

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 99
4791 Lillesand

Vår dato
06.12.2021

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

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

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

1 Innledning

Det vises til varsel fra Nkom datert 19. november 2021 om endring av vedtakene i marked 3a og 3b («varselet»)

Nedenfor følger Telenors kommentarer til varselet.

Telenors kommentarer inneholder konkurransesensitiv informasjon som skal unntas fra offentlighet og partsinnsyn, jf. offentliglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Denne informasjonen er merket med [REDACTED]

2 Telenors kommentarer

2.1 Omfanget av nedleggelse som følge av forhold utenfor Telenors kontroll og betydning for konkurransen

Nkom varsler endringer i markedsvedtakene hva gjelder reguleringen av Telenors adgang til å gjøre endringer i kobbernettet på grunnlag av «forhold utenfor Telenors kontroll». Ifølge Nkom er et slik nytt regime «avgjørende for å ivareta konkurransen i bredbåndmarkedene».

Telenor er uenig i dette. Hittil i 2021 (perioden januar til og med oktober) er [REDACTED] grossistaksesser nedlagt som følge av dette unntaket. Det er [REDACTED] prosent av det totale antallet aktive grossistaksesser basert på kobber. Av disse er ca [REDACTED] prosent til bedrifter og ca [REDACTED] prosent til private. Dersom en ser bredbåndsmarkedene under ett, slik Nkom gjør, var antall bredbåndsakssesser totalt i det definerte produktmarkedet per 1H2021 ca 2.342.000¹. Oppsigelsene knyttet til forhold utenfor Telenors kontroll i perioden januar til og med oktober, som fordelte seg på 486 varslinger, utgjør således [REDACTED] promille av kundebasen. Konkurransen i bredbåndsmarkedet avgjøres på de [REDACTED] øvrige bredbåndsakssessene. I

¹ Tall hentet fra Nkoms høringsnotat 29. november 2021 om sluttbrukermarkedet for standardisert bredbåndsakssess.

Group Legal
Advokater MNA

Head of Group Legal:
Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:

Eirik Andersen
Nina Borthen
Geir Dyngeland
Morten Foss
Camilla Borna Fossem
Atle Garder
Gaute Simen Gravir
Tor Henrik Hauge
Ina L. Heidenreich
Bjørn Hogstad
Christian Lindqvist
Ina Ore
Paul Edward Paus
Jørn T. Ramnæs
Tone Ripel
Espen Skovly
Vegard Thoresen
Guru Wanda Wanvik
Kaja Wølneberg
Anette Halvorsen Aarset

grossistmarkedene, hvis man velger kun å fokusere på kobberbasert tilgang, vil oppsigelsene utgjøre [redacted] av frafallet av kobberbaserte grossistaksesser. Etter Telenors syn er det ikke korrekt at sikring av forutsigbar grossistleveranse til disse sluttkundene er avgjørende for konkurransen i bredbåndsmarkedene.

Imidlertid innebærer Nkoms foreslåtte endring av reguleringen en vridning av konkurransen, ved at enkeltaktører tilgodesees med gunstige regulerte vilkår, mens konkurrerende aktører ikke gjør det. Etter Telenors syn vil dette videre heller ikke være i sluttkundens interesse, og dermed heller ikke bidra til konkurranse fordi en aktør tilgodeses med lavere tilgangspriser enn samtlige andre aktører i markedet.

Det medfører heller ikke riktighet slik Nkom legger til grunn at Telenor tidligere skal ha benyttet en eller annen adgang til å forhandle frem en «*beste løsning*» med tiltakshaver, og at insentivene nå er endret til at Telenor imøtekommer tiltakshaver i større grad enn tidligere. Telenor har ingen kontroll eller mulighet til å forhandle løsninger med tiltakshaver. Det er tiltakshaver som beslutter tiltaket og fremdriftsplanen. Årsaken til at Telenor i større grad enn tidligere ikke legger om kobberet er at investeringene i å legge ny kobber er for store i forhold til gjenværende verdi av sluttkundene. Det er kundene som i mye mindre grad enn tidligere etterspør kobber og flytter over til andre teknologier. Enkelt sagt oppnår Telenor ikke kostnadsdekning ved å legge ny kobber. Det er således konkurransen og kundenes manglende etterspørsel som er styrende for beslutningen. Telenor har i perioden ikke gjort endringer i sin praksis for å håndtere slike tiltak fra eksterne aktører.

