

Til Samferdselsdepartementet ved
Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Vår dato
18. mai 2018

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE - PÅLEGG OM RETTING AV TELENORS TILGANGSPRISER FOR FIBERBASERT BREDBÅNDSAKSESS

1 Innledning

Det vises til vedtak fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) av 20. april 2018 hvor det pålegges retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess («Vedtaket»). Telenor vil med dette påklage Vedtaket.

Foreliggende Vedtak om retting er tredje gang Nkom gjennomfører en marginskvistest for å undersøke om Telenor følger kravet til ikke-diskriminering, jf. ekomloven § 4-7 og marked-5 reguleringen. I Vedtaket konkluderer Nkom med at Telenor pålegges å rette tilgangsprisen for fiberbasert bredbåndsaksess ved å redusere den totale grossistkostnaden med minst 16 prosent.

Etter Telenors oppfatning er begrunnelsen for Vedtaket uklar, særlig hva gjelder spørsmålet om periodisering av salgskostnader. Det er etter vårt syn ikke mulig å følge Nkoms argumentasjon og dermed å forstå begrunnelsen for vedtaket. Telenor anmodet derfor om en oppklarende samtale med Nkom, men dette avsto Nkom. Nkom ønsket heller at Telenor stilte skriftlige spørsmål som ville bli besvart skriftlig. Spørsmålene ble besvart i brev fra Nkom i 10. mai 2018. Klagefristen ble også utsatt til 18. mai 2018 etter anmodning fra Telenor, herværende klage er således rettidig.

Opplysninger markert [REDACTED] bes unntatt offentlighet og partsinnsyn da opplysningene er forretningshemmeligheter.

2 Hovedpunktene som påklages

2.1 Nkom har ikke hjemmel til å pålegge Telenor å rette seg på en bestemt måte

Group Legal
Advokater MNA

Head of Group Legal:
Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:

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

Etter Telenors oppfatning gir ekomloven § 10-6 ikke hjemmel til å konkret pålegge Telenor å senke tilgangsprisene dersom testene viser negativt resultat, all den tid forpliktelsen som er pålagt i Marked 5-vedtaket er å ikke diskriminere intern og ekstern virksomhet. Bestemmelsen i ekomloven § 10-6 gir Nkom kompetanse til å pålegge forpliktelser som sikrer at en ulovlig atferd bringes i samsvar med forpliktelsen. En slik forståelse av ekomloven understøttes av rapport fra professor Erling Hjelmeng datert 31. januar 2018 som tidligere er oversendt til departementet.

Dette betyr at Nkom kan ikke med hjemmel i ekomloven § 10-6 pålegge hvordan Telenor konkret skal implementere et pålegg om å rette tilgangsreisen slik at marginskvistesten viser positivt resultat. Forpliktelsen pålagt Telenor i marked 5 - vedtaket er å ikke diskriminere mellom intern og ekstern virksomhet. Forpliktelsen innebærer ikke at grossistprisen skal være på et bestemt nivå og er heller ikke en regulering av nivået på sluttbrukerprisene. Pålegg etter ekomloven § 10-6 må således relatere seg til innholdet i forpliktelsen og at det foreligger et brudd på denne. Hjemmelen kan ikke strekkes dithen at myndighetene – på tidspunktet for håndheving av forpliktelsen – kan utvide forpliktelsen til å ha et annet innhold ved bruk av rettekompentansen. Dette innebærer at Nkoms pålegg ikke har hjemmel i lov og dermed er ugyldig.

2.2 Periodisering av salgskostnader

Nkom legger i marginmodellen til grunn at salgskostnader skal inndeckes samme år som de påløper, ved at alle salgs- og akkvisisjonskostnader inkluderes i modellen uten at disse periodiseres over kundens levetid. I et vekstmarked medfører dette at salgskostnadene overvurderes i testene.

