

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom)
Postboks 93
4791 Lillesand

Vår dato
27.01.2020

Vår referanse
2020-49

Deres dato
20.12.2019

Deres referanse
1505331-128

Kun sendt elektronisk

Vår saksbehandler
Terje Nord

TELENORS KOMMENTAR TIL VARSEL OM ENDRING AV VEDTAKENE I MARKED 3A OG 3B

Telenor viser til Nkoms brev av 20. desember 2019 og Varsel om endring av vedtakene i Marked 3a og 3b. I varselet gjøres det en rekke vurderinger og konklusjoner som, hvis endringene gjennomføres, har stor betydning for videre utvikling i det norske markedet for ekomnett og -tjenester.

Telenor viser videre til Markedsvedtakene i grossistmarkedene for lokal og sentral tilgang til faste aksessnett fra 20. desember 2018 og Telenors klage på disse vedtakene, datert 24. januar 2019, som er til behandling hos Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD). Telenor har i klagen underbygget argumenter for at markedene er avgrenset feil i produktdimensjonen, og at en riktig avgrensning er to ulike markeder, ett for høyhastighets bredbåndsaksess (fiberbasert) og ett for lavhastighetsbredbåndsaksess (kobberbasert). I tillegg viser vi til Nkoms varsel om tilleggsvedtak av 28. november 2019 om mobilt bredbånd i marked 3b. Videre vises det til brev datert 11. november der Nkom informerer at de vil fatte tilleggsvedtak til de innholdsmessige kravene til varsling av endringer i selskapets eksisterende infrastruktur. Endelig vises det til pågående arbeid knyttet til forespeilet vedtak for et fiberbasert VULA produkt i Marked 3a.

Det er utfordrende å navigere i omfanget av varslinger, presiseringer og pålegg i kjølvannet av Markedsvedtakene fra desember 2018. De til dels motstridende signalene i de ulike brevene, gjør det vanskelig å forstå helheten og grunnlaget for pliktene som vurderes pålagt Telenor. Dette siste varselet gjør heller ikke noe forsøk på å klargjøre grensene mellom dette varselet, der for eksempel Telenors hjemmebredbåndmobil (HBM) produkt tilsynelatende ikke er ansett å være en fullgod erstatning for kobberbasert tilgang, opp mot varselet om at Telenor pålegges å tilby et grossistprodukt for tilgang til fast mobil bredbånd som en erstatning for nettopp kobberbasert tilgang.

Uavhengig av overnevnte uklarheter og uenigheten om markedsanalysen mener Telenor at summen av innstramningene Nkom foretar i henholdsvis tilgangs-, transparens-, ikke-diskriminerings- og prisreguleringen ikke er proporsjonal og treffende i forhold endringen i konkurranseforholdene i tiden etter Markedsvedtakene.

I det følgende vil Telenor kommentere premissene og revurderingene Nkom foreslår å legge til grunn for skjerpet regulering i de to grossistmarkedene (Marked 3a og 3b) for fast bredbåndsaksess.

Informasjon som er markert med **gult** er forretningshemmeligheter som må unntas offentlighet og innsyn.

Telenors hovedinnvending til varslet regulering av bredbåndsaksessmarkedene er at Nkom baserer sin analyse på en utdatert markedsanalyse. En oppdatert, framoverskuende markedsanalyse som tar inn over seg teknologisk utvikling og endrede markedsforhold, må gjennomføres for å sikre målsetningen om at alle brukerne i hele landet skal ha gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester. Dette skal oppnås gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, investeringer i ny infrastruktur, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon. Svenske og danske ekommyndigheter har, i motsetning til norske myndigheter, tatt denne markedsutviklingen til etterretning, og bredbåndsmarkedene er avgrenset i tråd med kundenes preferanser med et separat marked for fiberbasert bredbånd.

Moderniseringen Telenor nå gjennomfører gjøres fordi kobbernettene er 100 år gammelt og ikke har nok kapasitet til fremtidens krav og forventninger. Dette bekreftes av kundene våre, som velger bort kobbernettene. Telenor deler myndighetenes mål om at innbyggere og næringsliv i hele landet skal ha tilgang til en god bredbåndstjeneste. Fremtidens behov løses imidlertid ikke med gårsdagens teknologi, og kundene viser tydelig at de ønsker mer moderne teknologiske løsninger. Nedleggningen av kobbernettene, som vi opplever har støtte fra politiske myndigheter, innebærer nok at konkurransen endres, men etter vårt syn *ikke* at den svekkes. Snarere tvert imot. Slik Telenor ser det bidrar både markedsutvikling og saneringsbeslutning til å svekke Telenors markedsstilling i bredbåndsmarkedene, og i de relaterte grossistmarkeder. Dette underbygges med erfaringstall fra 2019, som blant annet viser at [REDACTED]

I den grad Nkom likevel mener at konkurranseproblemer potensielt oppstår for eksempel knyttet til tilbud til profesjonelle kunder der kobberbasert tilgang benyttes som innsatsfaktor, må det regulatoriske tiltaket relateres til analyse av markedsrealitetene i dette markedssegmentet, og behovet for særskilt regulering må begrunnes. Dette forsterker ytterligere behovet for en ny markedsanalyse.

I forslaget til regulering behandles Telenors fiberinfrastruktur (<25% markedsandel) nærmest som et fellesgode, mens fiberinfrastruktur etablert av andre (>75% markedsandel) forblir lukket og således ikke blir en del av løsningen for å fremme bærekraftig konkurranse som leverer brukeropplevelser ift ekomlovens formål. Dette er et stort paradoks.

For Telenor og for norske bredbåndskunder, vil varslets foreslåtte tilstramning i reguleringen vanskeliggjøre en ønsket utvikling om gode, rimelige og fremtidsrettede ekomtjenester. Man skriver ut «feil medisin til feil diagnose». Resultatet kan dermed bli at reguleringen utilsiktet

- Forsinker og fordyrer Telenors fastnettsmodernisering og dermed vår evne til å tilby kundene nye og moderne løsninger, ved å pålegge Telenor kostnadsdrivende tiltak relatert til verdikjeden for fiber (salg og utbygging) og restriksjoner som forhindrer effektivisering.
- Potensielt medvirker til sterke digitale skiller i Norge, hvor marginale og ulønnsomme områder for fiberutbygging vil måtte ta til takke med dårligere tilbud enn sentrale områder.
- Foreslår virkemidler som ikke har hjemmel i ekomloven.

