

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet  
Postboks 93  
4791 LILLESAND

Sendt elektronisk til:  
firmapost@nkom.no

Ansvarlig advokat:  
Torstein Losnedahl

Vår ref.:  
20116 514 TLO/TLO

Deres ref.:

Oslo  
23. januar 2019

## Klage på vedtak for Marked 3a og Marked 3b

Det vises til vedtak 20. desember 2018 fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom), der Telenor ASA (Telenor) utpekes som tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedene for lokal og sentral tilgang til faste aksessnett (hhv. Marked 3a og Marked 3b), og der Telenor på den bakgrunn pålegges flere særskilte forpliktelser. Klagefristen er satt til fem uker fra vedtaksdato, og denne klagen er således rettidig.

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS representerer NextGenTel ASA (NextGenTel), og på vegne av selskapet vil ovennevnte vedtak bli påklaget i det følgende.

### Innledning

Formålet med reguleringen er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede tjenester, jf. ekoml. § 1-1. Formålsoppgåelse forutsetter bl.a. at det i reguleringen blir lagt opp til en riktig balanse mellom investerings- og konkurransehensynet. Etter NextGenTels oppfatning har investeringshensynet hittil blitt tillagt for stor vekt. Resultatet av det har vært at konkurransen i det tilhørende sluttbrukermarkedet har blitt svekket.

Telenor har til tross for at de har vært pålagt særskilte regulatoriske forpliktelser, klart å opprettholde posisjonen som klart største tilbyder i markedet. Rett nok har Telenor i en viss utstrekning blitt utfordret på lokalt og regionalt nivå når det gjelder fiberaksess, men trenden med svekkelse av konkurransen på nasjonalt nivå fortsatte i forrige reguleringsperiode. Hovedårsaken til det har vært at det regulatorisk ikke har blitt lagt til rette for utvikling av konkurranse. I tillegg til at vilkårene for tilgang til faste aksessnett generelt sett ikke har gitt grunnlag for å kunne konkurrere effektivt med Telenor i det tilhørende sluttbrukermarkedet, har det også vært begrensninger når det gjelder tilgang til Telenors nye fiberaksessnett.

En annen medvirkende årsak til at konkurransen har blitt svekket er at både regulatoriske prosesser som sådan, og prosessene med å følge opp konkrete regulatoriske pålegg, trekker ut i tid. Et eksempel på førstnevnte er den regulatoriske prosessen knyttet til tilgang til faste fiberaksessnett. Det tok hele 6 år fra EU-Kommisjonen la frem sin anbefaling om tilgang til neste generasjons aksessnett (NGA-anbe-

falingen)<sup>1</sup> til forpliktelse om tilgang til fiberaksessnett faktisk ble realisert her til lands. I perioden fra markedsvedtaket i 2009 og frem til dette ble avløst av ny markedsregulering i 2015, var det i norsk regulering ensidig vektlegging av investeringshensynet når det gjaldt fibertilgang. Uten tilgang til fiberaksessnettet ble tilgangskjøpernes konkurransekraft svekket, noe som igjen har virket negativt inn på konkurranseutviklingen i det nasjonale markedet.

I forlengelsen av ovennevnte, og som eksempel på at også prosessene med å følge opp regulatoriske pålegg trekker ut i tid, vises det til at NextGenTel fortsatt venter på endelig avklaring når det gjelder Nkoms pålegg i forrige reguleringsperiode overfor Telenor om reduksjon av tilgangsprisene for fiberbasert Bredbåndsaksess. Kombinasjonen med årelang klagesaksbehandling og utsatt iverksettelse av prisreduksjonspålegg til klagen er ferdigbehandlet, har medført at nærmere regulering av vilkår for tilgang til fiberaksessnettet i forrige reguleringsperiode i praksis har vært uten effekt for tilgangskjøpere som NextGenTel.

Sammenlignet med forrige markedsvedtak, opplever NextGenTel nye markedsvedtak som et steg i riktig retning når det gjelder mulighet for utvikling av bærekraftig konkurranse knyttet til kobber- og fiberbasert bredbåndsaksess. Selv om konkurransehensynet synes å bli tillagt større vekt i nye vedtak, er NextGenTel likevel av den oppfatning at Nkom burde ha gått enda lengre når det gjelder enkelte av forpliktelsene som pålegges Telenor. Dette av hensyn til å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede bredbåndstjenester. NextGenTel ønsker av den grunn å påklage ovennevnte vedtak for Marked 3a og Marked 3b.

