

Samferdselsdepartementet
v/ Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Vår dato
19.01.2018

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE - PÅLEGG OM RETTING AV TELENORS TILGANGSPRISER FOR MVNO-TILGANG OG TJENESTELEVERANDØRTILGANG

1 Innledning og bakgrunn

Vi viser til Nkoms vedtak av 22. desember 2017 om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang («Vedtaket»). Telenor påklager med dette Vedtaket.

Fristen for klage er fire uker fra det tidspunktet underretningen om vedtaket kom frem til Telenor, det vil si 19. januar 2018. Foreliggende klage er således rettidig fremsatt.

Telenor anfører prinsipalt at Vedtaket mangler rettslig grunnlag både i ekomloven og Marked 15 - vedtaket. Vedtaket lider i tillegg av en rekke feil og svakheter og stiller Telenor i en rettslig uholdbar og uforutsigbar situasjon, i strid med grunnleggende krav til klarhet og forutberegnelighet.

Det følger av ovennevnte at Telenor anfører at Vedtaket er ugyldig. Subsidiært ber vi Samferdselsdepartementet om å rette opp forholdene som påklages og fatte et nytt vedtak.

Foruten denne klage vises det til Telenors kommentarer av 11. desember 2017 til Nkoms varsel om vedtak av 21. november 2017. I det vesentligste synes ikke Telenors kommentarer til varselet å være hensyntatt. Det vesentlige av innvendingene som fremkommer av Telenors kommentarer til varselet er således fremdeles aktuelle og utgjør en integrert del av denne klagen. Det vises også til Telenors klage på marked 15 vedtaket av 19. august 2016, samt tilleggskommentarer til nevnte klage av 10. april 2017 og 5. september 2017.

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

Det bes om at informasjon merket med [Uoff.] unntas offentlighet og eventuell partsoffentlighet, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd 2) og § 19 første ledd b).

2 Hovedpunktene som påklages

2.1 Vedtaket strider mot grunnleggende prinsipper om klarhet og forutsigbarhet

Prisregulering etter ekomloven § 4-9 anses for å være det mest tyngende av de tilgjengelige virkemidlene for ekommyndigheten. I henhold til grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper innebærer dette også at det stilles desto høye krav til klarhet og forutsigbarhet, både i utformingen av reguleringen og i håndhevelsen av slike forpliktelser.

Siden Marked 15- vedtaket trådte i kraft høsten 2016 har Nkom gjennomført tre marginskvistester. Ved gjennomføring av hver av disse testene endrer Nkom de underliggende prinsippene og dermed metoden som ligger til grunn for testen, jf. punkt 2.2 til 2.6 nedenfor. Dette innebærer at reguleringen mangler klarhet og blir umulig å forutse, både for tilgangskjøpere og for Telenor, i strid med de grunnleggende forvaltningsrettslige kravene til klarhet og forutsigbarhet. Marginskvistesten er for øvrig svært komplisert og vanskelig å forstå, og det er ikke mulig for Telenor å forutberegne sin rettsstilling basert på modellen og praktiseringen av denne.

Særlig tydelig blir dette når Telenor først på tidspunktet for varsel om pålegg om retting får kjennskap til hvilken metode/prinsipper Nkom har tenkt til å legge til grunn ved valget av hvilke abonnement som testes. Telenor vet heller ikke før dette tidspunktet hvilken tidsperiode Nkom har tenkt til å legge til grunn, all den tid Nkom frem til nå har valgt å avvike fra prinsippet som følger av Marked 15-vedtaket punkt 3.7. Det endelige innholdet i forpliktelsen fastlegges imidlertid først på tidspunktet for vedtak om retting.

Ovennevnte innebærer at forut for tidspunktet for vedtak om pålegg om retting kan Telenor vanskelig innrette seg etter forpliktelsen i Marked 15- vedtaket. Dette kan åpenbart ikke være formålet med den pålagte prisreguleringen og heller ikke være i overensstemmelse med ekomloven § 4-9 og ekomlovens formål.

Nkoms fremgangsmåte mangler således ikke bare hjemmel i den underliggende reguleringen, men Vedtaket er også i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper. Dette innebærer at Vedtaket er ugyldig.

2.2 Nkom legger til grunn feil størrelse på modellert aktør

Etter Telenors oppfatning følger det av Marked 15- vedtaket at modellert aktør skal ha en markedsandel på 5 prosent i hele markedet, og Nkom har derfor ved gjennomføringen av marginskvistesten utvidet eller endret den underliggende modellen i forhold til det som følger av Marked-15 vedtaket. Nkom er uenig i dette og synes å mene at Telenors anførsler ikke «*representer realisme i særlig grad*». I tillegg mener Nkom at den delen av Marked 15- vedtaket Telenor viser til kun «*diskuterer markedsandeler uten å spesifisere sluttbrukermarkeder*», og at det som fremgår av Marked 15 –vedtaket på dette punkt kun er «*vurderinger som er gjort i forkant av konklusjon om effektivitetsnivå og skala*».

