

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

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

Vår dato
24.01.2019

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE – VEDTAK OM UTPEKING AV TILBYDER MED STERK MARKEDSSTILLING OG PÅLEGG OM SÆRSKILTE FORPLIKTLESER I GROSSISTMARKEDENE FOR LOKAL OG SENTRAL TILGANG TIL FASTE AKSESSNETT (MARKED 3A OG 3B)

1 Innledning

Det vises til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets («Nkom») vedtak 20. desember 2018 om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i grossistmarkedene for lokal og sentral tilgang til faste aksessnett («Vedtakene»).

Klagefristen er i Vedtakene satt til fem uker fra vedtakstidspunktet, det vil si 24. januar 2019. Telenor påklager med dette Vedtakene og klagen er rettidig fremsatt.

Telenor anfører prinsipielt at Vedtakene er ugyldige. Subsidiært ber vi Samferdselsdepartementet om å rette opp forholdene som påklages og fatte nye vedtak. De enkelte klagepunktene vil bli utdypet i punktene nedenfor.

Foruten denne klage vises det til rapport fra Øystein Foros og Hans Jarle Kind av 29. mai 2018 som er inntatt i bilag 1. Denne rapporten er tidligere oversendt og presentert for Nkom i møte 7. juni 2018. Det vises også til rapport fra Oslo Economics som er inntatt i bilag 2. Denne rapporten er tidligere oversendt Nkom i e-post av 16. august 2018. Begge rapportene underbygger Telenors anførsler i punkt 3, og utgjør en integrert del av klagen.

Telenors klage inneholder konkurransesensitiv informasjon som må unntas fra offentlighet og partsinnsyn. Denne informasjonen er merket med [UOFF].

Group Legal Advokater MNA

Head of Group Legal:
Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:
Eirik Andersen
Nina Borthen
Geir Dyngeland
Morten Foss
Atle Garder
Karen Cecilie Gildberg
Gaute Simen Gravir
Tor Henrik Hauge
Ina L. Heidenreich
Bjørn Hogstad
Øyvind Iversen
Christian Lindqvist
My Muratori
Ina Ore
Paul Edward Paus
Jørn T. Ramnæs
Tone Ripel
Espen Skovly
Vegard Thoresen
Guru Wanda Wanvik
Kaja Wølneberg
Anette Halvorsen Aarset

2 Den vedtatte reguleringen er uforholdsmessig og fremmer ikke effektiv bruk av samfunnets ressurser

Den vedtatte reguleringen er meget omfattende, både i omfang av forpliktelser, detaljeringsnivå og omfang av dokumentasjon. Vedtakene er også svært lite tilgjengelig og det fremgår ikke klart hva som er vurderinger, drøftelser og konkrete forpliktelser. Det er heller ingen samlet og uttømmende fremstilling eller vedtakstekst hvor de konkrete forpliktelsene som pålegges og Telenor skal etterleve fremgår. Dette gjør det krevende for Telenor på den korte tiden å ta stilling til alle detaljene i Vedtakene. Dette innebærer at det ikke er mulig for Telenor å overskue konsekvensene av Vedtakene.

Reguleringen er videre innrettet slik at Telenor pålegges ytterligere tyngende forpliktelser i forhold til eksisterende regulering, til tross for at markedene som analyseres er preget av tiltagende konkurranse. Forpliktelsene som pålegges tilbydere med sterk markedsstilling skal være egnet til å fremme samfunnsøkonomisk effektivitet jf. ekomloven § 1-1. I tillegg skal forpliktelsene være forholdsmessige og ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å fremme formålet.

Norge befinner seg på toppen i Europa hva gjelder husstander som har tilbud og knyttet seg opp til høyhastighetsbredbandsaksess. Fiberpenetrasjonen i Norge er ifølge siste dekningsrapport fra Analysys Mason (september 2018) på 59 prosent, og ifølge FTTH Council er Norge tredje best i Europa hva gjelder tilknyttede husholdninger (betalende abonnenter).

Telenor er en av flere operatører som investerer betydelige midler i det norske markedet og som derigjennom bidrar til regjeringens overordnede målsetning om at 90 prosent av husstandene skal ha tilbud om minst 100 Mbit/s innen 2020. På lang sikt er målet at alle husstander skal ha tilbud om høyhastighetsbredbånd. Dersom denne målsetningen skal nås må alle operatørene i det norske markedet, inkludert Telenor, gis tilstrekkelige insentiver for å investere i fremtidsrettet moderne teknologi. Når det gjelder fiberaksessnettene, som er i sterk vekst og der Telenor har en markedsandel på kun 21 prosent, blir Telenor som eneste aktør pålagt plikter som gjør investeringene mindre lønnsomme og som derfor begrenser Telenors investeringsinsentiver. Dette synes i strid med formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Statistikk Nkom legger frem i markedsanalysen viser at det er betydelige geografiske forskjeller i sluttkundenes valgmuligheter for fast bredbandsaksess, både hva gjelder antall tilbydere som kan levere tjenesten på det aktuelle stedet, hastigheten på tilbudet gitt og teknologien tjenesten leveres over. Likevel velger Nkom å pålegge Telenor de samme tyngende forpliktelsene i alle geografiske områder, fremfor å lette på reguleringen der konkurransen er mest intens.

Vedtakene synes dermed å gå langt i retning av å regulere med henblikk på å sikre utvalgte markedsaktørers lønnsomhet, fremfor å fremme konkurransen i markedene for å maksimere samfunnsøkonomisk effektivitet. En slik regulering, med ensidig fokus på tilretteleggelse for aktører som velger å ikke konkurrere på utbygging av egne fiberaksesser, skader mer enn stimulerer konkurransen, og støtter ikke opp om ekomlovens formål eller regjeringens målsetning om en markedsbasert utbygging. I tillegg er reguleringen uforholdsmessig.

3 Markedsanalysen

3.1 Markedsavgrensningen lider av metodiske feil og mangler

Etter Telenors oppfatning leder Nkoms tilnærming til markedsavgrensning til at markedene avgrenses feil. Dette får følger for hele den videre analysen, utpeking av Telenor som aktør med SMP og virkemiddelbruken.

Avgrensningen av det relevante markedet skal ta utgangspunkt i konkurranserettslig metode, både for å sikre regulatorisk forutsigbarhet og for å unngå regulatorisk inngrep i markeder som ikke er identifisert ved bruk av kjente analytiske metoder. Dette fremgår klart av Kommisjonens SMP retningslinjer, som klart også må legges til grunn av norske ekommyndigheter:

“When NRAs consistently apply established methodologies to define markets and assess significant market power, they contribute to ensuring regulatory predictability and limit regulatory intervention to cases of market failures identified by analytical tools.” (SMP-guidelines punkt 9)

Her understrekes også at det er sluttbrukernes preferanser som er avgjørende:

“The starting point of any analysis should be an assessment of relevant retail market(s), taking into account demand-side and supply-side substitutability from the end-user's perspective over the next review period based on existing market conditions and their likely development.” (SMP-guidelines punkt 26)

I markedsanalysen inntatt i vedlegg 1 til Vedtakene foretas det ingen analyse av sluttbrukernes preferanser. Oslo Economics har i sin rapport kapittel 3 redegjort for viktige prinsipper og den underliggende metoden for markedsavgrensning og deretter kommentert Nkoms metode:

«Markedsavgrensningen som Nkom har gjennomført fremstår utelukkende som en teknisk analyse av objektiv substituerbarhet. Det sentrale for en markedsavgrensning er imidlertid ikke de tekniske mulighetene for substitusjon eller de bakenforliggende årsakene til kundens preferanser. Slik informasjon bør kun benyttes som bakgrunn for å forstå hvordan kundene faktisk vurderer substitusjonsmulighetene. Dette er fordi det er kundenes vurdering som er avgjørende for hvordan markeder skal avgrenses. Dersom kundene rent faktisk ikke vurderer to produkter som nære alternativer kan ikke produktene inngå i samme marked – uavhengig av tekniske substitusjonsmuligheter.

I noen tilfeller kan det imidlertid være tilstrekkelig å basere en markedsavgrensning på tekniske substitusjonsmuligheter. I dette tilfellet er det imidlertid flere forhold som gjør at Nkom burde gjort en mer grundig analyse. For det første indikerer den store migrasjonen til fiberbredbånd, og den nærmest totalt manglende migrasjonen fra fiberbredbånd, at forbrukerne ser på fiberbredbånd som noe særegent. For det andre indikerer Telenor sin utrulling av fiber begrensede muligheter for tilbudssubstitusjon. Dette er fordi det å oppgradere kobbernettene ville vært en vesentlig mindre kostbar måte å møte forbrukernes etterspørsel på enn å bygge ut fiber. For det tredje bytter en rekke husholdninger til fiberbredbånd, selv om det ville vært billigere for dem å kjøpe et DSL-basert bredbånd med samme kapasitet som de velger på fiberbredbåndet.

Forholdene som er beskrevet over trekker alle i retning av at det ikke er tilstrekkelig kun å vurdere den tekniske substituerbarheten mellom aksesssteknologiene. Nkom burde derfor gjennomført en studie av forbrukernes faktiske preferanser og vurderinger av substituerbarhet som ledd i sin markedsavgrensning – på samme måte som den svenske sektormyndigheten valgte å gjøre.», jf. Rapporten side 13 og 14.

Oslo Economics har foretatt en slik markedsundersøkelse for å avdekke i hvilken grad sluttkundene vurderer de ulike aksessformene (Kobber, fiber og HFC) som alternativer til hverandre. Undersøkelsen og resultatene er oppsummert innledningsvis i rapporten:

«I spørreundersøkelsen ble respondentene stilt overfor hypotetiske situasjoner der fiberbredbåndet var omtrent ti prosent dyrere enn da de tegnet abonnement, sammenlignet med andre aksessformer. Den underliggende ideen er at dersom respondentene i liten grad substituerer seg over til relativt billigere produkter, da er ikke sistnevnte produkter nære alternativer til det relativt dyrere produktet. Hvis produktene ikke er nære substitutter er de heller ikke i samme relevante marked. Tilsvarende metode benyttes av konkurransemyndigheter for å avdekke konkurransenærhet mellom aktører.

I undersøkelsen skiller vi mellom kunder som har oppgradert fra DSL- eller kabel-TV-basert bredbånd til fiberbredbånd, samt kunder som har tegnet abonnement på fiber ved flytting. Alle respondentene ble bedt om å oppgi hva de ville gjort dersom fiberbredbåndet de tegnet kostet 50 kroner mer per måned. Videre ble respondentene som hadde oppgradert til fiber spurt om hva de ville gjort dersom løsningen de byttet fra kostet 50 kroner mindre per måned, mens de som hadde tegnet abonnement i forbindelse med flytting ble spurt om hva de ville gjort dersom prisen på alle øvrige alternativer var 50 kroner lavere.

Av de som hadde oppgradert fra DSL svarte kun 3 prosent at de ville beholdt den tidligere bredbåndsløsningen dersom månedsprisen på fiber var 50 kroner høyere på kjøpstidspunktet. For de som hadde oppgradert fra kabelbasert bredbånd svarte 5 prosent at de ville beholdt løsningen de byttet fra. Av de som hadde valgt fiber ved flytting ville 5 prosent valgt tilbydere av DSL om prisen på fiber hadde vært høyere.

Resultatene viser at fiberkunder i veldig liten grad vurderer øvrige aksessformer som nære alternativer – og videre at DSL vurderes som et fjernere alternativ enn kabel. Ved en reduksjon i prisen på andre alternativer ville flere valgt som de gjorde enn med en prisøkning på fiberbredbånd. At relative priser er mindre viktig enn absolutte priser støtter opp om at andre aksessformer i liten grad vurderes som alternativer for kunder som har valgt fiberbredbånd.

SSNIP-testen (Small, Significant, Non-transitory Increase in Price) anses som faglig standard for markedsavgrensning. Testens underliggende premisser er at dersom en hypotetisk monopolist kan foreta en lønnsom prisøkning så utgjør produktene monopolisten kontrollerer et relevant marked. Resultatene fra spørreundersøkelsen viser begrenset substitusjonen fra fiber til andre aksesstyper.

Den manglende substitusjonen til DSL og Kabel innebærer at det trolig er lønnsomt for en hypotetisk monopolist av fiber å foreta en varig prisøkning på mellom 5-10 prosent.

Dette er også sammenfallende med konklusjonen til den svenske sektormyndigheten PTS. PTS har avgrenset et eget marked for fiberaksess – basert på en grundigere analyse av markedet enn den som ligger til grunn for Nkom sin avgrensning av et teknologinøytralt marked.

Etter at respondentene hadde besvart hvordan de ville respondert ved relativt høyere pris for fiberbredbåndet, fikk de spørsmål om behov og preferanser, samt holdninger til aksessformer. Svarene på disse spørsmålene gir ytterligere støtte opp om at kundene ikke vurderer DSL som et nært alternativ til fiber.