Overstående vil ha vesentlige og varige negative konsekvenser for sluttbrukermarkedet. Bredbåndsreguleringen skal for øvrig i prinsipp være en minimumsregulering, men det er lite som

minner om det. Dette varselet om endringer illustrerer hvordan man overregulerer én aktør i et forsøk på å kompensere for at en utdatert analyse peker ut regulatoriske løsningsveier som ikke fører frem. For heller å få en målrettet regulering, som er tilpasset dagens faktiske konkurransesituasjon, må kartet må tegnes på nytt.

1. Revurdering av forpliktelsene i Markedsvedtakene

Som innledning og bakgrunn i kapittel 1 hevder Nkom at Telenors beslutning om avvikling av kobbernettet bidrar til å forsterke konkurranseproblemene som ligger til grunn for forpliktelsene Telenor ble pålagt i Markedsvedtakene.

Nkom konkluderer med at Telenors strategiske valg om kobbersanering ikke svekker Telenors stilling i bredbåndsmarkedet. Videre fremkommer det at «..legger til grunn at Telenor ikke fatter strategiske beslutninger som innebærer at selskapets markedsposisjon svekkes sammenlignet med alternative strategiske beslutninger».

Hvordan beslutningen om at Telenor skal legge ned kobbernettet, et arbeid Telenor påbegynte i 2011, påvirker Telenors markedsstilling i de relevante markedene burde vært analysert eksplisitt. Å «legge til grunn» er ikke tilstrekkelig grunnlag for å konkludere på behovet for en tilstramning i regulatoriske virkemidler. Nkom er vel informert om at den strategiske beslutningen om å avvikle kobbernettet baseres på markedsempiri som dokumenterer at nettet tømmes for kunder, at kundene velger andre teknologier som bedre kan møte deres behov, og at kostnadene ved å opprettholde nettet blir for tunge i forhold til antall gjenværende kunder. Telenors beslutning om å forsere nedkoblingen av kobbernettet ble tatt basert på en bred analyse av kundeflukt og kostnader ved drift og vedlikehold av nettet. I 2019 alene var nedgangen på telefoni og bredbånd henholdsvis 24% og 20% (alle markedsutløp). Fra toppnotering har nedgangen dermed vært på hhv 90% og 50% for tjenestene telefoni og bredbånd over kobber.

Slik Telenor ser det bidrar både markedsutvikling og saneringsbeslutning til å svekke Telenors markedsstilling i bredbåndsmarkedene, og i de relaterte grossistmarkeder som kan kvalifisere til særskilt regulering. Dette underbygges med erfaringstall fra 2019, som blant annet viser at

Telenor erfarer at beslutningen om å avvikle kobbernettet medfører at kundene velger andre løsninger raskere enn de ellers ville gjort. Telenor taper en stor andel av kundene som forlater kobbernettet til andre eiere av fiberbasert infrastruktur, og Telenors markedsandeler faller derfor i sterkere grad enn før saneringsbeslutningen. Det er likevel forretningsmessig rasjonelt å gjennomføre saneringen, fordi kostnadene ved kobbernettet ikke reduseres tilsvarende som inntektsbortfallet så lenge det finnes kunder i kobbernettet.

Telenor arbeider derfor langs to retninger samtidig som kobbernettet avvikles

1. Fortsatt kommersiell utbygging av fiber basert på forretningsmessige vilkår i sterk konkurranse med andre fiberoperatører
2. Tilby fast bredbånd over mobilnettet til kunder der Telenor ikke har annen alternativ infrastruktur

Telenor varsler tilgangskjøperne om nedleggelsen av kobbernettet i tråd med eksisterende tidsfrister i reguleringen, mens praksisen i Telenors sluttbrukervirksomhet har vært å sette kortere frister for Telenors egne sluttkunder enn de fristene som gjelder for eksterne tilgangskjøpere. Siden de kobberbaserte grossistproduktene er tilgjengelig i hele varslingsperioden, vil også dette forholdet kunne bidra til å bedre konkurransesituasjonen for tilgangskjøperne i varslingsperioden som er på hele 3 år.

Telenor vil når kobbernettet er trukket tilbake ikke lenger ha et landsdekkende fastnett, og har derfor per i dag ikke et fullgodt alternativ for alle adresser som i dag har en kobberaksesstilknytning. Men på grunn av den markedsmessige utviklingen eksisterer det i dag fiberbaserte alternativer fra andre tilbydere de fleste steder Telenor ikke kan tilby dette, og det er allerede mange områder der lokale fiberaktører er eneleverandør.

I varselet konkluderes det, uten at det er gjennomført en ny markedsanalyse av markedet, med at konkurranseproblemene forsterkes, at Telenor fremdeles har sterk markedsstilling og at det er behov for å revurdere innhold og omfang av pliktene Telenor er pålagt. Konkurranseproblemene som Nkom mener forsterkes av at det er satt en gitt sluttdato for kobbernettet vurderes kun med henblikk på den negative effekten for den tjenestebasert konkurransen basert på kobbernettet, og effekten for et fåtall grossistkunder. Analysen tar således ikke hensyn til positive effekter for

konkurrenter som har investert i, og selv investerer i høyhastighetsnett, og for mobildekningen i hele Norge.¹

Det uttrykkes bekymring for at konkurranseproblemene relatert til vertikal overføring av markedsrett kan forsterkes, men det tas ikke hensyn til at Telenor ikke har markedsrett i fibermarkedet og er strengt regulert i mobilmarkedet, eller at man forskutterer en infrastruktur som Telenor ikke har etablert, men eventuelt må etablere i et velfungerende fibermarked med konkurranse.² For konkurransen i det norske bredbåndsmarkedet er mangelen på oppdatert markedsanalyse særlig alvorlig fordi det gjør at hovedutfordringen for den tjenestebaserte konkurransen ved at kobbernettet avvikles ikke fremkommer: Mangel på tilgang til etablerte fiberaksesser også fra øvrige fiberaktører i markedet som utgjør mer enn 75% av fiberaksessene.

