

Samferdselsdepartementet
v/Nasjonale kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

KLAGE PÅ VEDTAK OM OPPFØLGING AV DISKRIMINERINGSFORBUDET I MARKED 4 OG 5 VED HJELP AV MARGINSKVISTEST

1 INNLEDNING

Broadnet AS og Homenet AS (i felleskap "**Broadnet**") viser til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets ("**Nkom**") vedtak 27. august 2015. Vi mottok underretning om avgjørelsen samme dag. Denne klagen er dermed rettidig.

Broadnet vil med dette påklage deler av vedtaket. Vi ber om at Samferdselsdepartementet ("**SD**") opprettholder beslutningen om å innføre en marginskvismodell, men gjør følgende endringer:

- Marginskvismodellen utvides til å dekke a) fiberbasert LLUB og b) kobberbaserte produkter (LLUB og bredbåndsaksess).
- Departementet fastsetter klare retningslinjer for håndhevelse av marginskvistesten, herunder konkrete vilkår for inngrep og frister i tråd med ESAs føringer.
- Departementet justerer porteføljen og valg av produkter på en slik måte at modellen også kan avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet.

Vi går nærmere inn på begrunnelsen for de enkelte punktene i 2 til 4 under.

2 SD MÅ UTVIDE MARGINSKVISTESTENS VIRKEOMRÅDE

2.1 IKKE GRUNNLAG FOR Å UNNTA FIBERBASERT LLUB (MARKED 4) FRA MARGINSKVISTESTING

Nkoms vedtak

Nkom har besluttet å unnta fiberbasert LLUB fra marginskvistesting. Tilsynet begrunner dette med at metoden ikke er "forholdsmessig" (side 4 i vedtaket):

"Etter mottak av kommentarer til varsel om vedtak, har Nkom gjort en fornyet vurdering av forholdsmessigheten av å gjennomføre en marginskvistest for fiberbasert LLUB. På bakgrunn av det svært begrensede antall fiberaksesser som vil være tilgjengelig for fiberbasert LLUB, anser Nkom at det på nåværende tidspunkt ikke er grunnlag for å gjennomføre en slik test. Nkom vil derfor i denne omgang ikke fatte vedtak om oppfølging av ikke-diskrimineringskravet ved bruk av marginskvistest for fiberbasert LLUB i marked 4. Samtidig vil Nkom understreke at ikke-diskrimineringskravet i marked 4 vil bli fulgt opp gjennom Telenors rapportering av regnskapsmessig skille i marked 4."

Begrunnelse for klagen

Vi kan som et utgangspunkt ikke se at EU-kommisjonens anbefaling om konsistente ikke-diskrimineringsforpliktelser og kostnadsmetoder¹ åpner for at myndighetene unnlater å gjennomføre en økonomisk replikabilitetstest i marked 4. Tvert i mot fremgår det uttrykkelig av punkt 48 følgende at nasjonale tilsynsmyndigheter skal pålegge en slik sikkerhetsmekanisme dersom den velger å ikke prisregulere passiv NGA-infrastruktur (eks. fiberbasert LLUB):

"48. The NRA should decide not to impose or maintain regulated wholesale access prices on active NGA wholesale inputs, except those inputs specified in point 49 pursuant to Article 13 of Directive 2002/19/EC, where - in the same measure - the NRA imposes on the SMP operator non-discrimination obligations concerning passive and active NGA wholesale inputs pursuant to Article 10 of Directive 2002/19/EC that are consistent with:

- (a) EoI, following the procedure in point 51;
- (b) obligations relating to technical replicability under the conditions set out in points 11 to 18 when EoI is not yet fully implemented; and
- (c) obligations relating to the economic replicability test as recommended in point 56;"

Videre er det ikke "uforholdsmessig" å gjennomføre en slik test:

- Kommisjonen har gjennom anbefalingen allerede vurdert det slik at det er forholdsmessig å pålegge en økonomisk replikabilitetstest.
- Telenor er gjennom marked 4-vedtaket allerede pålagt å ikke diskriminere på pris mellom egen virksomhet og tilgangskjøpere. Marginskvistesten begrenser ikke Telenors handlingsrom ytterligere. Dette er kun en metode for å kontrollere om den dominerende aktøren etterlever forbudet.