I varselet synes Nkom verken å vurdere eller hensynta at årsaken til at Telenor legger ned enkeltaksesser etter dette unntaket er at andre aktører skal gjøre ulike tiltak som innebærer at eksisterende kobberlinjer ikke lenger kan benyttes. Telenor har ingen kunnskap om eller innflytelse over når slike tiltak initieres, hvor omfattende de er eller hvor mange kobberlinjer som påvirkes før dette er nærmere kartlagt og utredet av entreprenør lokalt. Likeledes må omleggingen prosjekteres og gjennomføres av entreprenører. Etter Telenors syn må derfor myndighetene når det pålegger Telenor å foreta investeringer i å legge ny infrastruktur også sørge for at Telenor får kostnadsdekning.

2.2 Nkom mangler rettslig grunnlag for endringsvedtaket

2.2.1 De varslede forpliktelsene kan ikke hjemles i ekomloven § 4-1

Etter Telenors syn gir ekomloven § 4-1 ingen adgang til å pålegge en aktør å etablere ny infrastruktur. Telenor har en rettslig plikt til å etterleve et krav fra en tiltakshaver i de tilfellene endringsvedtaket omfatter. Dette innebærer at fra det tidspunktet tiltakshaver påbegynner arbeidet eksisterer ikke den delen av Telenors nett som er berørt lenger. Telenor må dermed bygge nytt nett for å kunne opprettholde leveransene slik Nkom hevder. Det Nkom pålegger Telenor er dermed i realiteten en investeringsforpliktelse ved å pålegge omlegging av kobbernettet eller leveranse av erstatningsprodukt. Dette er noe annet enn at Telenor av eget tiltak legger ned infrastruktur og ved dette trekker tilbake tilgangen.

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 varselet pålegges imidlertid Telenor å etablere ny infrastruktur. Etter sin ordlyd hjemler ikke ekomloven § 4-1 en plikt til å gi tilgang til ikke-eksisterende infrastruktur.

Telenor kan heller ikke se at forarbeidene gir noe støtte for den utvidede hjemmelstolkningen som er lagt til grunn i varselet. Snarer tvert imot, 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)*

2.2.2 De varslede forpliktelsene strider mot ekomloven § 4-7

Nkom hevder i varselet at det at eksisterende grossistkunde på kobberaksess skal tilbys andre og lavere priser for tilgang enn andre grossistkunder ikke er diskriminerende mot tilbydere som ikke er berørt av problemstillingen. Slik Telenor leser varselet vil konsekvensene dermed være at én tilgangskjøper gis bedre margin på fiber eller fast trådløst bredbånd enn de andre tilgangskjøperne. Begrunnelsen for en slik forskjellsbehandling er at den ene aktøren er eksisterende leverandør til kunden på tidspunktet for en omlegging. Fra dette tidspunktet og frem til 2. september 2025 vil altså alle andre tilgangskjøpere av fiber eller fast trådløst bredbånd ha en prisulempe i konkurransen. Det vil da sannsynligvis ikke forekomme noen konkurranse om denne kunden før etter 2. september 2025. Etter Telenors syn kan en slik regulering ikke være i overensstemmelse med ekomloven § 4-7.

2.2.3 De varslede forpliktelsene er en uhjemlet prisforpliktelse

I varselet pålegges Telenor å tilby erstatningsprodukter for kobberaksess *«uten eventuelle etableringsgebyr og til priser som gir et tilsvarende marginsbilde som kobberaksess»*. Nkom varsler her en egen regulering av prisen for tilgang til fast trådløst bredbånd og VULA som ikke er den samme som prisreguleringen av nevnte produkter for øvrig i marked 3a og 3b. Etter Telenors syn er den varslede forpliktelsen åpenbart en prisforpliktelse som må hjemles i ekomloven § 4-9 forutsatt at vilkårene for det er oppfylt. Nkom har ikke anledning til å foreta en regulering av prisene basert på at Nkom finner det *«urimelig»* at tilgangskjøperen pådrar seg høyere kostnader ved kjøp av fast trådløst bredbånd og VULA enn kobber. Nkom har heller ikke rettslig grunnlag i ekomloven § 4-1 til å regulere priser.

Av ekomloven § 4-9 fremgår det at *«Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling prisforpliktelser for tilgang og samtrafikk i tilfeller hvor tilbyder kan utnytte sin markedsstilling til skade for sluttbrukerne i markedet ved å opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå, eller ved å etablere prisklemmer for konkurrerende tilbydere»*. Nkom må dermed sannsynliggjøre at et av nevnte to vilkår er oppfylt for å kunne ilegge en særskilt regulering av prisen for fast trådløst bredbånd og VULA der hvor kobberaksessen legges ned som følge av forhold utenfor Telenors kontroll. Imidlertid har Nkom allerede fastsatt en prisregulering for fast trådløst bredbånd og VULA som er begrunnet og hjemlet i ekomloven § 4-9 som skal sikre at slike prisklemmer ikke oppstår. Telenor kan derfor vanskelig se at vilkårene i ekomloven § 4-9 er oppfylt og at Nkom dermed kan fastsette en slik særskilt prisregulering.