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

Rapporten fra Foros og Kind konkluderer også med at fiber og kobberbasert bredbånd ikke inngår i samme marked basert på markedsdata tilgjengelig i ekomstatistikken og rapport fra Analysys Mason (2017), jf. Kapittel 4 i rapporten. Kort oppsummert finner Foros og Kind, basert på markedsdataene, at forbrukerne synes å ha en sterk preferanse for fiber. Dette baserer de på at 81 prosent av de som kan velge fiber, velger fiber, mens 63 prosent av de som kan velge kabel-tv, velger kabel-tv. Bare 14 prosent av de som kan velge VDSL, velger VDSL og 29 prosent av de som kan velge xDSL, velger xDSL, jf rapporten kapittel 3.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt kobberbasert internettilknytning er et alternativ til fiber for sluttkundene fremgår følgende på side 29 flg. i rapporten;

«La oss nå gå videre med å sammenligne produkt 1 (fiber) med produkt 3 (kobber). Mens fiber har hatt sterk vekst, og forventes å ha fortsatt sterk vekst, har kobberbasert internettilknytning hatt en sterk nedgang. Dette indikerer at fiber har en betydelig sterkere konkurranseposisjon enn kobber. For kobber, er det imidlertid betydelig heterogenitet med hensyn til hastighet. Det faktum at kun 14% av de som kan velge VDSL, velger VDSL, gir imidlertid en indikasjon på at heller ikke for de øvre hastighetsklassene i kobbernett blir kobber vurdert som attraktivt nok i forhold til fiber. Dette vil med stor sikkerhet også redusere Telenors (og andres) incentiver til å investere i ytterligere oppgradering av kobbernett, da dette innebærer ugjenkallelige kostnader som i begrenset grad kan nyttiggjøres når kundene forlater kobbernett.»

[...]

«Som gjennomgått over, så vil en SSNIP-test analysere krysspriselasiteter mellom ulike alternativer. Nkom gjør ingen forsøk på dette, men Post- og telestyrelsen (2016) gjennomførte en analyse av krysspriselasiteter nettopp for å vurdere om kobber og fiber er i samme relevante produktmarked. Analysen tok utgangspunkt i et representativt utvalg av svenske forbrukere (1000 personer), og spørsmålet var hvordan de ville respondere på en 10% økning i prisen på deres tilknytning. Undersøkelsen viste at en 10% økning på prisen på fiber ikke fikk noen signifikant påvirkning på hvor mange som velger kobbertilnytning, men andelen som velger kabel-tv øker. En prisøkning på kobber har heller ingen innvirkning på hvor mange som velger fiber og kabel-tv.

I denne sammenheng er både forbrukernes og tilbydernes forventninger om fremtiden viktig. Det er viktig å forstå forskjellen på konkurranse i markedet og konkurranse om markedet (se Evans og Schmalensee, 2002, for en del fallgruver). Hvis fibertilkobling betraktes som en langsiktig beslutning, hvor tilkoblingsavgiften kan være betydelig lavere når utbygging foregår (og mange i området legger inn fiberkabel samtidig), vil forbrukerens langsiktige kostnader på fiber kunne være langt viktigere enn den relative prisen mellom fiber og kobber. I så fall har vi en indikasjon på at disse teknologiene fremstår som dårlige alternativer for forbrukerne.

Basert på dette er vår konklusjon at fiber og kobber ikke inngår i samme relevantproduktmarked. Dette fremstår som en robust konklusjon i et framoverskuende perspektiv på 2-3 år. Kobber og fiberinngår derfor i separate sluttbrukermarkeder.»

På bakgrunn av dette oppfordret Telenor Nkom til å gjennomføre en undersøkelse av sluttkundenes preferanse. Nkom ønsker imidlertid ikke å gjøre dette. Derfor engasjerte Telenor Oslo Economics til å foreta en slik markedsundersøkelse. Som gjengitt ovenfor understøttet dataene i denne undersøkelsen konklusjonene i rapporten fra Foros og Kind.

Post- og telestyrelsen (PTS) i Sverige har i sine analyser i forbindelse med ny regulering av bredbåndmarkedene i Sverige også en annen tilnærming og forståelse av regelverket enn Nkom. PTS legger følgende til grunn i punkt 2.3.5.2 i utkast til vedtak i marked 3a¹ (2018):

”Enligt konkurransrättsliga principer utgår i normalfallet produktmarknadsavgränsningen från en kärnprodukt, ¹⁰⁴ dvs. en produkt som är det huvudsakliga fokusområdet för utredning (t.ex. att ett dominerade företag missbrukar sin marknadsmakt genom att vägra leverera en produkt). Syftet med att ha en kärnprodukt i marknadsavgränsningen är att göra det möjligt för en konkurrensmyndighet eller regleringsmyndighet att kunna pröva utbyttbarheten mot andra produkter för att eventuellt vidga den relevanta marknaden.¹⁰⁵ Vid marknadsavgränsningen av sluttkundsmarknaden för bredbandstjänster är det ur ett historiskt perspektiv naturligt att utgå från bredbandstjänster över xDSL-anslutningar som kärnprodukt eftersom SMP-regelverket initialt till stor del handlade om att öppna upp de tidigare nationella monopolisternas xDSL-nätverk för konkurrens.¹⁰⁶”

Utredningen av marknadsförhållandena i Sverige visar dock att antalet abonnemang för bredbandstjänster över fiberanslutningar med god marginal överstiger antalet abonnemang levererade över xDSL-nätet. Det finns sedan flera år tillbaka en generell trend där antalet xDSL-abonnemang minskar i takt med att fiberabonnemangen ökar.¹⁰⁷ PTS har gjort bedömningen att över 90 procent av hushållen och de små företagen kommer att ha tillgång till fiberanslutningar senast 2020.¹⁰⁸ Vid valet av kärnprodukt för marknadsavgränsningen är det därför lämpligt att PTS, utifrån rådande marknadsförhållanden, utgår från bredbandstjänster till slutt kunder levererade över fiberanslutningar.”

¹ https://www.pts.se/globalassets/startpage/dokument/icke-legala-dokument/remisser/2018/telefoni--internet/3ao3b/utkast-till-beslut_3afiber_180618.pdf

Basert på en analyse av markedsdata, herunder krysspriselastiteter mellom kobber og fiber, konkluderer PTS i sitt utkast til beslutning med at fiber og kobber ikke inngår i samme relevante produktmarked.

Nkom fikk forelagt ovennevnte rapporter og utkast til vedtak fra PTS i god tid før 20. desember 2018. Likevel sees det bort fra faktumet forelagt av Telenor og i Vedtakene legges grunn at:

«103. Sluttbrukerne i det norske bredbåndsmarkedet har ulike kapasitetsbehov som følge av ulike bruksmønstre og ulik grad av samtidig bruk av flere terminaler/tjenester via, bredbåndsakssessen. Nkom tar som utgangspunkt at den enkelte sluttbruker vil vurdere alle standardiserte bredbåndsabonnement som muliggjør sluttbrukerens bredbåndskonsum og som ligger relativt nært i pris, som nære substitutter, uavhengig av aksessteknologi og kapasiteter som det er mulig å tilby via de ulike aksessteknologiene.», jf. Vedlegg 1 til Vedtakene side 33. [vår understrekning].

Her forutsettes det dermed bare at en kunde som rent teknisk ikke har behov (i dag) for høyere båndbredde enn det som tilbys via kobberaksess, vil vurdere kobberaksess som et likeverdig alternativ til kabel-tv og fiber. Det gjøres således i Vedtakene ingen forsøk på å analysere forbrukernes preferanser for å forstå hvordan kundene faktisk vurderer substitusjonsmulighetene og konkluderer med at sluttbrukermarkedet for standardisert bredbåndsakssess inkluderer alle aksessteknologier. Dette til tross for at markedsdata og empiriske analyser fremlagt av Telenor tilsier at bredbåndsakssess basert på kobber og fiber ikke inngår i samme relevante marked.

Når det gjelder utkastet fra PTS, legges følgende til grunn:

“114. Post- och teletyrelsen (PTS) i Sverige har i et utkast til vedtak som var på høring sommeren 2018, foreslått å definere tre separate sluttkundemarkeder for standardisert bredbåndstilgang [kobber; fiber/kabel-tv (splittes i eneboliger og borretslag)]. En sentral faktor som leder til denne konklusjonen, er at PTS har identifisert et brudd i substitusjonskjeden, jf. kapittel 2.3.5.3 i utkastet til vedtak fra PTS. PTS anser at det ganske begrensede antall bredbåndsabonnement 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.”

Nkom baserer tilsynelatende dette resonnement på at det i Norge, i motsetning til i Sverige, er et visst antall forbrukere som har bredbåndsabonnement med hastighet i intervallet 30 til 99 Mbit/s. Igjen baserer Nkom sin konklusjon på tekniske egenskaper ved produktet og ser helt bort fra hvorvidt forbrukerne anser de tre aksesstyper, kobber, HFC og fiber som substitutter eller ei. Igjen er det slik at Nkom ikke har imidlertid ikke analysert hvorvidt det, basert på forbrukernes preferanser, eksisterer en kjede av substitutter i det norske markedet, men har kun forutsatt at det er en slik substitusjonskjede basert på diskusjon av produkttegnegenskaper. Det foreligger ingen markedsundersøkelse som kan underbygge at dette faktisk er tilfelle. Derimot indikerer undersøkelsen fra Oslo Economics at slik kjedesubstitusjon *ikke* foreligger i det norske markedet. En diversjonsrateundersøkelse kartlegger hvordan sluttkundenes faktisk vurderer substitusjonsmulighetene mellom ulike produkter, og hensyntar dermed mulighetene for kjedesubstitusjon. Undersøkelsen dokumenterer at sluttkundene i det norske markedet ikke ser på kobberbredbånd som et alternativ til fiberbredbånd.

Dersom produktene ikke inngår i samme sluttbrukermarked, kan produktene heller ikke inngå i samme grossistmarked. Valg av teknologi er da allerede foretatt av sluttkunden og en tilbyder vil ikke ha anledning til å velge annerledes i sitt tilbud til sluttkundene.

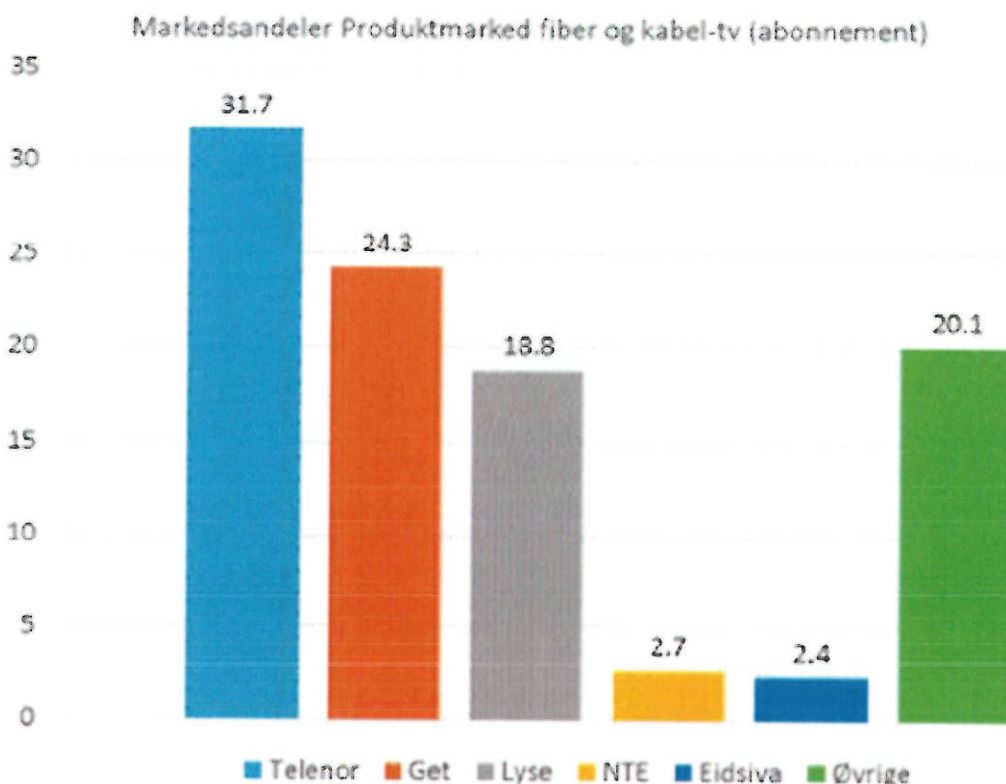
Ovennevnte innebærer etter Telenors oppfatning at markedsavgrensningen i Vedtakenes vedlegg 1 lider av metodiske feil og mangler, som fører til at konklusjonen bygger på feil faktum.