Etter Telenors oppfatning er en slik tilnærming verken i tråd med NGA-anbefalingen, BERECs veiledning eller prinsipp 6 i marginsmodellen.

Det følger klart av prinsippene i NGA-anbefalingen - som er reflektert i prinsippene i marginskvisteten punkt 3.6 – at salgs- og akkvisisjonskostnader skal periodiseres over levetiden til et kundeforhold. Av NGA-anbefalingen annex II punkt (v) Relevant time period fremgår følgende:

“The relevant period for this ex-ante economic replicability test should be set in accordance with the estimated average customer lifetime. Such average customer lifetime would be the period of time over which the customer contributes to the recovery of the: (a) downstream costs that are annualised according to a depreciation method that is appropriate to the asset in question and the economic lifetime of the corresponding assets required for the retail operations (including network costs that are not included in the wholesale NGA access service); and (b) other downstream costs that are normally not annualised (typically the subscriber acquisition costs) and which the operator incurs to gain customers and should seek to recover over the latter’s average lifetime”.

Som det klart fremgår her skal den relevante tidsperioden fastsettes til estimert gjennomsnittlig kundelevetid. Dette vil være den perioden kunden både bidrar til å dekke nedstrømskostnader som normalt periodiseres og nedstrømskostnader som normalt ikke periodiseres og som operatører pådrar seg for å få kunder og som også bør søkes dekket i løpet av kundens levetid.

I BERECs veiledning av 5. desember 2014 punkt 4.3 utdypes ovennevnte prinsipp noe. Her fremgår det på side 35:

«[...] For customer related investment costs (e.g. marketing, connection, customer retention), they should be recovered over a period of time, reflecting the period over which a new (or retained)

customer can be expected to generate positive cash flows for the operator. That is, these costs should be spread evenly over the expected average customer lifetime. For non-customer related investment costs (e.g. physical equipment), the useful economic life of the asset in question is likely to be an appropriate period over which to spread costs.” [vår understreking]

Her underbygges prinsippet om at også kunderelaterte nedstrømskostnader (som normalt ikke periodiseres i regnskapet), må spres utover kundens levetid. Bakgrunnen for dette er jo nettopp at ved at man i testen periodiserer slike kostnader over levetiden til et kundeforhold vil man oppnå et riktigere bilde av den reelle og underliggende lønnsomheten også for en enkeltperiode.

I prinsippene for marginskvistesten punkt 3.6 henvises det direkte til ovennevnte ordlyd i Anbefalingen annex II punkt (v) og prinsipp 6 må således tolkes til å være i overensstemmelse med Anbefalingen. En annen tolkning av prinsipp 6 vil føre til sterkt urimelige resultater og være i strid med NGA- anbefalingen.

Nkom hevder i Vedtaket og i svaret på Telenors spørsmål at de legger en annen forståelse av NGA-anbefalingen til grunn en Telenor, selv om begrunnelsen som fremgår synes å indikere noe annet. Som Telenor legger Nkom til grunn at det Kommisjonen angir er at kundelevetiden er den relevante tidsperioden som skal legges til grunn ved gjennomføringen av marginskvistesten, og dermed vurderingen av lønnsomheten for flaggskipsproduktene. Konsekvensen av dette er at alle sluttbrukerkostnader (både de som periodiseres i regnskapet og de som normalt ikke periodiseres) må spres utover kundens levetid ved gjennomføring av testen. Bruk av uttrykket «normalt» gir ikke anvisning på noe annet enn en beskrivelse av hvilken type kostnader som skal spres utover kundes levetid.

Telenors forståelse av anbefalingen støttes også av BERECs veiledning, jf ovenfor. Nkom hevder også i Vedtaket at «marginskvisvedtaket vurderer på hvilken måte kunderelaterte nedstrømskostnader skal inngå i marginmodellen og konklusjonen er at det er hensiktsmessig å spre kunderelaterte engangskostnader over kundens gjennomsnittlige levetid».