¹ Se "Commission Recommendation on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment" 11. september 2013.

- Selv om Telenor per i dag tilbyr få fiberbaserte LLUB-aksesser, vil dette raskt kunne endre seg.
- De potensielle skadevirkningene for konkurransen ved at Telenor setter diskriminerende priser vil være store. I mangel av marginskvistesting vil den dominerende aktøren kunne sette priser som gjør det ulønnsomt for konkurrenter å vokse.
- Ressursbruken knyttet til å rapportere inn tallgrunnlag, følge opp mv. er marginal sett i lys av at a) Nkom allerede har utviklet en marginskvismodell for fiberbasert LLUB og b) det uansett pålegges en marginskvistest for marked 5.

For øvrig registrerer Broadnet at det er liten økning i antall fiberaksesser basert på de regulerte produktene VULA og Ethernet Connect som Telenors grossistkunder kan kjøpe tilgang til. Samtidig leverer Telenors sluttbrukervirksomhet i økende grad kundeaksesser basert på fiber. Dette indikerer at utbyggingen skjer på en slik måte at Telenor bygger fiberaksesser som ikke gjøres tilgjengelig for grossistmarkedet.

Broadnet stiller seg avslutningsvis undrende til at Nkom begrunner beslutningen om å ikke regulere marked 4 med at ikke-diskrimineringsforpliktelsen skal følges opp ved hjelp av regnskapsmessig skille. En slik metode er ikke egnet til å sikre økonomisk replikabilitet, noe også Kommisjonen og BEREC har pekt på tidligere.

Broadnet ber SD om å omgjøre Nkoms vedtak gjennom å utvide prinsippene og metoden for bruk av marginskvistest til også å dekke marked 4.

2.2 NØDVENDIG Å UTVIDE MARGINSKVISTESTEN TIL KOBBERBASERTE GROSSISTTJENESTER

Nkoms vedtak

Marked 4- og 5-vedtakene regulerer både kobberbaserte og fiberbaserte grossisttjenester. Selv om virkemiddelbruken ikke er identisk for begge typer infrastruktur (eks. tilgangsforsiklingen og prisregulering), er diskrimineringsforbudet teknologinøytralt. I vedtaket har Nkom likevel besluttet å kun pålegge marginskvistesting av fiberbaserte tilgangstjenester i marked 5.

Begrunnelse for klagen

Nkom står fritt til å utvikle, vedta og benytte marginskvistest for å kontrollere om den dominerende aktøren utsetter konkurrenter for marginskvis gjennom prising av kobberbaserte grossisttjenester. Dette fremgår tydelig av rammeverket (se blant annet anbefalingen side 12):

63) [...] Such a test will be without prejudice to ex post margin squeeze tests applied pursuant to competition law by the Commission and/or national competent authorities. In addition, NRAs may also apply an ex ante margin squeeze test to regulated wholesale inputs in order to ensure that wholesale access pricing of copper-based access products does not hinder competition at retail level or to ensure an adequate economic space

between the different copper access inputs. However, penetration pricing strategies should not be considered for legacy copper-based inputs given the maturity of the market and the cost orientation generally applicable to copper-based wholesale inputs.

Dersom myndighetene skal klare å opprettholde den eksisterende konkurransen ved overgangen til nye, kobberbaserte bredbåndstjenester, er det også nødvendig å benytte seg av kompetansen til å pålegge marginskvistest for kobberbasert infrastruktur.

Telenor vil allerede i 2016 lansere flere nye kobberbaserte tjenester som gjør det mulig å tilby kundene svært høye hastigheter. Dette omfatter G.fast, VDSL2+ kombinert med vektoring og Bonding. Slike tjenester er en integrert sentral del av Telenors neste generasjons aksessnettverk (NGA).

