



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Vår ref.:1605084-87 - 412.9
Vår dato: 19.3.2018

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: MFE, IVO

Unntatt offentlighet iht.
Offl §13 jf. fvl §13

Oversendelse av klage på Nkoms pålegg om retting av Telenors priser for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang

Vedlagt oversendes klage fra Telenor Norge ASA (Telenor) datert 19. januar 2018. Klagen gjelder Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak 22. desember 2017 om retting av priser for MVNO-tilgang og for tjenesteleverandørtilgang (Vedtaket). Klagen er rettidig fremsatt ettersom Nkom i vedtaket fastsatte en forlenget klagefrist (fire uker), jf. forvaltningsloven § 29 fjerde ledd.

1. Bakgrunn

Telenor ble i Nkoms vedtak 1. juli 2016 utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15-vedtaket). Telenor ble i marked 15-vedtaket pålagt en rekke særskilte forpliktelser, herunder tilgangsplikt for tjenesteleverandører, MVNO og nasjonal gjesting, jf. ekomloven § 4-1. Tilgangsplikten understøttes av prisregulering i medhold av ekomloven § 4-9. Prisreguleringen pålegger Telenor å tilby tilgang med prisvilkår som forhindrer at kjøper av nevnte tilgangsformer settes i marginskvis. Kapittel 7.5 og 8.5 i nevnte vedtak angir hvilke marginskvistester Telenors tilgangspriser skal bestå. Vedlegg 2 til marked 15-vedtaket beskriver prinsipper for gjennomføring av testene (prinsippdokumentet), mens vedlegg 5 er marginskvismodellen med



tilhørende modelldokumentasjon (modelldokumentasjonen)¹ og bakgrunnsdokumentasjon (bakgrunnsdokumentet)².

I Nkoms brev 21. november 2017 ble det varslet pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for MVNO-tilgang og for tjenesteleverandørtilgang. Varselet ble gjort på bakgrunn av marginskvistester som viste at Telenors tilgangspriser for tjenesteleverandørtilgang og for MVNO-tilgang medførte marginskvis.

Telenor kommenterte varselet innen fastsatt frist. I tillegg ble det gitt innspill til Telenors kommentarer fra Erate AS (Erate), Fjordkraft AS (Fjordkraft), Komplett Mobil AS (Komplett) og Telavox.

På bakgrunn av varselet og mottatte kommentarer fant Nkom at det ikke var behov for å endre betingelsene eller konklusjonene som inngår i varselet. I vedtaket ble derfor Telenor pålagt å rette tilgangspriser med virkning fra 1. februar 2018.

Telenor har påklaget vedtaket innen fastsatt frist 19. januar 2018. I tillegg har Nkom mottatt uttalelser til klagen fra Erate, Fjordkraft og Komplett.

Ovennevnte dokumenter vedlegges dette brevet i følgende rekkefølge:

Vedlegg 1: Varsel om vedtak, 21. november 2017.

Vedlegg 2: Telenors kommentarer til varsel om vedtak, 11. desember 2017.

Vedlegg 3: Brev fra Erate, 18. desember 2017.

Vedlegg 4: E-post fra Fjordkraft, 18. desember 2017.

Vedlegg 5: Brev fra Komplett, 15. desember 2017.

Vedlegg 6: Brev fra Telavox, 15. desember 2017.

Vedlegg 7: Vedtak, 22. desember 2017.

Vedlegg 8: Telenors klage, 19. januar 2018.

Vedlegg 9: Uttalelser fra Komplett, 30. januar 2018.

Vedlegg 10: Uttalelser fra Fjordkraft, 2. februar 2018.

Vedlegg 11: Uttalelser fra Erate, 9. februar 2018.

¹ «Modelldokumentasjon for marginskvismodell, M15» er dokumentet «Model update methodology» utarbeidet av Analysys Mason, se: <https://www.nkom.no/marked/markedregulering-smp/%C3%B8konomisk-regulering/marginkvistest-marked-15-2015-2016>

² «Bakgrunnsdokumentasjon for marginskvismodell, M15» er dokumentet «Comparison on input data on retail costs», utarbeidet av Analysys Mason, se: <https://www.nkom.no/marked/markedregulering-smp/%C3%B8konomisk-regulering/marginkvistest-marked-15-2015-2016>

Nkom redegjør i det videre for innhold i klagen fra Telenor, tilgangskjøpernes uttalelser til klagen og myndighetens innstilling til klagen.

2. Hovedpunktene som påklages

Telenor anfører prinsipalt at Nkoms vedtak 22. desember 2017 mangler rettslig grunnlag både i ekomloven og i marked 15-vedtaket. Videre at vedtaket lider 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, og at vedtaket er ugyldig. Subsidiært ber Telenor Samferdselsdepartementet (SD) om å rette opp i forholdene som påklages og fatte et nytt vedtak.

Telenor opplyser om at foruten klagen 19. januar 2018 utgjør kommentarer til varsel om vedtak, avgitt i brev 11. desember 2017, en integrert del av klagen. Selskapet viser også til Telenors klage på marked 15-vedtaket 19. august 2016, samt tilleggskommentarer til nevnte klage 10. april 2017 og 5. september 2017.

2.1 Vedtaket strider mot grunnleggende prinsipper om klarhet og forutsigbarhet

Telenor mener at vedtaket mangler hjemmel i underliggende regulering og strider mot grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper og krav til klarhet og forutsigbarhet. Som følge av dette er vedtaket dermed ugyldig. Telenor hevder at marginskvistestene er svært kompliserte og at Nkom hver gang testen gjennomføres endrer de underliggende prinsipper og dermed metoden som ligger til grunn for testen.

Videre mener Telenor at det er først på tidspunktet for varsel om pålegg om retting at selskapet får kjennskap hvilken tidsperiode og hvilken metode/prinsipp for valg av produkter som legges til grunn. For Telenor innebærer ovennevnte at det ikke er mulig å forutberegne egen rettsstilling eller at selskapet vanskelig kan innrette seg før vedtak om retting fattes. Dette kan ikke være formålet med pålagt prisregulering, eller i overensstemmelse med prisreguleringsbestemmelsen i ekomloven § 4-9, eller ekomlovens formål.

Komplett mener at resultatet av marginskvistestene er et bevis for viktigheten av reguleringen fordi den viser at Telenor har satt tjenesteleverandører i skvis over tid. Komplett mener at marked 15-vedtaket gir hjemmel til en fleksibilitet som sikrer at modellen og testene viser et representativt bilde av aktørenes virkelighet.

Fjordkraft mener at de endringene som gjøres fra test til test er en helt nødvendig utvikling, som gjør testene mest mulig relevant ut i fra gjeldende konkurransesituasjon. Fjordkraft er ikke enige med Telenor i at en slik utvikling skaper uklarhet eller mangel på forutsigbarhet.

Erate mener at marginskvistesten viser at vedtaket om regulering er svært viktig og at tilgangskjøpere har blitt satt i marginskvis over tid.

Nkom er uenig med Telenor i at vedtaket mangler hjemmel eller strider mot forvaltningsrettslige prinsipper, og Nkom mener heller ikke at marginskvistesten er uforholdsmessig komplisert.

Nkom vil behandle og utdype de mer spesifikke anførslene til Telenor nedenfor, men vil bemerke at det ikke kan utledes av ekomloven § 4-9 at det alltid vil være et krav at den regulerte tilbyderen på forhånd skal kunne vite om man etterlever en prisforpliktelse fastsatt i medhold av denne bestemmelsen. Det vises her til forarbeidene til bestemmelsen (Ot. Prp. Nr.58 (2002-2003) side 106 der det bl.a. fremgår:

«Bestemmelsen hjemler myndighetenes adgang til å anvende prisregulering. I begrepet prisregulering ligger at myndigheten kan gi pålegg om at det skal anvendes ulike former for fastsetting av pris, avhengig av hva som er best egnet i det enkelte tilfellet for å øke effektiviteten, skape bærekraftig konkurranse og bedre sluttbrukernes vilkår.»

Når myndigheten har mulighet til å anvende ulike metoder for prisregulering, innebærer dette også at den regulerte prisen i enkelte tilfeller vil fastslås som ledd i en etterfølgende vurdering. Ved maksimalprisregulering tilsvarende det som gjøres for i dag for terminering av tale i faste og mobile nett, vil prisforpliktelsen naturlig nok være kjent. Men Nkom har også i medhold av samme hjemmel fastsatt krav til «rimelig pris» eller, som i dette tilfellet, forbud mot å sette egne tilgangskjøpere i marginskvis. I disse tilfellene vil ev. overholdelse av prisforpliktelsen måtte vurderes på et senere tidspunkt enn selve markedsvedtaket.