Etter Telenors oppfatning er dette ikke korrekt forståelse av Marked 15 – vedtaket, ettersom det ikke er i overensstemmelse med prinsippene i Marked 15 - vedtaket vedlegg 2 samt modelldokumentasjonen Analysys Mason har lagt til grunn i sine forutsetninger for modellen.

Marked 15 – vedtaket vedlegg 2 spesifiserer og utdyper det nærmere innholdet i marginskvistesten. Det følger klart av vedlegg 2 punkt 1 at dokumentet *«beskriver prinsipper som skal ligge til grunn for marginberegninger»*, jf. avsnitt 1 og at *«i kapittel 3 redegjøres det for de prinsipper og forutsetninger Nkom vil legge til grunn for bruk av marginskvistester for å følge opp kravet til Telenor om å ha tilgangspriser som gjør at tilgangskjøper ikke opplever marginskvis»*, jf. siste avsnitt.

Det følger deretter klart av vedlegg 2 punkt 3.1.1 *«Relevante skalajusteringer»* at modellert aktør skal ha 5 prosent markedsandel i hele markedet. Etter en nærmere vurdering av relevant størrelse på aktøren konkluderes i nest siste avsnitt: *«Ved marginskvistest vil Nkom på denne bakgrunn legge til grunn [...], 5 prosents markedsandel for en kjøper av MVNO-tilgang og 5 prosent markedsandel for kjøper av tjenesteleverandørtilgang»*.

Telenors forståelse er videre i overensstemmelse med det Analysys Mason har lagt til grunn ved utviklingen av marginsmodellen for Nkom. I rapport fra Analysys Mason fra 27. juni 2016 – altså 4 dager før vedtagelsen av reguleringen – fremgår det klart i punkt 2.3 og punkt 2.4 at det forutsettes i modellen at den modellerte aktøren er aktiv i både privat- og bedriftssegmentet. Av nevnte rapport punkt 2.3 fremgår følgende:

«We do, however, note that Chili Mobil is only active in the residential segment, whereas the modelled operator is supposed to be active in both the residential and business segments which is likely to increase the fixed costs required. This is because business users will not buy their services from a consumer website or convenience store.» [vår utheving]

Analysys Mason konkluderer videre i samme rapport kap.2.4 med at *«... we believe it to be reasonable to double Telenor's percentage estimates in order to reflect the presence MVNO in both segments.»* [vår utheving]

Til tross for dette klare utgangspunkt, har Nkom i gjennomføring av marginskvistesten feilaktig og uten begrunnelse, modellert en MVNO som enten har 5 % markedsandel i privatmarkedet eller 5 % markedsandel i bedriftsmarkedet. Det korrekte etter Marked 15 -vedtaket er å modellere aktør som har 5 % markedsandel i hele markedet, men at testen deretter kjøres på kostnader og inntekter basert på 5 % andel i hhv bedrift eller privat.

Dersom den modellerte aktøren skal være til stede i enten privatmarkedet eller bedriftsmarkedet, gir for øvrig ingen mening å gå veien om å modellere totalkostnaden til en aktør som er tilstede i hele markedet. En slik «omvei» øker i så tilfelle bare kompleksiteten i marginsmodellen og er egnet til å skape feilslutninger, slik som også er tilfelle i foreliggende modell, jf. punkt 2.5 nedenfor. Dette taler også i mot Nkoms forståelse av den underliggende modelldokumentasjonen og prinsippene for marginsmodellen.

På bakgrunn av ovennevnte anser Telenor at Vedtaket ikke har hjemmel i det underliggende Marked 15- vedtaket og vedleggene til dette. Ved å legge feil prinsipp til grunn endrer Nkom i realiteten reguleringen, som bare kan gjøres ved å fatte et nytt markedsvedtak. Vedtaket er på denne bakgrunn ugyldig.

2.3 Nkom legger til grunn feil prinsipper for utvelgelse av abonnement

Etter Telenors oppfatning har Nkom i Vedtaket nok en gang endret prinsippene for utvelgelsen av sluttbrukerprodukter som skal inngå i marginskvistesten.

Nkom synes i Vedtaket å hevde at det som fremgår direkte av Marked 15- vedtaket og prinsippene i vedlegg 2, kun er utgangspunkter som skal kunne endres av Nkom fra gang til gang. Nkom synes deretter å mene at den eneste skranken eller føringen som oppstilles i Marked 15 – vedtaket hva gjelder fra utvelgelsen av representative produkter er at produktene er «*representative for konkurransebildet i markedet som testes*». Det er heller ingen føringer for hva som ligger i denne vurderingen slik at Nkom fra gang til gang selv kan bestemme hvilke kriterier som skal legges til grunn for hvorvidt et abonnement er «*representative for konkurransebildet*».

