



Vurdering av Nkoms analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett

Rapport utarbeidet for Eninvest, mai 2024
Offentlig versjon

Om Oslo Economics

Oslo Economics utreder samfunnsfaglige problemstillinger og gir råd til bedrifter, myndigheter og organisasjoner. Våre analyser kan være et beslutningsgrunnlag for myndigheter, et informasjonsgrunnlag i rettslige prosesser, eller for interesseorganisasjoner. Vi forstår problemstillingene som oppstår i skjæringspunktet mellom marked og politikk.

Oslo Economics er et samfunnsfaglig rådgivningsmiljø med erfarne konsulenter med bakgrunn fra offentlig forvaltning og ulike forsknings- og analysemiljøer. Vi tilbyr innsikt basert på bransjeerfaring, fagkompetanse og et nettverk av samarbeidspartnere.

Ekonomi, konkurranse og regulering

Oslo Economics har omfattende erfaring med økonomiske analyser innen ekkomarkedet. Vi forstår de underliggende mekanismene i markedet, og er godt rustet for å være rådgivende part i forbindelse med ekkospesifikke problemstillinger. Oslo Economics har det største, bredeste og mest erfarne rådgivningsteamet i Norge innen konkurranse- og reguleringsøkonomi og er rangert blant de 20 fremste konkurranseøkonomiske miljøene i verden av Global Competition Review. Vi har flere ansatte med doktorgradskompetanse innen konkurranse- og næringsøkonomi og med omfattende erfaring fra Konkurransetilsynet, EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og EU-kommisjonen.

Vurdering av Nkoms analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett/2024-39

© Oslo Economics, 23. mai 2024

Kontaktperson:

Jostein Skaar / Partner

jsk@osloeconomics.no, Tel. +47 959 33 827

Foto/illustrasjon: iStock.com

Innhold

Sammendrag og konklusjoner	4
1. Bakgrunn, mandat og metode	6
1.1 Bakgrunn	6
1.2 Mandat	7
1.3 Informasjonsgrunnlag	7
1.4 Leseveiledning	8
2. Nkom sin geografiske markedsavgrensning er feil	9
2.1 Grunnleggende om markedsavgrensning	9
2.2 Oppsummering av Nkoms produktmarkedsavgrensning	9
2.3 Nkom: Regionale geografiske markeder	10
2.4 Gjennomgang av Nkom sine argumenter for at FTB ikke er landsdekkende	12
2.5 Konkurransen fra FTB og landsdekkende tilbud fra Telenor tilsier et nasjonalt marked	15
3. Det er ikke faglig grunnlag for å utpeke Eninvest som tilbyder med SMP	17
3.1 Rammeverk for utpeking av aktør med SMP og ileggelse av plikter	17
3.2 Dominerende stilling i konkurranseloven og SMP i ekomloven	18
3.3 Oppsummering av Nkoms vurdering av Eninvest sin posisjon i Sunnfjord og Nordfjord	22
3.4 Ingen presumpsjon om SMP med en korrekt geografisk markedsavgrensning	23
3.5 Beskrivelsen av konkurransen i regionen ikke konsistent med det relevante produktmarkedet	23
3.6 Nkom beskriver en sterkere konkurranse fra FTB mot Eninvest enn i andre geografiske områder	23
3.7 Eninvest kan ikke opptre uavhengig av vertikalt integrerte nasjonale aktører	24
3.8 Eninvest møter sterk konkurranse på utbygging og på eksisterende fiberkunder	25
3.9 Nærmere om Telenor som konkurrent i markedet	26
3.10 Usikkerhet må hensyntas i SMP-vurdering	28
3.11 Oppsummering: Ikke et grunnlag for at Eninvest har en sterk markedsstilling	28
4. Risiko for stor konkurranseskade ved markedsregulering basert på et uriktig grunnlag	30
4.1 Intensjonen bak markedsreguleringen	30
4.2 Naturlige monopoler med SMP bør reguleres	30
4.3 Negative konsekvenser av å feilaktig pålegge forpliktelser på aktører som ikke har SMP	31
4.4 Nkom må unngå å feilaktig utpeke SMP og innføre særlige forpliktelser	31

Sammendrag og konklusjoner

Oslo Economics har i anledning Nkoms høring av revidert markedsanalyse i grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett bistått Eninvest med faglige vurderinger knyttet til markedsavgrensning og vurderinger av sterk markedsstilling («Significant Market Power», «SMP»). Rapporten utgjør et underlag for Eninvest sitt høringssvar til Nkoms markedsanalyse.

Nkoms analyser inneholder betydelige svakheter, mangler og metodiske feil både når det gjelder den geografiske markedsavgrensningen og vurderingen av Eninvest sin markedsstilling. På bakgrunn av vår gjennomgang og oppdatert markedsinformasjon finner vi at det ikke foreligger faglig grunnlag for å utpeke Eninvest som tilbyder med SMP for kommende reguleringsperiode.

Dersom analysen resulterer i en regulering der aktører uten en sterk markedsstilling pålegges særlige forpliktelser, kan dette ha store negative konsekvenser i form av reduserte bredbåndsinvesteringer og svak konkurranse.

Bakgrunn og mandat

Nkom sendte 23. juni 2023 på høring analyse av grossistmarkedet for faste aksessnett. Videre utsendte Nkom 14. mars 2024 nye høringsdokumenter basert på oppdaterte analyser av avgrensningen av de geografiske markedene og utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling (SMP).

I henhold til disse analysene ser det ut til at Eninvest vil bli utpekt som aktør med sterk markedsstilling. Dette innebærer at Eninvest ved en kommende regulering kan pålegges særlige forpliktelser om blant annet tredjepartstilgang.

Eninvest har bedt Oslo Economics om å gjennomgå Nkoms markedsanalyse og å foreta en faglig vurdering av Nkoms markedsanalyse og vurderingen av Eninvest sin markedsstilling i det relevante markedet.

Nkom sin markedsavgrensning er feil: Den geografiske markedsavgrensning er ikke konsistent med produktmarkedsavgrensningen

Nkom har i markedsanalysen avgrenset teknologinøytrale sluttbruker- og grossistmarkeder bestående av bredbånd basert på fiber, HFC og FTB. Nkom vurderer at ingen av disse teknologiene har landsdekkende utstrekning, og mener på bakgrunn av dette at det ikke er ett nasjonalt geografisk marked, men 22 regionale markeder med ulike konkurranseforhold.

Nkom har i tidligere vedtak konkludert med at det er ett nasjonalt marked, blant annet fordi Telenor sitt kobbernett (som nå er lagt ned) har hatt en nasjonal utstrekning. Mobilnettene har også en nasjonal utstrekning. Ettersom FTB inngår i det relevante produktmarkedet og har en åpenbar nasjonal utstrekning, skulle konsistens mellom produktmarked og geografisk marked tilsi at det geografiske markedet også var av nasjonal utstrekning.

Nkom vurderer imidlertid at FTB ikke er landsdekkende. Denne vurderingen er basert på blant annet påstander om kapasitetsbegrensninger i mobilnettet og en usikkerhet om hvorvidt mobiloperatørene aktivt vil tilby og markedsføre FTB i områder hvor konkurrenter allerede har etablert fiber- eller HFC-nett.

Påstandene om kapasitetsbegrensninger og usikker konkurransekraft er ubegrunnede og udokumenterte. Påstandene er dessuten i strid med Nkom sine egne analyser av FTB som både viser rask utbygging og betydelig bytte fra fiber til FTB. Videre unnlater Nkom å nevne at Telenor aktivt bruker FTB til å konkurrere i andre tilbyders fiberområder. Nkoms analyse av konkurransen i de 22 regionene tilsier også at det er FTB-dekning og FTB-tilbud i hele landet.

Så lenge FTB inngår i samme produktmarked som fiber og HFC, må dermed markedet være nasjonalt eller tilnærmet nasjonalt. I et slikt nasjonalt marked er det per 2024 ingen holdepunkter for at det er aktører med sterk markedsstilling (SMP).