Nkom bemerker videre at betingelsene rundt marginskvistesten har vært kjent for Telenor i mer enn halvannet år, og at selskapet helt fra 2015 har vært kjent med hvilken type informasjon som vil inngå i testen. Myndigheten legger derfor til grunn at Telenor har hatt all mulig foranledning til å opparbeide seg nødvendig ekspertise på dette virkemiddelet.

På mer generelt grunnlag, vil Nkom også vise til SDs vedtak 21. mai 2015 i sak om klage på overtredelsesgebyr grunnet overtredelse av plikten til å dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering³. I dette vedtaket responderte departementet på Telenors anførsler om hvorvidt utbygging av kapasitet er å betrakte som så inngripende at det kreves klarere hjemmel i ekomloven. SD konkluderte med følgende⁴:

³ Nkom sak 1105388.

⁴ Side 5 i SDs vedtak 21. mai 2015.

«Departementet viser til at spørsmålet må vurderes med bakgrunn i den sektorsspesifikke reguleringen som fremgår av ekomloven. For å legge til rette for bærekraftig konkurranse, hjemler ekomloven en asymmetrisk regulering som gir tilbydere med sterk markedsstilling plikter til fordel for andre tilbydere. Det forutsettes således i ekomloven at tilbydere med sterk markedsstilling må tåle inngrep i sin rettsstilling når forutsetningene som følger av loven er oppfylt.»

Og videre⁵:

«Departementet viser for øvrig til at ekomlovens systematikk fører til at Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak og praksis i slike saker vil være veiledende for etterfølgende saker, og dermed skape større forutberegnelighet for aktørene enn det lovverket alene gjør. Dette er i tråd med EUs regulering på området for elektronisk kommunikasjon som er gjennomført i ekomloven med forskrifter. Lov og forskrift setter i tråd med EU reguleringen rammene for Nasjonal kommunikasjonsmyndighets arbeid, mens enkeltvedtakene utpeker tilbydere med sterk markedsstilling og pålegger asymmetriske forpliktelser i det enkelte tilfellet, jf. ekomloven kapittel 3 og 4, se nærmere omtale under departementets vurdering i pkt. 3.1.»

Selv om ovennevnte vedtak innebærer vurderinger knyttet til samlokaliseringsplikt finner Nkom at de har relevans også for denne saken, hvor prisforpliktelser er gitt i medhold av ekomloven. Marked 15-vedtaket 1. juli 2016 og etterfølgende praksis i forbindelse med tre runder med marginskvistester har etter Nkoms oppfatning skapt en ytterligere økt forutberegnelighet for Telenor. Nkom legger derfor til grunn at vedtaket er i tråd med forvaltningsrettslige prinsipper.

For øvrig vises det til SDs vedtak 9. mars 2018 (SDs klagevedtak) vedrørende Telenors klage på marked 15-vedtaket, hvor nevnte marked 15-vedtak opprettholdes med noen presiseringer for å gi ytterligere veiledning for Telenor og tilgangskjøperne.

2.2 Nkom legger til grunn feil størrelse på modellert aktør

Telenor hevder at det fremgår av marked 15-vedtaket at det korrekte er å modellere en aktør som har 5 prosent markedsandel i hele markedet, og at testen deretter gjennomføres på kostnader og inntekter basert på 5 prosent andel i hhv. privat- eller bedriftsmarkedene. Telenor underbygger sin påstand ved å gjengi utvalgte deler av teksten fra vedtaket 22. desember 2017, prinsippdokumentet, samt bakgrunnsdokumentet.

⁵ Side 6 i SDs vedtak 21. mai 2015.

Komplett viser til flere steder i marked 15-vedtaket hvor de mener det fremkommer eksakt hvilke tester som skal bestås, og er ikke enig med Telenors forståelse. Komplett mener forøvrig at 5 prosent markedsandel er et for høyt krav, og at det bør vurderes om denne skal reduseres til et mer realistisk nivå.

Fjordkraft er uenig i Telenors påstand om at marked 15-vedtaket tilsier at den modellerte aktøren skal ha 5 prosent markedsandel både i privat- og bedriftsmarkedet. Selskapet mener at en forutsetning om 5 prosent markedsandel i begge de nevnte markedene på ingen måte er representativt.

Erate mener det er klart at det skal testes for en aktør med 5 prosent i aktuelle marked. Erate mener videre at 5 prosent i det norske markedet er svært mye for en utfordrer som skal være med å skape konkurranse og konkurransedyktige priser til sluttbrukeren.

Nkom har i vedtaket besvart tilsvarende anførsel fra Telenor siden disse kommentarene var gitt som respons på varsel om vedtak. På side 2 i vedtaket er det vist til at størrelse på referanseaktøren som legges til grunn i marginskvistestene fremgår av marked 15-vedtaket. I tillegg har Nkom redegjort for at denne type effektivitetsforutsetninger synes rimelig gitt realiserte markedsandeler for tilgangskjøpere i det norske markedet. Nkom har også tidligere besvart lignende anførsel fra Telenor, blant annet i brev 10. juli 2017 (konklusjon om marginskvistester, side 2-3).

Nkom viser for øvrig til at Samferdselsdepartementet nylig selv har tatt stilling til dette spørsmålet i sitt klagevedtak 9. mars 2018 (på side 67) og går ikke ytterligere inn på dette, ut over å vise til at departementet la til grunn at Telenors anførsel ikke førte frem. Beslutninger om størrelse på modellert aktør fastholdes derfor.

2.3 Nkom legger til grunn feil prinsipper for utvelgelse av abonnement

Telenor hevder at marked 15-vedtaket angir et prinsipp om at de representative produktene skal utgjøres av de største abonnementene opp til 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. Telenor mener imidlertid at Nkom for hver gang testen gjennomføres endrer prinsipp for utvelgelse av sluttbrukerprodukter som skal inngå i marginskvistesten. Telenor anfører at Nkom synes å mene at den eneste skranken eller føringen som oppstilles i marked 15-vedtaket hva gjelder utvelgelse av representative produkter er at produktene er «representative for konkurransebildet». Telenor mener at det ikke er gitt føringer på hva som ligger i en vurdering av produkter som er «representative for

konkurransesbildet» og at Nkoms vurderinger savner rettslig grunnlag, er uhjemlet og innebærer en endring av marked 15-vedtaket. Dette medfører ifølge Telenor at vedtaket er ugyldig.

Videre mener Telenor at forutsetninger om at et sluttbrukerprodukt er relevant basert på om det vokser eller viser stabilitet ikke følger av ordlyden i marked 15-vedtaket, og at det ikke fremgår av vedtaket nærmere føringer for hvilke svingninger som tillates for at noe anses stabilt. Telenor hevder at Nkom ikke følger den metodikken som angis når u.off.: [REDACTED] medtas i testen. Telenor viser til at u.off.: [REDACTED] har vist en fallende kundemasse siden september 2016. Eneste årsaken til at abonnementet har flere kunder ved slutten av den testende perioden er at kunder u.off.: [REDACTED] er overført dette abonnementet. Når det gjelder Nkoms begrunnelse for å inkludere u.off.: [REDACTED] slik dette fremgår av vedtaket, mener Telenor at det representerer nye kriterier som ikke fremgår av marked 15-vedtaket.

Telenor hevder at det er fastslått at produktene som testes skal kumulativt utgjøre 70 prosent i hvert av sluttbrukermarkedene som er gjenstand for marginskvistest. Telenor viser til at produktene i testen utgjør mellom 67 og 98 prosent av Telenors samlede abonnementsmasse i hvert sluttbrukermarked, og hevder dette er en endring av det underliggende marked 15-vedtaket som det ikke er hjemmel for.

Komplett mener Nkom har frihet innenfor marked 15-vedtaket til å tilpasse utvalget, så lenge det er relevant og representativt, og at det ikke krever endringer i vedtaket for å justere hvilke abonnement som inkluderes i testen.

Fjordkraft er uenige med Telenor om at det krever en endring av marked 15-vedtaket for å avgjøre hvilke abonnement som skal inngå i testen. Fjordkraft viser til prinsipper om representative produkter og mener det er riktig at Nkom tilpasser testgrunnlaget på bakgrunn av markedsutviklingen.

Erate mener at Nkom har hensyntatt et representativt utvalg av prisplaner i denne testen, og at prinsippene gir Nkom mulighet til å teste abonnement som reflekterer det reelle konkurransebildet i markedet. Videre synes Erate det er viktig å presisere at det skal være en test for å sjekke at Telenor ikke setter tilgangskjøpere i marginskvis, og ikke en metode for å sette priser reaktivt basert på en test.

