



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO

Vår ref.: 1505331-55
Vår dato: 29.3.2019

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: Eivind Skaar Briseid

Oversendelse av Telenors klage på Nkoms vedtak i Marked 3a og 3b

Vedlagt oversendes klage fra Telenor ASA datert 24. januar 2019. Klagen gjelder Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkoms) vedtak av 20. desember 2018 om utpeking av Telenor ASA (Telenor) som tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedene for henholdsvis lokal og sentral tilgang til faste aksessnett (Marked 3a og 3b). Vedtakene er også påklaget av NextGenTel AS (NextGenTel) og Broadnet AS (Broadnet).

Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29.

1 Bakgrunn

I henhold til ekomloven §§ 3-2 og 3-3 er Nkom pålagt å analysere de ulike markedene for elektronisk kommunikasjon og identifisere eventuelle tilbydere med sterk markedsstilling. Dersom det utpekes en eller flere tilbydere med sterk markedsstilling, skal det pålegges minst én særskilt forpliktelse utover de generelle forpliktelser som følger av ekomloven med forskrifter.

Nkom varslet 12. januar 2018 vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i Marked 3a og 3b. I analysen av markedene (vedlegg til varslene) konkluderte Nkom med at Telenor har sterk markedsstilling i begge markeder. Nkom varslet flere særskilte forpliktelser for Telenor for å bøte på identifiserte konkurranseproblemer.

Vedlegg 1: Varsel om vedtak i Marked 3a og 3b med vedlegg av 12. januar 2018.



Nkom mottok høringssvar fra Telenor, Broadnet og NextGenTel på varslene om vedtak. Nkom inviterte aktørene til å kommentere de mottatte høringssvarene innen 4. april 2018. Nkom mottok kommentarer til høringssvarene fra Broadnet, Get AS/TDC AS (Get TDC), NextGenTel og Telenor. Etter høringsfristen mottok Nkom to rapporter utarbeidet på oppdrag fra Telenor, henholdsvis av professorene Foros/Kind (mai 2018) og av Oslo Economics (august 2018). Disse rapportene er også vedlegg til Telenors klage.

Vedlegg 2: Høringssvar til varsel om vedtak og kommentarer til disse.

Nkom gjennomførte i perioden 8. juni til 6. juli 2018 en tilleggshøring vedrørende endringer i LRIC-modellen og endringer i varslede pristak for LLUB, SLU og Bredbåndsaksess. Nkom mottok kommentarer fra Telenor og Broadnet.

Vedlegg 3: Tilleggshøring om endringer i LRIC-modell og pristak av 8. juni 2018.

Vedlegg 4: Kommentarer til tilleggshøring.

På bakgrunn av varslene og de mottatte kommentarene utarbeidet Nkom utkast til vedtak i Marked 3a og 3b. Dokumentene ble oversatt til engelsk og notifisert EFTA Surveillance Authority (ESA) 1. november 2018, jf. ekomloven § 9-3. Utkastene til vedtak ble samtidig lagt ut på Nkoms hjemmeside.

Vedlegg 5: Oversendelsesbrev til ESA, samt utkast til vedtak med tilhørende vedlegg av 1. november 2018.

ESA anmodet om ytterligere informasjon i brev 20. november 2018, som Nkom besvarte 23. november 2018.

Vedlegg 6: ESAs brev av 20. november 2018, og Nkoms svar av 23. november 2018

ESA anmodet om tilleggsinformasjon i e-post datert 23. november, som Nkom besvarte 27. november 2018

Vedlegg 7: ESAs e-post av 23. november og Nkoms svar av 27. november 2018.

Nkom mottok ESAs kommentarer til markedsanalyse og foreslått virkemiddelbruk i brev 3. desember 2018.

Vedlegg 8: ESAs kommentarer av 3. desember 2018 til Nkoms utkast til vedtak.

Med hjemmel i ekomloven § 3-3 og på bakgrunn av markedsanalysen, varsel om vedtak, utkast til vedtak og kommentarer fra aktørene og ESA, fattet Nkom 20. desember 2018 vedtak om at Telenor har sterk markedsstilling i henholdsvis Marked 3a og Marked 3b. Telenor ble pålagt særskilte forpliktelser med hjemmel i ekomloven § 3-4, jf. kapittel 4.

Vedlegg 9: Nkoms vedtak i Marked 3a og 3b med tilhørende vedlegg av 20. desember 2018.

Telenor, Broadnet og NextGenTel påklaget deler av vedtakene i henholdsvis Marked 3a og 3b.

Vedlegg 10: Telenors klage av 24. januar 2019.

Vedlegg 11: Broadnets klage av 24. januar 2019.

Vedlegg 12: NextGenTels klage av 23. januar 2019.

I henhold til forvaltningsloven § 33, jf. kapittel IV og V samt Samferdselsdepartementets «Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Nkom etter ekomloven» nr. 2 og 3, ble berørte tilbydere varslet om mottatte klager på vedtaket. Klagen ble også lagt ut på Nkoms hjemmeside 28. januar 2019. Partene fikk 3 ukers frist til å kommentere klagen. Nkom orienterte dessuten Samferdselsdepartementet om klagen.

Nkom har mottatt kommentarer til klagen fra Broadnet og NextGenTel.

Vedlegg 13: Broadnets kommentarer av 15. februar 2019.

Vedlegg 14: NextGenTels kommentar av 12. februar 2019.

Vedleggene til denne innstillingen er de samme for alle tre klagen og oversendes derfor samlet.

2 Telenors klage

2.1 Innledning

Telenor anfører prinsipielt at vedtakene i marked 3a og 3b er ugyldige. Subsidiært ber Telenor Samferdselsdepartementet om å rette opp forholdene som påklages og fatte nye vedtak.

Telenor har i hovedsak påklaget følgende forhold i Nkoms vedtak:

- Markedsavgreningen er feil, kobberbaserte produkter inngår ikke i samme marked som fiberbaserte produkter.
- Telenor har ikke sterk markedsstilling.

- Det er uforholdsmessig å pålegge Telenor å utvikle nye fiberprodukter.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge tilgangsplikt for føringsveier i HFC-nett.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge tilgangsplikt for «homes passed».
- Implementeringsfristen for å kunne gi tilgang til «homes passed» er for kort.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge et generelt forbud mot urimelige krav og urimelige avtalevilkår.
- Kravene knyttet til migrering er uforholdsmessige.
- Det er ikke forholdsmessig å pålegge krav til tidsbruk.
- Pristakene for etablerte, kobberbaserte tilgangsprodukter er satt feil.
- Implementeringsfristen for pristakene for kobberproduktene er uforholdsmessig.
- Marginskvistesten for fiberbasert bredbånd må baseres på en EEO-tilnærming.
- Ved brudd på marginskvistester kan ikke Telenor pålegges å rette på en bestemt måte.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge prisregulering og krav om kostnadsregnskap for «backhaul».
- Prisreguleringen for tilknytning av «homes passed» er en regulering av sluttbrukerpris i strid med ekomloven og konkurranseloven, og dessuten uforholdsmessig.
- Varslingsfrist på 3 år ved nedleggelse av linjer er urimelig for produkter i Marked 3b, og krav om å varsle på nytt med ny tilsvarende frist ved endringer i det som er varslet, er urimelig, ubegrunnet og uforholdsmessig.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge detaljerte og inngripende forpliktelser relatert til innholdet av Telenors feilrettingspolicy.
- Det er ikke behov for eller forholdsmessig å pålegge krav om regnskapsmessig skille for alle virtuelle kobbererstatninger og regulerte fiberaksesser.

Nkom oppsummerer nedenfor hovedpunktene i Telenors klage og gir sin vurdering av hvert punkt.

2.2 Vedtatt regulering er uforholdsmessig og fremmer ikke effektiv bruk av samfunnets ressurser

Grunnlag

Telenor viser til at den vedtatte reguleringen er meget omfattende. Vedtakene er svært lite tilgjengelig, og det fremgår ikke klart hva som er vurderinger, drøftelser og konkrete forpliktelser. Det er heller ingen samlet vedtakstekst hvor de konkrete forpliktelsene fremgår.

Telenor mener reguleringen innebærer at Telenor pålegges ytterligere tyngende forpliktelser i forhold til eksisterende regulering, til tross for at markedene som analyseres er preget av tiltagende konkurranse. Telenor viser til at flere operatører investerer betydelige midler i det norske markedet. Selv om Telenor har en markedsandel i fiberaksessnett på kun 21 prosent,

blir selskapet som eneste aktør pålagt plikter som gjør investeringene mindre lønnsomme og som dermed begrenser Telenors investeringsinsentiver. Dette synes i strid med formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Telenor viser videre til at det er betydelige geografiske forskjeller i sluttkundenes valgmuligheter for fast bredbåndsaksess. Likevel pålegger Nkom Telenor de samme tyngende forpliktelsene i alle geografiske områder, fremfor å lette på reguleringen der konkurransen er mest intens.

Etter Telenors mening synes vedtakene å gå langt i retning av å regulere med henblikk på å sikre utvalgte aktørers lønnsomhet, fremfor å fremme konkurransen i markedene for å maksimere samfunnsøkonomisk effektivitet. En regulering med ensidig fokus på tilretteleggelse for aktører som ikke bygger ut egne fiberaksesser, skader mer enn stimulerer konkurransen og støtter ikke opp om ekomlovens formål eller regjeringens målsetting om en markedsbasert utbygging. I tillegg er reguleringen uforholdsmessig.

NextGenTel bemerker i sine kommentarer til Telenors klage at de fleste av anførselene i Telenors klage allerede har vært gjenstand for myndighetenes vurdering. NextGenTel kan ikke se at det har skjedd en utvikling i markedet som tilsier at myndighetene må endre sin oppfatning av disse anførselene. Videre mener NextGenTel at Telenors påstand om at pålagte forpliktelser ville påvirke selskapets investeringsinsentiver negativt, ikke har slått til i praksis. Til tross for pålagte forpliktelser, har Telenor bygget seg opp til å bli markedets største tilbyder av fiberaksess. Hittil gjeldende regulering kan dermed ikke sies å ha vært uforholdsmessig eller i strid med lovformålet.

NextGenTel mener Telenors anførsel om at markedet tenderer mot bærekraftig konkurranse, ikke er riktig. Utviklingen siden forrige markedsvedtak viser at Telenor har klart å opprettholde stor avstand ned til sine nærmeste konkurrenter. For å fremme bærekraftig konkurranse må virkemiddelbruken skjerpes ytterligere, og ikke reduseres slik Telenor tar til orde for.

Videre stiller NextGenTel seg uforstående til Telenors utsagn om at reguleringen har ensidig fokus på tilretteleggelse for aktører som velger å ikke konkurrere på utbygging av egne fiberaksesser. Tvert imot er reguleringens hovedfokus rettet mot sluttkundene og deres muligheter til å nyte godt av de gevinstene som skapes gjennom konkurranse.

Nkoms vurdering

Nkom er uenig med Telenor i at det ikke fremgår klart i vedtakene hva som er vurderinger, drøftelser og konkrete forpliktelser. Forpliktelsene som pålegges er samlet i et eget delkapittel i slutten av hvert av kapitlene der de ulike virkemidlene behandles. Her fremgår de konkrete forpliktelsene med hjemmelshenvisning og referanser til de aktuelle kapitlene der bakgrunnen

for pliktene og nærmere beskrivelse av disse fremkommer. Eksempelvis inneholder kapittel 7.2.17 i Marked 3a-vedtaket de særskilte forpliktelsene knyttet til tilgang i dette markedet.

Når det gjelder Telenors anførsel om at selskapet som eneste aktør blir pålagt særskilte forpliktelser, til tross for at Telenor har en markedsandel i fiberaksessnett på kun 21 prosent, viser Nkom til at de relevante markedene også inkluderer andre aksessteknologier. Nkom har funnet at Telenor har sterk markedsstilling og har pålagt særskilte forpliktelser for å bøte på konkurranseproblemene i de relevante markedene. Nkom har også vektlagt Telenors investeringsinsentiver ved utformingen av forpliktelsene, bl.a. når det gjelder utformingen av prisregulering. Nkom mener derfor at reguleringen ikke er i strid med formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Nkom mener videre at det ikke er grunnlag for geografisk differensiering av virkemiddelbruken. Vi viser til at Nkom har konkludert med at markedene er nasjonale, jf. markedsanalysen kapittel 2.5, og utgangspunktet er dermed at reguleringen er den samme i hele det geografiske virkeområdet. Samtidig har Nkom vurdert om det likevel er grunnlag for geografisk differensiering av virkemiddelbruken. Vi viser her til vurderingene i kapittel 6.3 i begge vedtak.

Nkom er uenig med Telenor i at reguleringen har ensidig fokus på tilretteleggelse for aktører som ikke bygger ut egne fiberaksesser. Vi viser til Nkoms vurderinger i kapittel 6.1 i begge vedtak der det fremgår at virkemiddelbruken bør innrettes slik at den både gir insentiver for investeringer som bidrar til å nå ekomplanens dekningsmål for høyhastighetsnett, og samtidig legger til rette for konkurranse i sluttbrukermarkedet basert på tilgang til Telenors aksessnett. Nkom har dermed ikke ansett det formålstjenlig å konkludere entydig med hensyn til reguleringsprinsipp 2 eller 3 for Marked 3a og 3b.

Videre mener Nkom at reguleringen som pålegges i begge markeder, er forholdsmessig. Vi viser til vurderingene av forholdsmessighet som er gjort i tilknytning til hvert enkelt virkemiddel som pålegges, og til vurderingen av samlet effekt av virkemidlene i kapittel 7.7 i begge vedtak.

2.3 Markedsanalysen

2.3.1 Markedsavgrensningen

2.3.1.1 Sluttbrukernes preferanser

Grunnlag

Telenor påpeker at avgrensningen av det relevante markedet skal ta utgangspunkt i konkurranserettslig metode. Telenor viser til at det i Kommisjonens retningslinjer understrekes

at det er sluttbrukernes preferanser som er avgjørende, og hevder at det i Nkoms markedsanalyse ikke foretas en analyse av sluttbrukernes preferanser.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig i at det i markedsanalysen ikke foretas en analyse av sluttbrukernes preferanser. I punkt 103 i markedsanalysen har Nkom vist til at sluttbrukernes preferanser i markedet for standardisert bredbåndsaksess varierer som følge av ulike bruksmønstre og ulikt kapasitetsbehov. Likevel har Nkom i punkt 106 konkludert med at selv om verken kapasitetsbehovet eller anvendelsen av ulike tjenester på bredbåndstilknytningen kan anses som homogent og ensartet i sluttbrukermarkedet, er det ikke grunnlag for å trekke klare og entydige grenser mellom to eller flere grupper av sluttbrukere som kunne gitt grunnlag for å definere ulike produktmarkeder ut fra kapasitetsbehov eller anvendelse av ulike tjenester.

2.3.1.2 Rapporten fra Oslo Economics

Grunnlag

Telenor viser til en rapport som Oslo Economics har utarbeidet på oppdrag for Telenor, hvor det er redegjort for viktige prinsipper og metode for markedsavgrensning. Oslo Economics har i rapporten bl.a. knyttet følgende kommentarer til Nkoms metode:

- Markedsavgrensningen som Nkom har gjennomført, fremstår utelukkende som en teknisk analyse av objektiv substituerbarhet, men det er kundenes vurdering som er avgjørende for hvordan markeder skal avgrenses. Dersom kundene rent faktisk ikke vurderer to produkter som nære alternativer, kan ikke produktene inngå i samme marked, uavhengig av tekniske substitusjonsmuligheter.
- Det er flere forhold som gjør at Nkom burde gjort en mer grundig analyse, og i denne sammenheng er det ikke tilstrekkelig å basere markedsavgrensningen på tekniske substitusjonsmuligheter.
 - For det første indikerer den store migrasjonen til fiberbredbånd, og den nærmest totalt manglende migrasjonen fra fiberbredbånd, at forbrukerne ser på fiberbredbånd som noe særegent.
 - For det andre indikerer Telenors utrulling av fiber begrensede muligheter for tilbudssubstitusjon fordi oppgradering av kobbernettet ville vært en vesentlig mindre kostbar måte å møte forbrukernes etterspørsel på enn å bygge fiber.
 - For det tredje bytter en rekke husholdninger til fiberbredbånd, selv om det ville vært billigere for dem å kjøpe et DSL-basert bredbånd med samme kapasitet som de velger på fiberbredbåndet.

På denne bakgrunn mener Oslo Economics at Nkom burde gjennomført en studie av forbrukernes faktiske preferanser og vurderinger av substituerbarhet som ledd i sin markedsavgrensning.

Telenor viser videre til at Oslo Economics har foretatt en slik markedsundersøkelse for å avdekke i hvilken grad sluttkundene vurderer de ulike aksessformene (kobber, fiber og HFC) som alternativer til hverandre. I oppsummeringen av resultatene innledningsvis i rapporten fremheves det at fiberkunder i veldig liten grad vurderer øvrige aksessformer som nære alternativer, og at dette viser at det derfor er begrenset substitusjon fra fiber til andre aksesstyper. Det konkluderes med at manglende substitusjon fra fiber til DSL og HFC innebærer at det trolig er lønnsomt for en hypotetisk monopolist av fiber å foreta en varig prisøkning på mellom 5-10 prosent. Det påpekes videre i rapporten at fiberkunders svar på spørsmål om behov og preferanser, samt holdninger til aksessformer, ytterligere støtter opp om at kundene ikke vurderer DSL som et nært alternativ til fiber. Oslo Economics mener at resultatene fra deres undersøkelse, kombinert med at de aller fleste med tilgang til fiber velger dette, gjør at fiber og kobberbasert bredbånd ikke er en del av samme relevante marked.

Broadnet anfører i sine kommentarer til Telenors klage at resultatene i Oslo Economics' rapport verken er relevante eller representative. For det første påpeker Broadnet at rapporten kun vurderer enveis substitusjon fra fiber til kobber/kabel-tv. Det som må vurderes, er om fiber utøver et konkurransepress på kobber og kabel-tv gjennom at kundene kan substituere seg over til fiber. Hvis det er tilfelle, vil fast bredbånd basert på fiber inngå i samme relevante marked som kobber og kabel-tv.

Broadnet påpeker videre at Oslo Economics' rapport har et ensidig fokus på konkurransenærhet, og dette sier lite om hva som inngår i de relevante produktmarkedene. Broadnet viser til at det ikke kun er nære substitutter som inngår i samme marked, men at også «less close substitutes» i henhold til Kommisjonen kan inngå i det samme produktmarkedet. Det må foretas en bredere substitusjonsvurdering der samtlige momenter inngår. Oslo Economics synes å se bort fra at det er en betydelig andel sluttbrukere som velger kobber fremfor fiber i dag, grunnet forhold som produktenes liknende karakteristikk og teknisk substituerbarhet. Broadnet viser til at av total omsetning i markedet for fast bredbånd utgjør fiber i overkant av 40 prosent, mens nærmere 60 prosent har fast bredbånd basert på kobber eller kabel-TV. Broadnet viser for øvrig til at Ofcom i sine retningslinjer uttaler at produktkarakteristika og bruksområde gir gode bevis for substitusjon.