Tilgangen til kobbernettet er per i dag underlagt prisregulering i form av et pristak, men ikke kostnadsorientert. Dette er ikke tilstrekkelig til å hindre den dominerende aktøren i å utsette konkurrenter for marginskvis. Det er ikke mulig å avdekke diskriminerende prising i form av marginskvis gjennom kostnadsregnskap. Tilsynet er dermed ikke i stand til å avdekke eller gripe inn mot slik konkurranseskadelig atferd.

Fravær av effektiv regulering gir Telenor et betydelig handlingsrom når det gjelder prisingen av høyhastighets kobbertjenester. Selskapet benytter seg allerede av denne friheten til å utsette konkurrenter for marginskvis. Problemet vil forsterkes når selskapet om kort tid ruller ut nye høyhastighets kobberbaserte bredbåndstjenester som erstatter eldre teknologi.

Broadnet ber SD om å omgjøre Nkoms vedtak gjennom å utvide marginskvistesten til å også dekke kobberbaserte grossisttjenester i marked 4 og 5 (LLUB og bredbåndsaksess).

3 KLARE OG FORUTSIGBARE RETNINGSLINJER FOR HÅNDHEVELSE AV TESTRESULTAT

Nkoms vedtak

I det endelige vedtaket har Nkom nå valgt å beskrive når/hvor ofte tilsynet ser for seg å bruke marginskvismodellen. Tilsynet ønsker likevel ikke å klargjøre hvordan det vil gripe inn mot og sanksjonere eventuelle brudd på diskrimineringsforbudet i form av marginskvis. I stedet nøyer Nkom seg med å henvise til de generelle hjemlene i ekomloven (side 7):

"Ved eventuelt brudd på de krav som fremgår av dette vedtaket vil det være aktuelt å pålegge retting av Telenors tilgangspriser, jf. ekomloven § 10-6. Det vil videre kunne være aktuelt å vurdere overtredelsesgebyr, tilbakebetaling og tvangsmulkt, jf. ekomloven §§ 10-13, 10-12 og 10-7."

Tilsynet mener de selv gir aktørene "tilstrekkelig forutberegnelighet til å kunne etterleve kravene reguleringen stiller til Telenors prissetting av fiberbasert Bredbåndsaksess". Nkom fastslår at

reaksjonene vil måtte vurderes ut i fra en konkret vurdering i den enkelte sak. Eventuelle overtredelser vil dessuten kunne føre til at tilsynet pålegger krav om kostnadsorienterte priser.

Begrunnelse for klagen

I sine kommentarer 6. august 2015 oppfordrer Efta Surveillance Authority ("ESA") nok en gang Nkom på det sterkeste til å klargjøre hvordan tilsynet vil gripe inn dersom Telenors priser setter konkurrerende tilgangskjøpere i en marginskvis. ESA etterlyser her en beskrivelse av hvilke konkrete pålegg tilsynet vil benytte for å sikre at overtredelsen opphører, ikke informasjon om når og hvor ofte Nkom ser for seg å kjøre marginskvismodellen (side 6 – 7):

"In order to ensure transparency, effectiveness and predictability of the regulatory process the Authority urges Nkom to set out in detail in its final decision the compliance procedure, timeline and remedies it proposes to apply in case the ERT demonstrates an insufficient margin.

The Authority recalls that the 2013 Recommendation states that NRAs should clarify their enforcement powers, including the actions they will take in case a retail offer is not economically replicable and that NRAs should consider using all of the enforcement tools provided under the Regulatory Framework to ensure compliance with all aspects of the imposed measures.

Against this background, the Authority urges Nkom to set out in detail in its final decision the actions it intends to take in case the ERT is failed, including the possible penalties and a timeline for such action that ensures the effective enforcement of the non-discrimination obligation without undue delay."

Broadnet stiller seg undrende til at tilsynet fortsatt nekter å etterkomme oppfordringen. Vi kan ikke forstå dette på andre måter enn at Nkom vil være varsom med å påtale og gripe inn dersom testen avdekker at tilgangsprisene innebærer en marginskvis. Broadnet advarte mot en slik tilnærming i sine høringskommentarer:

"Broadnet cannot see that this statement clarifies which remedies Nkom will impose, how, when and within which deadlines. The Authority merely states the obvious - that the regulatory framework gives it the power to direct Telenor to adjust wholesale prices.