Nkom viser til at tilsvarende innsigelser fra Telenor er besvart ved en rekke anledninger⁶. Prinsipper for representative sluttbrukerprodukter⁷ tilsier at utvalgte produkter skal være representative for konkurransebildet i markedet som testes. Et utgangspunkt for å identifisere representative produkter vil være produkter som kumulativt utgjør 70 prosent av Telenors abonnement i hvert av sluttbrukermarkedene, samt produkter som utgjør 10 prosent av antall abonnement i nevnte markeder.

Krav til at produktene skal være representative innebærer imidlertid en fornyet vurdering av representativitet hver gang marginskvistestene skal gjennomføres. Hver sjette måned får Nkom oversikter fra Telenor som viser utvikling i abonnementsfordelingen. Dette gir økt innsikt i produktporteføljen og forbedrer grunnlaget for å identifisere representative produkter. Sluttbrukermarkedene er preget av en viss dynamikk med hensyn på endret tilbud og etterspørsel, og påvirkes i stor grad av beslutninger som fattes av Telenor og øvrige tilbydere. Utvalgte sluttbrukerprodukter forventes derfor å være ulikt sammensatt ved hver test, og prinsippene tilsier heller ikke at de kumulativt skal utgjøre 70 prosent av Telenors abonnementsmasse i hvert av sluttbrukermarkedene. Denne fleksibiliteten inngår allerede i prinsipper for representative sluttbrukerprodukter.

Prinsippene konkretiserer også følgende fleksibilitet: «*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*». Nkom mener at marked 15-vedtaket med vedlegg gir utfyllende veiledning på dette punktet og avviser påstanden om at dette er en endring av marked 15-vedtaket.

Nkom har angitt at produkter som har vokst eller vist en stabilitet i perioden representerer konkurransebildet i sterkere grad enn produkter som viser en fallende tendens. Dette utelukker ikke at produkter som har falt kan være blant de representative produktene. Produktet u.off.: [REDACTED] er inkludert i testen fordi det anses som representativt. U.off.: [REDACTED], noe som sannsynligvis har bidratt til kundefrafall. Produktet tilbys på hjemmesidene til u.off.: [REDACTED]. Videre har Telenors tilgangskjøpere tilsvarende ringeplan og konkurrerer direkte mot dette produktet. Nkom mener derfor at produktet u.off.: [REDACTED] i aller høyeste grad representerer en del av sluttbrukermarkedet som det er konkurreres om, er representativt for konkurransebildet og fastholder at produktet må inngå i marginskvistesten. Når det gjelder u.off.: [REDACTED] er Nkom enige med Telenor om at

⁶ Se bl.a. Nkoms til Telenor brev 10. juli 2017 (konklusjon om marginskvistester).

⁷ Kapittel 3.2 i prinsippdokumentet.

det har fått økt kundeantall som følge av Telenors flytting av kundemasse. Per 1. september 2017 hadde dette produktet u.off.: [REDACTED] prosent av Telenors kundemasse i privatmarkedet for telefonikoblede mobiltjenester. Selv om Telenor ikke hadde overført andre kunder til dette produktet ville andelen, etter Nkoms beregninger, fremdeles vært større enn 10 prosent. På grunn av sin størrelse, samt at produktet har vært tilgjengelig for nye kunder i perioden for testen, ville produktet blitt vurdert som et representativt produkt uavhengig av om Telenor hadde overført andre kunder til dette produktet eller ikke.

Nkom har i forutgående prosesser knyttet til oppfølging av prisforpliktelsene i marked 15 redegjort for at representativitet må vurderes for hvert enkelt sluttbrukermarked og for hvert enkelt produkt, og at dette må også vurderes samlet⁸. For hvert sluttbrukermarked mener Nkom at en tilstrekkelig stor andel av Telenors abonnementsmasse må inngå for å gi et representativt bilde. Hva som utgjør en tilstrekkelig stor andel vil kunne variere for hver gang testen gjennomføres og avhenger av fordelingen av abonnementsmassen til Telenor innenfor hvert sluttbrukermarked. Andelen vil blant annet påvirkes av om Telenor har mange små eller få store abonnement og om mange kunder ligger på «gamle» abonnement, det vil si produkter som ikke har vært åpent for nysalg i lengre tid.

Marked 15-vedtaket angir 70 prosent som et utgangspunkt for hvert sluttbrukermarked. Den eksakte andelen som testes er summen av produktene som vurderes å være representative for konkurransebildet, og denne vil kunne variere hver gang testene gjennomføres. Dersom Telenor i et sluttbrukermarked eksempelvis begrenser tilbudet til to produkter, kan det ikke utelukkes at begge produktene vil inngå i testene; dermed vil 100 prosent av kundemassen i dette sluttbrukermarkedet inngå som representative produkter. Dersom Telenor har mange kunder på produkter som ikke anses som representative kan andelen som inngår i testene bli mindre.

På grunn av at abonnementsmassen og produktutvalg er i kontinuerlig forandring må Nkom foreta ny vurdering av representativitet hver gang testen gjennomføres. Av samme grunn er det ikke mulig på forhånd å angi eksakte andeler. Omfanget av utvalgte produkter i hvert sluttbrukermarked vil imidlertid vektes i marginskvistestene⁹ med samme forhold som Telenors faktiske abonnementsmasse. Vektingen vil altså balansere andelen i testen slik at de reflekterer Telenors egen fordeling mellom de ulike sluttbrukermarkedene.

⁸ Se bl.a. Nkoms brev til SD 25. september 2017, referanse 1504996-79.

⁹ Vekting er relevant for den fulle marginskvistesten, altså for MVNO og nasjonal gjesting, men har ikke betydning for bruttomargintesten.

Nkom viser også til SDs klagevedtak (side 68) der departementet klart gir uttrykk for at man ikke er enig med Telenor i at «representativitets»-kravet for utvelgelse av produkter som skal inngå i testen, er i strid med grunnleggende forvaltningsrettslige krav til klarhet og forutberegnelighet. I nevnte klagevedtak kapittel 9, utdypes kriterier for utvelgelse av representative sluttbrukerprodukter. Utdypende tekst understøtter de ovenstående vurderingene og skal tilføyes prinsippdokumentet.

Nkom fastholder derfor de vurderinger som ligger til grunn i vedtaket på dette punkt.

2.4 Nkom legger til grunn feil tidsperspektiv

Telenor mener at marked 15-vedtaket konkluderer med at en periode på 12 måneder er hensiktsmessig. Telenor hevder at ved å benytte datagrunnlag på seks måneder er testen mer sårbar for sesongvariasjoner og andre kortsiktige effekter som kan gi et feilaktig bilde av markedet og konkurransesituasjonen. Herunder mener Telenor at selskapet har økte roamingkostnader om sommeren grunnet større reiseaktivitet hos sine abonnenter, uten at dette gir en tilsvarende inntekt i samme periode. Telenor hevder at avvik fra den relevante tidsperioden i marked 15-vedtaket medfører at vedtaket er ugyldig.

Videre viser Telenor til at akkvisjonskostnader for nye Talkmore-kunder belastes regnskapet de månedene velkomstilbudet gis. Telenor mener at dersom SD opprettholder Nkoms konklusjoner må «*velkomstilbudet i testen periodiseres over kundens forventede levetid for å reflektere marginen i abonnementet på en reell måte.*»

Komplett mener at formuleringene i marked 15-vedtaket gir Nkom mulighet til å vurdere lengden på perioden for data. Komplett er ikke enige i at Telenor kan periodisere velkomstilbud over kundens levetid og viser til at det blant annet er slike tilbud andre aktører faktisk konkurrerer mot.

Fjordkraft viser til prinsippdokumentet og mener det fremgår at testen kan inneholde data opptil 12 måneder tilbake i tid. Fjordkraft understreker at kostnader til kampanjer må medtas i de månedene tilbudet gjelder, og er ikke enig i at velkomstilbud fra Talkmore kan belastes over kundens forventede levetid. Tilsvarende må også gjelde for winback-tilbud. Fjordkraft mener at det burde vært gjennomført minst 4 marginskvisiteter i året der tidsperspektivet er 3-6 måneder.

Erate mener at hyppig innføring av nye produkter, datavekst og endringer i forbrukeratferden skjer så raskt at data må være ferskvare, og burde ha vært beregnet over for eksempel tre måneder med en påslagsfaktor for økt forbruk. Erate er enig med Telenor i at det bør justeres for sesongvariasjoner som bruk i EU. Videre viser Erate til at tilgangsprisene som brukes i testen var gjeldende fra 1. oktober 2017, og mener den reelle bruttomarginen i perioden var

vesentlig dårligere enn det som kommer frem i testresultatet. Av den grunn hevder Erate at det er en svakhet ved testene når den ikke reflekterer inntekt og kostnad fra samme periode.