Broadnet mener dessuten at spørreundersøkelsen som Oslo Economics har gjennomført for Telenor, er lite representativ og ikke kan tillegges vekt. Broadnet viser både til uttalelser fra Ofcom og Hjelmeng/Sørgard som tilsier at man på generelt grunnlag må utvise varsomhet med

å trekke konklusjoner fra slike spørreundersøkelser. Videre mener Broadnet det er en rekke forhold ved den konkrete undersøkelsen som tilsier at resultatene av undersøkelsen må vurderes kritisk og med stor varsomhet. Broadnet fremhever blant annet følgende:

- Utvalget av respondenter ikke er representativt.
- Undersøkelsen tar kun utgangspunkt i en begrenset gruppe kunder (de som aktivt har byttet til fiberbredbånd), og dette er egnet til å gi et særlig skjevt resultat.
- Majoriteten av respondentene har fiber og TV-tjenester i en pakkelasning, og en hypotetisk prisøkning på NOK 50 for disse kundene vil derfor ikke få ønsket effekt i relasjon til en substitusjonsvurdering.

Dette gjør at undersøkelsen etter Broadnets vurdering er lite egnet til å si noe om kobber og fiber inngår i samme relevante marked eller ikke. Broadnet mener at de metodiske svakhetene ved undersøkelsen uansett må tilsi at den tillegges svært begrenset vekt.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at Oslo Economics innledningsvis i rapporten skriver at de har gjennomført en spørreundersøkelse for å avdekke i hvilken grad husholdningene (vår understrekning) vurderer de ulike aksessformene som alternativer til hverandre. En slik formulering kan gi inntrykk av at undersøkelsen er basert på et representativt utvalg husholdninger/sluttbrukere i bredbåndsaksessmarkedet. Nkom vil påpeke at Oslo Economics har valgt å avgrense denne spørreundersøkelsen til husholdninger/sluttbrukere som allerede har valgt å tilknytte seg et fiberaksessnett. Rapporten inneholder ingen drøftelse av om resultatene og konklusjonene om substituerbarhet kunne blitt annerledes hvis intervjuobjektene ikke var begrenset til eksisterende fiberkunder, men også hadde omfattet husholdninger som har takket nei til tilbud om fiberaksess og valgt å beholde kobber- eller HFC-aksesser, samt kunder som så langt ikke har fått tilbud om fiberaksess. Nkom mener dette gjør at undersøkelsen som Oslo Economics har gjennomført ikke kan tillegges avgjørende vekt i denne sammenheng.

Ettersom det kun er eksisterende fiberkunder som er omfattet av denne undersøkelsen, mener Nkom at resultatene i rapporten ikke er overraskende. Nkom savner imidlertid en drøftelse i rapporten fra Oslo Economics av om svarene fra bredbåndskunder som har valgt en bestemt aksessteknologi, bør vurderes i lys av at det ikke er unaturlig at man etter et slikt valg vil tendere mot å forsvare eget valg og argumentere for at man ville gjort det samme valget om igjen. Tilsvarende savner Nkom en drøftelse i rapporten av om resultatene fra spørreundersøkelsen blant eksisterende fiberkunder også bør vurderes i lys av at kunder som er fornøyd med sitt eksisterende bredbåndsprodukt, og ikke ønsker å bytte ut bokser/utstyr som fungerer bra og som man allerede har betalt for, svarer slik respondentene i denne undersøkelsen har gjort, uten at det nødvendigvis betyr at bredbåndsproduktet respondentene har valgt tilhører et annet produktmarked enn konkurrerende bredbåndsprodukter.

Som vist til i kapittel 2.2.1 i resultat av høring (vedlegg 2 til Nkoms vedtak i Marked 3a og 3b), finner Nkom grunn til å påpeke at informasjonsinnhenting gjennom slike spørreundersøkelser ikke automatisk gir en mer riktig substituerbarhetsvurdering. I «*Konkurransopolitikk – Rettslig og økonomisk analyse (Hjelmeng og Sørgård, 2014)* er dette omtalt på følgende måte:

«SSNIP-testen er et svært abstrakt konsept, og det er ikke gitt at respondentene har virkelig forstått hva som menes med det hypotetiske spørsmålet om hvordan de vil respondere på en prisøkning. Dessuten kan det tenkes, selv om de har oppfattet spørsmålet, at de ikke tenker grundig nok gjennom spørsmålet, og svarer noe som avviker fra det de faktisk hadde gjort om prisen faktisk hadde økt.» (side 178)

I rapporten fra Oslo Economics kan figur 6-6 være et eksempel på at det kan stilles spørsmål ved om respondentene har den nødvendige innsikten om ulike aksessteknologier til at svarene på spørsmålene om hypotetiske prisendringer kan tillegges særlig vekt. I følge figur 6-6 var det hele 43 prosent av respondentene i undersøkelsen som ikke visste hvilke alternative aksessteknologier som var tilgjengelig der de bor. Resultatene av Oslo Economics' undersøkelse må således vurderes og vektlegges ut fra at nesten halvparten av respondentene ikke visste hvilke aksessteknologier de kunne velge mellom i egen bolig.

Nkom vil påpeke at selv om spørreundersøkelser har vært gjennomført av ekom-myndigheter i enkelte andre land som en del av vurderinger av substituerbarhet i analyser av bredbåndsmarkeder, vises det i flere av disse markedsanalysene (bl.a. i analysen fra Storbritannia) til usikkerhetsfaktorer knyttet til slike undersøkelser. Det er også verdt å merke seg at i de fleste EU-landene er slike spørreundersøkelser ikke lagt til grunn for vurderingene av substituerbarhet.

Nkom vil også påpeke at det ikke kun er husholdninger/privatkunder som kjøper standardisert bredbåndsaksess. Dette er et produkt som også etterspørres av bedrifter uten behov for aksessløsninger med funksjonalitet/kvalitet ut over de standardiserte massemarkedsproduktene. Dette kundesegmentet synes i sin helhet å være utelatt i Oslo Economics' undersøkelse.

Nkom mener at vurderingen av substituerbarhet bør ta utgangspunkt i at det i markedet for standardisert bredbåndsaksess tilbys konkurrerende bredbåndprodukter basert på ulike aksessteknologier, hvor sluttbrukere etterspør bredbåndstilgang ut fra den enkeltes preferanser, bruksmønster og kapasitetsbehov. For noen sluttbrukere kan aksessteknologi være et viktig beslutningskriterium ved valg av bredbåndprodukt, mens andre kan ha mindre fokus på den underliggende teknologien og er mer opptatt av at bredbåndstilknytningen skal være god nok

for eget bruksmønster og tjenestekonsum. Nkom mener det er viktig å hensynta dette mangfoldet i preferanser og beslutningskriterier blant bredbåndskunder når substituerbarhet mellom ulike aksessteknologier skal vurderes.

Når det gjelder Oslo Economics' påstand om at kundene ser på fiberbredbånd som noe særegent, mener Nkom at migrasjon til fiberbasert bredbånd er et naturlig resultat av teknologiutvikling, og at det i seg selv ikke viser at kundene ser på fiberbredbånd som noe særegent. Nkom mener dette samsvarer med Kommisjonens syn i sak M.7231, som vi har vist til i punkt 113 i markedsanalysen, hvor Kommisjonen pekte på at overgangen til høyere hastigheter snarere er å anse som teknologiutvikling innenfor et marked enn utvikling av et nytt marked.

Når det gjelder Telenors satsing på utrulling av fiber i stedet for oppgradering av kobbernettet, vil Nkom bemerke at Telenor selv gjør dette valget. Når Telenor nå har som målsetning å fase ut kobbernettet innen 2023 og overføre kundene i dette nettet til ny teknologi,¹ legger Nkom til grunn at dette skjer basert på en forretningsmessig lønnsomhetsvurdering fra Telenors side. På denne bakgrunn fremstår Oslo Economics' påstand om at oppgradering av kobbernettet ville vært en vesentlig mindre kostbar måte å møte forbrukernes etterspørsel på enn å bygge fiber, som teoretisk og uten empirisk forankring.

Det fremgår ikke eksplisitt hvilke priser Oslo Economics sammenligner når de viser til det er billigere å kjøpe et DSL-basert bredbånd med samme kapasitet som fiberbredbånd. Nkom vil for ordens skyld bemerke at Telenor tilbyr kobberbasert 30 Mbit/s til 499 kr. per måned og 60 Mbit/s til 599 kr. per måned, samtidig som fiber- og HFC-basert 50 Mbit/s koster 499 kr. per måned (599 kr. per måned hvis kunden ikke har TV-abonnement fra Telenor)². Dersom man tar utgangspunkt i Telenors priser, er således Oslo Economics' påstand ikke korrekt.

Ettersom Oslo Economics har begrenset seg til å undersøke preferanser og holdninger hos husholdninger som har valgt å kjøpe fiberbasert bredbåndsaksess, mener Nkom at resultatene fra denne undersøkelsen ikke kan tillegges like stor vekt som om tilsvarende spørsmål også hadde blitt stilt til bredbåndskunder med kobber- og HFC-aksess. Nkom finner det naturlig at det blant bredbåndskunder som har valgt å bytte fra kobber- og/eller HFC-aksess til fiberaksess, er et stort flertall som ikke ønsker å gå tilbake til kobber- eller HFC-aksess. Nkom har ikke basert substituerbarhetsvurderingen som ligger til grunn for konklusjonen om at fiber- og kobberbasert bredbåndsaksess tilhører samme produktmarked, på at mange eksisterende fiberkunder ønsker

¹ Se pressemelding fra Telenor: <http://www.mynewsdesk.com/no/telenor/pressreleases/trapper-opp-moderniseringen-av-norge-2829541>

² <https://www.telenor.no/privat/internett/bredband/>

å bytte til kobberaksess. Resultatene fra Oslo Economics' spørreundersøkelse kan således ikke sies å representere et annet faktum enn det Nkom har basert substituerbarhetsvurderingen på.

2.3.1.3 Rapporten fra Foros og Kind

Grunnlag

Telenor viser til en rapport fra professorene Foros og Kind, utarbeidet på oppdrag for Telenor, hvor det basert på tilgjengelige markedsdata konkluderes med at fiber og kobberbasert bredbånd ikke inngår i samme marked. Telenor trekker bl.a. frem at Foros/Kind finner at forbrukerne synes å ha en sterk preferanse for fiber når 81 prosent av de som kan velge fiber, velger fiber. Telenor gjengir også Foros/Kinds påpeking av at både forbrukernes og tilbydernes forventninger om fremtiden er viktig i denne sammenheng, og at konklusjonen om at kobber og fiber inngår i separate sluttbrukermarkeder er robust i et framoverskuende perspektiv på 2-3 år.

Broadnet stiller i sine kommentarer til Telenors klage spørsmål om det beror på en misforståelse når Foros/Kind (og Telenor) viser til at forbrukernes økende preferanse for fiber medfører at fiber og kobber ikke inngår i samme relevante produktmarked. Broadnet påpeker at det vektlegges forhold av betydning for konkurransenærhet mellom produktene, som ikke er avgjørende i relasjon til substitusjonsvurderingen og avgrensningen av det relevante markedet. Broadnet mener det ikke er riktig å sette likhetstegn mellom konkurransenærhet og substitusjon. Broadnet viser til en uttalelse fra EU-kommisjonen om konkurransenærhet i sine fusjonsretningslinjer som tilsier at grad av konkurransenærhet kan variere innenfor ett og samme relevante marked, dvs. innenfor de produkter som i sin helhet anses som substituerbare med hverandre.

Videre feilvurderes forbrukernes valg av produkt i lys av mulig fremtidig markedsutvikling. Broadnet mener blant annet at det ikke er riktig at forbrukerne velger enten fiber eller kobber basert på forventninger om hvordan markedet vil være i fremtiden. Det er etter Broadnets mening ikke dokumentert eller bevist at kobber og fiber vil inngå i separate sluttbrukermarkeder innen et tidsperspektiv på 2-3 år.

Nkoms vurdering

Foros/Kind mener Nkom ikke har vurdert og dokumentert kjedesubstitusjon utover å henvise til en kjede av substitusjon. Nkom vil påpeke at det basert på kommentarer til Nkoms varsel om vedtak, herunder også Telenors oversendelse av rapporten fra Foros/Kind, ble gjort oppdateringer i markedsanalysen som ytterligere underbygger kjedesubstitusjonen mellom kobber- og fiberaksess, ref. kapittel 2.3.2 i markedsanalysen. Rapporten fra Foros/Kind er basert på ordlyden i markedsanalysen som lå til grunn for varsel om vedtak fra januar 2018. Nkom mener vi har hensyntatt innspillet om ytterligere dokumentasjon av kjedesubstitusjon i markedsanalysen som ligger til grunn for det endelige vedtaket fra desember 2018.

Foros/Kind kritiserer Nkom for en løselig henvisning til kjedesubstitusjonen, uten at de selv gjennomfører en grundig vurdering av kjedesubstitusjon i sluttbrukermarkedet for bredbåndsaksess. Nkom mener det er en svakhet ved rapporten fra Foros/Kind at kjedesubstitusjon ikke drøftes i større grad. Nkoms analyse av overlappende prispunkter for produkter med ulik kapasitet levert over ulike teknologier, i markedsanalysens kapittel 2.3.2.4, viser urimeligheten i Foros/Kinds påstand om at Nkoms løselige formuleringer knyttet til at en kjede av substitusjon også kunne vært benyttet til å si at et par joggesko og en Porsche er i samme marked.

2.3.1.4 Post- og telestyrelsens vurderinger i Sverige

Grunnlag

Telenor viser til at Post- og telestyrelsen (PTS) i Sverige i sine analyser i forbindelse med ny regulering av bredbåndsmarkedene har en annen tilnærming og forståelse av regelverket enn Nkom, og at dette har ført til at PTS i sitt utkast til beslutning har konkludert med at fiber og kobber ikke inngår i samme relevante produktmarked.

Broadnet er i sine kommentarer til Telenors klage uenig i at markedsavgrensningen i de svenske vedtakene i Marked 3a og 3b kan tas til inntekt for at det også i Norge finnes separate markeder for kobber og fiber. Broadnet viser til at PTS' vurdering i Sverige avviker fra tidligere praksis knyttet til avgrensningen av markedene for faste bredbåndstjenester og gjeldende praksis fra EU-kommisjonen, og henviser til flere saker som EU-kommisjonen har behandlet. Broadnet påpeker videre at konklusjonene baserer seg på særtrekk ved det svenske markedet og viser bl.a. til at det er vesentlige forskjeller i etterspørselen i Sverige og Norge når det gjelder hastighet på bredbåndsprодукter.

Nkoms vurdering

Nkom viser til pkt. 114-116 i markedsanalysen, hvor vi har vurdert og kommentert PTS' analyse for det svenske markedet, sett opp mot situasjonen i det norske markedet. Etter det Nkom er kjent med, har PTS fortsatt ikke notifisert sitt utkast til beslutning til Kommisjonen.

2.3.1.5 Metodiske feil og mangler fører til at konklusjonen bygger på feil faktum

Grunnlag

Telenor anfører at selv om Nkom fikk forelagt ovennevnte rapporter fra Oslo Economics og Foros/Kind og utkast til vedtak fra PTS i god tid før 20. desember 2018, har Nkom sett bort fra faktumet forelagt av Telenor. Telenor hevder at det i Nkoms vedtak forutsettes at en kunde som rent teknisk ikke har behov (i dag) for høyere båndbredde enn det som tilbys via kobberaksess, vil vurdere kobberaksess som et likeverdig alternativ til kabel-tv og fiber. Telenor mener at det i

vedtakene ikke er gjort forsøk på å analysere forbrukernes preferanser for å forstå hvordan kundene faktisk vurderer substitusjonsmulighetene.

Telenor hevder videre at Nkom ikke har analysert hvorvidt det, basert på forbrukernes preferanser, eksisterer en kjede av substitutter i det norske markedet, men kun har forutsatt at det er en slik substitusjonskjede basert på en diskusjon av produkttegenskaper. Telenor påpeker at det ikke foreligger noen markedsundersøkelse som kan underbygge at dette faktisk er tilfelle, og at undersøkelsen fra Oslo Economics derimot indikerer at slik kjedesubstitusjon ikke foreligger i det norske markedet. En diversjonsrateundersøkelse kartlegger hvordan sluttkundene vurderer substitusjonsmulighetene mellom ulike produkter og hensyntar dermed mulighetene for kjedesubstitusjon. Etter Telenors mening dokumenterer undersøkelsen at sluttkundene i det norske markedet ikke ser på kobberbredbånd som et alternativ til fiberbredbånd. Dersom produktene ikke inngår i samme sluttbrukermarked, kan de heller ikke inngå i samme grossistmarked.

Oppsummert mener Telenor at markedsavgrensningen lider av metodiske feil og mangler som fører til at konklusjonen bygger på feil faktum.

Broadnet mener Nkoms markedsavgrensning er korrekt og viser til at den baserer seg på felleseuropeiske retningslinjer og anbefalinger, samt at markedsavgrensningen er godkjent av ESA og at verken Kommisjonen eller andre europeiske tilsyn har hatt innsigelser i forbindelse med notifikasjonen. Broadnet viser til at det er en etablert praksis at kobber og fiber inngår i samme marked og at det ikke er hovedregelen at de to aksessformene ses som separate sluttbrukermarkeder. Broadnet viser i den sammenheng både til Explanatory Note til Anbefalingen og til Kommisjonens vurdering av sluttbrukermarkedet for fast internetttilgang i sak M.7421 Orange/Jazztel (2015). Det vises videre til at tilsvarende markedsavgrensning også fremgår av en rekke andre saker, blant annet sak AT.39523 Slovak Telekom (2014).

Broadnet viser videre til at Kommisjonen i sin praksis understreker at det i relasjon til avgrensningen av sluttbrukermarkeder for internetttilgang må ses hen til tilbudssubstitusjon, og at Kommisjonen i mai 2018 uttalte at det var mest passende å inkludere tilgang via kobber, fiber og kabel-TV/koaksialkabel i samme relevante grossistmarked.

Broadnet mener videre at rapportene fra de eksterne økonomene Telenor har engasjert til å argumentere sin sak, lider av feil og mangler som påvirker resultatet. Dessuten synes de å basere seg på alminnelig konkurranserett og er dermed lite relevante for avgrensningen av de anbefalte markedene etter den sektorspesifikke markedsreguleringen hjemlet i ekomloven.

NextGenTel viser i sine kommentarer til Telenors klage til at anførselen fra Telenor om at fiber- og kobberbasert infrastruktur ikke inngår i det samme markedet ikke er ny, men at dette er noe Telenor uten hell også har tatt til orde for tidligere. NextGenTel mener verken undersøkelsen fra Oslo Economics eller rapporten fra Foros/Kind gir grunnlag for endret myndighetsoppfatning av spørsmålet om hvorvidt kobber- og fiberbasert infrastruktur inngår i det samme markedet. NextGenTel påpeker at Samferdselsdepartementet sluttet seg til Nkoms markedsavgrensning forrige gang spørsmålet var oppe, og at departementet i det siste klagevedtaket vektla at Nkoms vurderinger var i tråd med ERGs Common Position og alminnelig europeisk praksis, herunder ble det vist til at heller ikke ESA hadde fremsatt krav om at markedsavgrensningen måtte endres. NextGenTel viser til at tilsvarende er tilfellet også denne gangen, og kan derfor ikke se at Telenors anførsel om at fiber- og kobberbasert infrastruktur ikke inngår i det samme markedet kan føre frem.