Etter Telenors oppfatning savner Nkoms vurderinger rettslig grunnlag. Tilnærmingen er derfor uhjemlet og innebærer en endring av Marked 15 – vedtaket. I tillegg, dersom en skulle legge Nkoms tilnærming til grunn, vil dette være i strid med de grunnleggende forvaltningsrettslige kravene til klarhet og forutberegnelighet. Dette utgjør hver for seg og samlet at Vedtaket er ugyldig. Av Marked 15 – vedtak avsnitt 7.5.3 «Nærmere om fullmarginskvistest for MVNO og nasjonal gjesting» punkt 332 fremgår følgende om marginskvistestene:

«Marginskvistesten skal gjennomføres med utgangspunkt i Telenors produkter på en måte som sikrer tilstrekkelig omfang og at representative produkter inngår. Nkom har på denne bakgrunn vurdert hvorvidt det er mest hensiktsmessig å teste samtlige av Telenors produkter, produkter som er i salg eller et representativt utvalg av produkter. Basert på kjennskap til Telenor abonnementsfordeling på alle produkter, har Nkom besluttet å teste 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 sluttbrukermarkedene. Andelene beregnes av abonnementsfordelingen på et tidspunkt nær opptil testen. Et slikt representativt utvalg av produkter vil etter Nkoms oppfatning gi et balansert bilde av konkurransesituasjonen. [...]». [vår understrekning]

Her fremkommer det klart hvilke prinsipper som skal legges til grunn ved utvelgelsen av representative produkter. Her nevnes ikke at dette kan endres fra gang til gang etter hva Nkom finner at er «representativt for konkurransebildet» på det enkelte tidspunkt. Tvert imot synes Nkom i Marked 15 - vedtaket å mene at prinsippene som er fastlagt gir «et balansert bilde av konkurransesituasjonen».

I vedlegg 2 til Marked 15 - vedtaket punkt 3.2 fremgår følgende om prinsippene for hvilke sluttbrukerprodukter som inngår i testen:

«Et utgangspunkt for å identifisere representative produkter som skal inngå i marginskvistesten, 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.

Dersom Telenor lanserer nye produkter som har til hensikt i stor grad å erstatte produkter som har inngått som representative produkter, vil det kunne være relevant å la disse produktene inngå i

testen; normalt ved å legge til grunn bruksmønster som tilsvarer tidligere, sammenlignbare produkter.»

Etter Telenors oppfatning følger det således av Marked 15-vedtaket et prinsipp om at de representative produktene skal utgjøres av de største abonnementene opp til kumulativt 70 prosent av Telenors abonnement i hvert av sluttbrukermarkedene, samt produkter som utgjør 10 prosent av antall abonnement i de relevante markedene. I tillegg kan nye produkter inkluderes hvis disse har til hensikt i stor grad å erstatte produkter som inngår som representative produkter. Ved første gjennomføring av marginskvistesten fulgte Nkom nevnte prinsipp.

Ved andre gjennomføring av testen endret imidlertid Nkom prinsippene for utvelgelsen av representative produkter og uttalte at produktene som skulle inngår i testen var «[...]mobiltelefoniprodukter som har vokst i perioden målt i antall abonnement, og som har oppnådd en viss andel innenfor markedet.» I foreliggende Vedtak endrer Nkom nok en gang prinsippene for utvelgelsen av representative produkter og legger til grunn at produktene som inngår i testen er «produkter som har vokst eller vist en stabilitet i perioden» ettersom disse «representerer konkurransebildet i sterkere grad enn produkter som viser en fallende tendens.»

Et slikt prinsipp om vekst eller stabilitet følger imidlertid ikke av ordlyden i Marked 15 – vedtaket. I Vedtaket er det heller ikke gitt noen nærmere angivelse på hvilke svingninger i antall abonnement som tillates for at noe skal anses å utvise «stabilitet». I tillegg kommer at Nkom heller ikke følger den metodikk de selv angir ved utvelgelse av produkter. Nkom inkluderer for eksempel (Uoff: [redacted]) i margintesten, selv om informasjon oversendt Nkom viser at abonnementet har hatt en fallende kundemasse siden september 2016. Eneste årsak til at abonnementet har flere kunder ved slutten av den testede perioden enn ved begynnelsen av perioden er at kunder (Uoff: på [redacted]) er overført dette abonnementet. Også (Uoff: [redacted]) er inkludert i testen, selv om antall abonnenter er redusert med 17 %, noe som også samsvarer dårlig med begrepet «stabilitet». I Vedtaket redegjør Nkom for hvorfor dette produktet likevel er inkludert. Kriteriene som angis for at nevnte abonnement er valgt ut synes basert på Vedtaket å være at det «tilbys på hjemmesiden til (Uoff: [redacted])» og at «Telenors tilgangskjøpere [har] tilsvarende ringeplan og konkurrere direkte mot produktet». Her har Nkom igjen lagt til grunn nye kriterier som det ikke finnes spor av i Marked 15 – vedtaket.

