

Post- og teletilsynet
Postboks 93
4791 LILLESAND

Ansvarlig advokat
Espen Tøndel

Oslo
19. november 2010

Vår ref.
ET

KLAGER MARKED 7 – KOMMENTARER FRA NETCOM

Det vises til e-post 27. oktober d.å. fra Post- og teletilsynet (PT) til NetCom as (NetCom), der det opplyses om at eventuelle kommentarer til øvrige klager på vedtaket i marked 7 må være PT i hende senest 17. november.

Foruten klage fra NetCom, har PT mottatt klager fra Telenor, Tele2, Network Norway og TDC. SIMONSEN Advokatfirma DA representerer NetCom, og vil i det følgende knytte noen kommentarer til disse klagene.

Innledningsvis vil NetCom understreke at anførslene som gjort gjeldende i klagen står fast. Etter NetComs syn er det ikke grunnlag for å videreføre asymmetrisk prisregulering til fordel for Tele2, Network Norway og MVNOene. I tillegg til at vedtatte prisregulering fremstår som uforholdsmessig og formålsstridig, kan NetCom heller ikke se hvordan fortsatt byggestøtte til Tele2 og Network Norway kan begrunnes all den tid disse selskapene bare i liten grad bygger mobilnett.

NetComs kommentarer i det følgende avgrenses til i det vesentligste å gjelde Tele2s og Network Norways forsøk på å tvinge sluttbrukerne til å betale overpris i et større omfang og over en lengre periode enn det Post- og teletilsynet har fattet vedtak om. Forutsatt at det er grunnlag for å videreføre denne støtteordningen inn i kommende reguleringsperiode, må det innledningsvis bemerkes at det under enhver omstendighet ikke foreligger grunnlag for å gjøre denne ordningen gunstigere enn det som følger av vedtaket. Slik NetCom ser det, vil den vedtatte prisreguleringen medføre at både Network Norway og Tele2 får fullfinansiert det tredje mobilnettet.

1 PRISREGULERING TELE2 OG NETWORK NORWAY

1.1 GENERELT

Det vises til vedtaket punkt 6.4.5, der det gjøres nærmere greie for grunnlaget for prisreguleringen av Tele2 og Network Norway. Under henvisning til føringene fra departementet om at det ved reguleringen av Tele2 og Network Norway "... er hensiktsmessig å

anlegge som styringsmål at merinntektene for de nye nettutbyggerne i utgangspunktet bør tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett”, gjøres det i underpunktene 6.4.5.1 til 6.4.5.4 nærmere rede for hvilken investeringskostnad og merinntekter som det tas utgangspunkt i ved fastsettelsen av prisreguleringen for disse selskapene i neste periode.

Både Tele2 og Network Norway gjør i klagen gjeldende anførsler mot vedtatte prisregulering, herunder mot grunnlaget for denne. Generelt gjør begge gjeldende at det i vedtaket beregnes en merinntekt som er lavere enn den investeringskostnaden som selskapene står overfor ved bygging av det tredje mobilnettet, og at vedtatte prisregulering må endres slik at denne bringes i samsvar med føringene fra departementet.

1.2 KOMMENTARER

1.2.1 ”Styringsmål”

Tele2 og Network Norway gjør gjeldende at det flere steder i vedtaket feilaktig legges til grunn at de vil oppnå en merinntekt som tilsvarer deres respektive investeringskostnad knyttet til bygging av det tredje nettet. Eksempelvis følger det av klagen at:

- *”PT legger feilaktig til grunn at Tele2 har en merinntekt på 1 milliard ved utgangen av 2010. PT har selv opplyst at deres egne beregninger gir NOK [974] [u.off.] millioner i merinntekt for hele perioden. Det er dermed en ikke uvesentlig forskjell mellom PTs egne beregninger og det PT har lagt til grunn som merinntekt i Vedtaket.”¹*
- *”Network Norway har ved å betale en termineringspris som er høyere enn NetCom og Telenors termineringspris til andre aktører (...) denne ”merkostnaden” må komme til fradrag fra merinntektene når ny glidebane for Network Norway skal fastsettes.”²*
- *”Etter dette kommer PT frem til (...) at den ”relevante investeringskostnaden som bør legges til grunn er 2 mrd. NOK (...). Som det fremgår av CSMG Rapport 1 medfører justeringen som påpekes en beskjeden endring i investeringskostnaden til 2.040 MNOK.”³*