Under enhver omstendighet har Nkom ikke hjemmel til å pålegge en regulering av prisene som er under kostnadsbasert nivå. Det fremgår av forarbeidene til ekomloven § 4-9 at «I vurderingen av om det skal pålegges prisregulering og i avveiningen av hvilken prisregulering som er beste egnet i det enkelte tilfellet, skal det også tas hensyn til tilbydernes investeringer, samt at tilbyderen får en rimelig forrentning av den relevante investerte kapitalen sett i forhold til risikoen investeringene var knyttet til». Videre fremgår det at «Dersom myndigheten etter bestemmelsens første ledd pålegger tilbyder å tilby prisregulert tilgang, og pålegger metode for prisberegning etter annet ledd så skal metoden gi tilbyder anledning til å få en rimelig avkastning på anvendt kapital. Valg av kostnadsmetode skal gjøres slik at den er hensiktsmessig i relasjon til reguleringsbehovet, og at den fremmer bærekraftig konkurranse, samt maksimerer fordelene for forbruker.»

I varselet pålegger Nkom Telenor å videreføre tilgangen ved å etablere ny kobber, fiber eller fast trådløst bredbånd. I samtlige tilfeller vil Telenor måtte foreta investeringer knyttet til å etablere infrastruktur.

Som illustrasjon og basert på kostnadsestimatene knyttet til nedleggelsene foretatt til og med oktober i 2021 basert på forhold utenfor Telenor kontroll, ville Telenor måtte investere ytterligere [redacted] i å etablere nye kobberstrekk til grossistkundene som er berørt av tiltakene utenfor Telenors kontroll. Reguleringen av prisen på nevnte strekk hensyntar ikke disse investeringene. Nkom må derfor om varselet opprettholdes endre reguleringen av tilgangsprisen på kobber slik at nevnte investeringer hensyntas og kostnadsdekning sikres. Alternativt må Telenor gis anledning til å viderefakturere den delen av investeringen som ikke tilbakebetales gjennom gjenværende levetid på aksessen, altså til 2. september 2025. Dette er kostnader som pålegges Telenor av myndighetene og som skyldes nedleggelsler på grunn av forhold utenfor Telenors kontroll.

Den varslede prisreguleringen er i alle tilfeller uklar og uforutsigbar og dermed også egnet til å skape konflikt. For Telenor er det ikke klart hva det konkret betyr at erstatningsproduktet skal tilbys «uten etableringsgebyr». Telenors tilgangsavtaler for fast trådløst bredbånd innebærer at Telenor pådras en rekke kostnader ved den tekniske implementeringen av grossistkunden. Det er derfor fastsatt en engangspris for implementering av tilgangen som gjenspeiler nevnte kostnader og som i tillegg er underlagt prisregulering fra Nkom. Når en tilgangskjøper inngår en slik avtale, gir den tekniske implementeringen mulighet til å kjøpe og tilby fast trådløst bredbånd på alle adressene Telenor tilbyr det. Det er ikke mulig å etablere en slik avtale som bare dekker adresser som treffes av en pålagt omlegging. Den tekniske implementeringen og kostnadene relatert til dette er de samme som ved tilgang til alle adressene. Det er uklart for Telenor om det er dette engangsbeløpet Nkom sikter til når varselet viser til «etableringsgebyr». I så fall pålegges Telenor å foreta investeringer og pådra seg kostnader som ikke kan gjenspeiles i prisen for tilgang. Dette har Nkom ikke hjemmel til. Det er videre uklart om det er noen andre kostnader Nkom sikter til, slik som kostnader til sluttkundeutstyr som antenner og rutere og installasjon av dette utstyret på kundens adresse.

Det er videre høyst uklart hva det betyr at prisene skal gi tilgangskjøper «tilsvarende marginbilde som kobberaksess». Telenor har ikke innsyn i tilgangskjøpernes marginbilde og har ikke kjennskap til deres kostnader og sluttbrukerpriser. Det er videre uklart om prisen for tilgang i så fall skal variere fra tilgangskjøper til tilgangskjøper og individualiseres med sluttbrukerprisen på aksessen. Det er videre uklart om det tilsvarende marginbilde skal opprettholdes samtidig som sluttbrukerprisen til den berørte tilgangskjøperen skal være uendret. Altså slik at en tilgangskjøper skal få kjøpe fiber eller fast trådløst bredbånd av Telenor til prisen av kobber.

Til sist bemerkes at det dessuten er uklart hva kravet til tilsvarende marginbilde skal bety dersom Nkom endrer prisregulering av kobberbasert aksess i neste reguleringsperiode.

2.2.4 De varslede forpliktelsene er uforholdsmessige

Nkom vektlegger at et viktig formål for endringen er å gi forutsigbarhet for at tilgangen forblir reell og at Telenor ikke skal kunne omgå reguleringen med gradvis nedbygging av kobbernett til skade for konkurransen.