Nkom konkluderer imidlertid motsatt hva gjelder salgskostnader og mener at disse skal henføres til den perioden de inntreffer, uten noen annen begrunnelse enn at det fremgår av marginskvisvedtaket at kostnader (og inntekter) blir *diskontert der det er hensiktsmessig* og at marginskvistesten vil periodisere engangskostnader og –inntekter samt vurdere kundelevetid og levetid for aktiva der det er aktuelt. Etter Telenors oppfatning er jo nettopp salgskostnader «kunderelaterte engangskostnader» som skal spres over kundens levetid, og som Nkom selv mener det er hensiktsmessig å spre over kundens levetid, jf. sitatet fra Vedtaket over. I tillegg fremgår det klart av ordlyden i prinsipp 5 at marginskvistesten skal diskontere/annualisere engangskostnader, jf. nedenfor.

Videre hevder Nkom at Telenors anførsel synes å relatere seg til det underliggende marginskvisvedtaket og at Telenor ikke anførte dette i sin klage og at anførselen av den grunn ikke kan føre frem. Telenor vil i denne sammenheng vise til at dersom marginskvisvedtaket mente å avvike fra NGA-anbefalingen og BERECs veiledning, burde dette gått klart frem av ordlyden i selve vedtaket eller prinsippene for marginmodellen, ikke som resultat av en tolkning av en fane og enkelte celler i et excel-ark i et vedlegg til vedtaket. Ordlyden i prinsipp 6 er tilnærmet tilsvarende som NGA-anbefalingen og det fremgår klart av innledningen i prinsippene at prinsippene er i samsvar med Kommisjonens anbefaling samt BERECs retningslinjer.

Telenors tolkning understøttes ytterligere av beskrivelsene i prinsippene under punkt 3.5 «Relevant tidsperiode og gjennomføringsmetode for testen». Her fremgår at «I tilnærmingen med stabil tilstand blir kostnader og inntekter også brutt ned til én tidsperiode. Kostnader og inntekter blir imidlertid fordelt etter kostnadsårsak. Dette betyr at investeringskostnadene fordeles i henhold til deres økonomiske levetid. Engangskostnader og -inntekter blir også fordelt i henhold til økonomisk kostnadsårsak for den relevante tidsperioden, f.eks. gjennomsnittlig kundelevetid eller levetid for aktiva. Avhengig av fordelingen, blir disse beløpene først diskontert for å beregne dagens verdi, og deretter fordelt jevnt over levetiden ved hjelp av annuitetsformelen.

Tilnærmingen med periode for periode kan føre til økonomisk feilallokerte kostnader og inntekter over tid. Med denne tilnærmingen kan det derfor bli vist en marginskvis for én periode, og ingen for neste periode, selv om ingenting har endret seg når det gjelder kostnader, grossist-/sluttbrukerpriser og fordeling av kunder. Dette skyldes da en skjev fordeling av engangskostnader og -inntekter over tid. Både tilnærmingen med stabil tilstand og DCF-tilnærmingen unngår slike regnskapskjevheter. Dette er spesielt viktig hvis det kreves store initielle investeringer, som utgifter til markedsføring. [...]» [vår understreking].

Deretter konkluderes det i prinsipp 5 at en stabil tilstands tilnærming for flere perioder vil bli anvendt for å gjennomføre marginskvistesten, herunder at engangskostnader- og inntekter blir diskontert/annualisert

Det er først i den etterfølgende håndhevingen av marginskvisvedtaket det ble tydelig for Telenor at Nkom legger en avvikende tolkning av prinsippene til grunn. Telenor har derfor påklaget dette ved gjennomføringen av samtlige marginskvistester.