Det foreligger ikke grunnlag for å utpeke Enivest som aktør med sterk markedsstilling

Med en aktør med sterk markedsstilling menes en aktør som har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at aktøren i en stor grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og forbrukere. Definisjonen har mange likehetstrekk med *dominerende stilling* som brukes i konkurranseretten. I mange situasjoner er *sterk markedsstilling* og *dominerende stilling* synonyme.

Nkom har vurdert at Enivest har en sterk markedsstilling i regionen «Sunnfjord og Nordfjord», som er avgrenset som et eget geografisk marked. Regionen består av ti kommuner i den nordlige delen av Sogn og Fjordane. Konklusjonen om Enivest sin markedsstilling er basert på at Enivest har over 70 prosent av abonnentene i dette området – som betyr en markedsandel på over 70 prosent med Nkom sin markedsavgrensning. I henhold til rettspraksis gir markedsandeler på over 50 prosent en presumpsjon om sterk markedsstilling. Videre viser Nkom til at Enivest har en betydelig høyere dekning på kablet bredbånd enn konkurrentene – og at det er en lav parallelldekning på kablet bredbånd i området.

Dersom man skulle legge til grunn et nasjonalt geografisk marked som er konsistent med produktmarkedet, har Enivest en markedsandel på rundt 1 prosent. En slik markedsandel gir ingen presumpsjon om sterk markedsstilling. Vurderingene av bredbåndsdækning og parallelldekning er videre heller ikke konsistente med Nkom sitt produktmarked, som også inkluderer FTB. I et teknologinøytralt marked har Telenor antakelig høyere bredbåndsdækning enn Enivest i «Sunnfjord og Nordfjord». Ettersom så godt som alle som har tilgang til kablet bredbånd også har tilgang til FTB, er parallelldekningen så godt som 100 prosent.

Det foreligger videre konkrete bevis på at Enivest møter sterk konkurranse særlig fra Telenor, men også andre aktører. Blant annet konkurrerer Telenor og Enivest i så godt som alle anbuds konkurranser om bredbåndsutbygging, og Telenor konkurrerer aktivt med både fiber og FTB i områder der Enivest har bygget ut fiber. Dette er ikke konsistent med at Enivest har en sterk markedsstilling og i «en stor grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter».

Enivest er videre avhengig av å kjøpe tilgang hos konkurrenter for å kunne tilby TV-distribusjon og eventuelle mobilbaserte tjenester. Enivest kan dermed ikke opptre uavhengig av sine konkurrenter på disse områdene, og dette setter Enivest i en konkurranseulempe overfor integrerte konkurrenter som Telenor, Telia og Lyse Tele. En slik konkurranseulempe er ikke konsistent med å ha en sterk markedsstilling.

En regulering basert på uriktige konklusjoner vil kunne gi uopprettelig konkurranseskade

Nkom anerkjenner i sin markedsanalyse at det er betydelig usikkerhet knyttet til både markedsavgrensning og de konkrete vurderingene av aktørenes markedsstilling. Når reguleringsmyndighetene står overfor en vesentlig usikkerhet, er det også en betydelig risiko for å innføre en markedsregulering basert på uriktige konklusjoner. Med en slik usikkerhet må Nkom også ta innover seg konsekvensene av å eventuelt regulere feil.

Dersom Enivest faktisk har en sterk markedsstilling i et fremadskuende perspektiv (som vår gjennomgang indikerer at ikke er tilfelle) vil en tilgangsregulering styrke konkurransen. Dette er fordi en regulering da muliggjør en konkurranse på infrastruktur som ellers i liten grad ville kunne dupliseres gjennom investeringer i konkurrerende infrastruktur. Fravær av en regulering vil dermed kunne gi en begrenset kortsiktig konkurranseskade (feil basert på en *falsk negativ* konklusjon). Denne hypotetiske konkurranseskaden vil imidlertid være *opprettelig* ved at man på et senere tidspunkt kan innføre en regulering når det foreligger mindre usikkerhet om konkurransesituasjonen.

Hvis derimot Enivest faktisk *ikke* har en sterk markedsstilling (slik som vår gjennomgang indikerer), vil en tilgangsregulering kunne føre til reduserte infrastrukturinvesteringer fra både Enivest og Enivest sine konkurrenter. Enivest får en redusert avkastning på infrastrukturinvesteringer, mens Telenor og andre konkurrenter vil finne det lønnsomt å benytte seg av tilgang til Enivest sin infrastruktur i stedet for å investere i egen tilgang basert på f.eks. fiber eller FTB. Dette innebærer i sin tur at det blir redusert konkurranse grunnet mindre konkurrerende infrastruktur. Dette er en type konkurranseskade som i en vesentlig grad er *uopprettelig* (feil basert på en *falsk positiv* konklusjon). Dersom man på et senere tidspunkt skulle lempe på reguleringen vil det være lavere grad av konkurrerende infrastruktur sammenlignet med det kontrafaktiske. Dette innebærer at konkurransen vil være vesentlig svakere enn hvis tilgangsregulering aldri ble innført.

Usikkerheten som Nkom selv anerkjenner taler dermed for at Nkom må være tilbakeholden med hensyn til regulering. En slik tilbakeholdenhet vil være konsistent med Nkom sine egne vurderinger i vedtaket av 2018 der det ble advart mot konsekvenser av «oppsplitting av markedet for bredbåndstilgang i flere geografiske markeder». Også Konkurransetilsynet anmoder i sin høringsuttalelse av oktober 2023 Nkom om å vise en tilbakeholdenhet for å unngå reguleringer som reduserer investeringer i konkurrerende bredbåndsinfrastruktur.

1. Bakgrunn, mandat og metode

Oslo Economics har i anledning Nkoms høring av revidert markedsanalyse i grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett bistått Eninvest med faglige vurderinger knyttet til markedsavgrensning og vurderinger av aktørers markedsstilling (SMP-vurderinger). Rapporten utgjør et underlag for Eninvest sitt høringssvar til Nkoms markedsanalyse.

1.1 Bakgrunn

Nasjonalt kommunikasjonsmyndighet (Nkom) sendte i juni 2023 på høring utkast til markedsanalyse i grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett.¹ Nkom avgrensner i analysen det relevante produktmarkedet til å inkludere fiber, kabel-TV-nett/hybrid fiber-koaksial (HFC) og fast trådløst bredbånd (FTB) både på sluttbruker- og grossistnivå. Til forskjell fra Nkoms tidligere analyser av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett², konkluderer Nkom ved nåværende markedsanalyser at det relevante geografiske markedet ikke lenger er nasjonalt.

Nkoms markedsanalyser foretas på bakgrunn av rammeverk gitt ved ekomloven med forskrifter, ESAs retningslinjer for markedsanalyser og bedømming av sterk markedsstilling³, Kommisjonens oppdaterte anbefaling om relevante markeder på ekomområdet.⁴ Nkom skal også følge retningslinjer og anbefalinger ved Kommisjonen og ESA om konkurranserettslig definering av det relevante markedet og dominerende stilling (dette omtales nærmere i punkt 3).

Basert på en vurdering av likheter og forskjeller i konkurransesituasjonen mellom fylker, mellom ulike områder/regioner innad i hvert fylke og mellom kommuner definerer Nkom i markedsanalysen av juni 2023 22 regionale markeder. Forut for denne analysen, gjennomførte Nkom i mars 2022 en høring om metode for avgrensning av geografiske markeder for fast bredbåndsaksess.⁵ I høringnotatet gjorde Nkom en foreløpig vurdering av alternative geografiske enheter som kunne danne utgangspunkt for den videre analysen, herunder landsdeler, fylker, kommuner,

telefonnummerområder mv. Den foreløpige konklusjonen i mars 2022 var at markedsavgrensningen burde ta utgangspunkt i et geografisk avgrenset område som er større enn kommuner og mindre enn fylker.

