

Att: Daniel Hegland

Kommentar til oppdatert analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett av 14. Mars 2024

1. Innledning

NTE Telekom AS ("**NTE**") viser til høringsdokument av 14. mars 2024, herunder oppdatert analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett, og inngir med dette sine kommentarer til Nkoms analyse innen fristen 31. mai 2024. Etter NTEs oppfatning kvalifiserer ikke markedet for grossisttilgang til faste aksessnett til ex ante-regulering. Nkoms vurdering av tre-kriterie-testen for forhåndsregulering av markedet fremstår uriktig, hvilket innebærer at det grunnleggende premisset for å utpeke NTE som SMP ikke er til stede. NTE opplever videre at analysen generelt ikke hensyntar lovgivningens sentrale målsettinger.

Etter NTEs oppfatning er Nkoms endringer knyttet til de geografiske markedsområdene i Trøndelag, og utpeking av NTE som aktør med sterk markedsstilling, uriktig. NTE har som målsetting å bidra til digitalisering av Trøndelag, og tror på en videre teknologiutvikling med gigabit-nett til alle innbyggerne i landet. NTEs målsetting er i tråd med regjeringens strategi om å styrke den digitale infrastrukturen i samfunnet. Utpekingen av mindre aktører som NTE som SMP vil imidlertid bremse en slik utvikling ettersom insentivene til nye investeringer blir svekket.

NTEs kommentarer inneholder forretningssensitiv informasjon som skal unntas fra offentlighet og partsinnsyn, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Slik informasjon er markert med [**UOFF.**]

2. Grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett kvalifiserer ikke til ex ante-regulering

Nkom har i utgangspunktet kun myndighet til å forhåndsregulere marked som har i) høye og varige etableringshindringer, ii) ikke tenderer mot effektiv konkurranse og iii) ikke i tilstrekkelig grad kan ivaretas av alminnelig konkurranserett (tre-kriterie-testen). NTE mener at markedet for grossisttilgang til lokale og sentrale aksessnett ikke kvalifiserer til ex ante-regulering.

Nkom har i sin analyse av 14. juni 2023, samt i oppdatert analyse av 14. mars 2024, slått sammen grossistmarkedet for lokal tilgang til faste aksessnett og sentral tilgang til faste aksessnett til ett samlet marked. Årsaken er at det ifølge Nkom er betydelig utbytting mellom ulike tilgangsprodukter på lokalt og sentralt nivå i det norske bredbåndsmarkedet. I Kommisjonens anbefaling om relevante markeder av 2020 ("**Anbefalingen**") opereres det imidlertid med et skille mellom lokal og sentral tilgang, og det er kun grossistmarkedet for *lokal* tilgang som er videreført i Anbefalingen som et marked egnet for ex

ante-regulering, nå som Marked 1. Nkom mener likevel at det sammenslåtte markedet for lokal og sentral tilgang består tre-kriterie-testen¹.

Ettersom Nkom har definert markedet for grossisttilgang for faste aksessnett som ett marked, synes det mest riktig og hensiktsmessig at Nkom må gjennomføre tre-kriterie-testen på dette samlede markedet. Artikkel 64 (3) i Direktiv 2018/1972, samt Kommisjonens Explanatory Note av 18. desember 2020 punkt 2.1, legger opp til at nasjonale myndigheter først skal definere relevante geografiske markeder innenfor sitt territorium ved å ta hensyn til Anbefalingen, samt nasjonale og lokale forhold.² Deretter følger det av Artikkel 67 (1) at nasjonale myndigheter må vurdere om tre-kriterie-testen er oppfylt på markedet definert i tråd med Artikkel 64 (3) for å begrunne ex ante-regulering.³ Selv om testen presumtvt er oppfylt for marked som er inkludert i Anbefalingen, skal nasjonale myndigheter alltid gjennomføre testen på marked som ikke er omfattet, jf. Explanatory Note punkt 2.3.