Nkom viser til kapittel 3.7 i prinsippdokumentet, hvor følgende fremkommer:

«Mobilmarkedet i Norge anses å være modent, kombinert med en underliggende vekst i utvalgte mobiltjenester, fortrinnsvis datatrafikk.»

Og videre:

«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 lignede rapporteringer, og datainnhenting derfor vil normalt dekke 12 måneder.»

Nkom benytter data fra flere kilder hvor blant annet regnskapsmessig skille inneholder data fra et helt regnskapsår på 12 måneder. Tilsvarende gjelder for ekomstatistikk som inkluderer data opptil et helt år. Når det gjelder Telenors eksakte abonnementsfordeling, trafikkvolum, inntekter og kostnader benyttes data inntil 6 måneder tilbake i tid. Informasjonen er basert på data fra Telenor som utleveres i forkant av hver test. Nkom kan ikke se at prinsippdokumentet utelukker at en 6 måneders periode for reelle Telenor data skal benyttes. Nkom kan ikke se at ordlyden i marked 15-vedtaket tilsier at Nkom må gi ytterligere begrunnelser når det gjelder omfanget på datagrunnlaget. Tvert imot tilsier ordlyden i sitatet over, vedrørende den underliggende veksten i datatrafikk, at bruksmønster 12 måneder tilbake i tid ikke er representativ for konkurransebildet nær opp til tidspunkt for testen.

Nkom viser også til SDs klagevedtak kapittel 9, hvor det besluttes å tilføye ytterligere forklarende tekst om prinsipper for relevant tidsperspektiv.

I marginskvistestene beregnes gjennomsnittlig månedlig inntekt og volum per kunde per produkt for perioden som testes, og basert på dette volumet beregnes en gjennomsnittlig månedlig kostnad. Når perioden for testen er seks måneder vil det si at marginskvismodellen beregner et månedsgjennomsnitt for inntekter og kostnader i denne perioden. Når det gjelder Telenors kommentar angående testens sårbarhet for sesongvariasjoner, som for eksempel økte roamingkostnader om sommeren, mener Nkom at seks måneder er tilstrekkelig lang periode for å beregne et tilstrekkelig robust gjennomsnitt også for disse kostnadene. Dersom en periode på

tre måneder skulle benyttes for hele testen, slik Erate foreslår, utelukker ikke Nkom at andre vurderinger kunne gjøre seg gjeldende. Produkter som har vært lansert i løpet av perioden for marginskvistestene vil ha datagrunnlag for mindre enn seks måneder. Nkom har ikke funnet grunnlag for å beregne en gjennomsnittlig måned for disse produktene på en annen måte enn øvrige produkter som inngår i testen, med unntak av at gjennomsnittsberegninger for disse produktene ikke inkluderer introduksjonsmåneden.

Nkom er ikke enig i Telenors kommentarer angående periodisering av velkomstilbud over kundens levetid, og er tvilende til at redusert abonnementspris for nye Talkmore-kunder kan betraktes som signifikante akkvisisjonskostnader som gir grunnlag for periodisering. Som nevnt over vil det likevel skje en periodisering, basert på at det beregnes et gjennomsnitt for de seks månedene som benyttes. Nkom viser til at marginskvistestene skal vise positiv margin basert på inntekter og kostnader som er generert i perioden. Dersom velkomstilbud bidrar til negativ margin på en eller flere av testene, tyder det på at tilgangskjøpere ikke kan replikere Telenors portefølje med positiv margin.

Når det gjelder Fjordkrafts uttalelser om hyppigere marginskvistester viser Nkom til at marked 15-vedtaket¹⁰ redegjør for at det i utgangspunktet vil være tilstrekkelig å gjennomføre testen to ganger per år. Hittil har Nkom ikke funnet grunnlag for å endre en slik hovedregel. I tillegg vises til SDs klagevedtak, kapittel 9, som presiserer trigger for vurdering av testenes hyppighet.

Nkom mener at Erates forslag om å benytte en påslagsfaktor for data vil representere et endret prinsipp for gjennomføring av marginskvistest. Når det gjelder Erates kommentar om å bruke inntekt og kostnad fra samme periode, viser Nkom til marked 15-vedtaket¹¹ som angir at Nkom vil pålegge retting av Telenors tilgangspriser dersom testene ikke består. Det er gjeldende tilgangspriser som gir grunnlag for et eventuelt pålegg om retting, og det er derfor disse prisene som legges til grunn i marginskvistestene.

Nkom fastholder etter dette de vurderinger og konklusjoner som fremgår av vedtaket.

2.5 Nkom legger feil metodikk til grunn ved beregning av sluttbrukerkostnader¹²

Telenor anfører at beregningen av sluttbrukerkostnader i modellen er avvikende fra det som fremgår av marked 15-vedtaket. Telenor mener at Nkom har gjort en feil ved fastsettelse av kostnader til sluttbrukervirksomhet og ved fordeling av disse på faste og variable kostnader.

¹⁰ Prinsippdokumentet kapittel 3.8 samt marked 15-vedtaket kapittel 7.5.5.

¹¹ Kapittel 7.5.5.

¹² Begrepene «sluttbrukerkostnad» og «kostnader til sluttbrukervirksomhet» benyttes om hverandre uten meningsforskjell.

Telenor hevder videre at det er «*opsiktsvekkende, inkonsistent og ulogisk*» at konklusjonen om å doble Telenors estimater for de faste kostnadene ved fastsettelse av andelen faste og variable kostnader, ikke er ensbetydende med at de faste kostnadene skal være like i privat- og bedriftsmarkedet. Videre mener Telenor at Nkom var enig i at de faste kostnadene i privatmarkedet utgjorde u.off.: [REDACTED], mens disse kostnadene nå er økt til u.off.: [REDACTED], og at Nkom dermed har doblet de faste kostnadene til modellert aktør i privatmarkedet på kun ett år.

Telenor viser til at fremgangsmåten Nkom benytter for å finne den variable kostnaden per kunde i henholdsvis privat- og bedriftsmarkedene, gir en annen kostnad per kunde enn hva Telenor har, og som er utgangspunktet for fastsettelsen av kostnadene i modellen. Etter Telenors oppfatning gjør Nkom en justering av de variable kostnadene uten at dette er hjemlet i marked 15-vedtaket.

Videre viser Telenor til regnestykket fra sine kommentarer til varsel om vedtak, og påstår at dette dokumenterer at beregningsmetodikken og forutsetningene som benyttes i marginskvismodellen ikke er korrekt. Telenor mener at kostnadene som ligger til grunn for resultatet i marginskvismodellen ligger u.off.: [REDACTED] over Telenors rapporterte kostnader. Telenor viser også til at Nkom i vedtaket har påpekt at Telenors beregninger «*ikke reflekterer hvordan tallene flyter gjennom marginskvismodellen*». Telenor mener dette understøtter deres poeng, som er at metodikk og prinsipper som benyttes i marginskvismodellen ikke samsvarer med forutsetningene som er angitt i marked 15-vedtaket med vedlegg. Dette får konsekvenser for resultatet i testene og medfører at vedtaket er ugyldig.

Nkom er ikke enig med Telenor i at beregningen av sluttbrukerkostnader i marginskvismodellen er avvikende fra det som fremgår av marked 15-vedtaket.

Når det gjelder fastsettelse av kostnader til sluttbrukervirksomhet fremgår følgende av prinsippdokumentet¹³:

«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, og er i tråd med

¹³ Kapittel 3.6.

prinsipp om justert EEO. De skaljusterte kostnadene benyttes i marginskvistestene, og eksakte fordelinger mellom faste og variable kostnader fremgår av modellen.»
(Nkoms understreking)

Modellen det refereres til er vedlegg 5 til marked 15-vedtaket, og inngår som nevnt innledningsvis som en integrert del av nevnte vedtak. I modellen fremgår følgende fordeling mellom faste og variable kostnader:

Retail costs assumptions			Fixed and variable costs assignation, at Telenor's scale	
			Fixed cost	Variable cost
Mobile handsets (external cost)	% of total costs	SANV	-%	100%
Number portability (external cost)	% of total costs	SANV	-%	100%
Other costs (external cost)	% of total costs	SANV	-%	100%
Sales, of which	% of total costs	SANV	-%	100%
Commissions	% of total costs	SANV	-%	100%
Other sales costs	% of total costs	SANV	-%	100%
Marketing	% of total costs	SANV	4%	96%
Customer service	% of total costs	SANV	-%	100%
Management & Administration, of which	% of total costs	SANV	-%	100%
IS	% of total costs	SANV	2%	98%
Other management & administration	% of total costs	SANV	2%	98%
Invoicing	% of total costs	SANV	-%	100%
Postage costs	% of total costs	SANV	-%	100%
Project Management	% of total costs	SANV	2%	98%
Service platforms	% of total costs	SANV	6%	94%
Depreciation	% of total costs	SANV	6%	94%
Cost of capital	% of total costs	SANV	6%	94%

I forkant av marked 15-vedtaket ble flere operatører forespurt om å estimere andelen faste og variable kostnader og fordelingen mellom privat- og bedriftsmarkedene på hver kostnads-kategori. Nkom mottok informasjon fra Telenor, Ice og Phonero. Bakgrunnsdokumentet sammenlikner og analyserer den innhentede informasjonen, og er inkludert som del av marked 15-vedtaket.