Nkom hevder i Svaret at en periodisering av salgskostnader ville medført at Telenor måtte rapportert inn slike data for tidligere perioder dersom marginskvismodellen la opp til periodisering av slike kostnader. Telenor stiller seg undrende til en slik påstand, og viser til hvordan andre kostnader periodiseres i margintesten, f.eks. internett ruter og TV setup box. Her benytter Nkom kostnadsinformasjon per enhet for siste periode, og periodiserer denne utover kundens levetid uten å hensynte at enhetskostnaden var en annen i tidligere perioder. Den er naturlig å benytte samme metodikk for øvrige engangskostnader, bl.a. salgskostnader, ved at salgskostnad per salg i siste periode periodiseres over kundens levetid.

Tilsvarende metodikk er det korrekt å benytte for periodisering av promotions, for å sikre at etableringsinntekter og promotions (inntektsreduksjon) behandles på samme måte, jf. punkt 2.4 nedenfor.

På denne bakgrunn har således Nkom lagt feil prinsipp til grunn ved gjennomføringen av marginskvistesten ved ikke å periodisere salgs- og akkvisisjonskostnader over kundens levetid. Denne feilen har direkte betydning for resultatet i testen og innebærer at Vedtaket er ugyldig.

2.3 Justering 6 – gjennomsnittlig kundelevetid

Det følger videre av prinsipp 6 at et hensiktsmessig referansetidsrom er gjennomsnittlig kundelevetid for de fiberbaserte bredbåndtjenestene. Videre følger det at «hvis det mangler robuste data for kundelevetiden for fiberbaserte bredbåndstjenester, vil den gjennomsnittlige kundelevetiden for kobberbasert bredbåndstjenester og andre markedsdata også bli vurdert for å gi et anslag på kundelevetiden for fiberbasert bredbånd».

I varselet hevder Nkom at det ikke er grunnlag for å fravike Nkoms tidligere konklusjon om å benytte 60 måneder som gjennomsnittlig kundelevetid i marginskvismodellen.

Etter Telenors oppfatning er dette ikke en korrekt anvendelse av prinsipp 6. Av markedsdata innhentet fra Telenor og de andre tilbyderne av fiberbasert bredbåndsaksess fremgår det klart at den gjennomsnittlige kundelevetiden for fiberbaserte bredbåndstjenester er langt over gjennomsnittlig kundelevetid for kobberbasert bredbåndstjenester. Ovennevnte innebærer at Nkom nå har mottatt entydige markedsdata om kundens levetid for fiberbaserte bredbåndstjenester som må legges til grunn i modellen, jf. prinsipp 6.

Fra varsel til vedtak gikk imidlertid gjennomsnittlig kundelevetid for de alternative leverandørene ned fra 109 mnd til 89 mnd. Bakgrunnen for dette viste seg å være at tall fra Viken ikke var med. Etter å ha fått innsyn i de rapporterte dataene viste det seg av Viken rapporterer en gjennomsnittlig kundelevetid i 2016 på 27,3 mnd. Det er etter Telenors syn stor sannsynlighet for at de alternative leverandørene anvender ulike metodikk ved for beregningen av gjennomsnittlig kundelevetid. Telenor har bedt Nkom opplyse om hvordan disse dataene er kvalitetssikret for å sikre at tallene er sammenlignbare. I svaret på Telenors spørsmål fremgår det at Viken har opplyst til Nkom at det rapporterte tallet er beregnet på utløpte kontrakter og utgjør differansen mellom første fra-dato og siste til-dato. Viken har således beregnet levetiden basert på den andelen av kundene som har sagt opp, ikke på hele kundemassen. Dette kan åpenbart ikke være en korrekt måte å beregne gjennomsnittlig kundelevetid på. Videre fremgår det at Get har opplyst til Nkom at det ikke er mulig å splitte levetiden på kobber og fiber. Sistnevnte innebærer at Get ikke har inngitt tall for fiber levetiden og tallene bør derfor ikke inngå i beregningen. Så vidt vi kan se har Nkom kun spurt aktørene om hvordan tallene er beregnet, men synes for øvrig ikke å ha kvalitetssikret de rapporterte tallene på noen måte.