NTE stiller derfor spørsmål ved Nkoms metodikk ved lene seg på Kommisjonens gjennomførte tre-kriterie-test for markedet for lokal tilgang og kun gjennomføre testen på markedet for sentral tilgang, all den tid Nkom anser dette som ett samlet marked.⁴ I realiteten vil et samlet marked for tilgang til faste aksessnett utgjøre et annet produktmarked enn det som inngår i Anbefalingen. Et marked for grossisttilgang til både lokal og sentral tilgang vil omfatte flere produkter og det kan foreligge andre konkurranseforhold enn i et snevrere marked. Vurderingen av om kriteriene er oppfylt, herunder vurderingen av etableringshindre og hvorvidt markedet tenderer mot mer effektiv konkurranse, vil kunne få et annet utfall dersom vurderingen gjøres på et samlet marked. Nkoms vurdering i Analysen av 2023 gir nettopp inntrykk av at Nkom ikke vektlegger økt konkurransepress fra tilgangsprodukter på lokalt nivå.

Under enhver omstendighet savner NTE en nærmere analyse av markedet for sentral tilgang. NTE etterspør særlig en grundigere forklaring av at markedet har egenskaper som gjør at det ikke i tilstrekkelig grad beveger seg mot virksom konkurranse.

- Nkom synes ikke i tilstrekkelig grad å vektlegge de kommersielle mulighetene for grossisttilgang som finnes i dag. Etter NTEs oppfatning vil samtlige være best tjent med at markedet selv utarbeider relevante grossisttilbud iht det som potensielt etterspørres fremfor pålagte tilbud. Det foreligger i dag kommersiell interesse omkring grossisttilbud, også på sentralt nivå, noe eksisterende tilbud til blant annet Telavox og Telia understøtter.
- NTE opplever at FTB allerede utøver et betydelig konkurransepress i markedet for grossisttilgang til faste aksessnett. Konkurransepresset vil fortsette å øke etter hvert som teknologien utvikler seg og FTB-nettet bygges videre ut. Etter NTEs erfaring, differensierer sluttkundene i svært liten grad mellom ulike bredbåndsteknologier, i tråd med Nkoms egen konklusjon av det relevante produktmarkedet. I områder der FTB tilbys som et alternativ har konkurransepresset fra FTB allerede resultert i et sterkt prispress og reduserte priser også på andre bredbåndsteknologier. Kommisjonen understreker også i Explanatory Note at FTB- og HFC-nett kan føre til økt konkurranse på sentralt nivå, hvilket Nkom erkjenner i Analysen av 2023 avsnitt 284. Telia tilbyr allerede grossisttilgang til FTB i dag, uten at et slikt tilbud er regulert. Presumptvt innebærer dette at Telia finner det kommersielt forsvarlig å tilby slik grossisttilgang. Altibox/Lyse har også annonsert at de vil tilby FTB. Konkurransepresset fra FTB vil dermed stadig øke i årene fremover.

¹ Analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett, Høringsdokument – 14. juni 2023 (heretter omtalt som "Analysen av 2023"), side 79-80.

² Se også fortalen til Direktiv 2018/1972 avsnitt (165).

³ Se også Explanatory Note punkt 2.1.

⁴ Analyse av 14. juni 2023, side 79-80.

3. Nkoms analyse hensyntar ikke formålet med reguleringen av ekommerket

NTE opplever at Nkoms markedsanalyse av elektroniske kommunikasjonstjenester ikke tar hensyn til de målsettinger som ligger til grunn for reguleringen av ekommerket. Formålet med den sektorspesifikke reguleringen av ekommerket er å styrke konkurransen i markedet og derigjennom bidra til økt valgfrihet og utvikling av nye tjenestetilbud som gir brukerne gode, rimelige, sikre og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, slik at behovet for den sektorspesifikke reguleringen kan falle bort, jf. Ot.prp.nr. 58 (2002-2003) side 8 og Prop. 93 LS (2023-2024) side 23.

For å nå en slik målsetting må reguleringen stimulere til investering og innovasjon av infrastruktur. Departementet understreker behovet for å sikre investeringsinsentivet på side 23 i utkastet til ny ekomlov (Prop. 93 LS (2023-2024)):

I ny lov legges det i større grad vekt på at reguleringen også skal fremme effektive investeringer og innovasjon i infrastruktur med svært høy kapasitet, herunder sikre at tilgangsvilkårene tar tilstrekkelig høyde for den risiko som de investerende virksomhetene tar.