Til dette vil NetCom generelt bemerke at departementet ikke har vedtatt at merinntekten til Network Norway og Tele2 nødvendigvis skal tilsvare investeringskostnaden. Føringen fra departementet, som tilsynet etter NetComs vurdering holder seg innenfor, går som allerede nevnt bare ut på at det skal anlegges som ”styringsmål at merinntektene ... i utgangspunktet bør tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett” (understreket her).

1.2.2 Relevant investeringskostnad

Det vises til vedtaket punkt 6.4.5.1, der det konkluderes med at den relevante investeringskostnaden for Tele2 og Network Norway relatert til byggingen av det tredje nettet anses å være i størrelsesorden 2 mrd. NOK. Av vedtaket fremgår det at kostnaden har fremkommet

¹ Jf. Tele2s klage punkt 4.2.3, side 7

² Jf. Network Norways klage, premiss 27

³ Jf. Network Norways klage, premiss 32

ved å modellere et nettverk som i større grad gjenspeiler Mobile Norway-gruppens faktiske utbygging. Uten å forklare nærmere hvordan, skiver tilsynet i vedtaket at de har ”hensyntatt forsinkelsene i utbyggingen.”

Både Tele2 og Network Norway gir uttrykk for å være tilfredse med at det i vedtaket legges til grunn en investeringskostnad på om lag 2 mrd. NOK, og ikke 1,44 mrd. NOK slik som ble lagt til grunn i vedtaksvarselet, jf. Tele2s klage punkt 4.1 og Network Norways klage punkt 4.3. Begge selskapene understreker imidlertid at de forventer at denne kostnaden vil bli justert dersom det senere skulle inntreffe regulatoriske forhold som medfører en økning i denne kostnaden. Det antas at bakgrunnen for denne presiseringen er beskyttelseskravene til fordel for GSM-R som er foreslått inntatt i de nye teknologinøytrale frekvenstillatelsene i 900 MHz båndet, jf. Network Norways klage, punkt 4.6.

Når det gjelder den relevante investeringskostnaden som legges til grunn ved prisreguleringen av Tele2 og Network Norway, finner NetCom grunn til å gjenta det som er sagt i klagen om at denne er satt altfor høyt, jf. NetComs klage punkt 3.2.

Det faktum at Tele2 og Network Norway er minst 12 måneder forsinket ift. utbyggingsplanene, jf. ESAs kommentar om at ”*The Authority understands that the roll-out has in fact been delayed by at least 12 months*”, må etter NetComs syn medføre at den relevante investeringskostnaden som selskapet presenterte for myndighetene for flere år siden ikke lenger kan anses relevant. Generelt må det kunne legges til grunn at en forsinkelse i denne størrelsesorden vil medføre billigere utstyrspriser for Tele2 og Network Norway. NetCom har vanskelig for å se hvorfor det skal legges til grunn en relevant investeringskostnad for Tele2 og Network Norway som like høy som den kostnaden Telenor og NetCom samlet sett står ovenfor i forbindelse med totalutskiftningen av eksisterende mobilnett. Det vises i denne sammenheng til Telenors uttalelse 5. november 2009 i Teknisk Ukeblad om at:

”Investeringene over en seksårsperiode vil beløpe seg til rundt en milliard kroner og representerer den største fornyelsen av det norske mobilnettet Telenor noen gang har foretatt. Hele radionettet skal digitaliseres og kjernenettet skal løftes over på en IP-basert plattform.”⁴

Videre vises det til artikkel i Dagens Næringsliv 9. november 2010, med overskriften ”Får utrolig mye for en milliard”, der NetCom bl.a. uttaler at:

”Det er kjøpers marked, og en radikal endring i hva man får for en milliard, sier August Baumann, administrerende direktør i NetCom. Hans selskap er i ferd med å rive ut hele innmaten i mobilnettet, og erstatte den med flunkende ny teknologi, ende til ende. Med dagens priser var det både bedre og billigere enn å modernisere det gamle, mener Baumann.”⁵

Investeringskostnaden må videre anses altfor høy idet denne, slik NetCom har oppfattet det, både inkluderer opex og capex. Med andre ord vil en merinntekt tilsvarende denne investeringskostnaden i realiteten ha til konsekvens at Tele2 og Network Norway får dekket mer enn de rene investeringene knyttet til byggingen av det tredje mobilnettet.