På grunnlag av vurderinger av situasjonen i 22 identifiserte geografiske områder, utpekte Nkom i markedsanalysen av juni 2023 ni tilbydere med sterk markedsstilling i tolv av disse geografiske markedene. Eninvest AS (Eninvest) utpekes som aktør med sterk markedsstilling i det geografiske markedet «Sunnfjord og Nordfjord», noe som medfører at Eninvest vil kunne illegges en eller flere særlige plikter i medhold av ekomlovens kapittel fire.⁶

Eninvest innga den 3. oktober 2023 høringssvar til Nkoms markedsanalyse. I høringssvaret redegjør Eninvest for at selskapet ikke deler Nkoms vurdering av selskapet som en tilbyder med *sterk markedsstilling* («Significant Market Power», SMP). Eninvest stiller spørsmål både ved faktagrunnlaget, Nkoms anvendelse av metode samt Nkoms begrunnelse tilknyttet vurderinger i markedsanalysen. Eninvest finner Nkoms markedsanalyse mangelfull, og viser blant annet til at flere punkter mangler underbyggende dokumentasjon.

Videre peker Eninvest på at Nkom tilsynelatende i stor grad trekker konklusjoner på historiske data fremfor å legge til grunn et tilstrekkelig fremadskuende perspektiv. I forlengelsen av dette mener Eninvest at Nkom legger for stor vekt på Eninvest sin markedsandel på tidspunktet for markedsanalysen og presumpsjon for SMP basert på denne markedsandelen. Eninvest mener at Nkom i tillegg burde vurdere flere andre kvalitative elementer grundigere, samt legge til grunn et tilstrekkelig fremadskuende perspektiv. Vurderinger som omhandler geografisk markedsavgrensning fremstår etter Eninvest sin oppfatning som tilfeldige. Eninvest vurderer at regulering basert på Nkoms geografiske markedsinndeling vil være konkurransevridende og lede til redusert investeringsvilje.

Revidert markedsanalyse og tillegghøring

På bakgrunn av høringssinnspill og oppdaterte markedsdata fra en rekke markedsaktører, la Nkom 14.

¹ Nkom, Analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett, høringssdokument 14. juni 2023.

² Nkom, Analyse av grossistmarkedet for lokal tilgang til faste aksessnett (Marked 3a) og grossistmarkedet for sentral tilgang til faste aksessnett (Marked 3b) 20. desember 2018.

³ ESA guidelines of 16 November 2022 on market analysis and the assessment of significant market power under the regulatory framework for electronic communications networks and services referred to in Annex XI of the Agreement on the European Economic Area.

⁴ Commission recommendation of 18.12.2020 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018

⁵ Nkom, Metode for avgrensning av geografiske markeder for fast bredbåndsaksess, høringssnotat 23. mars 2022.

⁶ Nkom, Analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett, høringssdokument 14. juni 2023, punkt 5.2.14.

mars 2024 frem en oppdatert markedsanalyse.⁷ I den oppdaterte markedsanalysen opprettholder Nkom stadig at markedet ikke lenger har nasjonal utstrekning. På bakgrunn av informasjon fra markedsaktører i høringsrunden har Nkom imidlertid foretatt enkelte justeringer i noen av de geografiske markedsavgrensningene. Det hitsettes fra høringsnotatet punkt 1.1:

«Oppdateringene har bl.a. resultert i endringer i avgrensningen av de geografiske markedene og endringer i utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling. Tre nye aktører varsles om at de vil bli utpekt som tilbydere med sterk markedsstilling, mens i tre geografiske markeder vil det likevel ikke bli utpekt tilbydere med sterk markedsstilling. Videre er noen markeder slått sammen, og på grunn av dette bortfaller utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling i to geografiske markeder»».⁸

De aktuelle, materielle endringene er foretatt i markedsanalysens kapittel 4 om geografisk avgrensning og kapittel 5 som inneholder analyser av sterk markedsstilling. I forbindelse med høringen har Nkom videre uttalt at:

«Hovedlinjene fra fjorårets markedsanalyse står fast, men fordi det er enkelte endringer gjennomfører vi derfor en ny begrenset høring, og ber om synspunkter på korrigeringene som er gjort»».⁹

I lys av den oppdaterte markedsanalysen gjennomfører Nkom nå en tilleggshøring der interesserte aktører gis anledning til å gi innspill til den oppdaterte markedsanalysen innen 31. mai 2024. Basert på ovennevnte uttalelser fra Nkom i tilknytning til tilleggshøringen, kan det fremstå som at Nkom i utgangspunktet ber om innspill til de konkrete, materielle endringene som er gjennomført i analysens kapittel 4 og 5.

Markedsanalysen som omhandler Sunnfjord og Nordfjord, der Eninvest er utpekt å ha SMP, er i hovedsak uendret i revidert markedsanalyse. I dette ligger det at Nkoms utpeking av Eninvest som tilbyder med SMP opprettholdes også i den reviderte markedsanalysen.¹⁰

1.2 Mandat

Vårt oppdrag har bestått i å gjennomgå Nkoms oppdaterte markedsanalyse og tilhørende bakgrunnsdokumenter, og gjennomføre en faglig vurdering av

Nkoms markedsavgrensning og vurdering av Eninvest sin markedsstilling.

Dette innebærer å foreta en grundig vurdering av det relevante markedets geografiske utstrekning basert på gjeldende regelverk og retningslinjer, samt analysere konkurransen i det relevante markedet i et fremadskuede perspektiv på opptil fem år.

Den faglige vurderingen skal foretas på bakgrunn av et mer fullstendig og oppdatert informasjonsgrunnlag enn på tidspunktet for Nkoms markedsanalyse i juni 2023 og april 2024, og skal hensynta et fremadskuede perspektiv, slik at de aktuelle problemstillingene kan belyses tilstrekkelig. Herunder skal analysen oppdateres med tall og dokumentasjon tilgjengelig per mai 2024, og vurderinger foretas i lys av at den relevante tidsperioden for kommende regulering vil være perioden 2025-2030.

De faglige vurderingene vil i hovedsak knytte seg til markedsanalysens kapittel 4 om geografisk markedsavgrensning og kapittel 5 om analyse av sterk markedsposisjon. Ettersom konkurranseanalyse er nært knyttet til både geografisk markedsavgrensning og produktmarkedsavgrensning, vil vurderingene også berøre Nkoms konklusjoner i markedsanalysens kapittel 3 om produktmarkedsavgrensning.

1.3 Informasjonsgrunnlag

Informasjonsgrunnlaget omfatter for det første Nkoms markedsanalyse av 14. juni 2023 og oppdatert markedsanalyse av 14. mars 2024, samt tilhørende underlagsdokumenter. Som grunnlag for våre faglige vurderinger og for å belyse sentrale problemstillinger i rapporten, er det også innhentet en rekke oppdaterte opplysninger og dokumentasjon. Det utvidede informasjonsgrunnlaget omfatter oppdatert og mer utfyllende datagrunnlag, supplerende faktaopplysninger samt intern dokumentasjon og korrespondanse som belyser selskapets egen, tidsnære oppfatning av konkurransesituasjonen.

Informasjonsgrunnlaget som rapporten bygger på omfatter:

- Nkoms markedsanalyser samt øvrige rapporter, analyser og tidligere vedtak ved Nkom.
- Dokumentasjon for Telenors og andre konkurrenters aktive dørsalg i områder der Eninvest har bygget ut fiber
- Anbudsdata

⁷ Nkom, Analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett - Oppdatert avgrensning av geografiske markeder – Oppdaterte analyser av sterk markedsstilling, høringsdokument 14. mars 2024 og Nkom, Oppdatert utdrag av analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett («Oppdatert markedsanalyse 14. mars 2024»).

⁸ Nkom, Oppdatert utdrag av analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett, 14. mars 2024, side 3.

⁹ Nkoms oppdaterte markedsanalyse 14. mars 2024, se særlig punkt 695-697.

¹⁰ Nkoms oppdaterte markedsanalyse 14. mars 2024, punkt 5.2.12.

- Årsrapporter for markedsaktører
- Offentlig tilgjengelig informasjon om Telenors utbyggingsplaner for 5G nettet
- Retningslinjer, veiledninger og anbefalinger ved EU-kommisjonen (Kommisjonen), EFTA Surveillance Authority (ESA) og BEREC.

