

Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Vår dato
21.12.2021

Kun sendt per e-post til firmapost@nkom.no

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE – VEDTAK OM PRISREGULERING FOR FAST TRÅDLØST BREDBÅND

1 Innledning

Det vises til vedtak fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet ("Nkom") av 30. november 2021 om prisregulering for fast trådløst bredbånd («vedtaket»).

Telenor påklager med dette vedtaket. I vedtaket er fristen for å klage tre uker fra vedtaksdato, det vil si 21. desember 2021. Klagen er således rettidig.

Etter Telenors syn er det ikke grunnlag for å prisregulere Fast trådløst bredbånd («FTB» eller «FMBB») i marked 3b. En strengere prisregulering enn regnskapsmessig skille vil medføre en lavere tilgangspris som vil svekke investeringsincitamentene i ny moderne infrastruktur, og medføre risiko for en tilgangspris som ligger under kostnadsorientert nivå.

Dersom vedtaket opprettholdes, undergraver det således målsetningen om økte investeringer i høyhastighetsbredbånd til alle. Svekkede investeringsinsentiver for alle de fire aktørene (Telenor, Telia, Ice og Altibox/Lyse) som skal bygge ut nett for å tilby FMBB og redusert lønnsomhet i grossistmarkedet er ikke formålstjenlig ut fra målsetningen om en markedsbasert utbygging. I tillegg vil en streng prisregulering i startfasen av utvikling av FMBB produktet begrense innovasjon og dermed tilbudet både i grossist- og sluttbrukermarkedet, ref. også avsnitt 27 i Rammedirektivet hvor det klart fremkommer at i nye fremvoksende produkt eller tjenestemarkeder hvor *“de facto the market leader is likely to have a substantial market share, should not be subjected to inappropriate obligations”*.

Group Legal
Advokater MNA

Head of Group Legal:
Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:

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

Klagen inneholder konkurransesensitiv informasjon som må unntas fra offentlighet og partsinnsyn, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Denne informasjonen er merket med [UOFF].

2 Nærmere om klagen

Dersom departementet er uenig i Telenors hovedanførsel om at prisregulering ikke skal pålegges, og likevel konkluderer med at prisregulering skal pålegges, mener Telenor at det er flere forhold som ikke kan bli stående, og som derfor påklages.

Kravet til bruttomargin for alle enkeltprodukter

Nkom skriver i vedtakets kapittel 5 at for å sikre at tilgangskjøpere ikke ekskluderes fra deler av sluttbrukermarkedet, mener Nkom det er nødvendig å sette krav til positiv bruttomargin for alle enkeltstående FMBB-produkter som er til salgs i sluttbrukermarkedet. Det er vanskelig å se resonnementet for at eventuelt negativ margin på en hastighet har utestengende effekt i deler av sluttbrukermarkedet. Alle deler av sluttbrukermarkedet kjøper flere hastigheter, og negativ margin på en hastighet vil ikke medføre at noen del av sluttbrukermarkedet (som inneholder en kombinasjon av hastigheter) blir negativ. En eventuell negativ margin på ett produkt vil innebære en større positiv margin på andre produkter. Det er vanskelig å se at dette har negativ effekt for tilgangskjøper.

Det er i tillegg uklart hvilket konkurranseproblem som skal løses med kravet til positiv bruttomargin. Telenor har vært underlagt krav til ikke-diskriminerende priser siden 2. september 2020, og Telenor har oppfordret Nkom til å konkretisere hvilket konkurranseproblem som er observert siden kravet til ikke-diskriminerende priser ble innført, og som vil bli løst ved innføring av kravet til positiv bruttomargin. Nkom har ikke konkretisert et slikt konkurranseproblem, og kravet til positiv bruttomargin fremstår dermed som både unødvendig og uforholdsmessig, og uten rettslig grunnlag.

Nkom pålegger Telenor å dokumentere at bruttomargintesten er oppfylt i forbindelse med innhenting av data til marginskvistesten. Telenor legger til grunn at det er de samme data som rapporteres til marginskvistesten, for alle Telenors FMBB produkter, som skal inngå i Telenors beregning av bruttomargin. Etter Telenors forståelse innebærer pålegget at Telenor skal beregne den samme bruttomarginen som Nkom vil beregne i marginskvistesten basert på Telenors innrapporterte tall. Telenor ser ikke hva dette pålegget er ment å gi av informasjon og merverdi til Nkom utover den informasjon som følger av de data Telenor rapporterer til marginskvistesten. Pålegget er derfor uforholdsmessig og må omgjøres.

Kravet til ex ante marginskvistest

I vedtaket fremgår et krav til ex-ante test som innebærer at dersom Telenor skal foreta prisreduksjoner eller andre endringer på ett eller flere FMBB-produkter, så må Telenor først dokumentere for Nkom at økonomisk replikerbarhet er ivaretatt.