Nkoms vurdering

Nkom kan ikke se at de to rapportene som Telenor har fått utarbeidet, inneholder faktum som Nkom har sett bort fra. Nkom deler ikke alle vurderingene i disse to rapportene, men det betyr ikke at vi har lagt til grunn et annet faktum enn Oslo Economics og Foros/Kind har basert sine vurderinger på. Som det fremgår over, har Nkom også tatt i betraktning PTS' utkast til beslutning i vurderingene som er gjort.

Nkom er ikke enig med Telenor i at forbrukernes preferanser ikke har vært en del av vurderingen av kjedesubstitusjon i markedet for standardisert bredbåndsaksess. Heterogene preferanser og bruksmønstre på etterspørselssiden i dette markedet er beskrevet i kapittel 2.3.2.3 i markedsanalysen, og i kapittel 2.3.2.4 er konklusjonen om kjedesubstitusjonen underbygget med en analyse av overlappende prispunkter for produkter med ulik kapasitet som er levert over ulike teknologier. Nkom finner videre grunn til å påpeke at SSBs siste internettmåling fra februar 2019 viser at medianhastigheten for private faste bredbåndsabonnement er 51,7 Mbit/s³. Det betyr at omtrent like mange norske husholdninger kjøper bredbåndsaksess med hastigheter under 50 Mbit/s som over 50 Mbit/s. Hastigheter nær median-hastigheten tilbys både via kobber-, HFC- og fiberaksess. Eksempelvis omfatter Telenors produkttilbud både 50 Mbit/s basert på HFC- og fiberaksess og 30 og 60 Mbit/s basert på kobberaksess⁴. Nkom mener dette ytterligere underbygger konklusjonen om at det ikke kan identifiseres noe tydelig brudd i substitusjonskjeden mellom ulike teknologier i det norske markedet for standardisert bredbåndsaksess.

³ <https://www.ssb.no/teknologi-og-innovasjon/statistikker/inet>

⁴ <https://www.telenor.no/privat/internett/bredband/>

Selv om medianhastigheten i SSBs internettmåling underbygger konklusjonen om kjedesubstitusjon, kan det innvendes at median-hastigheten er økende og at dette må hensyntas i markedsanalysen. Nkom finner derfor grunn til å bemerke at ikke all hastighetsøkning på bredbåndsprodukter i sluttbrukermarkedet kan sies å være etterspørselsdrevet. I noen tilfeller kommer initiativet til hastighetsøkninger fra tilbudssiden i form av at eksisterende bredbåndskunder tilbys, eller flyttes over til, høyere hastigheter, uten at prisen endres eller mot en liten prisøkning. Dette kan tilsi at median-hastigheten ville vært noe lavere enn SSBs internett-måling viser dersom bredbåndskundenes preferanser og estimerte kapasitetsbehov alene hadde ligget til grunn for målingen.

Nkom vil for øvrig påpeke at ESA ikke har kommentert Nkoms vurdering av kjedesubstitusjon på annen måte enn at det i fremtidige markedsanalyser bør identifiseres om det fortsatt er kjedesubstitusjon i dette markedet. Som det fremgår av markedsanalysens punkt 122, vil Nkom følge markedsutviklingen nøye, gjennom bl.a. halvårlig innhenting av statistikk og årlige dekningsundersøkelser, slik at vi har et godt grunnlag for å vurdere om kjedesubstitusjon fortsatt er til stede i det norske markedet når neste markedsanalyse gjennomføres. Nkom viser også til at Kommissjonen i Explanatory note om relevante produktmarkeder⁵ viser til at det ikke foreligger analyser som tilsier tydelige brudd substitusjonskjeden mellom kobber og fiber, verken på sluttbrukernivå (side 40) eller på grossistnivå i Marked 3a (side 42) eller Marked 3b (side 46).

Nkom viser også til at i Telenors pressemelding med tittelen «Trapper opp moderniseringen av Norge» av 30. januar 2019,⁶ brukes formuleringer som at «*kundene skal overføres fra det gamle kobbernett til ny teknologi*», at Telenor skal «*flytte kundene til ny og moderne teknologi*» og at «*Telenor skal fornye teknologien ut til alle kunder i kobbernett*». Overgangen fra kobber til fiber fremstilles her som en teknologifornyelse av et eksisterende produkt til eksisterende kunder. I Telenors presentasjon av kvartalsrapporten for 4. kvartal 2018⁷ beskrives dessuten overgangen fra kobber til fiber som modernisering av selskapets infrastruktur, og formuleringen «*replacing copper with fibre and fixed wireless solutions*» indikerer at Telenor ikke ser på bredbåndsaksess via kobber og fiber som ulike produktmarkeder. I sin kundedialog med eksisterende kobberkunder fremstiller Telenor altså ikke bredbånd via fiberaksess som et annet produkt enn bredbånd via kobberaksess, med snarere som en videreutvikling av kundens eksisterende bredbåndsprodukt. En slik fremstilling ville ikke vært naturlig dersom

⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/explanatory-note-accompanying-commission-recommendation-relevant-product-and-service-markets>

⁶ <http://www.mynewsdesk.com/no/telenor/pressreleases/trapper-opp-moderniseringen-av-norge-2829541>

⁷ <https://www.telenor.com/wp-content/uploads/2018/10/Telenor-Q4-2018-presentation-e037eebf34e67c85b4a3ea0be22e1d5f.pdf>

bredbandsaksess via kobber og fiber ikke var en del av det samme produktmarkedet. På denne bakgrunn er det Nkoms oppfatning at heller ikke Telenors eget markedsbudskap tilsier at det er et entydig brudd i substitusjonskjeden mellom bredbandsaksess via henholdsvis fiber- og kobbernett.

Nkom viser avslutningsvis til at Telenors anførsler vedrørende markedsavgrensning er i hovedsak de samme som ble gitt i forbindelse med den nasjonale høringen av Nkoms varsel om vedtak, inkludert rapportene fra Foros/Kind og Oslo Economics. Vi viser derfor også til våre vurderinger i resultat av høring, kapittel 2.1, 2.2 og 2.4.

På bakgrunn av dette mener Nkom at markedsavgrensningen ikke lider av metodiske feil og mangler. Etter Nkoms mening er konklusjonen ikke bygget på feil faktum, og Nkom opprettholder derfor konklusjonen om at sluttbrukermarkedet for standardisert bredbandsaksess omfatter alle faste aksessteknologier, inkludert kobber, fiber, HFC og faste radioaksesnett. Det er dermed heller ikke grunnlag for endringer i markedsavgrensningene på grossistnivå.

2.3.2 Analysen av sterk markedsstilling bygger på feil grunnlag

Grunnlag

Telenor mener det må legges til grunn at kobberbasert bredbånd ikke utøver et konkurransepress på fiber- og HFC-basert bredbånd og således ikke inngår i samme marked. Telenor viser markedsandeler for bredbandsaksess dersom kobberabonnement ikke tas med i beregningen av markedsandeler (dvs. markedsandelsfordelingen mellom tilbydere av fiber- og HFC-aksess), og Telenor vil da ha en markedsandel på 31,7 prosent. Telenor påpeker videre at konkurransearenaen i dag og i de kommende 2-3 årene preges av konkurranse *om* markedet. Det er vanskelig å se at konkurransen om markedet ikke er velfungerende i dag. Telenor viser i den forbindelse til konkurranseanalysen i kapittel 5 i rapporten fra Foros/Kind.

Det er videre Telenors oppfatning at dersom en likevel skulle legge markedsavgrensningene i vedtakene til grunn, overestimeres Telenors eventuelle mulighet til å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere fordi Telenors høye markedsandel i all hovedsak skyldes Telenors posisjon innen kobberbasert bredbånd. Telenor mener det i markedsanalysen ikke foreligger noen vurderinger knyttet til dette, med den konsekvens at Telenor på feil grunnlag utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling. Telenor underbygger dette ved å vise til pkt. 5.4 i rapporten fra Foros/Kind, hvor det bl.a. fremgår at selv om Nkom fastholder sin markedsavgrensning, så må konkurranseanalysen ta hensyn til at et stort antall forbrukere fortsatt er tilknyttet Telenors kobbernett. Gitt at internettilknytning basert på kobber har en så svak konkurranseposisjon sammenlignet med særlig fiber, mener Foros/Kind at det er vanskelig å begrunne at Telenors andel med kobberabonnement gir muligheter for å utnytte markedsrett.

På denne bakgrunn er det Telenors oppfatning at analysen av sterk markedsstilling bygger på feil faktum. Telenor mener at dersom rett faktum legges til grunn, har Telenor ikke sterk markedsstilling innen fiberbasert eller kabelbasert bredbånd.

Telenor anfører videre at klagesaker ikke er relevant ved vurdering av sterk markedsstilling og mener at Nkom ikke kan ta klagesaker til inntekt for at Telenor har sterk markedsstilling. Telenor påpeker at det er i tilgangskjøperes kommersielle interesse å alltid kreve bedre tilgangsvilkår og også fremsette klager for tilsynsmyndigheter for å oppnå dette i konkrete saker. Telenor viser videre til at når tilsynsmyndigheten i tillegg legger betydelig vekt på klager fra tilgangskjøperer også i vurderingen av fremtidig reguleringsbehov og i vurderingen av om Telenor har sterk markedsstilling, blir det åpenbart en effektiv regulatorisk strategi å klage på alle forhold. Det er derfor Telenors oppfatning at det også på dette punktet legges feil faktum til grunn for analysen av om Telenor har sterk markedsstilling.

Broadnet mener i sine kommentarer til Telenors klage at Nkom tar et riktig utgangspunkt når det konkluderes med at det eksisterer et samlet sluttbrukermarked på tvers av tilgangsformene. Etter Broadnets mening er det ikke grunnlag for å skille mellom Telenors posisjon på kobber på den ene siden og fiber på den andre. Broadnet viser også til at vurdering av markedet i sin helhet samsvarer med praksis fra EU-kommisjonen relatert til adferdssaker i ekommerket.

Broadnet er videre ikke enig i Telenors kommentar om at klagesaker ikke er relevant for vurderingen av sterk markedsstilling. Broadnet påpeker at det er riktig at klagesaker i seg selv ikke sier noe om aktørenes markedsandeler, men mener i dette tilfellet at det konkrete innholdet i sakene illustrerer tydelig at Telenor utnytter sin sterke stilling i markedet.

NextGenTel mener i sine kommentarer til Telenors klage at Telenors anførsel om at vedtatt regulering er basert på feil faktum, ikke kan føre frem. NextGenTel viser til at Telenor har i underkant av 40 prosent markedsandel for fast bredbånd rettet mot privat- og bedriftsmarkedet målt etter omsetning, og ikke i overkant av 21 prosent (fiber) eller i underkant av 32 prosent (fiber + HFC), slik Telenor argumenterer med i klagen. NextGenTel mener bildet Telenor forsøker å skape av et balansert marked med flere jevnbyrdige tilbydere, ikke stemmer med virkeligheten. Faktum er at bredbåndsmarkedet preges av én stor nasjonal tilbyder og flere mindre tilbydere som i hovedsak tilbyr bredbånd lokalt eller regionalt.

Nkoms vurdering

Telenors hovedanførsel på dette punktet knytter seg til om de ulike aksessteknologiene inngår i samme produktmarkedet, og vi viser derfor til våre vurderinger ovenfor knyttet til

markedsavgrensningen hvor Nkom fastholder at standardisert bredbåndsaksess utgjør ett produktmarked, uavhengig av aksessteknologi.

Når det gjelder Telenors subsidiære anførsel om at Telenors mulighet til å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere overestimeres som følge av selskapets posisjon innen kobberbasert bredbånd, viser Nkom til at Telenor nå har besluttet at kobbernettet skal fases ut innen 2023. Samtidig har Telenor kommunisert at eksisterende bredbåndskunder via kobberaksess vil bli flyttet over til ny aksessteknologi. Nkom mener dette tilsier at selv om kobberaksess har en svakere konkurranseposisjon enn fiberaksess, slik Foros/Kind påpeker, betyr ikke det at en analyse av sterk markedsstilling i bredbåndsmarkedet kan se bort fra at Telenor fortsatt har et betydelig antall bredbåndskunder via kobberaksess. Tvert imot mener Nkom at dersom konkurransen de kommende 2-3 årene vil preges av konkurranse om markedet, slik Foros/Kind skriver, må Telenors eksisterende kundeforhold til bredbåndskunder via kobberaksess hensyntas i en vurdering av markedsrett. Eksisterende kundeforhold kan innebære et konkurransefortrinn for Telenor i konkurransen om å tilby kobberkundene bredbåndsaksess via andre aksessteknologier i årene fremover.

Nkom mener på denne bakgrunn at klagen fra Telenor ikke inneholder nye momenter som gir grunnlag for å utelukke kobberabonnement fra markedsandelsberegningen i sluttbrukermarkedet for standardisert bredbåndsaksess.

Når det gjelder betydningen av klagesaker for Nkoms vurdering, vil Nkom bemerke at klagesaker, og innholdet i klager fra tilgangskjøpere, kun har vært ett av flere forhold som Nkom har lagt til grunn i vurderingen av om Telenor har sterk markedsstilling. Samtidig vil vi påpeke at klagesaker ikke har hatt avgjørende betydning for Nkoms vurdering av sterk markedsstilling. Telenors påstand om Nkom har lagt betydelig vekt på klager i vurderingen av fremtidig reguleringsbehov og i vurderingen av om Telenor har sterk markedsstilling er derfor ikke riktig. Vi vil også understreke at Nkom i denne sammenhengen har vurdert betydningen av innholdet i de aktuelle klagesakene, og ikke det forhold at det foreligger klager i seg selv.

På bakgrunn av dette mener Nkom at analysen ikke bygger på feil grunnlag. Nkom opprettholder derfor konklusjonene om at Telenor har sterk markedsstilling i Marked 3a og 3b.

2.3.3 Konsekvenser

Grunnlag

Telenor viser til at selskapet har fremlagt faktum, herunder empiriske undersøkelser, som viser at sluttkundene har en annen oppfatning av markedet enn det som legges til grunn i markedsanalysen og den påfølgende analysen av sterk markedsstilling. Telenor mener at dersom korrekt faktum legges til grunn, leder det til et annet resultat enn det Nkom har lagt til

grunn i vedtakene og har som konsekvens at Telenor ikke kan sies å ha sterk markedsstilling i et marked hvor kobber ikke inngår. Telenor anfører at dette har direkte innvirkning på vedtakenes innhold og fører til at vedtakene er ugyldige.

Telenor mener videre at dersom Samferdselsdepartementet ikke legger til grunn det faktum som Telenor har fremlagt og underbygget med empiriske analyser, må det fra myndighetenes side foretas tilsvarende undersøkelser av sluttkundenenes preferanser, slik at utredningsplikten er oppfylt og vedtakene bygger på rett faktum.

Nkoms vurdering

Nkom kan ikke se at Telenor i klagen har fremlagt faktum som Nkom ikke var kjent med forut for vedtaket. Den empiriske undersøkelsen som Oslo Economics har utarbeidet på oppdrag for Telenor, omfatter kun eksisterende fiberkunder og omfatter kun husholdninger og ikke bedrifter. Resultatene fra denne undersøkelsen kan derfor ikke tillegges vesentlig vekt i en vurdering av substituerbarhet i markedet for standardisert bredbåndsaksess.

Vi viser også til kapittel 2.2.1 i resultat av høring der det fremgår at Nkom, ut fra en kost-/nyttevurdering, ikke har funnet det nødvendig å gjennomføre verken SSNIP-test eller analyser av kritisk tap og/eller diversjonsrater for å avgrense sluttbrukermarkedet for standardisert bredbåndsaksess. Nkom vil også påpeke at det ofte vil være knyttet stor usikkerhet til denne typen undersøkelser, se kapittel 2.3.1 over. ESA har i sine kommentarer heller ikke etterlyst bruk av empiriske analyser knyttet til markedsavgrensningen.

Nkom mener på bakgrunn av dette at utredningsplikten er oppfylt og at vedtakene ikke bygger på feil faktum. Vedtakene er derfor ikke ugyldige.

2.4 Pålagte forpliktelser - tilgangsplikt

2.4.1 Tilgangsplikt – utvikling av nye fiberprodukter

Grunnlag

Telenor viser til at Nkom pålegger selskapet å utvikle flere nye fiberbaserte grossistprodukter uten at det er sikkerhet for at det faktisk er etterspørsel etter slike produkter i grossistmarkedet. Telenor mener at de nye tilgangsproduktene i hovedsak synes å være et resultat av selve reguleringen, og ikke et reelt behov. Utviklingen av de nye produktene vil være både kostnads- og ressurskrevende for Telenor. Telenor mener i tillegg at vedtakene inneholder flere detaljerte krav til produktene som ikke er begrunnet og som vil få store konsekvenser, for eksempel kravet til at operatøren kan benytte eget termineringsutstyr hos kunde (ONT).

Telenor mener det vil være uforholdsmessig å pålegge Telenor å utvikle nye fiberprodukter i lys av Telenors lave markedsandel på fiber og at det er få potensielle tilgangskjøpere.

Broadnet peker i sine kommentarer til Telenors klage på at Telenor har besluttet å avvikle kobberbasert infrastruktur og dermed også tilgang til denne infrastrukturen innen 2023. Dette innebærer at tilgangskjøperne vil ha et sterkt behov for relevante erstatningsprodukter som gjør det mulig å utfordre Telenor på samme måte som i dag. Broadnet mener at dagens VULA-produkt ikke er tilstrekkelig for å kunne dekke dette behovet, blant annet fordi det ikke kan erstatte aksessprodukter i B2B-markedet, er «overbooket» og har et sentralt tilknytningspunkt. Pålegget om å utvikle nye fiberbaserte grossistprodukter bøter etter Broadnets oppfatning på denne svakheten.

Broadnet mener videre at Telenor ikke kan høres med argumentet om at det er behov for å dokumentere et reelt behov for nye fiberbaserte grossistprodukter før det kan ilegges forpliktelser om dette. Broadnet viser til at det ikke er mulig å dokumentere etterspørsel etter et produkt som ikke finnes og som Telenor ikke ønsker å tilby. Broadnet gir videre uttrykk for at selskapet ønsker å kjøpe nyutviklede fiberbaserte grossistprodukter gitt riktig pris, funksjonalitet og geografisk dekning.

Broadnet kan ikke se at Telenors markedsandel innenfor fiberbaserte aksesser skal være et argument mot en forpliktelse til å utvikle nye fiberprodukter. Broadnet viser til at Telenor per i dag har betydelig markedsandel på tvers av aksessteknologier. Videre har selskapet en uttalt strategi om å migrere kobberkunder over på andre typer infrastrukturer. Der er dermed ifølge Broadnet grunn til å anta at Telenor vil beholde sin sterke markedsposisjon, men basert på andre aksessteknologier enn kobber.

NextGenTel bemerker i sine kommentarer til Telenors klage at det ikke er mulig å fastslå med sikkerhet etterspørsel i markedet etter produkter som ikke finnes. I lys av Telenors beslutning om å avvikle av kobbernettet, mener NextGenTel at det kan legges til grunn at det vil være etterspørsel i markedet etter nye fiberprodukter. NextGenTel støtter at det fastsettes detaljert krav til produktene som skal utvikles. Dette vil være nødvendig for å hindre at konkurransen blir vesentlig svekket i forbindelse med avvikling av kobbernettet. Detaljerte krav vil i tillegg gi tilgangskjøperne økt forutsigbarhet og redusere potensialet for at Telenor utvikler produktene kun ut fra egeninteresser.