⁴ <http://www.tu.no/it/article227859.ecc>

⁵ <http://www.dagensit.no/article2016921.ecc>

Under henvisning til at Tele2 allerede i 2004 etablerte egen infrastruktur ift. å kunne opptre som MVNO, stiller NetCom spørsmål ved om investeringskostnaden også dekker kostnader som Tele2 allerede må anses for å ha fått dekket i perioden før nettverkssamarbeidet. Om dette er tilfellet, så vil det ikke være rimelig at merinntekten skal fordeles likt mellom Tele2 og Network Norway. Med mindre det da gjøres fradrag for allerede foretatte infrastrukturinvesteringer fra Tele2s side, vil Tele2 oppnå en merinntekt som overstiger investeringskostnaden selskapet står overfor i forbindelse med byggingen av det tredje nettet.

I forhold til anmodningen om fremtidig justering av investeringskostnaden dersom det skulle inntreffe regulatoriske forhold som har kostnadmessige konsekvenser for nettutbyggingen, må det bemerkes at tilsvarende i tilfellet må gjelde for NetCom og Telenor, dvs. dette må tas hensyn til i LRIC modellen.

Under henvisning til at investeringskostnaden til Tele2 og Network Norway i vedtaket har blitt oppjustert med om lag 600 MNOK fra varselet, må det avslutningsvis gjentas at NetCom under enhver omstendighet setter spørsmålsteget ved hvor robust og egnet LRIC-modellen egentlig er ift. å kunne utgjøre grunnlaget for prisreguleringen.

1.2.3 Merinntektsberegningene

Det vises til Tele2s klage hvor det i punkt 4 og 5 gjøres gjeldende anførsler mot vedtakets merinntektsberegninger overfor selskapet. Slik Tele2 ser det, må vedtaket settes til side som ugyldig fordi det benyttes en annen beregningsmetode enn den SD anvendte i sitt vedtak 19. mai 2009.

Tele2s anførsel retter seg først og fremst mot vedtakets merinntektsberegning for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009, og anfører at:

”Som en følge av den kompetansemangel PTs vedtak er beheftet med vil PTs vedtak være ugyldig for så vidt gjelder endringen av beregningsmetode for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009.”⁶

Når det gjelder merinntektsberegningen for ovennevnte periode, følger det av klagen at det i Samferdselsdepartementets vedtak 19. mai 2009 ble lagt til grunn en merinntekt for Tele2 på 170 MNOK.⁷ I det foreliggende vedtaket endres merinntekten for Tele2 for denne perioden til 385 MNOK, noe som skyldes at tilsynet har benyttet en annen metode for å beregne merinntekt enn den departementet la til grunn i sitt vedtak.

I forhold til vedtakets beregning av merinntekt for perioden 1. februar 2009 til 31. desember 2010, gjør Tele2 anførsel gjeldende mot antall terminerte minutter som anvendes ved beregningen, og ikke mot selve beregningsmetoden.

NetComs kommentar ift. sistnevnte anførsel om at det i vedtaket legges til grunn et for høyt antall terminerte minutter for merinntektsberegningen for perioden 1. februar 2009 til

⁶ Jf. Tele2s klage, punkt 5.1, side 12

⁷ Jf. Tele2s klage punkt 4.2.1

31. desember 2010, er at avviket i tilfellet er marginalt.⁸ Av klagen fremgår det at tilsynet har benyttet 1302 millioner terminerte minutter for denne perioden, og at merinntekten er beregnet til å utgjøre 589 MNOK.