Videre er det uklart hva Nkom mener med at «produkter som har vokst eller viser stabilitet representerer konkurransebildet i sterkere grad enn produkter som viser en fallende tendens». Nkom har ikke i Vedlegg 2 til marked 15-vedtaket definert hva som menes med «konkurransebildet» eller hva Nkom mener best representerer konkurransebildet i markedene som testes. I henhold til generelle synspunkter i den tradisjonelle konkurranseretten kan fallende salg hos én aktør indikere sterk konkurranse om et produkt eller mindre etterspørsel fra sluttkundene, begge er punkter som reflekterer konkurransen i et gitt marked. Det å selektivt utelukke slike tendenser fra en test, og kun beholde vekst og stabilitet kan dermed gi et misvisende bilde av konkurransen i et marked.

Til tross for at det i prinsippene for utvelgelse av produkter er fastslått at produkter som testes skal kumulativt utgjøre 70 % i hvert av sluttbrukermarkedene som er gjenstand for marginskvistest, har Nkom i Vedtaket valgt å teste produkter som utgjør mellom 67 % og 98 % av Telenors samlede abonnementsmasse i hvert sluttbrukermarked. Nkom er i Vedtaket ikke uenig i disse tallene fra Telenor, men synes imidlertid å være av den oppfatning at ordlyden i Marked 15 – vedtaket ikke er bindende på dette punkt ettersom det i Vedtaket fremgår at «For hvert sluttbrukermarked mener

Nkom at en viss andel av abonnementsmassen må inngå for å gi et representativt bilde.» og at «Den eksakte andelen som vurderes å være representativ for testen som følger av dette vedtaket utgjør om lag 73 prosent av Telenors samlede abonnementsmasse».

Hvorfor dette er gjort, hvilke konsekvenser dette har eller kan ha for testen, eller om Nkom anser at både større totalandel enn 98 % eller mindre totalandel enn 67 % kan legges til grunn i fremtidige tester, fremgår ikke av Vedtaket. For Telenor er det helt uklart hva Nkom fremover vil basere seg på når det gjelder andel av sluttbrukermarkedet.

Nkoms endring av prinsippene for utvelgelse av hvilke abonnement som inngår i testen innebærer en endring av forpliktelsene i det underliggende marked 15-vedtaket. Telenor har ingen forutsetninger for å forutberegne utfall av test som endres materielt ved hver gjennomføring. Det strider mot grunnleggende krav til forutberegnelighet og forbudet mot å gi vedtak tilbakevirkende kraft, å innføre nye krav på tidspunktet for håndheving og kontroll av de aktuelle forpliktelsene i marked 15-vedtaket. En endring av marked 15 – vedtaket kan bare skje etter prosedyreregler for slike vedtak jf. ekomloven § 3-4, jf. § 9-3, og følgelig foreligger det ikke hjemmel for en slik endring.

2.4 Nkom legger til grunn feil tidsperspektiv

Vedlegg 2 til Marked 15-vedtaket punkt 3.7 omhandler prinsippene for «*relevant tidsperspektiv*» i marginskvistesten. Her beskrives det at tidsperspektivet oftest vil baseres på markedets modenhet og at valget består mellom å benytte et statisk eller et dynamisk perspektiv i testen. Deretter beskrives mobilmarkedet som «*modent, kombinert med en underliggende vekst i utvalgte mobile tjenester, fortrinnsvis datatrafikk*». Et statisk perspektiv innebærer at inntekter og utgifter i testen modelleres over en avgrenset periode, jf. 3.7 andre avsnitt. Et dynamisk perspektiv inkluderer imidlertid fremtidige kontantstrømmer og er mer komplekse, jf. 3.7 tredje avsnitt. I 3.7 siste avsnitt konkluderes det med følgende:

«Basert på de vurderinger som fremkommer over, særlig knyttet til markedsforhold, har Nkom konkludert med at inntekter og kostnader som skal inngå i marginskvistestene, skal fastsettes i en avgrenset periode. Selve testen vil i praksis være en test av en gjennomsnittlig måned og vil derfor benytte en tidsserie tilbake i tid for trafikkvolumer og kostnader. En periode på 12 måneder vil på en hensiktsmessig måte korrespondere med regnskapsperioder, statistikkperioder og lignende rapporteringer, og datainnhenting derfor vil normalt dekke 12 måneder.»

Til tross for ovennevnte ordlyd legger Nkom i Vedtaket til grunn at det kan benyttes en periode på 6 måneder. Dette begrunnes med at Marked 15- vedtaket «*ikke utelukker at en 6 måneders periode skal kunne benyttes*». Og at ordlyden i punkt 3.7 første ledd om at mobilmarkedet anses modent, kombinert med en underliggende vekst i datatrafikk, tilsier at 12 måneder ikke er representativt for konkurransebildet. Nkom har i alle tre marginskvistestene som er gjennomført siden Marked 15 – vedtaket trådet i kraft lagt til grunn en periode på 6 måneder, og avviket fra ordlyden i punkt 3.7 synes derfor etter Telenors syn å være av permanent karakter.