Nkoms vurdering

Når det gjelder Telenors anførsel om at det er usikkerhet knyttet til etterspørsel etter lokal, virtuell tilgang til fiberbaserte aksessnett, viser Nkom til at Telenor har fremført lignende argumenter i selskapets kommentarer til Nkoms varsel om vedtak. Nkom mener at denne

problemstillingen allerede er kommentert i kapittel 7.2.7.2 i vedtaket og inngår således i Nkoms vurdering om det er grunnlag for å ilegge Telenor en plikt til å tilby et videreutviklet VULA-produkt. Nkom ser derfor ikke behov for å kommentere denne anførselen fra Telenor ytterligere. Nkom viser for øvrig til Broadnets og NextGenTels kommentarer knyttet til om det det vil være etterspørsel etter produktet.

Telenor mener i klagen at selskapet pålegges å utvikle «flere nye produkter» som en følge av vedtaket. Nkom er ikke enig med Telenor i at Nkom har pålagt Telenor å utvikle flere nye produkter. Nkom har kun pålagt Telenor å tilby lokal, virtuell tilgang til fiberbaserte aksessnett. Nkom har videre lagt til grunn at Telenor kan ta utgangspunkt i det eksisterende grossistproduktet VULA, som anses å oppfylle tilgangsplikten i Marked 3b, med tanke på å videreutvikle dette til et produkt som oppfyller tilgangsplikten i Marked 3a. Nkom har også gitt uttrykk for at vi vil vurdere behovet for å opprettholde eller justere plikten til å gi tilgang i Marked 3b når de endelige kravene til det videreutviklede fiberproduktet er fastsatt.

Telenor anfører videre i klagen at utviklingen av produktet vil være kostnads- og ressurskrevende for Telenor. Til dette vil Nkom for det første vise til at det nye fiberproduktet kan baseres på det eksisterende grossistproduktet VULA. Nkom vil anta at kostnadene knyttet til å videreutvikle et produkt vil være lavere enn å utvikle et produkt fra bunnen av. Videre vil de endelige kravene til produktet avhenge av dialogen som pågår i Bredbåndsforum. Telenor er part i denne dialogen og vil dermed kunne påvirke hvilke krav som skal stilles det endelige produktet, og dermed også kostnadene. Nkom vil også vurdere kravet til forholdsmessighet i forbindelse med fastsettelsen av de endelige kravene det videreutviklede VULA-produktet.

Nkom tilbakeviser på denne bakgrunn at det ikke er behov for eller forholdsmessig å pålegge Telenor å videreutvikle VULA-produktet.

Nkom stilte få konkrete krav til det videreutviklede VULA-produktet i vedtaket av 20. desember 2018. Dette må ses i lys av at Nkom anså at det var behov for en nærmere drøfting med bransjen for å fastsette ytterligere krav til produktet. Ett av kravene som ble fastsatt i vedtaket til det videreutviklede VULA-produktet, var imidlertid at tilgangskjøperen skal ha rett til å bruke egen ONT hos sluttkunden. På bakgrunn av innspill Nkom har mottatt i ettertid, både fra Telenor og potensielle tilgangskjøpere, har Nkom åpnet for at dette kravet kan belyses i dialogen som pågår i Bredbåndsforum. Nkom mener derfor at det vil være mest hensiktsmessig å ta stilling til dette konkrete punktet i Telenors klage når de endelige kravene til det videreutviklede VULA-produktet fastsettes. Nkom viser i denne forbindelse til at Nkom tar sikte på å sende ut tilleggsvedtaket om dette produktet på nasjonal høring innen 1. juni 2019, jf. punkt 350 i Marked 3a-vedtaket.

2.4.2 Tilgangsplikt til føringsveier i HFC-nett

Grunnlag

Telenor viser til at Marked 3a ikke inkluderer HFC-nett og mener at det derfor ikke er rettslig grunnlag for å pålegge Telenor tilgangsplikt knyttet til føringsveier i HFC-nett. Det er ikke foretatt en konkurranseanalyse tilknyttet tilgang til HFC-nett, og Telenor er heller ikke utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling hva gjelder HFC-nett. Dermed er det ikke underbygget og dokumentert hvilket konkurranseproblem forpliktelsen er ment å avhjelpe. Forpliktelsen fremstår også som uforholdsmessig.

Broadnet påpeker i sine kommentarer til klagen at ekomloven § 4-4 fjerde ledd gir myndigheten kompetanse til å pålegge en plikt om å imøtekomme rimelige anmodninger om samlokalisering «innenfor» det markedet der tilbyderen har sterk markedsstilling. Broadnet viser til at forarbeidene utdyper tolkningen av begrepet. Samlokaliseringsplikten i punkt 7.2.12 i Marked 3a-vedtaket knytter seg til Telenors passive infrastruktur. I motsetning til aktiv infrastruktur knytter ikke denne infrastrukturen seg til en spesifikk teknologi. Rør, kabelkanaler, kummer, kabinetter etc. kan benyttes til å fremføre både fiber og koaksialkabler. Den passive infrastrukturen som er anlagt sammen med Telenors HFC-nett, inngår dermed i, og er relatert til, markedet der Telenor har sterk markedsstilling. Broadnet viser også til at NGA-anbefalingen stiller krav om at nasjonale tilsyn pålegger tilgang til slik «civil engineering infrastructure», uavhengig av teknologi.

Broadnet mener det ville fått store negative konsekvenser dersom visse typer fremføringsveier skulle ha vært unntatt fra regulering kun fordi de var anlagt sammen med HFC-nett. Et slikt unntak ville også gjort det enkelt for Telenor å omgå reguleringen gjennom å klassifisere visse typer fremføringsveier som del av et HFC-nettet.

NextGenTel viser i sine kommentarer til klagen til at de ikke er enig i Nkoms begrunnelse for å unnta HFC-nett fra grossisttilgang, og dette forholdet er påklaget av NextGenTel. Under enhver omstendighet mener NextGenTel at denne begrunnelsen ikke er relevant med hensyn til pålegget om å gi tilgang til føringsveier for HFC-nett. Slik NextGenTel forstår det, ville grossisttilgang til HFC-nett blitt vedtatt om det ikke hadde vært for de tekniske forholdene. På denne bakgrunn mener NextGenTel at Telenors anførsel ikke kan føre frem. NextGenTel slutter seg derfor til Nkoms argumentasjon for hvorfor tilgang til føringsveier til HFC-nett skal pålegges.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig med Telenor i at det ikke er rettslig grunnlag for å pålegge Telenor tilgangsplikt knyttet til føringsveier i HFC-nett. Årsaken til at HFC-nett ikke er inkludert i Marked 3a er at verken fysisk tilgang på lokalt nivå eller tilgang som oppfyller de kriteriene for virtuell tilgang i Marked 3a, anses teknisk eller kommersielt realiserbart innenfor den tidshorisont som

denne markedsanalysen omfatter. Begrunnelsen for å ikke inkludere HFC-nett i Marked 3a gjør seg imidlertid ikke gjeldende for føringsveier i HFC-nett. Tilgang til føringsveier i HFC-nett er en nødvendig innsatsfaktor for å understøtte konkurransen i sluttbrukermarkedet for standardisert bredbåndsaksess, der HFC-baserte aksesser inngår. Føringsveier i HFC-nett er således «relatert til» Marked 3a, jf. forarbeidene til ekomloven § 4-1 i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003). Etter Nkoms mening gir ekomloven § 4-1 således hjemmel til å pålegge Telenor å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til føringsveier i HFC-nett, selv om HFC-nett grunnet tekniske og kommersielle årsaker ikke er inkludert i Marked 3a. Tilgang til føringsveier i HFC-nett er etter Nkoms oppfatning viktig for å oppnå formålet med reguleringen.

Nkom viser også til at NGA-anbefalingen understreker viktigheten av at tilbyder med sterk markedsstilling tilbyr tilgang til «civil engineering infrastructure» på likeverdige vilkår.

“Access to civil engineering infrastructure of the SMP operator can represent an important input for the deployment of NGA networks. In order to create a level playing field among entrants and the SMP operator, it is important that such access is provided on a strictly equivalent basis. NRAs should require the SMP operator to provide access to its civil engineering infrastructure under the same conditions to internal and to third-party access seekers.”

«Civil engineering infrastructure» er i NGA-anbefalingen definert på følgende måte:

“Civil engineering infrastructure’ means physical local loop facilities deployed by an electronic communications operator to host local loop cables such as copper wires, optical fibre and co-axial cables. It typically refers, but is not limited to, subterranean or above-ground assets such as sub-ducts, ducts, manholes and poles.”

Nkom viser ellers til punkt 426-428 i Marked 3a-vedtaket, hvor vi har foretatt en vurdering av om plikten til å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang til føringsveier i Telenors aksessnett også bør gjelde Telenors HFC-baserte aksessnett.

Nkom fastholder på bakgrunn av dette konklusjonen om å pålegge Telenor tilgangsplikt til føringsveier i HFC-nett.

2.4.3 Tilgangsplikt til «homes passed»

2.4.3.1 Tilgangsplikten til «homes passed» innebærer etablering av ny infrastruktur i strid med ekomloven

Grunnlag

Telenor mener tilgangsplikten for tilknytning av «homes passed» i vedtakene for Marked 3a og 3b innebærer etablering av ny infrastruktur for en tilgangskjøper, noe som faller utenfor ekomloven § 4-1. Telenor viser til at Nkom etter ordlyden i ekomloven § 4-1, jf. ekomforskriften § 2-2(1), kun har hjemmel til å ilegge en plikt til å gi tilgang til allerede etablerte aksessnett. I vedtakene pålegges Telenor imidlertid å etablere forbindelsen mellom en ikke-tilknyttet sluttkunde og det eksisterende fibernettet (stikkledning). Telenor påpeker videre at etablering av stikkledning innebærer etablering av ny infrastruktur og at dette er en annen handling enn det å gi tilgang til allerede etablerte aksessnett. En slik forpliktelse kan ikke ilegges med hjemmel i ekomloven § 4-1. Telenor viser til at heller ikke forarbeidene til ekomloven gir noe støtte for den utvidede hjemmelstolkningen som er lagt til grunn i vedtakene. På denne bakgrunn er det Telenors vurdering at forpliktelsen til å etablere stikkledninger mellom etablerte fibernett og «homes passed»-adresser ikke har hjemmel i ekomloven § 4-1 og følgelig er en ugyldig forpliktelse.

Broadnet er i kommentarene til Telenors klage uenig med Telenor og mener at tilgangsplikten for «homes passed» i praksis er et pålegg om å etterkomme anmodninger om utvidelse av kapasitet i eget fibernett. Ekomloven § 4-1 gir hjemmel for å pålegge en slik tilgangsplikt. Broadnet viser også til tvisten fra 2014 til 2015 mellom Telenor og Tele2 om innplassering på basestasjoner. I klagesaksavgjørelsen 21. mai 2015 konkluderte Samferdselsdepartementet med at Telenor hadde plikt til å foreta tilpasninger og legge til rette for andre løsninger når anmodningen om samlokalisering er rimelig, selv om det ikke er plass i eksisterende infrastruktur.

NextGenTel anfører i sine kommentarer til Telenors klage at Nkom har hjemmel til å pålegge Telenor å gi tilgang til «homes passed» i medhold av ekomloven § 4-1. De aktuelle husstandene må betraktes å tilhøre det eksisterende nettet så lenge de ligger innenfor det området som Telenors systematisk utbygde nett var ment å dekke. Telenors henvisning til at Nkom har pålagt Telenor en plikt til å etablere ny infrastruktur, er derfor misvisende.

Nkoms vurdering

Nkom har i notat til Samferdselsdepartementets 8. februar 2019 beskrevet hvilke vurderinger vi har gjort med hensyn til om ekomloven gir hjemmel for å pålegge tilgangsplikt til «homes passed» på tilbyder med sterk markedsstilling. Nkom gir der først uttrykk for at ekomloven gir begrenset veiledning i dette spørsmålet. Nkom viser videre til at ekomregulatørene i våre

naboland, Danmark og Sverige, har pålagt tilgangsplikt til «homes passed» og at Kommisjonen ved notifisering av de aktuelle avgjørelsene ikke har hatt innsigelser knyttet til hjemmelsgrunnlaget.

Nkom har også vist til at EU-domstolen i en prejudisiell avgjørelse fra 2014 har kommet til at direktivpakken som ekomloven implementerer, gir hjemmel til å pålegge tilgang til «homes passed». Et sentralt element i domstolens vurdering var at tilgangsbegrepet skulle forstås vidt. Det følger av notatet at vi har lagt til grunn at tilgangsbegrepet i ekomloven ikke skal forstås innskrenkende i forhold til de underliggende direktivene.

Avslutningsvis i notatet ser vi hen til hvordan tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 er implementert i dansk og svensk rett. Vi kommer der til at det ut i fra ordlyden i den norske, svenske og danske implementeringen av direktivbestemmelsen ikke er holdepunkter for at den nasjonale lovgivningen gir regulatørene ulik kompetanse hva gjelder spørsmålet om hjemmel til å pålegge tilgangsplikt til «homes passed».

Nkom fastholder vurderingene som fremgår av notatet og at ekomloven gir hjemmel til å pålegge tilgang til «Homes passed».

Et grunnleggende premiss for Telenors argumentasjon er at plikten til å gi tilgang til «homes passed» innebærer en plikt til å bygge helt ny infrastruktur. Nkom er ikke enig i dette premisset og mener det er mer naturlig å anse stikkledninger som en utvidelse av et allerede eksisterende fibernett, og dermed som en utvidelse av allerede eksisterende infrastruktur. Nkom ser videre grunn til å minne om at tilgangsplikten til «homes passed» er innrettet mot at Telenor skal likebehandle eksterne tilgangskjøpere med selskapets egen sluttbrukervirksomhet. Telenors plikt til å etablere stikkledninger i etablerte fibernett er således innrettet mot at den skal rekke like langt overfor eksterne tilgangskjøpere som hva Telenor tilbyr overfor egen sluttbrukervirksomhet.

2.4.3.2 Tilgangsplikten for «homes passed» er uforholdsmessig

Grunnlag

Telenor mener tilgangsplikten for tilknytning av «homes passed» er uforholdsmessig. Forpliktelsen innebærer at Telenor må bygge ny infrastruktur for tilgangskjøpere uten kostnadsdekning, samt bære all risiko tilknyttet en slik etablering. Telenor påpeker at det er knapphet på entreprenørressurser til utbygging av fiberaksessnett og at forpliktelsen vil medføre en omdisponering av knappe entreprenørressurser og investeringsmidler med tilhørende finansielle kostnader. Telenor mener denne tilgangsforpliktelsen både vil redusere Telenors investeringsinsentiver og faktiske mulighet til å delta i konkurransen om å bygge

fiberaksessnett, samt føre til stor irreversibel skade for Telenors allerede planlagte og/eller iverksatte fiberutbygging og Telenors sluttkunder i disse fiberprosjektene.

Telenor mener videre at Nkom pålegger Telenor å etablere et svært omfattende regime og viser til at etablering av ny infrastruktur for tilgangskjøpere vil kreve at Telenor etablerer nye prosesser og grensesnitt mellom interne avdelinger i Telenor, tilgangskjøper og Telenors entreprenør, som ikke eksisterer i dag. Slike omfattende endringer vil virke belastende for Telenor og vil øke kompleksiteten og redusere farten i Telenors fiberutbygging til skade for sluttbrukere samt tilgangskjøpere til nye fiberaksessnett. Telenor mener også at muligheten for tilgangskjøpere til å initiere såkalt miniutbygging vil innebære en uakseptabel risiko for Telenors investeringer og styring av Telenors ressurser, og dette kan medføre at adresser som i dagens regime kunne fått tilbud om fibertilknytning, likevel ikke vil få tilbud.

Telenor kan heller ikke se at det i vedtakene er identifisert hvilke konkurranseproblem pålegget om «homes passed»-tilgang har til hensikt å avbøte. Telenor påpeker at det i vedtakene vises til potensielle konkurranseproblemer som oppstår gjennom «first mover»-fordelen Telenor har i utbyggingsprosjekter for fibernett, uten å utdype eller forklare hva som legges i dette. Telenor mener at en såkalt «first mover»-fordel under enhver omstendighet ikke vil være noe som knytter seg til Telenor som aktør utpekt med sterk markedsstilling, men at en slik fordel vil gjøre seg gjeldene for enhver utbygger av fiberaksessnett, uavhengig av utbyggerens nasjonale markedsandel. Det vil derfor være sterkt urimelig å kun ilegge Telenor denne tilgangsplikten.

Telenor viser til ESAs kommentarer til de varslede vedtakene og kan ikke se at Nkom i sin vurdering av forholdsmessighet har nevnt muligheten for at tilgangskjøpere kan tilby sluttkunden annen aksess teknologi. Telenor påpeker at «homes passed»-adresser typisk vil ha tilgang til andre faste aksessnett som kobber og HFC ettersom husstandene har takket nei til fiberaksess. Tilgangskjøpere har dermed mulighet til å selge bredbånd til «homes passed»-adresser basert på andre teknologier.

Broadnet påpeker i sine kommentarer til Telenors klage at enhver sektorspesifikk markedsregulering som innskrenker den dominerende aktørens handlefrihet vil virke belastende og øke kompleksiteten. Broadnet kan ikke se at dette er noe relevant argument mot å ilegge forpliktelser som er egnet til å fremme konkurransen, og viser i den forbindelse til en uttalelse fra Samferdselsdepartementet. Broadnet er uansett uenig i at en tilgangsplik som gjør det mulig for andre aktører å konkurrere med Telenors sluttbrukervirksomhet, skulle innebære en uakseptabel risiko eller påvirke Telenors investeringer. Noen slik effekt er ikke dokumentert.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig i at tilgangsplikten for tilknytning av «homes passed» er uforholdsmessig. På bakgrunn av kommentar fra ESA til Nkoms notifikasjon av utkast til vedtak i Marked 3a og 3b har Nkom i vedtakene utvidet forholdsmessighetsvurderingen knyttet til tilgangsplikten for «homes passed», bl.a. ved å synliggjøre andre alternative utforminger av tilgangsplikten, jf. punkt 379-380 i Marked 3a-vedtaket og punkt 253-254 i Marked 3b-vedtaket. Nkom mener derfor at forholdsmessigheten er tilstrekkelig drøftet og underbygget i vedtakene.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Telenor må bygge ny infrastruktur for tilgangskjøpere uten kostnadsdekning, viser Nkom til vurderinger av dette i kapittel 7.3.6 i Marked 3a-vedtaket og kapittel 7.3.5 i Marked 3b-vedtaket.

Nkom er enig med Telenor i at omdisponering av entreprenørressurser og investeringsmidler kan bli aktuelt den første tiden etter at forpliktelsen om «homes passed»-tilgang trer i kraft. Samtidig mener Nkom at dette er nødvendig for å oppnå den ønskede konkurransefremmende effekten av denne tilgangsforpliktelsen. Nkom mener dessuten at slik omdisponering av entreprenørressurser og investeringsmidler vil være en forbigående problemstilling og at det ikke kan legges til grunn at dette vil slike negative effekter på Telenors investeringsinsentiver på sikt som Telenor anfører i klagen. Når tilgangskjøpere har blitt en del av det samme regimet for fortetningssalg som Telenors egen sluttbrukervirksomhet, vil Telenor i sine investeringsplaner og entreprenøravtaler for kommende perioder med fortetningssalg kunne hensynta både tilgangskjøperes og egen sluttbrukervirksomhets planlagte salgsaktiviteter knyttet til «homes passed». Det vil da ikke være nødvendig med omdisponering av entreprenørressurser og investeringsmidler ettersom tilgangskjøperes fortetningssalg inngår i det samme planleggingsregimet som allerede benyttes for å planlegge fortetningssalg i regi av Telenors egen sluttbrukervirksomhet.