Når det gjaldt andelen faste og variable kostnader rapporterte de ulike operatørene svært forskjellige andeler. Telenor rapporterte en mye lavere andel faste kostnader enn de andre operatørene. Dette er naturlig fordi størrelsen på en operatør påvirker andelen faste kostnader, og en større operatør vil ha en lavere andel faste kostnader enn en mindre operatør. På forespørsel fra Nkom utdypet Telenor bakgrunnen for sine anslag, og opplyste at disse var basert på interne estimater, i tillegg til tilgjengelig regnskapsinformasjon for tjenesteleverandøren Chili Mobil AS (Chili). Analysys Mason og Nkom vurderte denne metodikken som rimelig.

Telenors egen virksomhet er imidlertid spredt på flere sluttbrukermarkeder enn hva som var gjeldende for Chili. Sistnevnte hadde aktivitet begrenset til privatmarkedet og var derfor ikke tilstrekkelig relevant som eneste sammenligningskilde for formålet. Regnskapsinformasjon fra Phonero, som opererte i bedriftsmarkedet, ga utfyllende grunnlag for å kunne fastsette den

hensiktsmessige fordelingen mellom faste og variable kostnader for å kunne benytte Telenors kostnader som utgangspunkt til marginskivistestene for MVNO-tilgang. Basert på tilgjengelig informasjon knyttet til andelen faste og variable kostnader, ble det konkludert med at det var rimelig å doble Telenors prosentvise estimater for å reflektere en aktør som er til stede både i privat- og bedriftsmarkedene. På bakgrunn av Analysys Masons vurderinger og konklusjon om faste kostnader, fastsatte Nkom prosentvis andel faste og variable kostnader for hver kostnadskategori for en referanseoperatør som er til stede både i privat- og bedriftsmarkedene. Andelen fremgår som beskrevet av marginskvismodellen, og har ligget fast siden marked 15-vedtaket ble gjeldende.

Fastsettelse av fordeling av kostnader mellom privat- og bedriftsmarkedene er også vurdert i bakgrunnsdokumentet, detaljert beskrevet i modelldokumentasjonen, og endelig beregnet i marginskvismodellen. I bakgrunnsdokumentet sammenstilles blant annet estimater for kostnader til henholdsvis privat- og bedriftsmarkedene fra Telenor, Ice og Phonero. Det fremkommer at Telenor og Ice har relativt like estimater, mens Phonero sine estimater avviker, hovedsakelig siden sistnevnte i all hovedsak er rettet mot bedriftsmarkedet. Basert på dette konkluderes det med at det er rimelig å anvende Telenors estimater som utgangspunkt for å modellere en referanseoperatør¹⁴.

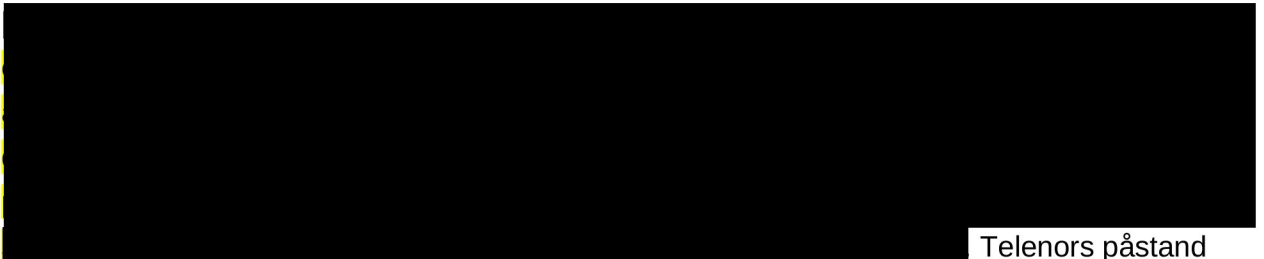
Konkret innebærer dette at kostnader til sluttbrukervirksomhet for en referanseoperatør beregnes i marginskvismodellen ved å ta utgangspunkt i Telenors kostnader som er rapportert i regnskapsmessig skille. Telenors kostnader blir først multiplisert med de prosentvise andelen for faste og variable kostnader for hver kostnadskategori, og de variable kostnadene skaleres til størrelsen på en MVNO med 5 prosent markedsandel i totalmarkedet, eller en kjøper av nasjonal gjesting med 20 prosent markedsandel. Den beregnede totale kostnaden fordeles deretter på privat- og bedriftsmarkedene basert på de estimerte andelen for hvert delmarked for hver kostnadskategori. Til slutt beregnes en kostnad per abonnement per måned for henholdsvis privatmarkedene og bedriftsmarkedene basert på antall abonnement for en referanseoperatør i de respektive delmarkedene.

Når det gjelder Telenors påstand om at faste kostnader skal være like i privat- og bedriftsmarkedene antar Nkom at den har sitt utspring i forutsetningen om at andelen faste kostnader for referanseoperatøren er dobbelt så høy som Telenors egne estimater. Nkom fastholder at forutsetningen ikke er ensbetydende med at den absolutte tallstørrelsen på de faste kostnadene skal være like i privat- og bedriftsmarkedene. I bakgrunnsdokumentet

¹⁴ Se kapittel 3 i bakgrunnsdokumentet for estimert fordeling av sluttbrukerkostnader mellom privat- og bedriftsmarkedene. Skalering av Telenors kostnader for å reflektere kostnader på henholdsvis privat- og bedriftsmarkedet fremgår av modelldokumentasjonen, Annex A punkt A.1.

fremkommer det at Phonero, ved å anvende Telenors metodikk for å estimere faste kostnader, har kostnader *i liknende størrelsesorden* som Chili. Det fremkommer imidlertid ikke at det er like kostnader i privat- og bedriftsmarkedene. Sammenlikningen er gjort for å finne et rimelig estimat for fordeling av faste og variable kostnader for en referanseoperatør, og kan ikke anses som en konklusjon hverken på tallstørrelsen for de faste kostnadene i hvert delmarked eller på forholdet mellom delmarkedene. Nkom viser til at det er den estimerte fordelingen av sluttbrukerkostnader mellom privat- og bedriftsmarkedene som avgjør henføringen av faste og variable kostnader til hvert delmarked, jf. redegjørelsen over om beregning av kostnader til sluttbrukervirksomhet i marginskvismodellen.

Nkom stiller seg undrende til Telenors påstand om at nivået på de faste kostnadene i privatmarkedet har blitt doblet på ett år. Først vil Nkom fremheve at Nkom og Analysys Mason ikke har fastsatt et *nivå* (uttrykt i kroner) for de faste kostnadene i privatmarkedet, og har heller ikke sagt seg enig i at et konkret nivå utgjør de faste kostnadene i privatmarkedet. Nkom har fastlagt prosentvis andel faste kostnader for hver kostnadskategori for en referanseoperatør i totalmarkedet. Disse andelene multipliseres med Telenors kostnader fra regnskapsmessig skille for å finne nivået på de faste kostnadene i marginskvistestene. Nivået, det vil si tallstørrelsen, vil derfor endre seg i takt med endringer i kostnadene rapportert i regnskapsmessig skille. U.off.:



Telenors påstand

om at nivået på de faste kostnadene i privatmarkedet har blitt doblet på ett år er derfor feil.

Nkom er ikke enig i at marked 15-vedtaket ikke omtaler justering av Telenors kostnader når det gjelder de variable kostnadene. Som referert til over, fremgår det av prinsippdokumentet at justeringene av sluttbrukerkostnadene påvirker fordelingene mellom faste og variable kostnader, samt fordelingene av kostnader mellom privat- og bedriftsmarkedene.