Quite to the contrary the draft decision gives the impression that Nkom will not automatically intervene should the dominant player fails the margin squeeze test. The Authority seems to hold that demonstrable negative margins will only be one of several factors in an overall assessment of whether the wholesale prices are "discriminatory". This could for instance very well lead Nkom to not intervene if the separate accounts demonstrate positive result even though Telenor's prices fail the margin squeeze test.

Broadnet warns Nkom against following the approach outlined in the draft decision. It is not in line with regulatory best practice in the EEA or the approach of NRA's in comparable jurisdictions.

A properly defined margin squeeze test is the only effective tool to ensure equivalence of input.² We therefore ask that Nkom in the final decision provides firm guidance on when it will intervene, how and within which deadlines. Also, intervention should not require a timely, "on average" assessment of the non-discrimination obligation. Negative margins should in itself be sufficient to intervene."

Broadnet ber SD om å omgjøre vedtaket gjennom å konkret beskrive hvordan myndighetene vil gripe inn dersom marginskvismodellen avdekker et negativt resultat, herunder at;

- *Nkom vil pålegge Telenor å redusere grossistprisen til et lovlig nivå.*
- *Prisnedsettelsen må skje innen 30 dager.*
- *Nkom vil pålegge tvangsmulkt for å sikre etterlevelse.*
- *Gjentatte brudd på forpliktelsen (flere ganger overfor en kunde, eller samme overtredelse overfor flere kunder) vil medføre overtredelsesbot.*

4 MARGINSKVISMODELLEN ENDRES SLIK AT DEN KAN AVDEKKE MARGINSKVIS I BEDRIFTSMARKEDET

Nkoms vedtak

Under høringsrundene har Broadnet flere ganger påpekt at den foreslåtte marginskvismodellen ikke vil være i stand til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet. Dette skyldes Nkoms/WIKs valg av flaggskipprodukter og porteføljer. WIK avviser dette innspillet på vegne av Nkom. Konsulentselskapet begrunner dette med at:

- bredbåndstjenestene i bedriftsmarkedet er ikke "standardisert" på samme måte som i privatmarkedet,
- Broadnets bedriftskunder kjøper i all hovedsak samband som faller utenfor marked 4 og 5 (transmisjon, tidligere marked 14) og at
- modellen skal representere en hypotetisk, representativ tilbyder – ikke en aktør som opererer i bedriftsmarkedet.

² ESA comments page 12: "As regards the accounting separation obligation, the Authority has doubts as to whether the obligation - as currently envisaged - will effectively address potential abusive or discriminatory behaviour at the wholesale level, since Telenor will not be required to report the first relevant separated accounts data before July 2015. [...] Further, in the absence of a properly-defined ex ante economic replicability or margin squeeze test, the Authority is not convinced that the NPT will be able to ensure that a sufficient margin remains between wholesale and retail prices to allow for replicability of retail offers by efficient competitors."

Konsulentselskapet har utbrodert resonnementet på side 14 i oppsummeringen av den andre høringsrunden:

"Exclusion of business segment

In response to Broadnet's comments, we do confirm that the test includes the standardized residential marketed broadband packages; hence exclude the non-standardized business products. It is noted that the majority of Broadnet's customers are business customers and hence that the proposed test does not represent Broadnet's business model.

We remark that the modelled hypothetical operator is not meant to represent a specific alternative operator, but more to represent a hypothetical alternative operator which is a good average of the alternative operators in Norway.

Furthermore, it is noted that many of Broadnet's services for the (high end) business market (business customers with access lines formerly regulated in the old market 14) are outside the scope of the market analysis done in Norway for Market 4 and 5, hence proposed ERT as a remedy also does not apply to these services."

Nkom kommenterer ikke problemstillingen direkte i vedtaket, men begrenser seg til å påpeke at porteføljetilnærmingen er en "hensiktsmessig tilnærming til oppfølging av kravet til ikke-diskriminering" sett i sammenheng med kravet til at samtlige av Telenors sluttbrukerprodukter skal fremvise positiv bruttomargin.

