskapets vurdering underbygger dette.

Departementet er enig med Telenor i at det i utgangspunktet er de samme underliggende produktene (tale, SMS og data) som tilbys i privat- og bedriftsmarkedet. Mye tyder på at det er grunnen til at Nkom i tidligere markedsanalyser har hatt en bred avgrensning hvor begge grupper har inngått i det samme sluttbrukermarkedet. I denne markedsanalysen har Nkom funnet forhold som tyder på at det er ulike konkurranseforhold i de to segmentene. Dette gjelder blant annet ulik tilstedeværelse av tilbydere i markedet noe som medfører behov for en mer nyansert tilnærming.

Nkom foretar i Vedtaket vedlegg 1 kapittel 2.3.9 en vurdering av om bedrifts- og privatmarkedet er substituerbare med utgangspunkt i etterspørsels- og tilbudssiden. Selv om det etterspørres de samme grunnleggende produktene i privat- og bedriftsmarkedet, er det flere vesentlige forskjeller mellom privat- og bedriftsmarkedet, og mellom ulike typer bedriftskunder. Telenor peker på at bedriftenes behov for kundeservice i stor grad ikke avviker fra privatsegmentet, og at det ikke er slik at bedriftene stiller større krav til tilgjengelighet for kundeservice slik Nkom har vektlagt. Informasjon Nkom har innhentet fra

Telenors egne nettsider viser imidlertid at tilgjengeligheten for kundeservice er ganske annerledes for bedriftskunder enn for privatkunder. Kundeservice for bedriftskunder synes å være døgnåpen mens for privatkunder stenger kundeservice kl. 20. Videre synes det som om bedriftskunder, herunder småbedrifter, får personlig service gjennom egen kontaktperson noe som ikke er tilfelle i privatmarkedet. Departementet er dermed enig i Nkoms vurdering av at dette kan tyde på at bedriftskunder har andre krav og forventninger til kundeservice enn privatmarkeds kunder.

Telenor anfører også at markedsinformasjon viser at en stor andel av bedriftskundene anser privatabonnement som et alternativ, og at også større bedrifter velger å benytte privatabonnement fremfor bedriftsabonnement. Departementet er enig i at det nok for enkeltmannsforetak og mindre bedrifter som i liten grad har behov for tilleggstjenester, vil kunne være aktuelt å velge privatabonnement. Departementet legger imidlertid på lik linje med Nkom til grunn at det for mellomstore og store bedrifter trolig vil være mindre aktuelt å velge privatabonnement på grunn av behov for større og mer sammensatte produkter.

Telenor argumentere selv i artikkel fra DN 1. juni 2014, som selskapet har lagt ved som vedlegg 2 til klagen, med at bedrifter og organisasjoner velger bedriftsabonnement fordi det gir tilgang til tjenester som ikke er tilgjengelig ved privatabonnement. Også andre forhold som høye bruddegebyr, mer langvarige avtaler i bedriftsmarkedet og at det i offentlig sektor inngås avtaler etter offentlige anbudsprosesser, trekkes frem av Nkom som indikasjoner på at det er grunnlag for å skille mellom bedrifts- og privatabonnement. Dette er momenter Telenor i liten grad berører i sin klage, og som etter departementets vurdering også vil kunne påvirke muligheten for bedrifter til å bytte fra bedriftsabonnement til privatabonnement.

I desember 2017 annonserte NexGenTel at de selger sine privatkunder til Telia. Selskapet beholdt samtidig sine kunder i bedriftsmarkedet. Tidligere har både Hello og Lyse valgt å trekke seg ut av mobilmarkedet ved å selge kundemassen videre, henholdsvis privatkundene til Ice og bedriftskundene til Telenor. Disse transaksjonene bidrar ytterligere til å illustrere at tilbyderne vurderer kundemassene i privat og bedrift ulikt, og at det er ulike aktører som operer i bedrifts- og privatmarkedet.

Telenor mener videre at Nkoms beslutning om å dele sluttbrukermarkedet i ett for bedriftsabonnement og ett for privatabonnement, strider med praksis i EU. I den forbindelse viser Telenor til en rekke oppkjøps- og fusjonssaker som selskapet mener illustrer en annen markedsavgrensning enn den Nkom har konkludert med. Telenor legger til grunn at det foreligger tilbudssidesubstitusjon og hevder at dette er i tråd med det Kommisjonen har lagt til grunn i de nevnte oppkjøps- og fusjonssakene. Telenor hevder at en tilbyder i privatsegmentet relativt raskt vil kunne tilby tjenester til bedrifter uten at det påløper store kostnader ved dette. Telenor viser blant annet til Dipper som i løpet av fire måneder klarte å lansere et mobilprodukt som inkluderte en sentralbordløsning.

Departementet viser til at det fremgår av ekomloven § 3-3 at ekommyndigheten skal foreta markedsanalysene i tråd med Kommisjonens retningslinjer slik disse er vedtatt av ESA. Det vises videre til Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) kapittel 1.2.2 på side 11 hvor det fremgår at:

"Den sektorspesifikke regulering er rettet mot markeder som er forhåndsdefinert. Konkurranseretten forhåndsdefinerer ikke markeder, men tar utgangspunkt i den enkelte sak, og avgrensar produkt- og tjenestemarkeder ut fra de konkrete forholdene i saken. Dette kan føre til at produkt- og tjenestemarkedene som legges til grunn i den sektorspesifikke reguleringen blir annerledes enn produkt- og tjenestemarkedene som blir lagt til grunn i henhold til konkurranseretten".

Av rammedirektivet artikkel 15 og ESAs Retningslinjer punkt 26 fremgår det videre at tidligere avgrensning av et marked i tilknytning til saker behandlet under konkurranseretten ikke skal være førende for ESAs eller nasjonale tilsynsmyndigheters markedsavgrensning. Markedsavgrensning etter konkurranseretten og etter sektorspesifikk regulering har som nevnt over ulikt utgangspunkt og ulikt formål noe som i enkelte tilfeller vil kunne lede til at det relevante markedet defineres ulikt etter konkurranseretten og etter den sektorspesifikke reguleringen.

I flere av oppkjøps- og fusjonssakene Telenor viser til, er det relevante markedet definert svært bredt, og Kommisjonen har gitt uttrykk for at det i de aktuelle sakene ikke er behov for å dele opp markedet ytterligere ettersom det ikke vil endre deres konkurranseanalyse. Nkoms markedsavgrensning har et annet formål. Departementet er enig i Nkoms vurdering om at det er behov for en mer segmentert avgrensning av sluttbrukermarkedet for bedre å kunne avbøte potensielle og aktuelle konkurranseproblemer i de ulike markedene (bedrift og privat).

Når det gjelder nasjonal praksis innenfor konkurranseretten, viser departementet for øvrig til Konkurransetilsynets vedtak V2015-1⁸ samt varsel i Phonero-saken⁹ hvor tilsynet mente at en del momenter talte for at det kunne avgrenses egne produktmarkeder for salg til privat- og bedriftskunder, men at tilsynet i de to aktuelle sakene likevel ikke hadde behov for å ta endelig stilling til spørsmålet. Videre vises det til ESAs "Statement of Objections" 1. februar 2016 sendt til Telenor, hvor ESA skiller mellom salg til privat- og bedriftskunder både for salg av dedikert mobilt bredbånd og tradisjonell mobiltelefoni i sluttbrukermarkedet.

På bakgrunn av ovennevnte mener departementet det ikke kan utledes en entydig konklusjon når det gjelder avgrensning av privat- og bedriftsmarkedet fra konkurranseretten, slik Telenor synes å hevde. Innenfor konkurranseretten er det heller ikke nødvendigvis samme behov for å segmentere markedet som innenfor sektorreguleringen. Departementet kan dermed ikke se at Nkoms avgrensning av sluttbrukermarkedet i ett privat- og ett bedriftsmarked strider med Kommisjonens praksis fra fusjons- og oppkjøpssaker. Som nevnt over vil uansett tidligere avgrensning av et marked etter konkurranseretten ikke være bindende for Nkom.

Når det gjelder tilbudssidesubstitusjon, er utgangspunktet fra konkurranseretten som nevnt, at dette vil være relevant å vurdere ved avgrensning av markedet dersom den har samme umiddelbare og direkte virkning som etterspørselssubstitusjon. Av Hjelmeng og Sørgård

⁸ Vedtak V2015-1 – TeliaSonera AB (publ) - Tele2 Norge AS/Network Norway AS – konkurranseloven § 16 jf. § 20 – inngrep mot foretakssammenslutning, 5. februar 2015

⁹ Varsel – offentlig versjon – Telia Company AB – Phonero AS – konkurranseloven § 16 jf. § 20 – inngrep mot foretakssammenslutning, 27. februar 2017

2014¹⁰ fremgår det at "[h]vis for eksempel tilbudssidesubstitusjon innebærer at det må reklameres for det nye produktet eller utvikles et nytt produkt, vil det normalt ikke være aktuelt å ta dette momentet med i markedsavgrensingen".

Departementet viser for det første til at Nkom i markedsanalysen kapittel 2.3.9 har vurdert tilbudssidesubstitusjon og trukket frem flere forhold som vil kunne påvirke en aktørs mulighet til å gå fra å tilby produkter i privatmarkedet til å tilby produkter i bedriftsmarkedet, og vise versa. Nkom har vurdert at et slikt skifte setter endrede krav til kunnskap om teknologi og markedsforhold og vil innebære økte investeringer og kostnader. Likeledes vil det påløpe kostnader ved å erverve nye kunder da mange kunder i bedriftsmarkedet er i bindingstid og det vil påløpe kostnader for å kjøpe dem ut. For det andre vil en aktør som tilbyr produkter i bedriftsmarkedet ved et skifte måtte påregne betydelige økte kostnader knyttet til markedsføring.

På denne bakgrunn mener departementet at en eventuell effekt av tilbudssidesubstitusjon som måtte foreligge mellom privat- og bedriftsmarkedet, ikke kan sies å være tilstrekkelig umiddelbar og direkte til at de to markedene kan anses å utgjøre ett sluttbrukermarked.

Etter en samlet vurdering opprettholder departementet Nkoms konklusjon om å dele sluttbrukermarkedet i to separate markeder, ett for bedrift- og ett for privatabonnement. Departementet etterkommer dermed ikke Telenors anførsel om at bedrift- og privatabonnement utgjør ett samlet sluttbrukermarked.

6.1.2 Dedikert mobilt bredbånd

Telenor anfører at Nkoms konklusjon om at dedikerte abonnementer for mobilt bredbånd ikke inngår i samme marked som telefonikoblede tjenester, men utgjør et eget tilgrensende marked, er i strid med praksis fra EU-kommisjonen. Telenor mener Nkom ikke har vurdert mulighetene for tilbudssubstitusjon og at Nkoms vurdering av etterspørselssubstitusjonen er inkonsistent og basert på feil faktum. Nkoms konklusjon om at salg av dedikert mobilt bredbånd til private og til bedrifter utgjør to separate markeder, er videre i liten grad dokumentert eller sannsynliggjort.

Departementet vil innledningsvis understreke at utgangspunktet for markedsavgrensningen er det tradisjonelle telefonikoblede produktet (tale, SMS og data over samtlige tilgjengelige teknologiske mobilplattformer). Det relevante spørsmålet ved vurdering av om det eksisterer tilbudssidesubstitusjon, er således om aktører som tilbyr dedikerte abonnement for mobilt bredbånd kan endre sin produksjon til å tilby abonnement for telefonikoblede mobiltjenester og dermed gi grunnlag for en utvidelse av det opprinnelige produktmarkedet.

Produksjonen av dedikert mobilt bredbånd skjer på samme måte som produksjon av datatjenester i ordinære mobilabonnement og med de samme innsatsfaktorene. En tilbyder av dedikert mobilt bredbånd vil dermed i utgangspunktet kunne omstille sin produksjon til å tilby telefonikoblede produkter. For en tilbyder som baserer sin produksjon av mobilt bredbånd i hovedsak på LTE vil introduksjon av tale over LTE (VOLTE) antakelig gjøre en

¹⁰ Erling J. Hjelmeng og Lars Sørgård, "Konkurransopolitikk. Rettslig og økonomisk analyse", 2014.

slik omstilling enklere. Spørsmålet er imidlertid om denne omstillingen vil kunne skje med samme umiddelbare og direkte virkning som etterspørselssidesubstitusjon. Departementet deler her Nkoms vurdering om at en slik omstilling vil ha kostnader og medføre forsinkelser blant annet på grunn av behov for testing. Virkningen vil derfor trolig ikke være tilstrekkelig umiddelbar og direkte.

Tilsvarende er det i vurderingen av etterspørselssidesubstitusjon spørsmål om markedet for tradisjonelle telefonikoblede produkt kan utvides som følge av at kundene oppfatter andre produkter som substituerbare med tradisjonelle telefonikoblede produkt. Mens tradisjonelle telefonikoblede produkter omfatter tale og SMS/MMS i tillegg til mobildata, er dedikert mobilt bredbånd et rent datatjenesteabonnement. Etter hvert som utbredelsen av tale over LTE (VOLTE) øker, og håndsett som støtter denne teknologien blir mer utbredt, vil etterspørselssubstitusjon i større grad finne sted. Per i dag vil man imidlertid ikke få de samme funksjonalitetene ved å skifte fra telefonikoblet produkt til dedikert mobilt bredbånd. Dedikert mobilt bredbånd vil dermed ikke være et tilstrekkelig substitutt til tradisjonelle telefonikoblede produkter i et to til tre års perspektiv fra et sluttbrukerperspektiv. Departementet støtter således Nkoms vurdering på dette punkt.

Telenors anfører at det strider med praksis fra EU-kommisjonen når Nkoms konkluderer med at dedikert abonnement til mobilt bredbånd utgjør et eget tilgrensende sluttbrukermarked. Departementet viser her til vår vurdering under kapittel 6.1.1 ovenfor. Den samme vurderingen når det gjelder hvorvidt ekommyndigheten er bundet av en markedsavgrønsing foretatt innenfor konkurranseretten, gjør seg gjeldende på dette punkt. Som for avgrønsingen av to sluttbrukermarkeder, henholdsvis for privat og bedrift, viser Telenor til Kommisjonen og praksis innenfor konkurranseretten.

Når det gjelder EU-kommisjonens praksis i konkurransesaker, mener departementet at dette ikke er direkte relevant blant annet fordi Kommisjonen i flere av sakene Telenor viser til ikke ser det nødvendig for den aktuelle saken å dele opp markedet ytterligere. Departementet viser også her til Konkurransetilsynets uttalelser, senest i varsel Phonero-saken¹¹, hvor tilsynet ikke tar endelig stilling til om mobilt bredbånd skal avgrønses som eget sluttbrukermarked, men "*...anser at forholdet til tilbudssidesubstitusjon taler for at det kan avgrønses et eget produktmarked for mobilt bredbånd (MBB).*" Departementet mener dette illustrer at det selv innenfor konkurranseretten ikke er noe entydig svar på hvorvidt dedikert mobilt bredbånd bør inngå i et samlet sluttbrukermarked eller ikke.

På bakgrunn av ovennevnte gjennomgang av Nkoms analyse av tilbuds- og etterspørselssidesubstitusjon, er departementet enig i vurderingen om at dedikert abonnement for mobilt bredbånd ikke inngår i samme sluttbrukermarked som telefonikoblede tjenester. Telenor gis dermed ikke medhold i at dedikert mobilt bredbånd inngår i ett samlet sluttbrukermarked for telefonikoblede mobiltelefonitjenester.

¹¹ Varsel – offentlig versjon – Telia Company AB – Phonero AS – konkurranseloven § 16 jf. § 20 – inngrep mot foretakssammenslutning, 27. februar 2017

6.1.2.1 Dedikert mobilt bredbånd som tilgrensende sluttbrukermarked

Telenor anfører at Nkom ikke har vurdert den disiplinerende effekten tilbydere av ordinære mobilabonnement har på prisene for mobilt bredbånd. Selskapet hevder at tilbydere av ordinære mobilabonnement enkelt kan omstille produksjonen til å tilby mobilt bredbånd uten betydelige investeringskostnader eller risiko, siden innsatsfaktorene som er nødvendig for å tilby mobilt bredbånd i all hovedsak allerede finnes hos tilbydere av ordinære mobilabonnement. Telenor mener dette underbygges ved at de største tilbyderne av ordinære abonnement også tilbyr dedikert mobilt bredbånd.

Departementet viser til at det i Vedtaket er konkludert med at dedikert mobilt bredbånd som et utgangspunkt utgjør et tilgrensende sluttbrukermarked til sluttbrukermarkedet telefonikoblede produkter. Nkom har informert om at ESA i møte har gitt uttrykk for at tilgrensende sluttbrukermarked skal defineres, men at det ikke er nødvendig å foreta en full substitusjonsvurdering. Det er tilstrekkelig å foreta en vurdering av etterspørselssubstitusjon og hvorvidt andre tjenester vil ha en disiplinerende effekt på dedikert mobilt bredbånd som tilsier at markedet fungerer uten markedsregulering. Nkom har derfor lagt dette til grunn.

I markedsanalysen kapittel 2.3.11 er det blant annet gjort en vurdering av mulige disiplinerende effekter fra ordinære mobilabonnement og fast mobilt bredbånd på dedikert mobilt bredbånd. Departementet kan derfor ikke se at Nkom ikke har foretatt en vurdering av eventuelle disiplinerende effekter, slik Telenor hevder.

Telenor mener videre at Nkoms konklusjon i markedsanalysen avsnitt 119, om at datatrafikk i ordinære mobilabonnement per i dag har disiplinerende virkninger på mobilt bredbånd som forventes å øke, understøtter at produktene inngår i samme marked. Telenor peker her på at veksten i databruk primært kommer fra ordinære mobilabonnement, at håndsett kan erstatte den modemfunksjonalitet man får fra mobilt bredbånd, samtidig som prisdifferansen på databruk mellom mobilt bredbånd og ordinære abonnement har jevnet seg ut.

Departementet er enig i at momentene Telenor trekker frem er forhold som på sikt vil kunne medføre økt grad av substitusjon fra dedikert mobilt bredbånd til ordinære mobilabonnement. Nkom trekker selv frem flere av disse utviklingstrekkene ved markedet, og peker som Telenor skriver på at en stor del av økningen i datatrafikk de seneste årene har vært knyttet til ordinære abonnement og at dette indikerer en viss grad av substitusjon fra dedikerte mobilt bredbånd til datatrafikk over ordinære mobilabonnement. Samtidig er det forskjeller i produktegenskaper ved de to produktene blant annet ved at inkluderte datavolum for dedikert mobilt bredbånd normalt er mye høyere enn for ordinære mobilabonnement. Telenors ordinære mobilabonnement inkluderer opp til 60 GB per måned, mens dedikert mobil bredbånd fra Telenor inkluderer opptil 200 GB per måned. Figur 4 i Vedlegg 1 til Vedtaket viser også at bruken av de to typene produkter er vesens forskjellig. Oppdaterte tall fra Nkom for 1. halvår 2017 viser at gjennomsnittlig databruk per måned per abonnement for henholdsvis dedikert mobilt bredbånd og telefonikoblede mobiltjeneste, var om lag 13 GB og 2 GB¹². Dette indikerer at produktene fortsatt dekker ulike sluttbrukerbehov. Departementet

¹² Gjennomsnittlig bruk av data over ordinære telefonikoblede produkter er trolig noe høyere da noen mobilbrukere bruker lite eller ingen data og således bidrar til å trekke ned gjennomsnittet.

mener på denne bakgrunn at de to produktene ikke kan sies å være tilstrekkelig substituerbare til at disse bør inngå i ett sluttbrukermarked. Departementet opprettholder dermed Nkoms konklusjon på dette punkt.

Når det gjelder avgrensning av sluttbrukermarkedet for dedikert mobilt bredbånd i et bedriftsmarked og et privatmarked, viser departementet til Nkoms vurdering i kapittel 2.3.11.4 i markedsanalysen. Her fremgår det at privatkunder ikke vil kunne kjøpe bedriftsabonnement, mens privatabonnement i mange tilfeller ikke vil tilfredsstillende de ulike behovene bedrifter ofte har. Videre tyder tilstedeværelsen av ulike tilbydere i markedet for privat- og bedriftsabonnement på at konkurranseforholdene kan være ulike i de to markedene, jf. kapittel 6.1.1 ovenfor. Departementet opprettholder på den bakgrunn konklusjonen om to atskilte sluttbrukermarkeder for dedikert mobilt bredbånd, ett for privat- og ett for bedriftsabonnement.

6.1.3 M2M-kommunikasjon over mobilnett

Telenor mener Nkom ikke har dokumentert eller sannsynliggjort konklusjonen om at M2M tjenester i mobilnettet ikke inngår i samme sluttbrukermarkeder som telefonikoblede tjenester, og at Nkom har unnlatt å vurdere sentrale faktiske forhold. Nkom har i begrenset grad tatt hensyn til tilbudssidesubstitusjon, herunder prispress fra alternative teknologier, tilstedeværelsen av andre aktører enn de som vanligvis er i mobilmarkedet og muligheten utenlandske aktører har til å tilby M2M-tjenester gjennom avtaler om internasjonal gjesting.

Departementet viser til markedsanalysen kapittel 2.3.7 hvor Nkom har vurdert hvorvidt M2M-kommunikasjon over mobilnett kan sies å inngå i sluttbrukermarkedet for ordinære mobiltelefonabonnement. Fra et sluttbrukerperspektiv vil ikke tale, SMS eller datatrafikk for M2M-formål kunne anses som substituerbart med tale, SMS og data over ordinære mobiltelefonabonnement da M2M-tjenester brukes til automatisert eller delautomatisert kommunikasjon mellom maskiner og dermed er forskjellig fra ordinære mobiltefontjenester. Etterspørselssidesubstitusjonen er derfor begrenset.

Når det gjelder tilbudssidesubstitusjon er spørsmålet som tidligere nevnt hvorvidt tilbydere av M2M-tjenester raskt og uten at det fører til signifikante kostnader kan omstille sin produksjon fra å tilby M2M-tjenester til å tilby ordinære mobilabonnement. Som ovenfor mener departementet at dette ikke kan skje uten at det medføre ekstra kostnader i forbindelse med blant annet markedsføring, og at det vil innebære forsinkelser som tilsier at effekten av tilbudssidesubstitusjon ikke blir tilstrekkelig umiddelbar og direkte til å anse M2M-kommunikasjon over mobilnett og ordinære mobilabonnement i samme sluttbrukermarked.

Departementet støtter på denne bakgrunn Nkoms konklusjon om at M2M-kommunikasjon over mobilnett ikke er en del av det relevante sluttbrukermarkedet for telefonikoblede mobiltjenester.

6.1.3.1 M2M-kommunikasjon over mobilnett som tilgrensende sluttbrukermarked

Telenor peker på prispresset som utøves gjennom tilstedeværelsen av andre aktører som baserer sitt tilbud av M2M-tjenester på andre teknologier, og utenlandske aktører og mener Nkom i liten grad har tatt hensyn til dette.

Mobilteknologi er ikke en forutsetning for å tilby M2M-kommunikasjonstjenester og slike tjenester leveres i dag over en rekke ulike teknologiske plattformer. Departementet anerkjenner derfor at sluttbrukermarkedet for M2M-kommunikasjon over mobilnett til en viss grad vil kunne være disiplinert av M2M-kommunikasjonstjenester levert over andre teknologiske plattformer, og også av utenlandske aktører som tilbyr M2M-tjenester basert på utenlandske SIM-kort. Samtidig er Telenor den klart største aktøren i markedet for M2M-kommunikasjon over mobilnett med mer enn 90 prosent markedsandel. Dette tyder på at selskapets M2M-tilbud i liten grad disiplineres av tilbydere som tilbyr tjenester basert på alternative teknologier eller utenlandske aktører.

På denne bakgrunn er departementet kommet til at Nkoms inndeling i et eget tilgrensende sluttbrukermarked for M2M-kommunikasjon er hensiktsmessig på det nåværende tidspunkt. Departementet opprettholder Nkoms konklusjon på dette punkt. Departementet mener imidlertid at det frem mot neste markedsanalyse vil være behov for å se nærmere på markedet for M2M-tjenester, særlig gitt dagens raske utvikling når det gjelder tilbud og utbredelse av M2M-kommunikasjonstjenester over ulike plattformer og forekomsten av denne typen tjenester levert over utenlandske SIM-kort, overskridbare SIM-kort (såkalte e-SIM) og andre løsninger. Departementet ber Nkom om å være særlig oppmerksom på dette ved neste gjennomgang av Marked 15.

6.1.3.2 Avgrensning av det avledede grossistmarkedet

Telenor mener betydningen av og eventuelt hvilket konkurransetrykk konkurrerende teknologier eller M2M-tjenester levert over utenlandske SIM-kort basert på internasjonal gjesting, må vurderes ved avgrensning av det relevante grossistmarkedet. Telenor viser i den forbindelse til en uttalelse om dette i rapporten fra BEREC 12. februar 2016 BoR (16)39¹³ side 29. Telenor mener dette også vil kunne få betydning for avgrensningen av det relevante geografiske markedet. I kommentarene til innstillingen hevder Telenor at selv om Nkom ikke har kompetanse til å regulere det globale markedet, må Nkom likevel avgrense et globalt marked i samsvar med hvordan og hvor konkurransen faktisk foregår. Telenor mener Nkom må ha grunnleggende misforstått metoden for markedsavgrensningen.

Departementet viser til Vedtaket vedlegg 3 og Nkoms vurdering av kommentarene til markedsavgrensningen. Det fremgår her at Nkom anerkjenner at sluttbrukermarkedet for M2M-kommunikasjon over mobilnett kan være disiplinert av tjenester tilbudt over andre teknologier og internasjonale aktører. Nkom vektlegger at i det norske markedet har Telenor likevel en markedsandel på over 90 prosent av abonnement for M2M-kommunikasjon over

¹³ Telenors henvisning er til BEREC (19)139 som er BEREC Guidelines on Net Neutrality. Departementet antar at riktig henvisning er til BEREC (16)39 som er BEREC Report on Enabling the Internet of Things. Departementet har derfor korrigert henvisningen.

mobilnett, noe som indikerer at Telenor har fått opparbeidet seg en sterk posisjon sammenliknet med andre utfordrere i det norske markedet, og selskapets tilbud er dermed i liten grad er påvirket av disiplinerende faktorer. Departementet mener at dette viser at Nkom har vurdert betydningen av konkurrerende teknologier eller M2M-tjenester levert over utenlandske SIM-kort basert på internasjonal gjesting.

Når det gjelder betydningen av tilbydere som leverer M2M-tjenester over utenlandske SIM-kort og Telenors henvisning til BEREC rapport (16)39, bemerker departementet at den aktuelle BEREC-rapporten er utarbeidet for et helt annet formål enn SMP-regulering/markedsavgrensning. Rapporten gir interessant informasjon om markedsutviklingen innenfor M2M, men er utarbeidet i forbindelse med den pågående revisjonen av ekompakken og har til hensikt å vurdere hvorvidt, og eventuelt i hvilken utstrekning, eksisterende regler som primært ble utarbeidet for telefontjenester, også passer for M2M kommunikasjon. Det aktuelle sitatet Telenor trekker frem, relaterer seg til utfordringer ved at tilbud av M2M-tjenester i mange tilfeller vil innebære permanent internasjonal gjesting. EUs felleseuropeiske regler for internasjonal gjesting inneholder per i dag ingen tilgangsforsikring. Det betyr at for permanente M2M-tjenester kan det å basere seg på avtaler om internasjonal gjesting innebære risiko (mangel på forutsigbar rett til slik tilgang og ikke noe regulatorisk sikkerhetsnett for prising). Muligheten for å benytte utenlandske aktørers gjestingsavtaler for å tilby M2M-tjenester vil i praksis kunne ha begrensninger som gjør det lite attraktivt. I mange tilfeller vil det dermed ikke være et reelt valg for tilgangskjøpere å benytte tilgang fra internasjonale aktører for å tilby permanente M2M-tjenester i Norge.

Departementet mener på denne bakgrunn at utbredelsene av M2M-tjenester levert over utenlandske SIM-kort i Norge per i dag er så vidt begrenset, og det er usikkerhet knyttet til eventuell fremtidig utbredelse, at det på nåværende tidspunkt ikke er relevant å snakke om grenseoverskridende markeder for M2M-kommunikasjon. På bakgrunn av dette finner departementet at Telenors anførsler ikke gir grunnlag for å endre konklusjonen i Vedtaket på dette punkt.