## **Marked 3a – grossistmarkedet for lokal tilgang til faste aksessnett**

### **a) Lokal virtuell tilgang til kobberbaserte aksessnett (VULA-kobber)**

Det vises til vedtak for Marked 3a punkt 7.2.3 om oppgradering av kobberbaserte aksessnett, sammenholdt med punkt 7.2.5 og 7.3.3 om hhv. lokal, virtuell tilgang til kobberbaserte aksessnett og prising av slik tilgang.

Ved oppgradering av kobberaksessnettet som medfører bortfall eller degradering av fysisk tilgang til kobberaksessnettet, plikter Telenor iht. ny markedsregulering å tilby erstatningsprodukt i form av lokal virtuell tilgang til kobberbaserte aksessnett (VULA-kobber).<sup>2</sup>

Av vedtaket fremgår det at det er knyttet usikkerhet til Telenors planer for oppgradering av kobbernettet med ekskluderende virkning. Det opplyses imidlertid om at Telenor skal ha signalisert at selskapet i utgangspunktet kun har planer om å oppgradere kobbernettet i områder der utbygging av alternative NGA-nett ikke vil finne sted.<sup>3</sup> Forannevnte gjør at det etter Nkoms vurdering er uhensiktsmessig å gi Telenor et ubetinget pålegg om å utvikle og lansere et grossistprodukt for VULA-kobber innen et bestemt tidspunkt etter ikrafttreddelsen av vedtaket for Marked 3a. For å hindre at det skjer oppgradering uten at relevant erstatningsprodukt er på plass, har Nkom imidlertid valgt å pålegge Telenor en plikt til:<sup>4</sup>

- (i) å ha på plass et operativt grossistprodukt for VULA-kobber senest fra det tidspunktet fysisk tilgang bortfaller;
- (ii) å ha på plass et referansetilbud for VULA-kobber senest 6 måneder før fysisk tilgang bortfaller; og

<sup>1</sup> Commission recommendation of 20 September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA) (2010/572/EU)

<sup>2</sup> Jf. vedtak Marked 3a, avsnitt 244.

<sup>3</sup> Jf. vedtak Marked 3a, avsnitt 294 og 550.

<sup>4</sup> Jf. vedtak Marked 3a, punkt 7.2.5.6

- (iii) å muliggjøre bestilling av VULA-kobber senest 3 måneder før fysisk tilgang bortfaller.

Når det gjelder prisingen, har Nkom funnet det formålstjenlig å pålegge Telenor en plikt til å tilby VULA-kobber til en pris som gjør at tilgangskjøper ikke settes i marginskvis. Av vedtaket fremgår at det gjenstår å fatte vedtak om den nærmere utformingen av marginskvistesten for VULA-kobber, men at Nkom har som intensjon at en slik test skal være ferdigstilt innen eventuell lansering av nye grossist-produkter fra Telenor.<sup>5</sup>

For det tilfellet Telenor ikke skulle bestå ovennevnte marginskvistest, fremgår det av vedtaket at Nkom i forbindelse med eventuelt pålegg om retting vil opplyse hvor mye grossistkostnadene må reduseres med, herunder om at retting normalt vil måtte finne sted innen 10 dager fra vedtaksdato. Videre vises det i vedtaket til at Nkom etter en konkret vurdering, og etter anmodning fra tilgangskjøper, vil kunne fatte vedtak om tilbakebetaling av overpris.

*NextGenTel* vil under henvisning til reguleringsformålet, anføre at vedtatte forpliktelser for Telenor knyttet til tilgang i form av VULA-kobber må skjerpes. Mer konkret, og av hensyn til å sikre forutsigbarhet og klarhet for tilgangskjøperne, må Telenor for det første pålegges en ubetinget plikt til å utvikle og lansere et grossistprodukt for VULA-kobber innen et gitt tidspunkt fra vedtakstidspunktet. Det er på det rene at Telenor vil komme til å oppgradere kobbernettet med ekskluderende virkning, og usikkerhet knytter seg kun til i hvilket omfang dette vil komme til å bli gjort. På denne bakgrunn ser *NextGenTel* ingen grunn til at plikten til å utforme et grossisttilbud skal utsettes på ubestemt tid.