Nkom er ikke enig med Telenor i at en tilgangsforpliktelse for «homes passed» vil redusere Telenors investeringsinsentiver og faktiske mulighet til å delta i konkurransen om å bygge fiberaksessnett. Nkom mener økt konkurranse og flere salgskanaler for fortetningssalg til «homes passed»-adresser vil legge til rette for flere fiberkunder, og dermed økt fiberpenetrasjon, i de geografiske områdene hvor Telenor har etablert systematisk utbygde fiberaksessnett. Fiberutbyggere ønsker generelt sett størst mulig fiberpenetrasjon i områder hvor det etableres fiberaksessnett. Økt fiberpenetrasjon gir grunnlag for lavere investeringskostnad per kunde, og høy fiberpenetrasjon i et utbyggingsområde vil således som regel ha en positiv effekt på lønnsomheten i fiberutbyggingen i det aktuelle området. På denne bakgrunn mener Nkom at en tilgangsplikt for «homes passed» som legger til rette for økt fiberpenetrasjon i Telenors systematisk utbygde fiberaksessnett, ikke kan sies å redusere Telenors investeringsinsentiver. Nkom mener at forpliktelsen heller ikke innebærer noen

begrensninger i Telenors handlingsrom for videre fiberutbygging. Nkom kan ikke se at flere salgskanaler for Telenors fiberaksessnett, som tilgangsplikten i realiteten legger til rette for, vil svekke Telenor i konkurransen med andre fiberutbyggere.

Når det gjelder omfanget av det pålagte regimet, viser Nkom til at vedtakene innebærer at tilgangskjøpere trer inn i det samme regimet som Telenors sluttbrukervirksomhet forholder seg til ved fortetningssalg, jf. punkt 371-373 i Marked 3a-vedtaket og punkt 245-247 i Marked 3b-vedtaket. Dette gjelder også for miniutbygging. Nkom er enig med Telenor i at reguleringen vil kreve at det etableres nye prosesser og grensesnitt. Tilgangskjøpere skal imidlertid tre inn i det samme regimet som Telenors sluttbrukervirksomhet forholder seg til, og Nkom deler ikke Telenor oppfatning av at flere salgskanaler for fortetningssalg med likeverdige muligheter til å konkurrere om «homes passed»-tilknytninger, skal føre til at farten i Telenors fiberutbygging reduseres. Som påpekt ovenfor, mener Nkom at tilgangsforpliktelsen for «homes passed» heller ikke påvirker Telenors handlingsrom for videre fiberutbygging.

Nkom fastholder at «first mover»-fordelen representerer et potensielt konkurranseproblem i geografiske områder hvor Telenor har etablert systematisk utbygde fiberaksessnett. I slike områder vil Telenors sluttbrukervirksomhet ha et konkurransefortrinn knyttet til fortetningssalg til «homes passed»-adresser dersom tilgangskjøpere ikke gis likeverdige muligheter til å konkurrere om disse potensielle fiberkundene. Nkom er enig med Telenor i at «first mover»-fordelen i utgangspunktet gjelder for enhver utbygger av fiberaksessnett, i større eller mindre grad. Samtidig er vurderingstemaet i vedtakene om Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling skal pålegges en tilgangsforpliktelse for «homes passed» med utgangspunkt i det potensielle konkurranseproblemet som «first mover»-fordelen representerer. Telenors anførelse om at «first mover»-fordelen også gjelder for andre fiberutbyggere, anses derfor ikke direkte relevant for vurderingen av om Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling skal ilegges en tilgangsforpliktelse for «homes passed».

Nkom vil for øvrig bemerke at også EU-domstolen i den ovennevnte avgjørelsen fra 2014 viste til at en forpliktelse for TDC om å etablere stikkledninger har til hensikt å sikre at konkurrerende tilbydere har likeverdige muligheter til kundeakkvisisjon i områder hvor TDC har etablert fiberaksessnett. Dette viser at EU-domstolen har lagt til grunn det samme potensielle konkurranseproblemet som Nkom i sin vurdering av tilgangsplikt for «homes passed»:

“46 In this case, the order for reference states that, according to the Teleklagenævnet, because of the particular way in which TDC’s fibre optic network is constructed, TDC controls when households may be connected, which gives it a definite competitive advantage in the acquisition of new customers on the retail market, inasmuch as the new customers are contractually tied to TDC for a minimum period of

six months. The obligation on TDC to install drop cables is therefore intended to ensure that competing operators are on an equal footing with TDC and can use TDC's network in the areas in which it is deployed, in respect of final customers who are not yet connected. The installation of such cables is an essential condition for operators competing with TDC to be able to acquire customers, by enabling them to offer services distributed by means of the fibre optic network under conditions of equal competition with TDC."

På bakgrunn av ESAs kommentarer utvidet Nkom vurderingen av om det potensielle konkurranseproblemet kan avbøtes gjennom en mindre inngripende forpliktelse, bl.a. ved å synliggjøre alternative utforminger av tilgangsplikten, jf. punkt 380 i Marked 3a-vedtaket og punkt 254 i Marked 3b-vedtaket. Nkom kan ikke se at det i den forbindelse skulle være relevant å vurdere tilgangskjøperes mulighet til å tilby sluttkunden annen aksessteknologi, slik Telenor hevder i klagen. Den generelle tilgangsplikten for fiber i Marked 3a- og 3b-vedtakene er ikke betinget av at tilgangskjøper ikke kan tilby sluttkunden annen aksessteknologi. Slik Nkom ser det, er det heller ikke nødvendig eller forholdsmessig å knytte en slik betingelse til «homes passed»-forpliktelsen for fiber.

Samlet sett mener Nkom at tilgangsforpliktelsen for «homes passed» er forholdsmessig, og Nkom opprettholder derfor denne plikten i vedtakene for Marked 3a og 3b.

2.4.4 Implementeringsfristen for «homes passed»

Grunnlag

Telenor viser til at det fremgår i avsnitt 469 i Marked 3a-vedtaket og 302 i Marked 3b-vedtaket at fristen for implementering av «homes passed» er tre måneder fra vedtakets ikrafttredelse. I avsnitt 375 i Marked 3a-vedtaket og avsnitt 249 i Marked 3b-vedtaket fremgår det imidlertid at regimet skal etableres innen 30 dager fra ikrafttredelsen av vedtakene, det vil si 31. januar 2019. Telenor mener at det under enhver omstendighet ikke vil være praktisk gjennomførbart for dem å etablere «homes passed» regimet innen 31. januar 2019 og at implementeringsfristen fremstår som svært uforholdsmessig.

Nkoms vurdering

Nkom har behandlet Telenors klage på implementeringsfrist for «homes passed» i vedtak datert 30. januar 2019. Med hjemmel i forvaltningsloven § 33 omgjorde Nkom fristen for implementering av regimet for «homes passed» til utløpet av 1. mars 2019. Samferdselsdepartementet har fått tilsendt kopi av omgjøringsvedtaket.

2.4.5 Pålegg om forbud mot urimelige krav og urimelige avtalevilkår

Grunnlag

Telenor mener at ekomloven § 4-1 ikke gir kompetanse til å pålegge et generelt forbud mot «urimelige krav og urimelige avtalevilkår». Telenor viser til at denne forståelsen har støtte av professor Erling Hjelmeng, jf. vurderingen utarbeidet for Telenor datert 31. januar 2018. Telenor mener også at merknadene til ekomloven § 4-1 støtter denne forståelsen. Nkom har tolket tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 1 på en uriktig måte. Denne bestemmelsen, hvor det stilles krav om «fairness, reasonableness and timeliness», kan ikke forstås slik at den gir hjemmel for å forby «urimelige krav og urimelige avtalevilkår». Dette kravet i tilgangsdirektivet relaterer seg til at myndigheten kan stille vilkår for å sikre at tilgangen blir reell. Telenor/Hjelmeng peker også på at «ERGs Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework» drøfter disse vilkårene utelukkende i kontekst av utestengelse nedstrøms. Dersom ekomloven § 4-1 skulle hjemle å regulere eller sensurere ethvert avtalevilkår, ville dette undergrave systematikken i ekomloven kapittel 3 og 4 hvor myndighetene er gitt kompetanse til å anvende et definert og avgrenset sett av virkemidler.

Telenor mener videre, i det tilfellet at tilgangsdirektivet artikkel 12 skulle gi grunnlag for å stille krav til innholdet i tilgangsplikt, at ekomloven § 4-1 i beste fall er en upresis gjennomføring av den underliggende EØS-forpliktelsen. Telenor mener det vil støte mot legalitetsprinsippet å tolke § 4-1 utvidende for å reparere en manglende/uklar hjemmel for å gripe inn i et privat rettsforhold. Telenor viser i denne forbindelse til uttalelser fra Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811 («Finanger I»-dommen). Uttalelsene viser at presumsjonsprinsippet, dvs. prinsippet om at den nasjonale rettsregelen må tolkes i samsvar med den folkerettslige rettsregelen, vil ha mindre gjennomslagskraft dersom den aktuelle folkerettslige forpliktelsen griper inn i private rettsforhold. Telenor viser også til uttalelser på s. 1832 i samme dom hvor det blant annet fremgår at det er lovgiver som må rette opp eventuelle feilvurderinger som er gjort i forbindelse gjennomføring av direktiver til norsk rett.

Telenor mener subsidiært at forbudet mot «urimelige krav og urimelige avtalevilkår» ikke oppfyller grunnleggende krav til klarhet, noe som kreves for å kunne gripe inn i privates rettssfære. Utformingen av kravet er videre så upresist at det ikke gir Telenor mulighet til å forutberegne hva et slikt forbud vil innebære. Telenor mener på denne bakgrunn at kravet er ugyldig.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at Telenor i vårt vedtak 1. juli 2016 i marked 15 (marked 15-vedtaket) ble pålagt å imøtekomme enhver rimelige anmodning om tilgang med rimelige og rettferdige vilkår. Hva gjelder spørsmålet om hjemmel, må kravet i marked 15-vedtaket etter vår vurdering anses som

sammenlignbart med forbudet Marked 3a og 3b- vedtakene oppstiller mot «urimelige krav og urimelige avtalevilkår».

Telenor anførte i klage på marked 15-vedtaket at ekomloven § 4-1 ikke ga hjemmel til å pålegge plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang med rimelige og rettferdige vilkår. I klageavgjørelse 9. mars 2018 stilte Samferdselsdepartementet seg bak Nkoms vurdering om at ekomloven § 4-1 gir hjemmel til å pålegge den aktuelle plikten, men fant grunn til å ta ut begrepet «rettferdig». Endringen innebar etter departementets vurdering ingen materiell endring i tilgangsplikten Telenor var pålagt.

Nkom kan ikke se at det har dukket opp nye momenter, heller ikke i rapporten Erling Hjelmeng har utarbeidet for Telenor, som skulle gi grunnlag for å komme til noen annen konklusjon nå hva gjelder spørsmålet om hjemmel. Tvert imot viser Nkom til dom i Borgarting lagmannsrett 12. desember 2018 vedrørende tvist mellom Telenor og Telia om betalingsplikt for SIM-kortavgift ved overflytting av kunder fra Telenors til Telias mobilnett. I dommen drøfter retten blant annet om Nkom har hjemmel i ekomloven § 4-1 og § 4-6, sammenholdt med EUs tilgangsdirektiv artikkel 12 og 9, til å pålegge forpliktelser vedrørende innholdet i Telenors tilgangsavtaler. Av dommen på side 25 fremgår det:

"Etter lagmannsrettens vurdering gir ekomloven § 4-1, tolket i lys av tilgangsdirektivet artikkel 12, tilstrekkelig hjemmel til å pålegge forpliktelser som også gjelder innholdet av avtalevilkår om tilgang til mobilnett. Her kan lagmannsretten slutte seg til departementets ovenstående vurdering i tilknytning til Marked 15-vedtaket fra 2016."

Nkom fastholder på denne bakgrunn at ekomloven § 4-1 gir hjemmel til å pålegge Telenor et forbud mot urimelig krav og urimelige avtalevilkår.

Nkom heller ikke se at Telenor kan høres med sin anførsel om at forbudet mot «urimelige krav og urimelige avtalevilkår» ikke oppfyller grunnleggende krav til klarhet. Nkom viser først til at Marked 3a og 3b-vedtakene angir hvilke forhold Nkom vil legge til grunn ved vurderingen av om et konkret krav eller vilkår skulle være urimelig. Som oppgitt ovenfor har Samferdselsdepartementet allerede fastholdt tilsvarende plikt i sitt klagevedtak i marked 15. Nkom viser videre til at vedtakene som er påklaget nå, i større grad enn marked 15-vedtaket detaljerer hva forbudet innebærer, jf. punkt 439 i Marked 3a-vedtaket og punkt 279 i Marked 3b-vedtaket.

2.4.6 Krav til migrering

Grunnlag

Telenor mener at tilgangskjøperne allerede står svært fritt til å bytte tilgangsprodukter. Telenor viser blant annet til at oppsigelsesfristen på grossistprodukter er én dag. Videre vil ny bestilling

ha samme kostnadsstruktur som for et migreringsprodukt. Telenor har derfor vanskelig for å se hva som søkes oppnådd med kravet til migrering.

Telenor viser videre til at det er tilgangskjøperen som i hovedsak har kontroll over den endelige migreringen overfor sluttkunden og til at Telenor kun leverer en begrenset del av løsningen. Telenor mener derfor at det er klart urimelig at Telenor skal ilegges en forpliktelse til å sikre at nedetid unngås i tilknytning til migreringen.

På bakgrunn av de ovennevnte forholdene mener Telenor at kravene til migrering i vedtaket samlet sett er uforholdsmessige.

Broadnet mener i sine kommentarer til Telenors klage at det er et sterkt behov for å regulere krav til migrering i detalj. Broadnets erfaring med tidligere migreringsprosesser har blant annet vært preget av høye kostnader, treg gjennomføring og dårlig kvalitet på den tekniske gjennomføringen. Broadnet mener det særlig viktig med krav til migrering i et scenario der Telenor skal stenge kobberaksesser i stor skala.

Broadnet mener videre at Telenors argument om at selskapet kun har kontroll på en begrenset del av migrering ikke kan høres. Det vil være Telenor som har kontroll over konnektiviteten/ linjetilgjengeligheten på det produktnivået tilgangskjøperen faktisk har kjøpt på aksesstjenesten.

NextGenTel understreker i sine kommentarer til Telenors klage at det vil være spesielt viktig med nærmere krav til migrering i lys av Telenors beslutning om avvikling av kobbernettet. Dette vil være sentralt for NextGenTel som har et stort kundevolum på kobberaksess.

Nkoms vurdering

Telenor mener at tilgangskjøperne allerede står svært fritt til å bytte tilgangsprodukter. Tilgangskjøperne kan i den forbindelse si opp produkter med kort oppsigelsestid og bestille nye. Videre vil kostnadene ved nye bestillinger ha samme kostnadsstruktur som ved migrering. Nkom ser derfor at Telenor i noen grad lagt til rette for at tilgangskjøperne raskt skal kunne bytte mellom tilgangsprodukter på rimelige vilkår.

Nkom viser imidlertid til at Telenors planlagte endringer i aksessnettet i tiden fremover vil være i et langt større omfang enn i tidligere reguleringsperioder. Det vises i denne forbindelse til Telenors planer om å avvikle kobbernettet. Nkom mener at Telenor i en slik situasjon vil kunne ha insitament til å migrere egne sluttbrukere over på ny teknologisk plattform raskere og mer effektivt enn tilfellet vil være for konkurrentenes sluttbrukere. Nkom mener derfor at det må fastsettes i vedtaket at migrering skal skje på rettidige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår. I lys av at Telenor allerede har lagt til rette for at det skal være lett for tilgangskjøperne å bytte

tilgangsprodukter, kan Nkom videre ikke se at det vil være særlig byrdefullt for Telenor å oppfylle kravene som er satt til migrering.

Nkom er videre ikke enig med Telenor i at selskapet leverer en så begrenset del av løsningene knyttet til migrering at det ikke vil være behov for å stille krav som sikrer at nedetid unngås. Nkom opprettholder på denne bakgrunn kravene som er fastsatt i vedtaket til migrering.

2.4.7 Krav til SLA og SLG

Grunnlag

Telenor viser til at vedtakene oppstiller svært detaljerte krav til SLAer. Telenor pålegges videre å etablere en ny kompensasjonsordning i standardavtalene. Telenor mener at dette samlet sett vil være byrdefullt å oppfylle for Telenor. Kompensasjonsordningen vil i tillegg gi tilgangskjøperne langt større rett på kompensasjon enn det Telenors egen sluttbrukervirksomhet har. Kravene fremstår derfor som uforholdsmessig.

Telenor mener videre at ordlyden i ekomloven § 4-1 ikke hjemler illeggelse av detaljerte krav til SLAer og tilknyttede kompensasjonsordninger. Heller ikke forarbeidene støtter opp om en slik forståelse av bestemmelsen.

Telenor viser til at vedtaket legger til grunn en ikke-diskrimineringsplikt basert på Equivalence of Output (EoO). Et regime basert på EoO stiller kun krav om at grossisttilbudet til tilgangskjøpere skal være sammenlignbart med leveransen til egen sluttbrukervirksomhet hva gjelder funksjonalitet og pris. Det er i lys av dette ikke nødvendig å stille detaljerte krav til SLAer med tilknyttet kompensasjonsordning for å følge opp kravet til ikke-diskriminering.

På bakgrunn av de ovennevnte forholdene mener Telenor at kravene til SLAer med tilknyttet kompensasjonsordning i vedtakene samlet sett er uforholdsmessige.

Broadnet mener i sine kommentarer til Telenors klage at krav om SLA og SLG er et nødvendig virkemiddel for å sikre tilgangskjøperne lik kvalitet på transparente vilkår. Tidligere erfaringer viser etter Broadnets oppfatning at Telenor har sterke insentiver til å favorisere egen virksomhet og at dette insentivet kan øke i tiden fremover som følge av Telenors beslutning om å avvikle kobbernett. Krav om SLA og SLG gjør etterprøving av kvalitetsmål enklere og gir et økonomisk insentiv til å ikke bryte forpliktelsen.

Broadnet mener at Telenors argument om at ekomloven ikke gir hjemmel for å fastsette detaljerte krav om SLAer og SLGer ikke kan bli hørt. Broadnet mener at myndighetene har tatt stilling til dette spørsmålet flere ganger tidligere og avvist at ekomloven ikke har slik hjemmel.

Broadnet kan heller ikke se at det finnes mindre inngripende alternativer for å løse det aktuelle konkurranseproblemet.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at Telenors anførsler på dette punktet delvis er sammenfallende med selskapets kommentarer i forbindelse med den nasjonale høringen av varsel om vedtak. Dette gjelder for eksempel med hensyn til at det stilles for detaljerte krav om SLAer og SLGer i vedtaket. Nkom har i den forbindelse allerede kommentert at slike detaljerte krav er viktig for å effektivisere og sikre etterlevelse av andre pålagte forpliktelser som tilgangsplikt og ikke-diskriminering. Vi viser til resultat av høring kapittel 3.3.14.