Til Telenors påstand om at Nkom har myndighet til å definere globale markeder, vises det til ESAs retningslinjer fra 2004 punkt 1.1 "*Scope and purpose of the guidelines*" nr. 4 hvor det fremgår at det er ESA som i tilfelle definerer såkalte "transnational markets", jf. rammedirektivet artikkel 15. Det vises også til retningslinjene punkt 4.2 hvor den nærmere prosedyren for en slik transnasjonal markedsavgrensning omtales. Departementet kan derfor ikke se at det er grunnlag for Telenors påstand om at Nkom har misforstått metoden for markedsavgrensningen.

6.2 Tre-kriterie-testen

Markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett er som nevnt ikke lenger en del av ESAs gjeldende anbefaling om relevante markeder¹⁴. For at et

¹⁴ EFTA Surveillance Authority Recommendation 11 May 2016 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible for ex ante regulation

marked som er tatt ut av anbefalingen skal kunne brukes i nasjonale markeder i EØS-området, må følgende tre kumulative vilkår være oppfylt (tre-kriterietesten):

1. Det må foreligge høye og varige etableringshindringer i det aktuelle marked.
2. Markedet må ha egenskaper som gjør at det ikke beveger seg mot effektiv konkurranse innenfor det relevante tidsrom.
3. Anvendelse av EØS-konkurranserettens regler, det vil si alminnelig konkurranserett, er ikke tilstrekkelig til å avhjelpe det faktiske konkurranseunderskuddet i markedet.

Ved vurderingen av hvorvidt de tre kriteriene er oppfylt skal det tas utgangspunkt i en "*modified greenfield approach*". Det innebærer at kriteriene skal vurderes under en forutsetning om at det aktuelle relevante markedet ikke var underlagt ex-ante regulering.

Nkom har i vedlegg 1 til Vedtaket foretatt en vurdering av om de tre kriteriene er oppfylt for det norske markedet for tilgang til og samtaleoriginering i mobilnett. Nkom konkluderer her med at det er høye og varige etableringshindringer, at markedet ikke tenderer mot konkurranse innenfor analysens tidshorisont uten regulering og at alminnelig konkurranserett ikke er tilstrekkelig for å skape bærekraftig konkurranse i markedet.

Departementet avgrensar vurderingen av tre-kriterie-testen mot første og tredje kriterium, da dette ikke synes å være omstridt. Departementet behandler nedenfor Telenors anførsler til om markedet beveger seg mot bærekraftig konkurranse.

6.2.1 Andre kriterium - beveger markedet seg mot bærekraftig konkurranse?

Telenor mener at den faktiske konkurransesituasjonen og den dynamiske markedsutviklingen som forventes de nærmeste årene, tilsier at det er konkurranse i markedet. Telenor anfører at Nkom ser bort fra en rekke faktiske forhold i sin analyse, at flere forhold ikke er tilstrekkelig utredet, og at flere av Nkoms konklusjoner ikke er dokumentert. Dette innebærer at Vedtaket er ugyldig. Telenor viser videre i brev 8. desember 2016 til endrede markedsforhold som etter selskapets vurdering bekrefter anførselene om at grossistmarkedet tenderer mot konkurranse. De nærmere anførselene vil bli behandlet nedenfor.

6.2.1.1 Konkurransen i sluttbrukermarkedet

Telenor mener utgangspunktet for vurderingen av om det fortsatt er behov for sektorspesifikk regulering, er en analyse av konkurransen i sluttbrukermarkedet. Det anføres at dersom konkurransen fungerer nedstrøms vil det ikke være grunnlag for sektorregulering. Videre mener Telenor at dersom konkurransen har styrket seg siden forrige vedtak bør det tilsi lettelse i reguleringen. Telenor peker både på fallende priser og antallet sluttbrukere som bytter eller kunne tenke seg å bytte mobiltilbyder hvert år, som indikasjon på sterkere konkurranse i sluttbrukermarkedet enn ved forrige analyse i 2010.

Til dette bemerker departementet at det følger av ESAs retningslinjer punkt 3.1 avsnitt 79 at det skal foretas en bred vurdering av markedsforholdene for å avgjøre om markedet beveger

seg mot bærekraftig konkurranse uten ex-ante regulering. ESA angir i retningslinjene hvilket kriterier som kan tillegges vekt i en slik vurdering. Listen er ikke uttømmende. Det er i henhold til retningslinjene ikke tilstrekkelig å kun foreta en analyse av konkurransen i sluttbrukermarkedet, slik Telenor hevder. Videre viser departementet til Vedtaket vedlegg 1 kapittel 4.3.1 avsnitt 280, hvor Nkom lister opp hvilke forhold som inngår i vurdering av om det andre kriteriet er oppfylt, herunder: utvikling i markedsandeler, markedskonsentrasjon, tilgang til informasjon, byttekostnader og innlåsningsmekanismer, markedsdynamikk, prisutvikling og utvikling i avtalevilkår på grossistnivå, markedsadferd, betydning av et tredje mobilnett og potensiell konkurranse.

Departementet er enig med Telenor i at fallende sluttbrukerpriser i utgangspunktet kan være en indikasjon på et visst konkurransepress i sluttbrukermarkedet. Tabellen Telenor viser til for å underbygge påstanden sier likevel ikke noe om prisutvikling over tid, kun hvor stor andel av sluttbrukernes netto lønn som brukes på ekomtjenester. Figur 9 i kapittel 4.3.6.1 i vedlegg 1 til Vedtaket viser en fallende prisutvikling for mobiltelefonabonnement, men samtidig også at prisene synes å ha flatet ut de seneste årene. Fallende priser alene er ikke tilstrekkelig til indikere sterk konkurranse dersom kostnadene har falt enda mer. Det vises til at for eksempel Telenors ARPU har økt i samme periode. Videre merker departementet seg at Telenors markedsandel i sluttbrukermarkedet er vedvarende høy, og var ved utgangen av første halvår 2017 57,7 prosent målt i omsetning. Dette taler etter departementets vurdering mot at det er økt konkurranse i sluttbrukermarkedet.

Telenors høye EBITDA¹⁵ margin (for selskapets norske virksomhet, fast og mobil samlet), har økt jevnt over de siste åtte årene og var første halvår 2017 på 42,7 prosent¹⁶. Dette tyder heller ikke på økt konkurranse i sluttbrukermarkedet. Til sammenlikning hadde Telenors virksomhet i Sverige i samme periode en EBIDTA margin på 31 prosent og i Danmark på 18 prosent. Til sammenlikning hadde Telia i Sverige en EBITDA margin på 37, 5 prosent i første halvår 2017¹⁷.

Telenor anfører også at konkurransen i 2016 var sterkere enn i 2010. Telenor henviser blant annet til egen markedsundersøkelse som etter deres mening viser at en stor andel [redacted] av sluttkundene bytter mobilleverandør hvert år og at [redacted]. Departementet mener at de konklusjoner Telenor trekker av dette ikke er treffende. Markedsundersøkelsen viser tvert imot at et overveiende flertall av privatkundene velger å bli hos sin tilbyder fremfor å bytte.

Økt konkurranse om sluttbrukerne er for øvrig ikke det samme som at det er en utvikling mot fungerende konkurranse i grossistmarkedet ettersom grossistmarked er underlagt sektorspesifikk regulering som skal simulere en konkurransesituasjon. Selv om markedsanalysen indikerer et visst konkurransepress i sluttbrukermarkedet, legger departementet til grunn at dette ikke ville vært tilfellet uten en slik regulering. Det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt det relevante grossistmarkedet tenderer mot bærekraftig

¹⁵ EBITDEA Earnings before interests, taxes, depreciations and amortizations

¹⁶ Telenors rapport "Q2 – 2017 Interim Report January – June 2017". I henhold til Telenors rapport "Q3 – 2017 Interim Report January – September 2017" var Telenors EBITDA margin i tredje kvartal 2017 på 46 prosent.

¹⁷ Ibid

konkurransen. Departementet er derfor uenig i Telenors påstand om at konkurransen ville fungert nedstrøms uten sektorregulering. Departementet vil vurdere konkurransen i det relevante grossistmarkedet i kapittel 6.2.1.2 til 6.2.1.5 nedenfor.

6.2.1.2 Ice sin tilstedeværelse i markedet

Telenor mener det særlig må vektlegges at Ice har etablert seg som nettverksoperatør og vist at selskapet har finansielle muskler og salgssuksess. Det vises blant annet til at Ice har foretatt store investeringer i frekvensspektrum, hentet inn midler i aksjemarkedet for å investere i Norge, inngått distribusjonsavtaler med store elektronikkforhandlere, hatt stor kundevekst, inngått nettverkspartnerskap, og gitt klare signaler om at selskapets intensjon er å tre inn i grossistmarkedet.

Departementet anerkjenner at Ice har etablert seg i det norske mobilmarkedet som nettverksoperatør og at selskapet utøver et visst konkurransepress på de øvrige aktørene i sluttbrukermarkedet for mobil og mobilt bredbånd. Det sentrale vurderingstema er imidlertid som nevnt over hvorvidt det relevante grossistmarkedet tenderer mot bærekraftig konkurranse. Forholdene Telenor viser til i tilknytning til Ice sin etablering, relaterer seg til selskapets tilstedeværelse i sluttbrukermarkedet, og i mindre grad til at Ice utøver konkurranse på grossistnivå. Når det gjelder Ice sin intensjoner om å tre inn i grossistmarkedet, er departementet ikke kjent med at Ice til nå har inngått grossistavtale om tilgang til eget nett. Nkom trekker frem at tilgangsavtalen Ice har inngått med Telia kanskje ikke har gitt tilstrekkelig god mulighet for Ice til tilby slik tilgang. Departementet er enig i Nkoms vurdering av at Ice innenfor analysens tidshorison trolig ikke vil kunne disiplinere de etablerte markedsaktørene på grossistnivå. Dette er for øvrig en vurdering også Konkurransetilsynet synes å dele, jf. vedlegg 3 til Vedtaket kapittel 3.2.2.

6.2.1.3 Klager fra tilgangskjøpere

Telenor anfører at Nkom feilaktig bruker klager fra tilgangskjøpere som bevis for at selskapet har insentiv til vertikal overføring av markedsrett. Telenor mener det er grunnleggende galt når Nkom i stor grad baserer reguleringsbehovet på klager fra tilgangskjøperne.

Departementet viser til markedsanalysen kapittel 4.3.7 hvor det fremkommer at det i tillegg til strukturelle indikatorer (for eksempel utvikling i markedsandeler, markedskonsentrasjon, prisutvikling, markedsdynamikk, betydningen av det tredje nettet) også vil være relevant å vurdere den reelle adferden som er observert i markedet. Dette er i tråd med ESAs retningslinjer. Vedtak og klagesaker er ett av flere forhold som Nkom har vurdert. Departementet deler Nkoms vurdering av at de strukturelle forholdene i seg selv gir tilstrekkelig grunnlag for konklusjonen om at markedet ikke beveger seg mot bærekraftig konkurranse i analysens tidshorison t.

Det vises til vurderingen i markedsanalysen kapittel 4.3, hvor det fremgår at klagesaker og vedtak kun inngår som ett av flere forhold som vurderes under markedsadferd. Markedsadferd inngår igjen i en større analyse av ulike markedsforhold i vurderingen av om markedet tenderer mot bærekraftig konkurranse innenfor analysens tidshorison t. Etter

departementets vurdering er det ikke grunnlag for å utlede av markedsanalysen at Nkom i for stor grad har baserer reguleringsbehovet på klager fra tilgangskjøpere.

Telenor viser videre til rapporten selskapet har innhentet fra Espen R. Moen og Christian Riis¹⁸ hvor det går frem at Telenor har økonomiske insentiver til å tilby tilgang for tjenesteleverandører. Selskapet viser samtidig til at Kommisjonens også vektla slike økonomiske insentiver da Kommisjonen i 2004 la ned veto mot FICORAs pålegg om SMP forpliktelser.

Moen og Riis har sammen med Telenor fremlagt sin rapport for departementet i et møte. I vedlegg 3 til Vedtaket, kapittel 7, har Nkom særskilt vurdert rapporten fra Moen og Riis. Når det gjelder Moen og Riis sin konklusjon om at Telenor har økonomiske insentiver til å tilby tilgang, er departementet ikke enig i dette. Rapporten fra Moen og Riis og deres vurderinger er i liten grad underbygget med erfaring fra det relevante markedet. Departementet mener i likhet med Nkom at markedsstrukturen og markedsforholdene tilsier at Telenor ikke har tilstrekkelige insentiver til å tilby konkurransedyktige tilgangsvilkår til eksterne tilgangskjøpere fordi dette vil være i direkte konkurranse med egen sluttbrukervirksomhet. Departementet støtter dermed Nkoms vurdering om at det ikke er grunn til å forvente at teorien som Moen og Riis presenterer vil materialisere seg i løpet av de kommende to til tre årene.

Når det gjelder Telenors henvisning til Kommisjonens veto mot FICORAs utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling, og til at Kommisjonen skal ha vektlagt TeliaSoneras økonomiske insentiver til å gi tilgang, viser departementet til vurderingen i innstillingen kapittel 2.4. Departementet er enig med Nkom i at den aktuelle saken synes å ha begrenset verdi for utpekingen av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling, fordi markedsforholdene i Finland på det aktuelle tidspunktet, på en rekke punkter skiller seg fra det norske markedet. Blant annet var det flere mobilnett i det finske markedet enn i det norske. Kommisjonens veto var basert på at det eksisterte en dynamikk i det finske markedet som departementet ikke kan se gjør seg gjeldende i det norske markedet. Departementet bemerker for øvrig at ESA som har tilsvarende vetokompetanse som Kommisjonen, har fått Nkoms utkast til Vedtak forelagt uten at det ble nedlagt veto eller kommentert dette konkret.

På bakgrunn av dette er departementet kommet til at Telenors anførsler ikke fører frem.

6.2.1.4 Konkurransen fra OTT-aktører

Telenor anfører at Nkom ikke i tilstrekkelig grad har vektlagt konkurransen fra OTT-aktører (Google, Amazon, Facebook, Apple mv.). Telenor viser til at ekkomarkedet kjennetegnes av innovasjon der stadig nye tjenester og forretningskonsepter introduseres. I følge Telenor har såkalte OTT-tjenester overtatt betydelige andeler av den trafikken som tidligere gikk som ordinær tale og SMS. For å møte konkurransen fra slike aktører er infrastrukturbaserte aktører, som Telenor, avhengig av å kunne tilby konkurransedyktige prisstrukturer i sluttbrukermarkedet. Den strenge reguleringen av prisstrukturen på grossistnivå vil ifølge Telenor begrense selskapets mulighet til å møte konkurransen fra slike aktører. Dette fører til

¹⁸ Vurdering av Nkoms markedsanalyse og varsel om vedtak av 16. september 2015, Christian Riis og Espen R. Moen, Oslo 23. november 2015

usikkerhet, som igjen påvirker forventet avkastning negativt og reduserer investeringsintensivene.

Departementet viser til at Nkom, både i Vedtaket kapittel 3.3 og kapittel 4.3.9, har vurdert betydningen av OTT-tjenester og deres inntreden i ekommarkedet. Selv om det synes klart at det er en viss lekkasje fra tradisjonelle mobiltjenester til disse nye tjenestene, viser Nkoms ekomstatistikk et noe mer nyansert bilde når det gjelder utviklingen av tradisjonelle tjenester, enn det Telenor legger frem. Antall trafikkminutter fra mobiltelefoner har økt jevnt de siste ti årene, mens antall sende SMS-meldinger har økt siden 2013, etter å ha hatt en nedgang i perioden 2009 til 2012.

Departementet anerkjenner at veksten i tale- og SMS-trafikk påvirkes av konkurransen fra OTT-tjenestene. Telenor synes likevel gjennom introduksjonen av fastprispakker, hvor kunden betaler for en gitt mengde data og ringer og sendere SMS gratis, å ha lyktes å opprettholde ARPU¹⁹ i møte med konkurransen fra nye forretningsmodeller. Telenors ARPU har økt de siste seks årene. Telenors EBITDA har også hatt en sterk økning, jf. ovenfor. Fremveksten av OTT-tjenester har nok også bidratt til den sterke veksten i etterspørselen etter datatjenester i mobilnettene. Departementet er i lys av dette enig med Nkom i at det er lite som tyder på at konkurranse fra OTT-aktører har hatt vesentlig disiplinerte effekter i det relevante sluttbrukermarkedet.

Når det gjelder det relevante grossistmarkedet, kan ikke departementet se at OTT-aktørene har noen direkte effekt på konkurransen om å tilby tilgang. OTT-tjenester bygger på tilgang til internett og har derfor i vår sammenheng kun verdi for forbrukere dersom de samtidig har tilgang til mobildata gjennom et mobilabonnement, mens tradisjonelle mobiltilbydere selger tilgang og tjenester samlet. Departementet konkluderer etter dette med at det ikke er holdepunkter for at effekten av konkurranse fra OTT-aktører vil disiplinere de etablerte aktørene i grossistmarkedet.

Når det gjelder Telenors anførsler om at reguleringen av prisstruktur på grossistnivå påvirker selskapets evne til å møte konkurransen fra OTT-aktører, kan ikke departementet umiddelbart se hvilken relevans dette skulle ha for vurderingen av om det relevante markedet tenderer mot bærekraftig konkurranse. OTT-aktører konkurrerer på sluttbrukernivå og ikke på grossistnivå, og er som nevnt over avhengig av at sluttbruker har tilgang til internett fra annet hold. Departementet kan videre heller ikke se hvordan et pålegg om trafikkavhengig variabel prisstruktur på grossistnivå er egnet til å begrense Telenors mulighet til å konkurrere mot OTT-aktører på sluttbrukernivå.

Departementet er innforstått med at OTT-tjenester er globale tjenester som har egenskaper som gjør at slike tjenester for enkelte sluttbrukergrupper er mer attraktive sammenlignet med tradisjonelle ekomtjenester. Videre kan man heller ikke utelukke at nye tjenester vil dukke opp som i sterkere grad vil kunne utfordre tradisjonelle ekomtilbydere. Dette er utfordringer som ikke utelukkende kan løses nasjonalt. Fremveksten av globale OTT-aktører og tjenester levert av disse i konkurranse med tradisjonelle ekomtjenester, er gjenstand for vurdering

¹⁹ ARPU Average Return Per User

gjennom den pågående revisjonen av det felleseuropeiske rammeverket for elektronisk kommunikasjon.

6.2.1.5 Endrede markedsforhold

Telenor peker i brev 8. desember 2016 på endrede markedsforhold som selskapet mener bekrefter selskapets tidligere anførsler om at grossistmarkedet tenderer mot konkurranse. Telenor viser til Gets tilbud av mobilabonnement basert på tilgangsavtale med Telia, Telias oppkjøp av Phonero og [REDACTED] og peker på konsekvensene dette har for Telenors markedsandeler i det eksterne grossistmarkedet. Telenor mener at Nkoms konklusjon om at grossistmarkedet ikke tenderer mot konkurranse og analysen av sterk markedsstilling, er basert på feil faktiske forhold og at det dermed ikke er rettslig grunnlag for å regulere dette markedet. Det er uansett ikke grunnlag for å konkludere med at Telenor har sterk markedsstilling og under enhver omstendighet, ikke grunnlag for å ilegge Telenor en strengere regulering.

Departementet ba Nkom i brev 25. november 2016 blant annet om å vurdere om Telias kjøp av Phonero eller andre relevante markedsmessige forhold Nkom var kjent med, endret ved sentrale forutsetninger for markedsanalysen og vedtaket. Nkom konkluderer i brev 6. januar 2017 med at verken foretakssammenslutningen mellom Telia og Phonero eller andre markedsforhold gir grunnlag for å endre konklusjonen i Vedtaket. Nkom fastholder at markedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse og at Telenor har sterk markedsstilling. Telenor kommenterte Nkoms tilleggsuttalelse i brev i brev 7. februar 2017.

Nkom foretar i tilleggsuttalelsen en analyse av markedsituasjon både på sluttbruker- og grossistnivå før og etter en foretakssammenslutning mellom Telia og Phonero. Nkom har sett på utvikling i markedsandeler, lønnsomhet, vertikal integrasjon, samdriftsfordeler og kjøpermakt. Nkom kommer til at selv om presumpsjonen om at Telenor har sterk markedsstilling svekkes noe gjennom foretakssammenslutningen, vil Telenors markedsandel fortsatt overstige 50 prosent i grossistmarkedet. I et samlet sluttbrukermarked vil Telenor fortsatt ha en vesentlig høyere markedsandel enn Telia, særlig målt i omsetning. En analyse av øvrige indikatorer tyder heller ikke på at markedet i større grad tenderer mot bærekraftig infrastrukturkonkurranse.

Telenor anfører i brev 7. februar 2017 at Nkom gjør feilaktig bruk av internomsetning ved beregning av markedsandeler i grossistmarkedet. Dersom internomsetningen utelates vil Telenors markedsandel på grossistnivå, gitt at alle Phonero og [REDACTED] havner i Telias nett, bli betydelig redusert. Telenor viser i den forbindelse til ESAs beslutning 4. mars 1998 "*on the issuing of two notices in the field of competition on the definition of the relevant market for the purpose of competition law within the European Economic Area (EEA), and on agreements of minor importance which do not fall under Article 53(1) of the EEA Agreement*" avsnitt 53, jf. OJ L 200 16. juli 1998, til Kommisjonens Explanatory Note 9. oktober 2014^[1] samt til en rekke avgjørelser fra EU- kommisjonen i fusjonssaker som etter selskapets vurdering støtter opp under en slik vurdering.

^[1] Commission Staff Working Document, Explanatory Note, Accompanying the document Commission Recommendation

Til Telenors henvisning til ESAs beslutning som fremgår av OJ L 200 16. juli 1998, bemerker departementet at beslutningen er fra før ekompakken ble vedtatt av EU og gjelder konkurranserett og ikke sektorspesifikk markedsregulering. Markedsavgrensing innenfor ekomreguleringen skal imidlertid bygge på konkurranserettslig metode og beslutningen kan derfor likevel være relevant. Når det gjelder avsnittet Telenor viser til, kan ikke departementet ut fra en naturlig språklig forståelse se at ESA har ment å begrense begrepet "sales" mot internomsetning. Tvert imot følger det direkte av ordlyden at dette gjelder den totale markedsandelen. Departementet kan dermed ikke se at ESA har avgrenset dette mot internomsetning. Departementet viser til markedsanalysen kapittel 4.3.2.2 hvor det fremgår at interntrafikk er en del av markedet og således inngår i beregningene av markedsandel. Departementet deler her Nkoms vurdering om at salg til egen sluttbrukervirksomhet bør inngå ved beregning av markedsandel på grossistnivå for å gi et riktig bilde av styrkeforholdet på grossistnivå. En slik tilnærming er videre i tråd med tidligere praksis, og er etter det Nkom opplyser på linje med hva flertallet av europeiske regulatører legger til grunn ved vurdering av sterk markedsstilling i lignende saker. Når det gjelder henvisning til fusjonssaker viser departementet til vurderingen over i kapittel 6.1.1. Videre vises det til kapittel 6.3 for en vurdering av Telenors henvisning til punkt 3.3 i Kommisjonens Explanatory Note 9. oktober 2014. Etter departementet vurdering kan det ikke utledes av de kildene Telenor har vist til at det er feil av Nkom å legge internomsetning til grunn ved beregning av markedsandel.

Telenors fremstilling av markedssituasjonen fremstår for departementet som noe unyansert. Telenor har inngått flere avtaler med tilgangskjøpere om tilgang til selskapets nett i samme periode (for eksempel Komplett.no og Saga Mobil). Til dette kan det også legges til at ytterligere tre selskap, henholdsvis Atea, Fjordkraft og Phonect, har lansert mobiltelefon tjenester basert på tilgangsavtaler med Telenor i 2017.

Departementet kan på bakgrunn av ovennevnte ikke se etterfølgende endringer i markedsforholdene som gir grunn til å endre på Nkoms konklusjon om at grossistmarkedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse innenfor analysens tidshorisont.

6.2.1.6 Konklusjon andre kriterium

Etter en samlet vurdering av Telenors anførsler har departementet kommet til at disse ikke gir grunnlag for å endre Nkoms konklusjon om at markedet ikke tenderer mot effektiv konkurranse innenfor analysens tidshorisont. Tre-kriterie-testen er således oppfylt. Departementet finner heller ikke at de endrede markedsforhold Telenor har påberopt seg gir grunnlag for å endre på denne konklusjonen.

on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 9 October 2014.

6.3 Utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling

Telenor anfører at utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling er basert på sviktende grunnlag. Nkom overser flere forhold som viser at Telenor ikke kan opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukere, og at vilkårene i ekomloven § 3-1 ikke er oppfylt. Telenor mener Nkom verken har dokumentert eller sannsynliggjort at vilkårene i ekomloven § 3-1 er oppfylt, og at dette er en saksbehandlingsfeil som innebærer at Vedtaket er ugyldig. Telenor peker i brev 8. desember 2016 på endrede markedsforhold som selskapet mener bekrefter selskapets tidligere anførsler om at grossistmarkedet tenderer mot konkurranse. Telenor anfører videre i brev 7. februar 2017 at Nkom feilaktig har lagt til grunn internomsetning ved beregning av markedsandeler i grossistmarkedet. Dersom internomsetningen utelates vil Telenors markedsandel på grossistnivå bli betydelig redusert.

Departementet viser til ekomloven § 3-3 første ledd hvor det fremgår at myndigheten skal foreta markedsanalyser basert på ESAs retningslinjer for markedsanalyser og beregning av sterk markedsstilling på området for elektronisk kommunikasjon. På bakgrunn av markedsanalysen skal myndigheten utpeke, opprettholde eller trekke tilbake utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling. Videre følger det av ekomloven § 3-1 første ledd at "*[e]n tilbyder har sterk markedsstilling når tilbyder alene eller sammen med andre har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere*".

Det fremgår av ESAs retningslinjer punkt 79 og 80 at en utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling vil bero på en helhetlig og grundig vurdering av flere kriterier enn kun markedsandeler. Videre fremgår det at funn av sterk markedsstilling vil kunne utledes fra en kombinasjon av ulike kriterier som inngår i helhetsvurderingen, hvor de enkelte momentene i seg selv ikke nødvendigvis trenger å være avgjørende.

I vedlegg 1 til Vedtaket (markedsanalysen) kapittel 5, gjør Nkom en analyse av markedet og om det finnes én eller flere tilbydere som alene eller sammen har sterk markedsstilling i det relevante markedet. Her konkluderer Nkom på bakgrunn av en analyse av utvikling i markedsandeler og en rekke indikatorer, med at Telenor "*(...)i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere i den perioden analysen omfatter*".

Til Telenors anførsel om at Nkom ikke har vektlagt at både Telenor og Telia skal ha sterke insentiver til å tiltrekke seg tilgangskjøpere, viser departementet til Nkoms vurdering i markedsanalysen avsnitt 625:

"Telenors inntekter fra grossistsalg utgjør en forholdsvis liten del av selskapets totale inntekter, sammenliknet med inntekter fra salg til sluttbrukere. Telenors insentiver til å ivareta og skaffe seg konkurransemessig fordeler i sluttbrukermarkedet fremfor å selge grossisttilgang, må dermed kunne antas å være sterke. Ettersom Telenor er bredt tilsted i ulike sluttbrukermarkedet (bedrift, privat, M2M), vil alle typer tilgang i de fleste tilfeller innebære direkte konkurranse til egen sluttbrukervirksomhet. Telenor må på denne bakgrunn antas å ha begrensede insentiver til å konkurrere med Telia om å gi tilgang, da for attraktive vilkår vil øke konkurransekraften til tilgangskjøperne på sluttbrukernivå. Tilsvarende til også Telia møte økt konkurranse på sluttbrukernivå ved å gi for gode tilgangsvilkår til eksterne, og

det må derfor antas at Telia heller ikke vil ha vesentlig sterkere insentiver enn tidligere til å konkurrere med Telenor om å gi tilgang".

Videre viser departementet til at Telenor i forbindelse med høringen av varsel om vedtak hadde tilsvarende kommentarer og i den forbindelse fremla en rapport utarbeidet av Moen og Riis, på oppdrag fra Telenor, til støtte for sitt syn. Rapporten og Telenors insentiv til å trekke til seg tilgangskjøpere er behandlet i vedlegg 3 til Vedtaket kapittel 7. Det fremgår av dette at Nkom har vurdert i hvilken grad Telenor og Telia har insentiver til å tiltrekke seg tilgangskjøperede, og konkluderte med at selskapene har høyere insentiver til å ivareta egen sluttbrukervirksomhet enn tilgangskjøpere. Departementet er enige med Nkom i den bedriftsøkonomiske vurderingen om at ettersom begge de vertikalt integrerte tilbyderne har en sterk tilstedeværelse i sluttbrukermarkedet, er det grunn til å forvente at deres insentiver til å ivareta og skaffe seg konkurransemessige fordeler i sluttbrukermarkedet er sterk fordi dette må antas å gi best økonomisk avkastning. Det bemerkes for øvrig også at Telia som følge av de avhjelpende tiltakene i forbindelse med oppkjøpet av Tele2, har vært pålagt en tilgangsplikt av Konkurransetilsynet.