Til anførselen om at tilsynet ikke har rettslig kompetanse til å endre merinntektsberegningen for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009, er NetComs primære kommentar at dette er et spørsmål av mer akademisk interesse all den tid Tele2 uavhengig av hvilken merinntekt som legges til grunn for denne perioden, uansett vil ha oppnådd en merinntekt for hele perioden med asymmetriske priser som samlet sett tilsvarer selskapets investeringskostnad ved å bygge et tredje mobilnett.

NetComs gjennomgang av regnestykkene i Tele2s klage og tilsynets vedtak, sammenholdt med den merinntekten som Tele2 vil oppnå første halvår 2011, tilsier alene en merinntekt som burde være mer enn tilstrekkelig for å dekke investeringskostnaden. Forannevnte, sammenholdt med ovennevnte kommentar om at den relevante investeringskostnaden som legges til grunn er altfor høy, sammenholdt med det forhold at Tele2 under enhver omstendighet ikke er berettiget en merinntekt tilsvarende halve investeringskostnaden, tilsier at vedtaket med god margin er i samsvar med føringene fra departementet om at det *"... er hensiktsmessig å anlegge som styringsmål at merinntektene for de nye nettutbyggerne i utgangspunktet bør tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett"*,

NetComs subsidiære kommentar i denne sammenheng er at Post- og teletilsynet, i motsetning til Samferdselsdepartementet, legger til grunn en konsistent metode ift hvordan beregne merinntekter for disse selskapene. Departementet anvender ulike beregningsmetoder for de to periodene, mens tilsynet anvender samme metode for hele perioden.

I forlengelsen av ovennevnte, må det også kommenteres i denne sammenheng at rapporten fra Nexia, som fulgte som vedlegg til både Tele2s og Network Norways klager, gir støtte til måten Post- og teletilsynet beregner merinntekt på. Etter NetComs syn, faller det på sin egen urimelighet når Tele2 i klagen skriver at departementet må ta hensyn merinntektene til Telenor og NetCom når selskapenes glidebane ned mot effektiv pris skal beregnes. Rapporten fra Nexia vil bli kommentert i et eget punkt senere, men det bemerkes her at merinntekten til Tele2 og Network Norway for lengst ville ha tilsvart investeringskostnaden knyttet til byggingen av det tredje nettet dersom samme merinntektsberegningss metode som Nexia anvender overfor Telenor og NetCom, legges til grunn for Tele2 og Network Norway.

Avslutningsvis må det for øvrig bemerkes at NetCom har vanskelig å se at departementet med sin generelle uttalelse vedr. merinntektsberegningen for perioden 1. oktober 2007 til 1. februar 2009 kan sies å ha vedtatt merinntekten for denne perioden med endelig og bindende virkning, slik Tele2 anfører.

1.2.4 Manglende nettutbygging

Det vises til Tele2s klage punkt 10, der Tele2 viser til at selskapet vil nå symmetriske priser samtidig med MVNOene til tross for at disse ikke bygger mobilnett. Tele2 anfører i

⁸ [U.off.] NetCom mener riktig antall minutter runc [redacted] hvilket gir en merinntekt for perioden på ca [redacted] MNOK

denne sammenheng at en slik likebehandling strider med forutsetningene i departementets tidligere vedtak.

Tilsvarende skriver Network Norway i sin klage, jf. punkt 4.2, at MVNOene oppnår en konkurransefordel sammenlignet med Network Norway ved at de kan benytte merinntektene til andre formål, for eksempel utbytte til eierne, investering i kundeakkvisisjon, etc.

Til dette må det kort bemerkes at sammenligningen med MVNO ikke er adekvat idet Network Norway og Tele2 bare i liten grad har benyttet mottatte merinntekter til å bygge konkurrerende infrastruktur. I henhold til kvartalsrapport fra Network Norway AS for Q3-2010 har selskapet bare idriftsatt 2G-nett innenfor de 4 største byene, mens 3G fortsatt kun er i en oppstartsfasen.