3.2 SMP-analysen bygger på feil faktisk grunnlag

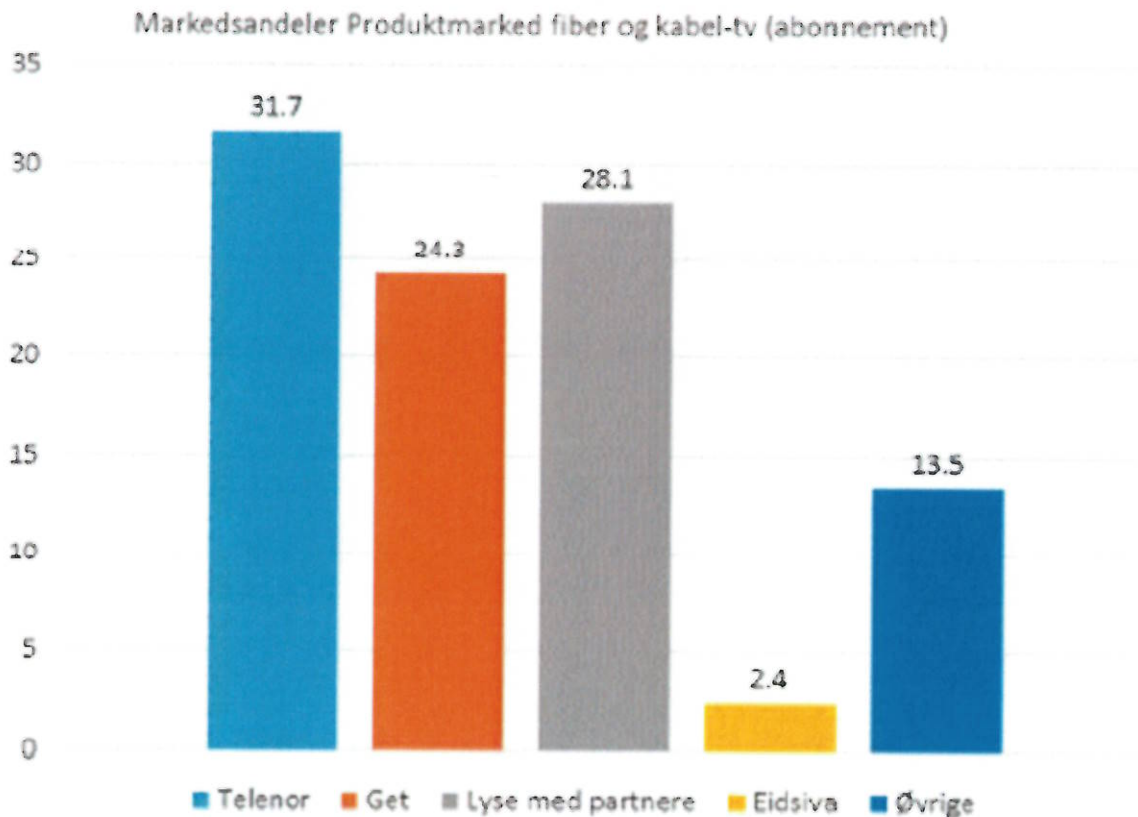
En aktør kan bare pålegges forpliktelser med hjemmel i ekomloven dersom det basert på en konkurranseanalyse kan konkluderes med at aktøren har sterk markedsstilling. En aktør har sterk markedsstilling alene, når aktøren «har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere», jf. ekomoven § 3-1.

3.2.1 Feil faktum – Telenor har ikke SMP på fiber og kabelbredbånd

Etter Telenors oppfatning legges feil faktum til grunn i Vedtakene i vurderingen av hvorvidt Telenor har SMP. I analysen av SMP må det legges til grunn at kobber ikke utøver et konkurransepress på fiber/kabelbredbånd og således ikke inngår i samme marked. Dette får direkte konsekvens for hele analysen, og utpekingen av Telenor med SMP innen bredbåndsaksess basert på fiber og kabel-tv. I et slikt marked ser markedsandelene slik ut:



Figur 1: Markedsandeler, målt etter antall abonnement i privatmarkedet, i sluttbrukermarkedet for internettilknytning basert på fiber og kabel-tv. Figuren tilsvarer Figur 2 i Foros og Kinds vedlagte rapport, side 37. Som det fremgår der er utregningen i denne tabellen basert på tallene i tabell 2 i Foros og Kinds rapport side 36.



Figur 2: Markedsandeler, målt etter antall abonnement i privatmarkedet, i sluttbrukermarkedet for internettilknytning basert på fiber og kabel-tv. Til forskjell fra Figur 1 over er alle Altibox-partnerne lagt inn i Lyses markedsandeler. Figuren tilsvare Figur 5 i Foros og Kinds vedlagte rapport, side 46.

I etterkant av Foros og Kinds rapport har som kjent Eidsiva inngått et samarbeid med Altibox med virkning fra juni 2019 slik Telenor har forstått det. Etter Telenors oppfatning vil derfor følgende tabell gi et mer korrekt bilde av konkurransesituasjonen i markedet i denne reguleringsperioden, med utgangspunkt i markedsandelene som fremgår i Figur 2 over:

Markedsandeler Produktmarked fiber og kabel-tv (abonnement)	
Telenor	31.7 %
Get	24.3 %
Lyse med partnere	30.5 %
Øvrige	13.5 %

Konkurransenarenaen i dag og i de kommende 2-3 årene preges videre av konkurranse om markedet, og det er vanskelig å se at konkurransen om markedet ikke er velfungerende i dag.

Det vises i den forbindelse også til konkurranseanalysen foretatt av Foros og Kind i rapporten kapittel 5, og særlig på side 37 flg:

«Målt opp mot tommelfingerreglene for markedsandeler og dominans, går det klart frem at det ikke er noen indikasjon på at det eksisterer dominerende aktører i dette produktmarkedet målt på nasjonalt nivå. En annen ofte benyttet indikator for enkelt å «ta tempen» på et marked er Herfindahl-Hirschman indeks (HHI). HHI vil her være ca. 1950, og i EUs retningslinjer under konkurransereglene vurderes det som lite sannsynlig at det foreligger et konkurranseproblem om HHI er under 2000 (se f. eks. Hjelmeng og Sørgard, 2014).33

Ser vi på tilgangssalg («eksternt salg» fra Telenor) har dette vært av svært begrenset omfang i dette produktmarkedet. Nærmest alt tilgangssalg («eksternt salg») baseres på kobber (Nkom, 2018a). For fiber er Telenor pålagt å tilby både lokal (marked 3a) og sentral tilgang (marked 3b). Det er ingen tilgangskjøpere i marked 3a (lokal tilgang), mens Nextgentel er eneste tilgangskjøper for fiber i marked 3b (sentral tilgang). Omfanget begrenser seg imidlertid til 7348 abonnementer i første halvår 2017 (Nkom, 2018a, side 104-105).

Det faktum at tilgangssalg til aktører som konkurrerer i produktmarkedet for kabel-tv og fiber er nærmest fraværende i dag forenkler utfordringen knyttet til å foreta en modifisert greenfield-analyse. I sluttbrukermarkedet for internettilknytning basert på fiber og kabel-tv sammenfaller en modifisert greenfield-analyse i all hovedsak med dagens markedssituasjon. Eneste virkning reguleringen har hatt må være, alt annet likt, å begrense Telenors investeringsincentiver i fiber. Det vil i så fall være et samfunnsøkonomisk tap knyttet til reguleringen som må hensynstas.

En modifisert greenfield-analyse i de avledede grossistmarkedene vil derfor sammenfalle med markedsandelene i Figur 2. Ser vi litt nærmere på tallene bak Figur 2, er det slik at Telenor, og særlig Get har sitt tyngdepunkt i kabel-tv, mens Lyse har sin tyngde i fiber. Gitt at fiber er produktet med den klart sterkeste konkurranseposisjonen, synes Lyse å ha en noe sterkere posisjon enn markedsandelen tilsier, og Get en noe svakere posisjon enn markedsandelen tilsier. Ser vi kun på fiber, så har Lyse en markedsandel på 33,0%, Telenor har en markedsandel på 20,6%, mens Get har en markedsandel på kun 8,2%. Da har vi som påpekt over kun tatt hensyn til selskapene Lyse har en eierandel på minst 50%, og ikke andre selskap som er Altibox-partnere. Legger vi inn alle Altibox-partnere vil Lyses markedsandel i fiber være 49,5% (samlet sett har alle aktørene under Altibox 405 000 fiberkunder³⁴).

Som påpekt bør ikke konkurranseanalysen kun se på markedsandeler. Det er høye faste ugjenkallelige kostnader knyttet til å etablere fiber i et gitt område. Derfor er det ikke å forvente at noen finner det driftsøkonomisk lønnsomt å duplisere fibernett (hvis vi ser bort fra blokkbebyggelse). Det er i hvert fall å forvente at dette vil skje i såpass få områder, at vi her kan se bort fra dette. Videre er det selvsagt et spørsmål om slik duplisering er samfunnsøkonomisk lønnsomt selv om det gir mer aggressiv konkurranse i markedet. Vi observerer imidlertid at det i en del områder etableres fiber selv om det allerede eksisterer kabel-tv-nett (23% kan velge mellom kabel-tv og fiber, som vist ovenfor). For de fleste områder må vi, i et 2-3 års perspektiv, imidlertid forvente at det innen hvert nærområde kun er én tilbyder innen produktmarkedet for internettilknytning basert på kabel-tv og fiber.

Siden de ugjenkallelige kostnadene ved å bygge parallelle nett er så høye, vil det gjennomgående være grunn til å tro at hvis én aktør har lagt fiber (to the home) i et gitt geografisk område, så vil ingen andre aktører gjøre det samme. Hvem som legger fiber, og når det skjer, vil blant annet avhenge av publikums betalingsvillighet, karakteristika ved de potensielle aktørene, og forventninger om markedsmessig og teknologisk utvikling. Forventninger om lavere (kvalitetsjusterte) utbyggingskostnader og usikkerhet om fremtidig betalingsvillighet (eksempelvis grunnet fremveksten av mer eller mindre kapasitetskrevene OTT-tjenester) trekker i retning av å utsette utbygging, spesielt i områder med lav befolkningstetthet eller områder som er topologisk krevende. Venter man for lenge, risikerer man imidlertid at en konkurrent går inn i stedet. Det vil føre for langt å gå inn på en konkret analyse av slike forhold, men et naturlig utgangspunkt kunne være realopsjonsteori. Se Dixit og Pindyck (1994) for en tidlig innføring, og Pindyck (2007) som diskuterer dette nettopp knyttet til bredbåndinvestering. Frontier Economics (2016, side 39) estimerer at 22% av norske husstander kan velge mellom to alternativer i dette produktmarkedet (vi antar det da i hovedsak er snakk om én fibertilbyder og én kabel-tv-tilbyder, mens 47% kun har én tilbyder (de resterende har da ikke dekning av kabel-tv eller fiber).

Konkurransenarenaen i dag og i de kommende 2-3 årene preges av konkurranse om markedet, og det er vanskelig å se at konkurransen om markedet ikke er velfungerende i dag. Som det fremgår av Nkom (2018a) er utbyggingsstakten av fiber svært høy i Norge sammenlignet med de fleste andre land.»

Dersom en likevel skulle legge markedsavgrensningene i Vedtakene til grunn, er det Telenors oppfatning at Telenors eventuelle mulighet til å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere overestimeres fordi Telenors høye markedsandel i all hovedsak skyldes Telenors posisjon innen kobberbasert bredbånd. I markedsanalysen foreligger det ingen vurderinger knyttet til dette, med den konsekvens at Telenor på feil grunnlag utpekes som tilbyder med SMP.

Foros og Kind kommenterer også i rapporten punkt 5.4 konkurranseanalysen som ligger til grunn for Vedtakene og uttaler følgende på side 43:

«Inkluderer vi tilgangssalg i Telenors markedsandel, finner vi nå at Telenors markedsandel inkludert «eksternsalg» er 50,0%. Som påpekt over, er i realiteten alt av tilgangssalg («eksternt salg») kobberbasert. Gitt at kobber fremstår som et klart 3. valg hos kundene, så vil en markedsandel på 50% klart overestimere Telenors markedsrett. Dette bør det tas hensyn til selv om man legger til grunn markedsavgrensningen som gjøres av Nkom.

Selv om Nkom fastholder sin markedsavgrensning, det vil si at de vurderer at kobber inngår i samme produktmarked som kabel-tv og fiber, så må konkurranseanalysen ta hensyn til at forskjellen mellom fordeling av markedsandeler i Figur 2 og Figur 4 i sin helhet skyldes at en stort antall forbrukere fortsatt er tilknyttet Telenors kobbernett. Gitt at internettilknytning basert på kobber har en så svak konkurranseposisjon sammenlignet med særlig fiber, så er det vanskelig å begrunne at Telenors andel med kobber-abonnementer gir muligheter for å utnytte markedsrett.

Vår konklusjon vil dermed ikke påvirkes av om vi legger Nkoms markedsavgrensning til grunn. Det eksisterer ikke konkurranseproblem som kan begrunne regulering av Telenors fiber- og kabel-tv-nett. Telenor har videre begrenset mulighet til å utøve markedsrett overfor sluttbrukere som kjøper internettilknytning basert på kobber. Dette skyldes kobber sin svake konkurranseposisjon sammenlignet med fiber og kabel-tv. For å sikre forutsigbarhet for aktører som Nextgentel og Broadnet, synes det likevel å være en rimelig avveining å pålegge regulering av Telenor i grossistmarkedet for kobber (gitt et framoverskuende perspektiv på 2-3 år).»

På denne bakgrunn er det Telenors oppfatning at SMP-analysen i vedlegg 1 bygger på feil faktum. Dersom rett faktum legges til grunn har Telenor ikke SMP innen fiberbasert eller kabelbasert bredbånd.

3.2.2 Feil faktum – klagesaker ikke relevant ved vurdering av SMP

I Vedtakene er det vist til klagesaker knyttet til forrige reguleringsvedtak og tar dette til inntekt for at Telenor har sterk markedsstilling:

«499. Oppsummert mener Nkom at klagesakene og det forholdsvis høye konfliktnivået de siste årene bidrar til å styrke holdepunktene for at Telenor har sterk markedsstilling både i Marked 3a og i Marked 3b.»

Twister og klagesaker relatert til en omfattende og detaljert regulering dokumenterer imidlertid på ingen måte at Telenor har SMP. At Telenor og tilgangskjøpere har ulikt syn både kommersielt og om hva som omfattes av tilgangsplikten skiller seg jo heller ikke fra andre markeder der kommersielle parter har ulikt syn på om avtale er ønskelig å inngå og forståelsen av gjeldende forpliktelser. At Telenor var uenig med tilgangskjøper i forhold til anmodning om en ny tilgangsform som tilgangskjøper krever – som eksempelvis i sak om SHDSL.bis – underbygger ikke på noen måte at Telenor har SMP.