1.4 Leseveiledning

Resten av rapporten har følgende struktur:

I kapittel 2 gjennomgår vi Nkom sin markedsavgrensning. Vi går særlig nærmere inn det faglige grunnlaget for å avgrense flere regionale geografiske markeder fremfor ett nasjonalt eller landsdekkende

geografisk marked. Vi finner blant annet at produktmarkedsavgrensningen ikke er konsistent med den geografiske markedsavgrensningen.

I kapittel 3 ser vi nærmere på Nkom sitt grunnlag for å utpeke Eninvest som aktør med sterk markedsstilling (SMP). Vi finner at det ikke foreligger et faktisk grunnlag for å utpeke Eninvest som SMP.

I kapittel 4 gjøres en analyse av konsekvensene av å innføre en eventuell tilgangsregulering basert på et uriktig eller usikkert grunnlag. Denne viser at Nkom må utvise tilbakeholdenhet for blant annet å unngå konkurranseskade gjennom reduserte investeringer i bredbåndsinfrastruktur.



2. Nkom sin geografiske markedsavgrensning er feil

Nkom har i markedsanalysen avgrenset teknologinøytrale sluttbruker- og grossistmarkeder bestående av bredbånd basert på fiber, HFC og FTB. Basert på en vurdering om at FTB ikke er av landsdekkende utstrekning konkluderer Nkom med flere regionale markeder fremfor ett nasjonalt marked.

Tilgjengelig informasjon indikerer at FTB-tilbydere i dag og frem i tid konkurrerer i hele landet, inkludert i områder med eksisterende fibernett. Dersom produktmarkedsavgrensningen skal være konsistent med den geografiske markedsavgrensningen må derfor det geografiske markedet være nasjonalt eller tilnærmet nasjonalt.

I et slikt nasjonalt marked er det per 2024 ingen klare holdepunkter for at det er aktører med sterk markedsstilling (SMP) i Norge.

2.1 Grunnleggende om markedsavgrensning

Markedsavgrensningen har både en geografisk og produktmessig dimensjon. Den såkalte SSNIP-testen («Small but significant and non-transitory increase in price») er etablert som den faglige standarden for markedsavgrensning.¹¹ Testens underliggende premisser er at dersom en hypotetisk monopolist som kontrollerer alle produkter i *kandidatmarked*, altså et definert produktsegment og geografisk område (f.eks. fiberbredbånd, HFC og FTB innenfor et gitt geografisk område), kan foreta en lønnsom permanent prisøkning på 5 til 10 prosent fra priser under effektiv konkurranse, er produktene i segmentet avgrenset som et eget relevant marked.

Vurderingene av lønnsomheten ved en slik hypotetisk prisøkning gjøres basert på analyser av **etterspørsels**-**substitusjon** og **tilbudssubstitusjon**.

Dersom en slik prisøkning ikke er lønnsom for en hypotetisk monopolist – som følge av at konsumenter bytter til andre produkter eller teknologier utenfor

kandidatmarkedet (høy **etterspørsels**-**substitusjon**) – skal markedet utvides med de nærmeste substituttene til produktene som allerede er definert. Hvorvidt en slik prisøkning er lønnsom avhenger av hvor mye den hypotetiske monopolisten vil tjene på å øke sine marginer sammenholdt med at noen kunder vil velge å la være å kjøpe produktene ved en prisøkning. SSNIP-testen gjentas da med et utvidet produktspekter, og testen gjentas frem til en prisøkning på 5 til 10 prosent er lønnsomt for en hypotetisk monopolist.¹²

Det relevante markedet kan også utvides som følge av **tilbudssubstitusjon**. Dersom en hypotetisk monopolist av bredbåndsprодукter i et kandidatmarked øker prisene permanent med 5 til 10 prosent, vil produsenter av tilgrensende produkter eller aktører aktive i andre geografiske områder kunne finne det lønnsomt å tilpasse seg ved å også tilby – eventuelt utvide det eksisterende tilbudet av – tilsvarende produkter i det samme området.¹³

Dersom en slik tilpasning er lønnsom for konkurrentene, er ikke den permanente prisøkningen lønnsom for den hypotetiske monopolisten som følge av konkurranse fra øvrige aktører eller teknologier. Kandidatmarkedet må dermed utvides til å inkludere produktene til alternative tilbydere. Det stilles imidlertid strenge krav til at et marked kan utvides basert på tilbudssubstitusjon, herunder at andre aktører relativt hurtig kan omstille sitt tilbud og markedsføre produktet eller tjenesten uten at det at det medfører betydelige tilleggs-kostnader eller vesentlig risiko.

I det følgende redegjør vi kort for hvordan Nkom har utført avgrensning av produktmarked og geografisk marked i markedsanalysene som fremkommer av høringsnotatene av juni 2023 og april 2024. Etter dette følger våre vurderinger av Nkom sin analyse.

2.2 Oppsummering av Nkoms produktmarkedsavgrensning

2.2.1 Produktmarked på sluttbrukernivå: fiber, HFC og FTB

Nkoms markedsanalyse konkluderer med at produktmarkedet på sluttbrukernivå inkluderer fiber, HFC og FTB. Dette er oppsummert i avsnitt 188 av markedsanalysen:

Verken etterspørselsanalysen som Nkom har gjennomført, prissammenligninger eller

¹¹ Se Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law (C/2024/1645) punkt 29 og feks. Massimo Motta, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, side 102.

¹² OJ C, C/2024/1645, kapittel 2.1.1

¹³ OJ C, C/2024/1645, kapittel 2.1.2

høringsinnspillene fra tilbudssiden tilsier at det er åpenbare brudd i substitusjonskjeden mellom fiberaksess, HFC-aksess og FTB. Nkom mener det er tilstrekkelig grad av substituerbarhet på etterspørselssiden til at bredbåndsprodukter basert på disse teknologiene kan inkluderes i ett og samme sluttbrukermarked for standardisert bredbåndsaksess. Stor grad av tilbudsside-substitusjon støtter opp under denne konklusjonen. Nkom erkjenner imidlertid at det er usikkerhet knyttet til hvilken betydning FTB vil få i den videre konkurransen i bredbåndsmarkedet.

Konklusjonen om at FTB inngår i samme marked som fiber bygger blant annet på observert vekst i antall FTB-abonnementer (bl.a. avsnitt 29), vurderinger av i hvilken grad FTB dekker bredbåndsbrukernes behov (bl.a. avsnitt 149) og prissammenligninger mellom fiber og FTB (bl.a. avsnitt 171).

I tillegg pekes det på at de nasjonale mobilnettene i et femårsperspektiv vil oppnå tilnærmet nasjonal 5G-dekning – som ligger nærmere fiber i faktisk og potensiell ytelse enn 4G (bl.a. avsnitt 64, 108, 143 og 155).

Nkom signaliserer imidlertid en viss usikkerhet til denne konklusjonen. I avsnitt 189 fremgår det at Nkom i tiden fremover vil hente inn mer data for å «vurdere i hvilken grad FTB brukes aktivt i konkurranse med fiber og HFC». Vår forståelse er at Nkom dermed åpner for at konklusjonen med tiden kan bli en annen – altså at FTB potensielt avgrenses mot fiber og HFC i løpet av reguleringsperioden eller i neste reguleringsperiode dersom nye data skulle tilsi at FTB disiplinere fiber og HFC i mindre grad enn det informasjonsgrunnlaget per i dag skulle tilsi.

2.2.2 Produktmarked på grossistnivå: fiber, HFC og FTB

Med utgangspunkt i en SSNIP-vurdering, konkluderer Nkom videre med at også grossistmarkedet er teknologinøytralt og inkluderer fiber, HFC og FTB. Dette oppsummeres i markedsanalysens avsnitt 308.

Nkom mener det er stor grad av substituerbarhet mellom grossisttilbud basert på fiber og FTB. Flere tilbydere har etablert seg på begge plattformer, og etter hvert som graden av overlappende dekning øker, vil både tilgangskjøperen og en større andel av sluttkundene stå overfor et reelt valg med hensyn til teknologi. Ved en prisøkning på 5-10 % på fiberbasert tilgang i et område, vil det være flere tilgangskjøpere som vil velge å gå over til å benytte

tilgangsprodukter basert på FTB i det aktuelle området.