I forhold til anførselen fra Tele2 spesielt, må det avslutningsvis bemerkes at selskapet har hatt en termineringsfordel helt siden etableringen som MVNO i 2004 og frem til i dag – altså i 7 år, hvilket er over perioden på 3 til 4 år som disse MVNOene er forespeilet med mild regulering, jf. Post- og teletilsynets vedtak 8. mai 2007, premiss 262. NetCom har derfor vanskelig for å se at vedtaket strider med forutsetningene i departementets tidligere vedtak.

1.2.5 Merinntektsrapporten fra Nexia

Det vises til oppdatert rapport 15. oktober d.å. fra Nexia vedrørende merinntektene til Telenor og NetCom p.g.a. det historiske regimet for regulering av mobilterminering. I tillegg til at det settes spørsmålstegn til beregningene som er gjennomført, herunder til verdiene som er lagt inn i beregningene, er NetCom forundret over at Tele2 og Network Norway velger å legge frem denne rapporten. Bakgrunnen for denne forundringen er departementets kommentar til forrige versjon av rapporten som ble lagt fram i forbindelse med klagebehandlingen av forrige vedtak i marked 7. Det vises i denne sammenheng til departementets vedtak 19. mai 2009 overfor Tele2, der det på side 28 bl.a. heter at:

”Det vises videre til rapportene utarbeidet av Nexia på oppdrag for Network Norway og tele2. Departementet har ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på beregningen av historisk merinntekt som fremkommer i ovennevnte rapporter, da det anses som lite hensiktsmessig og lite relevant å sammenligne merinntekter fra en annen tidsperiode med andre markedsforhold og under et annet reguleringsregime enn dagens situasjon.”

NetCom finner med bakgrunn i ovennevnte ikke grunn til å kommentere rapporten nærmere, heller ikke til å påpeke feilene som foreligger i beregningene, men forbeholder seg muligheten til å kommentere denne ytterligere dersom tilsynet eller departementet mot formodning skulle vektlegge denne i sine vurderinger.

1.2.6 LRAIC+++ og LRAIC uten påslag

Med unntak av TDC, har samtlige klagere tatt til orde for at den effektive termineringsprisen på 15 øre som er fastsatt med bakgrunn i LRAIC uten påslag for felleskostnader etc., er for lav, herunder at prisen for kommende periode må fastsettes med bakgrunn i LRAIC+++.

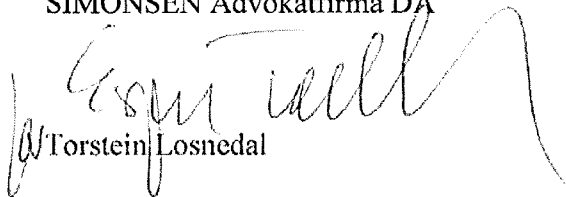
Etter NetComs vurdering kan ikke effektiv termineringspris fastsettes med bakgrunn i LRAIC uten påslag før tilsynet har utredet nærmere hvilke konsekvenser dette vil få. Slik NetCom ser det, vil prisfastsettelse med bakgrunn i en slik modell være formålsstridig idet effekten vil bli at tilbydernes incentiver til å bygge mobilnett med god dekning påvirkes.

2 IKKE-DISKRIMINERING

Det vises til vedtaket punkt 6.2, om ikke-diskriminering. Videre vises det til Tele2s og Network Norways klager, hhv. punkt 16 og 6, der det anføres at NetCom og Telenor må pålegges krav om ikke-diskriminering også mellom nettinterne og netteksterne anrop.

I tillegg til å slutte seg til tilsynets vurdering om at avvikling av regimet med asymmetrisk prisregulering vil ha til konsekvens at mulighetene for prisdiskriminering reduseres, jf. vedtaket premiss 81, og til det som sies i punkt 3.1 i vedlegg 2 til vedtaket, om at reguleringen i tidligere marked 15 er bedre egnet til å adressere de potensielle konkurranseproblemene som trekkes frem, vil NetCom understreke at en endring av vedtaket på dette punktet for Telenor og NetCom ikke vil være forenlig med det generelle prinsippet om likebehandling.

Med vennlig hilsen
SIMONSEN Advokatfirma DA



Torstein Losnedal