

Broadnet AS
Rolfsbuktheien 4
Postboks 1, Fornebu
NO-1330 Fornebu

Org NO 890 164 072 MVA

broadnet.no

BROAD | **NET**

Samferdselsdepartementet
v/Nasjonale kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Vår referanse:
MEJ/PMT
Mottakers referanse:

Dato/Sted:
Fornebu, 15. februar 2019

Antall vedlegg:
2

KOMMENTARER TIL TELENORS KLAGE PÅ NKOMS VEDTAK 20. DESEMBER 2018 OM PÅLEGG OM SÆRSKILTE FORPLIKTELSER I MARKED 3A OG 3B – BROADNET

1 BAKGRUNN

Broadnet AS ("**Broadnet**") viser til Telenor Norge AS' ("**Telenor**") klage på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets ("**Nkom**") vedtak 20. desember 2018 i markedene og 3b ("**Marked 3a**" og "**Marked 3b**").

Telenor mener vedtakene er uforholdsmessige, basert på feil faktum og at de skal lide av andre innholdsmessige feil og mangler (side 33 i klagen). Videre viser selskapet til at dette skal ha direkte betydning for det materielle innholdet slik at vedtakene er ugyldig. Broadnet er uenig i både Telenors konklusjon og selskapets argumentasjon.

I motsetning til det selskapet anfører i klagen er Nkoms avgrensning av både produktmarkedene og de geografiske markedene korrekt. Marked 3a- og 3b-vedtakene baserer seg på felleseuropeiske retningslinjer og anbefalinger. Markedsavgrensningen ble dessuten godkjent av Efta Surveillance Authority ("**ESA**") så sent som i desember 2018. Heller ikke Kommisjonen eller andre europeiske tilsyn har hatt innsigelser i forbindelse med notifikasjonen.

Rapportene fra de eksterne økonomene Telenor har engasjert til å argumentere sin sak, lider dessuten av feil og mangler som påvirker resultatet. De synes dessuten å basere seg på alminnelig konkurranserett, og er dermed lite relevante for avgrensningen av de anbefalte markedene etter den sektorspesifikke markedsreguleringen hjemlet i ekomloven. For øvrig er den vedlagte spørreundersøkelsen "biased" og lite representativ. Den gir ikke grunnlag for å trekke noen sikre konklusjoner om markedsforholdene.

Når det gjelder klagen på de særskilte forpliktelsene, er Broadnet enig i at det er behov for å justere innretningen. Men i den grad vedtaket skal endres, må dette skje i form av en innstramning i tråd med det som fremgår av Broadnets klage 24. januar 2019, ikke den oppmykningen Telenor tar til orde for.

Selskapet har offentlig bekreftet at selskapet vil sanere hele kobbernettene i Norge innen fire år. Den dominerende aktøren mister dermed alle insentiv til å opprettholde og vedlikeholde eksisterende tilganger. Den forestående migrasjonen fra kobber til fiber gir samtidig den dominerende aktøren en rekke nye muligheter til å misbruke markedsrett over tilgangskjøperne. Klagen må leses i lyse av dette.

Broadnet vil i dette brevet kommentere utvalgte rettslige og faktiske anførsler. Av pedagogiske årsaker vil følge samme struktur som i Telenors klage.

2 NEDLEGGELSEN AV KOBBERNETTET FORSTERKER BEHOVET FOR AKTIVT TILSYN MED TELENORS MODERNISERINGSPLANER OG DE VEDTATTE FORPLIKTELSENE

I punkt 793 i Marked 3a-vedtaket datert 20. desember 2018 fremgår det at Telenor verken kunne "bekrefte eller avkrefte at det foreligger konkrete planer om oppgradering av kobbernettene". I kvartalspresentasjonen for Q4 2018 offentliggjort kun én måned senere fremgår det at selskapet har besluttet å legge ned hele det norske kobbernettene "innen fire år" til fordel for ny teknologi.¹ Videre fremgår det at fremdriftsplanen ("roadmap") skal være klar innen midten av 2019.

Broadnet har allerede mottatt varsel om nedstenging av 289 sentraler. Tilbudet om kobberbaserte grossisttjenester vil avvikles i løpet av den samme periode. Eksisterende kunder vil formodentlig enten migreres over på fiberbaserte løsninger (der det er tilgjengelig) eller sies opp.

Broadnet kan ikke se at Telenors beslutning om å sanere den kobberbaserte infrastrukturen får noen direkte konsekvenser for verken markedsanalysen eller de vedtatte forpliktelsene. Reguleringen har en tidshorison på to til tre år.² Nedleggelsen finner sted etter dette tidspunktet. Dominansvurderingen og de pålagte forpliktelsene tar dessuten til en viss grad høyde for en migrering fra kobber til annen infrastruktur i løpet av perioden.

Når det er sagt, vil Broadnet fremheve at verken beslutningen om, eller tidspunktet for, saneringen av kobbernettene var kjent for tilsynsmyndighetene på vedtakstidspunktet. Marked 3a- og 3b-vedtakene tar dermed ikke innover seg hvordan denne avgjørelsen påvirker Telenors insentiver til å gi tilgang i eget nett ganske betraktelig og med det, sannsynligheten for ulike typer konkurranseproblemer. Broadnet vil i korte trekk fremheve at den dominerende aktøren får sterke insentiver til å;

¹ Se slide 7 i Sigve Brekkes presentasjon av fjerde kvartal 2018 datert 30. januar 2019 for Telenor Group. Presentasjonen er tilgjengelig på

<https://newsweb.oslobors.no/obsvc/attachment.obsvc?messageId=468273&attachmentId=178078&obsvc.item=1>

² Ekomloven § 9-3 forutsetter at Nkom sender nye marked 3a og 3b-vedtakene på høring innen 20. desember 2021.

- trenere utviklingen av kobberbaserte tilgangstjenester og tilleggstjenester under henvisning til at infrastrukturen snart skal fases ut,
- trenere utviklingen av mobilbaserte og fiberbaserte erstatningsprodukter, herunder tilgangspunkter i nettet, noe som igjen reduserer forutsigbarheten for eksisterende kobberkunder,
- sette så høye tilgangspriser eller gebyrer for fiberbaserte erstatningsprodukter at det ikke er lønnsomt for eksisterende tilgangskjøpere å benytte dem,
- overfører markedsmakt mellom markeder gjennom å koble regulerte tjenester med ikke-regulerte tjenester for å øke konkurrentenes kostnader og
- holde tilbake informasjon om den planlagte nedleggelsen samt nye erstatningsprodukter så lenge som mulig.

Marked 3a- og 3b-vedtakene tar tak i flere av disse utfordringene. Broadnet mener derfor at beslutningen om å sanere kobbernettet ikke nødvendigvis utløser noe behov for å endre de vedtatte forpliktelsene, utover det som fremgår av vår klage 24. januar. Når det er sagt, innebærer saneringen at Nkom må føre et aktivt tilsyn med Telenor i de kommende månedene og raskt gripe inn mot manglende etterlevelse. Mer konkret ber Broadnet om at tilsynet:

- Raskt innhenter framdriftsplanen for nedleggelse av sentraler og linjer i ulike deler av landet og deler denne informasjonen med tilgangskjøperne.³
- Griper inn umiddelbart dersom Telenor ikke respekterer de pålagte fristene for utvikling av produkter og tjenester mv.
- Raskt sikrer publisering og operasjonalisering av SLA og SLG.
- Ettergår Telenors prising av VULA Fiber mv. for å sikre at konkurrentene ikke settes i marginskvis.
- Stiller krav til Telenors "nye" VULA/VUA fiber produkter etter innspill fra arbeidsgruppen i Bredbåndsforum, på en slik måte at det gis:
 - lik teknisk tilgang lengst ute i aksessene;⁴
 - mulighet til å benytte egen ONT;
 - presise beskrivelser av hvilke produkter som inngår i Marked 3a og hvilke som inngår i Marked 3b.
 - dokumenterte kostnadskalkyle på alle elementer som inngår i produktene, herunder eventuelle endring i kostnad ved kjøp av tilgang på ulike nivåer (OLT vs. ODP/BNG). Eventuelle kostnader til transportledd, losji, etc. må inngå i den samlede kalkylen.⁵

³ Telenor har så langt ikke delt konkrete fremdriftsplaner for nedleggelse av den kobberbaserte infrastrukturen utover den varslede nedleggelsen av 289 sentraler.

⁴ Kobling direkte på Splitter-lokasjon, alternativt OLT der tilgangskjøper ikke er lokalisert ved splitter.

⁵ Dette er nødvendig for å hindre at Telenor overpriser tjenestene ved å holde kostnadskomponenter som er nødvendige for å realisere tjenesten utenfor beregningene. Det er tilfellet i dag for både losji og backhaul.