Gitt produktavgrensningen på sluttbrukernivå følger vanligvis også produktavgrensningen på grossistnivå. Substitusjon på grossistnivå følger her mer eller mindre direkte av etterspørselssubstitusjon på sluttbrukernivå. Dersom grossistprisen på en teknologi øker, så må tilgangskjøper øke prisene til sluttbrukere som i sin tur får sterkere insentiver til å bytte til en annen teknologi. Når sluttbrukerne er villig til å foreta et slikt bytte ved en prisøkning, vil tilgangskjøperere ha et tilsvarende insentiv.

2.3 Nkom: Regionale geografiske markeder

2.3.1 Nasjonalt marked før avviklingen av kobbernettet

I reguleringen som ble vedtatt i 2018 konkluderte Nkom med ett nasjonalt teknologinøytralt bredbåndsmarked. Bakgrunnen for at markedet var nasjonalt avgrenset skyldtes Telenor sitt landsdekkende kobbernettverk som bl.a. medførte at bredbåndskunder alltid hadde muligheten til å kjøpe bredbåndstjenester over kobbernettverket (DSL) uansett hvor i landet kunden befant seg.

Som redegjort for under punkt 2.1, skal en i den geografiske markedsavgrensningen ta utgangspunkt i lokale eller regionale kandidatmarkeder. En skal så vurdere om en hypotetisk monopolist som kontrollerer alle produktene i disse kandidatmerkede lønnsomt kan øke prisene sine med 5-10 prosent. Dersom en slik prisøkning ikke er lønnsom fordi aktører som befinner seg utenfor disse områdene (herunder nasjonale aktører) raskt kan etablere konkurrerende produkter i området, så skal det geografiske markedet utvides.¹⁴ Dersom det er aktører i samme produktmarked med nasjonal tilstedeværelse, følger det normalt av en vurdering av tilbudssubstitusjon at de regionale kandidatmerkede skal utvides til større geografiske markeder. Når aktører har landsdekkende tilstedeværelse med ett eller flere produkter i produktmarkedet, så betyr det dermed at det geografiske markedet må være nasjonalt.

Dersom det er riktig at kobber og fiber faktisk inngikk i samme produktmarked i 2018, fulgte det dermed direkte at det geografiske markedet måtte være nasjonalt som følge av at Telenor sitt kobbernett var landsdekkende. Nkom sine vurderinger i 2018 hva gjaldt avgrensning av det geografiske markedet var dermed konsistent med avgrensningen av produktmarkedet.

¹⁴ Communication from the Commission – Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of

Union competition law, C/2024/1645, 22.2.2024, avsnitt 59, 62, 70.

2.3.2 Regionale markeder etter nedleggelsen av kobbernettet

I følge Nkom har nedleggelsen av det nasjonale kobbernettet ført til en ulik konkurransesituasjon i de forskjellige landsdelene.¹⁵ Dersom det ikke finnes tilbydere med tilnærmet nasjonal dekning på bredbånd, kan det derfor være riktig at lokale eller regionale kandidatmarkeder ikke skal utvides basert på tilbuds-substitusjon.

I Nkoms analyse pekes det blant annet på at det innenfor fiber og HFC er vesentlige geografiske forskjeller i hvilke aktører som er til stede i ulike deler av landet og at det videre er stor geografisk variasjon i parallelldekning av fysiske nett. Dette kan innebære ulike konkurransesituasjoner i ulike deler av landet (bl.a. avsnitt 371 i oppdatert markedsanalyse). Dersom det reelt sett ikke er landsdekkende tilbydere innenfor det relevante produktmarkedet (fiber, HFC og FTB), så er det sannsynlig at det relevante geografiske markedet ikke er landsdekkende.

2.3.3 Nkom mener at FTB ikke er landsdekkende

FTB baseres på 4G- eller 5G-teknologi fra mobilnettene, som er landsdekkende. Denne infrastrukturen er nasjonal – som innebærer at tilbydere av FTB i utgangspunktet har et nasjonalt nedslagsfelt – på samme måte som at kobbernettet var landsdekkende før nedleggelsen. Enkelt sagt kan man si at bredbånd basert på det tidligere nasjonale kobbernettet har blitt erstattet med bredbånd basert på de nasjonale mobilnettene. I tillegg har den tidligere landsdekkende teknologien blitt erstattet med en merkbare bedre teknologi som er et nærmere substitutt til fiber enn det kobber var. Dette skulle dermed tilsa et fortsatt nasjonalt marked.

Nkom vurderer imidlertid at FTB ikke er landsdekkende, slik at det geografiske markedet heller ikke er nasjonalt. Dette redegjøres for i avsnitt 373-375 i den oppdaterte markedsanalysen (vår utheving):

(373) Telenor og Telia, og deres FTB-grossistkunder, tilbyr i dag FTB i utvalgte områder og til utvalgte kunder basert på adresselister for potensielle FTB-kunder. Det innebærer at selv om både Telenor og Telia har tilnærmet landsdekkende mobilnett, er FTB-tilbudet foreløpig begrenset til områder der kapasiteten i mobilnettene er tilstrekkelig og forholdene ligger til rette for å kunne tilby FTB. FTB har så langt fått en viss betydning for konkurransen i noen områder, men liten betydning i andre områder. Eksisterende FTB-kunder er geografisk spredt, og kapasitetsbegrensninger gjør at FTB-tilbudet ikke kan anses å være landsdekkende.

¹⁵ Nkom: «Myndighetene mener du betaler for mye for internett - nå varsles det endringer», 15.06.2023,

Lyse/Altibox har kommunisert planer om å tilby FTB i 5G-nett og har nylig lansert FTB-produkter i markedet, men foreløpig kun i begrenset omfang. **Det er uklart hvilke geografiske områder Lyse/Altibox' fremtidige FTB-tilbud vil dekke**, og hvilke kundesegmenter som vil få tilbud om FTB fra Lyse/Altibox (og evt. de øvrige selskapene som er partnere i Tårnsekskapet AS61).

(374) Det er betydelig usikkerhet knyttet til om mobiloperatørene i årene fremover primært vil tilby FTB i geografiske områder uten fiber-/HFC-dekning, eller om de også vil tilby FTB i områder hvor konkurrenter allerede har etablert fiber-/HFC-nett, og i så fall hvor aktivt de eventuelt vil markedsføre og selge FTB i etablerte fiber-/HFC-områder.

(375) Nkom mener det i et fremoverskuende perspektiv er tilstrekkelig grad av substituerbarhet mellom FTB, fiber og HFC til å inkludere bredbåndsakssess basert på disse tre teknologiene i samme produktmarkedet. Samtidig er det usikkerhet knyttet til omfang, geografisk innretning og kundefokus på det fremtidige tilbudet. **Dette tilsier at det ikke kan legges til grunn at FTB-tilbudet i Norge vil være landsdekkende.** Dette innebærer at ovennevnte ulikheter i konkurranseforhold for kablet bredbånd (fiber og HFC) mellom ulike geografiske områder også gjelder selv om FTB-tilbudet tas med i vurderingen.

Tilsvarende vurderinger er også å finne som en del av trinn to i tre-kriterie-testen, herunder avsnitt 285 og avsnitt 290.

(285) (...) Dagens FTB-tilbud og usikkerhet knyttet til omfang og geografisk innretning og kundefokus på det fremtidige tilbudet og salget av FTB-produkter i 5G-nett, tilsier at det heller ikke kan legges til grunn at FTB-tilbudet i Norge vil være landsdekkende. Dette innebærer at det vil kunne være ulikheter i konkurranseforhold mellom ulike geografiske områder selv om både HFC- og FTB-tilbud tas med i vurderingen. Nkom mener derfor konkurransepress fra HFC og FTB ikke gir grunnlag for å anse at grossistmarkedet for sentral tilgang til faste aksessnett tenderer mot effektiv konkurranse i alle deler av landet.»

(290) (...) I en del områder vil det kun være ett fibernet tilgjengelig, og valgmulighetene for sluttbrukerne vil være begrensede. I slike

<https://nkom.no/aktuelt/myndighetene-mener-du-betaler-for-mye-for-internett-na-varsles-det-endringer>.

områder vil ofte tilgang på sentralt nivå være eneste realistiske tilgangsform.

