

Samferdselsdepartementet
v/Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Vår dato
14.03.2017

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE - PÅLEGG OM RETTING AV TELENORS TILGANGSPRISER FOR FIBERBASERT BREDBÅNDSAKSCESS

1 Innledning og bakgrunn

Det vises til vedtak fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) av 21. februar 2017 hvor det pålegges retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsaksess («Vedtaket»). Telenor vil med dette påklage Vedtaket.

Nkom vedtok 27. august 2015 en marginskvistest for fiberbasert bredbåndsaksess som oppfølging av kravet til ikke-diskriminering i marked 5- reguleringen av 20. januar 2014. Vedtaket om marginskvistest ble stadfestet av Samferdselsdepartementet 28. juni. 2016. I vedtak av 9. mai 2016 påla Nkom Telenor å rette tilgangsprisen for fiberbasert bredbåndsaksess ved å redusere den totale grossistkostnaden med 16,9 prosent. Telenor påklaget vedtaket 30. mai 2016. Klagen er fortsatt til behandling hos departementet. Det ble gitt utsatt iverksettelse av vedtaket 2. juni 2016 etter anmodning fra Telenor.

Foreliggende vedtak om retting er andre 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 27,8 prosent.

Opplysninger som er markert med gult er forretningshemmeligheter og må unntas partsinnsyn og offentlighet.

Group Legal

Advokater MNA

Head of Group Legal:

Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:

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

2 Hovedpunktene som påklages

2.1 Vedtaket mangler hjemmel

Nkom har pålagt retting etter ekomloven § 10-6 første ledd. Telenor bestrider at det foreligger grunnlag for et rettevedtak, og mener at vedtaket i realiteten er en endring av det underliggende marginskvisvedtaket hvor Telenor pålegges nye forpliktelser.

Som anført i klagen av 30. mai 2016 har Nkom i Vedtaket ikke bare foretatt en justering av Telenors kostnader i samsvar med justeringen for markedsandel som fremgår av Prinsippene for marginskvistesten. Nkom har også foretatt en rekke andre justeringer foretatt på grunnlag av innhentede kostnadstall fra andre aktører i markedet. De faktiske kostnadstallene som Nkom benytter i testen, hvilke variabler som justeres, den konkrete justeringen av disse og den nærmere metodikken for disse er ikke fastsatt i det underliggende marginskvisvedtaket, men fastsettes først i rettevedtaket.

Dette innebærer at sentrale deler av innholdet i forpliktelsen først fastlegges i rettevedtaket. Vedtaket innebærer derfor i realiteten en endring av Marginskvisvedtaket, som skulle vært hjemlet i ekomloven § 3-4. Nkom kan ikke benytte ekomloven § 10-6 til å pålegge retting av en forpliktelse som først fastlegges i rettevedtaket. For nærmere rettslig begrunnelse og kildehenvisninger vises til vår klage av 30. mai 2016.

Nkom kan heller ikke benytte ekomloven § 10-6 til å fastsette nærmere metodikken for hvordan Nkom akter å gjennomføre marginskvistester for fremtiden, selv om det hadde vært opplyst i foregående rettevedtak at samme metodikk skal benyttes ved neste gjennomføring av marginskvistesten. Dette er like fullt en endring av det underliggende marginskvisvedtaket som må hjemles i ekomloven § 3-4 og som skal følge nærmere anviste saksbehandlingsprosedyrer. Under enhver omstendighet fremkom det klart av Nkoms rettevedtak av 9. mai 2016 at det ikke er gitt at de samme variablene som justeres ved neste marginskvistest.

2.2 Vedtaket strider mot grunnleggende krav til klarhet og forutsigbarhet

I Vedtaket anvendes videre testen på en helt uforutsigbar måte i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige krav til klarhet og forutsigbarhet. Som påpekt i klagen av 30. mai 2016 samt i punkt 2.1 ovenfor, har Telenor på ingen måte kunne forutse sin rettsstilling og opptre i tråd med forpliktelsene så lenge Vedtaket er basert på ukjente variabler og størrelser. Nkom legger opp til at Telenors kostnadstall ved hver marginskvistest skal justeres dersom alternative aktører rapporterer høyere kostnader enn Telenor. Ved at Nkom følger denne metodikken i tillegg til at alternative aktørers kostnader vektlegges 70 prosent, vil det være umulig for Telenor å forutse hvilke variabler som skal justeres og hvilke størrelser som skal legges til grunn. Dette er helt uforutsigbart for Telenor og i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper.