- Sikres at Telenor lanserer fiberbaserte erstatningsprodukter som egner seg for å tilby konkurrerende tjenester i bedriftsmarkedet når kobber fases ut.⁶
- Sikrer at Telenor etablerer erstatningsprodukter i marked 3a til alle eksisterende B2B-adresser uten vesentlig endring av dagens kostnad for tilgangskjøperne.⁷
- Ettergår Telenors systemer for å sikre at tilgangskjøper gis tilsvarende funksjonalitet mv. i tråd med de pålagte forpliktelsene. Dette omfatter tilgang til både støttesystemer og grensesnitt på de ulike produktene med tanke på bestilling, leveranse og support/feilretting.
- Sikrer at Telenor raskt gir tilgangskjøper tilgang til kart/geodata med oversikt over "homes passed" slik at det er mulig for å andre aktører å planlegge investeringer og benytte seg av de pålagte tilgangsrettighetene i fiberaksesser.
- Sikre at Telenor gir tilgangskjøperne informasjon om hvilken alternativ infrastruktur som vil være tilgjengelig på alle de berørte adressene samtidig med varslet om å legge ned konkrete kobbersentraler.
- Sikrer at Telenor raskt gir tilgangskjøper tilgang til kart/geodata med oversikt over HFC-rør slik at det er mulig for å andre aktører å planlegge fiberutbygging i denne rørinfrastrukturen.

3 NKOMS MARKEDSAVGRENSNING ER KORREKT

3.1 Telenors klage

Telenor anfører i punkt 3.1 i klagen (side 3 flg.) at Nkoms markedsavgrensning "lider av metodiske feil og mangler". Selskapet mener vedtakene må skille mellom sluttbrukermarkeder for (i) internettilknytning basert på kabel-TV og fiber, og for (ii) internettilknytning basert på kobber. Telenor har leid inn økonomene Foros og Kind til å argumentere for hvorfor dette er riktig. Deres rapport konkluderer med at fiber- og kobberbasert bredbånd ikke inngår i samme marked. Dette skal blant annet skyldes at forbrukerne har en sterk preferanse for fiber.

Videre fremgår det av rapporten at fiber har hatt sterk vekst, mens kobberbasert internettilknytning har opplevd en nedgang. De innleide økonomene tar dette til inntekt for at fiber har en sterkere konkurranseposisjon enn kobber.

Telenor har også engasjert Oslo Economics til å utføre en såkalt diversjonsrateundersøkelse som skal vise at sluttkundene ikke ser på kobberbredbånd som et alternativ til fiberbredbånd.

⁶ Frem til nå har både Bredbåndsforum og gruppen for VULA fiber konsentrert seg om erstatningsprodukter tilpasset privatmarkedet basert på GPON-teknologi. Disse produktene er blant annet ikke egnet for å videreføre de produktene med symmetrisk kommunikasjon som bedrifter etterspør (tilsvarende dagens SHDSL-tjenester).

⁷ I praksis innebærer dette at Telenor må pålegges å tilby mørk fiber til nærmeste sentral på samme vilkår som dagens operatøraksess på adresser der Telenor ikke har etablert ett strukturert fibernet.

3.2 Nkoms markedsavgrensning er korrekt

3.2.1 Generelle kommentarer til Telenors anførsler

Broadnet noterer seg innledningsvis at Telenor i denne klageomgangen tilsynelatende bruker betydelige interne og ikke minst eksterne ressurser på å angripe Nkoms markedsavgrensning. Det er ikke unaturlig ettersom snevrere, teknologispesifikke inndelinger av produktmarkedet vil gjøre det vanskelig å konstatere SMP i hvert enkelt delmarked.

Når det er sagt, mener Broadnet at både Telenors overordnede anførsler og rapportene fra de økonomene selskapet har engasjert for å tale sin sak, selv lider av grunnleggende metodiske svakheter og mangler. Vi deler Nkoms konklusjon i Marked 3a- og 3b-vedtakene og kan ikke se at anførslene i klagen skulle tilsi noen en annen markedsavgrensning enn det som ligger til grunn for reguleringen.

Telenor ser bort fra gjeldende markedsavgrensning og blander konkurransenærhet og substitusjon. Videre feilvurderes, etter Broadnets vurdering, forbrukernes valg av produkt i lys av mulig fremtidig markedsutvikling.

Broadnet vil vise til at det er det en etablert praksis at kobber og fiber inngår i samme marked. Det er dermed ikke slik at hovedregelen er at de to aksessformene ses som separate sluttbrukermarkeder. Ved å definere et felles marked for teknologi basert på kobber og fiber (og kabel) avgrenser Nkom således markedet i tråd med gjeldende praksis. EU-kommisjonen viser i sin Explanatory Note til Anbefalingen om relevante markeder til at det finnes mange aksessformer for fast bredbånd og at disse kan være basert på både kobber-, fiber- og HFC-nett.⁸ Kommisjonen vurderer sluttbrukermarkedet for fast internettilgang i Orange/Jazztel-saken (2015), hvor det ble uttalt at det eksisterer et eget marked for fast bredbånd.⁹ Det uttales om ulike typer distribusjonsteknologi at:

"The large majority of respondents to the Market Investigation confirm that the retail market for provision of fixed Internet access services comprises all the different distribution infrastructures: copper, hybrid fibre coaxial ("HFC") cable and FTTH. Consumers can select the service that corresponds to their preferences in terms of price, speed and availability. The geographic coverage of the different technologies varies and some technologies, such as FTTH and HFC cable, have more limited coverage compared to copper so users are able to choose only between the technologies that are present in their respective geographic area. (...)

The Commission considers that the fact that all the different technologies currently compete on the market and given that consumers tend to base their choice of Internet access services on price and speed rather than on the exact delivery technology, do not justify a distinction between the different technologies available on the market. Therefore the Commission

⁸ EU-kommisjonen, Explanatory Note side 35.

⁹ EU-kommisjonen i sak M.7421 Orange/Jazztel (2015) punkt 6.2.

considers that for the purposes of this Decision there is no reason to divide the relevant market according to different infrastructures such as copper, HFC cable and FTTH."¹⁰

Tilsvarende markedsavgrensning fremgår av en rekke andre saker, blant annet Slovak Telekom-avgjørelsen (2014)¹¹, der Kommisjonen uttalte at det defineres et eget marked for:

"[...] the retail mass market for broadband services at fixed location, which is the downstream market for broadband services offered at fixed location ("fixed broadband services") by telecommunications operators to final consumers. (...) The relevant retail product market comprises all the mass market fixed broadband services, whether provided through xDSL or any other fixed access technology (fibre-, cable- or fixed wireless access (FWA)-based)."¹²

Det understrekes videre at:

"[...] In line with its previous decision practice, the Commission considers that broadband accesses offered on the basis of fixed wire line access technologies (DSL, Cable TV and Fibre) are substitutes for one another. From the end user's perspective, ADSL based, cable TV based and fibre based retail products can be considered as substitutes since all three technologies are able to provide standard broadband transmission services suitable for a wide range of the typical mass market applications, and their prices are similar."¹³

Kommisjonen understreker også i sin praksis at det i relasjon til avgrensningen av sluttbrukermarkeder for internetttilgang må ses hen til tilbudssubstitusjon.¹⁴ Av relevans for tilbudssubstitusjon uttalte Kommisjonen uttalte senest i mai 2018 at det var mest passende å inkludere tilgang via kobber, fiber og kabel-TV/koaksialkabel i samme relevante grossistmarked fordi det normalt er mulig for alternative operatører å bytte mellom de ulike nettverkene hvis kommersielle tilgangsvilkår endres, hvilket innebærer at det vil være mer passende å inkludere samtlige tilgangsformer i samme marked.¹⁵

Praksisen viser at det er gjeldende oppfatning at de ulike tilgangsformene inngår i samme marked. Broadnet kan ikke se at det er tilstrekkelige holdepunkter for å fravike dette utgangspunktet i saken.

Broadnet vil også stille spørsmål om det beror på en misforståelse når Telenor og Foros og Kind viser til at forbrukernes økende preferanse for fiber medfører at fiber og kobber ikke inngår i samme relevante produktmarked. Det vektlegges forhold av betydning for konkurransenærheten mellom produktene, som ikke er avgjørende i relasjon til substitusjonsvurderingen og avgrensningen av det relevante markedet. Det er ikke riktig at det kan settes likhetstegn mellom konkurransenærhet og substitusjon,

¹⁰ EU-kommisjonen i sak M.7421 Orange/Jazztel (2015) avsnitt 48-49.

¹¹ EU-kommisjonen i sak AT.39523 Slovak Telekom (2014).

¹² EU-kommisjonen i sak AT.39523 Slovak Telekom (2014) avsnitt 86-87.

¹³ EU-kommisjonen i sak AT.39523 Slovak Telekom (2014) avsnitt 91 med henvisning til tidligere praksis.

¹⁴ EU-kommisjonen i sak M.7421 Orange/Jazztel (2015) avsnitt 39.