Oppsummert synes årsakene til at FTB ikke er vurdert som landsdekkende (og dermed at det relevante markedet heller ikke er landsdekkende) å være:

- Det er kapasitetsbegrensninger i mobilnettet som begrenser mulighetene til å tilby FTB i flere områder (avsnitt 373 i Nkoms oppdaterte markedsanalyse)
- Dekningen til Lyse Tele/lce sitt fremtidige FTB-tilbud er usikkert (avsnitt 373 i Nkoms oppdaterte markedsanalyse)
- Det er usikkerhet knyttet til om mobiloperatørene vil tilby og aktivt markedsføre FTB i områder hvor konkurrenter allerede har etablert fiber-/HFC-nett (avsnitt 374 i Nkoms oppdaterte markedsanalyse, punkt 3.4.3.3 om tre-kriterie-test, avsnitt 285 i Nkoms markedsanalyse)
- Usikkerhet knyttet til omfang, geografisk innretning og kundefokus tilsier at FTB-tilbudet ikke vil være landsdekkende (avsnitt 375 i Nkoms oppdaterte markedsanalyse)
- I en del områder er fibernettet eneste reelle valgmulighet (punkt 3.4.3.3 om tre-kriterie-test, avsnitt 290, i Nkoms markedsanalyse.)

2.4 Gjennomgang av Nkom sine argumenter for at FTB ikke er landsdekkende

2.4.1 Den geografiske markedsavgrensningen er inkonsistent med produktmarkedsavgrensningen

Som redegjort for under kapittel 2.2 konkluderer Nkom med at tilstrekkelig høy grad av både etterspørselssubstitusjon og tilbudssubstitusjon tilsier at FTB inngår i samme relevante produktmarked som fiber og HFC. En slik vurdering betyr i praksis at en hypotetisk varig økning i pris på fiber og HFC på 5-10 prosent vil motivere til et bytte til FTB gjennom to kanaler:

- *Etterspørselssubstitusjon*: En vesentlig andel slutt-kunder (og ev. tilgangskjøpere i grossistmarkedet) vil bytte fra fiber eller HFC til FTB der FTB er tilgjengelig og aktivt markedsført (etterspørselssubstitusjon)
- *Tilbudssubstitusjon*: Tilbydere av FTB vil aktivt markedsføre og ved behov investere i lokal nettkapasitet for å tiltrekke seg kundene som har fått økt pris (tilbudssubstitusjon)

Dersom ingen av disse to påstandene er sanne, kan heller ikke FTB inngå i samme produktmarked som fiber og HFC.

Påstandene som er fremmet i avsnittene 373-375 i den oppdaterte markedsanalysen synes å være i direkte motsetning til vurderingene av de relevante produktmarkedene. Dersom det er riktig at FTB-tilbydere i et fremadskuende perspektiv faktisk har kapasitetsbegrensninger og heller ikke har økonomiske insentiver til å aktivt markedsføre FTB mot kunder som i dag bruker fiber eller HFC – så har Nkom i så fall gjort en feil i produktmarkedsavgrensningen. Alternativt må FTB defineres ut av produktmarkedet i de geografiske områdene der Nkom eventuelt måtte mene at FTB ikke kan være en konkurransekraft mot fiber og HFC.

I den videre geografiske markedsavgrensningen synes Nkom å ha gjort vurderingene «som om» produktmarkedet ikke inkluderer FTB – eventuelt basert på en feilaktig slutning om kun lokal/regional tilstedeværelse av FTB som gjør at FTB kan være en disiplinierende faktor kun i enkelte geografiske områder.

Dette innebærer videre at Nkom må ha gjort en metodisk feil i markedsavgrensningen: Hvis produktmarkedsavgrensningen er riktig, så må den geografiske avgrensningen være feil. Alternativt – hvis den geografiske avgrensningen er riktig, så må produktmarkedsavgrensningen være feil. Et tredje alternativ er at FTB inngår i produktmarkedet i noen geografiske markeder, og ikke andre. Nkom har imidlertid ikke kommet til en slik konklusjon eller vurdering.

2.4.2 Kapasitetsbegrensninger i mobilnettet er u dokumentert og strider med Nkoms øvrige beskrivelser av de norske mobilnettene

Nkoms påstand om at FTB står overfor relevante kapasitetsbegrensninger i mobilnettet er ikke begrunnet. Nkom presenterer ingen form for dokumentasjon eller bevis som tilsier kapasitetsbegrensninger av betydning for FTB verken i dag eller i et femårsperspektiv.

Som vi også påpeker under punkt 2.4.1, tilsier Nkom sin egen produktmarkedsavgrensning at dette ikke er en begrensning av betydning.

Snarere tvert om dokumenter Nkom i flere av sine analyser at det foreligger en betydelig kapasitet i norske mobilnett og at denne vil øke raskt de neste fem årene i forbindelse med rask utrulling av 5G. Basert på dekningsundersøkelsen fra 2023, leverte Nkom i november 2023 en rapport med tittelen «De norske mobilnettene leverer fortsatt dekning i verdensklasse».¹⁶ I sammendraget til den beslektede rapporten «Tilgang til mobildata i Norge» beskrives blant

¹⁶ Nkom, *De norske mobilnettene leverer fortsatt dekning i*

Verdensklasse, Enhet for Strategisk Analyse, 2023:6, 2. november 2023.

annet en svært stor økning i utbyggingen av høykapasitets 5G-mobilnett.¹⁷

I en tidlig fase i utbyggingen av 5G var det først og fremst befolkningstette områder som ble prioritert. På landsbasis kan mer enn 95 prosent av husstandene motta signaler basert på 5G, uten hensyn til den hastighet som kan oppnås. Dette er en økning fra 81,5 prosent på samme tidspunkt i 2022. Mer enn 83 prosent av husstandene har en 5G-dekning som med stor sannsynlighet kan gi en hastighet på 30 Mbit/s. Ved 100 Mbit/s er den tilsvarende dekningen om lag 62 prosent ved utgangen av første halvår 2023. Dette er en betydelig økning fra samme tidspunkt i 2022. Da var det bortimot 66 prosent av husstandene som hadde 5G-dekning ved 30 Mbit/s. For 100 Mbit/s var tilsvarende andelen mindre enn 46 prosent.

Den beskrevne veksten må antas å fortsette i et fem-årsperspektiv. 5G har som kjent en betydelig større kapasitet enn 4G-nettverket. Nkom påviser for øvrig heller ikke at det er vesentlige begrensninger i dagens 4G-infrastruktur. I denne sammenhengen må en også hensynta at Nkom antakelig legger til grunn datahastigheter på mobile enheter og ikke FTB – som anvender kapasitet i mobilnettene på en mer effektiv måte (sterkere mottaker av signaler).

Det er for så vidt riktig at mobilnettene står overfor teoretiske kapasitetsbegrensninger som i mindre grad er gjeldende for fiber (men som er gjeldende for HFC som baserer seg på radiobølger med begrenset kapasitet lokalt). Kapasiteten i et lokalt dekningsområde kan imidlertid tilpasses gjennom investeringer i kapasitet ved høy etterspørsel.

Eventuelle kapasitetsbegrensninger i mobilnettene gjør seg primært gjeldende i svært tettbygde strøk – for eksempel i områder i og nært sentrum av de største byene – eventuelt i boligområder der mange mennesker kan oppholde seg til samme tid (f.eks. boliger som ligger tett opp mot et konsertlokale, idrettsarena eller lignende). Dette drøftes også bl.a. i avsnitt 183-185 i Nkoms markedsanalyse. Reelle langsiktige kapasitetsbegrensninger gjelder i så fall i kun i et fåtall veldig spesielle områder – og i områder der det uansett er høy sannsynlighet for paralleldekning med fiber eller HFC. Kapasitetsbegrensninger synes dermed ikke å være gjeldende generelt.

2.4.3 Nkoms påstand om kapasitetsbegrensninger i mobilnettene strider med markedsaktørenes egne beskrivelser av kapasitet

Vi har på bakgrunn av offentlige informasjonskilder ikke funnet dokumentasjon for de kapasitetsbegrensninger i nettet som Nkom viser til i markedsanalysen. I det følgende beskriver vi kort hvordan markedsaktørene selv beskriver status og utvikling av 5G nettet.