Generelt innebærer reguleringen Nkom legger opp til i ny markedsanalyse en stor omvelting fra tidligere markedsregulering, hvor Telenor har vært utpekt som eneste SMP i et nasjonalt marked. Nkoms varsling av NTE som SMP er dermed en endring av vesentlig betydning for NTE. Arbeidet med analysen har samtidig trukket ut i tid, og Nkom har vært lite transparente om hvilke forpliktelser NTE kan bli pålagt som SMP, herunder på hvilke vilkår NTE forpliktet å gi tilgang. For NTE fremstår det derfor svært usikkert hvilke konsekvenser en ny markedsregulering vil ha for selskapet. Dette svekker forutsigbarheten omkring investeringer i infrastruktur tjenester for NTE og andre aktører i tilsvarende posisjon, hvilket naturlig nok svekker insentivet til å påta seg risiko og gjennomføre investeringer. Regjeringen har som mål at alle skal ha tilbud om bredbånd med minst 100 Mbit/s innen utgangen av 2025. På landsbasis var dekningsgraden for et slikt nett på 97 % per første halvår 2023.⁵ De siste prosentene er erfaringsmessig mindre lønnsomme å bygge ut allerede i dag. I Prop. 93 LS fremgår det uttrykkelig at det viktigste virkemiddelet for videre utbygging er å legge til rette for markedsbaserte investeringer.⁶ En ny markedsregulering risikerer imidlertid å ha en avskrekkende effekt som motvirker nettopp slik utbygging.

Videre er forutsigbarhet et bærende prinsipp i reguleringsammenheng, som henger tett sammen med viljen til å investere⁷. I forarbeidene til ny lov fremhever departementet betydningen av forutsigbarhet for å sikre et trygt klima for investeringer som et bærende hensyn: "forutsigbare og stabile rammebetingelser og investeringsinsentiver på infrastrukturnivå er helt nødvendig for å sikre videreføring av den markedsdrevne infrastrukturutbyggingen".⁸

Nkoms oppdaterte analyse av 2024 innebærer betydelige endringer fra Analysen av 2023.⁹ NTE har vanskeligheter med å forstå hva som reelt sett ligger til grunn for endringene. Slik NTE forstår det bygger Analysen av 2024 på ett års oppdatert datagrunnlag sammenlignet med Analysen av 2023. Dersom oppdateringene skyldes en slik mindre endring i datagrunnlaget, gir det et uheldig inntrykk av at selv presumptivt små variasjoner i datagrunnlaget kan ha stor innvirkning på inndelingen av markedsområder og utpeking av SMP. Sett i sammenheng med at markedet er preget av betydelig

⁵ Prop. 93 LS (2023-2024) side 26.

⁶ Prop. 93 LS (2023-2024) side 26.

⁷ Se blant annet Ot.prp.nr. 58 (2002 – 2003) side 8.

⁸ Side 22

⁹ Oppdatert utdrag av analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett, høringsdokument 14. mars 2024 (heretter omtalt som "Analysen av 2024")

dynamikk, blant annet gjennom etablering av trådløse løsninger, duplisering av fiberinfrastruktur og bransjens egne initiativ til åpning av nett, opplever NTE at Nkom legger opp til en modell som gjør det vanskeligere for aktørene å forutberegne egen rettsstilling. Dette medfører naturligvis at [UOFF: ██████████
██████████

Nkom synes dermed å svekke muligheten for å fremholde den norske modellen, som frem til i dag har sikret stor investeringsvilje blant norske operatører gjennom (så langt relative) stabile rammebetingelser. Dette har ført til at fiberdekningen i Norge er vesentlig høyere enn i mange andre europeiske land. NTE mener at en slik reguleringsmodell som Nkom foreslår vil skape mer uforutsigbarhet og dermed ha en uheldig effekt på investeringsviljen i markedet, stikk i strid med lovens formål.