*NextGenTel* vil for det annet anføre at prisen for virtuell tilgang til det kobberbaserte aksessnettet må bli fastsatt ved bruk av streng prisregulering i form av kostnadsorientering eller pristak, og ikke ved bruk av en mildere prisregulering i form av marginbasert regulering slik Nkom har vedtatt. Begrunnelsen som Nkom gir for ikke å vedta streng prisregulering, fremstår både som selvmotsigende og uholdbar. Det vises i denne sammenheng til vedtakets avsnitt 545 hvor det bl.a. heter at:

*«En streng prisregulering i form av kostnadsorienterte priser og pristak vil innebære at tilgangen prises til et nivå som tilsvarer Telenors langsiktige marginalkostnader og derigjennom understøtte tjenestekonkurransen på aksessen. Samtidig vil en slik prisregulering kunne påvirke Telenors investeringsinsentiver negativt og føre til at omfanget av oppgradering av kobbernettet reduseres. En slik sammenheng har også vært fremholdt av Telenor i Bredbåndforum. Nkom ser det som formålstjenlig å pålegge prisforpliktelser som i størst mulig grad er investeringsnøytrale. Valget av prisreguleringsmetode for VULA kobber bør derfor ikke i seg selv påvirke Telenors insentiver i valget mellom å tilby NGA i form av et oppgradert kobbernett eller via annen infrastruktur som fiber. Målet om investeringsnøytral prisregulering taler for at VULA kobber følger samme prinsipper som reguleringen av Telenors fibernet.»*

Under henvisning til det som sies om at Telenors skal ha signalisert at de i utgangspunktet kun planlegger å oppgradere kobbernettet i områder der det er grunn til å anta at utbygging av alternative NGA-nett ikke vil finne sted, jf. vedtaket avsnitt 550, ser *NextGenTel* ingen grunn til at det ikke gis pålegg om streng prisregulering. At oppgradering i utgangspunktet kun vil finne sted i områder der det ikke vil være grunnlag for infrastrukturbasert konkurranse, tilsier at strengere prisregulering må benyttes dersom formålet med reguleringen skal nås.

## **b) Lokal, fysisk tilgang til kobberbaserte aksessnett**

Lokal, fysisk tilgang til Telenors kobberaksessnett (LLUB) utgjør, som Nkom skriver, hovedgrunnlaget for enkelte tilbyders aktivitet i sluttbrukermarkedet, herunder en forutsetning for at tilbydere med eget

<sup>5</sup> Jf. vedtak Marked 3a, punkt 7.3.3.2

nett kan tilby tjenester til sluttbrukere utenfor det geografiske området som dekkes av deres eget nett, jf. vedtaket punkt 7.2.4.3.1, avsnitt 204 og 205. Nkom har derfor vedtatt at Telenor fortsatt skal ha plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om LLUB-tilgang til sitt kobberbaserte aksessnett, jf. vedtak Marked 3a, avsnitt 207.

Av vedtaket fremgår videre at ovennevnte forpliktelse om å tilby lokal, fysisk tilgang til det kobberbaserte aksessnettet, skal kombineres med plikt til å tilby slik tilgang til følgende maksimalpriser (pristak), jf. vedtak Marked 3a, punkt 7.3.2.2, jf. punkt 7.3.2.4:

- Gjeldende fra 1. februar 2019: 73 kr. per måned
- Gjeldende fra 1. januar 2020: 75 kr. per måned
- Gjeldende fra 1. januar 2021: 77 kr. per måned

*NextGenTel* gir tilslutning til valgte prisreguleringsmetode og vedtatte reduksjon av månedsprisen for LLUB-tilgang. *NextGenTel* reagerer imidlertid på at det i vedtaket er lagt opp til at prisen skal økes gjennom kommende reguleringsperiode. Det anføres derfor at maksimalprisen må ligge fast på NOK 73 gjennom hele den kommende reguleringsperioden, både av hensyn til at kobberaksess skal kunne fremstå som et konkurransedyktig alternativ i områder der slik tilgang for enkelte vil utgjøre hovedgrunlaget for i det hele tatt å kunne konkurrere i sluttbrukermarkedet, og av hensyn å unngå at man i 2022 havner i en situasjon uten at det på forhånd er fastsatt en maksimalpris.

### c) Lokal, fysisk tilgang til fiberbaserte aksessnett

Det vises til vedtakets punkt 7.2.6 der Telenor pålegges en plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om lokal, fysisk tilgang til fiberbaserte punkt-til-punkt-nett, men foreløpig ikke til PON-nett. Når det gjelder sistnevnte, fremgår det av vedtaket at «*Nkom vil ... følge med utviklingen på dette området og revurdere muligheten for en innføring av denne tilgangsformen dersom det viser seg at den blir standardisert og kommersielt tilgjengelig innenfor vedtakets tidshorison*», jf. vedtak Marked 3a, avsnitt 318.