¹⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-issued-comments-proposed-regulation-belgian-broadband-and-broadcasting-markets>.

slik Telenor argumenterer for. Konkurransenærhet er primært et verktøy for å vurdere hvor sannsynlig det er at partene i en fusjon etter sammenslåingen vil kunne øke sine priser, og ikke et verktøy som kan tillegges avgjørende vekt ved avgrensningen av relevante markeder. EU-kommisjonen uttaler om konkurransenærhet i sine horisontale fusjonsretningslinjer at:

"Products may be differentiated within a relevant market such that some products are closer substitutes than others. The higher the degree of substitutability between the merging firms' products, the more likely it is that the merging firms will raise prices significantly. For example, a merger between two producers offering products which a substantial number of customers regard as their first and second choices could generate a significant price increase. Thus the fact that rivalry between the parties has been an important source of competition on the market may be a central factor in the analysis."¹⁶ (vår understrekning)

Det vises videre til at det i en fusjonsvurdering vil ha betydning om konkurrerende foretak tilbyr "close substitutes" eller "less close substitutes".¹⁷ Grad av konkurransenærhet varierer således innenfor ett og samme relevante marked, dvs. innenfor de produkter som i sin helhet anses som substituerbare med hverandre.

Konkurransenærheten sier altså noe om hvor nære produktene anses av sluttbrukerne, for eksempel i form av om de er forbrukeres første eller andre valg, men det sier ikke noe om hvilke produkter som i sin helhet anses som substituerbare og derfor må inngå i samme relevante marked.

Broadnet er heller ikke enig i Telenors henvisninger til forbrukernes forventninger om fremtiden. Det er blant annet ikke riktig at forbrukerne velger enten fiber eller kobber basert på forventninger om hvordan markedet vil være i fremtiden. Broadnet kan ikke se at det er dokumentert eller bevist at kobber og fiber vil inngå i separate sluttbrukermarkeder innen et tidsperspektiv på 2-3 år, slik det anføres i kommentarbrevet og Vedlegg 1. Det fremstår som prematurt å konkludere på dette uten tilstrekkelig bevis.

3.2.2 Telenors argumentasjon om markedsavgrensningen i Sverige

På side 6 i klagen tar Telenor de svenske vedtakene i Marked 3a og 3b til inntekt for at det også i Norge finnes separate markeder for kobber og fiber. Broadnet er uenige.

PTS' avgjørelser avviker fra tidligere praksis knyttet til avgrensningen av markedene for faste bredbåndstjenester. Videre baserer konklusjonene seg på særtrekk ved det svenske markedet. Det faktum at Svenske myndigheter velger å definere separate markeder for kobber og fiber innebærer naturligvis ikke at Norske myndigheter skal gjøre det samme. Tvert om krever eksisterende regulering at Nkom avgrenser markedet, utpeker tilbyder med SMP og ilegger særskilte forpliktelser basert på forholdene i Norge. Avgjørelsen kan derfor ikke tillegges vekt.

¹⁶ EU-kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 28.

¹⁷ EU-kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 28.

Det er som nevnt gjeldende praksis fra EU-kommisjonen at det inndeles et samlet marked for faste bredbåndstjenester, der ulike tilgangsformer inngår. Dette er uttalt av Kommisjonen både i relasjon til fusjonsreglene (Sak M.7421 Orange/Jazztel (2015) og senere i M.8131 Tele2 Sverige/TDC Sverige (2016), samt en rekke andre saker) og i adferdssaker (se sak AT.39523 Slovak Telekom).

I relasjon til forholdet mellom kobber og fiber legger PTS avgjørende vekt på at hastigheten for xDSL er lavere enn hastigheten for fiber. De fleste kundene på det svenske markedet foretrekker en hastighet over det xDSL kan tilby. Tilsynet understrekes særlig at lav- og høyhastighetsprodukter således ikke utgjør konkurrerende produkter i Sverige. Det faktum at en stor andel kunder etterspør høyere hastighet medfører altså at disse kundene ikke vil anse kobber som substitutt til fiber. I tillegg vektlegges ulikheter i pris når PTS konkluderer på hvorfor kobber og fiber ikke utgjør substitutter. Av avgjørelsen fra PTS side 46 fremgår det at omkring 70 % av sluttkundene kjøper høyere hastighet enn det som kan tilbys via kobber, dvs. en hastighet på over 100 Mbit/s.

Tilsvarende preferanser for høy hastighet gjør seg ikke gjeldende i Norge. Norske sluttkunder anser i større grad både kobber og fiber som aktuelle alternativer i den grad dette er en sentral preferanse for valg av tjeneste. Nkom vurderer dette i sitt vedtak, og uttaler om PTS sin avgjørelse at "En sentral faktor som leder til denne konklusjonen, er at PTS har identifisert et brudd i substitusjonskjeden (...) PTS anser at det ganske begrensede antall bredbåndabonnement i kapasitetsområdet 30 Mbit/s til 99 Mbit/s er en indikasjon på et slikt brudd. Et tilsvarende brudd kan ikke identifiseres i det norske markedet." Telenor uttaler i sine kommentarer på side 7 at Nkom ved sin uttalelse ikke hensyntar om kundene anser de tre aksessformene, kobber, HFC og fiber som substitutter. Dette må etter Broadnets syn bero på en misforståelse, da det nettopp er substitusjonskjeden i det norske markedet som vurderes opp mot PTS sitt vedtak.

3.2.3 Resultatene i Oslo Economics rapport er verken relevante eller representative

3.2.3.1 Rapporten vurderer kun enveis substitusjon fra fiber til kobber (kabel-tv)

Oslo Economics rapport gjelder kun om kunder som har fiber kan tenkes å bytte til andre aksessformer. Det er ikke gjort noen undersøkelser om substitusjon andre veier. Den enveissubstitusjonen som er gjennomført er lite egnet til å vurdere om Telenor bør og skal pålegges særskilte forpliktelser, da en slik vurdering må ta utgangspunkt i de produkter Telenor tilbyr.

Telenor tilbyr som kjent fast bredbånd via alle tre aksessformer, og har sterkest posisjon i segmentene for kobber (som skyldes tidligere monopolsituasjon) og kabel-tv. Det som må vurderes er om fiber utøver et konkurransepress på disse to segmentene gjennom at kundene kan substituere seg over til fiber. Hvis det er tilfelle vil fast bredbåndbasert på fiber inngå i samme relevante marked som kobber og kabel-tv. Det synes uomtvistet at så er tilfelle.

Broadnet mener at det alene på dette grunnlag kan konkluderes med at fiber inngår i samme relevante marked som de to øvrige aksessformene. Videre tilsier ovennevnte at innfallsvinkelen til Oslo Economics, der man utelukkende ser på enveis substitusjon fra fiber til kobber og kabel-tv er svært lite relevant og egnet til å si noe om Telenor kan sies å ha SMP og bør underlegges regulering.

3.2.3.2 Ensidig fokus på konkurransenærhet sier lite om hva som er det relevante markedet

Oslo Economics finner at fiberkunder i liten grad vurderer øvrige aksessformer som nære alternativer. Det uttales at:

"Resultatene fra vår undersøkelse, kombinert med at de aller fleste med tilgang til fiber velger dette, gjør at vi konkluderer med at fiber og bredbånd ikke er en del av samme relevante marked."

Undersøkelsen til Oslo Economics tar utgangspunkt i en metode for å beregne konkurransenærhet som sier lite om hva som inngår i de relevante produktmarkedene. Det fremgår av Vedlegg 2 punkt 1.1 at Oslo Economics har valgt et format på analysen som er i tråd med diversjonsundersøkelser som jevnlig utføres for å vurdere konkurransenærhet i fusjonssaker. Det uttales at:

"Konkurransenærhet er relevant for avgrensning av relevante markeder. Dersom konsumentene vurderer at to produkter er nære substitutter, vil disse produktene utøve et konkurransepress på hverandre i den forstand at prisen på ene produktet vil ha en innvirkning på etterspørselen på det andre produktet. I så fall inngår produktene i samme relevante marked. Dersom produktene derimot ikke er nære substitutter, er konkurransepresset produktene utøver på hverandre begrenset. I så tilfelle er de ikke i det samme relevante marked."

Som Broadnet har redegjort for i punkt 3.2.1 ovenfor er det ikke slik at det kun er de nære substitutter som inngår i samme marked, også "less close substitutes" kan inngå i det samme produktmarked. En vurdering basert på konkurransenærhet vil derfor ikke gi en dekkende analyse av markedsavgrensningen. Oslo Economics gir uttrykk for et ensidig fokus på konkurransenærhet og den økende posisjonen til fiber, hvilket blandes sammen med substitusjonen.

I en markedsavgrensning må det foretas en bredere substitusjonsvurdering der samtlige relevante momenter inngår. Oslo Economics synes å se bort fra at det faktisk er en betydelig andel sluttbrukere som velger kobber fremfor fiber i dag, grunnet forhold som produktenes liknende karakteristikk og teknisk substituerbarhet. Fast bredbånd tilgang til samme tjeneste (overføring av data) uavhengig av aksessform. Det tilsier at de ulike aksessformene inngår i samme relevante markedet. Av total omsetning i markedet for fast bredbånd, utgjør fiber i overkant av 40 %. Med andre ord er det nærmere 60 % av brukerne som har fast bredbånd basert på kobber eller kabel-tv.