Nkom har med hjemmel i ekomloven § 4-1 pålagt Telenor tilgangsplikt; en plikt som oppfylles av Telenor ved å tilby forskjellige produkter til selskapets grossistkunder. For at tilgangplikten skal bli reell, mener Nkom at det også må kunne stilles krav som sikrer kvaliteten på de forskjellige grossistproduktene. Nkom er derfor uenig med Telenor i at ekomloven § 4-1 ikke hjemler dette. Kravene til SLAer og SLGer understøtter i tillegg Telenors plikt til ikke-diskriminering. Nkom mener derfor at krav til SLAer og SLGer også vil kunne hjemles i ekomloven § 4-7 dersom ekomloven § 4-1 mot formodning ikke skulle kunne brukes som hjemmelsgrunnlag.

Når det gjelder kompensasjonsordningen, anfører Telenor at den vil gi tilgangskjøperne langt større rett på kompensasjon enn det Telenors egen sluttbrukervirksomhet har. Nkom kan ikke se at Telenor begrunner dette nærmere. Nkom vil imidlertid uansett bemerke at det ikke er fastsatt et konkret nivå for kompensasjonen i vedtaket, men den skal være «stor nok» til at Telenor skal ha insitament til å etterleve avtalte SLAer. Vedtaket gir videre anvisning på at Telenor skal høre bransjens synspunkter før den nye kompensasjonsordningen fastsettes. Nkom mener dette er en balansert løsning som vil føre til at kompensasjonen havner på et riktig nivå, og vi ser derfor ikke behov for å endre dette punktet.

Nkom er for øvrig uenig med Telenor i at krav til ikke-diskriminering basert på EoO gjør det unødvendig med krav til SLAer og SLGer. I lys av at Nkom har konkludert med at det ikke er nødvendig og forholdsmessig å pålegge ikke-diskriminering basert på EoI, er det tvert imot ekstra viktig å pålegge krav til SLAer og SLGer for å oppnå et effektivt EoO-regime. Nkom kan derfor ikke se behov for å endre dette punktet i lys av Telenors anførsel.

Nkom opprettholder på denne bakgrunn kravene til SLAer og SLGer i vedtaket.

2.4.8 Krav til tidsbruk

Grunnlag

Telenor viser til kravene knyttet til tidsbruk i punkt 7.2.16 i Marked 3a-vedtaket og punkt 7.2.14 i Marked 3b-vedtaket. Telenor er uenig med Nkom i at konkurranseloven er utilstrekkelig mht. å hindre trenering eller uthalelestaktikker. Telenor mener at konkurranseloven § 11 til enhver tid vil kunne virke disiplinerende overfor Telenor. Alminnelig konkurranserett vil dermed kunne forhindre konkurranseskadelige adferd i form av trenering eller uthalelestaktikker. Prinsippet om minimumsregulering tilsier derfor etter Telenors oppfatning at det ikke er forholdsmessig å pålegge krav til tidsbruk i vedtakene.

Broadnet er prinsipielt uenig med Telenor i at det ikke er grunnlag for å stille sektorspesifikke krav til tidsbruk. Broadnet mener at alminnelig konkurranserett ikke gir et tilstrekkelig godt sikkerhetsnett for å hindre trenering eller uthalelestaktikker. Broadnet peker i denne sammenheng også på at regulering av dette spørsmålet basert på alminnelig konkurranserett vil gi mindre forutsigbarhet for tilgangskjøperne og at inngripen og behandling fra Konkurransetilsynets side vil kunne medføre lengre behandlingstid sammenlignet med behandling i medhold av sektorspesifikk regulering. Broadnet slutter seg for øvrig til Nkoms begrunnelse for plikten.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at bruk av uthalelestaktikker og trenering er identifisert som konkurranseproblemer i de relevante markedene, jf. kapittel 5.2.2 i begge vedtak. Med bakgrunn i at en tilbyder med sterk markedsstilling vil kunne ha insentiv og mulighet til å benytte uthalelestaktikker og trenering til å vanskeliggjøre mulighet for å oppnå tilgang, følger det direkte av ekomloven at tilbyder med slik markedsstilling skal dokumentere og begrunne avslag på anmodning om tilgang. For å avhjelpe konkurranseproblemene knyttet til uthalelestaktikker og trenering, har Nkom sett det forholdsmessig å pålegge ytterligere forpliktelser, blant annet plikt til å slutføre avtaler om tilgang uten ugrunnet opphold. Telenor har også i samtlige av de tidligere markedsvedtakene blitt pålagt tilsvarende forpliktelser.

Nkom kan ikke se at forbudet i konkurranseloven § 11 mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling vil kunne avhjelpe disse konkurranseproblemene tilstrekkelig effektivt. Nkom viser til det grunnleggende faktum at Konkurransetilsynet i en slik sak først må definere det relevante markedet, deretter om det finnes aktør(er) som er dominerende i det aktuelle markedet og så om den aktuelle handlingen utgjør en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen. Som en del av misbruksvurderingen vil det måtte vurderes om den aktuelle handlingen kan anses for å være begrunnet i objektive forhold. Erfaringsvis vil det være mer tidkrevende å ferdigstille en slik sak enn etter den sektorspesifikke konkurransereguleringen. Nkom kan for øvrig ikke se at uthalelestaktikker utgjør en sentral type misbruk innenfor den alminnelige konkurranseretten,

noe som kan antas å redusere den disiplinerende effekten alminnelig konkurranserett har overfor denne type adferd.

Nkom fastholder på denne bakgrunn at alminnelig konkurranserett alene ikke er tilstrekkelig til å forebygge konkurranseskadelige adferd i form av uthalelsestaktikker og trenering. Nkom påpeker videre at de aktuelle pliktene Telenor i stor grad innebærer en videreføring av tidligere plikter og mener pliktene er forholdsmessige. Vi viser her til vurderingene i vedtakenes kapittel 7.2.16 (Marked 3a) og 7.2.14 (Marked 3b).

2.5 Pålagte forpliktelser – prisregulering

2.5.1 Pristak for etablerte kobberprodukter

Grunnlag

Telenor mener bruk av historisk kost som metode for å fastsette pristak for kobberaksess er uforholdsmessig og i motstrid til EUs anbefalte metode. Metoden innebærer ifølge Telenor også underkompensasjon av Telenors aksesslinjer, samt ukorrekte prissignaler i markedet.

Telenors hovedinnvending mot Nkoms prisregulering av etablerte produkter gjelder metoden for verdsettelse av gjenbrukbar infrastruktur i Regulatory Asset Base (RAB). Telenor viser til at Kommisjonens anbefaling sier at metoden for verdsettelse av RAB skal være gjenanskaffelseskost. Telenor mener bakgrunnen for at Nkom i vedtakene likevel avviker fra anbefalingen, synes å være en oppfatning om at historisk kost har vært lagt til grunn siden 2006, og at en overgang til gjenanskaffelseskost vil medføre overkompensasjon for Telenor. Videre viser Telenor til at Nkom har anført at hensynet til forutsigbare og stabile priser sikres med bruk av historiske kostnader. Etter Telenors syn stemmer disse premisene ikke med de faktiske forhold, og vedtakene bygger således på feil faktum på dette punkt.

Telenor anfører at perioden LLU har vært regulert på grunnlag av historisk kost har vært svært kort, også kortere enn perioden gjenanskaffelseskost var basis for prisingen. Telenor viser også til at i perioden fra 2009 har pristaket blitt fastsatt utfra subjektive vurderinger fra Nkom, og at samsvaret med historisk kost kun er basert på at historisk kostnadsinformasjon ble brukt til å informere prisfastsettelsen. Prisene fra perioden da historisk kost var i bruk er kun en liten andel av kostnadsinndekningsperioden, selv om man skulle akseptere argumentet om at prisene også i perioden 2009-2017 var basert på historisk kost.

Telenor mener varigheten av bruk av historisk kost er mindre viktig enn hvor i livssyklusen infrastruktur aktivaene befant seg da historisk kost ble anvendt. Telenor viser til at det sentrale elementet i vedtakenes argumentasjon for å avvike fra anbefalingen, er at det vil oppstå overkompensasjon for Telenor dersom gjenanskaffelseskost i stedet for historisk kost tas i bruk i

prisreguleringen. Nkom har i den forbindelse vist til et notat fra Analysys Mason. Telenor er enig i at gjenanskaffelseskost (CCA) og historisk kost (HCA) gir samme nåverdi av kostnadsinndekning dersom aktivaene holdes gjennom hele sin livssyklus, og dermed også at hvis det er slik at netteier får kompensert HCA for aktivum i første delen av aktivumets livssyklus, og CCA i siste del, vil netteieren bli overkompensert. Telenor mener dette imidlertid ikke er tilfelle når det gjelder prising av LLU i Norge. I hele perioden med tilgjengelig LLU-produkt har man i Norge vært i slutten av infrastrukturaktivaenes (gjennomsnittlige) livssyklus, altså i den delen av livssyklusen der HCA kompenserer mindre enn CCA.

Telenor anfører at siden relevante investeringer i kobbernettet i hovedsak ble foretatt før år 2000, så er prising før dette tidspunkt kritisk for om Telenor blir overkompensert eller ei. I følge Analysys Mason skal i overkant av 30 prosent av kostnadsinndekningen være i årene før 1995. Nkom foretar ingen vurdering av kostnadsdekningen i denne perioden. Telenor mener dette alene er tilstrekkelig til å fastslå at Nkom ikke har grunnlag for å vurdere hvorvidt Telenor blir overkompensert eller ei. En eventuell overkompensasjon vil ifølge Telenor ha kommet før LLU ble etablert som produkt. En overgang fra HCA til CCA vil medføre en økning av nåverdien av kostnadsdekningen sett fra anskaffelsesåret. Telenor mener dette ikke er en overkompensasjon, men en delvis reversering av underkompensasjonen som fulgte det forrige metodeskiftet, nemlig overgangen til HCA-orientert prisregulering fra 2006 og utover.

Telenor viser videre til at kjøphistorikken for Telenors aktiva ble endret i LRIC-modellen sommeren 2018 etter en kort tilleggshøring. Selv om Telenor i høringen ga sin støtte til dette isolert sett, mener Telenor at de og andre interessenter ikke har hatt mulighet til å kommentere betydningen denne endringen førte til for helheten i Nkoms modellarbeid. Dette var også et tidspunkt hvor det var fortsatt uklart om Telenors høringskommentarer til varsel om vedtak ville bli hørt. Telenor mener endringen har stor betydning for kostnadsresultatet og ikke oppfyller hensynet til stabile og forutsigbare priser. Videre mener Telenor at selskapets faglige argumenter rundt valg av korrekt kostnadsmetode i nasjonal høringsrunde, ikke synes å være hensyntatt eller vurdert av myndigheten.

Oppsummert mener Telenor at reguleringen av pristaket bygger på feil faktum og avviker fra Kommisjonens anbefaling. Dette medfører at pristakene for etablerte, kobberbaserte tilgangsprodukter er satt feil.

Broadnet anfører i sine kommentarer til Telenors klage at Telenor i lengre tid har fått lov til å kreve relativt høye tilgangspriser for et kobbernett som er fullstendig nedskrevet, og Telenor har dermed hatt en betydelig superprofitt. Broadnet forstår ikke Telenor anførsel om at selskapet historisk sett ikke har fått noen overkompensasjon. Broadnet mener Telenors lønnsomhet vil

øke ytterligere de neste fire årene i takt med at selskapet faser ut de minst lønnsomme sentralene.

Videre mener Broadnet at tilgangsprisene har påført konkurrentene merkostnader som har bidratt til dempet konkurransepress fra tilgangskjøpere som har investert i egen infrastruktur (DSLAMer). Broadnet mener en prisnedgang vil bringe prisene ned mot kostnadsorientert nivå og støtter Nkoms beslutning om å regulere prisene ned.

Broadnet viser videre til at Telenor har varslet ulike endringer i prismodellen på «Ikke-regulerte» områder som nuller ut effekten av det nye pristaket, og viser spesielt til oppsigelsen av rabattavtalen for DSL Bredbåndsaksess. Dette er et mønster som har pågått hele inneværende reguleringsperiode. Broadnet viser til Danmark hvor myndighetene har analysert de regulatoriske kravene til alle ledd i den verdikjeden der konkurrenter kjøper tilgang, og ved behov pålagt detaljerte og effektive virkemidler. Broadnet ber om at Nkom gjør det samme.

NextGenTel bemerker i sine kommentarer til Telenors klage at det i EUs anbefaling ikke stilles krav til noen bestemt metode som grunnlag for prisreguleringen. ESA har heller ikke påpekt at metoden som anvendes er feil. Valgte metode gir et robust resultat som bringer prisene i Norge ned til det gjennomsnittlige prisenivået i EU. NextGenTel viser videre til at Telenor hadde tilsvarende anførsel i sin klage på vedtaket i tidligere marked 4. Etter NextGenTels mening er det ikke grunnlag for myndighetene til å endre syn på dette spørsmålet.

Nkoms vurdering

Telenors kommentarer gjelder hovedsakelig Nkoms metodevalg vedrørende bruk av historisk kost for å fastsette verdi av gjenbrukbar infrastruktur. Telenor mener at denne bryter med EUs anbefaling for hvordan modeller for faste aksessnett skal utformes. Nkom mener denne argumentasjonen er identisk med tidligere kommentarer som Telenor har gitt til prinsipielle valg for LRIC-modellen. Nkom viser derfor til resultat av høring, kapittel 3.4.2, og dokumentet «Modelling the costs of copper networks in the Norwegian context» av 15. desember 2017, spesielt kapittel 4 og 6. Vi viser også til Annex E i dokumentasjonen av LRIC-modellen⁸.

Nkom har i samarbeid med Analysys Mason vurdert Telenors kommentar knyttet til kostnadsdekning før 1995. I 1994 ble forvaltningsbedriften Televerket omdannet til et heleid statlig aksjeselskap. Premissene for omdanningen fremgår av St.prp. nr. 43 (1993-94). På tidspunktet for konverteringen av Televerket til et eget selskap i 1994 ble nettverket (som anleggsmidler) verdsatt ved bruk av bokførte verdier ved utgangen av august 1994.

⁸ Documentation of Nkom's vAcc2.3 model, 19. July 2018.

Vår forståelse er at anleggsmidler, i samsvar med regnskapsloven § 5-3, må vurderes til anskaffelseskost, og en fornuftig avskrivningsplan må legges til grunn. Dette innebærer at historisk kost og netto bokført verdi (HCA NBV) må ha vært brukt. Av St.prp. nr. 43 (1993-94) kapittel 7.1.2 fremkommer det videre at det også ble foretatt en egen verdivurdering av fremtidige kontantstrømmer. Det ble fastslått at det var godt samsvar mellom en verdivurdering beregnet som nåverdi av Televerkets eiendeler og sum bokførte verdier basert på regnskapsprinsippet, og det ble derfor konkludert med at bokførte verdier var hensiktsmessige å bruke.

Etter Nkoms vurdering kan ikke gjenanskaffelseskost (CCA) ha vært benyttet før september 1994, og det er heller ikke behov for en høyere (CCA) NBV og høyere fremtidig avkastning enn det som forventes under HCA. Dette skyldes at verdsettelsen som ble brukt var i samsvar med regnskapsmessig bokført verdi på den aktuelle datoen, og vi mener at regnskapsloven krever en HCA-tilnærming (og ikke CCA).

Når det gjelder Telenors kommentarer vedrørende endringer i LRIC-modellen sommeren 2018, viser Nkom til at endringene var gjenstand for høring i perioden 8. juni til 6. juli 2018. I høringen fremgikk revidert varsel om pristak for kobberbasert LLUB, SLU og Bredbåndsaksess. Nkom mottok kommentarer fra Telenor, Broadnet og NextGenTel. Kommentarene tilsa ikke at det var grunnlag for å gjøre ytterligere endringer i datagrunnlaget for LRIC-modellen, jf. resultat av høring, kapittel 3.4.2. Telenor og andre interessenter har hatt mulighet til å se disse endringene opp mot helheten i Nkoms modellarbeid i perioden frem mot vedtak og i forbindelse med klage på endelig vedtak. De justeringene som ble gjort i juni 2018, påvirket resultatene i modellen, slik Telenor poengterer. Nkom mener imidlertid at endringene er i tråd med prinsippene som er lagt til grunn i modellen.

2.5.2 Implementeringsfristene for innføring av pristak for kobberproduktene

Grunnlag

Telenor mener implementeringsfristen for pristakene for kobberproduktene er uforholdsmessig. Telenor pålegges i vedtakene å implementere pristak for kobberproduktene innen 1. februar 2019. Samtidig pålegges Telenor en to måneders varslingsfrist overfor kjøpere av regulert tilgang ved eventuelle endringer i eksisterende tilbud til ugunst for avtaleparten og/eller deres sluttbrukere. Telenor mener dette fører til at Telenor får én måneds kortere frist til å tilpasse egen virksomhet til endringer til ugunst for Telenor enn det vedtaket tilkjenner tilgangskjøpere. Telenor mener de samme hensynene som fremgår av begrunnelsen for utvidet varslingsfrist for tilgangskjøperne, gjør seg gjeldende for Telenor.

Videre mener Telenor at den korte implementeringsfristen sammen med den utvidete varslingsfristen påfører Telenor et utilsiktet økonomisk tap og gjør implementeringen av pristakene uforholdsmessig tyngende.

Broadnet viser i sine kommentarer til Telenors klage til at Telenor gjennom høring og tilleggshøring har kjent til den aktuelle prisreduksjonen lenge før vedtaket ble fattet, og mener at Telenor selv må bære risikoen for at de ikke har tatt høyde for dette. Videre mener Broadnet at det kreves svært lite ressurser av Telenor for å endre prisene. Broadnet mener prisreduksjonen må gjennomføres hurtig av hensyn til konkurransen.

NextGenTel viser i sine kommentarer til Telenors klage til at Telenor har gjennomført et mottrekk mot innføringen av nye pristak for kobberproduktene ved oppsigelse av rabattavtalen. Dette innebærer at grossistkostnadene øker, jf. kapittel 2.6 i innstillingen for Broadnets klage.

Nkoms vurdering

Telenor har henvendt seg til Samferdselsdepartementet med anmodning om utsatt iverksettelse vedrørende bl.a. implementeringsfristene for innføring av pristak for kobberproduktene i Marked 3a og 3b. Nkom viser til departementets behandling av Telenors anmodning om utsatt iverksettelse. Departementet har i beslutning 30. januar 2019 konkludert med at det ikke gis utsatt iverksettelse av ikrafttredelsestidspunkt for pristaksreguleringen for kobberproduktene i Marked 3a og Marked 3b.

Når det gjelder Telenors anførsel om at selskapet får kortere frist til å tilpasse egen virksomhet til endringer til ugunst for Telenor enn det vedtaket tilkjenner tilgangskjøpere, viser Nkom til at den utvidede varslingsfristen er begrunnet i behovet for at tilgangskjøpere skal ha tilstrekkelig tid til å gjenspeile endringene i sine sluttbrukeravtaler, jf. kapittel 7.5.5.8 i begge vedtak. Det fremgår også av vedtakene at prisreduksjoner ikke omfattes av kravet til utvidet varslingsfrist. I den grad de nye pristakene skulle medføre behov for endring av sluttbrukeravtaler, vil Telenor og tilgangskjøperne være underlagt samme krav til varsling av sluttbruker, jf. ekomloven § 2-4. Nkom kan derfor ikke se at implementeringsfristen for nye pristak stiller Telenor i en vanskeligere posisjon enn tilgangskjøperne.