4. Nkoms avgrensning av det geografiske markedet for Trøndelag er feil

NTE er ikke enig i Nkoms inndeling av Trøndelag i flere ulike geografiske områder. Som fremhevet i forrige høringsrunde, mener NTE at en geografisk avgrensning av Trøndelag som ett marked vil være den mest riktige refleksjonen av konkurranseforholdene i dette området. Aktørbildet er relativt likt sett Trøndelag under ett. Telenor er størst i et samlet trøndelagsmarked. Videre er aktørene Telenor, Telia og NTE i stor grad til stede og møter konkurranse fra hverandre, i tillegg til andre tilbydere som særlig Svorka, Rissa og GlobalConnect.

Aktørenes markedsadferd støtter opp om under en slik beskrivelse av aktørbildet. Både Telenor, Telia, NTE og andre lokale tilbydere har økt sine dekningsgrader i området fra 2022 til 2023. Telenor og NTE økte sin respektive fiberdekning med like mange husstander fra 2022 til 2023 (6000 hver).¹⁰ Videre ble dekningsøkningen til Telenor, Telia og NTE foretatt på tvers av Trøndelag og områdene Nkom har foreslått at Trøndelag skal deles inn i.¹¹ Dette tilsier at det foreligger stor grad av tilbudssubstitusjon i Trøndelag mellom aktørene som i dag er til stede, og at dette også vil være tilfellet fremover i henhold til deres nylige foretatte disposisjoner. Dette styrkes ytterligere av at to av de største aktørene i Trøndelag, Telenor og Telia, begge har eller kan ha mulighet til å komplimentere sin kablede dekning og tilbud med FTB. Basert på dette, og Nkoms egen argumentasjon i sammenlignbare områder som Innlandet, er det vanskelig å se at det er grunnlag for å dele inn Trøndelag i mindre geografiske områder.

Under enhver omstendighet mener NTE at det ved en eventuell snevrere inndeling ikke er riktig å innlemme Trøndelagskysten i Nordlige del av Trøndelag slik det foreslås i Analysen av 2024. Til det er konkurranseforholdene i de to områdene for ulike. Oppdateringen synes vilkårlig, i strid med metodikken for å avgrense relevante geografiske, og den er vanskelig å forstå.

NTE noterer at markedsavgrensningen i Analysen av 2023 synes å ha bygget på enkeltstående datafeil, hvilket ble påpekt av Telenor i deres høringsuttalelse av 29. september 2023. NTE forstår det slik at feilen var at Rissas kundetall ikke var hensyntatt i analysen. Det oppdaterte datagrunnlaget som presumptivt ligger til grunn for Analysen av 2024 innebærer imidlertid ingen reell endring med tanke på NTEs posisjon i kystkommunene. At Rissas kundetall nå er hensyntatt i den geografiske markedsavgrensningen kan dermed ikke begrunne innlemmingen av Trøndelagskysten i Nordlige del av Trøndelag.

¹⁰ Vedlegg 1, Analyse av konkurranseforhold på kommunenivå, og aggregering av kommuner til geografiske markeder, 14. mars 2024 (i det videre referert til som "Vedlegg 1"), side 22 og side 25.

¹¹ På side 25 i Vedlegg 1 vises det bl.a. til at Telenor har forbedret sin dekning i de fleste kommuner. Tilsvarende har Telia også hatt stor dekningsøkning, eks både i Trondheimsområdet (Stjørdal, Malvik, Trondheim), Sørliche del av Trøndelag (Oppdal) og Nordliche del av Trøndelag (Steinkjer). Også NTE har utvidet sin dekning i en rekke kommuner, med den største deknningen i Trondheim.

som per i dag har relativt dårlig dekningsgrad og dermed behov for at investeringsinsentivet er til stede for tilbydere for å sikres et bredbåndstilbud i tråd med myndighetenes uttalte målsetning.¹⁵

Oppsummert, og som følge av Nkoms manglende begrunnelse og forklaring på hva som reelt sett ligger til grunn for den oppdaterte markedsinndelingen, sitter NTE igjen med et inntrykk av at endringen er begrunnet i praktiske hensyn fra regulators ståsted, fremfor og i strid med en riktig metodisk tilnærming.