Ofcom uttaler i sine retningslinjer at produktkarakteristika og bruksområde gir gode bevis for substitusjon:

"Evidence on product characteristics may provide useful information where customer substitution patterns are likely to be influenced significantly by those characteristics. Where the

objective characteristics of products are very similar and their intended uses the same this would be good evidence that the products are close substitutes."¹⁸

Oslo Economics viser til at husholdningene stadig etterspør mer båndbredde, og at antall abonnementer på fiber har økt betydelig. Videre understrekes det at kobber i stor grad kan levere nok båndbredde for de fleste tjenester. Det uttales at:

"Til tross for teknisk substituerbarhet har imidlertid fiberteknologien stadig vunnet markedsandeler på bekostning av de andre aksesssteknologiene. I dag har f.eks. 81 prosent av de som har tilgang til fiberbredbånd denne aksessformen."

Dette sier ikke noe om den mer konkrete substitusjonen utover at fiber opplever økende popularitet og at andelen som har tilgang til fiber men likevel velger et annet produkt er på omkring 20 %. Det blir derfor feil når Oslo Economics på denne bakgrunn konkluderer med at det *ikke* finner sted en substitusjon fra fiber til kobber.

Samlet fokuseres det altså ensidig på konkurransenærhet og utviklingen på markedet, og det ses bort fra at det fremdeles er en betydelig andel sluttbrukere som opplever kobber som et fullgodt alternativ til fiber. Det er på bakgrunn av Oslo Economics funn ikke grunnlag for å konkludere med at fiber og kobber ikke inngår i samme marked. At fiber har en sterkere konkurranseposisjon i dag medfører ikke at de ulike aksessformene ikke inngår i samme relevante marked.

3.2.3.3 Resultatene fra Oslo Economics spørreundersøkelser er lite representative og kan ikke tillegges vekt

Oslo Economics har gjennomført en spørreundersøkelse for å kartlegge i hvilken grad kundene selv opplever andre aksessformer som substitutter til fiberbredbånd.

For det første er det på *generelt grunnlag* slik at man må utvise varsomhet med å trekke konklusjoner fra slike spørreundersøkelser. Dette er bl.a. presisert av Ofcom som uttaler om denne typen undersøkelser, som baserer seg på en hypotetisk prisøkning, at:

"customers can sometimes be asked directly how they would react to a hypothetical price rise, although because of the hypothetical nature of the question, answers may need to be treated with a degree of caution." (Vår understrekning.)

Tilsvarende uttaler Hjelmeng og Sørgard i relasjon til spørreundersøkelser ved vurderingen av markedsavgrensningen at dette ikke nødvendigvis gir hele bildet på hvordan markedet må trekkes opp. De viser til at:

"et helt åpenbart problem er hvorvidt en kan stole på de svar kundene gir. SSNIP-testen er et svært abstrakt konsept, og det er ikke gitt at respondentene har virkelig forstått hva som menes

¹⁸ Ofcom, Competition Law Guideline punkt 3.7

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 hadde økt."¹⁹ (Vår understrekning)

For det andre, er det en rekke forhold ved den *konkrete undersøkelsen* som tilsier at resultatene av undersøkelsen må vurderes kritisk og med stor varsomhet, i den grad de kan tillegges vekt overhodet. Blant annet utvalget av respondenter og omstendighetene rundt valg av fiber vs. kobber, og det forhold at majoriteten av respondentene har fiber og TV-tjenester i en pakkeløsning, tilsier at det ligger en rekke potensielle feilkilder i de konklusjoner som forsøksvis trekkes ut av undersøkelsen.

Antallet respondenter er ikke representativt og det er derfor ikke mulig å trekke generelle og allmenn-gyldige konklusjoner. Det fremgår av rapporten at 1041 respondenter har besvart undersøkelsen. Hele 90 % av disse gjorde imidlertid valget de ble spurt om for over ett år siden, og under 30 % av respondentene hadde byttet/tegnet abonnent de siste to årene. Etter Broadnets vurdering er det ikke grunnlag for å legge vekt på svar der respondenten svarer for vurderinger som ble gjort mer enn ett år tilbake i tid. Det innebærer at man i beste fall står igjen med 104 respondenter som med noen grad av kredibilitet kan tillegges vekt, mens det totale antallet private faste bredbåndsabonnement er over 2 millioner (kilde: Nkom statistikk for 2017). Utvalget utgjør således langt under en prosent av det totale antallet brukere. Det i seg selv tilsier at undersøkelsen ikke kan tillegges noen vekt. Broadnet viser også til at over 25 % av respondentene er hjemmehørende i Rogaland og Hordaland, noe som også synes å gi utslag i "markedsandeler", der 51 % oppgir Altibox (Lyse) som leverandør. Undersøkelsen er følgelig også lite representativ geografisk.

Broadnet vil videre peke på at når undersøkelsen kun tar utgangspunkt i en begrenset gruppe kunder, dvs. de som aktivt har byttet til fiberbredbånd, er det egnet til å gi et særlig skjevt resultat av undersøkelsen. Sluttkundene som aktivt nylig har valgt fiber må forventes å være mindre villig til å bytte enn andre fiberkunder. Diversjonsundersøkelser basert på denne kundegruppen vil ikke gi et dekkende resultat for sluttbrukerne på markedet i sin helhet. Det vises i denne forbindelse til Hjelmeng og Sørgards omtale av symmetriske og asymmetriske tester i spørreundersøkelser. I symmetriske tester spørres kun én gruppe kunder, f.eks. de kunder som handler i en butikk som har blitt kjøpt opp, mens i asymmetriske tester spørres ulike kunder, f.eks. kundene både i de butikkene som har blitt kjøpt opp og de som ikke har det. Asymmetriske tester brukes da det kan være slik at diversjonen er høy for en bestemt type kundegruppe, mens den er helt annerledes for en annen gruppe kunder innenfor samme marked. Angående bruk av symmetriske tester, som forutsetter at diversjonsrater målt fra en gruppe kunder kan generaliseres til hele markedet, uttaler Hjelmeng og Sørgard at:

"Det er på ingen måte åpenbart at det vil gjelde, og det kan utgjøre en betydelig feilkilde."²⁰

Broadnet viser også til at det fremgår av rapporten at mange av de som kjøper fiberbredbånd har kjøpt dette i en pakkeløsning sammen med TV-tjenester. Den hypotetiske prisøkningen for disse kundene vil

¹⁹ Hjelmeng og Sørgard, Konkurransopolitikk (2014) side 178.

²⁰ Hjelmeng og Sørgard, Konkurransopolitikk (2014) side 180.

være prosentvis mindre enn for kunder som kjøper bredbånd og TV-tjenester separat. Spørsmålstillingen som er basert på en hypotetisk prisøkning på NOK 50 vil derfor ikke få ønsket effekt i relasjon til en substitusjonsvurdering. Det fremgår også av rapporten at over halvparten av de som valgte fibernett og TV i pakkeløsning anså TV og bredbånd som like viktig i avgjørelsen. Dette medfører at det ikke kan utledes noe om forholdet mellom fiber og kobber fra at sluttbrukerne som har pakkeløsning er lite interessert i å bytte til tross for en mulig prisøkning, da dette vel så gjerne kan bero på vurderinger knyttet til valgt TV-løsning.

Undersøkelsen er, etter Broadnets vurdering, derfor lite egnet til å si noe om kobber og fiber inngår i samme relevante marked eller ikke. De metodiske svakhetene ved undersøkelsen må uansett tilsi at den tillegges svært begrenset vekt.

4 GRUNNLAG FOR NKOMS MARKEDSANALYSE ER KORREKT

4.1 Telenors klage

I følge klagen skal det faktiske grunnlaget for Nkoms markedsanalyse være feil (punkt 3.2 på side 8 flg). Telenor mener SMP-analysen må basere seg på en forutsetning om at kobber ikke utøver et konkurransepress på fiber/kabelbredbånd og således ikke inngår i samme marked.

Selskapet anfører videre at dersom markedsavgrensningene i vedtakene skal legges til grunn, overvurderer vedtaket Telenors evne til å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere. Slik den dominerende aktøren ser det, skyldes den høye markedsandelen i all hovedsak selskapets posisjon innen kobberbasert bredbånd.

For øvrig argumenterer selskapet for at de mange tvistene med tilgangskjøperne om etterlevelse av den sektorspesifikke markedsreguleringen ikke er relevante for vurderingen av SMP.

4.2 Broadnets kommentarer

Som vist over er det ikke grunnlag for å legge til grunn Telenors syn på at fiber og kobber inngår i ulike sluttbrukermarkeder. Nkom tar dermed et riktig utgangspunkt når det konkluderes med at det eksisterer et samlet sluttbrukermarked på tvers av tilgangsformene.

I relasjon til analysen av markedet og utpekingen av Telenor som en tilbyder med SMP mener Telenor det innenfor et samlet sluttbrukermarked uansett må skilles mellom selskapets posisjon innenfor kobber på den ene siden og fiber på den andre. Broadnet kan ikke se at det er grunnlag for dette.