I sin medieomtale av eget varsel siteres Nkom på at dette er den første større revurderingen av reguleringen av bredbåndsmarkedet. En slik revurdering bør forutsette ny og oppdatert markedsanalyse inkludert en ny analyse av om det eksisterer aktører med sterk markedsstilling. Telenor minner om at analysen som lå til grunn for Markedsvedtakene fra desember 2018 ble påbegynt i 2015 og markedsdataene til grunn for vedtakene er fra 1. halvår 2018. Det fremgår for øvrig tydelig av Telenors klage på markedsvedtaket at Telenor allerede på vedtakstidspunktet mener at markedet er avgrenset feil. Siden 2018 har både svenske og danske reguleringsmyndigheters markedsanalyser konkludert i samsvar med det Telenor har dokumentert er tilfelle også for det norske markedet (mao at fiber og kobber tilhører ulike produktmarkeder).³

Telenor vedlegger Etno's brev til Kommisjonen vedrørende PTS sin markedsanalyse (Sverige). Innspillet illustrerer hvordan ekom-aktørene i Europa (både netteiere og tilgangskjøpere) vurderer de metodiske krav som skal ligge til grunn ved markedsanalyse og påfølgende særskilte forpliktelser. Etno legger særlig vekt på korrekt markedsavgrensning, nasjonale ulikheter mellom medlemstater, geografisk analyse og virkemiddelbruk som adresserer konkurranseproblemet som er Oppsummert mener Telenor at tilstramming av forpliktelser, kun basert på vurdering av saneringsbeslutningens antatte effekt på konkurranseproblemer og uten å vurdere eventuell effekt på SMP-analysen, strider med fastsatt ekomrettslig metode.

¹ Altibox og NTE har eksempelvis uttalt at Telenors nedleggelse av kobbernettet vil gi økt fiberutbygging. Se <https://www.aftenbladet.no/lokalt/i/70pgJ8/lyse-tar-initiativ-til-bygdedugnad-endelig-fiber-pa-klostergarden> Og artikkel «Telenor legger ned bredbånd» i Avisa Sør-Trøndelag, 25. april 2019.

² Teleanalytiker Harald Wium Lie gir en god og reflektert beskrivelse av status for det norske fibermarkedet her: <https://www.digi.no/artikler/norsk-fiberbransje-er-inne-i-en-gullalder/483258>

³ Lenke til PTS notifisering til EU-kommisjonen <https://www.pts.se/sv/dokument/remisser/telefoni--internet/2019/samrad-med-eu-kommissionen-om-marknad-3a-och-3b/> og Ervervsstyrelsen sin analyse i rapporten som for tiden er på nasjonal høring «Udkast til produktmarkedsafgrænsning for marked 3, Engrosmarkedet for netadgang til lavkapacitetsinfrastruktur på et fast sted; Engrosmarkedet for netadgang til højkapacitetsinfrastruktur på et fast sted; 18 december 2019.

2. Revurdering av kriteriene for avgrensning av systematisk utbygd fibernett

I kapittel 2 peker Nkom på skillet mellom enkeltstående fiberaksesser og systematisk utbygde fibernett slik dette er fastsatt i Markedsvedtakene. Nkom konkluderer at siden aksessnett som bygges basert på utbyggingsanalyser for definerte geografiske områder er å regne som systematiske utbygginger, er det relevant at Telenor har lovet alle kunder i kobbernettet en alternativ tilknytning og det vises til at Telenor har gjort en utbyggingsanalyse på adressenivå i hele landet. Telenors lovnad om å erstatte kobbernettet med fiber eller mobilbasert aksess innebærer altså slik Nkom vurderer det at Telenors utbygging av alle fiberaksesser som er blitt ferdigstilt etter 1. februar 2019 er å anse som systematisk utbygd fibernett. Disse aksessene underlegges dermed forpliktelsene i Markedsvedtakene.

Det synes som Nkom mener omklassifisering av et beskjedent antall Telenor-eide enkeltstående fiberaksesser til bedriftsmarkedet, som av meget gode grunner er holdt utenfor reguleringen, skal adressere utfordringene med Telenors begrensede fiberdekning.

I Markedsvedtakene fremgår det at tilgangsplikten til Telenors fiberaksessnett omfatter «*systematisk utbygde fiberaksessområder*». Telenor er uenige i Nkoms tolkning av Markedsvedtakene på dette punkt, og kan ikke se at Nkom har hjemmel til å utvide tilgangsplikten ved å innføre et skille basert på en nærmere angitt dato for hva som er omfattet av reguleringen og ikke. Det må fortsatt foretas en vurdering av om utbyggingen i det enkelte område er å anse som «*systematisk utbygd fiberaksessområde*». Nkom har tidligere, basert på krav fra departementet, foretatt en presisering av hva som ligger i dette begrepet, jf. brev fra Nkom av 6. august 2015. Her fremgår følgende:

«Områder som bygges ut basert på en utbyggingsanalyse (gjerne basert på en markedsundersøkelse eller lignende av hvor mange potensielle kunder som er i et geografisk område, og/eller flere oppsamlede enkeltbestillinger), er å anse som en systematisk utbygging.

*Dette gjelder både til bolig- og næringsområder (næringsparker og næringsbygg). Disse aksessnettene er å anse som planmessige **utbygninger til en gruppe med kunder**. Det samme gjelder dersom Telenor velger å erstatte dagens kobberaksessnett med nytt fiberbasert aksessnett i et område.*

Enkeltstående fiberaksesser er ikke en del av tilgangsplikten for fiberbasert LLUB. Aksesser som ligger utenfor systematiske utbygde aksessnett, er å anse som enkeltstående fiberaksesser. Slike aksesser vil typisk være bygget ut på oppdrag fra profesjonelle kunder (i denne sammenhengen bedrifter/virksomheter, herunder grossistkunder) og i liten grad fra privatkunder. I slike tilfeller er det kunden som tar kontakt med Telenor for å bestille en enkeltstående fiberaksess, ikke Telenor som gjennomfører en kartlegging og markedsfører tilbudet overfor kunden.