*NextGenTel* kan ikke se at det er grunnlag for å avgrense plikten til å gi lokal, fysisk tilgang til det fiberbaserte aksessnettet til Telenors punkt-til-punkt-nett. Av hensyn til teknologinøytral regulering, må Telenor pålegges en generell plikt til å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang til det fiberbaserte aksessnettet. At det i praksis vil være vanskelig for Telenor å kunne gi tilgang til selskapets PON-nett som følge av at selskapet har valgt å benytte utsyr i nettet som i mindre grad er egnet for fysisk tilkøpling, er et forhold som vil kunne bli tatt hensyn til når det skal vurderes hvorvidt tilgangsanmodningen er rimelig. En generell plikt til å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang til det fiberbaserte aksessnettet, vil dessuten fremstå som en langt mer effektiv tilgangsregulering enn det Nkom legger opp til, jf. ovennevnte om at de på et senere tidspunkt vil revurdere tilgang til PON-nett.

## Marked 3b – grossistmarkedet for sentral tilgang til faste aksessnett

### a) Sentral tilgang til Telenors hybridnett av optisk fiber og koaksialkabler (HFC-nett)

Det vises til vedtaket punkt 7.2.5 hvor det konkluderes med at det ikke vil være «forholdsmessig» å pålegge en tilgangsplikt for Telenors HFC-nett i Marked 3b, jf. avsnitt 218. Begrunnelsen er at det etter Nkoms vurdering ikke er forholdsmessig å pålegge Telenor kostnadene med å skulle oppgradere nettet for slik tilgang da det kun er et begrenset antall aksesser som vil bli tilgjengelig, og da de aller fleste kundene i slike nett også er dekket av andre aksesssteknologier.

*NextGenTel* kan ikke se at det er grunnlag for å unnta HFC-nettet fra tilgangsplikten, men vil tvert imot anføre at dette er nødvendig av hensyn til utvikling av bærekraftig konkurranse i markedet for leveranse

av bredbånd til sluttbrukere. Spesielt reageres det på Nkoms begrunnelse i denne sammenheng om «*at det bare er et forholdsvis begrenset antall aksesser som vil bli tilgjengelig*» ved inkludering av HFC-nett i tilgangsplikten. For en tilbyder som NextGenTel, utgjør de 114 000 HFC-kundene til Telenor en betydelig kundemasse som det er av stor interesse å kunne konkurrere om. Som det fremgår av vedtaket utgjør disse kundene hele 5 % av det totale antallet bredbåndskunder i Norge, eller sagt på en annen måte; kundegruppen tilsvarer omtrent NextGenTels egen markedsandel basert på antall abonnement.

*NextGenTel* har for øvrig merket seg presiseringen i avsnitt 191 om at «Nkom definerer HFC-nett som nett hvor både fiber og koaksial-kabel benyttes», men at slike nett vil bli omklassifisert til fibernetts dersom HFC-nettet «*oppgraderes med fiber helt frem til bygningen, slik at fiberen terminerer inne i bygningen eller mot grunnmuren til bygningen*». Presiseringen er nyttig når det gjelder eventuelle forsøk på omgåelse av tilgangsplikten ved å karakterisere nettet som HFC-nett.

Oppsummert mener *NextGenTel* det derfor ikke er grunnlag for å opprettholde konklusjonen fra forrige reguleringsrunde. Tidligere argument for å holde Telenors HFC-kunder utenfor konkurransen er ikke lengre gyldig, og begrunnelsen for å unnta disse kundene fra konkurranse ikke holdbar. Etter *NextGenTels* vurdering er det ikke grunnlag for å ikke å pålegge Telenor en plikt til å imøtekomme anmodninger om tilgang til selskapets HFC-nett.

#### **b) Sentral tilgang til fiberbaserte aksessnett**

Det vises til vedtak for Marked 3b punkt 7.2.4, der tidligere forpliktelse for Telenor til å gi sentral tilgang til fiberaksessnettet videreføres – i vedtaket omtalt som VUA-fiber. I vedtaket presiseres det at VUA-fiber forpliktelsen skal ha egenskaper som gir tilgangskjøperen tilstrekkelig kontroll over forbindelsen slik at det kan foretas en viss form for produktutvikling/utforming av tjenesten som skal tilbys i sluttbrukermarkedet.