Å vurdere markedet i sin helhet ved undersøkelsen av markedsandeler samsvarer med praksis fra EU-kommisjonen relatert til adferdssaker i ekomarkedet. I Slovak Telekom-saken, der Kommisjonen fant at det eksisterte et sluttbrukermarked for fast bredbånd som inkluderte blant annet både kobber og kabel, ble Slovak Telekom sin markedsposisjon vurdert i markedet i sin helhet.²¹ Det skilles ikke mellom

²¹ EU-kommisjonen i sak AT.39523 Slovak Telekom (2014) punkt 6.1.3.

ulike segmenter av markedet, f.eks. basert på tilgangsform. Det faktum at fiber omtales som "gradually more important" de senere år endrer ikke denne vurderingen.²²

Broadnet er videre ikke enig i Telenors kommentar om at klagesakene ikke er relevant for vurderingen av SMP. Det er riktig at klagesaker i seg selv ikke sier noe om aktørens markedsandeler, men i dette tilfellet illustrerer de konkrete innholdet sakene tydelig at det er et problem at Telenor utnytter sin sterke stilling på markedet. Broadnet forstår ikke Nkom slik at det er det faktum at tilgangskjøperne klager i seg selv som det trekkes slutninger fra, men heller innholdet i sakene og de forhold det tvistes om.

5 DE VEDTATTE FORPLIKTELSENE ER NØDVENDIGE FOR Å SIKRE BÆREKRAFTIG KONKURRANSE

5.1 Generelle kommentarer til Telenors klage på pålegget om særskilte forpliktelser

Telenors klage:

Uten nærmere henvisning til konkrete rettskilder innfortolker Telenor på side 13 i klagen en høyere terskel for illeggelse av sektorspesifikke virkemidler etter ekomloven kapittel 3 enn det Nkom legger til grunn i Marked 3a- og 3b-vedtakene (side 13):

"Vurderingen av om et marked skal underlegges sektorspesifikk tilgangsregulering må som nevnt baseres på en analyse av konkurransesituasjonen i de relevante markedene, og denne analysen må klart dokumentere at slik regulering er nødvendig. Videre er det slik at eventuelle SMP forpliktelser må gjenspeile funnene i markedsanalysen, både hva gjelder hvilket marked som er relevant og de eventuelle konkurranseproblemer som eksisterer i dette markedet (vår understrekning).

[...]

"Etter Telenors syn må man i Vedtakene analysere de ulike konkurranseforhold lokalt og reflektere dette i virkemiddelbruken."

[...]

"I vedtakene begrunnes behovet for strengere regulering av Telenor med en angivelse av hypotetiske og potensielle konkurranseproblemer. I tillegg mangler Vedtakene en analyse av forpliktelsesens totale påvirkning på Telenors insentiver til investeringer i høyhastighetsnett, samt at tidligere investeringer i kobbernettet beskyttes på samme måte som tilgangskjøpernes investeringer."

²² EU-kommisjonen i sak AT.39523 Slovak Telekom (2014) avsnitt 322.

Videre er Telenor uenig i Nkoms vektlegging av infrastrukturbasert konkurranse:

"Det at det foregår stor grad av infrastrukturbasert konkurranse om å bygge nett synes å være tillagt liten eller ingen vekt. Vedtakene mangler vurderinger av og dokumentasjon på de positive effektene reguleringen skal gi opp mot de ulempene den uomtvistelig vil ha for infrastrukturbasert konkurransen og andre negative sideeffekter av intervensjon i markedet (som «rent-seeking», «hold up» problemer og lignende)."

For øvrig spekulerer selskapet i at "vedtakene synes å gå langt i retning av å regulere med henblikk på å sikre fotfeste og lønnsomhet for tilgangskjøpere utover formålet om samfunnsøkonomisk effektivitet og bærekraftig konkurranse".

Broadnets kommentarer:

Broadnet er uenig med Telenor i at ekomloven kapittel 3 eller de underliggende direktivene pålegger Nkom å "klart dokumentere" at reguleringen er nødvendig, analyse av lokale konkurranseforhold eller noen mer inngående analyse av konkurranseproblemer eller de totale konsekvensene for Telenors insentiver. Det er ikke mulig å lese ut slike ytterligere terskler av ordlyd, forarbeider, praksis eller andre relevante kilder.

Broadnet vil dessuten fremheve at Nkom konsekvent har fulgt den samme metodikken i samtlige markeder siden de første vedtaksrundene i 2005-2006, uten innsigelser fra verken den nasjonale klageinstansen (SD), ESA Kommisjonen eller andre som har blitt hørt gjennom artikkel 7-proseduren.

Når det gjelder infrastrukturkonkurransen i det norske markedet, har Nkom vektlagt dette forholdet i både markedsanalysen og ved utformingen av de særskilte forpliktelsene. Broadnet vil peke på at dette kun et er av flere momenter i vurderingen. Det begrunner dessuten ikke fritak fra regulering. Broadnet kan dessuten ikke se at reguleringen de siste 12 årene på noen måte har dempet konkurranse mellom ulike typer infrastruktur eller investeringer i slike nett.

For øvrig kjenner ikke Broadnet seg ikke igjen i Telenors antagelser om at tilsynsmyndighetene i realiteten har en skjult agenda om å sikre tilgangskjøperne "lønnsomhet".

5.2 Telenors klage på utformingen av tilgangsplikten

5.2.1 "Nye fiberprodukter"

Telenors klage:

I klagen argumenterer Telenor på side 14 for at selskapet pålegges å utvikle flere nye produkter "uten sikkerhet for at det faktisk er etterspørsel i grossistmarkedet.". Videre fremgår det:

"Etter Telenors syn foretas det i Vedtakene ingen reell vurdering av behovet for disse produktene sett opp mot den byrden det er for Telenor å utvikle disse. Vedtakene savner videre

en begrunnelse for hvorfor dette pålegges. Ei heller er det vist til hvilket konkurranseproblem forpliktelsen skal avhjelpe."

Videre mener Telenor at dagens markedsandel på om lag 21 prosent på fiber er et argument mot nye tilgangsprodukter. Selskapet fremhever videre at "de aller fleste av aktørene i fibermarkedet velger å bygge selv istedenfor å leie fiberaksess hos Telenor."

I sum mener Telenor at "nye og omfattende krav til produktutvikling av nye fiberprodukter er derfor uforholdsmessig."

Broadnets kommentarer:

Den kobberbaserte infrastrukturen betjener fortsatt et betydelig antall bredbåndslinjer i Norge. Som det fremgår over har Telenor besluttet å avvikle denne tilgangsformen innen 2023. Dette innebærer at dagens tilgangskjøpere har et presserende behov for å få på plass relevante erstatningsprodukter som gjør det både mulig, og kommersielt interessant, å utfordre Telenor på samme måte som i dag. Dagens VULA Fiber-produkt er langt fra tilstrekkelig til å dekke behovet, blant annet fordi det ikke er egnet for å erstatte aksessproduktene i B2B markedet (herunder SHDSL) og er "overbooket". Videre gjør ikke dette produktet det mulig å knytte seg til kundene langt ute i nettet. Marked 3a- og 3b-vedtakene bøter prinsipielt på denne svakheten ved å pålegge utvikling av egnede tilgangsprodukter basert på felleseuropeiske anbefalinger.

Det er naturligvis ikke mulig å dokumentere etterspørsel etter et produkt som ikke finnes og som Telenor ikke ønsker å tilby. Broadnet er en betydelig kjøper av tilgang til kobberbaserte tilgangsprodukter. Sett i lys av den planlagte nedleggelsen av kobbernettet, ønsker vi i fremtiden å kjøpe de fiberbaserte tilgangsproduktene det her er snakk om. En grunnleggende forutsetning må i den forbindelse være at tjenestene prises på en slik måte at det er mulig å oppnå lønnsomhet og at de funksjonelt kan dekke sluttkundenes behov i både privat- og bedriftsmarkedet. I tillegg må produktet ha en geografisk dekning som sikrer ett reelt erstatningsprodukt i de områdene der bedriftene befinner seg.

Broadnet kan uansett ikke se at dagens markedsandel innenfor fiberbaserte aksesser skal være noe argument mot en slik forpliktelse. Telenor har per i dag en betydelig markedsandel på tvers av aksesteknologier. Selskapet har en uttalt strategi om å migrere kobberkunder over andre typer infrastruktur, noe markedsdata dokumenterer at Telenor lykkes med. Det er dermed grunn til å anta at selskapet i fremtiden vil beholde sin relative posisjon, men basert på andre aksesteknologier enn kobber.

5.2.2 Tilgangsplikt til føringsveier i "HFC-nett"

Telenors klage

Telenor anfører på side 14 i klagen at pålegget i Marked 3a-vedtaket punkt 7.2.12 om tilgangsplikt til føringsveier, herunder føringsveier til HFC-baserte aksessnett, er "uhjemlet og uforholdsmessig".

Selskapet begrunner dette med at grossistmarkedet "ikke inkluderer HFC-nett", at det ikke er "foretatt en konkurranseanalyse tilknyttet tilgang til HFC-nett" og Telenor ikke er utpekt som en "tilbyder med SMP hva gjelder HFC-nett".

Broadnets kommentarer

Ekomloven § 4-4 fjerde ledd gir myndigheten kompetanse til å imøtekomme rimelige anmodninger om samlokalisering "innenfor" det marked der tilbyderen har sterk markedsstilling. Forarbeidene utdyper tolkningen av begrepet. I merknadene til bestemmelsen i Ot.prp.nr 58 (2002-2003) fremgår det:

"Det forutsettes at tilgang som gis på grunnlag av sterk markedsstilling er relatert til markedet tilbyderen har sterk markedsstilling på. En tilbyder skal ikke pålegges å gi tilgang til nett og tjenester vedkommende ikke har kontroll over."