Dersom Telenor på bakgrunn av flere enkeltstående bestillinger/forespørslers i samme område planmessig bygger ut et nett som dekker flere aksesser, vil dette imidlertid være å betrakte som systematisk utbygging. Videre utbygging av fiberaksesser i et område, som gjør at enkeltstående fiberaksesser ikke lenger kan regnes som enkeltstående, vil medføre at statusen til slike aksesser endres til systematisk utbygget fiberaksessnett. Én eller flere enkeltstående bestillinger/forespørslers

som resulterer i utvidelse av et allerede systematisk utbygd aksessnett, vil defineres som en del av dette aksessnettet.»

Varselets beskrivelse av implikasjonen beslutningen om kobbersanering har for fiberutbygging og omklassifisering må etter Telenors syn bero på en misforståelse. Telenors utbygging av planlagte systematiske fibernett følger i dag den samme prosessen som tidligere og er basert på forretningsmessige vilkår. Telenor gjør rene markedsmessige kommersielle vurderinger når man vurderer områder for fiber. Når man har funnet mulige områder for utbygging vil man være avhengig av kundeoppslutning, grunneierrillatelser, gravetillatelser, entreprenørkost og andre kostnader før endelig beslutning blir tatt om å bygge ut et område til en gruppe kunder.

Konkurransen om å etablere fiber lokalt er sterk og langt fra avsluttet. I et fibermarked med utpreget konkurranse om gjenstående attraktive områder vil det fortsatt kunne komme forespørsler fra profesjonelle enkeltkunder (bedrifter, organisasjoner, offentlige myndigheter mv) som også blir gjennomført. Beslutningen om å etablere fiberinfrastruktur til disse kundene er basert på andre kommersielle og tekniske vurderinger enn de som ligger til grunn ved en geografisk områdeanalyse og systematisk utbygging av fibernett til en gruppe kunder. Telenors kommersielle vurderinger og prosess knyttet til bygging av enkeltstående fiberaksesser til bedriftsmarkedet endres således ikke av kobbersaneringen eller ved tidspunktet for offisiell kommunikasjon om denne beslutningen. Videre vil det ofte kunne være andre aksessprodukter som er etterspurt av bedriften der det etableres en enkeltstående fiberaksess. Slike aksessprodukter er et annet sluttbrukermarked enn standardisert internettaksess, og Telenor har heller ingen sterk posisjon i dette markedet for høykvalitets punkt til punkt fiber eller for ulike typer fiberbasert internett og WAN aksesser til bedrifter (jf Nkoms egen markedsanalyse av marked 4). Telenor kan ikke se at beslutningen om å sanere kobbernettet innen utgangen av 2022 innvirker på denne ulikheten i sluttbrukerbehov. Det forandrer heller ikke måten en fiberaksess faktisk teknisk blir realisert i de to type-tilfellene eller grunnlaget for skillet som ble stadfestet av Nkom i Markedsvedtakene fra desember 2018.

Nkom innfører et tidsskille 1. februar, men det finnes mange eksempler på aksesser som ikke er systematisk utbygget og som ble ferdigstilt etter 01.02.19. Eksempelvis underslås ledetiden på bygging av enkeltaksesser som ofte er flere kvartaler. I tillegg vil det fortsatt bli levert enkeltaksesser (på bestilling) i områder der Telenor ikke bygger generelt aksessnett (f eks områder vi tenker skal dekkes av mobil eller andre operatører har etablert generelt fibernett).

Telenor vil ikke kunne erstatte samtlige gjenværende kobberaksesser med alternativ teknologi. Gitt den sterke konkurransen i markedene, og det faktum at regionale monopoler av andre operatører enn Telenor er etablert i deler av landet, vil en stor andel av kobberaksessene erstattes med fiber- og mobil-løsninger fra andre operatører. Utbyggingsanalysen Nkom henviser til, og som Telenor ved flere anledninger har gjennomgått med ekomyndighetene er heller ikke en utbyggingsplan, men en hypotese om hva som for Telenor er mest kostnadseffektiv alternativ bredbåndsleveranse til adressen, basert på dagens markedssituasjon.

Telenor ser ikke at Nkom i varselet har begrunnet hvorfor det etablerte skillet mellom systematisk og enkeltstående fiberaksesser skal oppheves for all ferdigstilt utbygging etter tidspunktet 1. februar 2019 og hvorfor grunnlaget for etablering av avgrensningen ikke lenger er gyldig, ei heller at detaljert kontroll av omklassifisering av tidligere enkeltstående aksesser er nødvendig.

Nkom må under enhver omstendighet trekke opp skillet mot Marked 4 (høykvalitets aksesser til bedrifter) i forhold til de enkeltstående fiberaksessene som skal omklassifiseres eller automatisk inngå som systematisk utbygd fiber. Slik Telenor vurderer det vil svært mange av de argumentene Nkom selv har fremført for å friskmelde marked 4 gjelde for de enkeltstående fiberaksessene.

Oppsummert mener Telenor at Nkom feiltolker hvordan Telenor selger og bygger fiber til slutt kunder som berøres av kobbersanering og særlig hvordan fiberbaserte tjenester selges og bygges til profesjonelle bedriftskunder. Telenor kan ikke se at beslutningen om å sanere det resterende kobbernettet i løpet av 4 år har betydning for klassifiseringen som ble fastsatt i Markedsvedtakene.

2.1. Kontroll med omklassifisering av enkeltstående fiberaksesser

Nkom varsler også at Telenor vil bli pålagt en plikt til å gi opplysninger om omklassifisering av enkeltstående fiberaksesser. Telenor skal gjøre slik rapportering til Nkom innen 1. mars og 1. september hvert år fra 2020.

I dag gjøres omklassifisering ved ombygging fra P2P til GPON, per reaktivt solgte kundeaksess, dersom det er flere nærliggende kunder i området. Ved en omklassifisering utvides også automatisk VULA tilbudet til å omfatte de ombygde aksesser. All fiberutbygging foretatt av markedsutløpet i bedriftssegmentet er basert på vurderinger av forretningsmessig lønnsomhet og i stor grad selges det først til en kunde og deretter bygges fiber til kunden reaktivt. Pt. foreligger det begrenset antall større utbyggingsplaner for bedriftskunder. Også i 2020 vil det kun være en liten andel proaktiv utbygging, det vil si at det bygges først og fylles med kunder etterpå. Det er også verdt å merke seg at når det bygges en helt ny aksessinfrastruktur til bedrifter i Norge, er dette svært kostbart. I mange tilfeller er vi avhengige av at kunden bidrar med en høy etableringspris for å få besluttet utbyggingen.