Videre følger det av vedtaket for Marked 3b punkt 7.3.4, at VUA-fiber skal tilbys til en pris som gjør at tilgangskjøperne ikke settes i marginskvis. Nkom legger i utgangspunktet opp til å gjennomføre marginskvistester 2 ganger i året, men med mulighet til å kunne gjøre dette oftere, f.eks. ved innføring av nye grossistprodukter i Marked 3b. For å sikre at tilgangskjøpere ikke ekskluderes fra markedet, pålegges Telenor også å oppfylle en bruttomargintest for alle enkeltstående fiberprodukter i sluttbrukermarkedet.

*NextGenTel* vil innledningsvis understreke at hittil tilbudte vilkår for tilgang til fibernettet ikke har gitt grunnlag for å kunne konkurrere effektivt med Telenor i sluttbrukermarkedet. Til det har prisen tilgangskjøperne har måtte betale for fiberbasert tilgang vært altfor høy. At prisen i forrige reguleringsperiode ikke gav grunnlag for å kunne konkurrere, bekreftes for øvrig ved at Nkom hele tre ganger i løpet av perioden gav Telenor pålegg om å redusere selskapets grossistpriser for tilgang til fibernettet, jf. avsnitt 183.

Nkoms pålegg i forrige reguleringsperiode har imidlertid ikke hatt effekt i praksis. Bakgrunnen for det er som tidligere nevnt langvarig klagesaksbehandling, kombinert med innvilgelse av anmodning om utsatt iverksettelse. Klagebehandling er kun avsluttet for det første prisreduksjonspålegget datert 9. mai 2016, jf. SDs vedtak 24. oktober 2017, men det er likevel fortsatt knyttet usikkerhet til dette pålegget som følge av at Telenor i ettertid har begjært klagevedtaket til SD omgjort, jf. begjæring 20. desember 2017. Begjæringen fra Telenor er i likhet med klagen på prisreduksjonspåleggene fra Nkom datert hhv. 21. februar 2017 og 18. mai 2018, fortsatt til behandling hos SD.

*NextGenTel* vil videre understreke viktigheten av presiseringene i vedtaket om hvordan et eventuelt brudd på marginskvistesten vil bli håndhevet, jf. vedtaket avsnitt 387 følgende. Ett av spørsmålene som drøftes i denne sammenheng er hvorvidt Telenor skal gis frihet til å velge hvordan reduksjonen skal

fordeles mellom ulike tilgangsprodukter som inngår i marginskvistesten, jf. vedtaket avsnitt 395. Nkom konkluderer imidlertid med at det ikke er behov for å stille krav om at reduksjonen av grossistkostnadene skal fordeles forholdsmessig på tilgangsproduktene som inngår i marginskvistesten.

NextGenTel deler ikke Nkoms konklusjon, og mener tvert imot at det av hensyn til utvikling av konkurranse må stilles krav om forholdsmessig fordeling på tilgangsproduktene ved konstatert brudd på marginskvistesten. Uten et slikt krav vil det være risiko for at Telenor velger å gjennomføre prisreduksjonen på andre tilgangsprodukter enn de tilgangskjøperne kjøper. NextGenTel minner om at det var nettopp slik Telenor valgte å gjennomføre rettingen av det første prisreduksjonspålegget i forrige reguleringsperiode, dvs. prisreduksjonen ble gjennomført på andre grossistprodukter med lavere hastigheter enn de NextGenTel hadde tilbudt i sluttbrukermarkedet. Så lenge Telenor har frihet til å velge, herunder så lenge et brudd på marginskvistesten knyttes opp mot bestemte grossistprodukter som Telenor tilbyr, vil det ikke være lønnsomt for tilgangskjøperne å tilby andre produkter enn de Telenor selv tilbyr i sluttbrukermarkedet. Etter NextGenTels oppfatning virker måten marginskvistesten er innrettet på, herunder hvordan brudd skal bli rettet i praksis, negativt inn på konkurranseutviklingen. Av hensyn til utvikling av bærekraftig konkurranse, må reguleringen innrettes slik at eventuelt prisreduksjonspålegg også kommer tilgangskjøperne til gode.

-o0o-

Med vennlig hilsen  
**Simonsen Vogt Wiig**

Torstein Losnedahl  
Senioradvokat  
tlo@svw.no

Kopi til: NextGenTel