Anførselene i Telenors klage synes i stor grad å være tuftet på at selskapet i sine beregninger finner avvik mellom egne kostnader og modellerte kostnader. Forutsetningene både for fordelingen av faste og variable kostnader og fordelingen mellom privat- og bedriftsmarkedene er imidlertid gjort for å reflektere kostnader til sluttbrukervirksomhet for en referanseoperatør etter prinsipp om justert EEO. Dette fremgår av marked 15-vedtaket. Modelleringen har altså ikke til hensikt å representere Telenors faktiske kostnader, og det er derfor ikke unaturlig at det i modellen beregnes en annen kostnad per kunde i privat- og bedriftsmarkedene enn hva Telenor i realiteten har.

Nkom fastholder også vurderingen fra vedtaket angående Telenors regnestykke, som påstås å dokumentere at marginskvismodellens beregningsmetodikk og forutsetninger ikke er korrekte. For at en sammenlikning med regnskapsmessig skille skal bli korrekt, må det tas høyde for at det norske markedet har en annen fordeling mellom privat- og bedriftsmarkedene enn det Telenor har. Dersom man hensyntar dette vil de totale kostnadene fra marginskvismodellen vise u.off.: [REDACTED]¹⁵, det vil si tilsvarende kostnadene i regnskapsmessig skille. Nkom mener at marginskvismodellens beregningsmetodikk, det vil si hvordan tallene flyter gjennom marginskvismodellen, er korrekt.

Nkom mener prinsippene om beregning av sluttbrukerkostnader som er angitt i marked 15-vedtaket med vedlegg samsvarer med beregningene som gjøres i marginskvismodellen. Det vises for øvrig til SDs klagevedtak, jf. kapittel 6.4.8.2.2, som avviser Telenors klager om saksbehandlingsfeil knyttet til beregning av kostnader til sluttbrukervirksomhet. SD viser blant annet til at det av prinsippdokumentet sammenholdt med marginskvismodellen og modelldokumentasjonen, bør være klart for Telenor hvordan sluttbrukerkostnader beregnes og fordeles på henholdsvis faste og variable kostnader og på privat- og bedriftsmarkedene.

2.6 Nkom legger feil data til grunn i modellen

2.6.1 Kostnader til M2M

Telenor mener Nkom legger feil faktum til grunn i marginskvismodellen ved at kostnader til M2M produktet er inkludert i kostnadsgrunnlaget som inngår i modellen selv om M2M ikke er omfattet av prisreguleringen. Telenor hevder at Nkom anerkjenner at kostnader til M2M påvirker marginberegningen. Etter Telenors oppfatning skal ikke kostnader til M2M inngå i testen, og påpeker at kostnadene enkelt kan utelukkes fra Telenors rapporterte tall.

Telenor mener videre at det ikke er begrunnet hvorfor Nkom mener det er korrekt å benytte korrigerede tall for Telenors varekost, men ikke de korrekte sluttbrukerkostnadene.

Nkom viser til vurderingene i vedtaket angående kostnader til M2M. Nkom har i prinsippdokumentet lagt til grunn at kostnader til sluttbrukervirksomhet, slik disse rapporteres av Telenor i regnskapsmessig skille, gir grunnlag for beregning av kostnader til sluttbrukervirksomhet for en referanseoperatør i tråd med prinsipp om justert EEO. I dette ligger det at

¹⁵ U.off.: [REDACTED]

kostnadene som rapporteres fra Telenor benyttes i sin helhet i grunnlaget. Nkom har ingen holdepunkter for at kostnader til M2M-produkter er vesentlige, og avviser Telenors påstand om at Nkom har anerkjent at nevnte kostnader påvirker marginberegningen. Ved at Nkom legger til grunn at nevnte kostnader ikke er vesentlige, er det heller ikke forholdsmessig å søke å isolere disse. Som redegjort for i ovenstående bemerkninger skal ikke modellen gjenspeile Telenors kostnader, men kostnadene til en referanseoperatør beregnet etter prinsipp om justert EEO. En av modellforutsetningene er at kostnader til sluttbrukervirksomhet slik de rapporteres av Telenor i regnskapsmessig skille, gir et formålstjenlig og anvendbart utgangspunkt for beregning av kostnader til en referanseoperatør i tråd med prinsipp om justert EEO¹⁶.

Nkom mener det er korrekt å anvende korrigerede tall for Telenors varekost fordi det var den virkelige varekostnaden for Telenor. Basert på denne beregnes enhetskostnader for trafikk originert i utlandet som benyttes i MVNO-testene. Telenor oppga korrigerede kostnader på bakgrunn av at Nkom ba om en forklaring på nivået for enhetskostnader for internasjonal gjesting. Å inkludere de korrigerede varekostnadene er ikke sammenlignbart med å eventuelt avgrense alle typer sluttbrukerkostnader som eventuelt kunne henføres direkte til M2M. Som beskrevet over vil kostnader til sluttbrukervirksomhet, slik disse rapporteres av Telenor i regnskapsmessig skille, benyttes som et utgangspunkt for beregning av kostnader til sluttbrukervirksomhet.

Det vises for øvrig til SDs klagevedtak (side 63) som avviser Telenors klager om saksbehandlingsfeil knyttet til beregning av kostnader til sluttbrukervirksomhet, herunder forhold som berører M2M.

2.6.2 Faste kostnader

Telenor viser til oppdaterte estimater for faste kostnader i e-post til Nkom 7. desember 2015, og er uenig i Nkoms påstand om at informasjonen i e-posten var unøyaktig og utilstrekkelig. Telenor påpeker at selskapet basert på varsel om vedtak utdypet informasjonen om de faste kostnadene, men at Nkom likevel unnlot å benytte disse estimatene i vedtaket. Telenor mener derfor at Nkom legger feil faktum til grunn i vedtaket, noe som fører til en overvurdering av de faste kostnadene og en for høyt beregnet sluttbrukerkostnad.

Nkom fastholder at informasjonen i e-posten 7. desember 2015 var unøyaktig og utilstrekkelig, og viser spesielt til setningen «*Depreciation is specified in the costs for Chilli Mobile, and the fixed part of depreciation should be 1 mNOK similar to 1% (and with a corresponding reduction of cost allocated to one of the other processes above).*». Nkom fikk ikke informasjon om hvilken post som skulle reduseres eller hvor mye posten skulle reduseres. I kommentarer til varsel om

¹⁶ Jf. Nkoms innstilling til Telenors klage, 19.10.2016.

vedtak har Telenor riktignok angitt at kostnadskategorien markedsstyring kan reduseres med 0,3 prosentpoeng. Forut for marked 15-vedtaket ble det gjennomført en svært omfattende prosess knyttet til informasjonsinnhenting med formål å ha best mulig beslutningsgrunnlag for de nødvendige forutsetningene som ligger til grunn for marginskvismodellen. I modell-dokumentasjonen, figur 3.1, fremgår det at forutsetninger om fordeling av sluttbrukerkostnader kun skal oppdateres hvis det er store endringer i markedsstrukturen. Nkom finner ikke at dette premisset er oppfylt, og finner heller ikke at opplysninger fra Telenor på dette punktet gir grunnlag for å endre forutsetninger om andeler for faste kostnader til sluttbrukervirksomhet. Det vises også her til SDs klagevedtak (side 65) som avviser Telenors klager om saksbehandlingsfeil knyttet til beregning av kostnader til sluttbrukervirksomhet.

2.6.3 Antall kunder

Telenor mener det er et faktum at sluttbrukerkostnadene forårsakes av gjennomsnittlig antall kunder gjennom året, og ikke av de kundene Telenor har ved utgangen av året. Telenor påpeker at Nkom har informasjon som gjør at det enkelt kan beregnes gjennomsnittlig antall abonnement for året.

Videre viser Telenor til at kostnadsfordelingen mellom privat- og bedriftsmarkedene som ble oversendt til Nkom høsten 2015 var basert på produktregnskapet for 2014, men at Nkom synes å legge til grunn at kostnadsfordelingen er fra 2015. Telenor mener feilen må korrigeres.

Nkom har benyttet utgående verdier ved siste helårsstatikk for beregning av sluttbrukerkostnader. Nkom fastholder at dette er det mest robuste datagrunnlaget. Utgående verdier ved siste helårsstatikk legges også til grunn ved beregning av antall kunder for en referanseoperatør, samt fordelingen mellom privat- og bedriftsmarkedene. Med bakgrunn i Telenors relativt stabile markedsandel legger Nkom til grunn at bruk av årsgjennomsnitt ikke ville ha vesentlig innvirkning på resultatene.