Dette kan etter Telenors oppfatning åpenbart ikke være rett forståelse av Marked 15 – vedtaket hvor det – på grunn av nevnte markedsforhold – ble konkludert med at en periode på 12 måneder var hensiktsmessig.

Det at selve testene og datainnhentingene gjennomføres to ganger i året, jf. avsnitt 401 i marked 15-vedtaket, endrer ikke på at en 12 måneders dataperiode ligger til grunn for testen. I Vedtaket har Nkom imidlertid kun benyttet data for volumer, inntekter og inntektsreduksjoner for seks måneder, mars 2017 – august 2017, selv om dette innebærer en halvering av datagrunnlaget sammenlignet med prinsippet som fremgår av Marked 15 – vedtaket punkt 3.7.

Ved å benytte et halvert datagrunnlag på seks måneder er Nkoms test langt mer sårbar for sesongvariasjoner og andre kortsiktige effekter som kan gi et feilaktig bilde av markedet og konkurransesituasjonen.

For den inneværende perioden har dette gitt utslag for Telenor ved at perioden omfatter hele sommeren. Om sommeren har Telenor økte roamingkostnader grunnet større reiseaktivitet hos sine abonnenter, uten at dette gir en tilsvarende inntekt i samme tidsperiode.

Videre har alle Talkmores ringeplaner velkomstilbud på 99 kr. i månedsavgift de første to månedene ved overføring av telefonnummer fra annen operatør. I Telenors regnskaper er denne akkvisisjonskostnaden belastet regnskapet de månedene velkomstilbudet gis, og ikke periodisert over abonnentenes forventede levetid. Dette medfører at ringeplaner som vokser i antall abonnenter viser lavere margin enn hva som vil være lønnsomheten over kundens levetid.

Når Nkom avviker fra den relevante tidsperioden i Marked 15-vedtaket får dette således konsekvenser for resultatet i testen. Dette medfører at Vedtaket er ugyldig.

Ovennevnte innebærer at dersom departementet opprettholder Nkoms avvik fra prinsippene i Vedlegg 2 til Marked 15- vedtaket, må velkomstilbudet i testen periodiseres over kundens forventede levetid for å reflektere marginen i abonnementet på en reell måte.

2.5 Nkom legger feil metodikk til grunn ved beregningen av sluttbrukerkostnader

Etter Telenors oppfatning er Nkoms metodikk ved beregningen av sluttbrukerkostnader i modellen avvikende fra det som for fremgår av Marked 15-vedtaket. I tillegg synes Nkom – uten begrunnelse – å doble de faste kostnadene til en aktør i privatmarkedet i forhold til det som er lagt til grunn i den underliggende modelldokumentasjonen. Når Nkom avviker fra metodikken for beregning av sluttbrukerkostnader i Marked 15-vedtaket får dette således konsekvenser for resultatet i testen. Dette medfører at Vedtaket er ugyldig.

Prinsippene og dermed den underliggende metodikken for beregning av sluttbrukerkostnader i modellen fremgår av Marked 15- vedtaket vedlegg 2 punkt 3.6:

«Fastsettelse av kostnader til sluttbrukervirksomhet foretas med grunnlag i Telenors kostnader slik disse rapporteres i regnskapsmessig skille. Grunnlaget justeres på bakgrunn av informasjon fra Telenor og alternative operatører slik at kostnader til sluttbrukervirksomhet korresponderer med skalaen for referanseoperatøren som testes. Justeringene påvirker fordelingene mellom faste og variable kostnader samt fordelingene av kostnader mellom privat- og bedriftsmarkedene.[...]»

I den underliggende modelldokumentasjonen «Comparison of input data on retail costs 26 June 2016» kommenterer Analysys Mason Telenors anslag for størrelsen på de faste kostnadene for en liten MVNO, og skriver at

“We consider the methodology used by Telenor to be reasonable, it appears to reflect a minimum size national-reach operator which is consistent with the objective of the volume adjustments that are required in the model.” Og videre i punkt 2.4 følger det at :

“Based on the assessment of the fixed costs provided by Telenor, which apply to a residential-focused MVNO, and those of a business-focused MVNO at its first full year in activity, we believe it to be reasonable to double Telenor’s percentage estimates in order to reflect the presence MVNO in both segments”.

Videre vurderer Analysys Mason fordeling av kostnader mellom privat- og bedriftssegmentet, og konkluderer med at

“Therefore we believe it is reasonable to use Telenor’s input data on segment retail costs assignment in the margin squeeze model”.