Offentlig tilgjengelig informasjon om Telenors utbyggingplaner, viser at Telenors utbygging av 5G nettet har passert 80 prosent befolkningsdekning, hvor medianhastighetene er på nærmere 270 Mbit/s.¹⁸ Av Telenors årsrapport for 2023 fremgår det også at:

*«det ble oppnådd mer enn 90 prosent 5G-befolkningsdekning i Finland og Danmark, og over 80 og 60 prosent i henholdsvis Norge og Sverige».*¹⁹

Utbyggingen av 5G nettet skal ifølge Telenor være ferdig over hele landet i løpet av 2025.²⁰ I tillegg til at Telenor omtaler sitt nett som Norges største, viser selskapet til at Telenor bygger med mer kapasitet per basestasjon enn noen andre. Ifølge Telenor sikrer dette både optimal hastighet, dekning og stabilitet.²¹

Telia fremhever i sin årsrapport for 2023 at

*“In parallel with modernizing the mobile network, the 5G rollout continued to make good progress, and by year-end 5G population coverage”.*²²

Lyse Tele/Ice hadde etter første halvår i 2023 en befolkningsdekningsdekning på 94 prosent.²³ Lyse viser i sin årsrapport for 2023 til at

«Videre investeringer i utbygging av vårt nasjonale 5G-nett, Norges tredje mobilnett, går som planlagt».

På Ice sine hjemmesider fremgår det at Ice sitt 5G-nett nå dekker 500 000 nordmenn. Endelig viser vi her også til at Nkom som kjent har varslet at kommende reguleringsperiode for Marked 15 vil være den siste.²⁴ Dette innebærer at Nkom forventer at Lyse Tele/Ice sitt 5G-mobilnett i et tre-fire års perspektiv vil være konkurransedyktig uavhengig av tilgang til å gjeste og uten pålagte tilgangsforsikringer for tilbydere med SMP.

¹⁷ Nkom, Tilgang til mobildata i Norge, Enhet for strategisk analyse 2023:3, 2. november 2023

¹⁸ <https://www.telenor.no/5g/#utbyggingplaner>.

¹⁹ Telenors årsrapport 2023, side 24.

²⁰ Ibid.

²¹ <https://www.telenor.no/5g/#utbyggingplaner>.

²² Telias årsrapport side 41.

²³ Prop. 93 LS (2023–2024), side 26.

²⁴ Vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett, 9. april 2024, avsnitt 69.

2.4.4 Usikkerhet om FTB-tilbyderes konkurransekraft i områder med kablet høykapasitetsbredbånd er udokumentert og ubegrunnet

Nkom sin markedsavgrensning synes i en vesentlig grad å basere seg på en påstand om i hvilken grad FTB vil kunne konkurrere om eksisterende fiber- eller HFC-kunder. Usikkerheten som Nkom viser til oppsummeres i markedsanalysens avsnitt 179:

Utviklingen videre for FTB er usikker. Telia har hatt målrettet salgsaktivitet i noen områder, men det er ikke noe per nå som tyder på at dette vil få stort omfang. Det er heller ikke noe som tyder på at Telenor vil bruke FTB til aktivt å konkurrere i andre tilbyderes fiberområder.

Videre viser Nkom i avsnitt 180 til markedsføringsmateriale på Altibox sine hjemmesider som bl.a. beskriver at 5G er en god løsning i spredtbygde strøk som mangler kablet bredbånd. Dette leder Nkom til følgende konklusjon i avsnitt 181:

Det er altså per nå ikke åpenbart at FTB-tilbyderne vil konkurrere aggressivt i områder som allerede har kablet høykapasitetsbredbånd. Spesielt er det usikkerhet knyttet til om Ice/Altibox vil tilby FTB i områder der det allerede finnes fiber- eller HFC-nett fra andre tilbydere, f.eks. Telenor. Dersom dette skjer, øker sannsynligheten for at Telenor og Telia også vil intensivere bruken av FTB i konkurranse med eksisterende nett fra andre tilbydere.

Nkoms egne analyser viser vekst i høyhastighets-FTB og vesentlig kundebytte fra fiber til FTB

I henhold til Nkom sin egen undersøkelse om FTB fra 2. november 2023 har 72 prosent av husstandene med FTB-abonnement tilgang til kabelbasert bredbånd med en hastighet på minst 100 Mbit/s.²⁵ Videre viser samme undersøkelse at 10 prosent av FTB-husstandene første halvår 2023 hadde fiberbredbånd ett år tidligere.²⁶ Dersom man kun ser på kundene som har byttet (altså ikke hadde FTB ett år i forveien) hadde nesten en tredjedel av FTB-husholdningene byttet fra fiber.²⁷ I henhold til Ekomstatistikken har Telenor 63 prosent av FTB-abonnementene på sluttbrukernivå. Dette tilsier at Telenor må ha stått for en vesentlig andel av kunder som har byttet fra fiber til FTB.

Nkom sin etterspørselsanalyse viser at FTB er et nærliggende substitutt til fiber enn HFC

I forbindelse med markedsanalysen har Nkom gjennomført en spørreundersøkelse som bl.a. avdekker kunders vurdering av substituerbarhet mellom ulike

²⁵ Nkom, Fast trådløst bredbånd (FTB). En analyse på grunnlag av mikrodata, 2. november 2023, side 2.

²⁶ Nkom, Fast trådløst bredbånd (FTB). En analyse på grunnlag av mikrodata, 2. november 2023, side 13.

aksessformer. I avsnitt 147 i markedsanalysen skriver Nkom:

Nkom har ovenfor konkludert med at det er tilstrekkelig grad av substituerbarhet mellom fiber- og HFC-aksess til at bredbåndsaksess basert på disse to aksessteknologiene bør inngå i samme produktmarked. Etterspørselsanalysen viser at fiberkundene i større grad har FTB enn HFC som andrevalg, og dette trekker i retning av at FTB er en del av det samme produktmarkedet. Det samme gjør svarene på spørsmålet Nkom har stilt til eksisterende fiber- og HFC-kunder om hvor sannsynlig det er at de vil vurdere å bytte til FTB i 5G-nett hvis prisen på dagens bredbåndsabonnement øker med 10 %

Resultatene av Nkoms undersøkelse innebærer dermed at FTB er et nærliggende substitutt til fiber enn HFC.

Nkom har ikke vist til noen usikkerhet i konklusjonen om at fiber og HFC er i samme produktmarked. Dersom Nkom kan si med tilnærmet sikkerhet at HFC og fiber er i samme marked, så må dette tilsi at FTB (nærliggende substitutt til fiber enn HFC) med en enda større grad av sikkerhet inngår i samme marked som fiber.

Telenor konkurrerer aktivt med FTB i områder der konkurrenter har bygget ut fiber

Det er påfallende at Nkom unnlater å nevne at Telenor i dag er aktiv tilbyder av FTB i områder med kablet høykapasitetsbredbånd. Som vi dokumenterer nærmere i kapittel 3.8 gjennomfører Telenor også aktivt dørsalg med FTB i områder der Eninvest har bygget ut fiber. Dette er dermed i direkte motstrid til Nkom sin påstand i markedsanalysens punkt 179 om at det «er heller ikke noe som tyder på at Telenor vil bruke FTB til aktivt å konkurrere i andre tilbyderes fiber-områder».

Telenor og Telia vil ikke (og kan ikke) kommunisere om intensjoner om å konkurrere i andre tilbyderes fiberområder med FTB

Nkoms påstand om at det ikke er noe som tyder på at Telenor og Telia sine FTB-tilbud vil konkurrere mot fiber i stort omfang er videre fullstendig udokumentert. Eventuelle fravær av signaler fra Telenor og Telia om en slik strategi kan heller ikke tolkes som et bevis på at Telenor og Telia ikke vil konkurrere aktivt med FTB. Det er for det første ikke forretningsmessig rasjonelt for Telenor eller Telia å skulle offentlig kommunisere intensjoner om å konkurrere i andre tilbyderes fiberområder med FTB. Dette er en type informasjon som i hovedsak vil tjene Telenor og Telia sine

²⁷ I henhold til samme rapport hadde 68 prosent av FTB-kundene første halvår 2023 også FTB ett år tidligere. Dersom man kun ser på de som ikke hadde FTB blir regnestykket at andelen $10/(1-68) = 31,3$ prosent som har byttet har byttet fra fiber.

konkurrenter – og ikke kunder. Av samme årsak ville en slik kommunikasjon om intensjoner potensielt være i strid med konkurranselovgevingen.