Samlokaliseringsplikten i punkt 7.2.12 i Marked 3a-vedtaket knytter seg til Telenors passive infrastruktur slik som Telenor har anlagt for å fremføre kabler i aksessnettet. I motsetning til aktiv infrastruktur knytter ikke slike føringsveier seg til en spesifikk teknologi. Rør, kabelkanaler, kummer, kabinetter etc. kan tvert mot benyttes til å fremføre både fiber og coaxial-kabler. Den passive infrastrukturen som er anlagt sammen med Telenors HFC-nett inngår dermed i, og er relatert til, markedet der Telenor har sterk markedsstilling. NGA-anbefalingen stiller for øvrig krav om at nasjonale tilsyn pålegger tilgang til slik "civil engineering infrastructure", uavhengig av teknologi.

Det ville for øvrig ha fått store negative konsekvenser dersom visse typer fremføringsveier skulle ha vært unntatt fra reguleringen kun fordi de var anlagt sammen med HFC nett. Dette utgjør en betydelig andel av Telenors aksesser. Det er heller ikke forbundet særskilte kostnader eller utfordringer med å gi tilgang til slike rør, kummer, skap mv. For øvrig ville et unntak for én type passiv infrastruktur har gjort det enkelt for Telenor å omgå reguleringen gjennom å klassifisere visse typer fremføringsveier som del av et "HFC-nett".

5.2.3 Hjemmel for å pålegge tilgangsplikt til "homes passed"

Telenors klage:

Ifølge klagen er pålegget om å etablere stikkledninger mellom Telenors etablerte fibernett og "homes passed"-adresser ugyldig. Selskapet begrunner dette med at ekomloven § 4-1 ikke gir Nkom kompetanse til å pålegge den dominerende aktøren å etablere ny infrastruktur. Selskapet viser i denne forbindelse til Ot.prp.nr. 58 (2002 - 2003), punkt 1.2.1.

Broadnets kommentarer

Broadnet er prinsipielt uenig med Telenor på dette punktet. Tilgangsplikten for "homes passed" er i praksis et pålegg om å etterkomme anmodninger om utvidelse av kapasitet i eget fibernett. Ekomloven § 4-1 hjemler en slik særskilt forpliktelse.

Etter det vi kan se gjentar Telenor på dette punktet langt på vei de samme anførselene som selskapet viste til i tvisten med Tele2 vedrørende innplassering på basestasjoner fra 2014 til 2015 (samlokalisering). I SDs klagevedtak 21. mai 2015 konkluderte departementet med at myndighetene hadde kompetanse til å pålegge en slik forpliktelse. Her fremgår det på side 4 at tilbyder har "således 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."

SD konkluderte avslutningsvis på følgende måte (side 5):

"Ekomloven § 4-4 tredje og femte ledd, jf. § 4-1 annet ledd gir etter departementets syn rettsgrunnlag til å pålegge kapasitetsutvidelse dersom anmodningen i det konkrete tilfelle er å anse som rimelig."

5.2.4 Tilgangsplikten er forholdsmessig

Telenors klage:

Telenor argumenterer i klagen for at en tilgangsplikt til "homes passed" vil "virke belastende for Telenor og vil øke kompleksiteten og redusere farten i Telenors fiberutbyggingen til skade for sluttkundene samt tilgangskjøpere til nye fiberaksessnett." Videre skriver selskapet:

"For det tilfelle at tilgangskjøper skal ha like rettigheter som Telenor til å initiere utbygging av ny infrastruktur til denne typen adresser, vil dette medføre en helt uakseptabel risiko for Telenors investeringer og styring av Telenors ressurser som kan medføre at adresser som i dagens regime kunne fått tilbud om fibertilknytning ikke vil få tilbud i et slikt fremtidig regime skissert i Vedtakene.

Homes passed»-adresser vil typisk ha tilgang til andre faste aksessnett som kobber eller HFC, ettersom husstandene har takket nei til fiberaksess. Dersom markedet for tilgang til faste aksessnett faktisk er teknologinøytralt slik som legges til grunn i markedsavgrensningen, tilsier dette at tilgangskjøpere allerede har mulighet til å selge bredbånd til «homes passed»-adresser basert på andre teknologier."

Broadnets kommentarer:

Enhver sektorspesifikk markedsregulering som innskrenker den dominerende aktørens handlefrihet vil "virke belastende" og øke "kompleksiteten". Lovgiver har likevel valgt å gi myndighetene kompetanse til å pålegge særskilte forpliktelser gjennom ekomloven kapittel 3 og 4. Vi kan likevel ikke se at det skulle være noe relevant argument mot å ilegge forpliktelser som er "egnet til å fremme bærekraftig konkurranse", jf. ekomloven § 3-4.

SD har konstatert det samme i flere avgjørelser, herunder vedtak 21. mai 2015 (side 5):

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

Broadnet er uansett rent faktisk uenig i at en tilgangsplikt som gjør det mulig for andre aktører å konkurrere på like vilkår med Telenors sluttbrukervirksomhet skulle innebære en "uakseptabel risiko" eller påvirke selskapets investeringer. Noen slik effekt er ikke dokumentert. Det ville uansett ikke ha vært legitimt å unnlate å ilegge konkurransefremmende forpliktelser som følge av at risikoen for den dominerende aktøren øker som følge av sterkere konkurranse fra tilgangskjøperne.

5.3 Telenors klage på kravene til migrering

Telenors klage:

På side 20 i klagen fremgår det:

"Tilgangskjøperne står følgelig allerede svært fritt til å bytte tilgangsprodukter hos Telenor uten denne forpliktelsen. Videre vil en ny bestilling ha samme kostnadsstruktur som for et migreringsprodukt etter forpliktelsen i punkt 7.2.5.7."

Videre skriver Telenor:

"Det er tilgangskjøperen som har «kontroll» over den endelige migreringen overfor sluttkunden. Telenor leverer kun en begrenset del av løsningen. Det er derfor klart urimelig at Telenor skal ilegges en forpliktelse til å sikre at nedetid unngås i tilknytning til migreringen, når dette er utenfor Telenors kontroll."

Telenor har vanskelig for å se hva som søkes oppnådd ved forpliktelsen. Telenor kan ikke se at det i vedtaket identifiseres eller vurderes et konkurranseproblem forpliktelsen søker å avbøte eller hvorfor Nkom mener forpliktelsen er nødvendig. Videre er det klart urimelig at Telenor ilegges en forpliktelse som Telenor ikke har mulighet til å oppfylle. Samlet sett mener Telenor forpliktelsen er uforholdsmessig."

Broadnets kommentarer:

Broadnet har gjennom mange år gjennomført flere, til dels store, migreringer hos Telenor og hvor erfaringene tilsier at det er et sterkt behov for å regulere dette i detalj. Dette gjelder primært migreringer mellom DSLAM hvor Broadnet har ønsket å konsolidere/samle aksesser på DSLAM, juridisk overdragelse av DSLAM/linjer i forbindelse med oppkjøp og migrering til Broadnet, eller legge ned og flytte fra et marked 4 produkt til marked 5 eller motsatt vei.

Selv om tilgangskjøperne juridisk sett har "stått fritt til å migrere", har tidligere prosesser vært preget av;

- Svært høye kostnader²³ som i praksis har gjort migreringer økonomisk umulige og hvor dette arbeidsmessig kun er en liten databaseoppdatering for Telenor.
- Meget lang behandlingstid og gjennomføring og konstant nedprioritert hos Telenor.
- Dårlig kvalitet på teknisk gjennomføring (der hvor omkobling av linjer har måttet finne sted) med nedetid for sluttkunde som resultat.

I et scenario hvor Telenor nå skal stenge ned kobberaksessene i stor skala så vil disse migreringsforpliktelsene være helt kritiske for tilgangskjøpere som har et stort kundevolum på kobber som da skal overføres til nye aksessformer.

Videre gir Telenor sin påstand om; "Det er derfor klart urimelig at Telenor skal ilegges en forpliktelse til å sikre at nedetid unngås i tilknytning til migreringen, når dette er utenfor Telenors kontroll", ingen mening. Slik Broadnet forstår migreringskravene, og SLA/SLG kravene, er dette krav til at de forplikter å sikre konnektiviteten/linjetilgjengeligheten på det produktnivå tilgangskjøperen faktisk har kjøpt på aksess tjenesten. Har man kjøpt et ethernet-aksess produkt i dagens marked så skal Telenor migrere til et fiberbasert (eller annen aksessform) ethernet-produkt uten nedetid.

Det er noe Telenor har full kontroll på. Om tilgangskjøperen har solgt et datakommunikasjonsprodukt til sluttkunden på toppen av denne ethernet-aksess som da eventuelt ikke virker som det skal, er det viktig å være oppmerksom på at Telenor ikke vil være ansvarlig for dette forholdet så lenge den underliggende tjenesten fungerer. Således gir Telenor sine anførsler ingen mening. Sett fra Broadnet sitt ståsted så er innføringen av et slikt migreringsregime en kritisk faktor i den kommende reguleringsperioden.