Når det gjelder Telenors anførsel om at estimatet for kostnadsfordeling mellom privat- og bedriftsmarkedene var basert på produktregnskapet for 2014, og at Nkom synes å legge til grunn at fordelingen er fra 2015, viser Nkom til at marginskvismodellen benytter splitten mellom privat- og bedriftsmarkedene i tråd med Telenors abonnementsmasse per 30. juni 2015. Nkom er ikke enig i at dette er en uriktig modellforutsetning. Telenor oversendte den estimerte splitten i november 2015, og Nkom la til grunn at estimatet reflekterte den daværende fordelingen mellom segmentene, det vil si abonnementsmassen per 30. juni 2015 som var rapportert til ekomstatistikken. Nkom har imidlertid kalkulert resultater basert på abonnementsmassen per 31. desember 2014 og med tilgangspriser som var gjeldende på tidspunktet for vedtaket, og finner at det gir ubetydelige utslag. Beregnet margin for privatmarkedene ville blitt 0,14 prosentpoeng bedre, mens margin for bedriftsmarkedene ville blitt 0,36 prosentpoeng dårligere.

Nkom konkluderer med at det ikke er grunnlag for å ta Telenors anførsel på dette punktet til følge.

3. Innhold i pålegg om retting

Telenor viser til ekomloven § 10-6 og hevder at denne ikke gir Nkom kompetanse til å pålegge Telenor å senke tilgangspriser dersom marginskvistester viser negativt resultat. Telenor hevder at Nkom i vedtaket pålegger selskapet å sette en konkret tilgangspris og at en slik forpliktelse ikke følger av marked 15-vedtaket. Videre mener Telenor at proporsjonalitetsprinsippet tilsier at Nkom ikke kan pålegge Telenor å etterleve plikten på en bestemt måte dersom det fins alternative måter for etterlevelse. Telenor referer til at anførselen også fremkommer i klagen på marked 15-vedtaket, og viser til rapport fra professor dr. juris Erling Hjelmeng som var bilag 1 til klagen.

Komplett mener at det fremgår av marked 15-vedtaket at Telenor må rette tilgangspriser dersom marginskvistesten ikke består. Komplett mener at dersom Telenor kunne hatt mulighet til å rette i en marginskvisituasjon ved å endre pris og innhold i sluttbrukerproduktene ville reguleringen være forgjeves. Komplett viser til at Telenor justerte tilgangsprisene 1. oktober 2017 og mener dette ble gjort for at testene skulle bestås. Komplett mener at dette viser at Telenor kan holde markedet i skvis i testperioden for så å justere prisene på testedato.

Fjordkraft mener reguleringen ville vært forgjeves dersom Telenor tillates korrigerende i sluttbrukermarkedet og at Telenors preferanse om å endre i sluttbrukermarkedet er et signal om at Telenor ikke utsettes for konkurranse. Fjordkraft opplever at Telenor holder tjenesteleverandørene i marginskvis gjennom året for så å redusere prisene like før testene. Dette underbygger, ifølge Fjordkraft, behovet for hyppigere tester. Fjordkraft mener videre at pålegg om prisreduksjon må ha virkning fra tidspunktet for marginskvistesten.

Nkom viser til at marked 15-vedtaket utmeisler bakgrunnen for prisforpliktelsene¹⁷:

«Valg av virkemidler er i hovedsak begrunnet i prinsipp 3 i Nkoms virkemiddeldokument, det vil si at virkemidlene i størst mulig grad skal legge til rette for langsiktig, infrastrukturbasert konkurranse. Nkom vil imidlertid også stimulere tjenestekonkurranse og innovasjon på produktnivå slik at brukere i hele landet får tilgang til gode, rimelige og fremtidsrettede mobiltjenester, som er et uttalt formål med ekomreguleringen. For å oppnå de to ovennevnte målsettinger, må det være tilstrekkelig tilgang til innsatsfaktorer på grossistnivå til riktig pris.»

¹⁷ Jf. sammendraget i marked 15-vedtaket.

I marked 15-vedtaket identifiseres konkurranseproblemer¹⁸ knyttet til vertikal overføring av markedsmakt, også gjennom prissetting. Det er lagt til grunn at prisdiskriminering, herunder mellom Telenors egen sluttbrukervirksomhet og kjøper av tilgang, er et potensielt, reelt og alvorlig konkurranseproblem i det relevante markedet. Videre er det lagt til grunn at utnyttende adferd som rovprising eller priser som skaper marginskvis, har til hensikt å skremme konkurrenter ut av markedet og er derfor ansett som et relevant konkurranseproblem rettet mot sluttbrukermarkeder. Forbudet mot marginskvis har som formål å avbøte disse konkurranseproblemene.

Marked 15-vedtaket redegjør for noen av de vurderingene som er gjort i forbindelse med prisregulering. Blant annet fremkommer det at grossistprisen reguleres på en bestemt måte¹⁹:

«Et slikt krav innebærer at Telenor må tilby tilgang til eksterne tilbydere til en pris som muliggjør at kjøper av tilgang kan replikere Telenors produkter i sluttbrukermarkedene og oppnå positiv margin²⁰. Nkom mener at dette kravet er best egnet til å sikre etterlevelse og at det muliggjør en effektiv oppfølging av tilgangspliktene.»

Videre stadfestes metode for eventuelle pålegg om retting slik²¹:

«Dersom testene ikke består, det vil si at de ikke gir et positivt resultat, vil Nkom pålegge retting av Telenors tilgangspriser, jf. ekomloven § 10-6».

Etter Nkoms vurdering foreligger det hjemmel for å pålegge Telenor å rette grossistprisen. At Nkom vil pålegge retting på denne måten fremgår som nevnt ovenfor uttrykkelig av marked 15-vedtaket.

Sett i lys av ovenstående redegjørelser er det utvilsomt at det er grossistprisen som er regulert på en bestemt måte, og at Nkom ikke under noen omstendigheter har åpnet opp for at reguleringen skulle medføre økte sluttbrukerpriser. Det følger av dette at når plikten på Telenor er knyttet til grossistpris, så er det grossistprisen som må rettes i tilfellet pliktene ikke etterleves. Hjemmelen for å pålegge retting eller opphør av ulovlige forhold fremgår av ekomloven § 10-6, første ledd. Marked 15-vedtaket setter dermed rammer som medfører at tilgangsprisen styres

¹⁸ Jf. kapittel 5 i marked 15-vedtaket.

¹⁹ Jf. pkt. 313 i marked 15-vedtaket.

²⁰ Margin kan måles som en bruttomargin eller etter en full marginsskvistest. Det redegjøres for den differensierte tilnærmingen i nedenstående kapittel.

²¹ Jf. pkt. 341 i marked 15-vedtaket.

mot et nivå som muliggjør konkurranse i sluttbrukermarkedet. Nevnte vedtak redegjør også for hjemmelsgrunnlag for rettekraft knyttet til tilgangspris.

I vedtaket har Nkom imidlertid ikke utnyttet alle muligheter som fremgår av nevnte lovhjemmel og marked 15-vedtaket, og mener derfor det er tillagt Telenor en betydelig grad av frihet når det gjelder utforming av retting. Blant annet har Nkom ikke angitt de eksakte vilkår for prisendring, for eksempel er det ikke pålagt hvilke prisparametere i tilgangsavtalene som må endres. Telenor har derfor et betydelig handlingsrom for å endre priser på data, sms, tale osv., innenfor de rammer Nkom har trukket opp.

Utover ovennevnte hjemmelsgrunnlag og vurderinger kan det være relevant å se hen til andre kilder for hvordan en marginskvisituasjon løses. I den sammenheng vises det særlig til «antiprisklemmeforpliktelse»²² som har vært pålagt TDC Danmark (TDC) i grossistmarkedet for fysisk nettverksinfrastruktur (daværende marked 4 og 5)^{23,24}. Dersom den årlige, aggregerte prisklemmetesten viser at TDC har iverksatt prisklemme på selskapets samlede tilbud av utvalgte produkter vil TDC pålegges å senke grossistprisen.

Sektormyndigheter og/eller konkurransemyndighetene har ved flere tilfeller konkludert med at en vertikalt integrert, dominerende aktør har utnyttet sin stilling ved å sette sine konkurrenter i marginskvis. Marginskvisens omfang; om den for eksempel identifiseres på grunnlag av en portefølje eller på grunnlag av enkeltstående produkter, kan påvirke om myndighetene vil pålegge retting på en spesiell måte eller om det overlates til aktøren å justere enten sluttbrukerprisene eller tilgangsprisene eller en kombinasjon av disse²⁵. Avhengig av de konkrete omstendighetene og om rettsgrunnlaget er konkurranseretten eller sektorreguleringen, viser at løsningen på marginskvis kan bli forskjellige. Det bør derfor utvises varsomhet med å trekke slutninger basert på konkurranseretten alene. Nkom viser i denne sammenheng til en

²² Prisklemme og marginskvis forstås som ombyttbare begreper for samme type konkurranseproblem.