Dersom kravet om omklassifisering innføres må det utvikles et system for synliggjøring, klassifisering og system-støtte, og rapporteringen må systemiseres og implementeres. Prosesser og rutiner må utvikles og implementeres. Dette vil kreve oppbemanning og nye ressurser. Dette påfører både ekommyndigheten og Telenor en ressursbruk som ikke står i forhold til den eventuelle gevinsten med økt kontroll med Telenors omklassifisering.

Telenor ber i lys av overstående om at Nkom revurdere behovet for den varslede plikten til rapportering slik den fremkommer i kapittel 2.2.1.

3. Utvidet tilgang til det kobberbaserte aksessnettet

I varselet pålegges Telenor med hjemmel i ekomloven § 4-1 en plikt til å opprettholde tilgang til kobbernettet for tilgangskjøpere inntil relevante erstatningsprodukter på grossistnivå kan tilbys av Telenor. Nkom anfører i kapittel 3.1 at de har hjemmel til å pålegge Telenor å sikre at tilgangskjøperne har mulighet for tilgang til et landsdekkende nett for sine tilbud i sluttbrukermarkedet. Basert på varselet ser det ut som Nkom mener at dette ikke følger av ordlyden i ekomloven § 4-1, men at Kommisjonens NGA veiledning punkt 39 samt tilgangsdirektivet artikkel 12 c) slik Nkom tolker disse gir hjemmel til det og derfor må det også gjelde for ekomloven § 4-1.

Slik Telenor forstår varselet er behovet for en slik utvidet fortolkning av ekomloven § 4-1 begrunnet med at tilgangskjøpere i kobbernettet, eksemplifisert med NextGenTel og Global Connect, vil kunne miste kunder eller konkurransekraft som følge av at tilgangen til det landsdekkende kobbernettet vil forsvinne innen 2023.

3.1. Kommentar til Nkoms hjemmelsgrunnlag

Ordlyden i ekomloven § 4-1 gir ingen støtte for at myndigheten har kompetanse til å pålegge Telenor å opprettholde eksisterende eller etablere ny infrastruktur. Det bestemmelsen hjemler er muligheten til å pålegge SMP aktøren å gi tilgang til eksisterende fasiliteter og infrastruktur. Dette følger også klart av forarbeidene til ekomloven i punkt 1.2. «Mål og prinsipper for regelverket»:

«Bestemmelser som gir nye tilbydere tilgang til eksisterende kommunikasjonsnett videreføres fra dagens telelov. Hensynet til bærekraftig konkurranse krever at tilsynsmyndighetene ved evt. inngrep balanserer netteierens rett til å utnytte sin infrastruktur og den retten nye tilbydere har til tilgang til eksisterende nett for å kunne tilby konkurrerende tjenester».

Det å pålegge en netteier en forpliktelse til å opprettholde infrastruktur og fasiliteter som netteier vurderer som lite hensiktsmessig eller ulønnsomt, er uansett en inngripende forpliktelse som krever klar lovhjemmel.

Under enhver omstendighet er Nkoms henvisning til tilgangsdirektivet artikkel 12 bokstav c) og tolking av ordlyden i denne ikke korrekt. Det artikkel 12 omhandler er tilgang til og bruk av eksisterende nettfasiliteter. Bokstav c) gir anvisning på at det kan pålegges en plikt til ikke å trekke tilbake tilgang til en fasilitet. Den gir imidlertid ikke anvisning på at netteier kan pålegges å opprettholde selve fasiliteten. Ordlyden må uansett tolkes i lys av netteiers behov for å disponere over egen infrastruktur, ref. fortalen til direktivet hvor dette også er omtalt.

Dommen fra Borgarting Lagmannsrett er heller ikke relevant for tolkingen av ekomloven § 4-1 på dette punkt. Uttalelsen i dommen gjelder forståelsen av i hvilken grad myndighetene har hjemmel til å regulere avtalevilkår mellom Telenor og en tilgangskjøper, og hvorvidt en slik hjemmel er begrenset til vilkår som de facto utgjør tilgangsnekt.

Nkom legger videre til grunn at NGA anbefalingen avsnitt 39 skulle gi hjemmel til å tolke ekomloven § 4-1 utvidende, slik at Nkom har hjemmel til å pålegge Telenor å opprettholde kobbernettet inntil et relevant erstatningsprodukt kan tilbys i grossistmarkedet, slik at den landsdekkende tilgangen kan opprettholdes.

For det første kan ikke Kommisjonens NGA anbefaling benyttes til å pålegge Telenor forpliktelser som ikke følger av ekomloven. For andre legger Nkom en uriktig forståelse av avsnitt 39 i NGA anbefalingen til grunn.

Anbefalingens avsnitt 39 innebærer ingen forpliktelse til å opprettholde infrastruktur eller fasiliteter som SMP aktøren planlegger å legge ned, men påpeker at eksisterende SMP forpliktelser bør videreføres og bør ikke bortfalle på grunn av endringer/oppgraderinger i eksisterende infrastruktur med mindre det er oppnådd en migreringsavtale mellom SMP aktører og dennes tilgangskjøpere. Dersom slik avtale ikke foreligger, bør regulatøren sikre at tilgangskjøperen før infrastrukturen legges ned er varslet med 5 års frist.

Anbefalingen kan ikke leses som at kobberbasert infrastruktur ikke kan legges ned hvis nettet er ulønnsomt fordi annen infrastruktur er etablert og kundene har valgt å tilknytte seg dette nettet. Anbefalingens krav til prosess og erstatningsprodukter må også leses i lys av at den mest aktuelle problemstillingen i Europa på den tiden (i 2010) var videreførte regulatoriske krav til ett NGA nett basert på FTTC (modernisert kobbernett eid av SMP aktøren) og ikke en fragmentert markedsstruktur basert på konkurranse om å bygge FTTH.