Departementet er heller ikke enig i Telenors påstand om at Telenor og Telia er jevnbyrdige når det gjelder flere av indikatorene i markedsanalysen. Det vises til Nkoms markedsanalyse kapittel 5, hvor det blant annet fremgår at Telenor på sluttbrukernivå hadde en markedsandel på 58 prosent i 2015 målt i omsetning, mens Telias markedsandel i samme periode var 33 prosent (etter oppkjøpet av Tele2). På grossistnivå var tallene 58 prosent og 42 prosent for henholdsvis Telenor og Telia. Videre viser tall for EBITDA margin at Telenor har vesentlig bedre lønnsomhet enn Telia over tid.

Når det gjelder Telenors anførsel om endrede markedsforhold og konsekvenser for Telenors markedsandel og om markedet tenderer mot konkurranse, viser departementet til tilleggsuttalelse fra Nkom i brev 6. januar 2017. Nkom foretar her en analyse av markedssituasjonen både på sluttbruker- og grossistnivå, før og etter en eventuell foretakssammenslutning mellom Telia og Phonero. Nkom har sett på utvikling i markedsandeler, lønnsomhet, vertikal integrasjon, samdriftsfordeler og kjøpermakt og kommer til at selv om presumpsjonen om at Telenor har sterk markedsstilling svekkes noe gjennom foretakssammenslutningen, så vil Telenors markedsandel fortsatt overstige 50 prosent i grossistmarkedet. I et samlet sluttbrukermarked vil Telenor fortsatt ha en vesentlig høyere markedsandel enn Telia, særlig målt i omsetning. En analyse av øvrige indikatorer tyder heller ikke på at markedet i større grad tenderer mot bærekraftig infrastrukturkonkurranse.

Departementet tiltrer Nkoms vurderinger og konklusjon når det gjelder endrede markedsforhold. For øvrig bemerkes det at oppkjøpet av Phonero neppe kan tas til inntekt for økt konkurranse på grossistnivå. Oppkjøpet vil også kunne ha negativ effekt for utbygging av det tredje nettet fordi en større tilgangskjøper forsvinner fra markedet.

Når det gjelder betydningen av Gets tilbud av mobiltjenester i sluttbrukermarkedet basert på tilgangsavtale med Telia, vises det som tidligere nevnt til at Telenor siden Vedtaket ble truffet også har inngått flere tilgangsavtaler.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Nkom feilaktig har lagt til grunn internomsetning ved beregning av markedsandeler i grossistmarkedet, viser departementet til markedsanalysen kapittel 4.3.2.2 hvor det fremgår at internttrafikk er en del av markedet og således inngår i beregningene av markedsandel. Det følger av ESAs retningslinjer punkt 78 at det er opp til den nasjonale regulatøren å avgjøre hvilket mål som er mest passende ved vurdering av sterk markedsstilling. Internomsetning har vært lagt til grunn for beregning av markedsandeler på grossistnivå i marked 15 i de tidligere markedsvedtakene fra 2006 og 2010. En slik tilnærming er dermed i tråd med tidligere praksis, og er også på linje med hva flertallet av europeiske regulatører legger til grunn ved vurdering av sterk markedsstilling. Departementet kan ikke se at det har fremkommet argumenter for å endre den metodiske tilnærmingen på dette punkt.

Telenor henviser til EU-kommisjonens "Explanatory Note" 9. oktober 2014²⁰ kapittel 3.3 til støtte for sitt syn. Telenor hevder at *"(...)spørsmålet om å inkludere internproduksjon i en markedsvurdering avhenger av om det allerede eksisterer noen kommersielle aktører på det relevante grossistmarkedet eller ikke. Hvis det ikke foreligger slike aktører, viser Kommisjonen til at det kan være nyttig å beregne markedsandeler ved å hensynta internsalg, ettersom dette kan gi en indikasjon "of the capacity to serve the merchant marked"."*

For det første bemerker departementet at Telenors sitat ikke kan gjenfinnes i teksten. For det andre kan meningsinnholdet slik Telenor fremstiller det, etter departementets syn ikke utledes av den aktuelle ordlyden i Explanatory Note. Avsnittet det vises til gjelder en situasjon hvor det kun er en tilbyder i grossistmarkedet. Dette er som kjent ikke tilfelle for det norske markedet. Departementet kan for øvrig ikke se at det er grunnlag for å tolke Kommisjonens uttalelse motsetningsvis slik at internomsetning ikke skal legges til grunn i et marked med flere grossisttilbydere. Departementet viser for øvrig til at det i Explanatory Note kapittel 3.3 tredje avsnitt fremkommer at det bør tas hensyn til internomsetning dersom det eksisterer alternative potensielle grossisttilbydere. Etter departementet oppfatning kan det stilles spørsmål ved om det kommersielle grossisttilbudet fra noen aktør i markedet ville eksistert uten forhåndsregulering av Telenor. Departementet mener på bakgrunn av dette at det er korrekt å inkludere internomsetning, og at Explanatory Note støtter dette. Når det gjelder Telenors henvisning til EU Kommisjonens beslutning fra 2001 i fusjonssaken mellom BP og E.ON til (COMP/M.2533 (2001), viser departementet til at saken gjelder en helt annet sektor. Departementet viser til det som er sagt over om ESAs retningslinjer punkt 78 og kan ikke se at COMP/M.2533 (2001) har direkte overføringsverdi til vår sak.

Departementet kan på bakgrunn av ovennevnte ikke se at etterfølgende endringer i markedsforholdene er av en slik art at de gir grunn til å endre på Nkoms konklusjon om at grossistmarkedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse innenfor analysen tidshorisont. Departementet legger til grunn at Nkoms analyse av konkurransesituasjonen i grossistmarkedet og utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling ikke er basert på sviktende grunnlag, men tvert imot gir et riktig resultat.

²⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/explanatory-note-accompanying-commission-recommendation-relevant-product-and-service-markets>

Departementet er derfor kommet til at Telenors anførsler på dette punkt ikke kan føre frem. Departementet opprettholder Nkoms konklusjon om at Telenor har sterk markedsstilling i det relevante grossistmarkedet, jf. ekomloven § 3-1.

6.4 Pålegg av særskilte forpliktelser

6.4.1 Tilgang for nasjonal gjesting

Telenor anfører at et pålegg om tilgang til nasjonal gjesting er ugyldig. Det vises til at Konkurransetilsynet har sikret at Ice, gjennom en avtale om nasjonal gjesting med Telia, kan tilby konkurransedyktige tjenester mens deres eget nett er under utbygging. Telenor viser videre til at Nkom ikke forventer at andre enn Ice vil ha behov for nasjonal gjesting i analysens tidshorisont. Det vises til at pålegget ikke kan begrunnes i en målsetning om økt forhandlingsstyrke for Ice, men må forankres i et konkret konkurranseproblem, og at plikten er nødvendig, forholdsmessig og formålstjenlig.

Departementet viser til at prinsippet om forholdsmessighet er omtalt i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) i merknadene til § 3-4, hvor det fremgår at:

"Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige, ikke diskriminerende, bygge på objektive og saklige kriterier og være offentlig tilgjengelige. Med forholdsmessige menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd. Dette åpner også for at myndigheten knytter forpliktelsene til enkelte deler av det relevante marked dersom dette er hensiktsmessig."

Innholdet i forholdsmessighetsprinsippet er også beskrevet nærmere i Nkom sitt virkemiddeldokument, hvor det fremgår at valgte tiltak skal være egnet til å realisere det bakenforliggende formål og tiltaket skal ikke gå ut over det som er nødvendig i det enkelte tilfellet. Videre skal fordelene ved inngrepet overstige ulempene, og det oppstilles et krav om å ikke pålegge forpliktelser som blir uforholdsmessig tyngende.

Prinsippet om forholdsmessighet er et viktig vurderingstema ved ileggelse av forpliktelser etter den sektorspesifikke markedsreguleringen. Det kan imidlertid ikke i seg selv tas til inntekt for at Nkom ikke bør eller ikke har anledning til å ilegge tyngende forpliktelser på tilbydere med sterk markedsstilling. Kjernen i forholdsmessighetsprinsippet er at man ikke skal ilegge strengere plikter enn det som er nødvendig i den aktuelle sak. I de fleste tilfeller vil det være forholdsmessig å pålegge særskilte forpliktelser som er egnet til å bøte på identifiserte konkurranseproblemer, med mindre det foreligger tungtveiende grunner mot å pålegge plikten.

Departementet viser videre til at det overordnede målet med reguleringen av marked 15 er å legge til rette for bærekraftig infrastrukturbasert konkurranse. Dette gjøres blant annet gjennom å legge til rette for etablering av et tredje konkurransedyktig mobilnett jf. bl. a. Meld.

St. 27 (2015-2016) *Digital agenda for Norge - IKT for en enklere hverdag og økt produktivitet* (heretter omtalt som ekomplanen) kapittel 25.3. Denne målsettingen har ført til at reguleringen og valg av virkemidler i tidligere markedsvedtak har vært rettet mot å legge til rette for etablering av konkurrerende infrastruktur. Her har nasjonal gjesting vært ansett som en viktig tilgangsform fordi den legger til rette for at nye nettverkseiere kan tilby nasjonal dekning til sine kunder mens nettet er under utbygging. I Vedtaket har Nkom redegjort for sine vurderinger rundt dette i kapittel 6.1.

Videre viser departementet til at pålegget om tilgang for nasjonal gjesting er forankret i et konkret konkurranseproblem. Det vises til Vedtaket kapittel 5.3.1 hvor det fremgår at tilgangsnektelse er identifisert som kjerneproblemet i markedet. Departementet er enig i vurderingen i Vedtaket kapittel 7.1.2 om at ingen andre særskilte forpliktelser effektivt vil kunne avhjelpe konkurranseproblemet tilgangsnektelse overfor en tilbyder som bygger ut eget mobilnett. Tilgang for tjenesteleverandører og MVNO-operatører er ikke et substitutt til tilgang for nasjonal gjesting.

Videre er det i vurderingen lagt vekt på at Ice sin nasjonal gjestingsavtale med Telia har kommet i stand som del av avhjelpende tiltak i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Telia og Tele2, og at avtalen ikke kan anses som et uttrykk for Ice sin forhandlingsstyrke. Det er videre usikkerhet om tilgangsvilkårene i den aktuelle avtalen er tilstrekkelig attraktive i avtalens løpetid. Det vektlegges også at det ikke er grunn til å anta at Ice har tilstrekkelig forhandlingsstyrke til å disiplinere Telenors tilgang av nasjonal gjesting. Det kan heller ikke utelukkes at det kan bli aktuelt med nasjonal gjesting for andre aktører.

Til anførselen om at pålegg om tilgang for nasjonal gjesting ikke kan begrunnes i en målsetning om økt forhandlingsstyrke for Ice, bemerker departementet at formålet med den sektorspesifikke konkurransereguleringen er å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse. Når tilbyder med sterk markedsstilling pålegges tilgangsplikt øker konkurrentenes forhandlingsstyrke. Dette er meningen med pålegg etter den sektorspesifikke konkurransereguleringen å øke forhandlingsstyrken til de som konkurrerer med tilbyder med sterk markedsstilling. At Ice sin forhandlingsstyrke øker gjennom pålegget anses positivt for å oppnå formålet om bærekraftig konkurranse. For øvrig viser departementet til at Nkom har begrunnet forpliknelsen i mer enn økt forhandlingsstyrke. I kapittel 7.1.2 i Vedtaket redegjøres det for hvorfor det er behov for regulering av tilgang til nasjonal gjesting i markedet. Det fremgår blant annet av avsnitt 98 at Nkom mener det er nødvendig å ha et regulatorisk sikkerhetsnett i markedet som legger til rette for at Ice kan forhandle effektivt om tilgang til nasjonal gjesting.

I Vedtaket kapittel 7.1.2 begrunner Nkom videre hvorfor et pålegg om tilgang til nasjonal gjesting anses forholdsmessig i dette tilfellet. Nkom vektlegger at ingen andre særskilte forpliktelser effektivt vil kunne avhjelpe konkurranseproblemet tilgangsnektelse overfor en tilbyder som bygger ut eget nett, og at tilgang for tjenesteleverandører og MVNO-operatører ikke er et substitutt for tilgang til nasjonal gjesting. Nkom legger også vekt på at Telenor allerede gjennom reguleringen av 2010 var pålagt å gi tilgang til nasjonal gjesting, og at plikten fremdeles anses nødvendig og formålstjenlig. Det vises til Vedtaket avsnitt 103 hvor det oppsummeres at ulempene for Telenor ved å gi tilgang til nasjonal gjesting, vil utlignes av fordelene av et slikt pålegg for konkurransen.

Oppsummert viser departementet til at det er et uttalt mål med reguleringen å legge til rette for bærekraftig infrastrukturbasert konkurranse gjennom etablering av et tredje konkurransedyktig mobilnett. Tilgangsnekt er et identifisert konkurranseproblem, nasjonal gjesting er i denne sammenheng ansett som en viktig tilgangsform fordi den gir nye nettverkseiere mulighetene til å tilby nasjonal dekning mens nettet er under utbygging (virkemiddelet er nødvendig). Virkemiddelet er egnet til å bøte på konkurranseproblemet (virkemiddelet er formålstjenlig). Samlet vurderer departementet at virkemiddelet er forholdsmessig. Departementet er etter dette kommet til at Telenors anførsler ikke fører frem, og opprettholder Nkoms konklusjon på dette punkt.

6.4.1.1 Sømløs toveis overlevering

Telenor har subsidiært under anførselen om at et pålegg om tilgang til nasjonal gjesting er ugyldig, anført at det ikke er grunnlag for pålegg om sømløshet med toveis overlevering og stenging av nettet i geografiske områder tilpasset nasjonal gjesters dekningsområde.

Toveis overlevering av samtaler er etter Telenors egne undersøkelser ikke teknisk mulig å håndtere verken for Telenor eller andre tilbydere. Det er Telenors oppfatning at det ikke er hjemmel i ekomloven § 4-1 til å pålegge tilgangsplikt som omfatter tekniske løsninger det ikke er mulig å gjennomføre. Telenor peker på at det ikke er tilstrekkelig for å pålegge slik tilgang at Nkom mener det ikke kan utelukkes en teknisk løsning for toveis sømløs overlevering innen analysens tidshorizont. Et eventuelt pålegg om å tilby toveis sømløs overlevering 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.

Telenor mener videre at det ikke er hjemmel i ekomloven § 4-1 til å pålegge en plikt til å tilby geografisk avgrenset tilgang til nasjonal gjesting og at en slik forpliktelse er svært inngripende og uforholdsmessig og gir selskapet liten eller ingen fleksibilitet når nettet dimensjoneres.

Departementet viser til at sømløshet innebærer at tjenestene en sluttbruker benytter, ikke blir avbrutt selv om man skifter fra et nettverk til et annet. Dette er aktuelt når en samtale starter i ett nett og beveger seg ut av dette nettets dekningsområde, og inn i et annet netts dekningsområde. For at samtalen ikke skal brytes i slike tilfeller, må det utveksles informasjon mellom de to nettene om at overlevering skal finne sted. Sømløshet forutsetter at det foreligger et grensesnitt mellom nettene for å utveksle slik informasjon og i tillegg en avtale om sømløshet. Videre kan sømløshet gis med enveis eller toveis overlevering. Med enveis overlevering menes at trafikken kan flyttes fra nettet med lavest dekningsgrad til nettet med høyest dekningsgrad, eller med andre ord fra nettet til den som kjøper nasjonal gjesting, til nettet til den som tilbyr nasjonal gjesting. Ved toveis overlevering kan trafikken også leveres tilbake til det opprinnelige nettet dersom mobilen igjen flyttes inn i dette nettets dekningsområde.

Departementet er enig med Telenor i at det vil være uforholdsmessig å pålegge plikt til toveis sømløs overlevering dersom dette ikke er teknisk mulig å håndtere for Telenor. Det vises imidlertid til Nkoms redegjørelse for hvordan tekniske standarder, spesifikasjoner og

retningslinjer fra 3GPP og GSMA legger til rette for å kunne håndtere toveis overføring. Grunnlaget for å kunne håndtere dette ble lagt allerede i 2011, jf. spesifisering av det som kan betegnes reversert SRVCC for overlevering mellom 2G/3G og 4G, forutsatt noe teknisk tilrettelegging i nettene (både avgivende og mottagende). Det foreligger videre veldokumenterte retningslinjer for hvordan nettene skal kunne håndtere toveis overlevering også ved gjesting, jf. GSMA IR.64 og IR.65.

Med henvisning til nærmere angitte standarder og retningslinjer konkluderer Nkom med at både overlevering av VoLTE mellom to nettverk og toveis overlevering mellom 2G/3G og 4G er mulig å håndtere både av Telenor og andre tilbydere innenfor analysens tidshorisont. Departementet er enig i denne vurderingen, og kan ikke se at de er belegg for å hevde at dette er teknisk umulig. Etter departementets oppfatning vil det imidlertid være nødvendig for Telenor å foreta noen tekniske tilpasninger og/eller oppgraderinger for å få dette til.

Når det gjelder vurderingen av forholdsmessigheten ved et slik pålegg viser departementet til vurderingene som blant annet er gjort i Vedtaket avsnitt 110 og 111. Nkom vektlegger blant annet at sluttbrukerne i Norge har blitt vant til tjenester av høy kvalitet og stor grad av tilgjengelighet og forventer å kunne holde en samtale uten avbrudd innenfor store deler av Norge. Forventningene til kontinuitet i tilgang til tjenester i mobilnett er også økende.

Videre vektlegges det at toveis overlevering vil gi mulighet for å levere trafikk tilbake til nettet til den som benytter seg av nasjonal gjesting, og at en slik løsning vil kunne bidra til at Telenors konkurrent får utnyttet sitt fremvoksende nett bedre. Dette vil kunne redusere mengden trafikk kjøperen av nasjonal gjesting vil måtte kjøpe i vertstilbyderens nett. Toveis overlevering er derfor viktig for at en kjøper av nasjonal gjesting skal kunne redusere kostnadene for gjesting, samt oppnå et volum som gir lave enhetskostnader i eget nett. Det vises til at eksempelvis fast return fra 2G/3G til 4G også vil ha en positiv effekt på muligheten til å utnytte det fremvoksende nettet bedre. Dette vil igjen være med å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse i mobilmarkedet gjennom utbygging av et tredje nett i tråd med formålet med reguleringen.

Nkom viser til at de tidligere har lagt til grunn at en anmodning om sømløshet med toveis overlevering ikke er rimelig fordi slik sømløshet er teknisk komplisert å implementere og således uforholdsmessig byrdefullt for Telenor. Når Nkom i dette vedtaket vurderer dette annerledes, skyldes det blant annet at det er enklere å gjennomføre toveis sømløshet i nye generasjoner mobilnett. Departementet er enig i denne vurderingen, og opprettholder derfor Nkoms konklusjon om at en anmodning om sømløshet med toveis overlevering vil kunne være rimelig innenfor analysens tidshorisont.

Leverandørindustrien har vist begrenset interesse for reversert SRVCC. Formodentlig skyldes dette (delvis) at de store mobiltildrydere i liten, eller ingen, grad har etterspurt slik nettverksfunksjonalitet. Sømløs overlevering fra 2G/3G tilbake til 4G forutsetter videre at terminalutstyret støtter slik funksjonalitet. Det er et spørsmål om det i øyeblikket finnes terminaler som støtter reversert SRVCC. Dette kan imidlertid endre seg, selv om det vil kunne ta noe tid. Med bakgrunn i dette mener departementet at en anmodning om toveis sømløs overlevering innenfor analysens tidshorisont vil kunne være rimelig dersom det finnes tilgjengelige terminaler som støtter dette.

Etter departementets vurdering vil et pålegg om å tilrettelegge for toveis sømløs overlevering bidra til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse ved å styrke det gjestende nettets konkurransekraft. Det vil fremme forbrukerinteresser gjennom lavere priser, fordi nasjonal gjestingsaktør vil kunne håndtere mer av trafikken i eget nett. Fremvekst av bærekraftig konkurranse er samfunnsmessig ønskelig, og ulempene for Telenor ved pålegget anses derfor å oppveies av fordelene for konkurransen i mobilmarkedet.

Departementet er på bakgrunn av det ovennevnte kommet til at Nkoms pålegg om å tilby toveis sømløshet er nødvendig, formålstjenlig og forholdsmessig (under forutsetning av at en tilstrekkelig andel av abonnentmassen til anmodende tilbyder har terminaler som støtter toveis overlevering). Det er ikke grunnlag for Telenors påstand om at Nkom ikke har utredet behovet og konsekvensene tilstrekkelig.

Departementet bemerker for ordens skyld at dersom partene ved en slik anmodning ikke selv blir enige om en løsning, vil Nkom kunne foreta en konkret vurdering av hvorvidt den aktuelle anmodningen er rimelig, jf. ekomloven § 4-1 andre ledd.

Når det gjelder Telenors anførsel om at det ikke er hjemmel i ekomloven § 4-1 til å pålegge en plikt til å tilby geografisk avgrenset tilgang til nasjonal gjesting, oppfatter departementet det slik at dette knytter seg til at selskapet mener en slik plikt er uforholdsmessig, svært urimelig og gir liten eller ingen fleksibilitet når nettet dimensjoneres.

Departementet kan ikke se at pålegget fører til at dekningsområdene skal tilpasses nasjonal gjesters dekningsområde fremfor å tilpasses signaleringstrafikken slik Telenor hevder. Nkom begrenser i Vedtaket forpliktelsen til geografisk avgrenset tilgang til nasjonal gjesting nettopp til de tilfeller der det er *"teknisk forsvarlig å avgrense tilgangen til det anmodede området"*. En anmodning om å avgrense tilgangen til nasjonal gjesting i et spesielt geografisk området må med andre ord være teknisk forsvarlig, for at en slik anmodning skal anses for å være rimelig.

Når det gjelder forholdsmessighetsvurdering viser departementet til at Nkom har vektlagt at Telenor allerede tilbød dette i standardavtalen for nasjonal gjesting som var gjeldende før Nkoms Vedtak 1. juli 2016. Her fremgår det at Telenor *"etter skriftlig anmodning fra Tilgangskjøper [skal] stenge tilgang til Telenor Norges Nett i spesifiserte områder, forutsatt at Telenor Norge mener det er teknisk forsvarlig og Tilgangskjøper dekker alle relevante kostnader forbundet med dette"*. Departementet kan ikke se at den pålagte forpliktelsen i vesentlig grad går utover hva Telenor allerede har tilbudt i markedet og at dette taler for at en slik plikt derfor ikke fremstår som en uforholdsmessig tyngende.

Departementet anser en plikt til å tilby geografisk avgrenset tilgang til nasjonal gjesting som et viktig virkemiddel for å legge til rette for økt trafikk i et mobilnett under utbygging, og for å legge til rette for bærekraftig konkurranse i mobilmarkedet. I lys av det ovennevnte er departementet derfor ikke enig med Telenor i at en forpliktelse om å tilby geografisk avgrenset tilgang til nasjonal gjesting er svært inngripende eller uforholdsmessig. Departementet opprettholder Nkoms Vedtak på dette punkt.

Ved et eventuelt avslag på en anmodning geografisk avgrenset tilgang til nasjonal gjesting, vil Telenor i henhold til ekomloven § 4-1 tredje ledd måtte dokumentere og begrunne dette. Nkom vil dernest måtte vurdere en eventuell klage på avslag om tilgang etter normal prosedyre.

6.4.2 Tilgang for MVNOer

Telenor anfører at Nkom i markedsanalysen ikke har dokumentert at manglende tilgang for MVNOer utgjør et konkurranseproblem og at et pålegg om å tilby slik tilgang verken er nødvendig, forholdsmessig eller formålstjenlig. Vedtaket er derfor ugyldig på dette punkt. Som begrunnelse for sin anførsel viser Telenor til at Telia gjennom Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaken er pålagt å tilby MVNO-tilgang ut 2016 og at Telia dessuten har tilbudt slik tilgang til tilgangskjøpere i flere år uten å ha en plikt til dette. Telenor viser også til at et pålegg om plikt til å tilby MVNO-tilgang vil svekke Ice sin mulighet til å trekke til seg MVNOer. Dette er etter Telenors mening direkte i strid med den klart uttalte målsetningen om å legge til rette for tre mobilnett i Norge. Telenor viser her til rapporten selskapet har fått utarbeidet av Espen R. Moen og Christian Riis "*Vurdering av Nkoms markedsanalyse og varsel om vedtak av 16.9.2015*".

Departementet viser til at tilgangsnektelse er identifisert som et kjerneproblem i markedet fordi slik adferd kan forhindre at nye aktører etablerer seg og i ytterste konsekvens tvinge etablerte aktører ut av markedet. Nkom konkluderer i markedsanalysen med at det ikke er effektiv konkurranse i det relevante grossistmarkedet. Analysen viser blant annet at markedet ikke fungerer tilfredsstillende når det gjelder vilkårene for MVNO-tilgang og at disse aktørene er under press når det gjelder marginer.

Telenor viser til at Telia gjennom Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaken er pålagt å tilby MVNO-tilgang og at pålegget mot Telenor av denne grunn ikke er nødvendig. Departementet vil til dette bemerke at det er riktig at Telia har forpliktet seg til å tilby MVNO-tilgang som ledd i de avhjelpende tiltakene selskapet påtok seg for i sin tid å kunne overta Tele2 og Tele2s kundemasse. Tidsperspektivet for denne forpliktelsen var imidlertid relativt kort og utgikk allerede ved 31. desember 2016. I tillegg påtok ikke Telia seg ytterligere krav knyttet til tilgangsplikten som kunne bidra til å sikre at det var mulig å oppnå tilstrekkelig lønnsomhet ved kjøp av denne tjenesten fra Telia. Departementet mener på denne bakgrunn at det ikke kan vektlegges at Telia i en periode har vært pålagt å tilby tilgang for MVNOer. Som nevnt over, tyder videre ikke markedsanalysen på at det er tilstrekkelig konkurranse om å tilby tilgang for MVNOer i det relevante grossistmarkedet, selv om Telia har tilbudt MVNO-tilgang i flere år uten å ha plikt til det.

Når det gjelder Telenors anførsel om at et pålegg ovenfor Telenor om tilby tilgang for MVNOer vil svekke Ice sin mulighet til å trekke til seg MVNOer, viser departementet til at Ice per i dag ikke tilbyr MVNO-tilgang. Det følger videre av markedsanalysen kapittel 4.3.8 at det er svært usikkert om Ice vil komme til å tilby slik tilgang innenfor analysens tidshorisont. Konkurransetilsynet gir uttrykk for det samme i sitt hørings svar til varsel om vedtak.

MVNOer har betydning for målet om bærekraftig konkurranse både for å sikre opprettholdelse av tilstrekkelig antall konkurrenter og bredde i sluttbrukertilbudet, og når det

gjelder på sikt å utgjøre potensielle kunder til det tredje nettet. Som nevnt over viser markedsanalysen at vilkårene for MVNOer i dag ikke er tilfredsstillende. Det er derfor etter departementets vurdering viktig å sikre at det er tilgangskjøpere i markedet som på sikt kan bidra til økt trafikk i det tredje nettet. Dette er dermed etter departementets syn med på å styrke det overordnede målet med reguleringen om å sikre bærekraftig og langsiktig konkurranse i markedet.

Departementet kan på bakgrunn av det ovennevnte ikke se at det er grunnlag for påstanden om at pålegget om å tilby MVNO-tilgang ikke er nødvendig, formålstjenlig eller forholdsmessig. Det vektlegges at Vedtaket redegjør tilstrekkelig for konkurranseproblemet som manglende MVNO-tilgang utgjør, og at en plikt til å tilby MVNO-tilgang ikke vil svekke tilretteleggingen for tre mobilnett i Norge. Telenors anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.