I Vedtaket legger Nkom til grunn at konklusjonen i Marked 15 – vedtaket om at de faste kostandene i privatsegmentet dobles for å fastsette de totale faste kostnadene for privat- og bedriftssegmentet «ikke er ensbetydende med at de faste kostnadene skal være like i privat- og bedriftsmarkedet». Etter Telenors oppfatning er en slik tilnærming til det som fremgår at Marked 15- vedtaket oppsiktsvekkende, inkonsistent og ulogisk.

I utviklingen av marginsmodellen forut for Marked 15 – vedtaket stipulerte Telenor de årlige faste kostnadene for en MVNO i privatsegmentet til å utgjøre [Uoff: ██████████]. Nkom og Analysys Mason var enig i Telenors anslag av de faste kostnadene for en MVNO i privatmarkedet, men doblet estimatet for at dette skulle reflektere en MVNO med tilstedeværelse i både privat- og bedriftssegmentet, jf. sitatene over. Når Nkom er enig i Telenors estimat av faste kostnader for en MVNO i privatsegmentet, og samtidig legger til grunn at de faste kostnadene for en MVNO i både privat- og bedriftssegmentet er dobbelt så store, fremstår det som både underlig og direkte ulogisk at de faste kostnadene ikke skal være like i begge segmentene. Hvis de faste kostnadene er [Uoff: ██████████] i privatsegmentet, og [Uoff: ██████████] i privat- og bedriftssegmentet, tilsier enkel matematikk at de faste kostnadene da må være [Uoff: ██████████] i bedriftssegmentet.

Nkom legger videre i Vedtaket til grunn at de faste kostnadene i privatsegmentet utgjør [Uoff: ██████████], og kommenterer at de oppfatter dette som et rimelig nivå. Men Nkom gjør ikke noe forsøk på å forklare hvordan faste kostnader i privatsegmentet som Nkom tidligere har vært enig i utgjorde [Uoff: ██████████] nå har økt til [Uoff: ██████████]. Nkom har således uten begrunnelse doblet de faste kostnadene til den modellerte aktøren i privatsegmentet.

Nkom bemerker også i Vedtaket at modellforutsetningene vedrørende kalkulasjon av faste kostnader er kjent fra Marked 15-vedtaket, og henviser til «Bakgrunnsdokumentasjon for marginskvismodell, M15». Dokumentet det henvises til er «Comparison of input data on retail costs 26 June 2016» som det er referert til ovenfor. Etter Telenors oppfatning beskrives ikke den metodikk Nkom synes å legge til grunn. Hvis Nkom mener dokumentet beskriver en metodikk som i dette tilfellet har medført en dobling av de faste kostnadene i marginmodellen for privatsegmentet etter kun ett år, bør Nkom kunne vise til hvor i dokumentet denne metodikken er beskrevet.

Nkom anerkjenner i marginmodellen at Telenor har ulikt kostnadsnivå for å betjene en privatkunde i forhold til en bedriftskunde, og legger til grunn at den samme relative kostnadsforskjellen gjør seg gjeldende for den testede aktøren. Samtidig legger Nkom til grunn at kundesammensetningen til den

testede aktøren tilsvarende kundesammensetningen i det totale mobilmarkedet, og at den testede aktøren således har en annen kundesammensetning enn Telenor med hensyn til forholdet mellom privat- og bedriftskunder. Selv om enhetskostnaden er forskjellig i privat- og bedriftssegmentet, og den testede aktøren har et annet forhold mellom antall privatkunder og bedriftskunder enn Telenor, legger Nkom i marginmodellen til grunn at gjennomsnittskostnaden pr kunde i totalmarkedet er lik for Telenor og den testede aktøren. Dette medfører at når Nkom i modellen skal utlede kostnaden pr. kunde i henholdsvis privat- og bedriftssegmentet finner de en annen (variabel) kostnad per kunde enn hva Telenor har i hvert segment, og som er utgangspunktet for fastsettelsen av kostnadene i modellen.

Som referert til over er det kun de faste kostnadene som er utgangspunktet for en volumjustering av Telenors kostnader for å reflektere størrelsen til en modellert aktør. Marked 15-vedtaket omtaler ingen justering av Telenors kostnader når det gjelder de variable kostnadene. Dette innebærer at de variable kostnadene i henholdsvis privat- og bedriftssegmentet skal være like for Telenor og for den modellerte aktøren. Dette er ikke tilfelle i foreliggende marginberegning, og Telenor fastholder at den metodikken som benyttes i modellen medfører at de variable kostnadene i hvert testet segment avviker fra Telenors kostnader, uten at dette er hjemlet i Marked 15-vedtaket.

Telenor har dokumentert avviket i kostnadsnivå mellom Telenor og modellert aktør i en beregning i våre kommentarer til varsel om vedtak. Her fremgår det dersom en legger sammen de faste kostnadene i marginmodellen (Uoff: [redacted]) og de variable kostnadene per kunde i modellen multiplisert med Telenors kundeantall, vil en avdekke at kostnadene som ligger til grunn for resultatet i marginmodellen ligger (Uoff: [redacted]) over Telenors rapporterte kostnader. Dette dokumenterer at den beregningsmetodikk og de forutsetninger som benyttes i marginmodellen for å beregne sluttbrukerkostnader ikke er korrekte.