Denne forståelsen av NGA anbefalingen synes også å være lagt til grunn av Nkom. Både i gjeldende og forrige regulering er det klart forutsatt at Telenor har anledning til selv å disponere over aksessnettet, det være seg endringer i eksisterende infrastruktur eller nedleggelse. Nkom har imidlertid med henvisning til avsnitt 39 i NGA anbefalingen pålagt Telenor forpliktelser om å varsle berørte tilgangskjøpere om endringer og nedleggelse, jf. eksempelvis punkt 3.5.5.2 i marked 3a- vedtaket. I markedsvedtakene er det - under henvisning til norske forhold – avveket fra 5 års fristen i NGA anbefalingen og pålagt en varslingsfrist på 3 år der hvor Telenor gjør endringer som innebærer at aksesser det gis tilgang til bortfaller.

3.2. Danmark og Sverige mer relevante referansemarkeder enn UK og Italia

Nkom henviser videre i vurderingen til UK og Italia og synes å vektlegge dette. Telenor mener markedene i UK og Italia som Nkom henviser til gir lite relevant veiledning. Dette er typiske «FTTC markeder», der kobberinfrastrukturen er modernisert og fortsatt spiller stor rolle i markedet og omfanget av fiber og konkurrerende fiberaktører er svært begrenset.

Når det gjelder Italia som Nkom henviser til er det ifølge AGCOMs markedsrapport fra oktober 2019 slik at 87,5% av de aktive bredbåndslinjene er kobber (med 36,5% FTTC upgrade), mens 5,2% er FTTH og FWA 6,4%. I følge Ofcoms årlige «Connected Nations report» fra desember 2019 er det under 10% fiberdekning, mens 95% kan få minst 30Mbit/s i UK.

Dersom Nkom virkelig vil lære av Ofcom bør man studere relevante elementer fra pågående konsultasjon for et mer helhetlig bilde både av markedsforhold og utforming av regulering som skal gi incentiver til ønsket utbygging av fibernetten: «*Promoting investment and competition in fibre networks – Wholesale Fixed Telecoms Market Review 2021-26*».

Vi antar at eksemplene fra UK og Italia er valgt fordi henvisningene støtter opp under en vurdering Nkom gjør uten at markedssituasjonen i Norge og hva kobbermoderniseringen konkret innebærer er relevant: nedleggelse av kobber og utbygging av ny fast eller mobilinfrastruktur i konkurranse med andre mobil og fastnettstilbydere. Etter Telenors syn må eventuelle referansemarkeder ha betydelig større likhet med det norske markedet for fast bredbånd, slik som Sverige og Danmark.

3.3. Om Nkoms konklusjon om erstatningsprodukter

Nkom konkluderer med at det er behov for å pålegge Telenor å ikke trekke tilbake kobberbasert tilgang som er gitt i Marked 3a og 3b før Telenor har tilbudt relevante erstatningsprodukter (en slik plikt omfatter altså alle kobberlinjer der Telenor ikke tilbyr et relevant grossistprodukt over fast infrastruktur). Begrunnelsen er hovedsakelig å finne i punktene 49 og 50 i varslet og synes å være at tilgangskjøpere i kobbernettet (eksemplifisert med NextGenTel og Global Connect) mister kunder eller konkurransekraft som følge av at tilgangen til det landsdekkende kobbernettet vil forsvinne.

Som nevnt innledningsvis har Nkom i annet varsel om vedtak pålagt grossisttilgang til fast mobil bredbånd i marked 3b. Videre har Nkom varselet vedtak som vil pålegge Telenor å utvikle et nytt fiberbasert grossistprodukt i marked 3a. Til grunn for begge disse varslene om vedtak ligger en underliggende forutsetning om at produktene som inngår i marked 3a og 3b er tilstrekkelig nære substitutter til å inngå i samme relevante marked som de kobberbaserte tilgangsproduktene.

Nkom konkluderer etter en vurdering av tjenestekvalitet ved tjenester basert på fast- og mobilteknologi at tilgang til fast mobilt bredbånd i Telenors 4G nett ikke gir tilsvarende QoS garantier som er mulig ved tilgang til Telenors kobbernett. Mobilbaserte grossistprodukter fremstår derfor ikke som funksjonelle substitutter for kobberbaserte tilgangsprodukter i marked 3a og 3b ifølge Nkom.

Telenor vil til dette først bemerke at marked 3a er avgrenset til kun kobber og fiberbaserte nett. Tilgang til FWA kan derfor uansett ikke pålegges i marked 3a og det synes heller ikke spesielt relevant å diskutere om et slikt produkt er et funksjonelt substitutt for kobberbasert tilgang.

Når Nkom videre i punkt 57-59, med referanse til BERECs foreslåtte retningslinjer, henviser til krav til en fast bredbåndstjeneste, er Telenor usikker på om Nkom generelt stiller spørsmål ved om tilhørighet i sluttbrukermarkedet for standardisert bredbåndstjeneste og dermed også tilhørighet til det relaterte marked 3b eller om Nkom mener at alle grossistprodukter må ha helt identiske produkttegenskaper for å utgjøre ett erstatningsprodukt/substitutt.

BERECs krav er at 1) tjenesten skal leveres til en fast lokasjon, 2) det skal brukes «dedikert utstyr», og 3) enten skal kapasitetsreservasjon være tilgjengelig, eller det skal brukes dedikert frekvensspektrum. De to første punktene vil være oppfylte for Telenors HBM/BBM-produkt, og for fremtidige FWA-produkter. Når det gjelder kapasitetsreservasjon er dette problematisk å implementere i et mobilnett, som i sin natur har (et stort flertall av) brukere som man ikke kan kjenne lokasjonen til. Det er viktig at Nkom har et riktig bilde av hva som er teknisk mulig og bedrifts- og samfunnsøkonomisk effektiv bruk av ressurser i forhold til mulighetene for å reservere kapasitet.