Forpliktelsen som varsles er inngripende og pålegger Telenor å foreta investeringer i infrastruktur uten kostnadsdekning. Telenor pålegges således å foreta omfattende ulønnsomme investeringer. I tillegg er omfanget av aksessene som opprettholdes rundt ■■■■■promille av kundegrunnlaget i bredbåndsmarkedet og utgjør dermed en begrenset konkurransefaktor. Dette sett i sammenheng med at den varslede reguleringen er konkurransevridende ved at den forfordeler enkeltaktører i konkurransen om sluttkundene, innebærer etter Telenors oppfatning at forpliktelsene er uforholdsmessige.

Et ytterligere moment er at endringen bidrar til økt kompleksitet, stort tolkningsrom og sannsynligvis flere uenigheter.

3 Kommentarer til unntaksgrense

I varselet ber Nkom om innspill på hvordan et unntak fra hovedlinjene som skissert av Nkom i varselet kan uformes. Videre fremgår det at et unntak vil kunne ta utgangspunkt i en kostnadsramme for å definere når det kommer til anvendelse.

For å vurdere hva en rimelig kostnadsgrense for kobberomlegging skal være, bør man etter Telenor syn hensynta potensielle inntekter i gjenværende periode for den relevante kunden. Telenors grossistvirksomhets gjennomsnittlige inntekt er på 127 NOK pr måned per kobberaksess, det vil si 1524 NOK pr år for DSL WS/OA. For en treårsperiode utgjør dette 4572 NOK. Dette beløpet reduseres selvsagt i takt med den gjenværende levetiden frem mot september 2025. For å fastsette ett fast beløp som er relevant i hele treårs perioden, kan man si at en kunde i snitt er verdt 2286 NOK. Det virker urimelig å pålegge Telenor bære investeringskostnader utover dette

Alternativt kan man velge å se på den kommersielle markedsverdien kobberaksessen har for en grossistkunde i samme periode. Snittinntekt per år per privatkunde antas å være rundt 7 000 kroner. Snittverdi over treårsperioden, med samme tilnærming som over, tilsier en verdi per kunde, rundt regnet, til ca. 10 000 kroner. En investeringskostnad utover dette kan på ingen måte legitimeres. I så fall fastsettes grensen for størrelsen på hva Telenor må investere over de totale inntektene grossistkunden kan forvente på aksessen. Dette vil innebære sløsing av ressurser og være uforholdsmessig.

Etter Telenors syn bør kostnadsrammen for unntaket ligge et sted mellom de to nevnte ytterpunktene. Tallene det vises til i beregningen ovenfor er inntekter for henholdsvis Telenor i grossistmarkedet og grossistkunden i sluttbrukermarkedet. Det faktum at oppgitte tall er inntekter og ikke marginer, forsterker argumentet om at grensen som fastsettes bør være i nærheten av Telenors gjennomsnittlige grossistinntekter.

4 **Kommentarer til kompensasjonsordning**

Nkom ber i varselet om innspill på en kompensasjonsordning ved bortfall av tilgang, herunder hvor høy kompensasjonen bør være.

Telenor har som nevnt ingen kontroll over tiltaket som utløser bortfallet av tilgang og har heller ikke mulighet til å motsette seg det eller forhandle frem løsninger med tiltakshaver. Dersom det skal utarbeides og fastsettes en kompensasjonsordning er det derfor tiltakshaver som må pålegges å betale kompensasjon til grossistkunden, ikke Telenor.

5 **Avsluttende kommentar**

Ekomlovens formål er å «sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og **fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester**, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon.» (Telenors utheving). Den teknologiske og markedsmessige utviklingen nasjonalt og internasjonalt innebærer at kobbernett må erstattes av andre teknologier for å sikre brukerne fremtidsrettede bredbåndstjenester. Overgangen til mer fremtidsrettede teknologier er et felles ansvar som ligger på både myndigheter og de ulike markedsaktørene, herunder aktører med egen infrastruktur og aktører som kjøper tilgang til Telenors infrastruktur. Nkoms varslede vedtak støtter ikke opp om et slikt felles ansvar – det synes som Nkom legger til grunn at dette er et ansvar som alene hviler på Telenor og at kjøpere av tilgang til Telenor kobbernett skal «løftes over» på fremtidsrettede teknologiske løsninger med garantier om å beholde dagens markedsandeler og marginer også for fremtiden. En slik tilnærming er ikke forenlig med verken effektiv bruk av samfunnets ressurser, bærekraftig konkurranse eller stimulering til næringsutvikling og innovasjon.

Med vennlig hilsen
Group Legal

Kaja Wølneberg
Advokat