I Vedtaket henviser Nkom til Telenors regnestykke, og hevder at beregningen «ikke reflekterer hvordan tallene flyter gjennom marginskvismodellen». Og det er nettopp Telenors poeng, at metodikk og prinsipper som benyttes i marginskvismodellen ikke samsvarer med forutsetningene for marginberegningen slik disse er angitt i Marked 15 – vedtaket med vedlegg. Når Nkom avviker fra metodikken for beregning av sluttbrukerkostnader i Marked 15-vedtaket får dette således konsekvenser for resultatet i testen. Dette medfører at Vedtaket er ugyldig.

2.6 Nkom legger feil data til grunn i modellen

2.6.1 Kostnader til M2M

I Vedtaket er kostnader til M2M produktet inkludert i kostnadsgrunnlaget for tale- og mobilt bredbåndproduktene som inngår i marginskvistesten, selv om M2M segmentet ikke er omfattet av den vedtatte prisreguleringen. Etter Telenors oppfatning innebærer dette at Nkom legger feil faktum til grunn i modellen.

¹ Uoff: [redacted]

I Vedtaket hevder Nkom at M2M-produktet utgjør en liten andel av kostnadene som ikke har vesentlig innflytelse på marginberegningene, og at det derfor ikke er forholdsmessig å søke å isolere disse kostnadene. Nkom anerkjenner altså at kostnadene til M2M påvirker marginberegningen, men hevder det ikke er forholdsmessig å isolere disse kostnadene.

Etter Telenors oppfatning følger det klart at M2M segmentet ikke er den del av marginskvistesten, og kostnadene således ikke skal inngå i testen. Nevnte kostnader kan videre på en enkel måte utelukkes fra Telenors rapporterte tall. Telenor har kostnadene for M2M isolert i grunnlaget for rapporteringen av regnskapsmessig skille (selskapets produktregnskap), og kan enkelt beregne kostnadene til Telenors sluttbrukervirksomhet for mobilområdet uten M2M. For Nkom vil det ikke være forskjell på om de legger til grunn sluttbrukerkostnadene i marginskvistesten med eller uten M2M produktene, det er like mange tall og siffer som må legges inn i modellen.

Nkom har for øvrig funnet det nødvendig og forholdsmessig å korrigere Telenors varekost med 17 MNOK som følge av en periodefremmed kostnadsreduksjon i Telenors finansregnskap i den perioden marginskvistesten omfatter. Nkom begrunner korrigeringen med at de mener det er korrekt å benytte korrigerede varekostnader i marginskvismodellen. Nkom gir ingen begrunnelse for hvorfor de mener det er korrekt å benytte de korrigerede varekostnadene i marginskvismodellen, men ikke de korrekte sluttbrukerkostnadene. Telenor antar at korrigeringen skyldes et ønske fra Nkoms side om å benytte data fra Telenor som i størst mulig grad samsvarer med virkeligheten. Det fremstår derfor som underlig at det samme motivet ikke gjør seg gjeldende når det gjelder Telenors sluttbrukerkostnader, hvor Nkom inkluderer kostnader fra Telenor som de er kjent med at ikke vedrører de modellerte produktene.

2.6.2 Faste kostnader

Telenor oppdaterte estimatene for faste kostnader i e-post til Nkom 7. desember 2015. Nkom har ikke hensyntatt det oppdaterte estimatet i marginmodellen, og påstår i Vedtaket at informasjonen Telenor oversendte i eposten 7. desember 2015 var unøyaktig og utilstrekkelig. Etter Nkoms oppfatning var ordlyden vag, ga uttrykk for noen tanker og var ikke belagt med dokumenterte opplysninger. Telenor er uenig i denne beskrivelsen, men hadde samtidig ingen grunn til å forstå at Nkom var av denne oppfatning og således gi ytterligere informasjon all den tid Nkom ikke på noe tidspunkt ba Telenor om å utdype eller dokumentere opplysningene gitt i eposten.

Basert på varsel om vedtak utdypet Telenor informasjonen om de faste kostnadene som fremgikk av e-posten 7. desember 2015 i kommentarene til varselet. Nkom mottok dermed nøyaktig og dokumentert informasjon forut for at Vedtaket ble fattet. Nkom uttrykker i Vedtaket ikke uenighet i Telenors justerte estimer, men unnlater likevel å benytte disse estimatene i Vedtaket. Nkom legger således feil faktum til grunn i Vedtaket. Denne feilen medfører en overvurdering av de faste kostnadene i modellen, med tilhørende for høyt beregnet sluttbrukerkostnad, og har således direkte betydning for resultatet i testen.