6.4.3 Tilgang for tjenesteleverandører

Telenor anfører at Nkom ikke har dokumentert at konkurransen om å tilby tjenesteleverandørtilgang fungerer mindre tilfredsstillende enn ved tidligere markedsvedtak, og at det ikke er dokumentert at tilgangsnekt utgjør et konkurranseproblem. Telenor viser til at tjenesteleverandørtilgang ikke har vært omfattet av markedsreguleringen de siste ni årene, og at konkurransen mellom Telenor og Telia om å tilby denne tilgangsformen er velfungerende. Telenor anfører også at pålegget om å tilby tilgang for tjenesteleverandører er i strid med formålet med reguleringen, og vilkårene etter ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4, ikke er oppfylt. Dette medfører at Vedtaket er ugyldig.

Departementet viser til at Nkom i Vedtaket kapittel 5.3.1, jf. avsnitt 492 og 494 i markedsanalysen, har identifisert tilgangsnekt som kjerneproblemet i markedet for tilgang til og originering i offentlig mobilkommunikasjonsnett. Nkom har vurdert at Telenor i fravær av ex-ante regulering vil ha insentiv og mulighet til å nekte andre tilbydere tilgangs- og origineringstjenester eller vanskeliggjøre tilgangen. Det er vektlagt at Telenor har insentiver til å utnytte sin sterke markedsstilling til å oppnå og utnytte konkurransefordeler i sluttbrukermarkedene fremfor å selge grossisttilgang. Dette er knyttet til at Telenor oppnår en vesentlig større del av sine inntekter fra salg til sluttbrukere enn fra grossistsalg. Departementet viser til at Telenor er bredt til stede i ulike sluttbrukermarkeder, noe som medfører at å gi tilgang for eksterne aktører, i de fleste tilfeller vil innebære direkte konkurranse til egen sluttbrukervirksomhet. Ved å avskjære eller begrense konkurrenters tilgang til en nødvendig innsatsfaktor, vil Telenor til en viss grad kunne beskytte egen sluttbrukervirksomhet fra konkurranse. Departementet er derfor enig med Nkom i at dette taler for at Telenor i liten grad har egeninteresse i å «outsource» nedstrømsaktiviteter.

Nkom har videre gjort vurderinger i markedsanalysen, særlig i kapittel 4.3, som viser at det er klare tegn på ubalanse i styrkeforholdene mellom Telenor og kjøpere av tilgang, noe som igjen understøtter behov for tilgangsregulering. Det er blant annet langt vekt på utstrakt bruk av eksklusivitetsklausuler som er egnet til å svekke tilgangskjøpernes mulighet til å utøve kjøpermakt og begrense dynamikken i markedet. Videre er det lagt vekt på at vilkår om ensidig og ubetinget endringsadgang for Telenor, anses som egnet til å begrense tilgangskjøperes mulighet til å konkurrere med Telenor på likeverdige vilkår. Dette er etter

departementets syn vilkår som man ikke vil forvente å finne i et markedet med velfungerende konkurranse om å tilby tilgang for tjenesteleverandører. Departementet er på bakgrunn av det ovennevnte derfor ikke enige i Telenors anførsel om at det ikke er dokumentert at tilgangsnekt utgjør et konkurranseproblem i markedet.

Når det gjelder Telenors anførsel om at konkurransen mellom Telenor og Telia om å tilby tjenestetilbydertilgang er velfungerende, viser departementet til Vedtaket kapittel 7.1.4 hvor Nkom blant annet peker på at antall tjenestetilbydere som ikke er eid av de to netteierne har falt siden sist markedsanalyse. Telenor på sin side, mener at nedgangen i antall tjenesteleverandører snarere har bidratt til å styrke konkurransen enn å redusere den. Antall uavhengige tjenesteleverandører har gått fra i underkant av 20 i 2010 til 15 i 2015, jf. tabell 3 i markedsanalysen. Tall for første halvår 2017 viser at reduksjonen i antall tjenesteleverandører som ikke er eid av de to netteierne, har fortsatt og antallet ved utgangen av første halvår var 11. Utviklingen i antall tjenesteleverandører gir etter departementets syn ikke klare holdepunkter for at konkurransen fungerer, snarere tvert imot. Tallene viser at det har vært nesten en halvering i antall tjenesteleverandør siden 2010 noe som etter departementets vurdering kan tyde på at færre finner lønnsomhet i å være tilstede i dette markedssegmentet og at konkurransen i markedet samlet sett er svekket. Departementet har også merket seg at tilgangskjøperne i noen tilfeller betaler mer for tilgang til Telenors nett enn de gjør for internasjonal gjesting. Dette medfører at det er billigere for tilgangskjøper når deres kunder er på reise i utlandet og bruker utenlandske mobilnett. Dette er uheldig og trekker også i retning av at konkurransen i mobilmarkedet ikke er særlig velfungerende.

Telenor anfører videre at det er flere enn kun Telenor og Telia som kan tilby tilgang for tjenesteleverandører (herunder Ice og MVNOer) og at etablering av tjenesteleverandører har blitt enklere med eRate AS (eRate) sin inntreden i markedet som tilrettelegger. Departementet er ikke uenig i at også andre tilbydere kan tilby tilgang for tjenesteleverandører. Per i dag er det imidlertid riktig som Nkom skriver at det kun er Telenor og Telia som tilbyr slik tilgang. ICE har mulighet til å tilby slik tilgang basert på sin avtale om nasjonal gjesting med Telia, men gjør det ikke per i dag.

Telenor hevder det har formodningen mot seg at Konkurransetilsynet skulle tillate at Telias avtale med Ice ikke skulle gi Ice reelle muligheter til å tilby tilgang. Formålet med de avhjelpende tiltakene i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Telia og Tele2 var imidlertid ikke å legge til rette for økt eller sterkere konkurranse sammenlignet med situasjonen før foretakssammenslutningen, men å avhjelpe konkurransebegrensende virkninger som oppstod som følge foretakssammenslutningen. Det vises for øvrig til uttalelsen fra Konkurransetilsynet til varsel om Vedtak, hvor Konkurransetilsynet blant annet ber Nkom vurdere å regulere MVNO og tjenesteleverandørtilgang likt. Uttalelsen støtter opp om behovet for tilgangsplikt for tjenestetilbydere.

Departementet er enig med Telenor i at etablering av tjenesteleverandører har blitt enklere med eRate. eRate er imidlertid ikke noen konkurrent til de etablerte netteierne tilbud. eRate er et selskap som tilrettelegger for og tilbyr tilgang til mobilnett via egen plattform hvor selskapet håndterer integrering mot netteier og alle aspekter ved kundeforholdet. Gjennom å

være konkurransedyktig på andre tjenester enn tilgangsvilkårene, knytter eRate til seg tjenesteleverandører. Øvrige tilgangsvilkår følger av Telenors tjenesteleverandøravtale.

Når det gjelder Telenors anførsel om at nye vilkår i Telenors standard tilgangsavtale er en direkte konsekvens av Nkoms håndhevelse av ikke-diskrimineringskravet og ikke en følge av manglende konkurranse slik selskapet mener Nkom synes har lagt til grunn, viser departementet til at ikke-diskrimineringskravet ikke innebærer at alle tilgangskjøpere må ha like vilkår, men at eventuelle forskjeller i de vilkår som gis er basert på objektive kriterier. Telenor hevder at selskapet, for å redusere regulatorisk risiko, har sett seg nødt til å harmonisere standard tjenesteleverandøravtale med standard avtalene for MVNO-tilgang og nasjonal gjestingstilgang. Flere av vilkårene Telenor har inntatt i avtalen er imidlertid vilkår departementet mener at er i strid med formålet med reguleringen og som må ansees å være urimelig vilkår, jf. kapittel 6.4.4.2 (eksklusivitet) og 6.4.7.2 (ensidig og ubetinget endringsadgang). Etter departementets vurdering er dette som nevnt vilkår som man ikke ville finne igjen i et marked med velfungerende konkurranse om å tilby tilgang for tjenesteleverandører, slik Telenor hevder.

Telenor anfører at Ice sine muligheter til å etablere seg i grossistmarkedet som en tilbyder av tjenesteleverandørtilgang vil bli direkte svekket dersom Telenor pålegges å tilby tjenesteleverandørtilgang til strengt regulerte vilkår. Dette er strid med ekomloven § 3-4 tredje ledd om at plikter som pålegges skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse. Telenor viser i den forbindelse til rapporten selskapet har fått utarbeidet av Espen R. Moen og Christian Riis "*Vurdering av Nkoms markedsanalyse og varsel om vedtak av 16.9.2015*".

Når det gjelder rapporten fra Moen og Riis og deres resonnement knyttet til det tredje nettets mulighet til vokse i markedet, bemerker departementet at dette synes å bygge på en forutsetning om en "*hard regulering av Telenors tilgangspriser*". Departementet mener resonnementet har liten verdi da Telenor ikke er underlagt en slik prisregulering, men kun er pålagt et krav om ikke å sette tilgangskjøperne i marginskvis. Når det gjelder tjenesteleverandørtilgang er Telenor kun underlagt et krav om en bruttomarginskvistest.

Departementet er uenig i Telenors påstand om at en tilgangsplikt for Telenor vil svekke Ice sine muligheter til å etablere seg i markedet som en tilbyder av tilgang for tjenesteleverandør. Det vises til at Nkom i Vedtaket signaliserer en dreining mot i større grad å legge til rette for tjenestekonkurranse, i tillegg til hovedprinsippet om infrastrukturkonkurranse. Bakgrunnen for dette er blant annet at MVNOer og tjenestetilbydere vurderes å ha selvstendig betydning som aktører som kan bidra til tjenestekonkurranse og innovasjon på produkt- og tjenestenivå. MVNOer og tjenestetilbydere vil på sikt kunne bidra til større trafikk for det tredje nettet. I påvente av effektiv konkurranse om å tilby tilgang, har derfor Nkom kommet til at det bør legges til rette for at tilgangskjøpere har tilstrekkelig gode vilkår til å være i markedet. Departementet mener at MVNOer og tjenestetilbydere bidrar positivt til tjenestekonkurranse og innovasjon i markedet, og at tjenesteleverandørene skal gis tilgangsvilkår som gir dem mulighet til å konkurrere i sluttbrukermarkeder.

Telenors anførsel når det gjelder pålegg om å tilby tilgang for tjenesteleverandører fører ikke frem.

6.4.4 Regulering av tilgangsvilkår

6.4.4.1 Rimelighet

Telenor anfører at Nkom foretar en uriktig fortolkning av ekomloven § 4-1 i lys av tilgangsdirektivet artikkel 12. Telenor mener det kun er grunnlag for å presisere innholdet i tilgangsplikten så langt fravær av slik presisering ville innebære tilgangsnekt i relasjon til § 4-1. Det vises til at det fremgår av artikkel 12 nr. 2 at myndigheten 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 annet enn en generell adgang til rimelighetssensur. Telenor anfører at adgangen til å stille krav om rimelighet skal hindre at SMP-tilbyderen, istedenfor å nekte tilgang, stiller så urimelige vilkår at tilgangskjøperne i praksis utsettes for tilgangsnekt.

Til støtte for sitt syn vises det til sitat fra rapporten "*Ekomregulering – Nkoms kompetanse*" 20. februar 2017 øverst på side 16. Rapporten er utarbeidet av Professor Erling Hjelmeng på oppdrag fra Telenor. Telenor viser til at Nkom ikke har forsøkt å begrunne eller dokumentere at de avtalevilkårene Nkom forbyr i praksis innebærer tilgangsnekt, og at Nkoms regulering av avtalevilkår derfor er ugyldig. Forutsatt at tilgangsdirektivet skulle forstås slik Nkom legger til grunn, anfører Telenor subsidiært at bestemmelsen ikke har et direkte motstykke i ekomloven § 4-1, og at en slik myndighetskompetanse dermed ikke er implementert i norsk rett..

Departementet oppfatter at det ikke er uenighet om at myndigheten kan stille krav til overholdelse av frister i tilknytning til tilgang, og vil derfor avgrense vurderingen mot rettidige vilkår. Spørsmålet er om ekomloven § 4-1 første ledd gir myndigheten kompetanse til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling en generell plikt til å imøtekomme en rimelig anmodning om tilgang med "rimelige" og "rettferdige" vilkår for at tilgangsplikten skal overholdes.

Tilgangsbestemmelsene i ekomloven gjennomfører EUs tilgangsregulering på området for elektronisk kommunikasjon, og skal bidra til å begrense etableringshindringer og tilrettelegge for bærekraftig konkurranse til beste for brukerne. Tilgangsbegrepet etter tilgangsdirektivet omfatter ikke bare tilgjengeliggjøring av fasiliteter og tjenester, men også vilkår for slik tilgang. Det følger direkte av ordlyden i tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 tredje ledd at: "*[n]ational regulatory authorities may attach to those obligations conditions covering fairness, reasonableness and timeliness*". Denne delen av direktivteksten har ikke et direkte motstykke i ordlyden i ekomloven § 4-1 første ledd. Departementet viser til Ot.prp. 58 (2002-2003) kapittel 7, kapittel 7.6, hvor det fremgår at tilgangskapitlet ikke er en ren oversettelse av direktivtekstene. Departementet har tilpasset lovteksten til norsk lovgivningstradisjon. Dette innebærer blant annet at ekomlovens bestemmelser må fortolkes i henhold til norsk rettskildelære. Både reguleringens formål og reelle hensyn vil derfor spille inn i tolkningen av ekomloven § 4-1. Departementet viser til at EUs ekompakke er gjennomført noe ulikt i nasjonalstatene, blant annet fordi enkelte av EUs medlemsland har en kasuistisk lovgivningstradisjon og derfor har behov for å detaljere sin nasjonale lovgivning i større grad enn vi. For øvrig kan det være verdt å merke seg at heller ikke EU- domstolen tolker direktivene bare etter sin ordlyd, men også etter sitt formål.

I henhold til ekomloven § 4-1 første ledd kan myndigheten "pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å imøtekomme enhver rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett og -tjeneste". Ordlyden i ekomloven § 4-1 åpner eksplisitt for at myndigheten kan pålegge SMP-tilbyder å "endre avtale". I dette ligger det forutsetningsvis at myndigheten kan pålegge Telenor å endre vilkår i tilgangsavtalen.

Adgangen til å pålegge endring av tilgangsvilkår må sees opp mot det særskilte formålet som tilgangsreguleringen har, herunder at pliktene som pålegges skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd. Dette innebærer at myndigheten kan pålegge Telenor tilgangsforpliktelser som innebærer at urimelige vilkår som hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse må fjernes eller endres. Myndighetens adgang til å påvirke kontraktsforholdet på denne måten, er et viktig verktøy for å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse. Dersom myndigheten ikke skulle kunne pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å fjerne eller endre urimelige avtalevilkår, ville tilgangsplikten i praksis blitt lite effektiv. Ut i fra en "fra det mer til det mindre"-betraktning har myndigheten også anledning til på forhånd å gi visse føringer for tilgangsvilkårene før en avtale inngås.

Departementet viser for øvrig til at ekomloven § 4-1 om tilgang utgjør hovedbestemmelsen i gjennomføringen av tilgangsdirektivet artikkel 12. Det fremgår som nevnt ovenfor at det i henhold til artikkel 12 vil kunne være aktuelt å stille vilkår om rimelighet, rettferdighet og rettidige vilkår for å legge til rette for tilgang til og bruk av bestemte nettressurser. Endringsadgangen i § 4-1 første ledd må derfor tolkes i lys av bestemmelsen den gjennomfører, noe som støtter tolkningen ovenfor. Tilsvarende tolkning følger også av en svensk dom fra Kammarrätten i Stockholm 4. oktober 2011 i sak mellom Post- och telestyrelsen og TeliaSonera AB om "*[f]astställande av skyldighet att erbjuda avtalsviten vid tillhandahållande av telefoniabonnemang till grossistkunder enligt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikasjon (LEK)*".

Nkom har i Vedtaket kapittel 7.1.7.1 avsnitt 174 utdypet hvordan de vil følge opp kravet:

"Ved vurdering av om et avtalevilkår er rimelig og rettferdig, vil Nkom ta utgangspunkt i om det aktuelle vilkåret kan anses å være i samsvar med det som ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse og at begrensninger overfor tilgangskjøpere kan anses å være begrunnet i Telenors legitime behov, men ikke går lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og er forholdsmessig. Det forhold at vilkår ellers er utbredt i kommersiell praksis, vil etter Nkoms vurdering heve terskelen for å anse at vilkåret i denne sammenheng er i strid med et krav til rimelige og rettferdige vilkår".

Til Telenors anførsel om rimelighetssensur, bemerker departementet at det er klart at Nkom innenfor de rammer som er trukket opp gjennom reguleringen skal kunne vurdere om Telenor har overholdt plikten til å imøtekomme rimelige anmodninger om å inngå eller endre avtale om tilgang med rimelige vilkår. Dersom forpliktelsen ikke er overholdt vil Nkom om nødvendig kunne pålegge retting.

For å sikre forutsigbarhet både for Telenor og for tilgangskjøperne når det gjelder hva som ligger i kravet til ikke-diskriminering i praksis, er departementet enig med Nkom i at det er nødvendig å tydeliggjøre dette gjennom et særskilt pålegg. At tilgangskjøperne får tilbud om

tilgang på rimelige vilkår skaper bedre forutsigbarhet og mulighet for å drive virksomheten effektivt, noe som tilrettelegger for konkurranse i sluttbrukermarkedet. Pålegget er etter departementets vurdering således egnet til å gjøre tilgangsplikten tilstrekkelig effektiv, samt tilrettelegge for konkurranse på likeverdige vilkår som Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Dette vil videre tilrettelegge for bærekraftig konkurranse i tråd med ekomlovens formål.

Departementet kan ikke se at det er mindre inngripende alternativ som i tilstrekkelig grad er egnet til å bøte på konkurranseproblemet. Det vises blant annet til at tilgangsnektelse er identifisert som selve kjerneproblemet i marked 15. Dette omfatter både situasjoner der nettverkstilbyder nekter å forhandle med kjøper av tilgang, og tilfeller hvor tilgang selges på urimelige vilkår, slik at kjøper av tilgang ikke har en reell mulighet til å levere konkurransedyktige produkter i sluttbrukermarkedene. Slik atferd kan forhindre at nye aktører etablerer seg og tvinge etablerte aktører ut av markedet. Departementet viser for øvrig til vurderingene i Vedtaket kapittel 5.3.1, 5.3.3, og 7.1.7.1, som tiltredes med de begrensninger som angitt her. Videre er departementet enig med Nkom i at en forpliktelse for Telenor om å ikke stille urimelige vilkår, ikke kan anses som særlig byrdefullt i seg selv. Fordelen for konkurransen anses å overstige ulempene for Telenor. I lys av dette er det etter departementets vurdering både nødvendig og forholdsmessig å pålegge Telenor en eksplisitt plikt til å møte enhver rimelig anmodning om tilgang med "rimelige vilkår" for å gjøre tilgangsplikten tilstrekkelig effektiv.

Når det gjelder kravet om at vilkårene skal være "rettferdige" kan ikke departementet se at det i Vedtaket er redegjort for at et rettferdighetskrav i dette tilfellet i praksis vil gi noe mer enn kravet om "rimelige" vilkår. Departementet har sett nærmere på innholdet i direktivteksten og merket seg at oversettelsen av den engelske teksten "*reasonableness*" i artikkel 12 er "*chancengleichheit*" på tysk. Dette kan igjen oversettes med "like muligheter" som kanskje kan hevdes å gå noe lenger enn rimelige vilkår, men som likevel trekker i samme retning som formålet om "å fremme bærekraftig konkurranse" i § 3-4 tredje ledd. I tvilstilfeller er det imidlertid den juridiske teksten på engelsk og fransk som legges til grunn i EU-retten. I den franske teksten benyttes begrepet "équitable" som oversettes med "rettferdig, rimelig". Forskjellen på rimelig og rettferdig er med andre ord ikke stor i dette tilfellet. Det vises videre til at "urimelige krav" er identifisert som et aktuelt konkurranseproblem og eksemplifisert blant annet i Vedtaket kapittel 5.3.3. Departementet er på bakgrunn av dette kommet til at det ikke er hensiktsmessig å problematisere forskjellen mellom rimelig og rettferdig i vår sak, og legger til grunn at Vedtaket ikke underbygger at det stilles et eget krav til rettferdighet i dette tilfellet. Dersom Nkom finner det nødvendig å stille et rettferdighetskrav på et senere tidspunkt, ber departementet om at dette grunnis nærmere og at det synliggjøres hvordan tilbyder med sterk markedsstilling skal forholde seg til kravet.

Departementet konkluderer etter dette med at ekomloven gir hjemmel for myndigheten til på forhånd å stille et krav om at rimelige anmodninger om å inngå eller endre avtale om tilgang skal imøtekommes med rimelige vilkår, jf. §§ 4-1 første ledd, jf. 3-4 tredje ledd. Departementet opprettholder dermed Nkoms Vedtak på dette punkt med de begrensninger som følger over.

For å unngå uklarhet om Telenors forpliktelser mener departementet dessuten at forpliktelsen burde fremgå mer direkte av Vedtaket kapittel 8 om pålegg av særskilte forpliktelser. Det vises til presiseringen i kapittel 9.

6.4.4.2 Eksklusivitet

Telenor anfører prinsipalt at Vedtaket mangler hjemmel i ekomloven § 4-1 til å forby bruk av vilkår om eksklusivitet. Det anføres at det kun er grunnlag for å presisere innholdet i tilgangsplikten så langt fravær av en slik presisering, eller alternative vilkår, ville representere tilgangsnekt. Krav om at Telenors grossistkunder utelukkende kan kjøpe nettilgang fra Telenor er det motsatte av tilgangsnekt. Subsidiært anføres det at Nkom ikke har dokumentert at "dobbeltroamingsforbudet" virker utestengende. Telenor opplyser at hensikten med å opprettholde det såkalte "dobbeltroamingforbudet" er å hindre at Telenor ved oppfyllelse av leveringsplikten etter ekomloven § 4-1 gir grossistkundene et konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet som Telenor ikke er i stand til å skaffe seg, det vil si dekning i flere nett. Telenor anfører videre at konsekvensene av den foreslåtte reguleringen ikke er tilstrekkelig utredet, og at dette er en sakshandlingsfeil som må lede til ugyldighet. Det anføres også at Vedtaket på dette punkt er så uklart at det i seg selv må lede til ugyldighet.

Når det gjelder Telenors prinsipale og subsidiære anførsel, viser departementet til redegjørelsen i kapittel 6.4.4.1 om "Rimelighet" når det gjelder myndighetens adgang til på forhånd å stille visse krav til Telenors tilgangsvilkår etter ekomloven §§ 4-1, jf. 3-4. Departementet vil på bakgrunn av dette først vurdere anførsler knyttet til saksbehandlingsfeil under kapittel 6.4.4.2.1. I kapittel 6.4.4.2.2 og 6.4.4.2.3 vurderes det hvorvidt det er rettsgrunnlag til å forby bruk av avtalevilkår om forhandlings- og leveringseksklusivitet, jf. kapittel 6.4.4.1.

6.4.4.2.1 Saksbehandlingsfeil

Telenor anfører at konsekvensene av den foreslåtte reguleringen ikke er tilstrekkelig utredet, herunder at Nkom ikke har vurdert hvilke konsekvenser Vedtaket vil ha for dekningskonkurransen. Telenor anfører at et forbud mot eksklusivitet vil kunne redusere insentivene til å bygge det tredje nettet, og således redusere infrastrukturkonkurransen. Telenor viser i denne sammenheng til dom i Asker og Bærum tingrett fra 2012, hvor retten blant annet uttalte at Network Norway, uten et "dobbeltroamingforbud", ville kunne inngå en avtale om nasjonal gjesting med både Telenor og NetCom (nåværende Telia), og på denne måte oppnå betydelig bedre dekning (i tre nett) enn Telenor og NetCom. Retten viser til at Network Norway ikke vil kunne få slik dekning gjennom utbygging av sitt eget mobilnett, og at "dobbeltroaming" dermed vil kunne gjøre det attraktivt å holde igjen på utbyggingen lengst mulig. På denne måten ville fraværet av "dobbeltroamingforbudet" kunne redusere insentivene for videre utbygging av det tredje mobilnettet, noe som ville svekket infrastrukturkonkurransen. Dette er en saksbehandlingsfeil som har virket bestemmende på Vedtakets innhold, og som må lede til ugyldighet av Vedtaket på dette punkt.

Telenor anfører også at Vedtaket er så uklart at det må lede til ugyldighet. Det vises til at sentrale kriterier for å trekke grensen mellom lovlig og ulovlig eksklusivitet ikke er angitt eller

nærmere definert. Det vises til at det er et grunnleggende prinsipp at inngripende vedtak må være tilstrekkelig klart til å forutberegne egen rettsstilling og gi mulighet til praktisk innrettelse og kontroll med etterlevelse av forpliktelsene. Slik Vedtaket er formulert har Telenor ingen mulighet for å sikre etterlevelse av dette forbudet.

Departementet viser til at den konkrete uttalelsen til tingretten om konsekvensene av forbudet mot "dobbeltroaming" i tilgangsavtalen med Network Norway for utbyggingen av det tredje nettet, bygger på en forutsetning om at Network Norway uten forbudet ville kunne inngå avtale om nasjonal gjesting med både Telenor og NetCom, og på denne måten oppnå betydelig bedre dekning i tre nett enn Telenor og NetCom. Departementet kan ikke se at henvisningen til dommen fra Asker og Bærum tingrett er direkte relevant i denne sammenheng, ettersom det fremgår av Vedtaket at det vil være tillatt for Telenor å stille krav om leveringseksklusivitet på SIM-nivå. Leveringseksklusivitet på SIM-nivå innebærer at en kjøper av tilgang ikke tillates å tilby egne kunder dekning i flere eksterne mobilnett på samme SIM (såkalt "dobbeldekning" eller "dobbeltroaming"). Dermed skulle også formålet med "dobbeltroamingforbudet", slik Telenor har beskrevet det, være godt ivaretatt ettersom eksklusivitet på SIM-nivå nettopp vil sikre at sluttbruker ikke får dekning i flere nett samtidig. Dessuten vil en anmodning om tilgang til nasjonal gjesting for en tilgangskjøper som allerede kjøper nasjonal gjesting fra en annen nettverkstilbyder, neppe være å regne som en rimelig anmodning etter ekomloven § 4-1 annet ledd.

Til Telenors anførsel om at det ikke er utredet hvilke konsekvenser Vedtaket vil ha for dekningskonkurransen, viser departementet blant annet til Vedtaket avsnitt 60:

"Nkom anser videre at muligheten til å dekke deler av en tilgangskjøpers behov for nettilgang vil kunne være spesielt aktuelt for en tredje nettverkstilbyder i områder med god egendekning. Eksklusivitetsbestemmelser vil således kunne redusere det tredje nettets muligheter til å øke trafikken i eget nett gjennom salg av tilgang. Nkom anser således at konkurranseproblemene knyttet til eksklusivitetsbestemmelser ikke er begrenset til enkeltmarkedsdominans og etableringshindrende adferd".

Videre vises det til Vedtaket avsnitt 181:

"Leveringseksklusivitet innebærer at tilbyderen med sterk markedsstilling begrenser tilgangskjøperens rett til å ha parallelle tilgangsavtaler med ulike vertsoperatører. Etter Nkoms vurdering vil en slik begrensning være egnet til å svekke tilgangskjøperes forhandlingsstyrke. Nkom mener videre at et krav om leveringseksklusivitet vil begrense muligheten for en tredje nettverksaktør til å dekke deler av tilgangskjøperes behov for tilgang og dermed være egnet til å redusere muligheten for å oppnå infrastrukturbasert konkurranse gjennom et tredje konkurransedyktig nett".

Dette viser at Nkom har vurdert konsekvensene for dekningskonkurransen. Det er et uttalt mål for reguleringen av det norske mobilmarkedet at det skal legges til rette for utbygging av minst tre uavhengige mobilnett, jf. ekomplanen punkt. 25.3. Departementet er enig med Nkom i at forhandlingseksklusivitet, eller leveringseksklusivitet på konserns-, selskaps- og merkevarenivå, vil kunne være egnet til å begrense muligheten for en tredje nettverksaktør til å tilknytte seg tilgangskjøpere, og dermed være egnet til å redusere muligheten for å oppnå

infrastrukturbasert konkurranse gjennom et tredje konkurransedyktig nett. Dette vil igjen kunne svekke konkurransen og innovasjon i markedet, til skade for brukerne.