5. Det er ikke grunnlag for å anse NTE som SMP

Etter NTEs oppfatning er Nkoms analyse av sterk markedsstilling i de definerte grossistmarkedene basert på en overfladisk vurdering av den reelle konkurransen på markedet. Utgangspunktet for vurderingen er om en tilbyder har "økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere", jf. ekomloven § 3-1. Sterk markedsstilling i ekomretten tilsvarer dominerende stilling i den alminnelige konkurranseretten, jf. ESAs Retningslinjer, avsnitt 71.¹⁶ Vurderingen beror derfor på en konkret helhetsvurdering av en rekke momenter, inkludert foretakets størrelse i forhold til konkurrentene, prisutvikling og potensiell konkurranse, se avsnitt 441 i Analysen av 2024. NTE opplever imidlertid at Nkom legger uforholdsmessig stor vekt på aktørenes markedsandeler, uten å foreta en reell helhetsvurdering av øvrige konkurranseforhold som har betydning for vurderingen, som økt konkurranse fra FTB og reduserte priser. NTE blir dermed uriktig utpekt som SMP i markedet "Nordlige del av Trøndelag".

Nkom beskriver Telenors sterke markedsstilling uten at dette faktisk vektlegges i vurderingen¹⁷. Som påpekt av Nkom har Telenor høy kablet dekning (30 % av husstandene i Nordlige del av Trøndelag, og opp mot 80 % i enkelte kommuner langs kysten), samt god FTB-dekning i hele området. Samlet innebærer dette at Telenor faktisk disiplinere NTE i store deler av det relevante markedet.

Videre vektlegger Nkom at NTEs posisjon på tvers av sektorer bidrar til å økte NTEs konkurransekraft. NTE kan imidlertid ikke se at Nkom holder dette opp mot det faktum at Telenor er den klart største tilbyderen i et samlet norsk telekommarked og dermed kan nyte åpenbare fordeler av en sterk nasjonal merkevare, et utviklet apparat for grossistsalg og en bred produktportefølje. Telenor er i dag klart større enn NTE på Trøndelagskysten, og det er rimelig å anta at Telenor kan styrke sin posisjon i det totale markedet gjennom FTB-nettet i tillegg til videre investeringer i kablet nett. Tilsvarende argument gjelder for Telia, som også har FTB-dekning i hele området. Med andre ord møter NTE både reell og potensiell konkurranse fra store nasjonale aktører.

Utviklingen av FTB utøver generelt et sterkt konkurransepress på NTE. NTE erfarer imidlertid at Nkom la større vekt på den potensielle konkurransen fra FTB i Analysen av 2023. Som nevnt over, erkjenner Nkom i Vedlegg 1 til Analysen av 2023, punkt 2.17, at "FTB vil kunne utgjøre en vesentlig konkurransefaktor" på Trøndelagskysten. I Vedlegg 1 til Analysen av 2024, punkt 2.19 om Nordlige del av Trøndelag, skriver derimot Nkom at "FTB har liten betydning for avgrensningen innenfor området, men forventes å kunne øke konkurransen". Til tross for at Trøndelagskysten nå er innlemmet i markedsområdet, synes Nkom i liten grad å hensynta den potensielle konkurransen fra FTB som Nkom erkjente i 2023, og det er heller ikke begrunnet hvorfor Nkom eventuelt har endret standpunkt.

¹⁵ Med unntak av Osen kommune på plass nr. 181, tilhører samtlige øvrige av kystkommunene den nederste tredjedelen av kommunal dekning dersom FTTH og HFC-nett legges til grunn for analysen. Kommuner som Åfjord og Hitra ligger helt i bunnsjiktet blant norske kommuner iht Nkoms dekningsundersøkelse 2023. Det vil følgelig kreve store investeringer å sikre et godt bredbåndstilbud til dette området.

¹⁶ ESA påpeker også at det ved vurderingen av sterk markedsstilling skal ses hen til Kommisjonens retningslinjer og EU-domstolens praksis knyttet til TFEU artikkel 102, se avsnitt 71.

¹⁷ Analysen av 2024, avsnitt 868 og 870.