2.3 Det er ikke sannsynliggjort at det foreligger brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5-vedtaket

Som også anført i klagen av 30. mai 2016 vil ikke negativt resultat på en marginskvistest i seg selv være et ulovlig forhold all den tid testen er hjemlet i ekomloven § 4-7. Negativt resultat på marginskvistest som er basert på en annen test enn EEO kan ikke i seg selv utgjøre et brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen mellom ekstern og intern virksomhet. Det er viktig å ha klart for seg at formålet med marginskvistesten er å kontrollere om den regulerte aktøren overholder kravet

til ikke-diskriminering. Formålet med testen er ikke å drive generell prisregulering – i så fall måtte testen vært hjemlet i § 4-9. Dette betyr – som påpekt i klagen av 30. mai 2016 – at Nkom før det pålegger retting av tilgangsprisen må godtgjøre at det faktisk har forekommet diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet. Dette har Nkom ikke gjort. Det er således ikke sannsynliggjort at det foreligger brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 5-vedtaket. Følgelig er det ikke hjemmel for å pålegge retting etter ekomloven § 10-6.

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

Som anført i klagen av 30. mai 2016 gir bestemmelsen i ekomloven § 10-6 Nkom kompetanse til å pålegge forpliktelser som sikrer at atferden bringes i samsvar med forpliktelsen. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet kan ikke Nkom pålegge Telenor å etterleve forpliktelsene til ikke-diskriminering på en bestemt måte, dersom det finnes alternativer måter for etterlevelse, jf. også rapport fra Erling Hjelmeng punkt 5.3.2 andre avsnitt på side 22 inntatt som bilag 1 til klagen av 30. mai.

I vedtaket pålegges Telenor som nevnt å rette tilgangsprisene slik at marginskvistesten viser et positivt resultat. Ifølge Nkom må Telenor redusere de totale grossistkostnadene med 27,8 prosent for å oppfylle dette kravet. Nkom kan ikke med hjemmel i ekomloven § 10-6 pålegge hvordan Telenor konkret skal implementere et pålegg om å rette prisen slik at marginskvistesten viser positivt resultat. Forpliktelsen pålagt Telenor i marked 5 vedtaket er å ikke diskriminere mellom intern og ekstern virksomhet. Det Nkom således kan pålegge er at diskrimineringen – forutsatt at diskriminering er sannsynliggjort og dokumentert - bringes til opphør ved at det skjer en likebehandling. Dersom slik likebehandling kan oppnås på flere ulike måter, må det være opp til Telenor å avgjøre hvilken måte som velges.

2.5 Gjennomføringen av en justert EEO lider av feil og mangler

Subsidiært dersom departementet skulle komme til av Vedtaket har rettslig grunnlag, bestrider Telenor Nkoms gjennomføring av testen, og mener at denne lider av flere feil og mangler som innebærer at vedtaket må oppheves.

Datainnsamlingen

Nkom avslår i Vedtaket på side 5 Telenors begjæring om innsyn i korrespondansen mellom Nkom og de alternative tilbydere knyttet til angivelsen av prinsippene som disse tilbydere skal legge til grunn for beregningen av sluttbrukerkostnader og felleskostnader. Videre tilkjenner Nkom at det verken er utarbeidet eller formidlet noen metodikk eller prinsipper til alternative tilbydere fra Nkom for hvordan de alternative tilbydere skal beregne/allokere sine sluttbrukerkostnader og felleskostnader ved rapporteringen til Nkom. Dette kan ikke bety annet enn at det er opp til hver tilbyder å avgjøre kostnadsfordelingsmetoden som skal benyttes ved rapporteringen til Nkom. Det er således ikke mulig for verken Nkom eller Telenor å vite om kostnadene som rapporteres er de rette, ei heller at de er sammenlignbare med Telenors rapporterte kostnader. Dette innebærer at gjennomføringen av en justert EEO er basert på sviktende faktisk grunnlag hvor myndighetene heller ikke vet eller kan dokumentere at kostnadstallene det justeres for er reelle.

I tillegg vil en slik unnlattelse av å utarbeide en felles kostnadsfordelingsmetode kunne gi alternative tilbydere insentiver til å fordele kostnader og rapportere på en måte som gagnar deres virksomhet best. Nkom har ingen mulighet til å kontrollere og verifisere at dette ikke er tilfelle, all den tid det ikke eksisterer noen felles prinsipper og metode for rapporteringen.

Justeringene

Det fremgår av marginskvisvedtaket at Nkom vil basere marginskvistesten på en såkalt justert EEO-modell. Dette er en test som bruker EEO-oppsettet som utgangspunkt, men som åpner for justeringer av SMP-operatørens data, jf. prinsippene for marginskvistest side 4. Dette innebærer ifølge Nkom at myndigheten med jevne mellomrom vil innhente andre tilbyderes kostnadstall for å vurdere justeringer av Telenors data. Det fremgår imidlertid av marginskvisvedtaket at utgangspunktet er at det skal benyttes en EEO-test og at en eventuell justering av Telenors data «*krever god begrunnelse*», jf. Prinsippene for marginskvistesten side 6.