Begrunnelse for klagen

Marginskvistesten er utformet på en slik måte at det ikke er mulig å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet. WIK begrunner dette med at bedriftsabonnement ikke er "standardisert" og med at den hypotetiske tilbyderer representerer "et godt gjennomsnitt" av tilgangskjøperne i det norske markedet. Dessuten mener konsulentselskapet at mange av Broadnets tjenester i storkundesegmentet faller inn under marked 14 og derfor ikke er regulert. Den vedtatte testen "gjelder derfor ikke for disse tjenestene".

Broadnet er uenig i disse påstandene.

Regelverket stiller ingen krav om at marginskvistesting kun kan gjennomføres på "standardprodukter". Det er heller ikke særlig komplisert eller ressurskrevende å identifisere hvilke bredbåndstjenester Telenor normalt tilbyr i SMB og storkundesegmentet. WIK har allerede lagt inn et bedriftsabonnement. Når det gjelder storkundesegmentet hentet Nkom selv inn informasjon om et representativt utvalg av Telenors større kunder og benyttet dette i en tilsvarende marginskvismodell. Det er dermed ikke evnen, men viljen til å innhente slike data det står på.

Videre representerer ikke den hypotetiske tilbyderen "et godt gjennomsnitt" av aktørene. Påstanden er heller ikke underbygget.

De fleste tilgangskjøperne er enten til stede i kun privat markedet (forbrukere og små bedrifter som etterspør tilsvarende produkter) eller kun bedriftsmarkedet (slik som Broadnet og TDC). NextGenTel er den eneste aktøren som er til stede i begge marked. Men i motsetning til Telenor, Broadnet og TDC betjener denne aktøren ikke storkundesegmentet.

Broadnet har for øvrig problemer med å forstå argumentet om at vi (og andre bedriftsaktører) kun tilbyr transmisjonstjenester til bedriftsmarkedet (marked 14). Storkunder og kunder i SMB segmentet etterspør både transmisjonstjenester og fiberbaserte bredbåndstjenester basert på VULA og fiberbasert LLUB. Det er ingen tvil om at den sistnevnte kategorien omfattes av marked 4 og 5. Broadnet kan videre ikke se at det skulle være noen utfordring å ta høyde for uregulerte produkter ved utformingen av testen. Ved å inkludere TV-tjenester i den porteføljen som testes har WIK og Nkom allerede besluttet å inkludere uregulerte tjenester.

Når det gjelder behovet for å endre modellen slik at den er egnet til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet, vil vi vise til våre kommentarer 1. juni 2015 side 4:

"In our comments 9 March 2015 we stated of double play and triple play offers including non-regulated TV services are not relevant for the business market. The end-users do not require this service. In order to detect margin squeeze behavior Nkom needs to test single play offers separately. This comment has not been taken into account.

Nkom's portfolio approach gives the dominant operator too large flexibility to cross-subsidize services to the detriment of competitors thorough the weighting of the various cost components. Also, as oppose to what WIK stated in the industry meeting this is not merely a conservative assumption. Broadnet holds that it is incorrect as only Telenor is in a position to offer the whole portfolio. It will also lead to erroneous results as the model overstates the margin of access seekers.

Further, the model still seems to exclude corporate accounts from the test. They represent the majority of Broadnet's customer base. Such an assumption is neither representative nor correct. We ask that Nkom takes this customers segment into account when finalizing the model."

Broadnet ber SD om å omgjøre Nkoms vedtak gjennom å endre valg av portefølje slik at marginskvistesten også er egnet til å avdekke marginskvis i bedriftsmarkedet (SMB og storkundesegmentet).

5 AVSLUTNING

Broadnet ber for ordens skyld om løpende innsyn i alle dokumenter knyttet til klagesaken, herunder kommentarer og innspill fra andre berørte parter.

Eventuelle spørsmål kan rettes til Mette E. Johansen på telefon nr. 930 81 017 eller e-post mej@broadnet.no.

Med hilsen
Broadnet AS



Martin Lippert
CEO