Nkom begrunner ikke hvorfor det er forholdsmessig å pålegge Telenor en slik ex-ante test/dokumentasjonskrav ved prisjusteringer, eller hvilket konkurranseproblem dette kravet er ment å løse. Det vises kun til en uttalelse fra ESA som gjelder et vedtak om kobberbasert tilgang og ESAs observasjon omkring fibermodellen som eventuelt, hvis grunnlaget er til stede i det norske fibermarkedet, bør vurderes skiftet fra ex-post til ex-ante kontroll. For FTB legger Nkom opp til ex-ante kontroll i tillegg til ex -post, og går således lenger enn ESAs anbefaling uten at dette er begrunnet.

Premisset er at Nkom er enig med ESA i at Telenors kunngjøring i januar 2019 om nedleggelse av kobbernettet vil øke konkurransen om fiberbaserte produkter. Konsekvensen av økt konkurranse er at det er behov for mindre regulering. Likevel mener ESA og Nkom at det er behov for regulering for å sikre at tilgangskjøpere, som i det aktuelle vedtaket allerede er sikret tilgang til kobbernettet i 5 år, ikke utelukkes fra fiberkonkurransen. I Nkoms vurdering hensyntas ikke den økte konkurransen, og det foretas heller ingen analyse av at alle mobil operatørene enten er faktiske eller potensielle konkurrenter i tilbudet av tilgang til FMBB. Det er videre heller ikke gjort noen analyse av forholdet mellom fiberkonkurransen og FMBB tilbudet.

Justert EEO og effektiv størrelse på modellert aktør

Det fremgår av vedtaket at utgangspunktet for fastsettelsen av størrelsen på den modellerte aktøren er SMP-tilbyderens nedstrømskostnader, men at det finnes to unntak fra dette jf. EU anbefalingen. Dette er enten når etablering eller vekst tidligere har blitt forhindret, eller når det finnes indikasjoner på at tilgangskjøpere ikke har insentiver til å øke sin størrelse, dokumentert ved lavt antall aksesser og begrenset geografisk utbredelse.

Ingen av disse situasjonene er til stede for trådløst bredbånd, og avvik fra prinsippet om at det skal tas utgangspunkt i SMP-tilbyderens nedstrømskostnader (EEO) er dermed ikke berettiget. Dette bør gjenspeiles i prinsippene.

Telenor antas videre å ha bredde- og stordriftsfordeler. Helt konkret hevdes det at Telenor bruker sitt produksjons-, salgs- og markedsføringsapparat for å tilby trådløst bredbånd, og at dette vil skape bredde- og skalafordeler som ikke kan replikeres av konkurrentene. Som eksempel på konkurrenter trekker Nkom frem regionale bredbåndstilbydere hvor FMBB kan være et tilleggsprodukt, samt tilbydere av mobiltelefoni som også ønsker å tilby FMBB. Det fremstår som usannsynlig at de nevnte tilbyderne ikke vil ha de samme synergieffekter som Telenor innen produksjons-, salgs- og markedsføringsapparat for å tilby FMBB, og justeringer av Telenors nedstrømskostnader fremstår som av den grunn som ubegrunnet.

Nkom har vurdert markedsandelen for den modellerte aktøren, og slår fast at for [REDACTED] av Telenors kunder på trådløst bredbånd som ikke har utendørsantenne i dag, vil det påløpe en byttekostnad tilsvarende prisen for etablering av løsning med utendørs antenne. Ifølge Nkom gjør dette det vanskelig for tilgangskjøpere å tilby attraktive tilbud til disse [REDACTED] eksisterende kundene. Nkom mener derfor at kravet om utendørsantenne tilsier en lavere markedsandel for den modellert aktøren. Nkom hevder videre at eksisterende kunder med utendørsantenne som også må bytte antenne trekker i retning av lavere markedsandel for modellert aktør.

Det synes som om Nkom konkluderer med samme effekt for begge kundegrupper, at nødvendig bytte av antenne representerer en ikke ubetydelig byttebarriere. Nkom synes å se bort fra at det ikke er det å bytte antennen fysisk som skaper byttebarrieren, men hvordan et slikt antennebytte er priset overfor sluttbruker. Det er prisen til kunden som bestemmer om dette er en byttebarriere. Lave priser på etablering/installasjon innebærer at det ikke er vesentlige byttebarrierer for kundene som allerede har et trådløst bredbåndprodukt, og at alle kunder (både nye og etablerte) er tilgjengelige for tilgangskjøpere.

Nkom antar videre at eksisterende kunder på trådløst bredbånd vil utgjøre en betydelig andel av det totale antall bredbåndskunder i Telenors nett om 2-3 år. Det er uklart hva Nkom legger i begrepet «betydelig», men Telenor forventer at antall trådløse bredbåndsakssesser vil øke vesentlig de

kommende årene, noe som medfører at det vil være mange nye kunder å konkurrere om. Dette forholdet sammen med lave byttebarrierer medfører at antagelsen om en markedsandel på kun 15% av faktiske trådløse bredbåndskunder i Telenors nett er basert på sviktende forutsetninger. Dette dokumenteres også gjennom opplysninger fra markedet. Eksempelvis har NextGenTel opplyst offentlig at de i løpet av 3 måneder fikk 3000 nye kunder på FMBB basert på Telias mobilnett.¹ I et marked som er forventet å vokse betydelig fremstår den fastsatte markedsandelen som urimelig lav.