Det er åpenbart i tilgangskjøperes kommersielle interesse å alltid kreve bedre tilgangsvilkår og også fremsette klager for tilsynsmyndigheter for å oppnå dette i konkrete saker. Når tilsynsmyndigheten i tillegg legger betydelig vekt på klager fra tilgangskjøpere også i vurderingen av fremtidig reguleringsbehov og i vurderingen av om Telenor har sterk markedsstilling blir det åpenbart en effektiv regulatorisk strategi å klage på alle forhold. Det legges etter Telenors oppfatning også på dette punkt feil faktum til grunn for analysen av om Telenor har sterk markedsstilling etter ekomloven § 3-1.

3.3 Konsekvenser

Telenor har fremlagt faktum, herunder empiriske undersøkelser som viser at sluttkundene har en annen oppfatning av markedet enn det som legges til grunn i markedsanalysen og den påfølgende SMP-analysen. Dersom korrekt faktum legges til grunn leder det til et annet resultat enn det Nkom har lagt til grunn for Vedtakene og har som konsekvens at Telenor ikke kan sies å ha SMP i et marked hvor kobber ikke inngår. Dette har direkte innvirkning på Vedtakenes innhold og fører til at Vedtakene er ugyldige.

Dersom Samferdselsdepartementet ikke legger det faktumet Telenor har fremlagt og underbygget med empiriske analyser til grunn, må det imidlertid fra myndighetenes side foretas tilsvarende undersøkelser av sluttkundernes preferanser, slik at utredningsplikten er oppfylt og Vedtakene bygger på rett faktum.

4 Pålagte forpliktelser

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. Særskilte SMP-plikter må videre både være formålstjenlige og forholdsmessige, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd og tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4.

De forpliktelser Nkom pålegger tilbydere med sterk markedsstilling skal videre være egnet til, og ikke gå lenger enn, det som er nødvendig for å fremme ekomlovens formål (§ 1-1). Etter vår vurdering er formålet å sikre samfunnsøkonomisk effektivitet og bærekraftig konkurranse. Vedtakene synes å gå langt i retning av å regulere med henblikk på å sikre faste og lønnsomhet for tilgangskjøpere utover formålet om samfunnsøkonomisk effektivitet og bærekraftig konkurranse. Hvis dette skal kunne rettferdiggjøres - for eksempel ved at det gir dynamisk positive konkurransemessige gevinster som mer enn oppveier det statiske effektivitetstapet - bør dette dokumenteres. Vi kan ikke se at dette er dokumentert i Vedtakene.

Etter Telenors syn må man i Vedtakene analysere de ulike konkurranseforhold lokalt og reflektere dette i virkemiddelbruken. I Vedtakene, for eksempel Marked 3a sammendrag avsnitt tre, fremstår det som om reguleringens primære formål er å regulere Telenor der Telenor er eneste tilbyder, men fordi man ikke finner kriterier for hvordan man kan ha ulik regulering i ulike geografiske områder, så reguleres hele landet. En slik tilnærming er i strid med ekomlovens formål og er i tillegg uforholdsmessig.

En annen sentral mangel i Vedtakene er at det i analysen av behovet for regulering i Marked 3b ikke i særlig grad er hensyntatt reguleringen av Marked 3a og således ikke lagt vekt på betydningen av dette for Marked 3b verken når det gjelder behovet for regulering eller virkemiddelbruken.

Til tross for at det i Vedtakene dokumenteres at konkurransen i det norske markedet for standardisert bredbåndsaksess er sterkt økende og Telenors markedsposisjon sterkt fallende innebærer Vedtakene en vesentlig strengere regulering av Telenor enn dagens regulering. Hensynet til ivaretagelse og ytterligere fremvekst av såkalt tjenestebasert konkurranse i Telenors infrastruktur synes å være avgjørende. 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).

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

4.1 Tilgangsplikt

4.1.1 Utvikling av nye fiberprodukter

I Vedtakene pålegges Telenor utvikling av flere nye produkter uten sikkerhet for at det faktisk er etterspørsel i grossistmarkedet. De nye tilgangsprodukter synes i hovedsak å være et resultat av selve reguleringen, det vil si nye markedsavgrensinger fra Kommisjonen og BERECs Common Position for kobberbasert NGA. Utvikling av nye produkter pålegger Telenor kostnader samtidig som det beslaglegger ressurser. Samtidig inneholder vedtaket flere detaljerte krav til produktet som ikke er begrunnet og vil kunne ha store konsekvenser. Eksempel på dette er kravet til at operatøren selv skal kunne benytte eget termineringsutstyr hos kunde (ONT). 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.

Når det gjelder fiber pålegges Telenor å utvikle flere fiberbaserte grossistprodukter selv om Telenor fremdeles har et beskjedent volum (om lag 21 prosent markedsandel) og potensielle grossistkjøperne er særdeles få. De aller fleste av aktørene i fibermarkedet velger å bygge selv istedenfor å leie fiberaksess hos Telenor.

Nye og omfattende krav til produktutvikling av nye fiberprodukter er derfor uforholdsmessig.

4.1.2 Tilgangsplikt til føringsveier til HFC-nett

I vedtak 3a punkt 7.2.12 pålegges Telenor en tilgangsplikt til føringsveier, herunder føringsveier til HFC-baserte aksessnett. Etter Telenors oppfatning er slik forpliktelse uhjemlet og uforholdsmessig. Av markedsanalysen i vedlegg 1 fremgår det klart i premiss 190 at grossistmarkedet ikke inkluderer HFC-nett. Likevel er tilgang til føringsveier til HFC-baserte aksessnett tatt inn som en forpliktelse i vedtak 3a.

Etter Telenors oppfatning er det ikke rettslig grunnlag for å pålegge forpliktelser knyttet til HFC-nett når markedet og Telenors SMP status i dette grossistmarkedet er fundert på ett annet grunnlag. Det er heller ikke foretatt en konkurranseanalyse tilknyttet tilgang til HFC-nett, ei heller er Telenor utpekt som tilbyder med SMP hva gjelder HFC-nett. Dermed er det ikke underbygget og dokumentert hvilket konkurranseproblem forpliktelsen er ment å avhjelpe. Forpliktelsen fremstår videre som uforholdsmessig.

4.1.3 Tilgangsplikt til «homes passed»

I vedtak 3a og 3b pålegges Telenor en tilgangsplikt for tilknytning av «homes passed» i punkt 7.2.9 (Vedtak 3a) og punkt 7.2.8 (Vedtak 3b). Tilgangsplikten innebærer at Telenor selv skal etablere stikkledninger til den enkelte «homes passed» husstanden på forespørsel fra tilgangskjøperer samt bære all risiko og kostnader ved en slik etablering. Etter Telenors syn innebærer dette at Telenor forpliktes til å etablere ny infrastruktur for en tilgangskjøper, noe som faller utenfor ekomloven § 4-1. Videre mener Telenor tilgangsforpliktelsen er uforholdsmessig og i strid med forpliktelser ilagt etter ekomloven.

4.1.3.1 Tilgangsplikten innebærer etablering av ny infrastruktur i strid med ekomloven

Ekomloven § 4-1 kan gi hjemmel for å ilegge plikt til «å imøtekomme enhver rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett- og tjeneste», herunder «fast aksessnett», jf. ekomforskriften § 2-2 (1). Etter ordlyden har Nkom kun hjemmel til å ilegge en plikt til å gi tilgang til allerede etablerte aksessnett.

I Vedtakene pålegges imidlertid Telenor å etablere forbindelsen mellom en ikke-tilknyttet sluttkunde og det eksisterende fibernettet (stikkledning). Slike «homes passed»-adresser er verken tilknyttet eller en del av det eksisterende fibernettet. Etter sin ordlyd hjemler ikke ekomloven § 4-1 en plikt til å gi tilgang til ikke-eksisterende infrastruktur. Videre innebærer etableringen av stikkledningen en etablering av ny infrastruktur. Dette er klart en annen handling enn det å gi tilgang til allerede etablerte aksessnett og en forpliktelse som ikke kan ilegges med hjemmel i ekomloven § 4-1.

Telenor kan heller ikke se at forarbeidene gir noe støtte for den utvidede hjemmelstolkningen som er lagt til grunn i Vedtakene. Snarer tvert i mot, i forarbeidene til ekomloven, Ot.prp.nr. 58 (2002 – 2003), punkt 1.2.1 uttales det;

*«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.**» (Telenors utheving)*

Etter Telenors vurdering har forpliktelsen til å etablere stikkledninger mellom Telenors etablerte fibernett og «homes passed»-adresser ikke hjemmel i ekomloven § 4-1 og er følgelig en ugyldig forpliktelse.

4.1.3.2 Tilgangsforpliktelsen er uforholdsmessig

I henhold til det ulovfestede forvaltningsrettslige forholdsmessighetsprinsippet følger det krav om forholdsmessighet mellom mål og middel. Som vist til i Vedtakene punkt 6.2 gjelder forholdsmessighetsprinsippet også ved ileggelse av forpliktelser etter ekomloven.

Forpliktelsen innebærer at Telenor må bygge ny infrastruktur for tilgangskjøpere uten kostnadsdekning samt bære all risiko tilknyttet en slik etablering. Det er i dag en knapphet på entreprenørressurser til utbygging av fiberaksessnett. For 2019 har Telenor allerede besluttet og valgt over 90 % av fiberprosjektene Telenor skal selge til sluttkunder, og startet salget i om lag 80 % av fiberprosjektene so skal leveres i 2019. Brorparten av entreprenørressursene Telenor vil benytte i 2019 er derfor allerede booket. Forpliktelsen vil medføre en omdisponering av knappe entreprenørressurser og investeringsmidler med tilhørende finansielle kostnader. Tilgangsforpliktelsen vil både redusere Telenors investeringsinsentiver og faktiske mulighet til å delta i konkurransen om å bygge fiberaksessnett samt føre til stor irreversibel skade for Telenors allerede planlagte og/eller iverksatte fiberutbygging og Telenors sluttkunder i disse fiberprosjektene.

Videre pålegger Nkom Telenor å etablere et svært omfattende regime. Etablering av ny infrastruktur for tilgangskjøpere vil kreve at Telenor etablerer nye prosesser og grensesnitt mellom interne

avdelinger i Telenor, tilgangskjøper og Telenors entreprenør som ikke eksisterer i dag. Slike omfattende endringer vil virke belastende for Telenor og vil øke kompleksiteten og redusere farten i Telenors fiberutbyggingen til skade for sluttkundene samt tilgangskjøpere til nye fiberaksessnett.

Regimet Telenor pålegges å etablere i Vedtakene er svært omfattende også med hensyn til hvilke adresser som skal inngå. Av reguleringen fremgår det at enhver utvidelse av fiberaksesser i et fiberaksessnett skal tilgangskjøper også kunne initiere – også ved utbygging som omfatter adresser som ikke er klassifisert som «homes passed», såkalte miniutbygging. 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.

Telenor kan heller ikke se at det i Vedtakene er identifisert hvilke konkurranseproblem pålegget har til hensikt å avbøte. I avsnitt 377 i Vedtak 3a og avsnitt 251 i Vedtak 3b vises det til «*de potensielle konkurranseproblemene som oppstår gjennom «first-mover»-fordelen Telenor har i utbyggingsprosjekter for fibernett*» uten å utdype eller forklare hva som legges i dette. Under enhver omstendighet vil en såkalt «first-mover»-fordel ikke være noe som knytter seg til Telenor som aktør utpekt med SMP. Tvert imot vil en slik såkalt «first-mover»-fordel gjøre seg gjeldende for enhver utbygger av fiberaksessnett, uavhengig av utbyggerens nasjonale markedsandel. Telenor har en markedsandel på om lag 21 % av fibermarkedet nasjonalt. Dersom den såkalte «first-mover»-fordelen er et generelt problem, vil ikke en plikt kun pålagt Telenor være egnet til å avhjelpe et slikt konkurranseproblem, og det vil være sterkt urimelig å kun ilegge Telenor denne tilgangsplikten.

Videre vises det til ESAs kommentarer til de varslede Vedtakene, som bl.a. omtalt i avsnitt 379 i Vedtak 3a, om at ESA «*invites NKOM to include additional proportionality considerations in its final measure, such as those set out in its reply to the Authority's second RFI, in order to show that the proposed obligation is based on the competition problems identified and is the least intrusive measure available.*» Telenor kan ikke se at Nkom i sin vurdering har nevnt muligheten for at tilgangskjøper kan tilby sluttkunden annen aksess teknologi. «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 tilgangskjøper allerede har mulighet til å selge bredbånd til «homes passed»-adresser basert på andre teknologier. Dette trekker ytterligere i retning av at tilgangsforpliktelsen ikke er forholdsmessig ut fra det anførte identifiserte konkurranseproblem. I motsatt fall tyder konkurranseproblemet som er lagt til grunn for forpliktelsen i Vedtakene på at bredbånd basert på fiberaksessnett er et eget marked.

Samlet sett mener Telenor tilgangsforpliktelsen er svært byrdefull og tyngende overfor Telenor og ikke er forholdsmessig sett opp mot det anførte konkurranseproblemet det søker å avbøte.