Nkom har på ingen måte søkt å godtgjøre at de endringene som foretas i Telenors kostnader i vedtaket av 21. februar 2017 reflekterer en effektiv aktør. Nkom legger kun helt generelt til grunn at der hvor de alternative tilbyderne har høyere kostnader enn Telenor må det justeres som følge av at Telenors oppnår bredde- og stordriftsfordeler. Etter Telenors syn må Nkom som et absolutt minimum vurdere om det er forhold ved hver enkelt justering som medfører at kostnadsforskjellen kan være begrunnet i *andre* forhold enn bredde- og skalafordeler. Nkom burde for eksempel vurdert om forskjellen i kostnad for tilleggspakke skyldes ulike størrelser på tilleggspakke og pris for denne, samt vurdert om forskjellen i salgs- og akkvisisjonskostnader skyldes høyt salg en periode (i forhold til eksisterende kundebase), eller om andre forhold enn bredde- og skalafordeler er årsaken til forskjellen i salgskostnader som prosent av omsetning.

Nkom legger – som i vedtaket av 9. mai 2016 – videre til grunn en metode hvor Telenors data vektes 30 prosent, mens de alternative tilbydernes kostnader vektes 70 prosent. Dette innebærer at de alternative tilbydernes kostnader vektes mer enn dobbelt så mye som Telenors i fastsettelsen av kostnadsverdiene i den justerte EEO-modellen. Etter Telenors oppfatning kan dette i seg selv, og sammen med manglende begrunnelser for hver enkelt justering, reise spørsmål ved om Nkom i realiteten anvender en REO test i stedet for en justert EEO. Dette er det ikke hjemmel for i marginskvisvedtaket.

Hensynet til investeringsinsentiver

Nkom opplyser å ha lagt vekt på å sikre investeringsinsentivene i fibermarkedet. Telenor kan ikke se at dette er vektlagt eller behandlet ved justering av Telenors kostnader. Justeringen medfører at VULA-prisen forutsettes satt lavere enn hva som ville vært tilfelle med Telenors kostnader, og lavere enn hva Telenor kunne forutse da selskapet gjennomførte investeringen i disse fiberaksessene. Lavere VULA-pris vil også medføre lavere avkastning på nye fiberaksesser som bygges, noe som vil redusere Telenors investeringsinsentiver for fremtidig utbygging. Effekten av disse forholdene er overhodet ikke vurdert i Vedtaket.

I Vedtaket omtaler Nkom investeringsinsentiver utelukkende i en kontekst der man sammenligner utvikling i sluttbrukerkostnaden mellom Telenor og de alternative tilbyderne, men det konkluderes at hele Telenors kostnadsøkning på 4,7% (ekstraordinære konverteringskostnader og utbetalte bruddgebyr) skal inngå. Videre avfeies Telenors anførsel om at bruken av de alternative tilbydernes kostnadsnivåer ikke er forenelig med en regulering som skal ivareta investeringsinsentiver kun med henvisning til utviklingen i kostnadsnivåene og Nkoms egen vurdering av at de alternative tilbyderne er effektive. Det er således vanskelig å se noe som helst vektlegging av investeringsinsentiver fra Nkom.

Nkom legger også til grunn i marginmodellen 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 modellen. Sammen med det absolutte kravet til positiv margin for å bestå en regelmessig test gir dette et press på tilgangsprisen som skyldes periodiseringen, men igjen uten at Nkom har vurdert hvilken konsekvens dette har på investeringsinsentiver (jf. for øvrig også kommentarer ovenfor i punkt 2.3).

Vedtaket innebærer at netteier kan motta maksimalt [REDACTED]

[REDACTED] og illustrerer at investering i fiber ikke kan tilordnes høyere sluttbrukerkostnader ved justering uten at dette går på bekostning av investeringsinsentivene.

Behandling av bruddgebyr

Telenor er også undrende til Nkoms konklusjon om at bruddgebyrer skal behandles som en kostnad både for Telenor og tilgangskjøper, mens inntekten ikke skal inkluderes i marginberegningen. For det første er det vanskelig å følge resonnetet bak Nkoms påstand om at det ikke er naturlig å anse bruddgebyrer som et priselement knyttet til flaggskipproduktene, særlig fordi påstanden ikke er begrunnet i Nkoms vedtak. Et bruddgebyr er likestilt med alle andre ikke-gjentagende priselementer, ved at det er inngått en avtale om en pris for dette elementet med kunden. For det andre kommer bruddgebyret som en erstatning for andre avtalte priser i bindingsperioden ved at bryddgebyret kommer som en inntekt i stedet for de avtalte månedsinntektene. Nkom legger til grunn at alle relevante gjentakende tjenesteinntekter skal inkluderes i modellen, og da er det ulogisk at bruddgebyrer som skal erstatte de relevante gjentakende tjenesteinntektene ikke skal inkluderes i marginmodellen. For det tredje er bruddgebyr og inntekter fra bruddgebyr et «null-sum spill» mellom aktørene så lenge disse dekker bruddgebyrene på vegne av sine (nye) kunder. Dette innebærer at bruddgebyrer ikke isolert endrer summen av resultatet for operatørene i fibermarkedet. Dette taler mot at bruddgebyrer skal ha en resultat effekt i marginmodellen, og at kun kostnaden uten tilhørende inntekt skal medtas i marginmodellen.

3 Konklusjon

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

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

Med vennlig hilsen
Group Legal


Kaja Wølneberg
advokat