5.4 Telenors klage på pålegget om innføring av SLA og SLG

Telenors klage:

Ifølge klagen er pålegget om å utarbeide servicenivåavtaler ("SLA") og om å etablere en ny kompensasjonsordning i form av SLG "uforholdsmessige". Videre skriver selskapet:

"Kompensasjonsregime sett sammen med svært detaljerte krav til SLAer vil virke byrdefullt overfor Telenor og vil gi tilgangskjøpere langt større rett til kompensasjon enn Telenors egen sluttbrukervirksomhet har og fremstår uforholdsmessig."

Telenor mener dessuten at "ordlyden i ekomloven § 4-1" ikke hjemler ileggelse av detaljerte krav til servicenivåavtaler og tilknyttet kompensasjonsordning som skal inngå i standardtilbudet. Heller

²³ Til illustrasjon opererer Telenor videre med en pris per abonnent med NOK 1000 ved flytting relatert til Kapasitet (se prislister Kapasitet punkt 6.2). I prisarket til Avtale om Atskilt tilgang til Telenors aksesslinjer i Norge viser Telenor til følgende pris: «Volumkonvertering WS-OA ref. Bilag 3, pkt. 2.4.6, pr. aksesslinje, 501,-". Denne prisen økes fra 385,- fra og med 1. mars 2019.

ikke forarbeidene skal støtte opp om en slik forståelse av bestemmelsen som tilsynelatende legges til grunn i Vedtakene.

Broadnets kommentarer:

Krav om SLA og SLG er et nødvendig virkemiddel for å sikre tilgangskjøperne lik kvalitet på transparente vilkår. Pålegget sikrer konkurrentene en gitt kvalitet og gir rett til økonomisk kompensasjon der kravet brytes.

Inneværende reguleringsperiode har vist at Telenor har sterke insentiver til å forfordle egen virksomhet. Broadnet mener denne utfordringer kommer til å øke fremover som følge av Telenors beslutning om å legge ned kobbernettet. Krav om SLA og SLG gjør det både enklere å etterprøve at den dominerende aktørene leverer regulerte produkter med nødvendig kvalitet og gir et økonomisk insentiv til å ikke bryte forpliktelsen. Dette vil for øvrige øke transparensen knyttet til tilgangsproduktene.

For øvrig kan ikke Broadnet se at det finnes mindre inngripende alternativer til de aktuelle forpliktelsene eller at de isolert sett er for inngripende sett i forhold til det formålet som skal oppnås. Det er snakk om enkle avtalefestede mekanismer med lave implementeringskostnader. Gevinsten er dessuten stor.

Den prinsipielle anførselen om at ekomloven ikke hjemler denne typen forpliktelser er ikke ny. Den har dessuten vært oppe til behandling, og avvist, av myndighetene ved flere anledninger. Broadnet kan ikke se at det er grunnlag for å ta en omkamp på dette nok en gang. Uansett hjemler ekomloven slike forpliktelser, noe også de underliggende direktivene forutsetter at de skal gjøre.

Broadnet vil for øvrig slutte seg til den begrunnelsen Nkom har gitt i Marked 3a- og 3b-vedtakene med de presiseringene som følger av vår klage 24. januar 2019. På dette området er behov for å beskrive de konkrete, adskilte SLA/SLG-kravene per produkt, og i detalj, for både marked 3a og 3b. Dette skyldes at 3a- produktene skal være "uncontended" med høyere kvalitetskrav enn 3b produktene som kan være "contended". Et høyere presisjonsnivå fratar Telenor muligheten til å forfordle/forskjellsbehandle SLA/SLG for tilgangskjøpere i forhold til egne sluttbrukerkanaler.

5.5 Telenors klage på kravene til tidsbruk

Telenors klage:

Telenor mener på side 22-23 i klagen at det ikke er nødvendig å pålegge forpliktelser som hindrer trenering fordi dette skal være omfattet av forbudet i konkurranseloven (punkt 4.1.8):

"I den grad bruk av uthalelsestaktikker som omtalt av Nkom vil være omfattet av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, vil dette forbudet gjelde til enhver tid. Konkurranseloven § 11 vil følgelig til enhver tid kunne virke disiplinerende overfor Telenor. Det har derfor mindre betydning at et eventuelt pålegg om å rette opp forholdet (bruk av uthalelsestaktikker) fra Konkurransetilsynet bare vil få virkning fremover i tid, all den tid slik

atferd vil kunne være ulovlig uavhengig et eventuelt pålegg fra Konkurransetilsynet. Det fremstår misvisende når Nkom i sin vurdering av om pålegget er nødvendig viser til virkningen av et pålegg fra Konkurransetilsynet og legger til grunn at tilsvarende mål ikke kan oppnås ved bruk av alminnelig konkurranserett."

Slik Telenor ser det vil alminnelig konkurranserett i tilstrekkelig grad ivareta hensynene bak kravene til tidsbruk i forbindelse med tilgangsanmodninger leveranser og kunne hindre det anførte konkurranseproblemet. Prinsippet om minimumsregulering tilsier følgelig at det ikke er proporsjonalt å pålegge forpliktelser knyttet til dette.

Broadnets kommentarer:

Broadnet er prinsipielt uenig med Telenor i at det ikke er grunnlag for å stille sektorspesifikke krav til tidsbruk. Vi har uansett problemer med å forstå argumentasjonen knyttet til at alminnelig konkurranserett skal være tilstrekkelig på dette området.

En grunnleggende forutsetning for ileggelse av sektorspesifikke forpliktelser er nettopp at alminnelig konkurranserett ikke er egnet til å løse det aktuelle konkurranseproblemet. Det skyldes ikke at praksis *kan* rammes av f.eks. forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, men at denne reguleringen ikke gir et tilstrekkelig godt sikkerhetsnett. Blant annet er det mindre forutsigbart for tilgangskjøperne å forutsi si rettsstilling. Det tar dessuten Konkurransetilsynet betydelig lengre tid å gripe inn, noe saksbehandlingen knyttet til overtredelsesboten for misbruk av dominerende stilling i mobilmarkedet illustrerer på en god måte.

Nkom har selv begrunnet dette nærmere, blant annet i punkt 7.8 i Marked 3a-vedtaket. Broadnet slutter seg til det som fremgår her.

5.6 Telenors klage på prisregulering

5.6.1 Pristak for etablerte kobberprodukter

Telenors klage:

I klagen argumenterer Telenor i punkt 4.2.1 for at det ikke er grunnlag for å redusere pristaket for etablerte kobberprodukter. Selskapet mener den pålagte pristaksforpliktelsen verken er tilstrekkelig begrunnet eller dokumentert.

Videre er Telenor av den oppfatning at reguleringen av pristaket bygger på feil faktum samt avviker fra den underliggende anbefalingen. Selskapet viser i den forbindelse til at det ikke skal ha mottatt den høye kompensasjonen i fortiden som ville medføre at en overgang fra HCA til CCA gir overkompensasjon. Denne skulle eventuelt ha blitt hentet i perioden før LLU kom som et produkt.

Broadnets kommentarer:

Broadnet er ikke overrasket over at den dominerende aktøren ønsker å beholde et høyere pristak enn det Nkoms kostnadsmodellering gir grunnlag for. Telenor har i lengre tid fått lov til å kreve relativt sett høye tilgangspriser for et kobbernett som er fullt nedskrevet, og med den en betydelig superprofitt. Vi har dermed store problemer med å forstå at Telenors anførsel om at selskapet historisk sett ikke har fått noen overkompensasjon. Formodentlig kommer Telenors lønnsomhet å øke ytterligere de neste fire årene i takt med at selskapet faser ut de minst lønnsomme sentralene

De høye tilgangsprisene har påført konkurrentene merkostnader som igjen har dempet konkurransepresset fra de tilgangskjøperen som har investert i egen infrastruktur (DSLAMer). En prisnedgang til i noe grad bøte på dette og bringe prisene ned mot et kostnadsorientert nivå.

Broadnet støtter Nkoms beslutning om å regulere prisen ned. Vi viser for øvrig til våre innspill vedrørende den aktuelle prisreduksjonen fra tidligere i prosessen.

Broadnet ser i denne forbindelse grunn til å minne om at Telenor allerede har varslet ulike endringer i prismodellen på "ikke-regulerte" områder som nuller ut effekten av det nye pristaket.²⁴ Dette er ikke enkeltstående hendelse. Vi har sett det samme mønsteret gjennom hele den inneværende reguleringsperioden der pålagte prisreduksjoner knyttet til regulerte aksessprodukter har ført til prisøkning på for eksempel losji og backhaul. Til illustrasjon har Danske myndigheter aktivt løst denne utfordringen gjennom å analysere de regulatoriske kravene til alle ledd i den verdikjeden der konkurrenter kjøper tilgang og, ved behov, pålegge detaljert og effektive virkemidler. Vi ber om at Nkom gjør det samme.