Telenor mener marginskvismodellen må tilpasses EU-kommisjonens anbefaling. Dersom en eventuell effektivitetsjustering gjøres i modellen, må det legges til grunn en vesentlig høyere markedsandel for den modellerte aktøren.

Skalajusteringer og forutberegnelighet

I tillegg til effektiv størrelse for modellert aktør legges det opp til at Nkom skal gjøre justeringer av kostnadsposter der det er avvik i rapporterte kostnader fra henholdsvis Telenor og utvalget av aktører Nkom vil innhente informasjon fra. Tilnærmingen til nedstrømskostnadene og prinsippet om justering ved mer enn 10% avvik er kjent fra fibermodellen. De øvrige aktørene Nkom forespør om data kan og vil ha ulik fordeling/vektning av faste engangskostnader, faste løpende kostnader og variable kostnader enn Telenor. Nkom sier man vil gjøre en vurdering av datagrunnlaget slik at det blir mulig å sammenligne kostnadsdataene for de ulike aktørene. Dette blir svært skjønnsmessig og uforutsigbart, og innebærer at Telenor ikke kan forutse resultatet av Nkoms metodikk, og derved heller ikke effekten av den pålagte forpliktelse.

I prinsipp 2 fastslår Nkom at standardiserte bredbånd produkter basert på FMBB skal inngå i margintesten. Det fremkommer videre at Nkom vil revurdere dette når eventuelle nye tjenester tilbys i markedet. Etter Telenors syn skaper dette usikkerhet og er uforutsigbart. Det er svært uheldig at prinsippet ikke stadfester at marginberegningen skal inkludere de totale inntekter og kostnader som Telenor og tilgangskjøpere oppnår ved å selge FMBB til slutt kunder. Ved vurdering av lønnsomhet av å tilby FMBB i markedet er det de totale inntekter og kostnader som er avgjørende, ikke lønnsomheten for en av tjenestene som kan realiseres fra investeringen. Nkoms tilnærming vil svekke investeringsinsentivet i FMBB, kombinert med en forventet høyere pris for FMBB-aksessen fremover når denne prisen i praksis må bære hele kostnaden for FMBB. En slik innskrenking i prisingsfleksibilitet for FMBB-produktene må også forventes å hemme fremtidig tjenesteutvikling.

I prinsipp 5 slår Nkom fast at priselementer for Telenors sluttbrukerprodukter danner grunnlaget for de relevante inntektene, og at rabatter skal hensyntas i inntektene. I tillegg uttrykker Nkom avslutningsvis at «*Ved fastsettelse av den aktuelle inntekten, kan Nkom bruke ytterligere opplysninger gitt av alternative tilbydere eller markedsdata for å komplettere Telenors data*». Det er vanskelig å se hvilke opplysninger alternative tilbydere kan gi som vil være egnet til å korrigere de inntekter Telenor har registrert i regnskapet og rapportert til Nkom.

Nkom beskriver verken bakgrunnen for dette prinsippet, hva som er formålet med det, hvordan det er tenkt praktisert, eller hvordan Telenor kan forutse effekten av prinsippet for å oppfylle det løpende marginkravet. For Telenor fremstår effekten av prinsippet som totalt uforutsigbart, og uforholdsmessig.

¹ Inside Telecom 10. september 2021.

I henhold til Anbefalingen skal det identifiseres et passende referansetidsrom for marginskvistesten, som er den perioden sluttbruker bidrar til å dekke engangskostnader for kundeforholdet. I prinsipp 7 angir Nkom at referansetidsrommet skal være 60 måneder tilsvarende forventet gjennomsnittlig kundelevetid. Det blir imidlertid feil når Nkom forutsetter at selve FMBB- produktet har den samme levetiden som en kunde, og fordeler alle initielle kostnader for produktet over 5 år. Etter Telenor oppfatning bør disse kostnadene fordeles over forventet levetid for produktet/varighet av wholesaleavtalen og avskrives over 10 år. Dette tilsvarer den levetiden som legges til grunn for leide samband og samlokasjon (engangskostnader) i Nkoms marginskvistest for fiber.

Vedtaket er på denne bakgrunn ugyldig. Dersom departementet konkluderer med at prisregulering skal pålegges Telenor ber Telenor departementet justere innretningen på prisreguleringen for fast trådløst bredbånd i Telenors nett slik at tilstrekkelig attraktivitet og lønnsomhet i grossistmarkedet for bredbånd sikres.

3 Oppsummering

På bakgrunn av ovennevnte er det Telenors syn at vedtaket er ugyldig og må oppheves. Dersom departementet likevel er av den oppfatning at det er grunnlag for å prisregulere FMBB må reguleringen innrettes på en forutsigbar måte som også ivaretar investeringsinsentivene og ikke begrenser innovasjonen i et marked i utvikling.

Med vennlig hilsen
Group Legal

Kaja Wølneberg
Advokat