Telenor anfører at det ikke er relevant at eksklusivitetsklausuler svekker en tredje nettverkstilbyders mulighet til å dekke "deler" av tilgangskjøpers behov, fordi både Telia og Ice kan dekke "hele" behovet til tilgangskjøpere i markedet og tilgangskjøpernes behov jevnlig er konkurranseutsatt. Det er uklart for departementet om Telenor og Nkom har lagt samme forståelse til grunn i Vedtaket på dette punkt. Departementet oppfatter at Nkom sikter til ulike sluttbrukermarkeder (for eksempel bedrift og privat) når Nkom skriver "deler av" markedet. Dette kunne nok kommet klarer frem i Vedtaket. Som det fremgår av departementets vurdering ovenfor, er det relevant å vektlegge at en tilgangskjøper kan velge å inngå flere tilgangsavtaler med ulike nettilbydere for å dekke ulike sluttbrukermarkeder. Det vises til vurderingen ovenfor om at det kan svekke muligheten for en tredje nettverksaktør til å knytte til seg tilgangskjøpere, dersom Telenor kan stille krav om leveringseksklusivitet på selskaps- og merkevarenivå i ulike sluttbrukermarkeder.

Telenor opplyser at "dobbeltroamingforbudet" i Telenors standardavtaler har en varighet på 12 måneder. Det anføres at forbudet har så kort varighet at det ikke er egnet til å begrense konkurransen, og at konkurransen om tilgangskjøpere er sterk. Departementet merker seg at det fremgår av ordlyden i Telenors gjeldende standardavtaler at eksklusivitetsbestemmelsene skal gjelde i hele avtaleperioden. Det fremgår videre at Telenors standardavtaler har en varighet på 18 måneder. Innen seks måneder forut for sluttdato for avtalen plikter tilgangskjøper å varsle Telenor om de ønsker å inngå ny avtale, eller om tilgangskjøper ønsker å portere ut sine kunder. Departementet er på bakgrunn av dette enig med Nkom i vurderingen om at forhandlings- og leveringseksklusivitet dermed kontinuerlig vil utgjøre et hinder for en tilgangsselger som ellers kunne dekke deler av en tilbyders behov for tilgang.

Når det gjelder Telenors henvisning til reduksjon i selskapets egne tilgangspriser og at dette viser at det er konkurranse om grossistkundene, legger departementet vekt på at tilgangen var underlagt regulering i form av en ikke-diskrimineringsplikt på pris på dette tidspunktet. Det kan dermed ikke sluttet at konkurransen alene har ledet til reduksjonen i tilgangsprisene.

Når det gjelder Telenors anførsler om at reguleringen av eksklusivitet er så vag og uklar at dette i seg selv må lede til ugyldighet, viser departementet til at Nkom i Vedtaket kapittel 7.1.7.2 har gitt konkrete eksempler på hva som vil være tillatt, og hvilke begrensninger som gjelder. Telenor har anført at det er uklart hva som er ligger i begrepene "merkevare", "sluttbrukermarkeder" og hva som utgjør et "abonnementsforhold". Hva som anses som et sluttbrukermarked fremgår klart av markedsavgrensningen i Vedtaket kapittel 2.3. Videre har Nkom gitt konkrete eksempler på merkevarer i Vedtaket, herunder at blant annet Djuice, Talkmore og Dipper er Telenors interne merkevarer. Det vises også til eksempler gitt i markedsanalysen avsnitt 180, jf. Vedtaket vedlegg 1.

Når det gjelder forståelsen av begrepene abonnementsforhold og abonnent, viser departementet til Nkoms innstilling, hvor det fremgår at Telenor i klagen synes å legge til grunn at Nkom har forklart abonnementsforhold med "abonnenter som utgjør samme

abonnementsforhold" mens det i Vedtaket benyttes begrepet "abonnementer" og ikke "abonnenter". Uklarheten ser med andre ord ut til å skyldes en misforståelse.

Til Telenors bekymring om at forbud mot "dobbeltroaming" i standardavtalene vil kunne omgås ved at tilgangskjøper sender to eller flere fakturaer til samme kunde, istedenfor en samlefaktura, bemerker departementet at Telenor har rett til å kreve eksklusivitet på SIM-nivå. I samme sluttbrukermarkeder er det heller ikke tillatt for tilgangskjøper å tilby tilgang til ulike mobilnett. Departementet kan derfor ikke se at det er grunnlag for Telenors bekymring. Telenor er for øvrig en profesjonell aktør med inngående kjennskap til mobilmarkedet, og har etter departementets vurdering gode forutsetninger for å innrette seg i tråd med Vedtaket. Ved tvil om hvor grensen går i et konkret tilfelle, vil Telenor kunne henvende seg til Nkom for å få ytterligere veiledning.

Etter en konkret vurdering er departementet kommet til at Telenors anførsler knyttet til saksbehandlingsfeil ikke fører frem.

6.4.4.2.2 Forhandlingseksklusivitet

Telenor anfører som nevnt at det ikke er rettsgrunnlag til å forby eksklusivitetsklausuler. I Vedtaket pålegges Telenor en generell plikt til at vilkår i Telenors individuelle tilgangsavtaler og standardavtaler for tilgang skal være rimelige, jf. ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. 4-1. Nkom legger til grunn at forhandlingseksklusivitet er et urimelig vilkår, og at Telenor ikke har anledning til å stille vilkår om forhandlingseksklusivitet i tilknytning til forhandlinger om inngåelse eller endring av avtale om regulert tilgang.

Departementet viser til Nkoms vurdering i Vedtaket avsnitt 179 :

"Det relevante markedet er karakterisert av at det er et svært begrenset antall aktører på tilbudssiden og begrenset grad av kjøpermakt. Forhandlingseksklusivitet innebærer en begrensning i tilgangskjøperes mulighet til å stille tilbud fra ulike selgere av tilgang opp mot hverandre. Nkom mener derfor at forhandlingseksklusivitet både er egnet til å redusere kjøpermakt og til å begrense markedsdynamikken. En slik form for eksklusivitet vil dermed virke konkurransebegrensende og vil etter Nkoms vurdering kunne motvirke formålet med reguleringen. Nkom mener forhandlingseksklusivitet er et urimelig vilkår og presiserer at Telenor ikke har anledning til å stille vilkår om forhandlingseksklusivitet i tilknytning til forhandlinger om inngåelse eller endring av avtale om regulert tilgang".

Departementet er enig i denne vurderingen. Dersom en rimelig anmodning om tilgang imøtekommes med krav om forhandlingseksklusivitet, enten ved anmodning om inngåelse av ny avtale eller ved reforhandling av eksisterende, vil dette etter departementets vurdering kunne motvirke tilretteleggingen av bærekraftig konkurranse i markedet og svekke næringsutvikling og innovasjon.

For å bidra til etablering av bærekraftig konkurranse i tilgangsmarkedet må det legges til rette for at tilgangskjøper skal kunne kjøpe tilgang hos den aktøren som selger slik tilgang til beste vilkår. Tilgangskjøperen vil presumptivt oppnå best vilkår i en situasjon hvor tilgangsselgere konkurrerer mot hverandre om å tiltrekke seg tilgangskjøper. Dette gjøres

ved at de for eksempel konkurrerer om å gi beste vilkår, herunder pris. Et krav om forhandlingseksklusivitet forhindrer en slik priskonkurransesituasjon.

Departementet er på denne bakgrunn enig med Nkom i at forhandlingseksklusivitet er konkurransebegrensende, egnet til å svekke formålet med reguleringen. Det anses derfor som et urimelig vilkår. Telenor pålegges i Vedtaket å tilby tilgang uten vilkår om forhandlingseksklusivitet i tilknytning til forhandlinger om inngåelse eller endring av avtale om regulert tilgang, jf. ekomloven §§ 4-1, jf. 3-4. Dette gjelder både for Telenors individuelle tilgangsavtaler og for standardavtaler om tilgang. Departementet opprettholder således Vedtaket på dette punkt.

For å unngå uklarhet om Telenors forpliktelser mener departementet dessuten at forpliktelsen burde fremgå mer direkte av Vedtaket kapittel 8 om pålegg av særskilte forpliktelser. Det vises til presisering i kapittel 9.

6.4.4.2.3 Leveringseksklusivitet

Telenor anfører at det ikke er rettsgrunnlag til å forby bruk av eksklusivitetsklausuler. Det følger av Vedtaket at krav om leveringseksklusivitet som går utover hva som er nødvendig for å ivareta Telenors legitime interesser, vil være å anse som urimelige avtalevilkår, jf. ekomloven §§ 4-6, jf. 4-1. Med leveringseksklusivitet sikter Nkom til krav om at tilgangskjøperen ikke skal benytte andre mobilnett enn vertsoveratørens nett for tilbud av slike tjenester som omfattes av tilgangsavtalen, jf. Vedtaket avsnitt 180. Krav om leveringseksklusivitet kan være av ulikt omfang og kan stilles på blant annet konsern-, selskaps-, merkevare- og SIM-nivå samt gjøres gjeldende i ulik grad overfor kjøpere av ulike typer tilgang. For å oppnå økt klarhet om reguleringens krav og dermed økt forutberegnelighet for aktørene, har Nkom redegjort nærmere for hvordan Nkom vurderer kravet til ikke å stille urimelige krav i tilknytning til regulert tilgang opp mot noen sentrale former for leveringseksklusivitet.

Departementet viser til at hvorvidt en tilgangsavtale med en klausul om leveringseksklusivitet kan sies å hindre eller begrense konkurransen, eller på annet vis anses som et urimelig avtalevilkår, i utgangspunktet vil bero på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak. Det vises til vurderingen under kapittel 6.4.4.1 hvor det fremgår at myndigheten, basert på en "fra det mer til det mindre" betraktning, også har anledning til på forhånd å gi visse føringer for tilgangsvilkårene før en avtale inngås.

Konserneksklusivitet er den mest vidtrekkende formen for leveringseksklusivitet. Dersom departementet kommer til at Telenor har adgang til å stille vilkår om eksklusivitet på konsernnivå i sine avtaler om regulert tilgang, er det ikke nødvendig for departementet å vurdere øvrige nivå, ettersom konserneksklusivitet konsumerer det øvrige. Departementet vil derfor starte med å vurdere om det er hjemmel til å forby Telenors bruk av klausuler om konserneksklusivitet gjennom markedsvedtaket.

Det relevante markedet er som kjent karakterisert av at det er et svært begrenset antall aktører på tilbudssiden og begrenset grad av kjøpermakt. Dersom Telenor stiller krav om

leveringseksklusivitet på konsernnivå, innebærer det at Telenors tilgangskjøper, eller selskap i samme konsern som denne, ikke kan kjøpe tilgang av en annen netteier enn Telenor.

Departementet viser til at det er et uttalt mål for reguleringen av det norske mobilmarkedet at det skal legges til rette for utbygging av minst tre uavhengige mobilnett, jf. ekomplanen punkt. 25.3. Leveringseksklusivitet på konsernnivå, som begrenser friheten for selskaper under samme konsern til å inngå tilgangsavtaler med andre enn Telenor, vil etter departementets vurdering kunne være egnet til å begrense muligheten for en tredje nettverksaktør til å tilknytte seg tilgangskjøpere, og dermed være egnet til å redusere muligheten for å oppnå infrastrukturbasert konkurranse gjennom et tredje konkurransedyktig nett. Dette vil igjen kunne svekke konkurransen og innovasjon i markedet, til skade for brukerne.

Telenor anfører på sin side at slike eksklusivetsklausuler er velbegrunnet ut fra selskapets behov for å beskytte investeringene i dekning og konkurransen om dekning. Departementet har en viss forståelse for at Telenor ønsker å beskytte investeringene i dekning og konkurransen om dekning. Denne typen klausuler rammer imidlertid svært vidt, og omfatter ikke bare tilgangskjøper som er avtalepart med Telenor, men får også virkning for beslutningsfriheten til de ulike selskapene som er tilknyttet konsernet. En så vidtgående form for eksklusivitet kommer etter departementets oppfatning i konflikt med reguleringens mål om å legge til rette for bærekraftig konkurranse, og anses som et urimelig vilkår. Departementet konkluderer derfor med at klausuler om konserneksklusivitet i avtaler om regulert tilgang til mobilnettet er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet med reguleringen, og at Telenor derfor ikke har adgang til å stille slike krav, jf. ekomloven §§ 4-1 jf. 3-4. Vedtaket opprettholdes på dette punkt.

Etter departementets vurdering gjør flere av de samme hensynene seg gjeldende på selskaps- og merkevarerivå. Eksklusivetsklausuler på selskaps- og merkevarerivå vil på samme vis som ved konserneksklusivitet kunne være egnet til å begrense muligheten for en tredje nettverksaktør til å tilknytte seg tilgangskjøpere, og dermed være egnet til å redusere muligheten for å oppnå infrastrukturbasert konkurranse gjennom et tredje konkurransedyktig nett. I utgangspunktet taler dette for at det også på selskaps- og merkevarerivå bør være frihet til å inngå avtale med flere enn en nettilbyder.

Dette vil imidlertid innebære at et selskapet eller selskapets merkevare(r) kan tilby produkter i samme sluttbrukermarked basert på tilgangsavtaler med ulike nettverksselskap. Etter departementets vurdering vil dette kunne gi selskapet eller dets merkevarer et konkurransefortrinn sammenlignet med Telenor i form av bedre dekning. Hensikten med tilgangsplikten er å sikre tilgangskjøperne tilgang som er nødvendig for å tilby konkurrerende tjenester. Tilgangsplikten er ikke ment å gi et konkurransefortrinn for tilgangskjøperen. Departementet merker seg at Nkom i Vedtaket kapittel 7.1.7.2 oppstiller en mer kvalifisert terskel gjennom krav til at konkurransefortrinnet ikke skal være "signifikant". Departementet viser til at den sektorspesifikk konkurransereguleringen skal tilrettelegge for konkurranse på like vilkår, og kan ikke se at en slik terskel er tilstrekkelig forankret

Etter departementets vurdering vil Telenor derfor kunne stille krav om eksklusivitet for å hindre at tilgangskjøper skal kunne tilby egne kunder dekning i to nett samtidig i samme

sluttbrukermarked. . Selskapet og selskapets merkevare(r) bør likevel etter departementets vurdering ha frihet til å velge ulike nettilbydere for det tilbudet selskapet eller merkevare tilbyr til ulike sluttbrukermarkeder, fordi dette ikke vil gi tilgangskjøperen et tilsvarende konkurransefortrinn.

Departementet opprettholder på bakgrunn av det ovennevnte Vedtaket på dette punkt med modifikasjonen som nevnt over. Dette innebærer at Telenor kun kan stille krav om at tilgang til Telenors mobilnett ikke kan tilbys sammen med dekning i annet eksternt mobilnett i samme sluttbrukermarked, jf. ekomloven §§ 4-1 jf. 3-4.

Departementet legger for øvrig også til grunn at det er enighet om at Telenor kan stille krav om leveringseksklusivitet på SIM-nivå, og tilsvarende når det gjelder tilbud om dekning i flere mobilnett i samme abonnementsforhold. Slike krav er ment å hindre at tilgangskjøper gjennom regulert tilgang oppnår bedre vilkår enn Telenors egen virksomhet, for eksempel bedre dekning.

Når det gjelder Telenors anførsel om at utestenging i grossistmarkedet ikke er tilgangsnekt etter ekomloven § 4-1, viser departementet til det som er sagt over om at tilgangsplikten må tolkes i samsvar med formålsbestemmelsen. Utestenging i grossistmarkedet, gjennom betingelser om forhandlings- og leveringseksklusivitet i tilgangsavtaler som begrenser andre tilgangsselgeres mulighet til å konkurrere om tilgangskjøperne, vil kunne redusere det tredje nettets mulighet til å øke trafikken i eget nett, og dermed kunne bidra til å begrense utbygging av det tredje nettet i strid med det uttalte målet for reguleringen.

Oppsummert innebærer ovennevnte at departementet opprettholder Nkoms vurdering om at Telenor kun kan stille krav om leveringseksklusivitet på SIM-nivå, når det gjelder tilbud om dekning i flere mobilnett i samme abonnementsforhold, samt at tilgang til Telenors mobilnett ikke kan tilbys sammen med dekning i annet eksternt mobilnett i samme sluttbrukermarked, jf. ekomloven §§ 4-1 jf. 3-4. Dette gjelder både for Telenors individuelle tilgangsavtaler og for standardavtaler om tilgang, jf. ekomloven §§ 4-6, jf. 4-1.

For å unngå uklarhet om Telenors forpliktelser mener departementet dessuten at forpliktelsen burde fremgå mer direkte av Vedtaket kapittel 8 om pålegg av særskilte forpliktelser. Det vises til presisering i kapittel 9.

6.4.5 Ikke-diskriminering og krav til variabel prisstruktur

Telenor anfører at det ikke er hjemmel i ekomloven § 4-7 til å stille krav om trafikkavhengig variabel prisstruktur. Det er kun kompetanse til å fastsette pålegg om ikke-diskriminering. Krav om trafikkavhengig variabel prisstruktur er derfor ugyldig. Telenor anfører subsidiært at pålegget er ugyldig fordi det ikke er identifisert eller dokumentert et reguleringsbehov. Atter subsidiært anfører Telenor at det ikke er dokumentert at fastpris utgjør diskriminering etter ekomloven § 4-7. Det anføres videre at ESAs innvendinger mot et krav om trafikkavhengig variabel pris ikke er hensyntatt. Forutsatt at ekomloven § 4-7 gir hjemmel til å fastsette krav om variable priser, anfører Telenor at det ikke kan stilles ytterligere krav om hvordan variable priser skal utformes. I tillegg anfører Telenor at manglende utredning av konsekvenser av krav om trafikkavhengig variabel pris medfører at pålegget er ugyldig.

De nærmere anførsler vil bli vurdert nedenfor i kapittel 6.4.5 og underkapittel 6.4.5.1 til og med 6.4.5.5.

Departementet viser til ordlyden i ekomloven § 4-7 første ledd, hvor det fremgår at myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til eksterne tilbydere på ikke-diskriminerende vilkår. Videre følger det av annet ledd at:

"[m]yndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til andre tilbydere på samme eller likeverdige vilkår og til samme eller likeverdig kvalitet som det tilbys egen virksomhet, datterselskaper eller partnervirksomheter".

Telenor er vertikalt integrert og opererer etter det departementet har fått opplyst og utfra egen beslutning ikke med grossistavtaler mellom selskapets grossistvirksomhet og egen sluttbrukervirksomhet. Dette innebærer at man ved vurdering av om forpliktelsen om ikke-diskriminering oppfylles, ikke kan ta utgangspunkt i en konkret sammenlikning av innhold og priser i en tilgangsavtale mellom Telenors grossistvirksomhet og Telenors sluttbrukervirksomhet på den ene siden, og Telenors tilbud om tilgangsavtale til eksterne kjøpere av tilgang på den annen side. Tilsynet med om kravet til ikke-diskriminering oppfylles må derfor skje gjennom en vurdering av om tilbudet Telenor gir til eksterne tilgangskjøpere gir "likeverdige" muligheter som Telenors sluttbrukervirksomhet til å konkurrere i sluttbrukermarkedet.

Denne tilnærmingen støttes av merknaden til bestemmelsen, hvor det blant annet fremgår at kravet til ikke-diskriminering må ses i sammenheng med formålet med tilgangsbestemmelsene, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003). Det fremgår der at det er særlig viktig å kunne pålegge tilbyder med sterk markedsstilling som er vertikalt integrert, ikke-diskriminering ved salg av tilgang til nett eller tjenester mellom egne og eksterne virksomheter som konkurrerer i samme nedstrømsmarked. Videre følger det at *"Det avgjørende i en konkurransemessig kontekst er at tilbudt "tjeneste" utformes slik at det kan konkurreres på like vilkår."* Det fremgår av dette at det er relevant hvordan tjenesten utformes. Kravet til ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet er således ment å hindre at Telenor setter vilkår for tilgang som innebærer favorisering av egen sluttbrukervirksomhet.

Etter departementets vurdering vil også tilbudt prisstruktur kunne påvirke tilgangskjøpers mulighet til å konkurrere på likeverdige vilkår som Telenors interne sluttbrukervirksomhet. Det vises blant annet til Vedtaket avsnitt 221 hvor dette eksemplifiseres. Ekomloven § 4-7 gir hjemmel til at myndigheten kan stille krav om at Telenor tilpasser prisstrukturen på de regulerte grossistproduktene, slik at tilgangskjøper gis likeverdig mulighet til å utforme tilbud og prisstrukturer i sluttbrukermarkedet som Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Ordlyden sammenholdt med forarbeidene støtter en slik forståelse.

Telenors hovedanførsel knyttet til manglende hjemmel kan på bakgrunn av dette ikke føre frem. Departementet vil ta stilling til Telenors subsidiære anførsler nedenfor i kapittel 6.4.5.1 til 6.4.5.5.

6.4.5.1 Reguleringsbehov

Telenor har anført at et pålegg om ikke-diskriminering og trafikkavhengig variabel prisstruktur er ugyldig fordi det er uklart hvilket konkurranseproblem pålegget er ment å adressere. Det anføres videre i relasjon til Vedtaket avsnitt 223 at det ikke er sannsynliggjort, underbygget eller dokumentert at særlig fastpris har en negativ effekt på utbyggingsinsentiver for en aktør med nasjonal gjestingsavtale. Telenor viser til at Nkom ikke har identifisert eller dokumentert reguleringsbehovet og at dette er en saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet.

Departementet viser til at det i Vedtaket kapittel 5 om konkurranseproblemer, avsnitt 23, er tatt utgangspunkt i at særskilte forpliktelser som pålegges tilbydere med sterk markedsstilling, skal være egnet til å bøte på faktiske eller potensielle konkurranseproblemer i det relevante markedet. Pålegg av særskilte forpliktelser er ikke betinget av at misbruk av markedsrett faktisk har funnet sted. Det er tilstrekkelig at det potensielt kan oppstå et konkurranseproblem under gitte forhold. Nkom har identifisert prisdiskriminering gjennom bruk av bestemte prisstrukturer som et potensielt konkurranseproblem i mobilmarkedet. Det vises til Vedtaket avsnitt 40:

"Prisdiskriminering kan også komme til uttrykk i form av prisstruktur. En vertikalt integrert aktør som ikke selv er bundet av en intern tilgangsavtale, vil ha insentiver til å tilby prisstrukturer eksternt som setter begrensninger eller har en ekskluderende virkning. Prisstrukturer kan på denne måten skape ulike konkurransevilkår mellom intern og ekstern virksomhet".

Nkom har også vist til konkrete klagesaker i markedsanalysen, hvor prisstrukturen i Telenors tilgangsavtaler er påklaget, jf. Vedtaket vedlegg 1, kapittel 4.3.7.3.

Når det gjelder Telenors anførsel knyttet til Vedtaket avsnitt 223, ser departementet på den ene siden at høye SIM-avgifter på abonnementsnivå isolert sett vil kunne øke tilgangskjøpers ønske om å øke utbyggingstakten og raskest mulig kunne gjøre seg helt uavhengig av å kjøpe tilgang. På den annen side er departementet enig med Nkom i at utbyggingstakt er styrt av flere forhold utenfor tilgangskjøpers kontroll, hvorav den finansielle situasjonen er et av disse. Besparelsen for en nettverkstilbyder med nasjonal gjesting ved å overføre trafikk til eget nett, tilsvarer bortfallet av de trafikkavhengige prisene. Dersom de trafikkavhengige prisene er relativt lave og de faste avgiftene per abonnent/SIM-kort er relativt høye, blir følgelig besparelsen av å øke omfanget av eget nett relativt lav så lenge aktøren er avhengig av å kjøpe nasjonal gjesting.

Departementet er ikke enig med Telenor i at Nkom ikke har underbygget dette tilstrekkelig i Vedtaket. Nkom har gjennomført en omfattende markedsanalyse, utkast til vedtak har vært på høring og Nkom har vurdert høringsinnspillene. Det vises videre til Nkoms vurdering i markedsanalysen avsnitt 455 hvor det fremgår at stadig økende krav og forventninger til dekning hos sluttbrukerne gjør at et tredje mobilnett vil være avhengig av nasjonal gjesting utover de nærmeste to til tre årene for å kunne tilby attraktive tjenester i de relevante markedene. Videre har Nkom i Vedtaket avsnitt 102 gjort følgende vurdering:

"Retten til nasjonal gjesting vil isolert sett kunne gi motstridende insentiver for den nye aktøren med hensyn til å bygge eget nett. På den ene siden kan nasjonal gjesting redusere behovet for å utvide egen infrastruktur og dermed kunne redusere insentivene til å investere. På den annen side kan rett til nasjonal gjesting gi økt forutsigbarhet om egne rammebetingelser og dermed bidra til økte investeringer".

Etter departementet syn viser dette at Nkom har foretatt en vurdering av effekten av en prisstruktur med fastpriskomponenter på utbyggingsinsentivene for en aktør med avtale om nasjonal gjesting.

Det konkluderes på bakgrunn av ovennevnte med at det er tilstrekkelig angitt i Vedtaket hvilket konkurranseproblem et krav om ikke-diskriminering og trafikkavhengig variabel prisstruktur er ment å adressere. Etter departementets syn er det ikke grunnlag for Telenors anførsel om at det ikke er sannsynliggjort, underbygget eller dokumentert et reguleringsbehov.

6.4.5.2 Krav til trafikkavhengig variabel prisstruktur

Telenor hevder at Nkom i Vedtaket har lagt til grunn at fastpris utgjør diskriminering, og at dette hviler på grunnleggende feil faktum og forutsetninger. Det anføres at det ikke er dokumentert at fastpris utgjør diskriminering etter ekomloven § 4-7.

Departementet kan ikke se at Nkom i Vedtaket har lagt til grunn at fastpris i seg selv utgjør diskriminering, slik Telenor hevder. Tvert imot fremgår det eksplisitt av Vedtaket avsnitt 225 at:

"Virkingen av en gitt prisstruktur for tilbyders mulighet til å tilby konkurransedyktige sluttbrukerprodukter, vil kunne være forskjellig fra ulike sluttbrukermarkeder. Tilgangskjøpere vil derfor kunne etterspørre ulike prisstrukturer. Det vil videre kunne være formålstjenlig å tilby flere prisstrukturer per tilgangsform for at tilgangskjøpere skal ha tilsvarende muligheter som Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Kravet til ikke-diskriminering er ikke til hinder for at Telenor kan tilby andre prisstrukturer enn en prisstruktur basert på trafikkavhengige priser for å dekke ulike behov i markedet. Telenor står således fritt til å tilby og inngå avtaler med andre alternative prisstrukturer i tillegg til å tilby en avtale med trafikkavhengige priser".

Det fremgår av dette at Telenor kan tilby avtaler med fastpriselementer i tillegg til en avtale med variabel prisstruktur. Dette vil ikke utgjøre diskriminering. Imidlertid følger det av Vedtaket at et tilbud om kun én prisstruktur med fastpriselementer på abonnementsnivå som eneste alternativ innebærer diskriminering, jf. Vedtaket avsnitt 221.

Slik departementet oppfatter det er Nkoms sentrale begrunnelse for pålegg om ikke-diskriminering mellom Telenors interne og eksterne virksomheter, å avbøte Telenors mulighet til i praksis å hindre tilgang og/eller begrense konkurrenters mulighet til å konkurrere i sluttbrukermarkedet gjennom å tilby priser og/eller vilkår for tilgang som favoriserer egen virksomhet. Dette er i Vedtaket omtalt som etableringshindrende eller ekskluderende adferd. I dette ligger det etter departementets vurdering at Telenor i en konkret sak om anmodning om tilgang også vil kunne være forpliktet etter ikke-diskrimineringsbestemmelsen til å tilby en

annen prisstruktur, som et alternativ til en trafikkavhengig variabel prisstruktur. Dette vil bero på en konkret vurdering.

Departementet er enig med Nkom i at kravet til ikke-diskriminering innebærer at tilgangskjøpere, så langt det er mulig, skal ha samme fleksibilitet til å utforme sluttbrukerprodukter som Telenors interne sluttbrukervirksomhet. For at eksterne tilgangskjøpere skal ha likeverdig mulighet til å konkurrere og skape produktmangfold og produktinnovasjon, må vilkårene i tilgangsavtalen gi tilsvarende muligheter som Telenors egen sluttbrukervirksomhet til å konkurrere i sluttbrukermarkedet.