5.6.2 Implementeringsfrist for pristak

Telenors klage:

Telenor argumentere i punkt 4.2.1.1 for at Nkom må utsette implementeringen av prisreduksjonen (side 25-26). Selskapet mener det i realiteten har fått "en måneds kortere frist til å tilpasse egen forretningsvirksomhet til endringer til ugunst enn det vedtaket tilkjenner tilgangskjøpere". Videre skal dette påføre den dominerende aktøren et "utilsiktet økonomisk tap" og gjøre det "uforholdsmessig tyngende for Telenor å overholde fristen for implementering av pristak sammen med varslingsfristen".

Broadnets kommentarer:

Broadnet mener det er rasjonelt av den dominerende aktøren å ønske å beholde superprofitten av de kobberbaserte tilgangskjøperne så lenge som mulig. Vi er samtidig uenige at det fremstår som særlig rimelig eller hensiktsmessig.

²⁴ Telenor varslet blant annet før nyttår at volumrabatten på Bredbåndsaksess faller bort som følge av de nye forpliktelsene i Marked 3b-vedtaket.

Telenor har for det første kjent til den aktuelle prisreduksjonen lenge før vedtaket ble fattet gjennom både høring og tilleggshøring. Selskapet må selv bære risikoen dersom det ikke har tatt høyde for dette i sin økonomiske planlegging.

For det andre krever det svært lite ressurser av Telenor å redusere tilgangsprisene. Det er i praksis snakk om å varsle grossistkundene samt endre noen få tallverdier i prisplaner og støttesystem. Vi har problemer med å forstå hvorfor dette ikke skulle være praktisk mulig å gjennomføre innen én måned.

Broadnet mener for det tredje med styrke at prisreduksjonen må gjennomføres så fort som mulig av hensyn til konkurransen. Som det fremgår over er dette en kostnadsdrivende faktor for tilgangskjøperne. Rask gjennomføring innebærer at konkurrentene umiddelbart settes i stand til å konkurrere mer aggressivt, eventuelt til å investere med sikte på mer langsiktig konkurranse. Vi har for øvrig selv planlagt med at prisreduksjonene gjennomføres i tråd med de vedtatte fristene.

5.6.3 Marginskvistest for fiberproduktene

Telenors klage:

Telenor argumenterer på side 26 i klagen (punkt 4.2.2) for at marginskvistesten for fiberbasert bredbånd må baseres på en EEO-tilnærming. Slik selskapet ser det er vilkårene som følger av EU anbefalingen som gjelder avvik fra dette er ikke oppfylt. Markedsandelene som lagt til grunn i prinsippene bør reflektere Altibox-samarbeidet som en enhet. Disse opptre som en samlet enhet i det nasjonale markedet og har betydelig høyere markedsandel enn det som fremgår her.

Videre fremgår det på side 27:

"Vedtakene pålegger i tillegg Telenor å dokumentere positiv bruttomargin for alle Telenors enkeltstående fiberprodukter, uansett størrelse. Dette gjelder således også fiberprodukter med et fåtall kunder. Det er ikke begrunnet hvilket konkurranseproblem som skal avhjelpes med dette kravet, og heller ikke nødvendighet av et slikt krav i tillegg til en marginskvistest basert på flaggskipprodukter. Konsekvensen av et slikt krav er at Telenors prisingsfleksibilitet begrenses unødvendig. Kravet er derfor uhjemlet og uforholdsmessig."

Broadnets kommentarer:

Broadnet er uenig med Telenors forutsetning om at Nkom har fulgt noe annet enn en EEO-tilnærming.

Den vedtatte marginskvistesten baserer seg allerede på en EEO-tankegang. Dette er en av de største svakhetene ettersom det gir Telenor et vidt spillerom til å misbruke markedsrett de neste 2-3 årene, noe vi gjennomgår i detalj i vår egen klage 24. januar 2019. Den inneværende reguleringsperioden illustrerer utfordringen. Vi tillater oss igjen å minne om at ESAs og kommisjonens klare anbefaling for å sikre konkurransen er en EOI-tilnærming. Dette skulle innebære et funksjonelt og regnskapsmessig skille av Telenor sin grossistvirksomhet og sluttbrukervirksomhet.

Nkoms EEO-tilnærming 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 i klagen vil kun forsterke problemet ettersom samtlige endringer i praksis innebærer at den dominerende aktøren får ta en høyere tilgangspris enn det som er tilfellet med den vedtatte reguleringen.

En annen svakhet ved den vedtatte marginskivistesten er at den i sin natur er for aggregert til å fange opp konkurransebegrensende kryssubsidiering og tilsvarende atferd mellom konkrete produkter og tjenester. Det er derfor viktig at reguleringen har et sikkerhetsnett i form av krav om positiv bruttomargin for enkeltstående fiberprodukter uansett størrelse.

Broadnet har i Bredbåndsforum (både for kobber og VULA fiber) dokumentert at den totale månedlige kostnad²⁵ ved kjøp av tilgang fra Telenor for å realisere en aksess i sum er tilnærmet lik den månedlige inntekten for sluttbrukertjenesten.²⁶

Vedlegg 1: Broadnets presentasjon i Bredbåndsforum 25. oktober 2016

Vedlegg 2: Telenors presentasjon i Bredbåndsforum 23. mai 2017

Som det fremgår av det fremlagte tallgrunnlaget krever dessuten Telenor en pris for kjøp av backhaul som i praksis er ca. 10-15 ganger høyere enn kostnaden for å produsere den samme tjenesten. Gitt disse forutsetningene, må tilgangskjøper i praksis klare å vinne alle slutt kunder på en ODP for å i det hele tatt være i stand til å oppnå positiv margin på salg av internettaksess i et område. Dette er helt urealistisk. Alternativt må tilgangskjøper subsidiere aksessen med inntekter fra tilleggstjenester som for eksempel TV. Dette er den direkte årsaken til at det per i dag fortsatt bare finnes én aktør som kjøper tilgang til VULA fiber i dag.

Hvis det de neste 3-4 årene skal foretas en massiv migrering fra et nedstengt kobbernettverk til VULA/VUA fiber så sier det seg selv at dette ikke er et marginbilde som kan fortsette hvis tilgangskjøpere skal overleve. Denne utviklingen understreker behovet for at Nkom i sine marginskivistester sikrer å ha med kostnadene på alle nødvendige innsatsfaktorer en tilgangskjøper har behov for i sin leveranse til sine slutt kunder. De må dessuten splittes opp per produkt slik at det er mulig å ettergå prisingen og forhindre kryssubsidiering.

²⁵ Medregnet tilgangsprisen på det regulerte grossistproduktet og øvrige "ikke-regulerte" komponenter en tilgangskjøper er nødt til å kjøpe fra Telenor. Beregningen tar ikke hensyn til at tilgangskjøper i tillegg må dekke egne sluttbrukerkostnader knyttet til billing, kundeservice mv.

²⁶ For VULA fiber omfatter dette pris per aksess, etableringskost ODP, månedsleie losji ODP og 1Gbit/10Gbit backhaul ga dette resultat.

5.6.4 Backhaul

Telenors klage:

Telenor argumenterer i klagen for at det ikke er nødvendig å stille krav om kostnadsorienterte priser knyttet til kjøp av backhaul-tjenester.

Broadnets kommentarer:

Telenor underbygger i liten grad klagen med konkret dokumentasjon. Broadnet er uansett av den oppfatning at det er nødvendig å stille krav om at Telenor tilbyr backhaul og losji til regulerte priser, som også er begrunnet i kapitlene over. En grunnleggende utfordring per i dag, er at den dominerende aktøren kobler regulerte aksjestjenester med ikke-regulerte losji og transporttjenester. I fravær av prisregulering gir dette selskapet både et insentiv og en mulighet til å påføre tilgangskjøpere ekstra kostnader gjennom å overprise transportlegget og losji. Denne utfordringen har, om mulig, blitt enda mer aktuell nå gitt Telenors beslutning om å sanere kobbernettet. Krav om kostnadsorientering gir, om ikke annet, et visst sikkerhetsnett.

5.6.5 Anførselen om at prisreguleringen er i strid med konkurranseloven

Telenors klage:

Telenor skriver følgende i punkt 4.2.4.2 på side 30 flg. i klagen:

"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.

Etter Telenors oppfatning er forpliktelsene i strid med konkurranseloven § 10 og ugyldig.

Som Samferdselsdepartementet er kjent med har Telenor på bakgrunn av ovennevnte anmodet Konkurransetilsynet om å foreta en vurdering og påpekning av konkurransemessige virkninger av prisreguleringen knyttet til «homes passed», jf. konkurranseloven § 9 bokstav e."

Broadnets kommentarer:

Broadnet stiller seg undrende til Telenors anførsel om at forpliktelsen er i strid med konkurranseloven § 10 og dermed ugyldig. Som Telenor antas å være vel kjent med får konkurranseloven § 10 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 kan derfor ikke se at Telenors argument på dette punkt har noen gyldighet eller relevans.

6 AVSLUTNING

SD kan kontakte Mette E. Johansen per e-post til mej@broadnet.no eller telefon nr. +47 930 81 017 dersom departementet har spørsmål til dette kommentarbrevet eller klagen for øvrig.

Med vennlig hilsen
Broadnet AS

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Per Morten Torvildsen', is positioned above a horizontal line.

Per Morten Torvildsen
Styreleder

Vedlegg