Nkom har tidligere tilkjennegitt at det verken er utarbeidet eller formidlet noen metodikk eller prinsipper til alternative tilbydere fra Nkom for hvordan de alternative tilbyderne skal beregne/allokere sine sluttbrukerkostnader og felleskostnader ved rapporteringen til Nkom. Mye tyder nå på at det heller ikke er utarbeidet noen metode for beregning av gjennomsnittlig kundelevetid.

Det at det er benyttet samme metodikk i beregningen av kundelevetid er av sentral betydning for å kunne vurdere hvilken levetid som skal legges til grunn i modellen. Man vil for eksempel få svært ulike tall om beregningen er basert på churnraten, om man måler gjennomsnittslengden på et lite utvalg oppsagte kontrakter eller om de er basert på hvor lenge aktøren har hatt kundene i gjennomsnitt. I sistnevnte tilfelle vil en aktør som har bygget mange nye aksesser og dermed fått mange nye fiberkunder siste år rapportere en betydelig lavere kundelevetid uten at tallene reflekterer det som er sentralt – hvor lenge kunden blir hos aktøren.

Det Nkom omtaler som lite robuste markedsdata kan således vel så gjerne være et resultat av at de alternative aktørene anvender ulike metode for beregning av gjennomsnittlig kundelevetid.

Nkom viser videre til at tallene fra de alternative leverandørene at tallene ikke reflekterer kundelevetid på en fiberinfrastruktur med konkurranse på infrastrukturen uten å konkludere med hva det betyr for konklusjonen. Når det er sagt rapporterer NextGenTel – eneste tilgangskjøper på Telenors infrastruktur - høyest kundelevetid i 2016 på 133 mnd.

2.4 Beregning av rabatt i modellen

Inntektene i marginmodellen beregnes ved å ta utgangspunkt i månedsprisen for abonnementene (listepriis). Videre legges det til «one time charges» periodisert over kundens levetid, mens det trekkes fra «promotions», som er rabatt kunden innrømmes på månedspris eller «one time charges». Beregningen forsøker således å ta hensyn til de rabatter som ytes kunden, slik at kundens reelle pris/betaling legges til grunn i marginberegningen.

Det synes opplagt at en rabatt ikke kan overstige prisen på en tjeneste / vare. Dette er likevel tilfelle i Nkoms marginmodell, hvor «Net monthly value of one time charges» (linje 36-41 i arkfanen Revenue») utgjør [REDACTED] for CDK-produktene, mens inntektsreduksjonen fra promotions gitt på de samme produktene utgjør [REDACTED]. Modellen legger således til grunn at Telenor har en negativ inntekt fra engangsinntekter, selv om Telenor [REDACTED] engangsinntektene. Dette er ikke et realistisk resultat, og feilen synes å oppstå ved at inntekter og rabatt periodiseres forskjellig i marginmodellen.

Nkom påpeker i svaret på spørsmålene at Telenor tidligere har opplyst at alle promotions er rapportert på TV-produktene, da de aller fleste kampanjene inneholder tilbud på etablering, ruter og STB, samt at det er vanskelig å fastslå antall kunder som kun har bestilt bredbånd og derav mottatt deler av tilbudet. Mer enn [REDACTED] av nye kunder bestiller både bredbånd og TV, og selv om en andel av promotions tilordnes flagship produktene som kun inneholder bredbåndproduktene basert på andel av nyetableringer, vil modellen fortsatt gi negative engangsinntekter for CDK-produktene.

3 Konklusjon

Som det fremkommer ovenfor er Telenor av den oppfatning at vedtaket mangler rettslig grunnlag samt lider av andre innholdsmessige feil og mangler. Dette får direkte betydning for vedtakets materielle innhold og medfører at vedtaket er ugyldig.

I tillegg bes det for ordens skyld om løpende partsinnsyn i sakens dokumenter.

Med vennlig hilsen
Group Legal



for Kaja Wølneberg
advokat