4.1.4 Implementeringsfristene

I Vedtakene punkt 7.2.17 (3a) og 7.2.15 (3b) fremgår en oppsummering av særskilte forpliktelser knyttet til tilgang, i avsnitt 460 (3a) og 297 (3b) fremgår at «*de særskilte forpliktelsene Telenor ASA [...] pålegges fremgår av dette kapittelet*». Av hhv avsnitt 469 og 302 står det klart at fristen for implementering av «homes passed» er tre måneder fra vedtakets ikrafttredelse. I avsnitt 375 (vedtak

3a) og avsnitt 249 (vedtak 3b) fremgår det imidlertid at regimet skal etableres innen 30 dager fra ikrafttreddelsen av Vedtakene, det vil si 31. januar 2019.

I Nkoms avslag av 22. desember 2018 på Telenors anmodning om utsatt ikrafttredelse av Vedtakene av 21. desember 2018 fulgte det med et sammendrag over implementeringsfristene i Vedtakene utarbeidet av Nkom. I dette sammendraget fremgikk også at fristen for etablering av «homes passed»-regimet er tre måneder. På den bakgrunn har Telenor fått forståelse for at det er tremånedersfristen for etablering av regimet som skal legges til grunn.

Telenor har ved en rekke anledninger kommunisert sin fristforståelse til Samferdselsdepartementet, herunder i e-post av 11. januar 2019 og brev av 16. januar 2019. Telenor legger til grunn at Nkom har blitt gjort kjent med Telenors korrespondanse med Samferdselsdepartementet. Til tross for dette mottok Telenor først 21. januar 2019 brev fra Nkom hvor det fremgikk at «homes passed»-regimet skal være etablert innen 30 dager fra Vedtakenes ikrafttredelse, det vil si 31. januar 2019. Det er således kun åtte arbeidsdager fra tidspunktet forpliknelsen og Telenors rettsstilling ble klargjort overfor Telenor til Telenor forventes å ha etablert regimet ferdig.

Brevet fra Nkom er etter Telenors oppfatning i realiteten en omgjøring av implementeringsfristen som fremgår av Vedtakene. Tremånedersfristen fremgår tydelig og flere steder i Vedtakene, samt ble ytterligere presisert i Nkoms sammendrag av 22. desember 2018. Omgjøringen av implementeringsfristen fra tre måneder til 30 dager fra ikrafttredelsesdato er en omgjøring til skade for Telenor. Omgjøringen er følgelig i strid med hva Nkom kan omgjøre av eget tiltak etter forvaltningsloven § 35 (1). Omgjøringen er derfor ugyldig.

Under enhver omstendighet vil det ikke være praktisk gjennomførbart for Telenor å etablere «homes passed»-regime innen 31. januar 2019. Forpliktelsene knyttet til «homes passed» er nye og Telenor har ikke etablert et slikt regime. Det er for Telenor vanskelig på nåværende tidspunkt å overskue omfanget av arbeidet knyttet til etablering av et slikt regime vil utgjøre, men basert på kravene som oppstilles til regimet i Vedtakene forventer Telenor at etableringen vil kreve omfattende arbeid.

For Telenor fremstår implementeringsfristen svært uforholdsmessig, særlig sett opp mot uklarhetene i Vedtakene og håndteringen av etterfølgende avklaring fra myndighetene. For det tilfelle at Telenor ikke får medhold i klagen over forpliktelsene tilknyttet «homes passed», jf. punktene 4.1.3 og 4.2.4 i denne klagen, anfører Telenor at implementeringsfristen er uforholdsmessig.

4.1.5 Pålegg om forbud mot urimelige krav og urimelige avtalevilkår

I Vedtakene pålegges Telenor en plikt til ikke å «stille urimelige krav eller innta urimelige avtalevilkår» i tilknytning til imøtekommelse av en rimelig anmodning om tilgang. Så langt Telenor kan se vil det være opptil tilsynsmyndighetens skjønn hva som anses for å være urimelig i det enkelte tilfellet.

Ekomloven § 4-1 gir hjemmel for å pålegge plikt til å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang. Dersom krav eller avtalevilkår fra tilbyder som er underlagt tilgangsplikt fungerer som en de facto tilgangsnekt vil dette kunne innebære brudd på en gitt tilgangsforsikring. Avtalevilkår eller krav som innebærer en de facto tilgangsnekt kan også sanksjoneres og kreves rettet dersom tilgangsplikt etter ekomloven § 4-1 er pålagt. Ekomloven § 4-1 gir imidlertid ingen kompetanse til å

pålegge et generelt forbud mot «urimelige krav og urimelige avtalevilkår». Denne forståelsen har støtte av Professor Erling Hjelmeng²:

«Dersom kontraktvilkår reelt sett fungerer slik at konkurrenter nedstrøms utestenges ("foreclose"), er det også åpenbart at tilgangsvilkårene ikke er realistiske. Det sentrale spørsmålet er dermed om det opereres med vilkår som er slik utformet at de ikke gir en realistisk tilgang – i strid med reguleringsens formål. Vilkår som bare oppfattes som "urimelige" fordi tilgangskjøper kommersielt sett hadde ønsket mer gunstige vilkår ligger utenfor det som kan pålegges. Samtidig kan det ikke pålegges å endre vilkår bare fordi det oppfattes som mer optimalt for konkurransen i et statisk perspektiv.», jf. Hjelmeng 2018 s. 7/8.

Denne forståelsen har også støtte i merknadene til bestemmelsen i ekomloven § 4-1:

«Vilkårene myndigheten stiller ifm. forpliktelsene må være i samsvar med bestemmelsene i §§ 4-4 til 4-10. Hovedregelen er at det ikke kan pålegges vilkår utover det som er hjemlet i §§ 4-4 til 4-10. Unntaksvis kan myndigheten imidlertid når den anser at det er behov for bruk av vilkår som ikke er i samsvar med §§ 4-4 til 4-10 pålegge andre vilkår. I slike tilfeller skal prosedyrene i § 9-3 følges.»

Nkom har vist til at tilgangsdirektivet 12 nr 1 henvisning til at det kan stilles krav om «fairness, reasonableness and timeliness» gir hjemmel for å forby «urimelige krav og urimelige avtalevilkår». Dette er en uriktig tolkning av tilgangsdirektivet.

Tilgangsdirektivets henvisning til at det kan stilles krav om «fairness, reasonableness and timeliness» relaterer seg imidlertid også til at vilkår kan stilles for å sikre at tilgang blir *reell*. Som det følger av Hjelmeng drøfter ERG også «fairness, reasonableness and timeliness» utelukkende til utestengelse nedstrøms:

«Også i ERGs Common Position er standarden "fairness, reasonableness and timeliness" knyttet opp mot atferd som utestenger tilgangskjøpere fra muligheten til å konkurrere nedstrøms. Her heter det f.eks. at

"Using contract terms as a strategic variable, the dominant undertaking may attempt to foreclose the retail market by requiring a particular behaviour of the downstream competitor, which is unnecessary for the provision of the upstream product but raises rivals' costs."

Poenget om at regulering av tilgangsvilkår er ment å forhindre konstruktive forretningsnektelser fremkommer også tydelig i ERG-dokumentet:

"In European case law refusal to deal covers not only situations where a dominant undertaking absolutely refuses to supply a customer, but also those circumstances in which the supplier is only prepared to supply a good or a service on unreasonable terms. The approach chosen in this document will deal separately with plain refusal to deal and 'unreasonable terms' on information, quality, price, etc.

² Erling Hjelmeng «Sensur og retting av tilgangsavtaler etter ekomloven – Nkoms kompetanse» 31. januar 2018.

Under standard economic analysis, 'for refusal to deal to constitute an abuse of a dominant position, it must not only harm a consumer or a competitor, but must also substantially weaken competition in the relevant downstream market.' Taking into account the effects on retail markets is not only standard in merger analysis but is also emphasized in Art 12 (1) of the Access Directive.

Refusal to deal/denial of access can lead directly to foreclosure if the wholesale product is a necessary input, but may alternatively lead to raising rivals' costs if bypass (e.g. in-house production) is possible but associated with higher production costs.", jf. Hjelmeng 2018 s. 7.

Hvis ekomloven § 4-1 skulle hjemle å regulere eller sensurere ethvert avtalevilkår, ville dette i tillegg undergravd systematikken i ekomlovens kapittel 3 og 4, hvor myndighetene er gitt kompetanse til å anvende et definert og avgrenset sett av virkemidler under forutsetning av forpliktelsene er egnet til å avbøte identifiserte konkurranseproblemer og også forutsatt forpliktelsene er formålstjenlige og forholdsmessige.

Dersom en likevel legger til grunn at tilgangsdirektivet artikkel 12 gir grunnlag for å stille krav til innholdet i tilgangsplikten, er ekomloven § 4-1 i beste fall en upresis gjennomføring av den underliggende EØS-forpliktelsen. Bestemmelsen i ekomloven § 4-1 pålegger tilgangsplikt, men sier ikke noe om innholdet i plikten. En slik eventuell manglende gjennomføring kan til en viss grad «repareres» gjennom EØS-konform tolkning/presumsjonsprinsippet, men dette har klart nok en grense. I Rt. 2000 s. 1811 Finanger I, s. 1829, uttaler Høyesterett følgende om presumsjonsprinsippet gjennomslag der en folkerettslig forpliktelse griper inn i et privat rettsforhold:

«Presumsjonsprinsippet i norsk rett er utviklet i rettspraksis. Gjennomslagskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til. Også før Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ble gjort til en del av norsk rett, ble grunnleggende menneskerettigheter tillagt meget stor vekt ved fortolkning av norske rettsregler. Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold.»

Her gjelder det en bestemmelse som gir hjemmel til å pålegge en operatør tilgang til sin infrastruktur, som potensielt er svært inngripende overfor den det gjelder. Slike inngrep krever hjemmel i lov, jf. GrL § 113. Når denne hjemmelen ikke er kommet bedre til uttrykk enn her, vil det støte mot legalitetsprinsippet å tolke ekomloven § 4-1 utvidende i lys av direktivet for å reparere en manglende/uklar hjemmel for slike inngrep. I samme retning, trekker følgende uttalelser i samme dom på s. 1832:

«Det vil være problematisk for private rettssubjekter om de ikke da skal kunne innrette seg etter de lovbestemmelser som lovgiveren har forutsatt er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.

[...]

Det er lovgiveren som har til oppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett, og det er også lovgiveren som – i et tilfelle som det foreliggende – må rette opp eventuelle feilvurderinger som senere blir fastslått. [...] Domstolene kan ikke avgjøre saken ut fra en

hypotese om hva de øvrige statsmakter vil foreta seg når det nå er avklart at det foreligger motstrid.»

Subsidiært har et forbud mot «urimelige krav og urimelige avtalevilkår» under enhver omstendighet et for uklart innhold til å være et gyldig pålegg av en særskilt forpliktelse i medhold av ekomloven § 4-1, jf. § 3-4.

Det stilles grunnleggende krav om klarhet til forbud som griper inn i privates rettssfære. Etter Telenors syn vil et generelt forbud mot å ha «urimelige krav og urimelige avtalevilkår» som er tatt inn Vedtakene heller ikke være tilstrekkelig presist til å utgjøre et gyldig pålegg.

«Ved vurdering av om et vilkår er urimelig, vil Nkom ta utgangspunkt i om det aktuelle vilkåret kan anses å være i samsvar med det som ville blitt tilbudt dersom markedet var preget av konkurranse, og om vilkår som innebærer begrensninger overfor tilgangskjøpere, kan anses å være begrunnet i beskyttelsesverdige interesser hos Telenor.» jf. Vedtakene 3a premiss 438 og 3b premiss 275.

Telenor har ikke mulighet til å forutberegne hva et slikt forbud vil innebære og hva Telenor forventes å etterleve i forhold til forbud mot «urimelige krav og urimelige avtalevilkår». Forbudet mot å ha «urimelige krav og urimelige avtalevilkår» er følgelig ugyldig.

4.1.6 Krav til migrering

I vedtak 3a punkt 7.2.5.7 pålegges Telenor å tilby migrering mellom produkter i marked 3a og mellom produkter i marked 3a og marked 3b. Forpliktelsen gjelder uavhengig av hvilken teknologisk plattform tilgangen er basert på og omfatter både sluttbrukernivå og for samtidig migrering av én eller flere grupper av sluttbrukere, såkalt masse migrering. Det fremgår videre at kravet om at migrering skal tilbys på rettidige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår som blant annet innebærer at Telenor skal sørge for alle rimelige tiltak for å sikre at nedetid unngås i tilknytning til migreringen. Videre skal migrering skje til kostnadsorienterte priser og reflektere at kostnadene ved migrering kan være lavere enn ved ordinær etablering av tilgang.

Migrering mellom de ovennevnte produktene omfattet av Telenors tilgangsplikt vil i praksis måtte håndteres som en ny bestilling og oppsigelse av Telenor, der oppsigelsen styres av tilgangskjøperen. Oppsigelsestiden på grossistprodukter hos Telenor er i dag én dag. 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.

I avsnitt 304 andre setning fremgår det, som nevnt over, at forpliktelsen innebærer at Telenor skal sørge for alle rimelige tiltak for å sikre at nedetid unngås i tilknytning til migreringen. Ved migrering er det tilgangskjøperen som vet om den totale nye aksessløsningen er operativ for sluttkunden. Tilgangskjøperen definerer selv inn aksess og bruker i eget nett og autentiseringsløsning samt leverer/installerer kundeutstyr for sluttkunden før gammel løsning kobles ned. Det er tilgangskjøperen som har «kontroll» over den endelige migreringen overfor sluttkunden. Telenor lever 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.