2.5.3 Marginskvistest for fiberproduktene

Grunnlag

Telenor mener at marginskvistesten for fiberbasert bredbånd må baseres på en EEO-tilnærming. Vilklårene som følger av EU-anbefalingen som gjelder avvik fra dette, er ikke oppfylt. Markedsandelene som er lagt til grunn i prinsippene, bør reflektere Altibox-samarbeidet som en enhet. Videre peker Telenor på at Nkom legger til grunn en metode hvor Telenors data vektas

30 prosent, mens de alternative tilbydernes kostnader vektet 70 prosent. Etter Telenors oppfatning innebærer dette at det i realiteten benyttes en REO-test i stedet for en justert EEO.

Telenor mener at det er uklart om Nkom opprettholder sin tidligere tilnærming om at salgskostnader skal inndeckes samme år som de påløper, ved at alle salgs- og akkvisjonskostnader inkluderes i modellen uten at disse periodiseres over kundens levetid. I et vekstmarked medfører dette at salgskostnadene overvurderes i testene. En slik tilnærming er ikke i tråd med EU-anbefalingen eller BERECs veiledning. Etter Telenors oppfatning må det i prinsippene klargjøres at salgs- og akkvisjonskostnader skal periodiseres over kundens levetid.

Telenor mener at kundelevetiden på fiber er betydelig lengre enn 60 måneder. Dette fremgår av både Telenors og de øvrige fiberaktørenes rapportering. Noe av bakgrunnen for at det mangler robuste data er at det ikke er utarbeidet en metode for aktørenes beregning og rapportering av gjennomsnittlig kundelevetid. Uten en slik metode er det usikkert om man noen gang vil få robuste data. Telenor mener det må etableres en slik metode.

Telenor mener at kravet om å dokumentere positiv bruttomargin for alle Telenors enkeltstående fiberprodukter, uansett størrelse, er uhjemlet og uforholdsmessig. Nkom har ikke begrunnet hvilke konkurranseproblemer som skal avhjelpes med dette kravet, og heller ikke nødvendigheten av et slikt krav i tillegg til en marginskvistest basert på flaggskipprodukter.

Broadnet uttrykker i sine kommentarer til klagen at de er uenig med Telenor i at Nkom har benyttet noe annet enn en EEO-tilnærming. EEO-tilnærmingen har gjort det mulig for Telenor å sette så høye tilgangspriser at det i praksis ikke har vært mulig for tilgangskjøpere å oppnå lønnsomhet på de regulerte produktene. Ytterligere justeringer i tråd med det Telenor ber om, vil forsterke problemet.

Broadnet mener at den vedtatte marginskvistesten i sin natur er for aggregert til å fange opp konkurransebegrensende krysssubsidiering og tilsvarende atferd mellom konkrete produkter og tjenester. Det er derfor viktig at reguleringen har et sikkerhetsnett i form av krav til positiv bruttomargin for enkeltstående fiberprodukter uansett størrelse.

Broadnet mener videre at Telenor krever en pris for kjøp av backhaul som i praksis er 10-15 ganger høyere enn kostnaden for å produsere den samme tjenesten. Dette gjør det svært vanskelig for tilgangskjøpere å oppnå positiv margin på salg av internettaksess og er den direkte årsaken til at det per i dag fortsatt bare er én aktør som kjøper tilgang til VULA fiber.

Broadnet mener at migreringen fra kobbernettverk til VULA/VUA fiber understreker behovet for at Nkom sikrer at kostnadene for alle nødvendige innsatsfaktorer en tilgangskjøper har behov for i sin leveranse til sine slutt kunder, inngår i marginskvistesten. Kostnadene må dessuten splittes opp per produkt slik at det er mulig å ettergå prisingen og forhindre krysssubsidiering.

NextGenTel påpeker i sine kommentarer til klagen at Telenors anførsler mot marginskvistesten for fiberproduktene langt på vei tilsvare tidligere anførsler fra Telenor mot marginskvistesten som har blitt lagt til grunn i forbindelse med etterlevelsen av ikke-diskrimineringsforpliktelsen i forrige markedsvedtak for tidligere marked 5. Etter NextGenTels vurdering bringer ikke Telenor inn vesentlig nye opplysninger som gir grunnlag for endret oppfatning fra myndighetenes side.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig med Telenor i at marginskvistesten for fiberbasert bredbånd må baseres på en EEO-tilnærming og at vilkårene som følger av EU-anbefalingen som gjelder avvik fra dette, ikke er oppfylt. Nkom viser til at Telenor har kommet med tilsvarende anførsel tidligere i klagen på Nkoms vedtak om prinsipper og marginskvistest i tidligere marked 5 og at Samferdselsdepartementet i klagevedtak av 28. juni 2016 har vurdert dette. Nkom kan ikke se at det er grunnlag for falle ned på en annen konklusjon nå.

Nkom er videre ikke enig i Telenors påstand om at vektingen av Telenors og alternative tilbyderes data i marginskvismodellen innebærer at det i realiteten benyttes en REO-test i stedet for en justert EEO-test. Telenor har kommet med tilsvarende anførsel tidligere i klagen på Nkoms vedtak om pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert bredbåndsakssess av 14. mars 2017. Vi viser til Nkoms vurdering i kapittel 2.5.2 i dokumentet «Oversendelse av klage fra Telenor - Nkoms pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert Bredbåndsakssess» som ble sendt til Samferdselsdepartementet 12. mai 2017.

Når det gjelder Telenors kommentarer om at det er uklart om Nkom opprettholder sin tidligere tilnærming om at salgskostnader skal inndeckes samme år som de påløper, samt at en slik tilnærming ikke er i tråd med EU-anbefalingen eller BERECs veiledning, viser Nkom til at dette allerede er kommentert av Nkom i kapittel 3.4.3 i resultat av høring. Det fremgår her at Nkom vil behandle salgs- og akkvisisjonskostnader på tilsvarende måte i marginskvistestene i Marked 3a og 3b som i marginskvistesten i tidligere marked 5. Kostnadene for salgs- og akkvisisjonskostnader vil således ikke periodiseres over levetiden, men dekkes det året kostnadene påløper. Nkom anser ikke denne behandlingen av salgs- og akkvisisjonskostnader for å være i strid med anbefalingen. Nkom kan ikke se at Telenor i klagen har kommet opp med forhold som gir grunnlag for å vurdere dette på nytt.

Vedrørende Telenors kommentar om at kundelevetiden på fiber er betydelig lengre enn 60 måneder, vil Nkom vise til Vedlegg 3 «Prinsipper for bruk av marginskvistest for fiber i Marked 3b», kapittel 3.7. Det fremgår der at Nkom på bakgrunn av informasjon om gjennomsnittlig kundelevetid for kobberbaserte og fiberbaserte bredbåndsabonnement i Norge samt andre relevante markedsdata, anslår en gjennomsnittlig kundelevetid for fiberbasert bredbånd på 60 måneder. Denne forutsetningen innebærer at marginskvismodellen ikke forutsetter kortere gjennomsnittlig kundelevetid enn hva flere regulatører i Europa har lagt til grunn for fiberbaserte sluttbrukertjenester. Det følger samtidig av vedtaket at Nkom vil kunne fastsette en annen gjennomsnittlig kundelevetid dersom det foreligger tilstrekkelige holdepunkter for dette. Nkom vil i så fall i forkant informere Telenor og alternative tilgangskjøpere om dette. Nkom kan ikke se at Telenors klage gir grunnlag for at Nkom nå skulle fastsette en annen gjennomsnittlig kundelevetid enn den som følger av vedtaket.

Hva gjelder Telenors anførsel om at det ikke er fastlagt noen metode for beregning av gjennomsnittlig kundelevetid, viser Nkom til at vi som hovedregel vil gjennomføre marginskvistester to ganger i året. I forbindelse med den ene gjennomføringen vil Nkom innhente data fra både Telenor og alternative tilbydere, herunder innhente informasjon om gjennomsnittlig kundelevetid på fiber og kobber. Det følger av dette at Nkom vil foreta en revurdering av gjennomsnittlig kundelevetid én gang per år. Etter Nkoms vurdering vil det innebære at denne parameteren revurderes tilstrekkelig hyppig til å fange opp eventuelle endringer. Nkom vil ved slik datainnsamling tydeliggjøre hvordan kundelevetiden på fiber og kobber skal beregnes for å sikre et mer robust vurderingsgrunnlag.

Når det gjelder Telenors kommentarer vedrørende kravet om positiv bruttomargin, er disse i stor grad sammenfallende med selskapets kommentarer i forbindelse med den nasjonale høringen av vedtakene i Marked 3a og 3b. Vi viser derfor til Nkoms vurderinger i kapittel 7.3.4 i Marked 3b-vedtaket, samt kapittel 3.4.3 i resultat av høring. Det fremgår her at marginskvistesten som tester en portefølje av flaggskipprodukter, gir Telenor fleksibilitet i sin prising av produktene. For å sikre at tilgangskjøpere ikke ekskluderes fra deler av sluttbrukermarkedet, mener Nkom det er nødvendig å sette krav til positiv bruttomargin for alle Telenors enkeltstående fiberprodukter som er i salg i sluttbrukermarkedet. Kravet til positiv bruttomargin setter således et tak for Telenors fleksibilitet. Et slikt krav er etter Nkoms vurdering nødvendig for å sikre formålet med reguleringen.

På bakgrunn av dette finner Nkom ikke grunnlag for å endre vedtaket på dette punktet.

2.5.4 Pålegg om å rette sluttbrukerprisene ved brudd på marginskvistest

Grunnlag

Telenor mener at Nkom ved brudd på marginskvistester ikke kan pålegge Telenor å rette på en bestemt måte. Telenor viser til rapport fra professor Hjelmeng der det argumenteres for at ekomloven § 10-6 ikke kan benyttes for å pålegge ytterligere forpliktelser utover det som er gjort i markedsvedtakene. Bestemmelsen kan heller ikke benyttes til å pålegge aktører med sterk markedsstilling å etterleve reguleringen på bestemte måter. Med henvisning til dette anfører Telenor at det er sikker rett at endring av lover må gjøres i lovs form. Rekkevidden av ekomloven § 10-6 kan således ikke endres eller utvides gjennom vedtakene.

Telenor viser videre til at forbud mot å heve sluttbrukerprisene er begrunnet i at sluttbrukerne ikke skal oppleve høyere priser. Vedtakene er imidlertid begrunnet med at tilgang og sikring av margin for tilgangskjøpere skal bidra til økt konkurranse. Det er i vedtakene verken innført prisregulering av sluttbrukertjenester eller direkte prisregulering av grossisttilgang, og markedsanalysen har heller ikke gitt grunnlag for en slik prisregulering. Etter Telenors oppfatning innebærer vedtakene på dette punkt et forsøk på å innføre en prisregulering av sluttbrukertjenester i en situasjon hvor det eventuelt er konstatert at en marginskvistest ikke er bestått. Telenor mener videre at forbudet mot å rette en marginskvis ved en økning av sluttbrukerpriser synes å ha som selvstendig formål å presse Telenors grossistpriser nedover, selv om tilgangskjøpere blir sikret margin ved at en eventuell marginskvis er blitt rettet opp.

Etter Telenors oppfatning er det ikke rettslig grunnlag for disse forpliktelsene. Vedtakene er dermed ugyldige på dette punkt.

NextGenTel påpeker i sine kommentarer til klagen at spørsmålet om hvorvidt ekomloven hjemler mulighet for myndighetene til å bestemme at retting skal skje på en bestemt måte tidligere er vurdert av både Nkom og Samferdselsdepartementet, jf. Nkoms oversendelse 20. juli 2018 av klage fra Telenor på pålegg om retting av tilgangspriser for fiberbasert Bredbåndsaksess og departementets klagevedtak av 24 oktober 2017. Telenor bringer etter det NextGenTel kan se ingen nye momenter inn i vurderingen av dette spørsmålet.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at Telenors anførsler i all hovedsak er lik anførselene i Telenors klager av 18. mai 2018, 14. mars 2017 og 30. mai 2016 på Nkoms pålegg om retting av Telenors tilgangspriser for fiberbasert Bredbåndsaksess av april 2018, oktober 2017 og mai 2016. Nkom viser videre til at Samferdselsdepartementet i klagevedtak av 24. oktober 2017 tok stilling til Telenors klage av 30. mai 2016 og der konkluderte med at anførselen ikke førte frem, jf. klagevedtakets kapittel 3.4.

Nkom er ikke enig med Telenor i at det ikke er rettslig grunnlag for disse forpliktelsene. Telenors anførsler er allerede vurdert i kapittel 7.3.5 i Marked 3a-vedtaket og kapittel 7.3.4 i Marked 3b-vedtaket. Nkom kan ikke se at Telenor bringer noen nye momenter inn i denne vurderingen og opprettholder derfor vedtakene på dette punktet.

2.5.5 Backhaul

Grunnlag

Telenor mener pålegget om prisregulering av backhaulkapasitet som benyttes for kjøp av LLU/SLU i Marked 3a, ikke er tilstrekkelig begrunnet og heller ikke vurdert opp mot vilkårene i ekomloven § 4-9. Telenor viser til at Nkom har argumentert med at det er naturlig å se backhaul som en samlet tjeneste i det nasjonale markedet. Telenor mener at dette ikke er en relevant begrunnelse for å pålegge prisregulering kun for den andelen av slike produkter som anvendes i forbindelse med Marked 3a-tilgang.

Videre mener Telenor at det er uforholdsmessig og urimelig å innføre et nytt krav til kostnadsrapportering på kapasitetsprodukter som Nkom konkluderer med at ikke skal reguleres i Marked 4.

Nkoms vurdering

Nkom har i kapittel 5. i vedtakene for Marked 3a og Marked 3b vurdert potensielle konkurranseproblemer. Hva gjelder prissetting, konkluderer Nkom blant annet med at Telenor har incentiv og mulighet til å etablere prisklemmer for konkurrenter i nedstrømsmarkeder. Disse vurderingene gjelder også i tilknytning til backhaultjenester. Nkom erkjenner likevel at disse vurderingene kunne kommet tydeligere frem i kapittel 7.3.8 hvor vi konkret vurderer behovet for og type prisregulering av backhaul.

Telenor vil i flere områder være eneste tilbyder av backhaultjenester. Tilgangskjøpere som i disse områdene ønsker å tilby sluttbrukerprodukter basert på regulert grossisttilbud fra Telenor, vil derfor kunne være avhengig av at tilgangen til backhaultjenester fra Telenor er effektiv. Grossistprisene for tilgang til backhaultjenester vil således kunne settes slik at tilgangskjøper settes i en prisklemme dersom reguleringen ikke stiller krav til Telenors prissetting. Nkom mener at krav om kostnadsorienterte priser for backhaul er egnet til å redusere muligheten for at slike prisklemmer kan oppstå. Nkom fastholder etter dette at vilkårene for å pålegge prisregulering etter § 4-9 for backhaultjenester er oppfylt.

Nkom gjør oppmerksom på at Telenor også under den tidligere reguleringen har vært underlagt tilgangsplikt til backhaultjenester. Prisreguleringen var der basert på krav om ikke-diskriminering. Nkoms erfaring fra andre forhåndsregulerte markeder er at det kan være formålstjenlig å stille mer detaljerte krav til prissettingen for å legge til rette for en mer effektiv

håndheving av reguleringen. Tilgang til backhaul vil etter Nkoms vurdering på flere områder være en sentral innsatsfaktor for at eksterne tilgangskjøpere skal kunne konkurrere effektivt med Telenor om å tilby bredbåndstjenester i sluttbrukermarkedet. Nkoms mener således at det er forholdsmessig å stramme inn prisreguleringen av slike tjenester ved å stille krav om kostnadsorienterte priser understøttet av krav om kostnadsregnskap. Dette må etter Nkoms vurdering gjelde selv om det ikke har vært konstatert konkrete klagesaker knyttet til overprising eller prisklemme knyttet til backhaultjenester under den tidligere reguleringen.

Telenor har varslet sanering av kobbernettet i løpet av de neste 3-4 årene. Dette forholdet gir etter Nkom sin oppfatning ikke grunn til å gå bort fra kravet til å tilby tilgang til backhaultjenester til kostnadsorienterte priser. Nkom viser til at vedtaket fremholder at backhaul er en tjeneste som understøtter både kobberbasert og fiberbasert aksess. Nkom viser videre til at kobbernettet vil eksistere og være underlagt tilgangsplikt i den kommende reguleringsperioden. Hensynet til at reguleringen skal være effektiv, tilsier etter Nkoms vurdering derfor at kravet til prisregulering for backhaultjenester opprettholdes.

2.5.6 «Homes passed»

2.5.6.1 Prisforpliktelsen er en regulering av sluttbrukerprisene i strid med ekomloven

Grunnlag

Telenor mener prisforpliktelsen knyttet til «homes passed» er de facto en regulering av sluttbrukerpriser. Selv om Telenor har anledning til å fastsette den opprinnelige etableringsprisen for fiber til sluttkunder, har Telenor ikke anledning til å ha sluttkundetilbud på annet nivå uten først å varsle tilgangskjøper med to måneders frist. I tillegg viser Telenor til at det i vedtakene er lagt til grunn at i tilfeller hvor det fremgår høyere sluttbrukerpriser enn listepriiser for noen kunder, kan Nkom be Telenor begrunne og dokumentere den høyere etableringsprisen. Det samme gjelder eventuelle økninger i etableringsprisen for konkrete potensielle tilknytninger. Telenor mener at reguleringen dermed omfatter Telenors prising på sluttbrukernivå og viser til at en slik regulering ikke kan ilegges etter ekomloven § 4-9.

Telenor viser til at ekomloven § 4-10 riktignok åpner for at dersom plikter etter § 4-9 ikke vil være tilstrekkelig for å legge til rette for bærekraftig konkurranse, kan myndigheten pålegge tilbyder med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkedene vilkår for tilbud av sluttbrukertjeneste. Samtidig viser Telenor til at forpliktelser etter § 4-10 må bygge på at det foreligger konkurranseproblemer i det relevante sluttbrukermarkedet som ikke kan bøtes på gjennom regulering i det tilhørende grossistmarkedet. Telenor kan ikke se at Nkom har identifisert et slikt konkurranseproblem i sluttbrukermarkedet for fiberaksessnett som tilsier en prisregulering på sluttbrukernivå. Nkom har heller ikke generelt analysert behovet for en regulering av prisen i

sluttbrukermarkedet. Etter Telenors vurdering er derfor prisforpliktelsen ilagt i strid med ekomloven § 4-10.

Nkoms vurdering

Nkom finner grunn til å påpeke at prisreguleringen av «homes passed»-tilgang ikke er en regulering av sluttbrukerpris, men en regulering av grossistpris som baserer seg på gjeldende sluttbrukerpris. Nkom deler ikke Telenors oppfatning av at prisregulering av grossistprodukter som baserer seg på sluttbrukerpris, ikke kan ilegges etter ekomloven § 4-9. Som det fremgår av punkt 608 i Marked 3a-vedtaket og punkt 424 i Marked 3b-vedtaket, mener Nkom at en prisregulering med et pristak som avhenger av Telenors sluttbrukerpris, er sammenlignbar med prisregulering i form av marginiskvistest og pris-minus, som også er former for prisregulering etter ekomloven § 4-9 hvor grossistprisen er direkte knyttet opp mot sluttbrukerprisen til den regulerte tilbyderer.