Som det fremgår av Vedtaket avsnitt 221 vil høye fastpriselementer på abonnementsnivå for eksempel kunne ha ekskluderende effekt i segmenter med lav ARPU, som kontantkort og M2M-markedet. Det legges til grunn at Telenors egen sluttbrukervirksomhet ikke pådrar seg faste månedlige kostnader på abonnements- eller SIM-kort nivå. Dersom tilgangskjøperne kun stilles overfor en prisstruktur med fastpriselementer på abonnementsnivå, vil det være egnet til redusere tilgangskjøpernes mulighet til å konkurrere effektivt med Telenor i sluttbrukermarkedet i disse segmentene (kontantkort og M2M). Dette er fordi fastpriselementene på abonnementsnivå vil kunne overstige eller være nært opptil gjennomsnittlig omsetning per kunde per måned (ARPU). Dersom den tilbudte prisstrukturen i realiteten ekskludere tilgangskjøper fra deler av sluttbrukermarkedet, vil dette kunne likestilles med tilgangsnekt og innebære et brudd på plikten til ikke-diskriminering mellom Telenors sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere.

Telenor anfører at Nkom feilaktig innfortolker under plikten til ikke-diskriminering et krav om at prisstruktur på grossistnivå skal være lik kostnadsstrukturen i Telenors nett, noe som ville bety at tilgangskjøpere i så fall skulle vært stilt ovenfor grossistpriser fra Telenor med store faste kostnader, og lav marginalkost (både per. kunde og trafikk). Telenor viser til at Nkom i Vedtaket avsnitt 218 har lagt til grunn en feil forutsetning om at "*[h]oveddelen av Telenors kostnader på nettverksnivå er imidlertid trafikkdrevne, og kun en helt marginal andel av kostnadene på nettverksnivå er påvirket av antall kunder*". Telenor opplyser til dette at selskapets kostnader på nettverksnivå tvert imot i det vesentlige er dekningsdrevne og i svært liten grad trafikkdrevne. Det anføres at dette er en saksbehandlingsfeil som må lede til ugyldighet. Telenor anfører også at det ikke sammenfaller med kostnadsstruktur på nettverksnivå å operere utelukkende med variable priser.

Etter departementets syn er det ikke avgjørende i denne saken i hvilken utstrekning Telenors kostnader på nettverksnivå er dekningsdrevne eller trafikkdrevne. Det sentrale er at kravet til ikke-diskriminering innebærer at tilgangskjøperne skal kunne konkurrere på likeverdig vilkår i sluttbrukermarkedet som Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Dette innebærer at prisstrukturen som tilbys tilgangskjøperne gir disse samme fleksibilitet til å utforme sluttbrukerprodukter som Telenors egen sluttbrukervirksomhet, og at prisstrukturen ikke har etableringshindrende eller ekskluderende virkning, jf. Vedtaket kapittel 7.2.2.1 avsnitt 216.

Telenor understreker selv at det er viktig med stor grad av fleksibilitet når det gjelder prising i sluttbrukermarkedet, følgelig må også tilgangskjøperne få størst mulig grad av fleksibilitet når det gjelder prising for å kunne konkurrere på likeverdige vilkår i sluttbrukermarkedet. Dersom

tilgangskjøperne må betale en relativt høy fastpriskomponent på abonnementsnivå, vil dette som nevnt innskrenke deres prisingsfleksibilitet sammenlignet med Telenors interne sluttbrukervirksomhet. Departementet er derfor enig med Nkom i at en trafikkavhengig variabel prisstruktur er den prisstrukturen som er best egnet å oppfylle kravet til ikke-diskriminering på pris mellom intern og ekstern virksomhet.

Departementet har for øvrig merket seg at strukturen til de underliggende nettverkskostnadene ikke synes å begrense Telenors fleksibilitet til å tilby produkter i sluttbrukermarkedet som ikke har fastpriskomponenter. Det vises her til Telenors tilbud om for eksempel kontantkort hvor sluttbruker forhåndsbetaler et gitt beløp som deretter fordeles på en startpris per samtale, samt en minuttpris.

Som det fremgår over, er det departementets vurdering at det ikke er avgjørende for pålegget hvorvidt man legger til grunn at nettverkskostnadene er deknings- eller trafikkdrevne. Telenors anførsel om saksbehandlingsfeil tas dermed ikke til følge.

Departementet er i likhet med Nkom kommet til at det med hjemmel i ekomloven § 4-7 kan stilles krav til at Telenor skal tilby tilgangsavtaler med prisstruktur som ikke har etableringshindrende eller ekskluderende virkning. Videre opprettholdes, i lys av det ovennevnte, Nkoms konklusjon om at et krav om tilgangsavtale som er basert på trafikkavhengige variable priser er best egnet til å bøte på konkurranseproblemet knyttet til overføring av markedsmakt gjennom prising og prisstruktur.

6.4.5.3 ESAs kommentarer

Telenor anfører at det er et brudd på Nkoms forpliktelse etter rammedirektivet artikkel 7 nr. 5 om å ta "(...) *the utmost account of comments of other national regulatory authority and the Commission*" når Nkom i vedtaket ikke har begrunnet eller vurdert kravet til variabel pris utover det som ble oversendt fra Nkom til ESA 8. juni 2016.

ESA har i sine kommentarer 13. juni 2016 uttalt følgende når det gjelder krav til trafikkavhengig prisstruktur:

"The Authority invites NKOM (...) to explain more precisely in its final adopted measure 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".

Departementet viser til at Nkom i endelig Vedtak i grad har utdypet og begrunnet forpliktelsen i kapittel 7.2.2.1, sammenliknet med utkast til vedtak samme kapittel. Etter departementets vurdering fører derfor Telenors påstand om at Nkom ikke har tatt hensyn til ESAs synspunkter ikke føre frem, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) merknaden til § 9-3 om konsultasjonsprosedyren side 116.

6.4.5.4 Krav til prisnivå

Telenor anfører at kravet om trafikkavhengig variabel prisstruktur hjemlet i ekomloven § 4-7 er oppfylt så lenge prisene er variable. Dette innebærer at Telenor oppfyller kravet ved å tilby

priser hvor betalingsplikt bare inntreer ved bruk, og da uavhengig av nivået på de variable prisene. Det anføres videre at en prisstruktur i seg selv ikke vil ha etableringshindrene eller ekskluderende virkning. Det vises til at en variabel pris også kan medføre at ikke alle produkter eller segmenter i seg selv er lønnsomme, og motsatt at en fastpris vil kunne medføre lønnsomhet for alle produkter eller segmenter. Telenor anfører også at lønnsomhet på produkt- eller segmentnivå vil bero på det samlede prisnivået. Telenor har i etterkant av Vedtaket fremsatt eksempler på prisplaner på grossistnivå som var ment å oppfylle kravet til trafikkavhengig priser.

Departementet er enig i at kravet om trafikkavhengig variabel prisstruktur i seg selv ikke sier noe om nivået på prisene. Telenor er imidlertid etter ekomloven § 4-9 underlagt et krav om å tilby tilgang til priser som innebærer at tilgangskjøper ikke settes i marginskvis. Samtidig er Telenor pålagt en ikke-diskrimineringsplikt på pris og andre vilkår med hjemmel i ekomloven § 4-7. Begge forpliktelsene påvirker Telenors prisingsfleksibilitet. Dette innebærer at kravet til trafikkavhengig variabel prisstruktur må sees i sammenheng med øvrige forpliktelser.

Etter departementets vurdering vil det ikke være tilstrekkelig i seg selv at Telenor tilbyr en prisstruktur med trafikkavhengig variabel pris for at kravet til ikke-diskriminering skal anses overholdt. Telenor må også foreta en konkret vurdering av om tilbudt prisstruktur sammenholdt med øvrige tilgangsvilkår vil gi tilgangskjøper mulighet til å konkurrere med Telenors egen sluttbrukervirksomhet på samme eller likeverdige vilkår og til samme eller likeverdige kvalitet som tilbys egen virksomhet.

Telenor har anført at Nkoms fortolkning av innholdet i krav om trafikkavhengig variable priser er så uklart at det ikke er mulig for Telenor å innrette seg etter dette, og at Vedtaket av den grunn er ugyldig. Det vises til at selskapet i etterkant av Vedtaket har presentert variable prisplaner for Nkom, som Nkom har vurdert at ikke er i tråd med plikten til ikke-diskriminering og trafikkavhengig variabel prisstruktur.

Det vises til det som sagt over om at det ikke er tilstrekkelig kun å tilby en trafikkavhengig variabel prisstruktur. Det må som nevnt foretas en konkret vurdering av den enkelte tilgangsavtale (herunder prisstruktur og -nivå). Det vil verken være mulig eller forholdsmessig, dersom myndigheten på forhånd gjennom markedsvedtak skulle fastsette uttømmende nøyaktig hvilke vilkår som kan inngå i tilgangsavtalene. Tatt i betraktning den raske markedsmessige og tekniske utviklingen ville dette sannsynligvis heller ikke være ønskelig verken for Telenor eller tilgangskjøperne. Tilgangsavtaler skal i utgangspunktet inngås etter kommersielle forhandlinger innenfor rammene av gjeldende regulering. Telenors fleksibilitet ved fremsetting av tilbud om regulerte tilgangsprodukter når det gjelder pris, prisstruktur og andre forhold må sees i lys av dette.

Videre vises det til Vedtaket avsnitt 219, hvor Nkom har påpekt at tilgangsavtaler med trafikkavhengig variabel prisstruktur ikke skal utformes på en måte som har tilsvarende effekt som en prisstruktur med fastpriselementer. Det vises også til Nkoms uttalelse i innstillingen:

"I prisplanene som Telenor har presentert, er det tilsynelatende variable priser, men variasjonen er imidlertid strukturert slik at de første enhetene bærer en uforholdsmessig stor andel av tilgangskjøpers kostnad. De fremlagte prismodellene har etter Nkoms vurdering

tilsvarende effekt som prismodellen med SIM-avgift, og er derfor å betrakte som trafikkavhengig. Telenor henviser til at vedtaket ikke oppstiller eksplisitte betingelser hva gjelder prisnivå. Nkom er naturlig nok klar over at vedtaket ikke tallfester nivået på trafikkavhengige elementer. Det fremgår imidlertid av vedtaket at SIM-avgiften har en utestengende effekt som er i konflikt med kravet til ikke-diskriminering, og at pålegg om minst en tilgangsavtale uten SIM-avgift er egnet til å avbøte problemet. Telenor har i sine tenkte trafikkavhengige prisplaner ikke begrunnet hvorfor den første MB bør koste mange ganger mer enn etterfølgende databruk. Nkom anser at Telenors eksemplifiserte prisplaner er et forsøk på å omgå de konkurranseproblemene som den aktuelle presiseringen av ikke-diskriminering har til hensikt å bøte på".

Som sagt ovenfor kan ikke prisstrukturen sees helt isolert fra prisnivået. Det er kombinasjonen av prisnivå og prisstruktur som samlet sett vil kunne ha en etableringshindrende eller ekskluderende effekt. Etter departementets syn kunne dette kommet enda tydeligere frem i Vedtaket. Samtidig er Telenor en stor og profesjonell aktør, som har vært underlagt regulering i marked 15 siden 2006. Dette gjør at selskapet i utgangspunktet har gode forutsetninger for å sette seg inn i og innrette seg i henhold til Vedtaket. Telenor må derfor kunne forventes å kunne se pålagte forpliktelser i sammenheng. Skulle Telenor være i tvil om forståelsen av Vedtaket, viser departementet til at selskapet har anledning til å be Nkom om veiledning slik Telenor også har gjort.

6.4.5.5 Utredning av konsekvenser

Telenor anfører at Nkom ikke har utredet eller vurdert konsekvensene av et krav om trafikkavhengig variabel prisstruktur, herunder negative virkninger for prisingsfleksibilitet i opp- og nedstrømsmarkedene. Dette innebærer at Nkom ikke har kunnet vurdere hvorvidt forpliktelsen er forholdsmessig. Det anføres at dette er en saksbehandlingsfeil som må lede til ugyldighet.

Departementet viser til Vedtaket avsnitt 220-228 hvor Nkom gjør en vurdering av forholdsmessigheten når det gjelder krav til trafikkavhengig variabel prisstruktur. Her fremgår det blant annet at Telenor tidligere benyttet trafikkavhengige variable priser i sine tilgangsavtaler og at en slik prisstruktur er vanlig i en rekke andre land ved betaling for tilgang til mobilnett. Videre er trafikkavhengig variabel prisstruktur også hovedregelen ved internasjonal gjesting i EU. Nkom har videre vektlagt at Telenor ikke er forhindret fra å tilby andre prisstrukturer i tillegg til en standardavtale med trafikkavhengig variabel prisstruktur. Nkom har også vurdert og kommet til at det ikke ville vært forholdsmessig at Telenor skulle pålegges å tilby kapasitetsbasert prising, selv om dette er en prisstruktur som Nkom opplyser i stor grad ville gi tilgangskjøperne tilsvarende insentiver og muligheter som den vertikalt integrerte tilbyderen. Dette viser at Nkom har foretatt en vurdering av forholdsmessigheten av pålegget for Telenor.

Departementet er imidlertid enig med Telenor i at Vedtaket i større grad kunne synliggjort eventuelle negative virkninger for prisingsfleksibilitet i opp- og nedstrømsmarkedene. Telenor har illustrert de negative konsekvensene for selskapets prisingsfleksibilitet gjennom en lineær variabel tilgangspris. Til dette bemerkes det at Nkom ikke stiller krav om en lineær variabel pris, kun en variabel pris. Telenor har anledning til å tilby en trafikkavhengig variabel

prisstruktur med ulike innslagspunkt innenfor rammene av ikke-diskrimineringsplikten og øvrige forpliktelser. Det vises i den forbindelse til avsnitt 222 i Vedtaket. I lys at dette kan departementet ikke se at det har virket bestemmende på Vedtakets innhold at Nkom ikke har utdypet dette.

Til Telenors anførsel i selskapets kommentarer til innstillingen 2. november 2016 om at det er uklart hvilken økonomisk test eller metode Nkom vil benytte for å kontrollere kravet om trafikkavhengig variabel prisstruktur, viser departementet som nevnt i kapittel 6.4.5.4 til at dette vil bero på en konkret vurdering av tilgangsavtalene i den enkelt sak. For øvrig kan ikke departementet se at det er relevant å snakke om en økonomisk test eller metode i denne sammenheng all den tid det er snakk om å vurdere om den aktuelle prisstrukturen inneholder elementer som har etableringshindrende eller ekskluderende virkning. Det vises for øvrig til Vedtaket avsnitt 210 hvor det fremgår at det med ekskluderende adferd i denne sammenheng menes *"forsøk på å forhindre tilgang samt å stenge ute eller begrense konkurrentenes muligheter i markedet ved å operere med priser, kvalitetsforskjeller eller vilkår for tilgang som favoriserer egen virksomhet."* Med etableringshindrende adferd menes forsøk på å bygge etableringshindre for nykommere i markedet, jf. Vedtaket avsnitt 59.

Departementet finner således ikke grunnlag for Telenors anførsel om saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet på dette punkt.

6.4.6 Krav til ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter

I forrige reguleringsperiode i marked 15 har det fremkommet uenighet om forståelsen av kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere. Departementet viser til Vedtaket kapittel 7.2.1. om generelt om ikke-diskriminering og kapittel 7.2.3 om diskriminering mellom eksterne virksomheter. Vedtaket er noe knapt når det gjelder utdypning av hvordan kravet til ikke-diskriminering mellom ekstern tilgangskjøpere vil bli fulgt opp. Telenor har ved flere anledninger etterlyst større forutberegnelighet i reguleringen. For å skape økt forutberegnelighet for Telenor og tilgangskjøperne, vil departementet på bakgrunn av erfaringen fra forrige reguleringsperiode utdype Vedtaket på dette punkt.

For å kontrollere om kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere er overholdt, vil Nkom foreta en sammenligning av de ulike avtalene. Dersom avtalene ikke kan sammenlignes direkte, kan Nkom gjøre forutsetninger som gjør det mulig å sammenligne avtalene. Det kan ikke på forhånd angis konkret hvilke forutsetninger som vil bli tatt i den enkelte sak, fordi dette vil avhenge av avtalenes struktur og utforming. Forutsetningene skal være realistiske for tilgangskjøperne som sammenlignes og egnet for formålet. Ved tvil om hvordan forpliktelsen skal etterleves, vil Telenor kunne henvende seg til Nkom for å få ytterligere veiledning.

Departementet viser til at blant annet volumrabatt, volumforpliktelse og bindingstid kan være objektive grunner til ulik pris. Om slike vilkår utgjør en objektiv grunn må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet. Det vises til avsnitt 237 og Nkoms utdypning av at når en konkurrerende tilbyder oppnår bedre vilkår, skal tilsvarende vilkår tilbys andre konkurrerende tilbydere. Dette medfører at vilkåret må kunne resultere i lavere pris for alle tilgangskjøpere for at det skal kunne anses for en objektiv grunn til ulik pris.

Det at et vilkår har en verdi for Telenor vil ikke nødvendigvis medføre at det utgjør en objektiv grunn til ulik pris. Det er reelle kostnadsbesparelser som er sentrale for vurderingen av hva som ansees som objektiv grunn. Kostnadsbesparelsen må kunne dokumenteres og til en viss grad kvantifiseres for å utgjøre en objektiv grunn til ulik pris. Dette er i tråd med ekomlovens forarbeider som setter krav til at vilkårene skal være oversiktlige og etterprøvbare slik at det er mulig å kontrollere etterlevelsen.

6.4.7 Krav til standardavtalene

6.4.7.1 Nye produkter og tjenester i standardavtalene

Telenor anfører at det er et uforholdsmessig og uhjemlet krav at selskapet, dersom det 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, så skal produktene inngå i Telenors standardavtaler tidsnok til at tilgangskjøpere kan tilby samme eller tilsvarende tjenester eller produkter i sluttbrukermarkedene på samme tid som Telenor.

Departementet viser til at Telenor i Vedtaket er underlagt en plikt til ikke-diskriminering mellom egen og ekstern virksomhet etter ekomloven § 4-7 andre ledd, jf. Vedtaket kapittel 7.2.2. Det fremgår direkte av ordlyden i bestemmelsen at myndigheten har adgang til å pålegge tilbydere med sterk markedsstilling å tilby tilgang til andre tilbydere på samme eller likeverdige vilkår og til samme eller likeverdige kvalitet som det tilbys egen virksomhet. Videre følger det av merknaden til ekomloven § 4-7 i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) at:

"Kravet om ikke-diskriminering må særlig ses i sammenheng med formålet med tilgangsbestemmelsene. (...) Kravet om ikke-diskriminering innebærer krav om samme funksjonalitet, eventuelt med andre tekniske løsninger, og samlokalisering."

Det avgjørende i en konkurransemessig kontekst er at tilbudt tjeneste utformes slik at det kan konkurreres på like vilkår.

Kravet til ikke-diskriminering på andre forhold enn pris mellom egen og eksterne virksomheter er presisert i Vedtaket kapittel 7.2.2.2. Det stilles blant annet krav om at tilgangskjøperne skal få nødvendig og tilstrekkelig informasjon på et tidspunkt som gir likeverdige muligheter som Telenors egen virksomhet til å planlegge og tilby nye eller kvalitetsøkende produkter i sluttbrukermarkedet. Dette omfatter blant annet informasjon om feilretting, hastighet for dataoverføring og tilgang til bæretjenester innenfor tilgangspliktens rammer forutsatt at dette er teknisk gjennomførbart. Etter departementets vurdering er dette presiseringer av tilgangsplikten som ligger innenfor lovens ordlyd og forarbeid.

Til Telenors anførsel om at det er uforholdsmessig å pålegge Telenor å skulle innta nye tjenester og produkter i standardavtalene slik at tilgangskjøper kan tilby dette fra samme tid som Telenor, viser departementet til at bestemmelsen må tolkes i lys av dens formål om at tilgangskjøperne skal kunne konkurrere på likeverdige vilkår med Telenors egen virksomhet. Kravet til Telenors standardavtaler på dette punkt er at tilgangskjøper ved introduksjon av nye tjenester sikres likeverdige tilgang som Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Dersom

Telenor først etter lansering av nye produkter eller tjenester skulle være pålagt å tilby tilsvarende til sine tilgangskjøpere, ville disse etter departementets vurdering ikke være i stand til å konkurrere på samme eller likeverdige vilkår med Telenors egen virksomhet.

Telenor anfører videre at nye tjenester og produkter i mange tilfeller krever særskilte tekniske tilpasninger for at de skal bli tilgjengelige for tilgangskjøpere, og at design og utstyr for slike tekniske tilpasninger ofte foreligger på et senere tidspunkt for tilgangskjøper enn det er tilgjengelig for nettilbyder. Det anføres at dette er forhold utenfor Telenors kontroll, og som derfor gjør det uforholdsmessig å pålegge Telenor å skulle innta nye tjenester og produkter i standardavtalene slik at tilgangskjøper kan tilby dette fra samme tid som Telenor. Til dette bemerker departementet at det fremgår av Vedtaket kapittel 7.2.2.2. avsnitt 230 at Telenor ikke er ansvarlig for eventuelle tekniske tilpasninger som er nødvendige for tilgangskjøper å gjøre for å ta i bruk de nye produktene eller tjenestene. Telenors plikt begrenser seg til å gi tilstrekkelig informasjon om blant annet tekniske forhold til at tilgangskjøper selv kan gjøre de nødvendige tilpasninger på sin side.

Telenor anfører også at en slik forpliktelse vil svekke tjeneste- og produktutviklingen i Norge. Etter departementets vurdering vil snarere en slik plikt kunne bidra til økt tjeneste- og produktutvikling. Ved at nødvendige innsatsfaktorer gjøres likt tilgjengelig for tilgangskjøperne, vil også tilgangskjøperne til samme tid kunne utvikle og planlegge nye og kvalitetsøkende produkter i sluttbrukermarkedene. Tilgangskjøperne har tradisjonelt bidratt positivt til tjeneste- og produktutvikling i markedet.

Forøvrig bemerker departementet at det ikke er snakk om å pålegge Telenor å tilby tilgangskjøperne Telenors sluttbrukerprodukter, men å gi tilgangskjøperne likeverdig mulighet til å planlegge og tilby nye eller kvalitetsøkende produkter i sluttbrukermarkedet ved å gi tilgangskjøperne nødvendig og tilstrekkelig informasjon på et tidspunkt som gjør tilgangskjøper i stand til dette.

På bakgrunn av det ovennevnte opprettholder departementet Nkoms Vedtak på dette punkt. For å unngå uklarhet om Telenors forpliktelser mener departementet dessuten at forpliktelsene burde fremgå mer direkte av Vedtaket kapittel 8 om pålegg av særskilte forpliktelser. Det vises til presiseringene i kapittel 9.

6.4.7.2 Ensidig og ubetinget endringsadgang

Telenor anfører at det ikke er hjemmel i ekomloven § 4-7 til å forby vilkår om ensidig endringsrett i Telenors standardavtaler om tilgang. Det vises videre til at Nkom ikke har etablert at vilkår om ensidig endringsrett innebærer diskriminering mellom Telenors interne virksomhet og eksterne tilgangskjøper, og at det heller ikke er dokumentert at et slikt vilkår utgjøre et konkurranseproblem, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4. Telenor anfører at forbudet mot ensidig endringsrett derfor er ugyldig.

Når det gjelder Telenors anførsel om at det ikke er hjemmel i ekomloven § 4-7 til å forby vilkår i Telenors tilgangsavtaler om ensidig og ubetinget endringsrett, viser departementet til Vedtaket kapittel 7.2.1. Her fremgår det blant annet at et krav om ikke-diskriminering mellom intern virksomhet og eksterne innebærer at Telenors grossisttilbud skal ha slike egenskaper

at tilgangskjøper teknisk, kvalitetsmessig og prismessig skal kunne tilby tilsvarende produkter som Telenor i sluttbrukermarkedet. Den eksterne tilbyderen skal således ha likeverdige forutsetninger for å kunne konkurrere i sluttbrukermarkedet, gitt at tilbyderen er tilstrekkelig effektiv i sin drift.

Telenor har anført at det ikke er etablert at vilkår om ensidig endringsrett innebærer diskriminering mellom Telenors interne virksomhet og eksterne tilgangskjøpere. Til dette viser departementet til at Nkom i Vedtaket kapittel 7.2.2.2 har gjort en vurdering av at ensidig og ubetinget endringsadgang for Telenor innebærer en favorisering av Telenors egen sluttbrukervirksomhet, som er egnet til å skape ulike konkurransemuligheter for tilgangskjøper og Telenors egen virksomhet. Nkom har i vurderingen vektlagt at forutsigbarhet om egne avtaleforpliktelser er sentralt for at tilgangskjøpere skal ha likeverdig mulighet til å planlegge sin forretningsstrategi. Telenor har i innværende reguleringsperiode inkludert klausuler i sine standard tilgangsavtaler som gir selskapet rett til ubetinget og ensidig endringsadgang. Nkom har vurdert at en rett for Telenor til ensidig å endre en inngått avtale uten at retten til å endre avtalen er knyttet til et konkret forhold, skaper en uforutsigbarhet for en tilgangskjøper som ikke på tilsvarende vis gjør seg gjeldende for Telenors interne sluttbrukervirksomhet.

Etter departementets vurdering har Nkom tilstrekkelig underbygget at vilkår om ensidig og ubetinget endringsadgang vil innebære diskriminering mellom Telenors egen virksomhet og eksterne tilgangskjøpere. Det er uklart for departementet hvilken ytterligere dokumentasjon Telenor etterspør i denne sammenheng, all den tid Telenor som kjent ikke har en grossist-avtale mellom selskapets grossistvirksomhet og sluttbrukervirksomhet. Det er derfor ikke mulig for myndigheten å foreta en konkret sammenlikning av avtaler. Hvorvidt et gitt vilkår i Telenors tilgangsavtaler vil innebære diskriminering mellom Telenors egen virksomhet og selskapets eksterne tilgangskjøpere, vil følgelig bero på en vurdering av om tilbudet Telenor gir eksterne tilbydere gir likeverdige muligheter som Telenors sluttbrukervirksomhet til å konkurrere i sluttbrukermarkedet. Det vises til utgangspunktet for vurderingene som er oppstilt i Vedtaket kapittel 7.2.2 avsnitt 214 til 216.

Departementet er enig med Telenor i at Vedtaket kunne vært mer utfyllende i beskrivelsen av konkurranseproblemet når det gjelder vilkår om ensidig og ubetinget endringsadgang i Telenors avtaler om regulert tilgang. Etter departementets vurdering vil slike vilkår falle inn under de konkurranseproblemene som er omtalt i Vedtaket kapittel 5.3.3 om overføring av markedsrett ved hjelp av variabler som ikke er relatert til prissetting. I avsnitt 53 har Nkom gitt eksempler på urimelige kontraktsvilkår som krever en spesiell opptreden fra tilgangskjøper som ikke er nødvendig for å selge grossistproduktet, men som øker konkurrentens kostnader eller begrenser salget. I opplistingen av eksempler på slike urimelige krav kunne Nkom ha listet opp vilkår om ensidig og ubetinget endringsadgang. Nkoms opplisting er imidlertid ikke uttømmende. Departementet mener i lys av dette at Nkom har redegjort tilstrekkelig for at slike vilkår kan utgjøre et potensielt konkurranseproblem, jf. også Vedtaket avsnitt 234 og avsnittene 257 til 260 hvor Nkoms redegjør for valg av særskilte forpliktelser.

Telenor opplyser at vilkår om ensidig endringsrett er begrunnet i at Telenor er underlagt regulering i form av ikke-diskrimineringsplikt. Telenor hevder at selskapet må kunne ha

mulighet til å endre standardavtalene likt, for å kunne sikre etterlevelse av den forståelsen av ikke-diskrimineringsplikten som myndigheten har lagt til grunn i TDC-saken. Telenor anfører at selskapet uansett ikke vil kunne endre avtalen på en måte som strider med ekomloven og eventuell markedsregulering, og at tilgangskjøpers interesser er ivaretatt slik. Vilkår om ensidig endringsrett med denne begrunnelsen utgjør ikke et konkurranseproblem.

Til dette bemerkes det for ordens skyld at det i Vedtaket avsnitt 258 eksplisitt fremgår følgende:

"I visse sammenhenger vil Telenor imidlertid kunne ha en legitim interesse i ensidig å kunne gjennomføre endringer i selskapets tilgangsavtaler, eksempelvis som følge av endrede regulatoriske forhold. En slik betinget ensidig endringsadgang er etter Nkoms syn rimelig å inkludere i Telenors standardavtaler".

Et forbud mot klausuler om ensidig og ubetinget endringsadgang i standardavtalene for regulert tilgang, er følgelig ikke til hinder for at Telenor kan innta en betinget klausul i standardavtalene om ensidig endringsadgang ved endrede regulatoriske forhold.