4.1.7 Krav til SLA og SLG

I Vedtakene punkt 7.2.15 (vedtak 3a) og punkt 7.2.13 (vedtak 3b) ilegges Telenor en plikt til å utarbeide servicenivåavtaler («SLAer») for grossistprodukter omfattet av tilgangsplikten i marked 3a og 3b samt pålegger Telenor å etablere en ny kompensasjonsordning i form av nye SLG-bestemmelser i Telenors standardavtaler for marked 3a og 3b-produkter. Etter Telenors oppfatning er kravene uforholdsmessige.

Vedtakene oppstiller detaljerte krav til SLAer for grossistprodukter omfattet av tilgangsplikten. Vedtakene forplikter Telenor å utarbeide SLAer knyttet til de fire nøkkelaktivitetene (i) systemtilgang, (ii) leveranser, (iii) feilhåndtering og feilrettingstider samt (iv) migrering mellom ulike tilgangsprodukter. For hver nøkkelaktivitet oppstilles detaljerte minimumskrav eksemplifisert ved at systemene skal være tilgjengelig x % av tiden, systemene svarer korrekt innen x sekunder, leveranse skal skje innen y arbeidsdager, feilretting skal skje innen y timer og migrering mellom to grossistprodukter skal skje innen x arbeidsdager.

Videre pålegges Telenor å etablere en ny kompensasjonsordning i standardavtalene. Pålegget innebærer at Telenor i standardavtalene må innta bestemmelser om kompensasjon som skal ytes ved manglende oppfyllelse av SLAer om de fire nøkkelaktivitetene nevnt over. I tillegg skal også prinsipper om beregning av slik kompensasjon fremgå. Disse skal i henhold til Vedtakene utformes slik at de i størst mulig grad gir forutsigbarhet med hensyn til kompensasjonsbeløp ved avvik fra avtalte SLAer, noe som vil innebære en stor detaljeringsgrad. Ytterligere pålegges Telenor å innta i standardavtalene at beregning og utbetaling av kompensasjon skal skje uten ugrunnet opphold og minst en gang hvert kvartal.

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.

I Vedtakene vises det til at kravene til SLA og SLGer «*bør være en del av tilgangsplikten som er hjemlet i ekomloven § 4-1. Plikten understøtter i tillegg Telenors plikt til ikke-diskriminering i kapittel 7.4 og anses, sammen med krav til å utarbeide og offentliggjøre KPIer, som en nødvendig del av et helhetlig EoO-regime.*»³

Det synes klart at ordlyden i ekomloven § 4-1 ikke hjemler illeggelse av detaljerte krav til servicenivåavtaler og tilknyttet kompensasjonsordning som skal inngå i standardtilbudet. Heller ikke forarbeidene synes å støtte opp om en slik forståelse av bestemmelsen som tilsynelatende legges til grunn i Vedtakene.

I punkt 7.4.4 i Vedtakene legges det til grunn et krav om ikke-diskriminering basert på EoO i marked 3a og 3b. Som Vedtakene selv viser til i avsnitt 686 (Vedtak 3a) og avsnitt 497 er EoO i

³ Vedtak 3a avsnitt 442. Tilsvarende fremgår i Vedtak 3b avsnitt 279

EU-kommisjonen anbefaling om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder fra 2013 definert på følgende måte:

«Equivalence of Output (EoO) means the provision to access seekers of wholesale inputs comparable, in terms of functionality and price, to those the SMP operator provides internally to its own downstream businesses albeit using potentially different systems and processes.»(Telenors utheving)

Det fremgår videre i Vedtakene avsnitt 687 (Vedtak 3a) og avsnitt 498 (Vedtak 3b) at *«EoO innebærer at grossisttilbudet til eksterne tilgangskjøpere er sammenlignbart med leveransen til den regulerte tilbyders interne sluttbrukervirksomhet mht. funksjonalitet og pris, selv om ulike systemer og prosesser kan benyttes.»*

En ikke-diskrimineringsplikt ved et EoO-regime krever følgelig ikke at eksterne tilgangskjøpere har krav på identiske tjenester som tilbyderens egen sluttbrukervirksomhet. Tvert imot oppstiller EoO-regime kun et krav om at grossisttilbudet til tilgangskjøpere skal være *sammenlignbart* med leveransen til egen sluttbrukervirksomhet hva gjelder funksjonalitet og pris. Etter Telenors syn nødvendiggjør følgelig ikke krav om ikke-diskriminering og EoO-regime forpliktelser overfor tilbyderen om å oppstille svært detaljerte SLAer i standardtilbudene med tilknyttet kompensasjonsordning.

Kravene om SLAer og SLG i Vedtakene er byrdefullt og tyngende overfor Telenor og fremstår ikke som nødvendig for å hindre ikke-diskriminering og EoO-regime. Samlet sett mener Telenor krav om SLAer og SLG i Vedtakene er uforholdsmessige sett opp mot det anførte konkurranseproblemet de søker å avbøte.

4.1.8 Krav til tidsbruk

Etter punkt 7.2.16 i vedtak 3a og punkt 7.2.14 i vedtak 3b pålegges Telenor å slutføre forhandlinger om tilgangsanmodninger og levering uten ugrunnet opphold og at leveringstidene fra bestillingstidspunkt til forbindelsen er klar til bruk skal være forutsigbare og forpliktende for tilbyder med SMP. Forpliktelsen innebærer også en plikt til å dokumentere tidsbruk i forbindelse med avtaler om tilgang. Nkoms formål med pålegget synes å være å hindre trenering eller såkalte uthalelestaktikker.

I forarbeidende til ekomloven, Ot.prp.nr.58 (2002 – 2003) punkt 1.2.1 fremgår det at dagens regelverk bygger på prinsippet om minimumsregulering og at dette *«innebærer blant annet at sektorspesifikk regulering ikke skal benyttes dersom målene i regelverket kan nås gjennom bruk av alminnelig konkurranserett.»*⁴

Nkom skriver i avsnitt 459 i vedtak 3a at bruk av uthalelestaktikker vil kunne rammes av konkurranseloven § 11, men at *«[e]ventuelle pålegg for å rette opp forholdet med hjemmel i konkurranseloven § 11 vil imidlertid bare få virkning i tid fremover fra det tidspunktet Konkurransetilsynet eventuelt fatter vedtak»* og videre at Nkom derfor er av den oppfatning at *«behovet for forutberegnelighet og raske inngrep i markedet taler for at denne bestemmelsen i mindre grad enn et konkret pålegg vil være egnet til effektivt å hindre bruk av uthalelestaktikker.»*

⁴ Ot.prp.nr. 58 (2002 – 2003)

I den grad bruk av uthalesestaktikker 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 uthalesestaktikker) 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.

Etter Telenors syn 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.

4.2 Prisregulering

Det følger av ekomloven § 4-9 sammenholdt med tilgangsdirektivet artikkel 13 nr 1 at en forutsetning for å pålegge prisregulering er at det foreligger en markedsanalyse som viser at fraværet av effektiv konkurranse i markedet medfører at en tilbyder med sterk markedsstilling kan opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå eller etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere til skade for sluttbrukerne. Etter Telenors syn foreligger ingen slik analyse i Vedtakene og det er heller ikke sannsynliggjort at vilkårene i ekomloven § 4-9 er oppfylt for hver av de ilagte prisforpliktelsene.

4.2.1 Pristak for etablerte kobberprodukter

Nkom baserer reguleringen av kobberprodukter på historisk kost. Dette er i direkte motstrid til EUs anbefaling for hvordan modeller for faste aksessnett skal utformes (Anbefalingen)⁵. Nkom begrunner dette med at dersom reguleringen ble basert på metode foreskrevet i Anbefalingen så ville det medført overkompensasjon (at nåverdien av inntekter for Telenor overstiger nåverdi av kostnader). Nkom belegger dette med hvordan prisen på Telenors kobberprodukter har blitt fastsatt i årene før 2018.

Dersom priser i alle relevante år før 2018 hadde vært basert på historisk kost så ville Nkoms betraktninger rundt overkompensasjon være korrekt.

Slik Telenor ser det underbygger ikke gjennomgangen av pristakets historie i Vedtakene samt redegjørelsen for tilnærming i andre EØS land og begrunnelse for valg av kostnadsgrunnlag og metode den valgte prisreguleringen for lokal fysisk tilgang til kobberbasert aksessnett. Den pålagte pristaksforpliktelsen synes dermed ikke å være tilstrekkelig begrunnet og dokumentert.

Etter Telenors oppfatning er metoden som er benyttet for å fastsette pristak for kobberaksess uforholdsmessig og ikke i overensstemmelse med EUs anbefalte metode. Først og fremst gjelder dette bruk av historisk kost for å fastsette verdi av gjenbrukbar infrastruktur.

⁵ Recommendation on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (2013).

Som fremholdt i konsultasjon rundt LRIC-modellen og i senere kommunikasjon bryter valget av historisk kost som metode for å fastsette verdi av gjenbrukbar infrastruktur med Anbefalingen. Dette valget er videre uforholdsmessig i og med at det fører til underkompensasjon av Telenors aksesslinjer, samt ukorrekte prissignaler i markedet.

I Anbefalingen fremgår det klart at metoden for å fastsette verdi av gjenbrukbar infrastruktur i Regulatory Asset Base (RAB) skal være gjenanskaffelseskost. Videre spesifiseres det at indeksmetoden skal anvendes for å beregne gjenanskaffelseskost.

Bakgrunnen for at man i Vedtaket likevel avviker fra Anbefalingen synes å være en oppfatning om at historisk kost har vært lagt til grunn siden 2006, og at en overgang til gjenanskaffelseskost vil medføre en overkompensasjon for Telenor. Videre anføres at hensynet til forutsigbare og stabile priser sikres med bruk av historiske kostnader. Etter Telenors syn stemmer disse premissene ikke med de faktiske forhold, og Vedtakene bygger således på feil faktum på dette punkt.

Det er imidlertid slik at det er kun i perioden 2006-2009 at Telenors LLU faktisk var regulert til historisk kost. I perioden 2009 frem til i dag har den blitt fastsatt utfra subjektive vurderinger fra Nkom, og samsvaret med historisk kost er i beste fall at historisk kostnadsinformasjon fra Telenors regulatoriske kostnadsregnskap ble brukt til å informere prisfastsettelsen sammen med andre kilder Nkom fant relevante på prisfastsettelsestidspunktet (inkludert tidligere LRIC modell).

Perioden da LLU var priset ut ifra historisk kost var således svært kort, også kortere enn perioden da gjenanskaffelseskost var basis for prisingen. Dette må sees i sammenheng med de svært lange levetidene til de underliggende infrastrukturaktiva som er typisk 30 eller 50 år. Således representerer prisene fra perioden da historisk kost var i bruk kun en liten andel av kostnadsinndeckningsperioden. Dette gjelder også om man aksepterer argumentet at prisene også i perioden 2009-17 var basert på historisk kost.

Varigheten av bruk av historisk kost er imidlertid mindre viktig enn hvor i livssyklusen infrastrukturaktivaene befant seg da historisk kost ble anvendt.

Det sentrale elementet i Vedtakenes argumentasjon for å avvike fra Anbefalingen er at det vil oppstå en overkompensasjon av Telenor dersom gjenanskaffelseskost i stedet for historisk kost tas i bruk i prisreguleringen. Her vises det til notat fra Analysys Mason, som demonstrerer at nåverdien av kostnadsinndeckning er den samme under historisk kost (HCA) og gjenanskaffelseskost (CCA). Notatet viser videre at i et eksempel med et typisk infrastrukturelement vil verdien under CCA være større enn under HCA midt i livssyklusen, og følgelig vil en endring fra HCA til CCA på dette tidspunktet medføre et «windfall» eller en overkompensasjon til netteier.

Telenor er enig i at CCA og HCA gir samme nåverdi av kostnadsinndeckning dersom aktivaene holdes gjennom hele sin livssyklus. Under HCA vil kostnadsdekningen tidlig i livssyklusen være relativt større, og i slutten av livssyklusen være relativt mindre enn tilfellet er for CCA. I sum vil nåverdiene for de to være like. Dermed er det slik at dersom en netteier får kompensert i form av HCA for et aktivum i første delen av aktivumets livssyklus, og CCA i siste del, vil netteieren bli overkompensert.

Dette er imidlertid ikke tilfelle når det gjelder prising av LLU i Norge. Premisset om at netteier har fått en høy kompensasjon gjennom HCA i fortiden er ikke til stede. De underliggende infrastrukturaktiva er i høy grad modne, og har i gjennomsnitt blitt installert lenge før LLU

produktet ble tilgjengelig i Norge i 2000. I hele perioden med et tilgjengelig LLU-produkt har man i Norge vært i slutten av infrastrukturaktivaenes (gjennomsnittlige) livssyklus. Altså den delen av livssyklusen der HCA kompensierer mindre enn CCA.

Siden relevante investeringer i kobbernettet i hovedsak ble foretatt før år 2000 så er prising før dette tidspunkt kritisk for om Telenor blir overkompensert eller ei. I følge Analysys Mason 2017 (figur 3.3) skal i overkant av 30 prosent av kostnadsinndekning være i årene før 1995. Nkom foretar ingen vurdering av kostnadsinndekning i denne perioden. Dette alene er tilstrekkelig til å fastslå at Nkom ikke har grunnlag for å vurdere hvorvidt Telenor blir overkompensert eller ei.

I sum innebærer dette at Telenor *ikke* har mottatt den høye kompensasjon 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.

En overgang mellom HCA og CCA vil medføre et brudd, og nåverdien kostnadsinndekningen sett fra anskaffelsesåret vil øke ved overgang til CCA. Dette representerer imidlertid ikke en overkompensasjon/windfall. Tvert imot representerer det en delvis reversering av underkompensasjonen som fulgte det forrige metode-skiftet – nemlig overgangen til HCA-orientert prisregulering fra 2006 og utover.

Ett annet aspekt som ikke nevnes i Vedtakene er at kjøpshistorikk for Telenors aktiva ble endret i den oppdaterte i LRIC modellen så sent som sommeren 2018. Dette ble gjort i etterkant av en kort tilleggshøring der Nkom fikk støtte på dette temaet isolert av Telenor, men uten at Telenor (og øvrige interessenter) har hatt mulighet til å kommentere helheten for Nkoms modellarbeid og på et tidspunkt det fortsatt var uklart om Telenors høringskommentarer til varsel om vedtak ville bli hørt. Endringen har stor betydning for kostnadsresultatet og oppfyller eksempelvis ikke hensynet til stabile og forutsigbare priser. Telenor faglige argumenter rundt valg av korrekt kostnadsmetode i nasjonal høringsrunde synes heller ikke å være hensyntatt eller vurdert av myndigheten.

På bakgrunn av ovennevnte er Telenor av den oppfatning at reguleringen av pristaket bygger på feil faktum samt avviker fra den underliggende Anbefalingen. Dette medfører at pristaket for etablerte kobberbaserte tilgangsprodukter (lokal, fysisk tilgang til kobberbaserte aksessnett og Bredbåndsakssess) er satt feil.

4.2.1.1 Implementeringsfristene for innføring av pristak for kobberproduktene

Det fremgår av Vedtakene at pristak for de etablerte kobberproduktene skal implementeres 1. februar 2019.

I henhold til Vedtakene pålegges Telenor samtidig en to måneders varslingsfrist overfor kjøpere av regulert tilgang om eventuelle endringer i eksisterende tilbud til ugunst for avtaleparten og/eller deres sluttbrukere. Ved å fastsette en så kort implementeringsfrist og samtidig pålegge Telenor en utvidet varslingsfrist, har Telenor i realiteten fått én måneds kortere frist til å tilpasse egen forretningsvirksomhet til endringer til ugunst for Telenor enn det Vedtaket tilkjenner tilgangskjøpere ved at de nettopp får to måneders varslingsfrist før Telenor kan gjennomføre endringer til ugunst. De samme hensynene som fremgår av begrunnelsen for utvidet varslingsplikt for tilgangskjøpere gjør seg gjeldende for Telenor.

Den korte implementeringsfristen sammen med den utvidede varslingsfristen påfører i tillegg Telenor et utilsiktet økonomisk tap og gjør det uforholdsmessig tyngende for Telenor å overholde fristen for implementering av pristak sammen med varslingsfristen.

På denne bakgrunn er det Telenors oppfatning at implementeringsfristen for pristakene er uforholdsmessig.

4.2.2 Marginskvistest for fiberproduktene

I Vedtakene pålegges Telenor krav om å bestå marginskvistester for fiberproduktene. Telenor skal bestå en porteføljebasert marginsskvistest av utvalgte fiberbaserte sluttbrukerprodukter og en bruttomargintest av enkeltstående, fiberbaserte sluttbrukerprodukter. Marginskvistestene vil legges til grunn samme metode og prinsipper som marginskvistesten for Vula produktet under reguleringen av 2014.

Etter Telenors oppfatning må marginskvistesten for fiberbasert bredbånd baseres på en EEO-tilnærming. Vilårene som følger av EU anbefalingen⁶ som gjelder avvik fra dette er ikke oppfylt. Markedsandelene som lagt til grunn i prinsippene bør reflektere Altibox-samarbeidet som en enhet. Disse opptrer som en samlet enhet i det nasjonale markedet og har betydelig høyere markedsandel enn det som fremgår her.

I prinsippene punkt 3.2.1 legges det videre til grunn en metode hvor Telenors data vektet 30 prosent, mens de alternative tilbydernes kostnader vektet 70 prosent. Dette innebærer at de alternative tilbydernes kostnader vektet mer enn dobbelt så mye som Telenors i fastsettelsen av kostnadsverdiene i den justerte EEO-modellen. Etter Telenors oppfatning innebærer dette at det i realiteten benyttes en REO test i stedet for en justert EEO.

I anvendelsen av marginmodellen på dagens Vula produkt, har Nkom lagt til grunn at salgskostnader skal inndeckes samme år som de påløper, ved at alle salgs- og akkvisisjonskostnader inkluderes i modellen uten at disse periodiseres over kundens levetid. I et vekstmarked medfører dette at salgskostnadene overvurderes i testene. I tillegg er en slik tilnærming verken i tråd med EU-anbefalingen eller BERECs veiledning. Det vises i den forbindelse til Telenors klager på vedtak om retting av tilgangsprisen for fiberbasert bredbåndsaksess. For Telenor fremstår det som uklart om Nkom opprettholder sin tidligere tilnærming, slik at denne også gjelder i henhold til prinsippene slik de fremgår av vedlegg 3 til Vedtakene.

Etter Telenors oppfatning må det derfor i prinsippene klargjøres at salgs- og akkvisisjonskostnader skal periodiseres over kundens levetid.

I prinsipp 7 fremgår det at det i marginskvistesten legges til grunn en kundelevetid på 60 måneder. Bakgrunnen for dette er blant annet mangel på robuste data. Etter Telenors erfaring er fiberlevetid betydelig lengre enn 60 måneder, noe som fremgår av Telenors rapportering av kundelevetid til marginskvistesten. Også de øvrige fiberaktørene rapporterer betydelig lenger levetid enn 60 måneder, noe som dokumenterer at kundelevetiden er lenger enn 60 måneder. Samtidig er noe av bakgrunnen for at det mangler robuste data at det ikke er utarbeidet en metode for aktørenes beregning og rapportering av gjennomsnittlig kundelevetid. Uten en slik metode er det usikkert at

⁶ Recommendation on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (2013).

man noen gang vil få robuste data. Etter Telenors oppfatning må det etableres en slik metode, hvilket verken er særlig komplisert eller kostnadskrevende.

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 avhjelpest 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.

4.2.2.1 Pålegg om å rette sluttbrukerprisene ved brudd

I Vedtakene pålegges Telenor ytterligere forpliktelser hva gjelder innholdet av prisreguleringen om ikke å sette tilgangskjøper i marginskvis som relaterer seg til innholdet av et eventuelt fremtidig pålegg om retting etter ekomloven § 10-6, jf. vedtak 3a punkt 7.3.5.2 og 3b punkt 7.3.4.2.

Pålegg om retting innebærer at tilbyder skal sikre at den aktuelle plikten som anses brutt igjen etterleves. jf. ekomloven § 10-6. Et vedtak om retting kan imidlertid ikke nyttes til å pålegge nye forpliktelser. Telenor viser her til Professor Hjelmeng:

«Det er dermed på det rene at § 10-6 ikke kan benyttes for å pålegge ytterligere forpliktelser utover det som er gjort i markedsvedtakene. Bestemmelsen kan – i likhet med krrl. § 12 – heller ikke benyttes til å pålegge aktører med sterk markedsstilling å etterleve reguleringen på bestemte måter, dersom det er alternative måter å tilpasse seg regelverket på. Hvis det viser seg at reguleringen ikke er tilstrekkelig til å sikre reell tilgang og motvirke diskriminering eller marginskvis, vil forpliktelsene måtte skjerpes gjennom endring av markedsvedtaket, ikke gjennom innføring av nye forpliktelser i medhold av § 10-6.», jf. Hjelmeng 2018 s. 18.

Når forpliktelsen er å ikke sette tilgangskjøper i marginskvis er det dette et vedtak om retting kan omfatte ved brudd på forbud mot marginskvis og ikke at retting skal skje på en bestemt måte.

«Ulike typer av forpliktelser etter kap. 4 vil imidlertid gi ulikt spillerom mht. etterlevelse. Er det fastsatt en spesifikk pris etter § 4-9, vil det selvsagt kunne kreves at nettopp denne prisen etterleves. Er det derimot bare gitt pålegg om å unngå marginskvis, vil det ikke kunne gis pålegg om å justere enten grossistpris eller egen pris til sluttbruker.», jf. Hjelmeng 2018 s. 18.

Begrunnelsen i Vedtakene om å forby Telenor å heve sluttbrukerprisene synes blant annet å være at en heving av sluttbrukerpriser ikke anses som en effektiv måte å rette en marginskvis. Dette angivelig fordi bindingstid, varslingstid etc innebærer at dette ikke lar seg gjøre. Dette er imidlertid forhold som Telenor i så fall må bære risikoen dersom det viser seg at marginskvis ikke kan gjenopprettes ved å endre sluttbrukervilkår. Dersom det er mulig for Telenor å sikre forbudet mot marginskvis gjennom heving av sluttbrukerpriser, er ikke argumentet mot en heving relevant.

Videre argumenteres det i Vedtakene med at forbud mot å øke sluttbrukerpriser er begrunnet i at Telenors sluttbrukere ikke skal oppleve økte priser.

«Nkom anser at hensynet til sluttbrukerne trekker i retning av at Telenor ikke

skal innrømmes rett til å øke sluttbrukerprisene for å avhjelpe en konstatert marginskvis», jf. vedtak 3a premiss 585 og 3b premiss 391.

Det er altså ikke ut fra hensynet om å sikre margin for tilgangskjøpere at Telenor forbys å øke sluttbrukerprisene, men av hensyn til Telenors sluttbrukere. Vedtakene er imidlertid begrunnet i at det er tilgang og krav om sikring av margin for tilgangskjøpere som skal bidra til økt konkurranse i markedene. Det er i Vedtakene verken innført prisregulering av sluttbrukertjeneste eller direkte prisregulering av grossisttilgang, og markedsanalysen har heller ikke gitt grunnlag for en slik prisregulering. Etter Telenors oppfatning innebærer derfor Vedtakene på dette punkt et forsøk på å innføre en prisregulering av sluttbrukertjeneste – i form av forbud mot økning av prisen på en sluttbrukertjeneste - i situasjon hvor det eventuelt er konstatert at en marginskvistest ikke er bestått.

Forbudet mot å rette en marginskvis ved økning av sluttbrukerpriser synes også å ha som selvstendig formål å presse Telenors grossistpriser nedover og dette selv om tilgangskjøpere blir sikret margin ved at en eventuell marginskvis er blitt rettet opp. Det vises i den forbindelse til uttalelser i premiss 592 i vedtak 3a og tilsvarende premiss 398 i vedtak 3b hvor det fremgår at ny rettet pris skal gjelde som pristak frem til neste marginskvistest:

«592. Ved et pålegg om reduksjon av grossistpriser kan det stilles spørsmål ved om Telenor skal ha rett til å øke grossistprisene i perioden frem til påfølgende gjennomføring av marginskvistest. For at marginskvisreguleringen tilstrekkelig effektivt skal oppnå formålet, presiserer Nkom at de rettede grossistprisene som et klart utgangspunkt vil fungere som pristak frem til neste gjennomføring av marginskvistest. Dersom Telenor kan godtgjøre at det er behov for å øke tilgangsprisene i denne perioden og at økonomisk replikerbarhet vil være ivaretatt på tross av prisøkningen, vil Telenor etter godkjenning fra Nkom likevel kunne tillate å øke grossistprisene før neste gjennomføring av marginskvistest.»

Som redegjort for over kan pålegg etter ekomloven § 10-6 ikke nyttes til å ilegge nye plikter. Gjennom ovennevnte forpliktelser utvides dermed kompetansebestemmelsen i ekomloven §10-6 til også å gi kompetanse til å pålegge nye plikter dersom brudd på eksisterende plikter er konstatert.

Det er imidlertid sikker rett at endring av lover må gjøres i lovs form. Rekkevidden av ekomloven § 10-6 kan således ikke endres eller utvides gjennom Vedtakene.

På bakgrunn av ovennevnte er det Telenors oppfatning at det ikke er rettslig grunnlag for ovennevnte forpliktelser. Vedtakene er dermed ugyldige på dette punkt.

4.2.3 Backhaul

I vedtak 3a pålegges en ny prisregulering av såkalt backhaul kapasitet som benyttes for kjøp av LLU/SLU. Telenor kan ikke se at dette kravet er tilstrekkelig begrunnet, og mener det er uforholdsmessig og urimelig å innføre en nytt og komplekst krav til kostnadsrapportering på kapasitetsprodukter som Nkom konkluderer med at ikke skal reguleres i Marked 4.

Urimelighetene og mangel på begrunnelse kommer klart til uttrykk i marked 3a vedtakets punkt 7.3.8. Her argumenteres det mot prisregulering av backhaul i avsnittene 630 – 634, samt i første del av avsnitt 635. Så midt i avsnitt 635 fremgår følgende: «Nkom mener imidlertid det er naturlig å se tilgang til backhaultjenester som en samlet tjeneste i det nasjonale markedet. Det forhold at

backhaultjenester kan benyttes både til å understøtte kobberbasert og fiberbasert aksess, trekker også i retning av å anse backhaul som en samlet tjeneste. Nkom mener derfor at det ikke er grunnlag til å unnlate visse typer bruk av backhaul fra særskilte krav til prisregulering.»

Uten videre begrunnelse konkluderes det i avsnitt 636 med et pålegg om kostnadsorienterte priser knyttet til kjøp av backhaultjenester, uten at dette synes vurdert opp mot vilkårene i ekomloven § 4-9. Telenor har problemer med å se at det at backhaultjenester vurderes som en samlet tjeneste er en relevant begrunnelse for å pålegge prisregulering kun for den andelen av slike produkter som anvendes i forbindelse med marked 3a tilgang.

4.2.4 Homes Passed

I Vedtakene punkt 7.3.6 (Vedtak 3a) og punkt 7.3.5 (Vedtak 3b) ilegges Telenor en prisforpliktelse knyttet til plikten om å bygge ny infrastruktur for tilgangskjøperes tilgang til «homes passed»-adresser. Prisforpliktelsen innebærer at prisen Telenor kan ta overfor tilgangskjøpere for etablering av nye fiberaksesser til «homes passed» skal baseres på et pristak ut i fra hvilken pris Telenor tar for slik etablering for egen sluttbrukervirksomhet, altså prisen overfor den enkelte sluttkunde. Videre pålegges Telenor å tilgjengeliggjøre etableringsprisen Telenors egen sluttbrukervirksomhet vil ta ved et eventuelt fortetningssalg (såkalt «listepris»). Dersom Telenor for noen potensielle sluttkunder kan tilby en lavere eller høyere pris enn listeprisen skal også slik pris tilgjengeliggjøres. Telenor pålegges videre en to måneders varslingsfrist ved endringer i etableringsprisen og forbyr å utføre fortetningssalg i denne to måneders varslingsperioden med tilbud om den varslede etableringsprisen, dersom den er lavere enn listeprisen.

4.2.4.1 Prisforpliktelsen er en regulering av sluttbrukerpriser i strid med ekomloven

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

En slik regulering kan etter Telenors oppfatning ikke ilegges etter ekomloven § 4-9. Ekomloven § 4-10 åpner riktignok for at dersom plikter etter § 4-9 «ikke vil være tilstrekkelig for å legge til rette for bærekraftig konkurranse, kan myndigheten pålegge tilbyder med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkedene vilkår for tilbud av sluttbrukertjeneste». Forpliktelser etter § 4-10 skal imidlertid bygge på at myndigheten finner at det foreligger konkurranseproblemer i det relevante sluttbrukermarkedet som ikke kan bøtes på gjennom regulering i det tilhørende grossistmarkedet. Telenor kan ikke se at Nkom har identifisert et slikt konkurranseproblem i sluttbrukermarkedet for fiberaksessnett som tilsier en prisregulering på sluttbrukernivå, eller generelt analysert behovet for en regulering av prisen på sluttbrukermarkedet. Etter Telenors vurdering er derfor prisforpliktelsen ilagt i strid med ekomloven § 4-10.

4.2.4.2 Prisforpliktelsen er i strid med konkurranseloven

Det er på det rene at ekomloven og vedtak ilagt med hjemmel i ekomloven ikke er unntatt eller på annen måte begrenser konkurranselovens virkeområde.

Etter konkurranseloven § 10(1) er enhver avtale eller beslutning mellom foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen forbudt. Det er på det rene at utveksling av konkurransesensitiv informasjon, selv ensidig formidling, vil kunne fjerne eller redusere usikkerheten mellom parter og deres fremtidige markedsopptreden og er derfor omfattet av forbudet i konkurranseloven § 10. Informasjon om fremtidige priser er ansett å være i kjernen av informasjon som anses som konkurransesensitiv.

Prisforpliktelsen i Vedtakene innebærer at Telenor skal tilgjengeliggjøre prisen Telenor vil ta fra den enkelte «homes passed»-sluttkunde for etablering av fiber («listeprisen»). Dersom Telenor for noen potensielle «homes passed»-sluttkunder kan tilby en lavere eller høyere pris enn listeprisen skal også slik pris tilgjengeliggjøres. Videre er Telenor pålagt en to måneders varslingsfrist ved endringer i etableringsprisen og forbyr å utføre fortetningssalg i denne to måneders varslingsperioden med tilbud om den varslede lavere etableringsprisen. Potensielle nye tilgangskjøpere av fiberprodukter vil normalt være fiberutbyggere selv og dermed direkte konkurrenter av Telenor. Tilgangskjøpere er ikke ilagt noen tilsvarende salgs/konkurranserestriksjon og kan i varslingsperioden fritt tilby sluttkundene den varslede lavere etableringsprisen, og får dermed en konkurransefordel overfor Telenor.

Basert på informasjonen i listen (listeprisen) i kombinasjon med varslingsplikten vil samtlige aktører i markedet kunne få detaljert informasjon om Telenors prisingsstrategi samt få kjennskap til når Telenor planlegger fortetningssalg. Dette er informasjon som vil redusere andre aktørers usikkerhet om Telenors fremtidige atferd i markedet og utgjør konkurransesensitiv informasjon. Deling av slik informasjon med faktiske eller potensielle konkurrenter, herunder også ensidig tilgjengeliggjøring, er i strid med konkurranseloven § 10. Pålegget øker dessuten prisgjennomsiktigheten i markedet for en viktig kostnadskomponent, noe som kan redusere konkurransen.

I tillegg innebærer forpliktelsen at Telenor pålegges et forbud mot å konkurrere om sluttkunden på pris i en periode på to måneder dersom Telenor skulle ønske å tilby en lavere pris til sluttkunden enn det som fremgår av listeprisen. Dette er klart konkurransebegrensende og til skade for den enkelte sluttkunde.

Eftas Overvåkningsorgan ESA har også i sine kommentarer til Nkom uttrykt bekymring over de konkurransemessige virkningene av prisreguleringen og uttaler at:

«In addition, the Authority invites NKOM to reconsider its proposal to set its proposed wholesale price cap for the establishment of the drop cable to homes passed based on Telenor's own retail charge for this component. The Authority has concerns that the proposed approach risks limiting retail pricing flexibility, as well as potentially reducing overall competitive uncertainty and tension on an important cost factor in the retail market.»⁷

⁷ Vedlegg 8 til vedtak 3a og Vedlegg 7 til vedtak 3b: ESAs kommentarer til Nkom i brev av 3. desember 2018, punkt 3, side 9, andre avsnitt under underpunktet «Need to reconsider pricing obligation for providing access to drop cables».

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.

4.2.4.3 Prisforpliktelsen er uforholdsmessig

Det er klart at det ulovfestede forvaltningsrettslige prinsippet om forholdsmessighet også gjelder ved Nkoms ileggelse av forpliktelser etter ekomloven.

Prisforpliktelsen innebærer som tidligere nevnt at betalingen Telenor kan få for etableringen av stikkledninger er oppad begrenset til prisen Telenor tar for slik etablering for egen sluttbrukervirksomhet, herunder prisen overfor den enkelte sluttkunde. Kostnaden for å etablere en stikkledning til «homes passed»-adresser er imidlertid høyere. Innenfor Telenors egne interne fullmaktsgrenser vil kostnaden være i størrelsesorden 7.000 – 20.000 kroner per stikkledning. Ut fra dagens prisnivå vil Telenor bli påført et tap på mellom 2.000 – 15.000 kroner per stikkledning Telenor pålegges å etablere for tilgangskjøpere.

Prisforpliktelsen innebærer at Telenor forbyr å utføre fortettingssalg i den to måneders varslingsperioden ved endringer i etableringsprisen med tilbud om den varslede etableringsprisen, der denne er lavere enn listeprisen. Et slikt konkurranseforbud på utbygging av egen infrastruktur er svært inngripende og Telenor har vanskeligheter med å se at dette i det hele tatt kan være formålstjenlig.

Videre omfatter prisforpliktelsen et krav for Telenor om å begrunne og dokumentere ethvert tilbud Telenor måtte tilby en «homes passed»-sluttkunde som er høyere enn listeprisen. Det vil kunne foreligge store variasjoner i de faktiske kostnadene for etablering av stikkledning til en «homes passed»-sluttkunde, avhengig av blant annet om de nye kablene trekkes i luften eller jorden, avstand til det etablerte fiberaksessnettet, hvorvidt tillatelser må innhentes, fremføring over naboers eiendom og entreprenørkostnader. En plikt om å begrunne og dokumentere ethvert avvik som innebærer en høyere pris enn listeprisen vil kunne påføre Telenor et betraktelig merarbeid og innebære en stor byrde. En slik plikt kan være tidkrevende og kan også på den måten redusere Telenors mulighet til å gi tilbud til slike «homes passed»-sluttkunder, noe som i noen tilfeller svekker konkurransen til skade for slike «homes passed»-sluttkunder eller medfører at sluttkunden ikke blir tilknyttet fibernettet.

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

Samlet sett mener Telenor prisforpliktelsen er svært byrdefullt og tyngende overfor Telenor og ikke er forholdsmessig sett opp mot det anførte konkurranseproblemet det søker å avbøte.

4.3 Varslingsfrister

I Vedtakene pålegges Telenor en varslingsfrist på 3 år ved nedleggelse av linjer også der hvor tilgangskjøper ikke har foretatt store investeringer i utstyr. En varslingsfrist er ment å skjerme investeringer som en operatør har gjort. I situasjoner hvor det ikke eksisterer LLUB-linjer, men en enkeltoperatør har kjøpt et marked 3b produkt, vil det kun være Telenor som har gjennomført en investering i punktet. Det er urimelig at Telenor skal måtte opprettholde et ulønnsomt punkt i nettet som følge av at en operatør har kjøpe enkeltaksess(er) på Telenors plattform.

Vedtakene punkt 7.5.5.6 omhandler forpliktelser knyttet til endringer i det som er varslet. Det er uklart for Telenor om teksten skal forstås slik at det må varsles på nytt med ny tilsvarende frist dersom det oppstår endringer i forhold til opprinnelig varsel. Hvis det skal forstås slik vil forpliktelsen etter Telenors oppfatning være urimelig, ubegrunnet og uforholdsmessig.

4.4 Feilrettingspolicy

I Vedtakene punkt 7.5.5.3 pålegges Telenor med hjemmel i ekomloven § 4-6 detaljerte og inngripende forpliktelser relatert til innholdet av Telenors feilrettingspolicy.

Etter Telenors oppfatninger er det ikke hjemmel i ekomloven § 4-6 til å fastsette slike konkrete og detaljerte krav til innholdet i Telenors avtaler. En slik forpliktelse faller også utenfor det det er anledning til å pålegge med hjemmel i ekomloven § 4-1. Forpliktelsen som pålegges hva gjelder regulering av størrelsen på kostnadsrammen for feilretting er det facto en forpliktelse til å rette feil i nettet under en gitt kostnad og således en forpliktelse til å opprettholde ikke-fungerende infrastruktur. Det er dessuten uklart hvordan Telenor prosessuelt skal kunne endre og implementere nye kostnadsgrenser for de regulerte grossistproduktene.

En regulering av det konkrete innholdet i hva som skal dokumenteres ved en oppsigelse fordi infrastrukturen skades eller ikke-lenger fungerer er videre uforholdsmessig. Det samme gjelder regulering av at Telenor skal kompensere tilgangskjøper ved oppsigelse, dersom Telenor tilbyr sine sluttkunder slik kompensasjon.

Ved feilsituasjoner, for eksempel at en linje ikke lenger fungerer eller blir skadet og derfor ikke lenger er forretningsmessig regningsvarende å opprettholde linjen, rammes Telenor og tilgangskjøper likt. En aktør må etter Telenor syn selv bære risikoen for dette i forhold til egne sluttkunder. Hvilke forpliktelser en aktør har påtatt seg i forhold til egne sluttkunder eller ønsker frivillig å tilby til sluttkunder, må aktøren avgjøre på egen kjø. Dette er en del av den kommersielle ageringen i markedet.

På bakgrunn av ovennevnte er det Telenor oppfatning at forpliktelsene tilknyttet feilrettingspolicy er uhjemlet og uforholdsmessig.

4.5 Krav til regnskapsmessig skille

Etter Telenors oppfatning er det verken behov for eller forholdsmessig å pålegge krav om regnskapsmessig skille for alle virtuelle kobbererstatninger og regulerte fiberaksesser i tillegg til


prisregulering i form av marginskvistester. Slik Telenor leser Vedtakene er formålet med disse testene nettopp blant annet å hindre prisdiskriminering. Pålegg om regnskapsmessig skille er derfor overflødig. Vedtakene synes å legge vekt på at så lenge det allerede er etablert et opplegg for regnskapsmessig skille er ressursbruken for å rapportere fremover begrenset. Dette er ikke tilfelle, da ressursbruken knyttet til hver enkelt rapport er betydelig da svært mange detaljer må vurderes og analyseres for å sikre korrekt rapportering av regnskapsmessig skille.

5 Konklusjon

Som det fremkommer ovenfor er Telenor av den oppfatning at Vedtakene er uforholdsmessige, basert på feil faktum samt lider av andre innholdsmessige feil og mangler. Dette får direkte betydning for Vedtakenes materielle innhold og medfører at Vedtakene er ugyldig.

Telenor ber om løpende partsinnsyn i saken.

Med vennlig hilsen
Group Legal



Kaja Wølneberg
Advokat

Bilag 1: «*Markedet for bredbånd hjemme*», rapport fra prof. Øystein Foros og prof. Hans Jarle Kind av 29. mai 2018.

Bilag 2: «*Substitusjon mellom fiberaksess og andre aksessformer*», empirisk analyse fra Oslo Economics, rapport 2018-28.

Bilag 3: «*Sensur og retting av tilgangsavtaler etter ekomloven – Nkoms kompetanse*», rapport fra prof. Erling Hjelmeng av 31. januar 2018.