I punkt 61 nevner Nkom at HBM-/BBM-produktene har en øvre grense for hvor stort datavolum som kan konsumeres før makshastigheten automatisk reduseres. Dette er nettopp en konsekvens av at dersom det ikke finnes noen insentiver som motvirker klart overdrevet/unormal bruk, vil det at mobilnettet er en delt ressurs kunne medføre at noen få brukere ødelegger brukskvaliteten til tjenesten for den store majoritet av brukere i et område. Kvoten er satt så høyt at vanlig bruk i en husstand eller bedrift skal være mulig med god margin uten å bruke opp kvoten.

I punkt 64 konkluderer Nkom med at mobilbaserte produkter slik Telenor har beskrevet funksjonaliteten til HBM/BBM produktene, ikke er et funksjonelt substitutt for kobberbasert aksess. Slik Nkom legger til grunn er det altså ikke mulig å tilby et relevant erstatningsprodukt basert på mobilnettet. Når Nkom da stiller krav om at et fullverdig erstatningsprodukt til kobberbasert tilgang må foreligge før kobbernettet kan saneres, vil konsekvensen være at Telenor for en del av aksessene blir tvunget til å opprettholde kobbernettet i lang tid fremover. Dette vil være en svært byrdefull og inngripende forpliktelse som vil legge store begrensninger på Telenors muligheter for å modernisere

fastnettet, og heller ikke en utvikling vi opplever at understøtter myndighetenes mål på bredbåndsområdet.⁴

Videre konkluderer Nkom i punkt 68 at fiberbasert tilgang på grunn av prising og begrenset geografisk dekning kun i begrenset grad vil være et substitutt for kobberbaserte tilgangsprodukter i Marked 3a. Når Nkom da stiller krav om at et fullverdig erstatningsprodukt til kobberbasert tilgang må foreligge før kobbernettet kan saneres, blir konsekvensen av Nkoms tilnærming at Telenor pålegges å bygge fiber til alle adresser før kobbernettet kan saneres.

For Telenor er det uklart hvilken betydning ovennevnte krav til relevante erstatningsprodukter har ettersom Telenor i kapittel 3.1.3 i varselet pålegges å sikre en migrasjonsprosess fra kobberbasert til fiber- og mobilbasert infrastruktur som er transparent og ikke-diskriminerende. Basert på Nkoms krav til relevante erstatningsprodukter finnes det ingen erstatningsprodukter basert på mobilbasert infrastruktur å migrere til. Det samme gjelder for migrasjon til Telenors fiber infrastruktur som dekker mindre enn 25 prosent av tilgjengelig fiber i Norge.

3.4. Om kravet til migrasjonsplan og endrede tilgangsplikter

Nkom setter i kapittel 3.1.3 krav til en helhetlig plan som sikrer at tilgangskjøper har all relevant informasjon om sanering. Dette skal legge til rette for at tilgangskjøper kan informere egne kunder og har like muligheter for å videreføre sine kundeforhold og mulighet for å tilby/selge løsning på samme tidspunkt som Telenor.

Telenor har i dag ingen endelig migreringsplan for alle gjenværende kunder i kobbernettet. Utbyggingsplaner er ikke statiske, men er hypoteser om hvilken infrastruktur som er best egnet ut i fra et øyeblikksbilde. Dynamikk i markedet og «landgrabbing» på fiber medfører kontinuerlige endringer i planene og hypotesene om hvilken teknologi som vil bli tilbudt som alternativ til kobberaksessen.

Telenor har til et utvalg av sine egne sluttkunder på kobbertjenester varslet at deres tjenester blir nedlagt fra en spesifikk dato og at deres tjenester ikke vil bli rettet dersom det inntreffer feil og kunden har tilgang til erstatningsprodukt. Telenor har levert produktene HBM/BBM og hjemmetelefon mobil (HTM) til sluttkunder som ikke lenger blir tilbudt tjenester på kobber – enten ved feil eller nedleggelse. HBM har også vært åpen for salg i utvalgte områder til kunder som ønsker bedre produkter enn det som realiseres på DSL.

⁴ Telenor mener at Nkom gjennom foreslått regulering potensielt vil medvirke til sterke digitale skiller i Norge, hvor marginale og ulønnsomme områder for fiberutbygging vil måtte ta til takke med dårligere tilbud enn sentrale områder.

Telenor hadde tidligere en «bølgeplan» på 6 steg som hadde termineringsdato for kobbertjenester som var levert til Telenors egne sluttkunder på de adressene som inngikk i den enkelte bølge. Hensikten med bølgeplanen var å sikre en fullstendig gjennomføring innen utgangen av 2022. Basert på erfaringer etter gjennomføringen av moderniseringen i 2019, legger Telenor i 2020 opp til å tilby HBM og hjemmetelefon mobil (HTM) til kunder som aktivt ønsker de nye løsningene og ha hovedfokus på å migrere disse kundene over først. Først for 2021 og 2022 vil man vurdere hvordan de resterende kundene kan migreres fra kobbernettet til nye løsninger (bl a satellitt).

Telenor har hele tiden vært opptatt av å gi god informasjon til kunder, grossistkunder, lokale og sentrale myndigheter og offentligheten om moderniseringsprosessen. Telenor mener å ha en helhetlig kommunikasjonsplan som ivaretar de hensyn Nkom har kravstilt i Markedsvedtaket og at denne allerede er kommunisert til grossistkundene. Nkom påpekte i november 2019 at noe informasjon mangler, og her har Telenor korrigert de aktuelle forholdene i kommunikasjonen til operatørmarkedet. Telenor stiller seg uforstående til spørsmålet som stilles ved om prosessen med saneringen av kobbernettet ikke har vært godt nok kommunisert til myndighetene. Telenor viser blant annet til jevnlige møter med Kommunal- og moderniseringsdepartementet og Nkom siden 2012, og særlig gjennom det siste året, som nettopp har hatt til hensikt å holde ekom-myndigheten løpende informert om planer og utvikling.

Ifølge varselet er de produkter Telenor tilbyr i dag ikke fullverdige erstatningsprodukter ift dagens grossistprodukter på kobber. Vi kan heller ikke se hvordan man skal kunne utarbeide en migreringsplan så lenge fullverdige erstatningsprodukter, ifølge Nkom, ikke er tilgjengelige og således ikke kan være en del av planen.