På bakgrunn av det ovennevnte opprettholder departementet Nkoms Vedtak på dette punkt. For å unngå uklarhet om Telenors forpliktelser mener departementet dessuten at forpliktelsen burde fremgå mer direkte av Vedtaket kapittel 8 om pålegg av særskilte forpliktelser. Det vises til presiseringene i kapittel 9.

Det understrekes på generelt grunnlag at selv om innholdet i kravet til ikke-diskrimineringsplikten er presisert i Vedtaket når det gjelder for eksempel trafikkavhengig variabel prisstruktur, og her når det gjelder ubetinget og ensidig endringsadgang, er dette ikke uttømmende for innholdet i krav til ikke-diskriminering mellom Telenors egen og ekstern virksomhet. Det vises til Vedtaket avsnitt 209, hvor det fremgår at diskriminering vil kunne opptre i mange ulike former. Det er derfor vanskelig på forhånd å identifisere ethvert utslag av et krav om ikke-diskriminering, og det er derfor verken formålstjenlig eller mulig å på forhånd konkretisere alle tenkelige situasjoner.

6.4.8 Prisregulering

Telenor anfører at Nkom ikke har sannsynliggjort at vilkårene i ekomloven § 4-9 er oppfylt, og Vedtaket er derfor ugyldig. Subsidiært anfører Telenor at den pålagte prisreguleringen også er i strid med ekomloven § 3-4 tredje ledd, jf. tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4. Telenor anfører at Nkom verken har vurdert eller begrunnet forholdsmessigheten i Vedtaket. Videre har Telenor en rekke anførsler knyttet til marginskvismodellen, herunder blant annet aggregeringsnivå og kostnadsmetodikk. Disse anførselene vil bli behandlet nærmere nedenfor.

6.4.8.1 Vilkår for prisregulering

Telenor anfører at Nkom ikke har foretatt en kvalitativ markedsanalyse som underbygger konklusjonene om at fraværet av effektiv konkurranse i markedet innebærer at Telenor kan opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå eller etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere til skade for sluttbrukere. Telenor påpeker at klager fra tilgangsaktører ikke kan benyttes som bevis for dette. Nkom har heller ikke sannsynliggjort at konkurransen i

markedet er forverret, og dermed heller ikke godtgjort behovet for mer inngripende forpliktelser enn det det har vært i tidligere vedtak fra 2006 og 2010. Telenor anfører tvert imot at faktum viser at markedet er preget av lave sluttbrukerpriser til tross for at Norge har en krevende topografi, at norske sluttbrukere får betydelig mer data, SMS og tale for samme sum enn tidligere, at markedet er preget av at en stor andel av kundene bytter tilbyder hvert år, og at den tredje nettverkstilbyderen er i stor vekst.

Departementet viser til vurderingen ovenfor i kapittel 6.3 der Nkoms konklusjon om at Telenor har sterk markedsstilling i det relevante markedet opprettholdes. Dette innebærer at Telenor kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og brukere. Det fremgår av Nkoms virkemiddeldokument og ekomloven kapittel 3 at det ikke er et vilkår for prisregulering at overprising eller prisklemmer faktisk har funnet sted, kun at tilbyderen har insentiv og mulighet til å opptre slik.

I Vedtaket kapittel 5.3.2 omtaler Nkom konkurranseproblemet prisdiskriminering. Her fremgår det at en tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet vil ha insentiv og mulighet til å diskriminere på pris mellom egen og ekstern virksomhet som blant annet kan resultere i marginskvis for den eksterne virksomheten. På denne måten vil kostnadene for konkurrentene til tilbyderen med sterk markedsstilling kunne bli høyere enn kostnadene for egen sluttbrukervirksomhet, og dermed påføre konkurrentene en konkurransemessig ulempe i sluttbrukermarkedene. Dette kan resultere i redusert salg eller marginskvis.

Telenors sterke tilstedeværelse i sluttbrukermarkedet tilsier at Telenor har insentiver til i større grad å ivareta og skaffe seg konkurransemessige fordeler i sluttbrukermarkedene fremfor å selge grossisttilgang. Det vises til at Telenor har en vesentlig større del av sine inntekter fra salg til sluttbrukere enn fra grossistsalg. Ettersom Telenor er bredt til stede i ulike sluttbrukermarkeder, vil tilgang for eksterne aktører i de fleste tilfeller innebære direkte konkurranse til egen sluttbrukervirksomhet. Telenor vil derfor ha insentiver til å prioritere sluttbrukermarkedene fremfor grossistmarkedene. Departementet støtter på bakgrunn av dette Nkoms vurdering om at Telenor vil ha insentiver til å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere til skade for sluttbrukerne.

Når det gjelder Nkoms vektlegging av at det i forrige reguleringsperiode har vært konstatert prisdiskriminering mellom ulike kjøpere av tilgang, jf. markedsanalysen 4.3.7.3, viser departementet til at dette inngår som ett av flere moment i Nkoms vurdering av om markedet tenderer mot bærekraftig konkurranse. Departementet kan dermed ikke se at Nkom i vurderingen av om prisregulering skal pålegges har lagt avgjørende vekt på klager fra tilgangskjøpere. Det bemerkes imidlertid at sakene som er klaget inn til Nkom av tilgangskjøperne på Telenors tilgangsvilkår siden sist markedsvedtak, og de utfordringene myndigheten har hatt med å kontrollere at kravet om ikke-diskriminering på blant annet pris er overholdt, indikerer at den ilagte reguleringen ikke har vært optimal. Departementet støtter derfor Nkoms vurdering om at konkurranseproblemet og observert adferd, samt erfaringen med gjeldende virkemiddelbruk, tilsier at virkemiddelbruken bør endres.

Til Telenors anførsel om at markedet er preget av lave sluttbrukerpriser, viser departementet til at ekomloven § 4-9 oppstiller to alternative vilkår for når myndigheten kan pålegge prisforpliktelser. Det første er at tilbyder kan opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå

som følge av manglende konkurranse i markedet til skade for sluttbruker. Det andre er at tilbydere kan etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere til skade for sluttbruker. Det er derfor tilstrekkelig at Nkom har vurdert at ett av vilkårene er oppfylt, jf. vurderingen ovenfor. For øvrig viser departementet til figur 10 i vedlegg 1 til Vedtaket som viser at sluttbrukerprisene, justert for kjøpekraft, i Norge er høyere enn i våre naboland Danmark, Sverige og Finland.

Når det gjelder Telenors henvisning til at markedet er preget av at en stor andel av kundene bytter tilbyder hvert år, og at den tredje nettverkstilbyderen er i stor vekst, viser departementet til vurderingene i kapittel 6.2.1.1 og 6.2.1.2.

Departementet mener på bakgrunn av det ovennevnte at Vedtaket i tilstrekkelig grad underbygger at vilkårene i ekomloven § 4-9 om prisregulering er oppfylt.

6.4.8.2 Formålstjenlig og forholdsmessig

Telenor anfører subsidiært at prisreguleringen er i strid med ekomloven § 3-4 tredje ledd. Telenor mener Nkom verken har vurdert eller begrunnet forholdsmessigheten i Vedtaket annet enn "*Nkom anser*" at forpliktelsene er forholdsmessige.

Departementet er uenig med Telenor i at Nkom ikke har vurdert forholdsmessigheten av et pålegg om prisregulering og hvorvidt et slikt pålegg er egent til å bøte på de identifiserte konkurranseproblemer i markedet. Det vises til Vedtaket kapittel 7.5.1 avsnitt 312-317. Nkom har blant annet vektlagt at et forbud mot marginskvis vil være egent til å avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemer, samtidig som det gir rom for at andre aktører, herunder på sikt det tredje nettet, kan konkurrere om å gi tilgang. Økt konkurranse i sluttbrukermarkedet vil presumtivt føre til bedre og billigere tjenester for brukerne i tråd med ekomlovens formål.

Videre har Nkom vektlagt at marginskvistest er et nytt regulatorisk verktøy som innebærer en økt byrde for Telenor, samtidig som byrden reduseres noe ettersom det er Nkom som utarbeider modellen. Nkom har også, på bakgrunn av innspill fra ESA og av hensyn til forholdsmessigheten, avstått fra å stille krav om positiv bruttomargin for alle enkeltprodukter i salg samt avstått fra å prisregulere M2M kommunikasjon, jf. Vedtaket avsnitt 319. Departementet bemerker også at Nkom har differensiert prisreguleringen for de ulike tilgangsformene.

Når det gjelder Telenors anførsel om at et pålegg om ex-ante marginskvistesting etter andre og mer uforutsigbare kriterier enn konkurranserettslig marginskvistesting setter strengere krav til begrunnelse og utforming av testen enn det som fremgår av Vedtaket, viser departementet til det som er sagt ovenfor om Nkoms vurdering av forholdsmessigheten. For øvrig bemerkes at marginskvistester under ex-ante regulering er utarbeidet for et annet formål enn under ex-post regulering. Marginskvistest i marked 15 er et prisreguleringsverktøy ment for å hindre fremtidig konkurranseproblem og for å fremme investeringer og

konkurransen, mens marginskvistester under den generelle konkurranseretten er innrettet mot å avdekke eventuelt misbruk av dominerende markedsposisjon som har skjedd²¹.

Telenor anfører at det ikke er 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. Nkom har gjennomført markedsanalysen av det samlede mobilmarkedet, uten at denne sannsynliggjør eller på noen måte underbygger at det er konkurranseproblem i privat- eller bedriftsmarkedet isolert. Konkurransesituasjonen i markedet viser tvert imot at hvis en marginskvistest skal pålegges i tillegg til regnskapsmessig skille, må denne gjennomføres på totalmarkedet.

Departementet forstår Telenors anførsel slik at den kun knytter seg til prisregulering for MVNO-tilgang ettersom det kun er for denne tilgangsformen et slikt skille er etablert. Departementet viser til vurderingen over i kapittel 6.1.1, hvor Nkoms konklusjon om at privat- og bedriftsmarkedet utgjør to separate sluttbrukermarkeder opprettholdes. Videre vises det til Vedtaket kapittel 7.5.2 avsnitt 321 hvor det er lagt til grunn at MVNOer er innrettet mot enten det samlede privatmarkedet eller det samlede bedriftsmarkedet. En samlet test for privat- og bedriftsmarkedet vil etter departementets vurdering ikke i tilstrekkelig grad kunne avdekke marginene for en tilbyder som utelukkende opererer i enten det ene eller det andre markedet. Departementet mener derfor det er formålstjenlig og forholdsmessig å teste bedrifts- og privatmarkedet separat.

6.4.8.2.1 Aggregeringsnivå

Telenor anfører at det ikke fremgår av markedsanalysen at det foreligger noe konkurranseproblem på produktnivå som skulle tilsi et annet aggregeringsnivå for tilgang for tjenestetilbydere enn for øvrige tilgangsformer. Nkom har ifølge Telenor ikke hensyntatt ESAs kommentarer om aggregeringsnivå. Telenor anfører også at Nkom verken har dokumentert eller sannsynliggjort at virkemiddelet er egnet, jf. ekomloven § 3-4.

Departementet viser til at Nkom begrunner testing på produktnivå for tjenesteleverandører med at en effektiv tjenestetilbyder retter sitt produkttilbud mot mer begrensede deler av sluttbrukermarkedet, jf. Vedtaket kapittel 7.5.4 avsnitt 337. Til sammenlikning vil en MVNO-tilbyder erfaringsmessig være bredt tilstede innenfor de relevante sluttbrukermarkedene (enten privat- eller bedriftsmarkedet). I vurdering av høringsinnspillene i vedlegg 3 til Vedtaket, utdyper Nkom dette blant annet ved å vektlegge at tjenestetilbydere foretar sin tjenesteproduksjon nesten utelukkende uten egne infrastrukturinvesteringer og er derfor i større grad avhengige av å kunne replikere enkeltstående produkter med minimum positiv bruttomargin. Departementet er enig i at tjenestetilbydere ikke opererer i hele sluttbrukermarkedet. Negativ bruttomargin kan dermed være til hinder for at alternative tjenesteleverandørene kan drive lønnsomt, og kan lede til opprettholdelse av konkurranseproblemene i markedet. Det påløper kostnader til sluttbrukervirksomhet for enhver tjenestetilbyder. En effektiv tilgangskjøper som kjøper tilgang til en pris som overstiger inntektene i sluttbrukermarkedet vil over tid ikke overleve. Nkom har kommet til at det er formålstjenlig å stille krav om positiv bruttomargin på produktnivå og at dette er den

21 Jf. BoR (14) 190 BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. ex-ante/sector specific margin squeeze tests)

mest proporsjonale prisreguleringsmekanismen. Nkom har vurdert pålegg om positiv bruttomargin samlet for hver av de definerte sluttbrukermarkedene, men ikke funnet at en slik test i tilstrekkelig grad vil ivareta tjenestetilbyderne fordi disse som nevnt over ofte ikke er like bredt tilstede i sluttbrukermarkedet. Departementet mener at dette viser at Nkom i tilstrekkelig grad har begrunnet at det foreligger et konkurranseproblem på produktnivå, og at testing på produktnivå for tjenesteleverandører kan bidra til å kompensere manglende bærekraftig konkurranse.

Telenor mener videre Nkom ikke har hensyntatt ESAs kommentarer om aggregeringsnivå. Det vises til ESAs kommentarer til notifikasjonen, hvor det fremgår at Nkom må sikre at marginskvistestene har rett aggregeringsnivå, og at ESA tviler på at marginskvistesten for tjenesteleverandørene er forholdsmessige og i overensstemmelse 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.

Departementet viser til at ESAs kommentar gjaldt krav om positiv bruttomargin for alle aktive sluttbrukerprodukter er uforholdsmessig og uforenelig med EØS-retten. Det endelige Vedtaket er endret som følge av ESAs kommentarer sammenlignet med utkastet til Vedtak som ble sendt ESA. Endringen medfører at Nkom har gått bort i fra å pålegge krav til positiv bruttomargin for alle Telenors sluttbrukerprodukter som er i salg for nasjonalgjestingstilgang, MVNO-tilgang og tjenestetilbydertilgang. Nkom har i tillegg i det endelige Vedtaket utdypet sine begrunnelser for de valgte aggregeringsnivåene i marginskvistestene, og hvordan dette bøter på de identifiserte konkurranseproblemene i Vedtaket kapittel 7.5.2 og 7.5.4. Nkom har også utvidet sin begrunnelse når det gjelder formålet med å pålegge krav om positiv bruttomargin for tjenesteleverandører på utvalgte representative enkeltprodukter, jf. også vurderingen av høringsinnspillene i vedlegg 3 til Vedtaket.

Departementet viser til merknaden til ekomloven § 9-3 om konsultasjonsprosedyre i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) hvor det fremgår at der ESA ikke krever at forslag til vedtak trekkes tilbake og endres, skal myndigheten "*så langt som mulig*" også ta hensyn til andre kommentarer som er kommet inn fra ESA. Myndigheten kan med andre ord inta en annen holdning enn ESAs kommentarer når det er grunnlag for det. Etter departementets vurdering har Nkom gjennom utdypningene i større grad synliggjort og underbygget behovet for å opprettholde marginskvistest på produktnivå for tjenesteleverandører. På bakgrunn av dette er departementet etter en konkret vurdering kommet til at Nkom har tatt tilstrekkelig hensyn til ESAs kommentarer. Departementet legger til grunn at Nkom vil følge utviklingen i markedet nøye på dette punkt og vurdere spørsmålet igjen ved neste markedsgjennomgang.

6.4.8.2.2 Saksbehandlingsfeil mv. og modellforutsetninger

Telenor anfører at metodikken og prinsippene for å beregne margin er uklare og ikke i overensstemmelse med etablert konkurranserettslig metode, slik at selskapet ikke har forutsetninger for å etterleve forpliktelsen. Telenor har i sine kommentarer til innstillingen 2. november 2016 presisert at klarheten knytter seg til hvordan kostnader til sluttbruker-virksomhet beregnes i modellen.

Telenor anfører at Nkom har lagt feil faktum til grunn. Kostnader til sluttbrukervirksomheten blir i marginskvismodellen hentet fra Telenors rapportering av regnskapsmessig skille. Telenor påpeker at disse kostnadene også inkluderer produkter som ikke omfattes av marginskvismodellen, blant annet M2M og trådløse sone, og som må skilles ut. En inkludering av kostnadene vil ifølge Telenor påvirke resultatet i modellen. Telenor opplyser at kostnadene for produktene som ikke inngår i modellen utgjør [REDACTED]

Departementet viser til at det av vedlegg 2 til Vedtaket fremgår at fastsettelse av kostnader til sluttbrukervirksomhet skal foretas på bakgrunn av Telenors kostnader slik disse rapporteres i regnskapsmessig skille. Dette innebærer at kostnadene som rapporteres anvendes i sin helhet i grunnlaget. Kostnader for produkter som ikke inngår i marginskvismodellen vil dermed også være inkludert. Disse kostnadene utgjør ifølge Telenor mellom [REDACTED] noe som tilsvarer [REDACTED] prosent av totale kostnader til sluttbrukervirksomhet. Kostnadene utgjøre dermed en svært liten andel av totalkostnaden og har følgelig ikke særlig stor innflytelse på marginberegningene. Departementet er derfor enig med Nkom i at det ikke synes forholdsmessig å søke å isolere disse kostnadene i modellen. Marginskvismodellene tar utgangspunkt i Telenors kostnader, men justeres for å gjøre testen realistisk for referansetilbyderen. I enhver modell vil det være nødvendig å gjøre forutsetninger. For marginskvismodellene i marked 15 har Nkom derfor funnet det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i Telenors kostnader for sluttbrukervirksomheten slik disse fremkommer i regnskapsmessig skille rapporteringen ved beregning av kostnader for en referansetilbyder i tråd med prinsippet om justert EEO²². Departementet støtter en slik tilnærming og kan ikke se at det av Telenors klage og etterfølgende korrespondanse har fremkommet opplysninger som tyder på at en slik tilnærming vil gi et forfeilet resultat.

Telenor hevder videre at det ikke er angitt hvilke prinsipper som skal benyttes for å fordele kostnadene for sluttbrukervirksomheten mellom de produktene som testes i marginmodellen (representative produkter) og øvrige ringeplaner, og at det er feil å fordele sluttbrukerkostnader med en lik andel til hvert abonnement. Til dette viser departementet til at det av vedlegg 2 til Vedtaket sammenholdt med selve marginskvismodellen (exel-fil) og modelldokumentasjon til marginskvismodellen, bør være klart for Telenor hvordan sluttbrukerkostnader beregnes og fordeles på henholdsvis faste- og variable kostnader og på privat- og bedriftsmarkedet. Det gjøres dermed ingen fordeling av kostnader til sluttbrukervirksomhet mellom representative produkter og øvrige ringeplaner. Sluttbrukerkostnadene anvendes på aggregert nivå i marginskvistestene. Det beregnes en gjennomsnittlig kostnad samlet for privatmarkedet og en gjennomsnittlig kostnad for bedriftsmarkedet som deretter anvendes i marginskvistestene samlet for privatmarkedet og samlet for bedriftsmarkedet. Departementet bemerker for øvrig at marginskvismodellen (Excel-fil) og modelldokumentasjon til marginskvismodellen utgjør en integrert del av Vedtaket.

Når det gjelder Telenors anførsel om at riktig fordelingsprinsipp er å fordele direktekostnader til hvert abonnement og felleskostnader mellom produkter etter bruttomargin, viser departementet til det som er sagt over om at kostnader til sluttbrukervirksomheten ikke fordeles til hvert abonnement. Det benyttes en gjennomsnittskostnad samlet for henholdsvis privat- og bedriftsmarkedet. Så lenge kostnader til sluttbrukervirksomheten ikke fordeles ut

²² Equally Efficient Operator (EEO)

på hvert produkt, fremstår det som noen uklart for departementet hva Telenor ønsker å oppnå med sin merknad. En fordeling av kostnadene slik Telenor argumenterer for, vil slik departementet forstår det medføre behov for å benytte et sett av fordelingsnøkler som vil lede til ytterligere kompleksitet. I tillegg vil det føre til økt omfang av informasjonsinnhenting ettersom det vil være behov for å innhente informasjon om alle Telenors ringeplaner.

Telenor hevder videre at en konsekvens av den valgte kostnadsmetodikken er at selskapet får insentiver til å avslutte og fjerne produkter fra markedet hvor den tilordnede sluttbruker-kostnaden er høyere enn inntekten som genereres fra det samme produktet. Dette vil ifølge Telenor kunne gi stort negativt bidrag for en overordnet marginskvistest som skal bestås i sluttbrukermarkedet. Slik departementet forstår dette vil det først en aktuell problemstilling dersom produkter med lav margin utgjør en overvekt av sluttbrukerproduktene som inngår i marginskvistesten. Dersom inntektene fra disse produktene ikke dekker relevante kostnader i en full marginskvistest, vil dette innebære at kjøper av tilgang ikke har mulighet til å oppnå positiv margin ved å replikere Telenors representative produkter. Dette vil være et brudd på Telenors plikt til å tilby tilgangspriser som ikke setter kjøper av tilgang i marginskvis, jf. Vedtaket kapittel 8.5.1. Det vil videre kunne være en indikasjon på at prisene i sluttbrukermarkedet er satt så lavt at de ikke dekker tilhørende kostnader (rovprising) og som vil kunne utgjøre konkurranseskadelig adferd gjennom å ha en ekskluderende virkning på tilgangskjøperne. Den ilagte reguleringen er nettopp ment å forhindre en slik adferd gjennom å bidra til adferdsendringer i slike tilfeller.

Telenor oppfatter at modellen legger til grunn at felleskostnader mellom privat- og bedriftsmarkedet skal fordeles etter allerede fordelte kostnader, slik det er angitt i reglene for føring av produktregnskapet. Det vises til at dette ikke samsvarer med metodikken som benyttes i marginskvistester etter konkurranseloven og avviker fra kostnadsfordelingen som ligger til grunn for prissetting av tjenester i markedet, samt fra den metodikken Nkom selv benyttet i marginmodellen for marked 5 (fiberbasert bredbånd, jf. Telenors brev 7. november 2016).

Departementet viser til det som er sagt ovenfor om at marginskvistester etter konkurranse-regelverket er utformet for et annet formål. Det fremgår av BoR (14) 190 at det i ex-ante marginskvistester er vanlig at felleskostnader behandles sammen med kostnader til sluttbrukervirksomhet, og at beregninger gjøres på grunnlag av allerede fordelte kostnader. I marginskvistester under ex-ante regulering kan fordeling av felleskostnader gjøres helt ned på produktnivå. I de pålagte marginskvistestene fordeles kostnader til sluttbrukervirksomhet, herunder felleskostnader, mellom privat- og bedriftsmarkedene på grunnlag av Telenors egne estimater og i tråd med prinsippet om justert EEO. Det vises for øvrig til Konkurransetilsynets merknader til varsel om Vedtak hvor tilsynet på generelt grunnlag bemerker at marginskvistestene i varslet til vedtak avviker noe fra vilkårene for å påvise marginskvis i konkurranseretten, men anser samtidig at "*...en konkretisering av prisvilkårene for ulike tilgangsformer gjennom forbud mot å sette tilgangskjøper i marginskvis, med på forhånd fastlagte prinsipper, kan muliggjøre effektiv og forutberegnelig regulering*".

Når det gjelder marked 5 er det riktig som Telenor skriver at den valgte kostnadsmetodikken i marked 15 avviker fra den som er valgt for marked 5. De to marginskvismodellene er

imidlertid ikke direkte sammenliknbare. I marked 5 foreligger det både en anbefaling fra EU²³ og retningslinjer fra BEREC²⁴ som gir veiledning knyttet til utvikling av og hvordan gjennomføre en ex-ante economic replicability test eller marginskvistest. I marked 5 er det videre ikke definert ulike sluttbrukermarkeder slik det er i marked 15, men her gjøres testen på et sett flaggskipprodukter. I marked 5 fordeles sluttbrukerkostnaden på de produkter som testes ut fra produktenes omsetning. Til sammenligning fordeles ikke disse kostnadene i marked 15 per produkt. I stedet benyttes som nevnt over en gjennomsnittskostnad samlet for henholdsvis privat- og bedriftsmarkedet. Valg av fordelingsprinsipp vil ha innvirkning på marginen til det enkelte produkt. All den tid kostnadene til sluttbrukervirksomheten i marginskvismodellen for marked 15 ikke fordeles per produkt, vil valg av kostnadsfordelingsprinsipp imidlertid være mindre relevant.

Telenor mener videre at de faste kostnadene for en MVNO-tilbyder i modellen er fastsatt på et for høyt nivå, og må reduseres for å gjenspeile forutsetningen om en rimelig effektiv operatør (REO). Telenor mener det ikke blir riktig å legge til grunn doble faste kostnader for en MVNO som retter seg mot begge markedsløp. Nkom på sin side mener kostnadene er fastsatt på et riktig nivå for en gjenspeile en MVNO med minimum skala som operere i både bedrifts- og privatmarkedene. Telenors estimerer for andelen faste kostnader på dette punkt tok utgangspunkt i regnskapstall for en liten tilgangskjøper som kun retter seg mot privatmarkedet. Det er imidlertid viktig at de faste kostnadene reflekterer en MVNO som er tilstede i begge sluttbrukermarkedene ettersom kostnadene dernest vil bli fordelt mellom privat og bedrift i marginskvismodellen. Som lagt til grunn i kapittel 6.1.2 stille det endrede krav til en MVNO som ønsker å gå fra å tilby produkter i privatmarkedet til å tilby produkter i begge de definerte sluttbrukermarkedene. Departementet deler dermed Nkoms vurdering om at det er hensiktsmessig å doble Telenors estimerer for faste kostnader for en aktør som er tilstede både i bedrift- og privatmarkedene.

Til Telenors anførsel om at Nkom ikke har begrunnet hvorfor det kun er tilgangsavtalen med variable prisstruktur som skal testes, ei heller dokumentert hvordan et slikt krav er egnet til å fremme bærekraftig konkurranse og er forholdsmessig, vises det til kapittel 6.4.5.2 ovenfor hvor departementet opprettholder Nkoms krav om at Telenor må tilby en trafikkavhengig variable prisstruktur. Et krav til trafikkavhengig variabel prisstruktur er ment å bidra til å gi tilgangskjøperne likeverdig mulighet til å konkurrere i sluttbrukermarkedet. Ettersom Telenor på forhånd som minimum kun er pålagt å tilby en slik prisstruktur, anses det dermed også som formålstjenlig at det er denne prisstrukturen som benyttes i marginskvistesten. Det er imidlertid ingenting i veien for at Telenor, for å svare på ulike behov i markedet, i tillegg tilbyr andre prisstrukturer. Motsatt vil en marginstest hvor det på forhånd ikke er avklart hvilke(n) prisstruktur som skal testes, eller hvor det overlates til Telenor å avgjøre hvilke(n) prisstruktur som skal benyttes, vil etter departementets vurdering verken fremstå som særlig robust eller forutberegnelig for Telenor eller øvrige markedsaktører.

²³ Commission Recommendation of 11 September 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment.

²⁴ BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. ex-ante/sector specific margin squeeze tests), 5 December 2014.

For øvrig bemerker departementet at det i marked 15 benyttes en justert EEO og ikke en REO (rimelig effektiv operatør/tilbyder) som Telenor synes å legge til grunn. Ved en REO-tilnærming forutsettes skalaen og effektiviteten til en effektiv alternativ operatør (datasettet til alternative operatører benyttes), mens ved en justert EEO-tilnærming brukes data fra den regulerte tilbyderen som utgangspunkt, med enkelte justeringer som anses nødvendige for å gjøre testen realistisk sett fra tilgangskjøpers ståsted.

På bakgrunn av dette tas Telenors anførsler på dette punkt ikke til følge.

6.4.8.3 Prinsipper for marginskvistesten

Nkom har siden Vedtaket ble fattet gjennomført tre marginskvistester, henholdsvis per 1. oktober 2016, per 1. april og per 1. oktober 2017. Erfaringene med disse testene viser at det blant annet reises spørsmål ved utvalget av representative produkter som inngår i testene, størrelsen på modellert aktør, samt hyppigheten av testingen. Selv om departementet i kapittel 4 har avgrenset mot å behandle konkrete klager på gjennomføring av marginskvistestene, anser departementet det som en del av denne klagesaken å vurdere om det er grunnlag for eventuelle presiseringer eller endringer i prinsippene for marginskvistesten.

Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan klageinstansen prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter. Det ligger videre innenfor klageinstansens kompetanse både å vurdere de synspunkt klageren kommer med, men også å kunne ta opp forhold som ikke er berørt av klager.