På bakgrunn av dette mener Nkom at den pålagte prisreguleringen for etablering av «homes passed» ikke er en regulering av sluttbrukerprisen i strid med ekomloven.

2.5.6.2 Prisforpliktelsen er i strid med konkurranse-loven

Grunnlag

Telenor mener at prisforpliktelsen for «homes passed»-tilgang er i strid med konkurranse-loven § 10 og ugyldig. Telenor har på denne bakgrunn anmodet Konkurransetilsynet om å foreta en vurdering og påpekning av konkurransemessige virkninger av prisreguleringen knyttet til «homes passed», jf. konkurranse-loven § 9 bokstav e.

Telenor viser for øvrig til at også ESA i sine kommentarer til Nkom har uttrykt bekymring over de konkurransemessige virkningene av prisreguleringen. Telenor kan ikke se at de konkurransemessige virkningene av kravet om offentliggjøring av konkurransesensitiv informasjon, i kombinasjon med en varslingsplikt ved prisendringer og et konkurranseforbud på Telenor i varslingsperioden, er vurdert i vedtakene.

Broadnet anfører i sine kommentarer til Telenors klage at konkurranse-loven § 10 får anvendelse på avtaler mellom to eller flere uavhengige foretak. Forbudet rammer ikke ensidige handlinger utført i henhold til lovpålagte forpliktelser, slik tilfellet vil være her. Broadnet mener derfor at Telenors argument ikke har noe gyldighet eller relevans.

Nkoms vurdering

Nkom er kjent med at Konkurransetilsynet på bakgrunn av anmodningen fra Telenor vil foreta en slik vurdering, og har hatt dialog med Konkurransetilsynet om dette. Samtidig vil Nkom bemerke at ettersom ivaretagelse av konkurransemessige hensyn er grundig analysert og

drøftet i Nkoms vedtak i Marked 3a og 3b, og vedtakene nettopp har til hensikt å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter, jf. ordlyden i konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e, deler Nkom ikke Telenors oppfatning av at vedtakene er i strid med konkurranseloven og således ugyldige.

Når det gjelder ESAs kommentar som Telenor viser til, gjorde Nkom en fornyet vurdering av andre mulige former for prisregulering av etablering av stikkledning til «homes passed», jf. punkt 621 i Marked 3a-vedtaket og punkt 437 i Marked 3b-vedtaket. Nkom mener derfor at ESAs kommentar om å vurdere effekter i sluttbrukermarkedet av den foreslåtte prisreguleringen for «homes passed», er hensyntatt i vedtakene.

2.5.6.3 Prisforpliktelsen er uforholdsmessig

Grunnlag

Telenor mener at prisforpliktelsen knyttet til «homes passed» er uforholdsmessig. Prisforpliktelsen innebærer at kostnaden for å etablere en stikkledning til «homes passed»-adresser er høyere enn betalingen Telenor kan få fra tilgangskjøpere for slik etablering. Telenor viser videre til at prisforpliktelsen innebærer at Telenor forbys å utføre fortetningssalg i den to måneders varslingsperioden ved endringer i etableringsprisen med tilbud om den varslede etableringsprisen, der denne er lavere enn listeprisen, og mener at et slikt konkurranseforbud på utbygging av egen infrastruktur er svært inngripende og kan ikke se at det er formålstjenlig.

Telenor påpeker videre at det vil kunne foreligge store variasjoner i de faktiske kostnadene for etablering av stikkledning til en «homes passed»-sluttkunde. På denne bakgrunn mener Telenor at en plikt til å begrunne og dokumentere ethvert avvik som innebærer en høyere pris enn listeprisen, vil kunne påføre Telenor et betraktelig merarbeid og innebære en stor byrde. Telenor viser til at en slik plikt kan være tidkrevende og kan redusere Telenors mulighet til å gi tilbud til slike «homes passed»-sluttkunder, noe som i noen tilfeller svekker konkurransen til skade for slike «homes passed»-sluttkunder eller medfører at sluttkunden ikke blir tilknyttet fibernettet.

Telenor kan heller ikke se at en slik begrunnelse- og dokumentasjonsplikt kan være hjemlet i ekomloven § 4-7 om ikke-diskriminering ettersom forpliktelsen ikke sidestiller Telenors egen sluttbrukervirksomhet med tilgangskjøpere. Telenor mener tvert imot at forpliktelsen påfører Telenors sluttbrukervirksomhet byrder som tilgangskjøpere ikke ilegges, og således diskriminerer Telenor i disfavør sammenlignet med tilgangskjøperes mulighet til å konkurrere om «homes passed»-kunder.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig med Telenor i at prisforpliktelsen knyttet til «homes passed» er uforholdsmessig. Nkom viser til at det i vedtakene i Marked 3a og 3b er foretatt vurderinger av alternative former for prisregulering, og det fremgår at Nkom anser en prisregulering basert på prinsippet om å sikre tilgangskjøpere økonomisk replikerbarhet som både forholdsmessig og formålstjenlig.

Når Telenor viser til at prisforpliktelsen innebærer at kostnaden for å etablere en stikkledning til «homes passed»-adresser er høyere enn betalingen Telenor kan få fra tilgangskjøpere for slik etablering, vil Nkom bemerke at betalingen Telenor får fra tilgangskjøpere reflekterer betalingen Telenor selv tar fra sluttbrukere for tilsvarende etablering. Ved etablering av en stikkledning etter forespørsel fra en tilgangskjøper, vil Telenor i tillegg til etableringsprisen få månedlige grossistinntekter, eventuelt sluttbrukerinntekter dersom Telenor skulle vinne kunden på et senere tidspunkt. Det er derfor liten risiko for at Telenor ikke skal få dekket sine kostnader over nettets levetid. Videre er det Telenor selv som fastsetter etableringsprisen i sluttbrukermarkedet, og som det fremgår av punkt 610 i Marked 3a-vedtaket og punkt 426 i Marked 3b-vedtaket, kan Nkom ikke se at prisreguleringen av «homes passed»-tilgang begrenser Telenors handlingsrom ved fastsettelse av priser i sluttbrukermarkedet.

Nkom vil påpeke at prisforpliktelsen for «homes passed»-tilgang ikke innebærer at Telenor forbys å utføre fortetningssalg i en to måneders varslingsperiode ved prisendringer, slik Telenors klage kan gi inntrykk av. Det fremgår av punkt 619 i Marked 3a-vedtaket og punkt 435 i Marked 3b-vedtaket at Telenors egen sluttbrukervirksomhet ikke har anledning til å utføre fortetningssalg i varslingsperioden med tilbud om den varslede lavere etableringsprisen. Telenor forbys derfor ikke å utføre fortetningssalg i varslingsperioden.

For å sikre tilgangskjøpere reelle muligheter for å konkurrere om fortetningssalg i tilfeller hvor Telenor reduserer etableringsprisen i sluttbrukermarkedet, kan Telenors sluttbrukervirksomhet ikke gjennomføre fortetningssalg med tilbud om den varslede lavere etableringsprisen før en tilsvarende prisreduksjon er reflektert i grossistprisen for etablering av stikkledning til «homes passed»-adresser. Som det fremgår av punkt 618 i Marked 3a-vedtaket og punkt 434 i Marked 3b-vedtaket, vil Telenor kunne ha insentiv til å redusere prisene i «homes passed»-listen kort tid før Telenor selv gjennomfører fortetningssalg i området som er berørt av prisreduksjonen. Ettersom systematisk fortetningssalg forutsetter at man har tilstrekkelig tid til å gjennomføre nødvendige forberedelser, vil Telenor på den måten effektivt kunne forhindre at tilgangskjøper kan gjøre fortetningssalg på likeverdige vilkår som Telenors egen sluttbrukervirksomhet. På denne bakgrunn fastholder Nkom at varslingsfrist ved prisendringer er viktig for å avhjelpe dette potensielle konkurranseproblemet.

Nkom deler ikke Telenors oppfatning av at plikten til å begrunne og dokumentere avvik fra listepris vil kunne påføre Telenor et betraktelig merarbeid og innebære en stor byrde. For det første vil Nkom påpeke at det av punkt 615 i Marked 3a-vedaket og punkt 431 i Marked 3b-vedtaket fremgår at Nkom vil kunne be Telenor om slik begrunnelse og dokumentasjon, og at plikten derfor ikke innebærer at ethvert avvik automatisk skal begrunnes og dokumenteres. Nkom legger videre til grunn at Telenor i utgangspunktet har oversikt over områder hvor Telenors etableringspris for fiber i sluttbrukermarkedet avviker fra listeprisen, med en tilhørende begrunnelse for avviket. Nkom vil derfor presisere at plikten til å begrunne og dokumentere avvik kan oppfylles ved at Telenors interne begrunnelse/dokumentasjon for avvik fra listepris som lå til grunn for det initiale fibertilbudet til den aktuelle sluttkunden, oversendes Nkom dersom Nkom ber Telenor om å begrunne og dokumentere avvikende etableringspris.

Nkom er videre ikke enig med Telenor i at plikten til å begrunne og dokumentere avvik fra listepris ikke sidestiller Telenors egen sluttbrukervirksomhet med tilgangskjøpere, og at plikten påfører Telenors sluttbrukervirksomhet byrder som tilgangskjøpere ikke ilegges. Som påpekt ovenfor, legger Nkom til grunn at Telenor har oversikt over områder hvor Telenors etableringspris for fiber i sluttbrukermarkedet avviker fra listeprisen, med en tilhørende begrunnelse for avviket. Nkom mener på denne bakgrunn at oversendelse av allerede eksisterende begrunnelse/dokumentasjon for avvikende listepriser i de tilfeller Nkom ber om dette, ikke kan sies å være en byrde som diskriminerer Telenor i disfavør sammenlignet med tilgangskjøperes mulighet til å konkurrere om «homes passed»-kunder.

Telenor anfører i klagen at ekomloven § 4-7 ikke vil kunne hjemle en plikt for Telenor til å begrunne og dokumentere avvik fra listepris. Nkom er ikke enig med Telenor i at dette er relevant hjemmel for å kunne kreve at Telenor begrunner og dokumenterer avvik fra listepris. Den relevante hjemmelen er etter Nkoms syn ekomloven § 10-3. Nkom vil i medhold av denne bestemmelsen på generell basis kunne kreve opplysninger som er nødvendige for gjennomføringen av vedtak gitt i medhold av loven. Nkom ser at det kunne vært nevnt spesifikt i vedtaket at dette er hjemmelen for å innhente de aktuelle opplysningene. Dette har Nkom til dels gjort for å innhente andre opplysninger som er nødvendig for gjennomføring av vedtaket. Utelatelsen av å nevne dette spesifikt, betyr imidlertid ikke at Nkom ikke har hjemmel for å kunne be om de nevnte opplysningene.

2.6 Varslingsfrister

Grunnlag

Telenor viser til at selskapet er pålagt en varslingsfrist på 3 år ved nedleggelse av linjer, også hvor tilgangskjøper ikke har foretatt store investeringer i utstyr. Telenor viser til at sentrale hensyn bak varslingsfristene er hensyn til investeringer tilgangskjøperne har gjort. Dersom tilgangskjøperen benytter seg av et grossistprodukt i Marked 3b, vil ikke dette være tilfellet.

Telenor mener det vil være urimelig at Telenor skal opprettholde et ulønnsomt punkt i nettet som følge av at en operatør har kjøpt enkeltaksess(er) på Telenors plattform.

Telenor savner i tillegg en klargjøring av kapittel 7.5.5.6 som gjelder endringer i det som er varslet. Teksten kan forstås slik at det må varsles på nytt med ny tilsvarende frist, noe som i fall vil være både urimelig, ubegrunnet og uforholdsmessig.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at Telenors anførsler på dette punktet stort sett er sammenfallende med selskapets kommentarer i forbindelse med den nasjonale høringen av varsel om vedtak. Nkom har således kommentert tidligere at det ikke er grunn til å gi tilgangskjøpere i Marked 3b dårligere vern med hensyn til varsling enn det tilgangskjøpere i Marked 3a har, jf. kapittel 3.6.2 i resultat av høring. I kommentarene viste Nkom blant annet til at også tilgangskjøpere i Marked 3b vil ha behov for forutberegnelighet med tanke på at endringene kan berøre deres forretningsmodell og kontrakter som er inngått med egne sluttbrukere. Nkom kan ikke se at Telenor har kommet opp med nye momenter som skulle tilsi en annerledes vurdering av dette nå.

Når det gjelder Telenors anførsel til kapittel 7.5.5.6, kan Nkom bekrefte at Telenor skal varsle på nytt med samme frist som det opprinnelige varselet dersom Telenor endrer på det eller de forhold som det har blitt varslet endring av. Telenor behøver imidlertid ikke å varsle om endringer av bagatellmessig karakter på nytt. Nkom er derfor ikke enig med Telenor i at Nkom ikke har vurdert forholdsmessigheten av plikten til å varsle på nytt.

Nkom fastholder på denne bakgrunn varslingsfristen på 3 år i Marked 3b og påleggene i begge vedtakene om å varsle på nytt med ny tilsvarende frist ved endringer i det som er varslet.

2.7 Feilrettingspolicy

Grunnlag

Telenor mener at Nkom ikke har hjemmel i ekomloven § 4-6 til å pålegge detaljerte og inngripende forpliktelser relatert til innholdet av Telenors feilrettingspolicy. En slik forpliktelse faller også utenfor det som kan pålegges med hjemmel i ekomloven § 4-1. Telenor mener videre at kravene som er satt for det nedre nivået for kostnadsrammen, i praksis innebærer en forpliktelse til å opprettholde ikke-fungerende infrastruktur. Telenor mener også at det er uklart hvordan selskapet skal gå frem ved endring og implementering av nye kostnadsgrenser.

Videre mener Telenor at både en regulering av det konkrete innholdet i hva som skal dokumenteres ved oppsigelse av aksesslinjen, og tilgangskjøpers rett til å kreve rimelig kompensasjon ved oppsigelse av aksesslinjen dersom Telenor tilbyr sine sluttkunder slik

kompensasjon, er uforholdsmessig. I de tilfellene der det ikke lenger er forretningsmessig å opprettholde aksesslinjen, rammes Telenor og tilgangskjøper likt. Tilgangskjøper må etter Telenors syn bære risikoen for dette for egne sluttkunder.

Nkoms vurdering

Nkom har i medhold av ekomloven § 4-6 hjemmel til å stille krav om at Telenor skal varsle berørte parter om endringer i aksessnettet omfattet av tilgangsplikten. Nkom mener det følger av samme hjemmel at det også kan stilles krav som bidrar til at varslingen oppfyller sitt formål. Nkom fastholder på denne bakgrunn at det er nødvendig å stille krav til Telenors feilrettingspolicy for å sikre at varslingsplikten ellers i vedtaket ikke blir uthulet. Videre må både kravene til det nedre nivået for kostnadsrammen og til dokumentasjon ses i lys av behovet for å motvirke uthuling av varslingsplikten. Nkom fastholder derfor at disse kravene er nødvendig for at varslingsreglene skal oppfylle sitt formål.

Nkom har videre ansett at det er behov for at Telenors feilrettingspolicy inneholder en bestemmelse om tilgangskjøpers rett til å kreve rimelig kompensasjon ved oppsigelse av aksesslinjen. En bestemmelse om kompensasjon finnes allerede i dag i bilag 3 til operatøraksessavtalen punkt 3.6.2. Når det gjelder spørsmålet om hva som kan anses som «rimelig», mener Nkom at Telenors kompensasjon til egne sluttkunder som mister kobberbasert bredbåndstilgang, gir uttrykk for hvilken verdi bortfall av en aksesslinje har for Telenor selv. Nkom mener at denne verdien er overførbar for de tilfellene grossistkundene og deres sluttbrukere mister kobberbasert bredbåndstilgang. Nkom kan på denne bakgrunn ikke se at det vil være uforholdsmessig å kreve at Telenor tilbyr tilgangskjøpere kompensasjon basert på en slik tilnærming.

Nkom viser for øvrig til at Telenor i begynnelsen av februar 2019 anmodet Nkom om et møte med henblikk på å avklare forhold knyttet til prosess og endringer av feilrettingspolicyen. Møtet ble gjennomført 7. februar 2019 og tilbakemeldingene fra Telenor på møtet tydet på at selskapet fikk svar på spørsmålene de hadde knyttet til dette temaet.

Nkom fastholder på denne bakgrunn kravene til Telenors feilrettingspolicy i vedtakene.

2.8 Krav til regnskapsmessig skille

Grunnlag

Telenor mener at det verken er behov for eller forholdsmessig å pålegge krav om regnskapsmessig skille for alle virtuelle kobbererstatninger og regulerte fiberaksesser, i tillegg til prisregulering i form av marginskvistester. Slik Telenor leser vedtakene, er formålet med disse testene blant annet å hindre prisdiskriminering. Pålegg om regnskapsmessig skille er derfor overflødig. Telenor er ikke enig i at det, grunnet allerede etablert opplegg for å rapportere

regnskapsmessig skille, kreves begrenset ressursbruk for å rapportere fremover. Svært mange detaljer må vurderes og analyseres for å sikre korrekt rapportering av regnskapsmessig skille.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at Telenors anførsler i all hovedsak er lik anførselene i Telenors kommentarer til Nkoms varsel om vedtak. Vi viser derfor til resultat av høring, kapittel 3.7. Nkom kan ikke se at Telenor bringer noen nye momenter inn i denne vurderingen, og Nkom opprettholder derfor vedtakene på dette punktet.

3 Oppsummering og innstilling

Enkelte deler av Telenors klage vil Nkom ta stilling til på et senere tidspunkt. Dette gjelder VULA fiber i Marked 3a og kravet til at operatøren kan benytte eget termineringsutstyr hos kunde (ONT), se punkt 2.4.1 over.

Når det gjelder den delen av klagen som gjelder implementeringsfristen for «homes passed», viser vi for ordens skyld til at denne fristen ble endret i Nkoms omgjøringsvedtak 30. januar 2019. Omgjøringsvedtaket ble ikke påklaget.

Når det gjelder klagen for øvrig, kan Nkom ikke se at Telenors klage medfører noe vesentlig nytt i forhold til tidligere innspill. Nkom viser derfor til de vurderinger som er foretatt i vedtaket 20. desember 2018 og fastholder de standpunkter som fremkommer der.

Det har etter Nkoms oppfatning heller ikke i ettertid fremkommet nye opplysninger som skulle tilsi en endret konklusjon fra Nkoms side.

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

Etter vurdering av Telenors anførsler og opplysninger, har Nkom på denne bakgrunn ikke funnet grunnlag for andre endringer eller oppheving av vedtaket 20. desember 2018. Nkom innstiller derfor følgende vedtak i klagesaken:

«Klagen av 24. januar 2019 fra Telenor vedrørende Nkoms vedtak av 20. desember 2018 i grossistmarkedene for henholdsvis lokal og sentral tilgang til faste aksessnett (Marked 3a og 3b) tas ikke til følge.»



I henhold til veiledende regler⁹ for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak etter ekomloven, punkt 4, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkoms innstilling til Samferdselsdepartementet innen en frist på to uker.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
fung. avdelingsdirektør

Einar Meling
fung. seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift

⁹ «Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Post- og teletilsynet etter ekomloven.»



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

Kopi uten vedlegg til:

Telenor ASA, Postboks 800, 1331 Fornebu

Broadnet AS, Postboks 1, Fornebu

NextGenTel AS, Postboks 3, Sandsli, 5861 Bergen