Nkom ser det som formålstjenlig at Bredbåndsforum benyttes for å forankre en plan for migrering for grossistkundene som Nkom kan vedta. Slik Telenor erfarer at Bredbåndsforumet er organisert og fungerer sammen med kravene Nkom stiller til informasjon som skal gjøres tilgjengelig, er dette forumet lite egnet. Det å dele langsiktige analyser rundt mulige fiberprosjekter vil eksempelvis være å dele konkurransesensitiv informasjon i et marked i full konkurranse. Telenor har som tidligere nevnt som en følge av moderniseringen av fastnettet ikke endret kriteriene for hvilke fiberprosjekter som besluttet igangsatt. Telenor kan heller ikke dele analyser om mobilnettet med konkurrerende mobiloperatører konkurrenter uten at dette vil kunne komme i konflikt med reglene i konkurranseloven.

4. Ny prisregulering for VULA ODP

Nkom varslar derfor at Telenor vil bli pålagt å tilby tilgang til ODP i sitt fiberbaserte aksessnett til kostnadsorienterte priser.

Telenor finner det bekymringsverdig at Nkom benytter anledningen til å varsle pålegg om en inngripende prisregulering av Telenors grossistprodukt for tilgang til fiber (VUA/VULA). Nkoms foreslåtte endrede forpliktelser mangler tilstrekkelig rettslig grunnlag og er heller ikke tilstrekkelig godtgjort og begrunnet. Pålegg av en slik inngripende forpliktelse uten en helhetlig drøftelse eller analyse, der alle sider av saken kan bli belyst og de samfunnsøkonomiske konsekvensene vurdert, er ikke i henhold til grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper.

Telenor mener Nkom utvanner prinsippet fastsatt i markedsvedtaket om viktigheten av prisingsfleksibilitet på grunn av konkurransen i fibermarkedet. Det gjøres en overfladisk analyse av reguleringsbehov på priselementet for ODP-tilgang og åpenbart vil en lavere ODP pris kunne være gunstig for andre typer tilgangsaktører enn de(n) eksisterende.

Det er videre svært uklart hvilken LRIC/LRAIC modell Nkom viser til, hva som er relasjon til den overordnede prisreguleringen for fiberbasert tilgang som Nkom henviser de vil komme tilbake til og om Nkom ser for seg at kommende vedtak om Vula i marked 3a berøres av konklusjonen. At Nkom i fagpressen i tillegg forskutterer prisnedgang på tilgang til Telenors fiber gir inntrykk av at Nkom har forhåndskonkludert og er lite tillitsvekkende for Nkoms faglige nøytralitet i kommende revisjon av prisreguleringen (Inside Telecom, 7. januar).

5. Ny standard for ikke-diskriminering

I punkt 3.3 konkluderer Nkom med at det er behov for å endre prinsippet for ikke-diskriminering og at det er grunnlag for å pålegge Telenor å utvikle erstatningsproduktene for kobberaksess på grossistnivå innenfor rammen av EOI.

En EOI forpliktelse vil ifølge Nkom innebære at Telenors sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere av erstatningsproduktene skal bruke de samme systemene/grensesnittene, og dermed få tilgang til samme informasjon og leveransekjeder til samme tid. Kostnaden og kompleksiteten ved å analysere, bryte opp og redesigne Telenors faste verdikjede/produktdesign er ikke utredet eller hensyntatt av Nkom.

Det fremkommer ikke klart av Nkoms varsel hvilke erstatningsprodukter dette gjelder. Tatt i betraktning at Nkom den 28. november 2019 varslet et særskilt tilleggsvedtak i marked 3b om fast mobilt bredbånd hvor det ikke konkluderes med at prinsippet for ikke-diskriminering utvikles innenfor rammen av EOI, legger Telenor til grunn et grossistprodukt for fast mobilt bredbånd ikke skal utvikles innenfor disse rammer. Dersom dette ikke er riktig forstått er det nødvendig at Nkom utdyper hva de konkret mener at EOI innebærer for fast mobilt bredbånd og redegjør for beveggrunnen og forholdsmessigheten ved et slikt pålegg.

Når det gjelder utforming av et nytt grossistprodukt for fiber har Nkom i henhold til markedsvedtaket av 2018 gjennomført en prosess og nasjonal høring i 2019 uten at det foreløpig er

fattet endelig vedtak.⁵ Hvis Nkom med henvisning til konklusjon i dette varselet mener at EOI skal pålegges for Vula må det også her utdypes hva som konkret menes og en rekke øvrige premisser må justeres. Også her ber Telenor om at det redegjøres for begrunnelsen og forholdsmessighet.

Telenor anser Nkoms konklusjon som svært inngripende og potensielt svært kostnadsdrivende. I varslet om vedtak synes det som om Nkom mener feil format på Telenors tilbakemelding (små fonter og mangler ved utskriftsversjon) er tilstrekkelig grunnlag for en slik type intervensjon. Telenor har i tillegg til oversendte dokumentasjon tilbudt både møter og utdypende forklaringer vedrørende støttesystemene.

Telenor finner det bekymringsverdig at Nkom benytter anledningen til å varsle pålegg om en omfattende system- og prosessendringer av Telenors verdikjeder for tilgang til fiber (VUA/VULA). Nkoms foreslåtte endrede forpliktelse er heller ikke tilstrekkelig godtgjort og begrunnet. En slik inngripende forpliktelse kan ikke pålegges uten en nærmere drøftelse eller analyse, der alle sider av saken kan bli belyst og de samfunnsøkonomiske konsekvensene vurdert.

6. Avsluttende kommentar

Telenor vil kontakte Nkom og be om et møte der vi ytterligere vil belyse de ulike problemstillingene som er adressert i dette brevet.

Med hilsen
Telenor Norge AS



Siri Kalager
Leder for myndighetskontakt og regulatorisk i Norge

1 vedlegg: ETNO comment relevant markets Sweden_FINAL -

⁵ I sitt varsel om nytt VULA produkt i M3A har NKOM adressert de samme utfordringene ved å stille en rekke funksjonalitets krav til informasjon og støttesystem som vil gi tilgangskjøperne større muligheter for å håndtere sine produkt og kundebehov. Sannsynligvis er dette en bedre tilnærming for alle parter enn en kostbar, kompleks og langvarig prosess for å implementere et EOI grensesnitt.