Nkom konkluderte 3. februar 2017, etter første gjennomføring av marginskvistesten, med at Telenors standardavtaler for MVNO tilgang og for tjenesteleverandørtilgang fra 1. februar 2017 oppfyller kravene i marked 15-vedtaket om ikke å sette kjøper av tjenesteleverandørtilgang eller MVNO-tilgang i marginskvis. Etter andre gjennomføring av testen konkluderte Nkom med at prisvilkårene for tjenesteleverandørtilgang som gjaldt forut for 15. juni 2017 ikke oppfylte kravene som følger av prisreguleringen. Siden Telenor hadde endret prisvilkår for tjenesteleverandørtilgang med virkning fra 15. juni s.å. grunnet felleseuropeiske regler om internasjonal gjesting og at prisene ble ytterligere endret 1. juli grunnet valutajustering, ble det ikke pålagt retting. Den 22. desember 2017 fattet Nkom på bakgrunn av tredje runde av marginskvistestene vedtak om retting av Telenors tilgangspriser for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang. Telenor påklaget vedtaket 19. januar i år.

Telenor har i brev henholdsvis 10. april og 5. september 2017, kommentert de to første gjennomføringene av marginskvistestene. Selskapet anførsler går blant annet på at marginskvistestene baseres på vilkårlige og uforutsigbare prinsipper i strid med grunnleggende krav til forholdsmessighet og forutberegnelighet. Videre anføres at det legges feil størrelse på modellert aktør til grunn, og at prinsippene for utvelgelse av representative produkter er endret. Også flere tilgangskjøpere har hatt innspill til gjennomføringen av marginskvistestene, jf. kapittel 3.

Departementet vil behandle de nærmere anførsler nedenfor.

6.4.8.3.1 Størrelsen på modellert aktør

Telenor hevder at Nkom ved gjennomføring av marginskvistesen legger feil størrelse på modellert MVNO-aktør til grunn. Telenor mener at det fremgår av Vedtaket vedlegg 2 kapittel 3.1.1 at modellert aktør skal ha fem prosent markedsandel i "hele" markedet, og at testen deretter gjennomføres på kostnader og inntekter i henholdsvis bedrift- og privatmarkedet. Som støtte for sitt syn har Telenor vist til rapport fra Analysis Mason til Nkom, jf. bakgrunnsdokumentasjon for marginskvismodell, M15 – rapport 27. juni 2016 kapittel 2.3 og 2.4.

Departementet kan ikke se at ordlyden i Vedtaket kapittel 3.1.1 i vedlegg 2 tilsier en slik forståelse. Det fremgår eksplisitt av ordlyden i Vedtaket avsnitt 401 at test av aktør som kjøper standard MVNO-tilgang enten skal ha fem prosent andel av privatmarkedet eller fem prosent av bedriftsmarkedet. Når det gjelder sitatet fra Analysis Masons rapport "Comparison of input data on retail cost" 27. juni 2016, bemerker departementet at dette knytter seg til Analysis Masons vurderinger knyttet til fastsettelse av sluttbrukerkostnader og ikke fastsettelse av markedsandel for en modellert aktør. Etter departementet syn kan derfor ikke sitatet tas til inntekt for en tolkning i strid med klar ordlyd i Vedtaket. På bakgrunn av dette fører ikke Telenors anførsler frem på dette punkt.

Når det gjelder innspill fra tilgangskjøperne om modellforutsetninger i kapittel 3 og at fem prosent markedsandel er for høyt, viser departementet til at en reduksjon i markedsandel ville innebære en endring av Vedtaket i Telenors disfavør. Ekomstatistikken for mobiltelefoni viser at det ikke eksisterer tilgangskjøpere som har oppnådd fem prosent markedsandel av hele markedet. Departementets omgjøringskompetanse er begrenset av forvaltningsloven § 34 tredje ledd, siden Vedtaket kun er påklaget av Telenor. Departementet går derfor ikke nærmere inn på dette, men viser til at det er noe som bør vurderes i forbindelse med neste markedsanalyse, jf. kapittel 8.

6.4.8.3.2 Representative produkter

Telenor hevder at det ikke lovlig kan vedtas en prisregulering som gir rom for å endre prinsippene for hvilke produkter som skal testes fra gang til gang.

Departementet viser til at det fremgår av vedlegg 2 til Vedtaket kapittel 3.2 om representative sluttbrukerprodukter at sluttbrukerprodukter som inngår i testene "(...) skal være representative for konkurransesbildet i markedene som testes". Det følger videre at "[e]t utgangspunkt for å identifisere representative produkter som skal inngå i marginskvistestene, vil være produkter som kumulativt utgjør 70 prosent av antall abonnement i hvert av sluttbrukermarkedene som er gjenstand for marginskvistest, samt produkter som utgjør minst 10 prosent av antall abonnement i de relevante markedene".

Det fremgår av dette at det avgjørende for utvelgelsen av sluttbrukerprodukter er at de er representative for konkurransesbildet i markedet. Det er ikke angitt en uttømmende oppstilling i prinsippdokumentet for hvordan disse produktene skal velges ut. Det er imidlertid oppstilt et utgangspunkt for denne utvelgelsen gjennom at produkter som kumulativt utgjør 70 prosent av antall abonnement i hvert av sluttbrukermarkedene, og produkter som utgjør minst 10

prosent av antall abonnement i de relevante markedene, vil kunne inngå i testen. Departementet oppfatter det likevel slik at det må foretas en konkret vurdering ved hver produktutvelgelse av om disse produktene er representative for konkurransebildet. Dette innebærer at det ikke nødvendigvis vil være slik at utvalgte produkter som inngår i testen alltid vil tilsvare 70 prosent av antall abonnement i hvert av sluttbrukermarkedene som er gjenstand for marginskvistest, fordi det avgjørende i en konkret vurdering vil være at produktene som testes er representative for konkurransen i markedet. Tilsvarende gjelder for produkter som utgjør minst 10 prosent av antall abonnement.

Departementet er ikke enig med Telenor i at det er i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige krav til klarhet og forutberegnelighet at det i Vedtaket oppstilles et krav til utvelgelse av sluttbrukerprodukter som skal inngå i marginskvistesten, basert på om disse er "representative for konkurransebildet" og at dette vil bero på en fornyet vurdering ved hver gjennomføring av testen. Etter departementet vurdering er det verken hensiktsmessig eller mulig på forhånd å angi en uttømmende liste over hvilke produkter som skal testes. Dette skyldes at sluttbrukermarkedet er dynamisk og preget av endret tilbud og etterspørsel, og at dette må gjenspeiles i utvalget av representative sluttbrukerprodukter for å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse i tråd med ekomlovens formål.

Når det gjelder forutberegneligheten for Telenor, og muligheten til å etterleve et krav om at alle produktene som inngår i testen skal ha positiv bruttomargin for tjenestetilbydere og kravet til at en full marginskvistest skal bestå for representative produkter for nasjonal gjesting og MVNO-tilgang, viser departementet til at Telenor med sine sterke markedsstilling har god kjennskap til hvilke produkter som det til enhver tid konkurreres på. Telenor må fortløpende foreta en vurdering av prisnivået på egne sluttbrukerprodukter som det konkurreres på, opp mot nivået på tilgangsprisene, for å kontrollere at reguleringen overholdes.

Produkter som markedsføres aktivt og hvor det opereres med kampanjepriser vil for eksempel være "representative for konkurransebildet". Etter departementets vurdering er det nødvendig å teste produkter som er i salg og som det konkurreres på, fordi dette vil gi et riktigere bilde av konkurransesituasjonen i markedet. Etter departementet syn kunne dette kommet klarere frem i prinsippdokumentet kapittel 3.2 om representative sluttbrukerprodukter. I lys av det ovennevnte ser departementet grunn til å presisere Vedtaket vedlegg 2 kapittel 3.2 noe slik at dette kommer klarere frem. Det vises til presiseringene i kapittel 9.

6.4.8.3.3 Triggerpunkter for gjennomføring av marginskvistestene

Det vises til kapittel 3 innspill fra tilgangskjøperne om at marginskvistesten bør gjennomføres oftere enn det Vedtaket legger opp til (hvert halvår). Innspillene skyldes delvis den sterke veksten i bruken av mobildata, men også behovet for raskere å kunne rette eventuelle brudd på reguleringen.

Det fremgår av Vedtaket vedlegg 2 kapittel 3.8 at det "(...) i utgangspunktet vil være tilstrekkelig å gjennomføre marginskvistester to ganger per år". Det følger av ordlyden at dette kun er utgangspunkt, og det utelukkes dermed ikke at testen kan gjennomføres

hyppigere. Det fremgår imidlertid ikke av prinsippdokumentet hva som skal til for at testen skal gjennomføres hyppigere.

Departementet har merket seg at det i prinsippdokumentet for marginskvistest for marked 4 og 5 er oppstilt konkrete triggerpunkter for hva som kan utløse hyppigere testing. Tilsvarende veiledning er ikke gitt i Vedtaket vedlegg 2. Departementet mener at det er behov for bedre forutbergnelighet både for Telenor og tilgangskjøperne knyttet til hva som kan utløse hyppigere testing enn to ganger per år. Departementet mener derfor at tilsvarende veiledning som er gitt i prinsippdokumentet i marked 4 og 5 når det gjelder triggerere for utføring av marginskvistest, også bør gis i dette vedtaket, men tilpasset marked 15.

Departementet mener på bakgrunn av dette at det bør fremgå av prinsippdokumentet at marginskvistesten bør utføres hver gang det settes en ny grossistpris i marked 15, og/eller når det blir innført et nytt grossistprodukt. Dette skyldes at de nye grossistprisene må testes opp mot representative sluttbrukerprodukter. Videre mener departementet at det bør fremgå av prinsippdokumentet at det også kan være aktuelt å utføre hyppigere marginskvistester dersom konkurrenter fremlegger begrunnede resonnementer for store endringer i markedet knyttet til kostnader, priser og kundefordeling, som ville føre til andre resultater enn den opprinnelige marginskvistesten.

Ved vurdering av om testen skal gjennomføres hyppigere må det foretas en forholdsmessighetsvurdering. I vurderingen skal det blant annet legges vekt på:

- At tilgangskjøper skal være i stand til å tilby sine produkter i sluttbrukermarkedene basert på tilgangsavtaler med Telenor, uten å settes i marginskvis når tilgangskjøper replikerer Telenors representative produkter.
- Stabilitet og forutsigbarhet for berørte markedsaktører.
- Endringer i pris, kostnad og etterspørsel skal inngå i marginskvisberegningene innen rimelige tidsperioder, herunder taktiske prisendringer som er egnet til å undergrave formålet med testen.
- Omfanget av administrativt arbeid og kostnader for alle impliserte (SMP-tilbyder, alternative tilbydere og tilsynsmyndigheten).

Opplistingen er ikke uttømmende.

For å skape bedre forutbergnelighet både for Telenor og tilgangskjøperne, presiserer departementet i lys av det ovennevnte Vedtaket vedlegg 2 kapittel 3.8 når det gjelder triggerpunkter for hyppigere gjennomføring av marginskvistesten. Det vises til presiseringene i kapittel 9.

6.4.8.3.4 Relevant tidsperspektiv

Departementet har merket seg at Telenor i forbindelse med klagen på Nkoms Vedtak om retting av Telenors tilgangspriser for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang 22. desember 2017, har anført at Nkom avviker fra den relevante tidsperioden som er angitt i Vedtaket for gjennomføring av marginskvistesten. Det vises til at Nkom ved samtlige tre gjennomføringer av marginskvistesten har halvert datagrunnlaget i strid med prinsippet som

fremgår av Vedtaket vedlegg 2 kapittel 3.7. Departementet viser videre til kapittel 4 der det fremgår at klageinstansen kan prøve alle sider av saken, samt ta hensyn til alle omstendigheter.

I prinsippdokumentet kapittel 3.7 om relevant tidsperspektiv fremgår det at Nkom anser mobilmarkedet i Norge for modent, og har lagt et statisk tidsperspektiv til grunn slik at inntektene og kostnadene som skal inngå i marginskvistestene fastsettes for en avgrenset periode. Det fremgår videre at datainnhenting "normalt" vil dekke en periode på 12 måneder. Ordlyden utelukker følgelig ikke at myndigheten kan benytte data som dekker en kortere tidsperiode når det blant annet gjelder Telenors abonnementsfordeling, inntekter og kostnader. Dette innebærer at data som benyttes i en marginskvistest kan dekke ulikt tidsperiode avhengig av dataenes karakter. Dette vil særlig være aktuelt der et bruksmønster tilbake i tid ikke vil være representativt for konkurransebildet i markedet nært opp til tidspunktet for testen. Etter departementets syn kunne dette kommet klarere frem i prinsippdokumentet. For unngå tolkningstvil presiserer departementet i lys av det ovennevnte Vedtaket vedlegg 2 kapittel 3.7. Det vises til presiseringene i kapittel 9.

7. Annet

I forrige reguleringsperiode i marked 15 har det fremkommet uenighet om forståelsen av kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere. Departementet viser til Vedtaket kapittel 7.2.1. om generelt om ikke-diskriminering og kapittel 7.2.3 om diskriminering mellom eksterne virksomheter. Vedtaket er noe knapt når det gjelder utdypning av hvordan kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere vil bli fulgt opp. Telenor har ved flere anledninger etterlyst større forutberegnelighet i reguleringen. For å skape økt forutberegnelighet for Telenor og tilgangskjøperne, vil departementet på bakgrunn av erfaringen fra forrige reguleringsperiode utdype Vedtaket på dette punkt:

For å kontrollere om kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere er overholdt, vil Nkom foreta en sammenligning av de ulike avtalene. Dersom avtalene ikke kan sammenlignes direkte, kan Nkom gjøre forutsetninger som gjør det mulig å sammenligne avtalene. Det kan ikke på forhånd angis konkret hvilke forutsetninger som vil bli tatt i den enkelte sak, fordi dette vil avhenge av avtalenes utforming. Forutsetningene som tas må ta utgangspunkt i at også mindre aktører skal kunne konkurrere i markedet. Forutsetningene skal derfor være realistiske for tilgangskjøperne som sammenlignes og egnet for formålet.

Ved tvil om hvordan forpliktelsen skal etterleves, vil Telenor kunne henvende seg til Nkom for å få ytterligere veiledning.

Det følger av Vedtaket avsnitt 208 at kravet til ikke-diskriminering innebærer at eventuelle forskjeller i tilbudte vilkår skal være basert på "objektive kriterier". Nkom fremholder at objektive grunner skal være oversiktlige slik at det er mulig å kontrollere etterlevelse.

Departementet viser til at blant annet volumrabatt, volumforpliktelse og bindingstid vil kunne være objektive grunner til ulik pris. Om slike forhold utgjør en objektiv grunn vil måtte avgjøres konkret i det enkelte tilfellet. Det vises til avsnitt 237 og Nkoms utdypning av at når en konkurrerende tilbyder oppnår bedre vilkår, skal tilsvarende vilkår tilbys andre konkurrerende tilbydere. Vilkåret må kunne resultere i lavere pris for alle tilgangskjøpere for at det skal kunne anses for en objektiv grunn til ulik pris.

Kostnadsbesparelsen må kunne dokumenteres og til en viss grad kvantifiseres for å utgjøre en objektiv grunn. Dette er i tråd med ekomlovens forarbeider som setter krav til at vilkårene skal være oversiktlige og etterprøvbare. Det at et vilkår har en verdi for Telenor vil ikke nødvendigvis medføre at det utgjør en objektiv grunn. Det er de reelle kostnadsbesparelser som er sentrale for vurderingen av hva som ansees som objektiv grunn til ulik pris.

8. Ny markedsanalyse og Fremtidig regulering

Departementet har merket seg at Nkom legger til grunn at Vedtaket i utgangspunktet har et tidsperspektiv på to til tre år. På bakgrunn av dette og den raske tekniske og markedsmessige utviklingen i mobilmarkedet vil departementet be Nkom om umiddelbart å gå i gang med ny markedsanalyse. Av tidshensyn ber vi Nkom vurdere om det er tilstrekkelig å gjennomføre en begrenset oppdatering basert på endringene siden sist.

Forutsatt at Nkom kommer til at det fortsatt er grunnlag for forhåndsregulering av markedet, ber vi om at Nkom i vedtaket angir hvordan markedsvedtaket vil bli fulgt opp og hvilke konsekvenser eventuelle brudd på markedsreguleringen vil få. Herunder kan det angis hvilke konkrete virkemidler som vil tre inn dersom andre virkemidler ikke fører frem. Departementet viser til Ot. prp. nr. 58 (2002-2003) om ekomloven i merknaden til § 3-4 der det fremkommer at forpliktelser kan endres uten ny markedsanalyse der pålagte virkemidler ikke fører frem. Dette innebærer at virkemidlene kan skjerpes dersom de pålagte virkemidlene ikke fungerer som forutsatt.

Departementet har merket seg at de teknologiske utviklingen har bidratt til å redusere forskjellene mellom MVNO-plattformen og tjenesteleverandørtilgang og at Nkom i Vedtaket avsnitt 136 anerkjenner at det er forhold som taler for en mer tilgangsnøytral regulering. Departementet ber Nkom vurdere om det er hensiktsmessig å regulere de to tilgangsførmene likt. Herunder bør det vurderes om det tidligere kravet til ikke-diskriminering på tvers av tilgangsformer bør gjeninnføres.

Departementet ber videre Nkom følge utviklingen særlig nøye når det gjelder M2M og mobil IoT som er i rask teknologisk og markedsmessig utvikling (LPWA: LTE-M, NB-IoT), jf. kapittel 6.1.3.1. Departementet viser også til avsnitt 336 i Vedtaket der det fremgår at Nkom ser kravet om positiv bruttomargin som en minimumsregulering for tjenesteleverandører som ikke i seg selv gir tilstrekkelig økonomisk styrke til å kunne operere i markedet på lengre sikt. Både tjenesteleverandører og MVNOer bidrar positivt til tjenestekonkurranse og innovasjon i ekommarkedet, og er viktig for det tredje nettet som potensielle tilgangskjøpere. Departementet vil be Nkom følge nøye med på konkurransevilkårene for tjenesteleverandørene.

9. departementets vedtak

Departementet treffer i medhold av ekomloven § 11-6 første ledd og forvaltningsloven § 34 fjerde ledd slikt vedtak:

Nasjonal kommunikasjonsmyndighets 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 stadfestes, med unntak av at kravet om at en rimelig anmodning om tilgang skal møtes med "rettferdige" vilkår som oppheves. For øvrig gjelder de presiseringer som følger av dette vedtak.

Departementet viser til at Nkoms Vedtak av 1. juli 2016 etter forvaltningsloven i sin helhet utgjør et vedtak som er bestemmende for Telenors rettigheter og plikter. Nkom har i Vedtaket kapittel 7 redegjort for valg av særskilte forpliktelser, og har inkludert et eget kapittel 8 om pålegg av særskilte forpliktelser. Plikter som følger av Vedtaket kapittel 7 og som detaljeres her, er gyldig selv om disse ikke fremkommer eksplisitt og i detalj av Vedtaket kapittel 8. Vedtaket kapittel 7 og 8 må derfor leses i sammenheng. For å tydeliggjøre Telenors forpliktelser på enkelte punkter presiserer departementet imidlertid noen plikter som fremkommer av Vedtakets kapittel 7 i Vedtaket kapittel 8.

I tillegg presiserer departementet som nevnt i dette vedtak kapittel 6.4 enkelte av pliktene i Vedtaket kapittel 8 og i Vedtaket vedlegg 2 om prinsipper for marginsskvistester.

I kapittel 8.1 om tilgang tilføyes følgende:

- *Forespørsler om tilgang til nasjonal gjesting med enveis sømløshet, og/eller flatedekning i hele landet jf. kapittel 7.1.2.1, vil normalt anses for å være rimelige. Tilsvarende vil en anmodning om å stenge tilgang til nettet i spesifiserte områder normalt være rimelig under forutsetning av at det er teknisk forsvarlig å avgrense tilgangen til det anmodede området, jf. ekomloven § 4-1.*
- *Sømløshet med toveis overlevering vil normalt være rimelig innenfor analysens tidshorisont under forutsetning av det er terminaler som støtter toveis overlevering er i salg, jf. ekomloven § 4-1.*
- *En anmodning om samlokalisering som krever kapasitetsutvidelser i infrastrukturen vil etter en helhetsvurdering kunne anses som rimelig, jf. ekomloven §§ 4-4 tredje og fjerde ledd, jf. 4-1 annet ledd.*
- *Telenor ASA plikter å gi informasjon som er nødvendig for å iverksette en rimelig anmodning om samlokalisering.*
- *Telenor ASA skal imøtekomme enhver rimelig anmodning om å endre dekning/forbedre innendørsdekning på lokasjoner der tilgangskjøper anmoder om dette, tilsvarende som Telenor ville gjort for egen sluttbrukervirksomhet, ekomloven §§ 4-1 annet ledd, jf. 4-7.*
- *Telenor ASA skal imøtekomme en rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om tilgang med rimelige vilkår, jf. ekomloven §§ 4-1 første ledd, jf. 3-4 tredje ledd.*
- *Telenor ASA skal tilby tilgang uten bestemmelser om eksklusivitet som rammer adgangen til å forhandle om inngåelse eller endring av avtale om tilgang med andre tilbydere, jf. ekomloven §§ 4-1, jf. 3-4.*
- *Telenor ASA skal tilby tilgang uten bestemmelser om leveringseksklusivitet. Forbudet omfatter ikke leveringseksklusivitet på SIM-nivå, tilbud om dekning i flere mobilnett i samme abonnementsforhold, samt at tilgang til Telenors*

mobilnett ikke kan tilbys sammen med dekning i annet eksternt mobilnett i samme sluttbrukermarked, jf. ekomloven §§ 4-1, jf. 3-4.

I kapittel 8.2 om ikke-diskriminering tilføyes følgende:

- *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 eksterne grossistkunder få nødvendig og tilstrekkelig informasjon om dette på et tidspunkt som gir likeverdige muligheter som Telenors sluttbrukervirksomhet til å planlegge og tilby nye eller kvalitetsøkende tjenester eller produkter i sluttbrukermarkedet, jf. ekomloven § 4-7.*
- *Kravet til ikke-diskriminering mellom egen og ekstern virksomhet innebærer at tjenester som Telenor ASA benytter seg av for å øke kvaliteten på egne produkter og som omfattes av tilgangsplikten, skal gjøres tilgjengelig for tilgangskjøper slik at disse kan tilby sine sluttbrukere tjenester av tilsvarende kvalitet som Telenor ASA tilbyr egen virksomhet, forutsatt at det er teknisk mulig å gjennomføre. Tilsvarende gjelder for tilgang til samme bæretjenester som Telenor ASA tilbyr egen virksomhet. Når det gjelder hastighet for dataoverføring, skal hastigheten som til enhver tid tilbys Telenors egen sluttbrukervirksomhet, også gjøres tilgjengelig for eksterne tilgangskjøpere, jf. ekomloven § 4-7*
- *Telenor ASA skal gi tilgangskjøper informasjon vedrørende feilretting på samme tidspunkt og med samme innhold som til selskapets egen virksomhet, jf. ekomloven § 4-7.*
- *Kravet til ikke-diskriminering mellom egen og ekstern virksomhet innebærer at Telenor ASA skal tilby tilgangsavtaler uten klausuler om ensidig og/eller ubetinget endringsadgang for Telenor ASA, jf. ekomloven § 4-7.*

I kapittel 8.3 om standardavtaler tilføyes følgende:

- *Vilkårene i standardavtalen skal være rimelige, jf. ekomloven §§ 4-6 fjerde ledd, jf. 4-1.*
- *Telenor ASA skal tilby en tilgangsavtale uten bestemmelser om eksklusivitet som rammer adgangen til å forhandle om inngåelse eller endring av avtale om tilgang med andre tilbydere, jf. ekomloven §§ 4-6, jf. 4-1.*
- *Telenor ASA skal tilby en tilgangsavtale uten bestemmelser om leveringseksklusivitet. Forbudet omfatter ikke leveringseksklusivitet på SIM-nivå, tilbud om dekning i flere mobilnett i samme abonnementsforhold, samt at tilgang til Telenors mobilnett ikke kan tilbys sammen med dekning i annet eksternt mobilnett i samme sluttbrukermarked, jf. ekomloven §§ 4-6 jf. 4-1.*
- *Telenor ASA skal utforme standardavtalene slik at avtalen reflektere alle tjenester og produkter som tilgangskjøper i medhold av reguleringen til enhver tid har krav på, jf. ekomloven §§ 4-6 jf. 4-1. 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 tilgangskjøpere kan tilby samme eller tilsvarende tjenester eller produkter i sluttbrukermarkedene på samme tid som Telenor.

- *Telenor ASA skal utforme standardavtalene uten klausuler om ensidig og ubetinget endringsadgang for Telenor ASA, jf. ekomloven §§ 4-6 jf. 4-1.*

Departementet understreker at dette kommer i tillegg til Vedtaket kapittel 8.

Følgende presisering skal tilføyes i Vedtaket vedlegg 2 (prinsipper for marginsskvistester), kapittel 3.2 om representative sluttbrukerprodukter:

- *Ved vurderingen av om sluttbrukerprodukter anses å være representative for konkurransebildet i markedet, vil det blant annet legges vekt på om produktet er i salg, om produktet tilbys med kampanjepriser til nye kunder, og om tilgangskjøperne har tilsvarende ringeplaner som konkurrerer direkte med Telenors produkt. Listen er ikke uttømmende, og det avgjørende for vurderingen er at det konkurreres på produktet i det relevante sluttbrukermarkedet.*
- *Det skal foretas en fornyet vurdering av hvilke sluttbrukerproduktet som er representative for konkurransebildet og som skal inngå i marginsskvistesten hver gang marginsskvistesten gjennomføres.*

Følgende presisering skal tilføyes Vedtaket vedlegg 2 (prinsipper for marginsskvistester), kapittel 3.7 om relevant tidsperspektiv:

- *At datainnhenting "normalt" vil dekke en periode på 12 måneder, utelukker ikke at det kan benyttes data som dekker en kortere tidsperiode når det blant annet gjelder Telenors abonnementsfordeling, inntekter og kostnader. Dette vil særlig være aktuelt der et bruksmønster 12 måneder tilbake i tid ikke vil være representativt for konkurransebildet i markedet nært opp til tidspunktet for testen.*

Følgende presisering skal tilføyes Vedtaket vedlegg 2 (prinsipper for marginsskvistester), kapittel 3.8 om konkret gjennomføring av marginsskvistest:

Triggere for gjennomføring av marginsskvistest:

1. Ex-ante marginsskvistesten vil bli utført hver gang det settes en ny grossistpris i marked 15, og/eller når det blir innført et nytt grossistprodukt.

2. Det kan utføres hyppigere marginsskvistester dersom konkurrenter fremlegger begrunnede resonnementer for store endringer i markedet knyttet til kostnader, priser og kundefordeling, som ville føre til andre resultater enn den opprinnelige marginsskvistesten.

Ved vurdering av om testen skal gjennomføres hyppigere må det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Ved forholdsmessighetsvurderingen skal det i slike tilfeller

blant annet legges vekt på hensynet til at tilgangskjøper skal være i stand til å tilby sine produkter i sluttbrukermarkedene basert på tilgangsavtaler med Telenor, uten at tilgangskjøper settes i marginskvis når tilgangskjøper replikerer Telenors representative produkter. Andre moment som bør tillegges vekt er blant annet hensynet til at markedsaktørene som blir direkte berørt av grossisttjenestene og prisene for disse, bør ha en viss stabilitet og forutsigbarhet. I tillegg bør det vektlegges at endringer i pris, kostnad og etterspørsel over tid skal inngå i marginskvisberegningene innen rimelige tidsperioder; herunder taktiske prisendringer som er egnet til å undergrave formålet med testen. Videre skal hensynet til at en marginskvisberegning skaper administrativt arbeid som påfører alle impliserte kostnader (SMP-tilbyder, alternative tilbydere og tilsynsmyndigheten) tillegges vekt. Listen er ikke uttømmende.

Departementet understreker at dette kommer i tillegg til Vedtaket vedlegg 2 om prinsipper for marginskvis tester.

Ovennevnte presiseringer av Vedtaket anses ikke å være en endring til "skade for klageren", jf. forvaltningsloven § 34 tredje ledd. De underliggende forpliktelsene er ikke endret. Presiseringene gjøres for å klargjøre Vedtaket og skape økt forutberegnelighet for Telenor og tilgangskjøperne.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd og forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Med hilsen

Tove Kristin Flølo (e.f.)
ekspedisjonssjef

Heidi Kvalvåg
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

Kopi til:

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet