

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

Org NO 890 164 072 MVA

broadnet.no

BROAD|NET

Samferdselsdepartementet
v/Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Vår referanse:
MEJ/PMT
Mottakers referanse:

Dato/Sted:
Fornebu, 24. januar 2019

Antall vedlegg:
2

Bes unntatt offentlighet og partsinnsyn

KLAGE PÅ NKOMS VEDTAK 20. DESEMBER 2018 OM PÅLEGG OM SÆRSKILTE FORPLIKTELSE I MARKED 3A OG 3B – BROADNET

1 BAKGRUNN

Broadnet AS ("**Broadnet**") viser til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets ("**Nkom**") vedtak 20. desember 2018. Tilsynet utpeker her Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling ("**SMP**") i grossistmarkedene for lokal og sentral tilgang til det faste aksessnettet ("**Marked 3a**" og "**Marked 3b**"). Selskapet blir også ilagt særskilte forpliktelser som skal legge til rette for bærekraftig konkurranse innenfor vedtakenes tidshorisont på to til tre år.

Broadnet støtter både SMP-utpekingen og hovedinnretningen på virkemiddelbruken. Selskapet er enig i at begge markedene er nasjonale i utstrekning og at Telenor ASA ("**Telenor**") har sterk markedsstilling som gjør det mulig å utøve markedsrett de neste to til tre årene. Det er dermed nødvendig å pålegge virkemidler slik som tilgangsforsiktelser, krav om ikke-diskriminering, transparens og prisregulering for å fremme bærekraftig konkurranse.

Telenor har varslet at selskapet vil gjennomføre en betydelig modernisering av både ekomnett og tjenester i løpet av den kommende reguleringsperioden. Dette innebærer blant annet nedleggelse av et betydelig antall sentraler, sanering av kobberbaserte aksesser til fordel for fiber og lansering av nye tjenester på både sluttbruker- og grossistnivå. Broadnet og andre konkurrenter har de siste 10 årene foretatt betydelige investeringer for å kunne utfordre Telenor på alle nivåer. Dette har resultert i stadig sterkere konkurranse, både om sluttbrukere og grossistkunder. Tilgangskjøperne har i tiden fremover behov for et finmasket sikkerhetsnett som både ivaretar den eksisterende konkurransen, legger til rette for ny konkurranse og hindrer den dominerende aktøren i å misbruke markedsrett. For å oppnå dette er det nødvendig å endre eller justere enkelte, sentrale forpliktelser.

Broadnet vil på bakgrunn av dette påklage vedtaket så langt gjelder utformingen av krav om ikke-diskriminering, standardtilbud og transparens samt prisreguleringen i både Marked 3a og 3b.

Mer konkret ber selskapet Samferdselsdepartementet ("SD") om å endre vedtaket slik at:

- kravet om ikke-diskriminering baserer seg på prinsippet om Equivalence of Input ("EoI") i stedet for Equivalence of Output ("EoO"),
- virkemidlene justeres slik at tilgangskjøpere har en reell mulighet til å replikere Telenors tjenester i sluttbrukermarkedet teknisk, kommersielt og geografisk dersom SD opprettholder ikke-diskriminering basert på EoO,
- skillet mellom hvilke produkter som inngår i Marked 3a og 3b klargjøres,
- Telenor pålegges å videreføre dagens tilgangstjenester ut reguleringsperioden,
- den nye prisreguleringen sikrer at tilgangskjøper ikke kommer dårligere ut når Telenor sier opp eksisterende rabattavtaler mv. og at
- de pålagte varslingsfristene presiseres slik at Telenor fratras insentiv til å omgå kravene der nedleggelser knytter seg til offentlige pålegg.

Klagefristen er satt til 24. januar 2019. Denne klagen er dermed rettidig.

Dette brevet inneholder informasjon om Broadnets drifts- og forretningsforhold som er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin næringsvirksomhet, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nummer 2 og § 19 første ledd b). Dette utgjør opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Broadnet ber derfor om at markerte deler av teksten unntas offentlighet, jf. offentleglova § 13.

2 INNHOLDSFORTEGNELSE

1	BAKGRUNN	1
2	INNHOLDSFORTEGNELSE	3
3	BROADNET STØTTER NKOMS SMP-UTPEKING OG INNRETNINGEN PÅ DE SÆRSKILTE FORPLIKTELSENE I MARKED 3A OG 3B.....	4
4	KLAGE PÅ UTFORMINGEN AV SÆRSKILTE FORPLIKTELSER	5
4.1	Krav om ikke-diskriminering basert på EoI i stedet for EoO for å sikre effektiv håndhevelse	5
4.1.1	<i>Bakgrunn</i>	5
4.1.2	<i>Begrunnelsen for klagen</i>	6
4.2	Subsidært; forpliktelse om EoO må utformes slik at den sikrer både teknisk, kommersiell og geografisk replikerbarhet i sluttbrukermarkedet.....	11
4.2.1	<i>Bakgrunn</i>	11
4.2.2	<i>Begrunnelse for klagen</i>	12
4.3	Presisering av plikt til å videreføre eksisterende grossisttjenester i Marked 3a og 3b ut reguleringsperioden.....	15
4.3.1	<i>Bakgrunn</i>	15
4.3.2	<i>Begrunnelsen for klagen</i>	15
4.4	Presisering av varslingsplikt ved nedleggelse som følge av offentlige pålegg	16
4.4.1	<i>Bakgrunn</i>	16
4.4.2	<i>Begrunnelsen for klagen</i>	16
4.5	Prisreguleringen i Marked 3b må hindre prisøkning på eksisterende tjenester gjennom re-balansering mv.	17
4.5.1	<i>Bakgrunn</i>	17
4.5.2	<i>Begrunnelsen for klagen</i>	17
5	ESA UTTRYKKER DE SAMME BEKYMRINGENE SOM BROADNET	18
6	AVSLUTNING.....	19

3 BROADNET STØTTER NKOMS SMP-UTPEKING OG INNRETNINGEN PÅ DE SÆRSKILTE FORPLIKTELSENE I MARKED 3A OG 3B

Broadnet er gjennomgående positiv til den vedtatte sektorreguleringen i Marked 3a og 3b. Klagen begrenser seg derfor til et fåtall, konkrete utfordringer ved utformingen av de særskilte forpliktelsene.

Avgrensningen av produktmarkedene og de geografiske markedene fremstår som riktig på både sluttbruker- og grossistnivå. Broadnet er enig med Nkom i at markedene er nasjonale i utstrekning. Det eksisterer ikke entydige forskjeller i de konkurransemessige betingelsene i ulike deler av landet som tilsier en ytterligere inndeling i mindre geografiske områder. Broadnets egne markedsdata støtter opp under at det er betydelige ulikheter knyttet til nett og dekning, men at pris- og produkttilbud mv. tilsier at tilbudet på nasjonalt nivå er tilstrekkelig ensartet. Dette tilsier at det heller ikke er grunnlag for å differensiere virkemiddelbruken i ulike geografiske områder (eks. mellom land og by).

Videre er selskapet enig i analysen som konkluderer med at Telenor har sterk markedsstilling både i Marked 3a og 3b. Broadnet vil i denne forbindelse fremheve at Telenor har en markedsandel på tilnærmet 100 % i begge markeder dersom internsalg holdes utenfor. Det betydelige antallet aksesser og den høye omsetningen innebærer at det er en rettslig presumpsjon for dominans i Marked 3a. Selv om Telenors markedsandel med internomsetning ligger på mellom 40 – 50 % i Marked 3b, mener Broadnet at selskapet også her kan opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukerne.

Både Marked 3a og 3b er for øvrig preget av høye etableringsbarrierer og fravær av kjøpermakt på etterspørselssiden. De øvrige strukturelle forholdene støtter opp under at Telenor har en betydelig markedsrett. Dette har i den inneværende perioden gitt seg tydelige utslag i både selskapets atferd overfor konkurrerende tilgangskjøpere samt prissettingen av ulike typer grossistjenester.

Verken den regionale utbyggingen av konkurrerende fibernett, tjenestekonkurranse fra OTT-aktører eller andre forhold er egnet til å disiplinere Telenor i tiden fremover. Selskapet er dermed i stand til å opptre uavhengig av kunder, konkurrenter og forbrukerne. De mange tvistene med ulike tilgangskjøpere i den inneværende reguleringsperioden viser dessuten at Telenor også utnytter sin dominerende stilling i praksis for å dempe konkurransen.

Den sentrale utfordringen i den kommende vedtaksperioden vil være å forhindre en ytterligere forverring av konkurransen i markedet i en periode der Telenor erstatter det kobberbaserte aksessnett med en fiberbasert infrastruktur i store deler av landet. Denne moderniseringen omfatter blant annet en massiv nedleggelse av sentraler og kobberlinjer som Broadnet og andre konkurrenter er avhengige av. Innføringen av ny teknologi gir dessuten Telenor både nye insentiver og nye muligheter til å fjerne tilgang, øke konkurrentenes kostnader og redusere deres inntekter.

Det er dermed avgjørende for den fremtidige konkurransen i markedene og for at andre aktører skal være villige til å investere at reguleringen i Marked 3a og 3b er tilstrekkelig omfattende og presis. I motsetning til det som har vært tilfellet i den inneværende reguleringsperioden må Nkom dessuten håndheve de vedtatte påbudene og forbudene raskt og effektivt i praksis, og ikke kun på papiret.

Broadnet har sendt Nkom en rekke innspill til presiseringer og forbedringer. Tilsynet har tatt enkelte av dem til følge i de endelige vedtakene, men også avvist forhold vi mener er avgjørende for å gi Telenors konkurrenter et tilstrekkelig godt sikkerhetsnett. Begrunnelsen viser at dette langt på vei skyldes feil forståelse av faktum, rettsregler eller feil ved vurderingen av hvordan de særskilte forpliktelsene bør utformes sett i lys av markedsforholdene. Broadnet påklager vedtakene så langt gjelder disse manglene.

Vi begrunner klagen nærmere i punkt 4.1 - 4.5 under. Som det fremgår her fremstår det på flere punkter som om Broadnet og Nkom er enige i hvilke materielle krav vedtakene stiller til Telenor, men ikke i om de kommer klart nok frem i vedtaket. I disse tilfellene vil SD kunne nøye seg med å presisere innholdet i handlingsnormen, som et alternativ til å omgjøre Nkoms vedtak.

4 KLAGE PÅ UTFORMINGEN AV SÆRSKILTE FORPLIKTELSE

4.1 Krav om ikke-diskriminering basert på EoI i stedet for EoO for å sikre effektiv håndhevelse

4.1.1 Bakgrunn

Nkom ilegger Telenor en forpliktelse om ikke-diskriminering for tilgang i både Marked 3a og 3b, jf. ekomloven § 4-7. Denne særskilte forpliktelsen kan utformes på ulike måter. Når det gjelder forbudet mot å forskjellsbehandle intern og ekstern virksomhet, konkluderer tilsynet med at kravet skal basere seg på en såkalt Equivalence of Output-tilnærming ("EoO"). Dette 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.¹ Til sammenlikning innebærer Equivalence of Input ("EoI") at de samme produktene, prisene, systemene og prosessene som benyttes mot den regulerte tilbyders interne sluttbrukervirksomhet også skal tilbys til eksterne tilgangskjøpere.

Nkom begrunner dette veivalget med at "det ut fra en kost-/nyttevurdering ikke er nødvendig og forholdsmessig å pålegge denne typen ikke-diskriminering" (Marked 3a-vedtaket side 5). Tilsynet utdyper sine vurderinger på side 137 – 140 i Marked 3a-vedtaket og på side 106 – 109 i Marked 3b-vedtaket. Kort oppsummert anerkjenner Nkom at Kommisjonen anbefaler EoI ettersom dette er den mest effektive tilnærmingen til å sikre ikke-diskriminering. Samtidig viser Nkom til at:

- NGA-anbefalingen åpner for EoO gitt at EoI ikke er "forholdsmessig" (Marked 3a-vedtaket side 138-139),
- erfaringene fra klagesakene i inneværende reguleringsperiode taler for krav om ikke-diskriminering basert på EoI (Marked 3a-vedtaket side 139),
- krav om EoI kan "innebære betydelige utviklings-/endringskostnader for Telenor" basert på antagelser om kostnader i Norge og andre land (Marked 3a-vedtaket side 139),

¹ Se f.eks. punkt 687 i Marked 3a-vedtaket.

- de positive konkurransemessige effekter ved et Eol-regime også kan oppnås gjennom å tydeliggjøre og skjerpe kravene til ikke-diskriminering i et EoO- regime (Marked 3a-vedtaket side 139),
- graden av infrastrukturkonkurranse i Norge taler mot Eol (Marked 3a-vedtaket side 139-140),
- det allerede er "stor grad av felles systemer og leveransekjeder som benyttes, samt at planlagte systemforbedringer både omfatter interne og eksterne systemer", noe som tilsier at det er elementer av Eol i Telenors grossisttilbud (Marked 3a-vedtaket side 140) og at
- ESA ikke har avvist EoO-prinsippet fullt ut (Marked 3a-vedtaket side 142 – 143).

Nkom åpner for øvrig for å endre reguleringsprinsippet i fremtiden:

"711. Dersom det på tross av disse presiseringene og endringene skulle vise seg at ikke-diskrimineringsforpliktelsen likevel ikke fungerer tilstrekkelig effektivt, vil det gi grunnlag for å foreta en fornyet vurdering av om det er forholdsmessig å pålegge ikke-diskriminering basert på Eol."

Begrunnelsen i Marked 3a-vedtaket samt tilsynets svar på ESAs informasjonsforespørsler viser avslutningsvis at Nkom er kjent med at det finnes relevante forskjeller mellom funksjonaliteten i de systemene Telenor tilbyr egen sluttbrukervirksomhet og den som tilbys eksterne tilgangskjøpere.² Videre dokumenterer den planlagte oppfølgingen at tilsynet ikke har noen fullgod oversikt over hvilke systemer Telenor benytter i denne forbindelse og heller ikke har analysert hva forskjellene går ut på.

4.1.2 Begrunnelsen for klagen

a) Nkom legger feil rettslig ramme til grunn for sin vurdering av reguleringsprinsipp

Broadnet er uenig i Nkoms rettslige tilnærming til vurderingen som leder frem til pålegg om ikke-diskriminering basert på EoO og ikke Eol. Dette er et selvstendig grunnlag for å endre vedtaket på dette punktet.

Nkom understreker innledningsvis helt korrekt at krav om ikke-diskriminering basert på Eol er den mest effektive metoden for å sikre tilgangskjøpere like muligheter til å konkurrere med den dominerende aktøren.³ Dette skyldes blant annet at forpliktelsen effektivt beskytter tilgangskjøper samtidig som at den sikrer informasjonssymmetri mellom myndigheter og grossistkunder på den ene siden, og den dominerende aktøren på den andre.

² Se Marked 3a-vedtaket punkt 712.

³ Se Commission Recommendation on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment, C(2013) 5761, recital (12) fig. og punkt 7.

For å avgjøre om tilsynsmyndighetene skal velge en EoI- eller EoO-basert tilnærming, stiller Kommisjonen anbefaling om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder fra 2013 ("**2013-anbefalingen**") krav om en todelt analyse. Nkom skal for det første ta stilling til på hvilket nivå et pålegg om EoI vil bidra mest til konkurranse og innovasjon. For det andre må tilsynsmyndigheten vurdere om EoI også vil være egnet ("appropriate") og forholdsmessig ("proportionate"), jf. også aksessdirektivet artikkel 8 (4).⁴ Nkoms vedtak viser at tilsynet ikke har fulgt denne fremgangsmåten fullt ut når Nkom konkluderer med at det ikke er adgang til å basere reguleringen på et EoI-prinsipp.

For det første er det ikke mulig å lese ut av vedtakene om Nkom har vurdert hvilket nivå i verdikjeden et eventuelt krav om EoI skal pålegges og hva vurderingen i så fall går ut på. Et relevant vurderingstema ville blant annet ha vært om det var grunnlag for å skille mellom hvilket reguleringsprinsipp som benyttes for Telenors eksisterende tjenester (eks. Operatøraksess) og hvilket som benyttes for fremtidige tjenester.⁵ Utgangspunktet for den påfølgende forholdsmessighetsvurderingen blir dermed feil.

For det andre mener Broadnet at tilsynets materielle forståelse av forholdsmessighetsvurderingen heller ikke er korrekt. Nkom oppsummerer rammene for sin vurdering i punkt 691 i Marked 3a-vedtaket:

"691. Nkom har på denne bakgrunn vurdert om Telenor skal pålegges krav om ikke-diskriminering basert på EoI i Marked 3a. I henhold til 2013-anbefalingen bør en forholdsmessighetsvurdering av pålegg om EoI baseres på en kost-/nyttevurdering, hvor den regulerte tilbyderens kostnader knyttet til etterlevelse av et EoI-krav, herunder kostnader knyttet til system- og prosessendringer i eksisterende IT-systemer og leveransekjeder, veies opp mot konkurransemessige fordeler som EoI gir. Vurderingen må samtidig hensynta 2013-anbefalingens vektlegging av at reguleringen skal fremme investeringer i NGA-nett."

Dette er en langt snevrere tilnærming enn det både aksessdirektivet artikkel 8 (4) og 2013-anbefalingen legger opp til. Nkom ser dermed bort fra relevante momenter og tillegger dem feil vekt når tilsynet tar stilling til forholdsmessigheten.

En grunnleggende mangel ved Nkoms vurdering er at tilsynet ikke først gjør en selvstendig vurdering av om EoO er et egnet alternativ til EoI. Som det fremgår under mener Broadnet at det ikke er tilfellet. Videre tar ikke Nkoms vurdering inn over seg alle de momentene Kommisjonen mener er relevant for vurderingen.⁶

⁴ Recital (16): "Therefore, NRAs would first need to identify the level at which, given their national circumstances, the imposition of EoI would deliver the greatest benefits to competition and innovation, and then assess whether EoI would also be appropriate and proportionate for additional levels as well. Given the ability of EoI to deliver faster innovation in the retail market, EoI should, in principle, be introduced at the deepest possible network level at which competition will be effective and sustainable in the long term. In Member States with a high number of small scale SMP operators, the imposition of EoI on each of these operators may be disproportionate.

⁵ Det vil normalt være langt mindre byrdefullt å stille krav om EoI for nye tjenester ettersom de kan bygges på en måte som gjør det mulig for konkurrenter å få lik tilgang fra starten.

⁶ Se 2013-vurderingen punkt 7 side 17.

"In doing so, NRAs should consider, among other things, whether the compliance costs, for example due to the re-design of existing systems, are outweighed by the envisaged competition benefits. In doing so, the NRA should take into account in the proportionality assessment, inter alia, the following considerations: (i) incremental costs of compliance with EoI are likely to be low when new systems are being designed, (ii) the potentially linked non-imposition of regulated wholesale access prices on NGA networks as recommended in points 48 and 49, (iii) the potentially positive effect the application of EoI might have on innovation and competition, (iv) any voluntary commitment by the SMP operator to provide wholesale inputs to access seekers on an EoI basis, as long as such a voluntary offer meets the conditions set out in this Recommendation and (v) the number and size of the SMP operator(s)."

b) EoO er ikke et "egnet" prinsipp for å sikre tilgang til nye eller eksisterende grossisttjenester

Nkom erkjenner i vedtaket at erfaringene med klagesakene i inneværende periode "trekker i retning av at det kan være behov for å pålegge EoI for å forhindre diskriminering mellom Telenors interne sluttbrukervirksomhet og eksterne tilgangskjøpere [...]". Tilsynet mener ikke desto mindre at nye krav om teknisk replikerbarhet, KPIer og SLA skal reparere denne svakheten.

Tilsynet har i inneværende periode håndtert et stort antall klagesaker relatert til både pris og andre forhold. Et grunnleggende fellestrekk ved mange av tvistene har vært at Telenor bevisst har forfordelt egen sluttbrukervirksomhet gjennom å gi seg selv mer fordelaktig tilgang til produkter og tjenester enn det den dominerende aktøren har gitt eksterne konkurrenter (tilgangskjøpere). Det har også vist seg å være svært utfordrende for tilsynsmyndighetene å håndheve reguleringen som følge av informasjonsasymmetrien og fordi eksterne grossistkunder ikke har den samme tilgangen som Telenors sluttbrukervirksomhet. Broadnet vil også understreke at dette har vært mulig i en periode der den dominerende aktøren langt på vei har vært underlagt de samme EoO-baserte forpliktelsene som det Nkom nå har vedtatt i Marked 3a og 3b.

Broadnet mener erfaringene i inneværende periode i seg selv dokumenterer at et EoO-basert krav om ikke-diskriminering ikke er egnet for å sikre likeverdige konkurranseforhold. Videre vil problemet forsterke seg i årene fremover sett i lys av Telenors pågående oppgradering av egen infrastruktur. Utrulling av fiber og nye tilgangsprodukter åpner i langt større grad for å bygge konkurrenter ut av verdikjeden.

Verken krav om KPI, SLA eller teknisk replikerbarhet løser de grunnleggende svakhetene ved EoO-prinsippet. Dette er dessuten tiltak som i stor grad opprettholder informasjonsasymmetrien mellom Telenor og alle andre.

c) EoI er det eneste forholdsmessige og hensiktsmessige alternativet i Marked 3a og 3b

Under forutsetning av at klageinstansen skulle mene at EoO er egnet til å løse konkurranseproblemene i Marked 3a og 3b, mener Broadnet uansett EoI er et mer forholdsmessig, hensiktsmessig og effektivt reguleringsprinsipp...

Eol er som kjent den mest effektive tilnærmingen for å sikre ikke-diskriminering. Den første opplagte fordelene er at bruk av dette prinsippet umiddelbart vil begrense Telenors evne og insentiv til å utøve diskriminerende atferd overfor eksterne konkurrenter. Sannsynligheten for at konkurranseskadelig atferd blir avslørt øker. Det vil dessuten være langt enklere for Nkom å gripe inn raskt og effektivt mot eventuelle brudd på marknadsreguleringen ettersom Eol vil fjerne informasjonsasymmetrien. Dette vil igjen sikre konkurransen på kort og lang sikt.

Kjøp av de samme tjenestene på de samme vilkårene vil dessuten stimulere til ytterligere investeringer og innovasjon i de aktuelle markedene ved å skape forutsigbarhet om hvilke krav både tilgangskjøpere og Telenor har å forholde seg til. Videreføring av en EoO-basert regulering har motsatt effekt. Forut for eventuelle investeringer vil Broadnet og andre aktører måtte ta høyde for den usikkerheten som eksisterer knyttet til at Telenor både kan og vil utnytte sin markedsrett som grossistleverandør til å forfordle egen sluttbrukervirksomhet. Konkurrentene må dessuten ta høyde for at det høye konfliktnivået består også inn i neste reguleringsperiode.

Den tredje, umiddelbare fordelene er at en Eol-basert regulering på sikt vil redusere kostnaden for alle involverte sett under ett. Marked 3a- og 3b-vedtakene pålegger både Telenor og tilsynsmyndighetene en betydelig administrativ byrde knyttet til å dokumentere og følge opp et krav om EoO. Dette kommer i tillegg til alle kostnadene relatert til klagesaker. Nkom, Telenor og tilgangskjøperne har i inneværende reguleringsperiode brukt betydelige summer på tvister knyttet til uklarheter i den EoO-baserte reguleringen, tvister som ikke ville ha oppstått gitt et Eol-prinsipp.

I sum mener Broadnet at fordelene for konkurransen og innovasjon klart oppveier ulempene, og det under forutsetning av at en Eol-basert regulering skulle være mer kostnadskrevende enn en EoO-basert regulering.

d) Faktiske feil og mangler som påvirker Nkom beslutning om å benytte EoO

Nkom baserer i praksis forholdsmessighetsvurderingen på en forutsetning om at et krav om Eol ville ha påført Telenor "betydelige utviklings-/endringskostnader". Antagelsen er ikke utdypet utover det som fremgår av Nkoms svar til ESA. Det har heller ikke vært kontradiksjon om, eller tredjepartsvurderinger av, den eventuelle dokumentasjonen Telenor har sendt Nkom om det antatte kostnadsnivået.

Selv om Broadnet ikke har fått anledning til å ettergå Telenors anførsler, har selskapet på generelt grunnlag problemer med å se at det skulle være særlig kostnadskrevende å etablere et Eol-grensesnitt for a) eksisterende grossisttjenester eller b) nye tjenester uavhengig av IT-arkitektur:

- Broadnet har lang erfaring med å bruke flere av de samme IT-verktøyene som Telenor. Vi kan ikke se at det skulle være særlig kostnadskrevende å oppgradere og integrere løsningene slik at tilgangskjøpere får mulighet til å benytte de samme systemene som Telenors egen virksomhet.
- Vi kan ikke se at det skal være mer teknisk krevende å etablere et Eol-grensesnitt enn de EoO-grensesnittene Telenor allerede har utviklet. På mange punkter mener Broadnet dette rent faktisk vil innebære en forenkling.

- Nkom legger selv vekt på at det allerede skal være stor grad av felles systemer og leveransekjeder som benyttes for egen virksomhet og eksterne tilgangskjøpere, og at det allerede er elementer av Eol i Telenors grossisttilbud. Gitt at forutsetningen stemmer, vil det være langt enklere å etablere et fullverdig Eol-grensesnitt.
- Nkoms vurdering skiller ikke mellom kostnadene knyttet til å innføre Eol for nye og eksisterende tjenester. 2013-anbefalingen legger til grunn at det førstnevnte vil være langt mindre kostnadskrevende.
- Nkoms vurderinger tar heller ikke inn over seg at det faktisk må gjøres endringer i forhold til dagens regime for grossistkundetilganger for å kunne oppfylle reguleringsforpliktelsene. Jo lengre man venter med å påse slike endringer gjennomført jo mer svekket blir konkurransen. Således burde Nkom ha en plikt til å sikre et Eol grensesnitt som et første trinn i ny regulering.

Videre mener Broadnet at de øvrige momentene i forholdsmessighetsvurderingen taler for, ikke mot, Eol.

Når det gjelder de momentene 2013-anbefalingen peker på, vil Broadnet fremheve at Telenor ikke har påtatt seg frivillige forpliktelser. Markedet preges dessuten av én dominerende aktør med en betydelig markedsandel.

Broadnet kan videre ikke se at graden av infrastrukturkonkurranse fra fiberaktører er relevant for vurderingen. For det første konkluderer Nkoms egen analyse med at Telenor er dominerende, og ikke disiplineres av denne konkurransen i et nasjonalt marked. Videre er regionale fiberaktører ikke aktuelle, alternative leverandører av de tjenestene som underlegges krav om ikke-diskriminering.

Nkom anser som nevnt videre at det allerede er stor grad av felles systemer og leveransekjeder som benyttes for egen virksomhet og eksterne tilgangskjøpere, og at dette viser at det allerede er elementer av Eol i Telenors grossisttilbud. Dette avvises eksplisitt av ESA i kommentarene til Nkom datert 3. desember 2018, der det uttales at:

"[...] even in the presence of existing non-discrimination and KPI reporting obligations, the assessment of Telenor's systems and routines in 2017 indicated that its channels/interfaces still had more fault-handling functionality and were more automated than those available to access buyers".

Det er altså ikke slik at tilbudet til tilgangskjøpere tilsvarer det Telenors egen sluttbrukervirksomhet har tilgjengelig, slik Nkom uttaler. På bakgrunn av uttalelsen fra ESA fremstår det merkelig at Nkom likevel konkluderer med at "det er heller ikke nødvendig eller hensiktsmessig å få en tredjepart til å verifisere Telenors felles systemer, leveransekjeder og eksterne salgskanal."⁷ Broadnet vil i den forbindelse også fremheve om at nettopp den bestående informasjonsasymmetrien har vært en grunnleggende

⁷ Vedlegg 2 resultat av høring datert 20. desember 2018 side 68.

utfordring for tilsynsmyndighetene i en rekke klagesaker i den inneværende reguleringsperioden. Manglende innsikt i, og kunnskap om, Telenors systemer har ført til at de underliggende utfordringene som ligger til grunn for tvistene med tilgangskjøperne ennå ikke er løst. ESA fremhever det samme i sine kommentarer til utkastene til vedtak, se punkt 5 under.

Avslutningsvis tillater vi oss også å minne om at myndighetene i andre land med samme reguleringsregime har konkludert med at det er nødvendig å innføre et funksjonelt- eller organisatorisk skille mellom grossist- og sluttkundeaktivitet for å sikre at den dominerende aktøren etterlever markedsreguleringen. Broadnet ser at det vil være både komplisert, tidkrevende og kostnadskrevenende å splitte opp Telenors virksomhet på tilsvarende måte. Samtidig illustrerer dette hvorfor er et pålegg om EoI på systemteknisk tilgangsnivå er et rimelig, effektivt og enkelt alternativ som sikrer likebehandling og dermed konkurransen i markedet.

e) Konklusjon

Broadnet er uenig i de faktiske og rettslige vurderinger som ligger til grunn for beslutningen om å basere kravet om ikke-diskriminering på prinsippet om EoO. Vi ber om at SD omgjør vedtaket på dette punktet ved å pålegge Telenor krav om ikke-diskriminering basert på prinsippet om EoI.

4.2 Subsidiært; forpliktelse om EoO må utformes slik at den sikrer både teknisk, kommersiell og geografisk replikerbarhet i sluttbrukermarkedet

4.2.1 Bakgrunn

Nkom viser i Marked 3a- og 3b-vedtakene til at det er nødvendig å skjerpe kravene til å "dokumentere ikke-diskriminering i markedet" (Marked 3a-vedtaket side 6) ved bruk av EoO. Dette skyldes blant annet at Telenor vil kunne ha insentiv og mulighet til å favorisere sin egen sluttbrukervirksomhet gjennom den tekniske utformingen av tilgangsproduktene.⁸

Et sentralt element i et ikke-diskrimineringskrav er at tilgangskjøperne skal være i stand til å tilby tilsvarende produkter som Telenor i sluttbrukermarkedet, herunder at nye produkter skal kunne lanseres på samme tidspunkt som Telenor. For å sikre dette, pålegger derfor Nkom Telenor å utarbeide og offentliggjøre KPIer relatert til nøkkelaktiviteter samt SLA-krav som disse kan vurderes opp mot.⁹ I tillegg stiller vedtakene krav om at den dominerende aktøren gjennomfører "tekniske replikerbarhetstester" som en del av ikke-diskrimineringsforpliktelsen i Marked 3a¹⁰:

"Dette innebærer at Telenor før lansering av et nytt eller vesentlig endret sluttbrukerprodukt skal sende dokumentasjon til Nkom på at det er gjennomført en test som viser at sluttbrukerproduktet er teknisk replikerbart for eksterne tilgangskjøper."

⁸ Se Marked 3a-vedtaket punkt 721.

⁹ Se Marked 3a-vedtaket punkt 701.

¹⁰ Se Marked 3a-vedtaket punkt 700.

Formålet med testen er å "sikre at tilgangsproduktene Telenor tilbyr gir tilgangskjøper mulighet til teknisk å replikere sluttbrukerproduktene Telenor selv tilbyr i sluttbrukermarkedet".

Handlingsnormen er utformet på følgende måte i begge vedtak:

"724. Før Telenor lanserer nye eller endrede sluttbrukerprodukter som helt eller delvis er basert på grossistprodukter som er omfattet av tilgangsforskriften i Marked 3a, skal Telenor gjennomføre en test i tråd med kravene som fremgår av dette kapitlet. Dette kravet innebærer at Telenor ikke skal lansere slike sluttbrukerprodukter før de frister som følger av kapittel 7.4.5.1.2 har utløpt, med mindre Nkom på et tidligere tidspunkt skriftlig har gitt uttrykk for at den tekniske replikerbarhetstesten er bestått."

Testen skal som et minimum omfatte de opplysningene som er listet opp i markedsvedtakene, herunder at nye eller endrede produkter er stilt til rådighet for eksterne tilgangskjøpere innen "rimelig tid og med tilstrekkelige opplysninger om tekniske og kommersielle forhold".¹¹

4.2.2 Begrunnelse for klagen

I kommentarene til Nkoms notifikasjon av utkast til vedtak i Marked 3a og 3b understreket EFTA Surveillance Authority ("ESA") at en regulering basert på EoO forutsetter egnet sikringstiltak:

"The authority invites NKOM to make sure that appropriate safeguards and monitoring processes are in place to confirm an effective operation of the non-discrimination obligation (and that NKOM acts swiftly in the event of any disputes)"¹²

Tilsynet har i oppfølgingen av dette vedtatt enkelte presiseringer i kravet til teknisk replikerbarhetstest forut for lansering av nye eller endrede tjenester. Det fremgår imidlertid av vedtakene at Nkom ikke fant grunn til å innføre andre krav for å sikre etterlevelse av ikke-diskrimineringsplikten.

Selv om det nye kravet til ikke-diskriminering er mer presist enn i den foregående reguleringen, åpner det fortsatt for at Telenor misbruker markedsrett overfor sine konkurrenter. Dette skyldes for det første flere svakheter ved den vedtatte testen.

Telenor har både mulighet og insentiver til å nekte konkurrenter tilgang til nødvendige innsatsfaktorer for å verne egen sluttbrukervirksomhet. Dette kan både skje direkte i form av tilgangsnekt, eller mer indirekte ved at Telenor f.eks. diskriminerer på kvalitet, pris eller benytter forhalingstaktikker.¹³ Broadnet mener denne trusselen fortsatt er høyst reell.

For det første har Nkom avgrenset virkemidlet til å være en ren "teknisk" replikerbarhetstest. Formålet er med andre ord kun å avdekke om tilgangskjøper er i stand til å tilby det samme produktet, ikke om

¹¹ Se Marked 3a-vedtaket punkt 726 c).

¹² ESAs kommentarer til Nkom datert 3. desember 2018 side 9-10.

¹³ Se f.eks. beskrivelsene i Marked 3a-vedtaket i punkt 37, 48, 56, 60 og 64.

dette er kommersielt mulig sett i lys av Telenors tilgangspriser og om det kan replikeres i alle geografiske områder. Dette er en grunnleggende mangel. Inneværende periode illustrerer med tydelighet at Telenor har sterke insentiv til å prise attraktive innsatsfaktorer så høyt at det i praksis ikke er mulig å oppnå lønnsomhet. Dette har blant annet vært tilfellet for VULA fiber. Broadnet ber på bakgrunn av dette om at testen utvides slik at Telenor også pålegges å dokumentere at tilgangskjøperne kan selge med margin og i alle geografiske områder.

Nkom har, for det andre, koblet testen til:

- de sluttbrukerproduktene som basere seg på de regulerte grossistproduktene, ikke de sluttbrukerproduktene som inngår i det definerte sluttbrukermarkedet som sådan,
- de grossistproduktene som er "omfattet av tilgangsforsiklingen" i Marked 3a eller 3b, ikke de grossistproduktene som er nødvendig for å tilby sluttbrukerproduktet og
- grossistprodukter i enten Marked 3a eller Marked 3b, men uten klare prosedyrer for hvilket marked Telenor pålegges å definere dem inn i.

Denne tilnærmingen gir Telenor både insentiv og mulighet til å "definere seg ut" av testen, eksempelvis ved å bestride at sluttbrukerproduktet baserer seg på et regulert grossistprodukt. Hendelsene før jul viser at dette allerede er en høyst reell utfordring.

Telenor varslet i september 2018 Broadnet om at kobbernettets på sørsiden av Drammensveien skal legges ned med en frist på ni måneder. For vår del rammer dette 126 kobberaksesser og flere sentraler. Telenor har videre informert om at tilgangskjøperne ikke tilbys erstatningsprodukter. I praksis vil dette føre til at vi enten må etablere helt ny infrastruktur eller miste kunden. Kort tid før jul ble Broadnet likevel kjent med at Telenors sluttbrukervirksomhet tilbyr både sine egne og våre sluttbrukere å få bredbånd basert på enten kabel HFC- eller LTE-teknologi. Som en direkte konsekvens av presiseringene beskrevet over, er det uklart om den tekniske replikerbarhetstesten fanger opp praksisen. Dette åpner for at Telenor aktivt overtar konkurrentenes kunder i områder med kabel- eller mobildekning gjennom å legge ned nettet og deretter vise til at det ikke finnes relevante erstatningsprodukter.

Broadnet ber om at SD endrer innretningen på testen ved å stille krav om at den gjennomføres for alle nye eller endrede sluttbrukerprodukter som inngår i det definerte sluttbrukermarkedet. Videre ber vi om at departementet vedtar en prosedyre for hvordan nye produkter defineres inn i enten Marked 3a eller 3b basert på de kriteriene Nkom trekker opp i markedsanalysen. Dette kan ikke være overlatt til den dominerende aktørens eget skjønn.

I høringsrunden påpekte Broadnet at den varslede reguleringen ikke inneholdt noen entydige definisjoner av skillet mellom VUA- og VULA-produkter.¹⁴ Vedtakene er ikke endret på dette punktet. Når vi nå går over i et marked med virtuelle produkter samtidig som teknologien endrer seg raskt (kobber-fiber-LTE-5G), så må det også være entydige skiller for når en virtuell aksess tjeneste endrer/beveger seg fra å være

¹⁴ Vedtakene inneholder entydige tekniske definisjoner av VULA-produktene, men ikke av skillet mellom dem.

et Marked 3a-produkt til å bli et Marked 3b-produkt og vise versa. Det er med andre ikke avklart/definert tydelig hvor i nettet/infrastrukturen skillet går mellom levering av trafikk/aksesser i 3a og 3b. Det medfører blant annet at det fremstår som usikkert for Broadnet hvor Telenor i fremtiden kommer til å gjøre sine produkter tilgjengelige. Vedtaket trekker heller ikke opp noe klart skille mellom "uncontended" og "contended" trafikkkvalitet. Dette kan få både utilsiktede og uheldige konsekvenser for reguleringen ettersom de foreslåtte virkemidlene baserer seg på markedsavgrensningen.

Nkom kartlegger i vedlegg 1 (markedsanalysen) Telenors eksisterende grossistprodukter opp mot de to markedene. Tilsynet sier samtidig lite om hvordan eventuelle fremtidige produkter passer inn utover å vise til at dette må vurderes konkret. Telenor har selv satt sammen de tekniske og kommersielle vilkårene for operatøraksess, bredbåndsaksess og tilsvarende produkter. Det er en risiko for at selskapet tilpasser seg den nye reguleringen ved å enten endre dagens produkter eller ved å lansere nye produkter selskapet selv definerer inn i det ene eller det andre markedet. Dette åpner i praksis for at Telenor selv påvirker virkemiddelbruken gjennom produktutformingen.

Et beslektet scenario vil være at Telenor tilbyr det de kaller en Marked 3b-tjeneste til egne kunder basert på prisene i dette markedet, men leverer med kvalitet som tilsvarer et Marked 3a-tjeneste til sluttkunden. Dersom Broadnet skal konkurrere med et slikt tilbud, vi vil måtte kjøpe grossisttjenester i Marked 3a til en helt annet pris. Dette vil kunne føre til både kvalitetsdiskriminering, prisdiskriminering og i ytterste konsekvens marginskvis for tilgangskjøperne.

Innenfor Marked 3b-produktene er det heller ikke tydelig hvilken kvalitet som inngår i leveringsforpliktelsen for eksempel i forhold til tillatt overbookingsfaktor og SLA/tilgjengelighet. Høy overbooking gir for eksempel høyt pakketap og fører til at tilgangskjøpernes kunder får en dårligere produktopplevelse. Dette kombinert med en diskriminering mellom 3a og 3b internt i Telenor som nevnt i kapittelet over vil kunne gi meget alvorlige konsekvenser for tilgangskjøperne. Broadnet kan ikke se at den vedtatte reguleringen har mekanismer for å avdekke eller måle dette. Vi vil i denne forbindelse peke på at Telenor i høringsrunden selv uttalte at reguleringen ikke bør legge begrensninger på hvilke sluttbrukertjenester den dominerende aktøren kan tilby massemarkedet basert på et standardisert grossistprodukt.

Den vedtatte testen for teknisk replikerbarhet gir verken alene, eller sammen med de øvrige særskilte forpliktelsene, tilstrekkelig beskyttelse mot misbruk av markedsrett i form av kvalitetsdiskriminering, uthalelestaktikker, prisdiskriminering mv. Forutsatt at SD ikke tar klagen til følge hva gjelder EoI-prinsippet, ber Broadnet om at departementet utvider og klargjør virkeområdet ved å stille krav om at tilgangskjøper skal kunne replikere nye eller endrede produkter og tjenester i sluttbrukermarkedet både teknisk, kommersielt (økonomisk) og geografisk.

4.3 Presisering av plikt til å videreføre eksisterende grossisttjenester i Marked 3a og 3b ut reguleringsperioden

4.3.1 Bakgrunn

Marked 3a-vedtaket viderefører tilgangsplikten for LLUB og SLU. Marked 3b viderefører en generell tilgangsplikt til Telenors nett på sentralt nivå som omfatter tjenesten Bredbåndsaksess (punkt 145).

Det fremgår ikke uttrykkelig om dette også innebærer at Telenor pålegges å tilby de samme Marked 3a- og 3b-produktene som i dag i uendret form. Som svar på Broadnets innspill om at produktet Operatøraksess videreføres i forbindelse med høringen, har tilsynet likevel utdypet innholdet i tilgangsplikten.

I oppsummeringen av høringen i vedlegg 2 til vedtakene fremgår det:

"Når det gjelder oppfordringen fra Broadnet om at Nkom skal gjøre rede for hvordan LLUB-tilgang skal sikres i områder der det ikke skjer noen oppgradering av kobbernettet, viser Nkom til at Telenors plikt til å gi LLUB-tilgang gjelder i hele Telenors kobberaksessnett. Videre skal kvaliteten på grossistproduktet (Operatøraksess) sikres gjennom Telenors plikt til å ha servicenivåavtaler og tilhørende kompensasjonsordninger. Tilgangskjøperne er videre sikret forutsigbarhet for sine investeringer ved at Telenor skal varsle om nedleggelse av kobberaksesslinjer på forhånd. Dette skal skje i henhold til varslingsfristene som er angitt i kapittel 7.5.5 i vedtaket. Nkom kan på denne bakgrunn ikke se at det er behov for at Nkom skal redegjøre ytterligere for dette i vedtaket."

4.3.2 Begrunnelsen for klagen

Produktet Operatøraksess er en avgjørende innsatsfaktor for Broadnet ved produksjon av en rekke sluttbrukertjenester slik som SHDSL og VDLS. Både vi og andre tilgangskjøpere er avhengig av at dette produktet videreføres i uendret form innenfor Marked 3a-vedtakets tidshorisont. Det samme er tilfellet for Telenors videresalgstjenester slik som Jara ADSL, Jara VDLS og Jara SHDSL Premium og SHDSL Proff.

Telenor kan samtidig ha insentiv til å endre produkter eller erstatte deler av porteføljen med nye produkter som har tilsvarende, men ikke lik, funksjonalitet. Dette vil påføre tilgangskjøperne betydelige kostnader og redusere forutsigbarheten. Dersom den dominerende aktørene skulle gjennomføre slike endringer, tar det erfaringsmessig lang tid før tilsynsmyndigheten er i stand til å ettergå endringen og pålegge retting. Skaden vil dermed være skjedd. Vi ber derfor om at departementet presiserer vedtakene slik at vi unngår unødvendig tvister knyttet til endringer av basisproduktene.

Selv om tilgangsplikten allerede følger av Marked 3a og 3b-vedtakene ber Broadnet SD om å presisere at også disse navngitte produktene består i uendret form ut vedtaksperioden.

4.4 Presisering av varslingsplikt ved nedleggelse som følge av offentlige pålegg

4.4.1 Bakgrunn

Nkom pålegger i Marked 3a- og 3b-vedtakene Telenor en generell varslingsfrist på tre år eller seks måneder ved nedleggelse av aksesslinjer. I etterkant av notifiseringen har tilsynet lagt inn et nytt unntak knyttet til endringer som følge av "forhold som ligger utenfor Telenors kontroll".

"807. Det vil i noen tilfeller kunne skje at Telenor må gjøre endringer i aksessnettets på grunn av forhold som ligger utenfor Telenors kontroll. Slike endringer kan for eksempel være pålegg fra offentlig myndighet eller grunneier, og vil kunne gjøre det vanskelig eller umulig for Telenor å overholde de varslingsfrister som ellers følger av dette vedtaket. At det eventuelt skulle oppstå et forhold utenfor Telenors kontroll, vil på den annen side ikke redusere tilgangskjøpers behov for forutsigbarhet. Det vil derfor også i slike tilfeller være behov for at varslingsreglene så langt det lar seg gjøre ivaretar hensynet til forutsigbarhet for tilgangskjøper.

808. Nkom finner på denne bakgrunn det nødvendig å innrømme Telenor et unntak fra varslingsreglene i tilfeller hvor endringer i aksessnettets er nødvendig på grunn av forhold som ligger utenfor Telenors kontroll. Telenor vil derfor i slikt tilfelle kunne varsle endringer i aksessnettene som medfører at tilgangskjøper ikke lenger vil kunne nyttiggjøre seg av tilgangsplikt, med kortere varsel enn det som ellers følger av dette vedtaket. Varslingsfristen skal i slike tilfeller ikke reduseres mer enn det forhold som ligger utenfor Telenors kontroll, kan begrunne."

4.4.2 Begrunnelsen for klagen

Som det fremgår i punkt 4.2 over, varslet Telenor i november 2018 sanering av hele kobbernett i Fornebu-området. Til tross for at dette utløser en varslingsfrist på 3 år, legger Telenor opp til at forbindelsene kuttet allerede etter ni måneder. Den bakenforliggende forklaringen skal være at nedleggelsen skyldes offentlig pålegg i forbindelse med utvidelsen av E18. Broadnet har klaget saken inn til Nkom fordi den bakenforliggende årsaken trolig er at Telenor ønsker å sanere kobbernett i området ut fra kommersielle hensyn.

Vedlegg 1: Broadnets klage 20. desember 2018 på Telenor nedleggelse av operatøraksess i Fornebu-området

Nkom har i vedtakene nå åpnet for et unntak fra varslingsplikten i tilfeller der "Telenor må gjøre endringer i aksessnettets på grunn av forhold som ligger utenfor Telenors kontroll" som gjør det vanskelig eller umulig å overholde de pålagte fristene. Slik Broadnet ser det forutsetter unntaket at den forkortede varslingsfristen kun gjelder for de linjene eller det nettet som blir direkte påvirket av de forholdene som er utenfor Telenors kontroll. Dette kommer likevel ikke klart frem. Broadnet er bekymret for hvilke insentiver dette vil gi Telenor i tiden fremover.

Selskapet har allerede varslet nedleggelse av [redacted] sentraler med tilhørende aksesslinjer i 2019 og [redacted] i 2020. Broadnet forventer at disse tallene vil øke. Det er sannsynlig at Telenor vil forsøke å utnytte løst formulerte unntak fra den generelle varslingsplikten der det er mulig. Vi ber om at departementet bøter på dette i forbindelse med klagebehandlingen gjennom å presisere at unntaket forutsetter kausalitet mellom forholdet som ligger utenfor Telenors kontroll og de aksesslinjene som legges ned med forkortet varslingsfrist.

Broadnet ber SD om å presisere at unntaket fra varslingsplikten kun gjelder for de konkrete aksesslinjene som blir berørt av forholdet som ligger utenfor Telenors kontroll.

4.5 Prisreguleringen i Marked 3b må hindre prisøkning på eksisterende tjenester gjennom re-balansering mv.

4.5.1 Bakgrunn

På side 3 i Marked 3b-vedtaket fremgår det at Nkom pålegger Telenor et pristak for Bredbåndsaksess ADSL og VDSL for 2019, 2020 og 2021:

"Nkom har videreutviklet LRIC-modellene for aksessnett og kjernenett. Det er nå mulig for Nkom å modellere kostnader for Basis-variantene av Telenors Bredbåndsaksess-produkter ADSL og VDSL i Marked 3b ved å kombinere beregninger fra de videreutviklede aksessnett- og kjernenettmodellene. For Proff- og Premium-variantene av Bredbåndsaksess ADSL og VDSL har Nkom gjort en forenklet beregning som vil sikre at dagens relative prisforskjeller mellom disse variantene og Basis-variantene av de samme grossistproduktene videreføres. På bakgrunn av disse kostnadsberegningene har Nkom fastsatt pristak for Bredbåndsaksess ADSL og VDSL for 2019, 2020 og 2021."

4.5.2 Begrunnelsen for klagen

Overgangen fra kostnadsorienterte priser til et pristak basert på LRIC skulle isolert sett ført til en prisreduksjon med en påfølgende kostnadsbesparelse for Broadnet i størrelsesorden [redacted].¹⁵ Allerede dagen etter at den nye reguleringen ble vedtatt varslet Telenor tiltak som både enkeltvis og samlet vil føre til at effekten likevel ikke materialiserer seg. Tvert om står tilgangskjøperne i tiden fremover overfor en betydelig kostnadsøkning på de kobberbaserte innsatsfaktorene.

21. desember 2018 sa Telenor opp rabattavtalene for Jara DSL og Jara bredbåndsaksess. I e-posten fremgår det dessuten at den dominerende aktøren har til hensikt å sette opp prisene på de produktene som ikke omfattes av pristaket.

Vedlegg 2: E-post fra Telenor til Broadnet 21. desember 2018 vedrørende oppsigelse av rabattavtaler

¹⁵ Dette omfatter effekten av prisreduksjonen på LLUB i Marked 3a.

I e-posten fremgår det:

"NKOM har vedtatt ny regulering av marked 3b, i denne reguleringen innføres pristak for Jara ADSL og Jara VDSL gjeldene fra 1.2.2019, med bakgrunn i dette sier Telenor opp «Rabattavtale for Jara DSL» / «Rabattavtale for Jara bredbåndsaksess» med virkning fra 1.3.2019. Telenor vil justere prisene på de produkter som ikke er omfattet av pristak i markedsvedtaket (SHDSL og VULA) når rabattavtalen bortfaller."

Våre foreløpige beregninger viser at denne re-balanseringen vil gi oss en prisøkning i størrelsesorden [redacted] Sett sammen med besparelsene vil med andre ord våre kostnader øke med [redacted] etter den nye, og presumptivt strengere, reguleringen trer i kraft. Det kan verken ha vært tilsiktet eller ønsket fra myndighetenes side. Dessuten får prisøkningen betydelige negative konsekvenser for vår konkurransekraft og det i et marked der Telenors konkurrenter har solgt uten nevneverdige marginer siden 2015.

En annen direkte konsekvens av oppsigelsen er at Telenor eliminerer Broadnet som konkurrent i grossistmarkedet. Vi har i lengre tid konkurrert aktivt med Telenor om å betjene porteføljen til andre tilgangskjøpere. Dette har vært mulig fordi rabattavtalen åpner for bedre lønnsomhet når volumet øker. Ved å fjerne rabatten, lykkes den dominerende aktøren med å også fjerne en brysom konkurrent.

Broadnet ber om at SD endrer pristaket på en slik måte at tilgangskjøpernes samlede kostnader knyttet til kjøpet av innsatsfaktorer i Marked 3b ikke øker. I tillegg til å utvide pristaket til å dekke SHDSL, må reguleringen enten pålegge videreføring av eksisterende rabatter eller sikre at tilgangskjøperne kompenseres for den negative effekten knyttet til at disse forsvinner.

5 ESA UTTRYKKER DE SAMME BEKYMRINGENE SOM BROADNET

ESA oversendte 3. desember 2018 formelle kommentarer til utkastene til vedtak i Marked 3a og 3b.¹⁶ I korte trekk gir overvåkningsorganet blant annet uttrykk for følgende svakheter:

- Telenor vil i den kommende reguleringsperioden miste interessen i å oppgradere kobbernettverket i parallell med den videre utrulling av fiberbaser infrastruktur. ESA forutsetter derfor at Nkom følger markedet tett og tar hensyn til eventuelle vesentlige endringer i konkurranseparametere eller kundepreferanser (side 8).
- For at tilgangskjøpere skal være i stand til å konkurrere effektivt i bredbåndsmarkedene gitt tekniske endringer i Telenors nett, må Nkom vedta en presis fremdriftsplan for når både tekniske parametere og prisene for virtuelle grossistprodukter skal være på plass (VULA/VUA kobber og VULA fiber). ESA oppfordrer dessuten tilsynet sterkt til å ferdigstille VULA-/VUA-

¹⁶ Se vedlegg 8 til vedtakene tilgjengelig på <https://www.nkom.no/marked/markedsregulering-smp/anbefaling-2016/marked-3a/attachment/39442?download=true&ts=167cbb0c1ae>.

forpliktelsene. Eventuelle høringer om de tekniske parameterne og prisene for slike tilgangsprodukter må gjennomføres uten ugrunnet opphold (side 8-9).

- ESA understreker nok en gang at Eol er den sikreste metoden for å effektivt beskytte Telenors konkurrenter mot diskriminerende atferd. Dette skyldes at forpliktelsen gjør det mulig for tilgangskjøperne å konkurrere i sluttbrukermarkedet basert på nøyaktig de samme innsatsfaktorene som Telenors sluttbrukervirksomhet får tilgang til (side 9).
- ESA noterer seg at Nkom mener Eol vil være uforholdsmessig i det norske markedet. Samtidig påpeker overvåkningsorganet at Telenors interne virksomhet i 2017 hadde tilgang til mer automatiserte systemer og bedre feilrettingstjenester enn tilgangskjøperne. Dette til tross for at Telenor i lengre tid har vært underlagt langt på vei de samme kravene til ikke-diskriminering basert på EoO og KPIer som Nkom har vedtatt i Marked 3a og 3b. ESA understreker derfor at Nkom må sikre egnete sikringstiltak og prosesser for å avdekke overtredelser slik at forpliktelsene effektivt sikrer tilgangskjøperne er i stand til å replikere Telenors tilbud (side 10).

Ekomregelverket gir ikke ESA formell kompetanse til å blokkere Nkoms foreslåtte virkemiddelbruk. Kommentarene må sees i lys av dette. Slik Broadnet forstår innspillene gir ESA langt på vei uttrykk for de samme bekymringene som ligger til grunn for vår klage. Dette gjelder særlig Nkoms beslutning om å basere ikke-diskrimineringskravet på EoO i stedet for Eol. Selv om tilsynet toner ned kritikken i de endelige vedtakene, mener Broadnet dette støtter opp under behovet for å ta klagen til følge.

6 AVSLUTNING

Den sektorspesifikke reguleringen har siden 2006 vært en viktig forutsetning for at Broadnet og andre aktører har lyktes med å utfordre Telenors markedsrett på ulike nivåer i verdikjeden. Vi står nå overfor et viktig veiskille. Både nett og tjenester kommer til å endre seg betydelig i løpet av den kommende reguleringsperioden. Dersom vi skal lykkes med å beholde den gryende konkurransen de neste to til tre årene, har både Broadnet og andre grossistkunder behov for et presist og effektivt sikkerhetsnett som tar høyde for den tekniske og markedsmessige utviklingen.

De nye vedtakene i Marked 3a og 3b tar høyde for en rekke sentrale utfordringer, men langt ifra alle. Vi ber derfor om at SD enten omgjør deler av de vedtatte særskilte forpliktelsene i Marked 3a og 3b i tråd med det som fremgår i punkt 4 over eller bekrefter vår forståelse gjennom ytterligere presiseringer.

Om ønskelig, stiller vi gjerne også til møte for å utdype klagegrunnene ytterligere.

Dersom SD ønsker et slikt møte eller har spørsmål til klagen, kan Mette E. Johansen kontaktes per e-post til mej@broadnet.no eller telefon nr. 930 81 017.

Med vennlig hilsen
Broadnet AS



Per Morten Torvildsen
Styreleder

Vedlegg