2.6.3 Antall kunder

Etter Telenors oppfatning er det et faktum at sluttbrukerkostnadene forårsakes av gjennomsnittlig antall kunder gjennom året, og ikke kun av de kundene Telenor har ved utgangen av året. Nkom hevder imidlertid i Vedtaket at ekomstatistikken innhenter data to ganger i året, og at gjennomsnittlig antall kunder gjennom året ikke rapporteres. Telenor vil i den forbindelse understreke at Nkom mottar rapport om antall abonnement ved inngangen av året, midt i året, og

ved utgangen av året, og har således informasjon som medfører at gjennomsnittlig antall abonnement for året enkelt kan beregnes. Når Nkom hevder at antall abonnement er det mest robuste datagrunnlaget, er det vanskelig å følge resonnerementet bak dette utsagnet. Det er som tidligere opplyst Telenors kunder gjennom året som forårsaker sluttbrukerkostnadene, og da er det de samme kundene sluttbrukerkostnadene må fordeles til, og ikke kun antall kunder ved utløpet av året. Etter Telenors oppfatning vil dette ha direkte betydning for resultatet i testen.

I forbindelse med utviklingen av marginmodellen innhentet Nkom høsten 2015 data fra Telenor, blant annet fordeling av kostnader mellom privat- og bedriftssegmentet. Fordelingen av kostnader mellom privat- og bedriftssegmentet baserte seg på Telenors produktregnskap, som ligger til grunn for rapportering av regnskapsmessig skille til Nkom. Produktregnskapet utarbeides en gang i året, og høsten 2015 var siste tilgjengelige produktregnskap fra 2014. Dette innebærer at kostnadsfordelingen oversendt Nkom høsten 2015 baserte seg på kostnadsfordelingen mellom privat- og bedriftssegmentet i 2014. I marginmodellen synes Nkom å legge til grunn at kostnadsfordelingen mellom segmentene er fra 2015. Dette er ikke korrekt, og feilen må korrigeres.

3 Nkom har ikke hjemmel til å fatte et vedtak om retting med dette innhold

I Vedtaket legger Nkom til grunn at Nkom har hjemmel til konkret å pålegge Telenor å senke tilgangsreisen dersom marginskivistestene viser negativt resultat. Telenor er uenig i at Nkom har kompetanse til dette.

Bestemmelsen i ekomloven § 10-6 gir Nkom kompetanse til å pålegge forpliktelser som sikrer at en ulovlig atferd bringes i samsvar med forpliktelsen. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet kan ikke Nkom pålegge Telenor å etterleve forpliktelser på en bestemt måte, dersom det finnes alternative måter for etterlevelse, jf. også rapport fra Erling Hjelmeng punkt 5.3.2 andre avsnitt på side 22 inntatt som bilag 1 til vår klage på Marked 15 – vedtaket 19. august 2016 bilag 6.

Nkom har videre ikke hjemmel i ekomloven § 10-6 til å pålegge Telenor noe mer eller noe annet enn det som følger av Marked 15- vedtaket. Ved at Vedtaket inneholder et pålegg på Telenor til å sette en konkret tilgangspris, pålegges Telenor en forpliktelse som ikke følger av Marked 15 – vedtaket. Forpliktelsen i Marked 15 – vedtaket er å ikke sette tilgangskjøper i marginskvis.

Det betyr at ekomloven § 10-6 ikke gir Nkom hjemmel til å pålegge Telenor å rette prisen slik at marginskvistesten viser positivt resultat på en bestemt måte dersom det finnes alternative måter for Telenor å innrette seg etter pålegget. Det Nkom således kan pålegge er at den negative marginen bringes til opphør. Dersom dette kan oppnås på flere ulike måter, må det være opp til Telenor å avgjøre hvilken måte som velges.

Særlig tydelig blir dette i forhold til kravet om positiv bruttomargin på de representative produktene til tjenesteleverandører. Her knytter marginkravet seg til hver enkelt ringeplan. Det kan ikke være slik at negativ margin på én ringeplan skal kunne innebære at tilgangsreisen generelt, som legges til grunn for alle ringeplaner, må senkes. Her må det være opp til Telenor avgjøre hvordan pålegget skal etterleveres. Det er heller ikke slik at dersom Telenor eventuelt velger å heve sluttbrukerprisen for enkelte produkter for å imøtekomme et regulatorisk krav, så kan dette ses som et uttrykk for at Telenor i liten grad er utsatt for konkurranse som disiplinere prissettingen. En slik eventuell heving av sluttbrukerprisen for å innrette seg etter reguleringen vil typisk innebære at kunder flytter fra det nevnte produktet til andre operatører.


4 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. Etter Telenors syn er et slikt møte særlig hensiktsmessig i denne saken tatt i betraktning marginskvistestens kompleksitet. For at Telenor skal kunne ivareta sine partsrettigheter i klagesaken anses det viktig å kunne forklare muntlig samt å underbygge enkelte av anførslene visuelt.

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

Med vennlig hilsen
Group Legal



Kaja Wølneberg
advokat