²³ <https://tdcgroup.com/da/investor-relations/regulation>

²⁴ https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/resultatet_af_total_test_2016.pdf. Jf. side 2 og 3: «Hvis det både konstateres, at TDC's detalpriser har ført til en prisklemme, og at TDC har iværksatt priskonkurrencen, vil Erhvervsstyrelsen træffe afgørelse om, at TDC i strid med prisklemmeforpligtelsen har iværksatt en prisklemme. I så fald skal TDC reducere alle selskabets relevante engrospriser til et niveau, der sikrer, at TDC's detailomsætning er tilstrækkelig til at dække REO'ens omkostninger. De justerede engrospriser er gældende, indtil Erhvervsstyrelsen næste gang foretager en total test eller træffer en prisafgørelse, der medfører en stigning i de LRAIC-regulerede maksimalpriser.»

²⁵ Jf. f.eks. dokumentet «BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. ex-ante/sector specific margin squeeze test)», BOR (14) 190, side 44.

tysk akademisk kilde²⁶ som kan synes å gi uttrykk for at manglende stillingstaken i den tyske ordlyden tilsier at beslutningen vil bero på regulatørens skjønn.

Telenors innsigelser knyttet til retting er for øvrig besvart ved en rekke anledninger²⁷, herunder i forbindelse med vedtak²⁸ 9. mai 2016 og 21. februar 2017, og vedtak av 23. mars 2012. Sistnevnte vedtak var knyttet til diskriminering mellom eksterne kjøpere av tilgang, og påå Telenor blant annet å redusere tilgangsprisen til mobiltilbyderen TDC AS (TDC). I klage på vedtaket ga Telenor uttrykk for at Nkom ikke kunne pålegge Telenor å redusere tilgangsprisene i TDCs tilgangsavtale. Derimot mente Telenor at de kunne velge å heve tilgangsprisen i tilgangsavtalen som var gjenstand for sammenligning. SD uttrykker følgende i klagevedtaket av 20. desember 2012²⁹:

«Etter departementets syn har tilsynet hjemmel til å gi pålegg om reduksjon av tilgangspris for å sikre at tilbyder med sterk markedsstilling etterlever ikke-diskrimineringsplikten, jf. ekomloven § 10-6, jf. § 4-7.»

SDs uttalelser er gjort i tilknytning til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere, mens marginskvismodellen er et verktøy for etterprøving av prisreguleringen. Uttalelsen har imidlertid bredere rekkevidde selv om den i nevnte tilfelle knytter seg til ikke-diskriminering etter § 4-7. Etter Nkoms vurdering tilsier konsistens og sammenheng i regelverket at muligheten for å pålegge retting ved brudd på krav til prisregulering eller ikke-diskriminering bør være den samme.

SD gir videre uttrykk for at det vil uthule tilsynsrollen dersom det overlates til Telenor selv å velge hvordan de vil rette et brudd på reguleringen og at Nkom må kunne pålegge retting når det først er konstatert brudd på plikten. Nkom mener SDs uttalelser på dette punktet understøtter at dersom Telenor skulle gis mulighet til å justere opp sluttbrukerpris ville det formodentlig lede til tap av kunder. En slik utvikling er ikke i Telenors interesse og det mest sannsynlige scenariet ville derfor være at Telenor trekker sluttbrukerprodukter fra markedet. Et slikt tenkt tilfelle viser at dersom Telenor gis anledning til å velge metode for å rette en pålagt marginskvis ved å øke sluttbrukerpriser vil prisreguleringene være mindre egnet til å oppnå reguleringens formål.

²⁶ http://www.bonner-rechtsjournal.de/fileadmin/pdf/Artikel/2016_01/BRJ_021_2016_Lindner.pdf, side 25 venstre spalte annet avsnitt. Det fremkommer her at den tyske ordlyden ikke tar stilling til spørsmålet om hvordan marginskvis skal rettes, og at denne avgjørelsen «ist somit in da (Regulierungs-)Auswahlermess der BnetzA gestellt».

²⁷ Se bl.a. Nkoms til Telenor brev 10. juli 2017 (konklusjon om marginskvistester).

²⁸ Vedtak om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert Bredbåndsaksess.

²⁹ Kapittel 5.2.6.

Nkom er enig i ovennevnte vurderinger fra SD og viser til at en slik forståelse ligger til grunn for, og allerede fremgår av, marked 15-vedtaket. Nkoms forståelse baseres også på at den alminnelige konkurranseretten ikke er tilstrekkelig effektiv for å forhindre markedssvikten i det relevante markedet, og at virkemidlene som følger av den sektorspesifikke reguleringen er nødvendig for å oppnå bærekraftig konkurranse³⁰. Nkom er, som nevnt over, kjent med at saker avgjort etter konkurranseretten åpner for at tilbyderer som har utnyttet sin stilling ved å sette konkurrenter i marginskvis gis en valgfrihet til å rette forholdet. I denne saken, som avgjøres etter ekomloven, er det imidlertid ikke formålstjenlig å legge til grunn at en slik valgfrihet er egnet til å fremme bærekraftig konkurranse. Etter Nkoms vurdering er det forholdsmessig å oppstille krav om at Nkom kan pålegge Telenor å rette grossistprisene.

Nkom har for øvrig vanskelig for å se at effektiv retting i praksis skulle kunne skje ved at Telenor endrer sine sluttbrukerpriser. Nkom viser i den forbindelse til at Telenor har bindingstid i flere sluttbrukeravtaler og at muligheten for å øke sluttbrukerprisene derfor vil være begrenset. For det tilfellet at Telenor reelt sett skulle ha mulighet til øke sluttbrukerprisene ved nysalg, bemerker Nkom at en slik adferd kan sees som uttrykk for at Telenor i liten grad er utsatt for konkurranse som disiplinere selskapets prissetting.

Komplett og Fjordkrafts uttalelser om at Telenor iverksetter prisreduksjoner rett i forkant av tidspunkt for marginskvistest tas til etterretning.

Når det gjelder Fjordkrafts uttalelser om virkningstidspunkt for prisreduksjon viser Nkom til at dette forholdet er vurdert i brev 10. juli 2017³¹.

Oppsummert mener Nkom at ovenstående redegjørelser utdyper hjemmelsgrunnlaget knyttet til rettekompentanse og understøtter også konklusjonen om at myndigheten har hjemmel til konkret å pålegge Telenor å senke tilgangspriser dersom marginskvistestene viser negativt resultat.

4. Øvrig informasjon

Telenor har medio med virkning fra 1. februar 2018 endret sine tilgangspriser. De endrede prisene medfører at marginskvistestene som lå til grunn for vedtaket 22. desember 2017 består.

³⁰ Se eksempelvis Christian Bergqvist, *Between Regulation and Deregulation* (2016) side 263: "A large part of sector regulation, in particular the part regarding shared use of infrastructure, presents very detailed obligations and rights, in principle negating uncertainties, pre-empting conflicts. While elements of this could have eventually emerged through successive competition law cases, that would have been time consuming and involve substantial enforcement costs."

³¹ Dokument 1605084-53, se: <https://www.nkom.no/marked/marksregulering-smp/%C3%B8konomisk-regulering/marginkvistest-marked-15-2015-2016>



5. Oppsummering og innstilling

Telenors klage tilfører ikke noe vesentlig nytt i forhold til tidligere innspill. Nkom viser derfor til de vurderinger som er foretatt i vedtaket 22. desember 2017 og fastholder de standpunkter som fremkommer der.

Nkom mener videre at det ikke foreligger feil som medfører at vedtaket er ugyldig.

Etter en vurdering av Telenors anførsler og opplysninger, har Nkom ikke funnet grunnlag for endring eller oppheving av vedtaket av 22. desember 2017. Nkom innstiller derfor på følgende vedtak i klagesaken:

«Telenors klage av 19. januar 2018 vedrørende Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak av 22. desember 2017 tas ikke til følge.»

I henhold til «Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Nasjonal kommunikasjonsmyndighet etter Ekomloven» punkt 4, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkoms innstilling til SD innen en frist på to uker.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
fung. avdelingsdirektør

Inger Vollstad
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift

Kopi:

Telenor ASA, Postboks 800, 1331 Fornebu