Det relevante spørsmålet som Nkom må stille seg i markedsanalysen er om en slik strategi vil være forretningsmessig rasjonell og lønnsom for Telenor og Telia. Vi kan ikke se at Nkom har gjort noen slike analyser som vurderer Telenor (eller andre operatører) sin lønnsomhet knyttet til å benytte FTB-tilbudet i konkurranse med fiber og HFC.

Eventuell usikkerhet om Lyse Tele sin fremtidige rolle innen FTB ikke et argument for at det er usikkert om FTB inngår i det relevante produktmarkedet

Nkom synes derfor i hovedsak å basere seg på markedsføringsmateriale på Altibox (Lyse Tele) sine hjemmesider (markedsanalysens avsnitt 180) som bl.a. beskriver at 5G er en god løsning i spredtbygde strøk som mangler kablet bredbånd.

Nkom unnlater videre å nevne at det ikke er i Lyse Tele sin egeninteresse å markedsføre FTB som et alternativ til fiber. Lyse Tele ligger noe etter Telia og Telenor når det gjelder investeringer i mobilnettet generelt og 5G spesielt. Det ville være ustrategisk for en aktør som per i dag har mange fiberkunder og tilnærmet ingen aktivitet innen FTB å skulle fremheve en teknologi der Telenor og Telia allerede er sterke. Dette vil imidlertid kunne endre seg fremover når Lyse Tele styrker seg innen FTB basert på Lyse Tele sitt mobilnett.

Vi er for så vidt enig i at det per mai 2024 er en viss usikkerhet om utstrekningen i Lyse Tele sitt FTB-tilbud i et femårsperspektiv. Usikkerheten om Telia og særlig Telenor sitt FTB-tilbud i områder som allerede har kablet høykapasitetsbredbånd fremstår imidlertid som høyst overdrevet. Nkom har således ikke et grunnlag til å konkludere at det er en betydelig usikkerhet om i hvilken grad FTB i et femårsperspektiv vil disiplinere bredbåndstilbud basert på fiber- eller HFC-nett.

Mobiloperatørene har insentiver til å utnytte kapasiteten i mobilnettene gjennom å konkurrere aktivt med FTB

Telenor, Telia og Lyse Tele har sterke insentiver til å utnytte den kapasiteten de har i de nasjonale mobilnettene sine til å konkurrere aktivt med FTB for kunder som alternativt kan få bredbånd basert på fiber eller HFC hos konkurrerende aktører. Ettersom selskapene har nasjonale nedslagsfelt og har nasjonal dekning, fremstår det som lite usikkert at mobiloperatørene vil tilby FTB nasjonalt og konkurrere aktivt med FTB i andre tilbyreres fiberområder. Satsning på FTB fremstår videre som sentralt for å gi avkastning på investeringene i 5G-nett.

2.4.5 Nkom sin egen gjennomgang av regionene tilsier nasjonal FTB-dekning

I Nkoms oppdaterte utdrag av analyse av grossistmarkedet for tilgang til faste aksessnett av 14. mars 2024 gjøres en konkurransebeskrivelse i de 22 geografiske markedene som Nkom har avgrenset.

I 15 av disse områdene beskriver Nkom eksplisitt at «Telenor har god FTB-dekning i hele området» eller «Telenor har også god FTB-dekning i hele området». Dette gjelder områdene «Innlandet», «Vestfold og Grenland», «kysten fra Risør til Kristiansand», «Indre Agder og Dalane», «Stavangerområdet», «Haugalandet», «Bergensområdet», «Sunnfjord og Nordfjord», «Sørlige del av Sunnmøre», «Nordlige del av Sunnmøre», «Romsdal», «Nordmøre», «Trondheimsområdet», «Nordlige del av Trøndelag», «Sørlige og midtre del av Nordland».

I tillegg beskrives områdene å ha «tilbud om FTB i store områder» fra Telenor og/eller Telia i «Innlandet», «Vestfold og Telemark», «Kysten fra Risør til Kristiansand», «Indre Agder og Dalane», «Stavangerområdet», «Haugalandet», «Bergensområdet», «Sunnfjord og Nordfjord», «Nordlige del av Sunnmøre», Romsdal, Nordmøre, Trondheimsområdet, «Nordlige del av Trøndelag» og «Sørlige og midtre-Nordland».

I de resterende områdene er ikke FTB-dekningen eller FTB-tilbudet eksplisitt nevnt. Det er dermed ingen beskrivelser av geografiske markeder med dårlig FTB-dekning eller begrenset tilbud om FTB.

Ved å se på beskrivelsene av de ulike geografiske områdene samlet fremstår dermed både FTB-dekningen og FTB-tilbudet å være tilnærmet nasjonalt i henhold til Nkom sine egne funn: Summene av «god FTB-dekning i hele området» og «tilbud om FTB i store områder» for hver region tilsier et tilnærmet landsdekkende tilbud av FTB. I markedsanalysens punkt 363 fastslår Nkom også at «Telenor fortsatt har et tilnærmet landsdekkende bredbåndstilbud basert på en kombinasjon av fibernet, HFC-nett og FTB».

Dette tilsier i sin tur at det geografiske markedet må være tilnærmet landsdekkende.

2.5 Konkurransen fra FTB og landsdekkende tilbud fra Telenor tilsier et nasjonalt marked

Nkom sin konklusjon om regionale geografiske markeder – og ikke ett landsdekkende geografisk marked – lener seg på en konklusjon om at FTB ikke har en nasjonal utstrekning. Konklusjonen om at FTB ikke har en nasjonal utstrekning baserer seg i sin tur på påstander om kapasitetsbegrensninger og usikkerhet om FTB-

tilbyderes konkurransekraft mot eksisterende fiberkunder.

Disse påstandene er ikke nærmere begrunnet av Nkom. Snarere tvert om indikerer Nkom sine egne undersøkelser et landsdekkende FTB-tilbud. Det fremstår heller ikke som usikkert at FTB-tilbydere aktivt vil konkurrere i områder med utbygget fiber, verken i dag eller i et femårsperspektiv. Konkurransekraften til FTB vil videre styrkes kraftig i løpet av de neste fem

årene. Dette skyldes aggressiv utrulling av 5G i de tre mobilnettene, som muliggjør betydelig kapasitetsøkning på høyhastighetsbreddband basert på FTB.

Så lenge FTB inngår idet relevante produktmarkedet, må det geografiske markedet være nasjonalt eller tilnærmet nasjonalt. I et slikt nasjonalt marked er det per 2024 ingen holdepunkter for at det er aktører med sterk markedsstilling (SMP).

3. Det er ikke faglig grunnlag for å utpeke Eninvest som tilbyder med SMP

Eninvest er i Nkoms markedsanalyser utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling (SMP) i det avgrensede geografiske markedet «Sunnfjord og Nordfjord». I dette kapitlet gjennomgås Nkoms grunnlag for utpeking av Eninvest som aktør med SMP og våre vurderinger knyttet til dette.

Vi finner at det ikke foreligger et gyldig grunnlag for den geografiske markedsavgrensningen som fremgår av Nkoms markedsanalyse. Videre må en formalistisk tolkning av markedsandeler unngås i et dynamisk marked. I stedet må det legges til grunn en konkret vurdering der konkurranse fra FTB og Telenors tilstedeværelse og klare vekst i markedet hensyntas. Eninvest kan på bakgrunn av en slik konkret vurdering ikke inneha en sterk markedsposisjon i henhold til ekomloven.

3.1 Rammeverk for utpeking av aktør med SMP og ileggelse av plikter

Det regulatoriske rammeverket for elektronisk kommunikasjon bygger på fem EU-direktiver implementert i norsk rett gjennom ekomloven med forskrifter. I ekomloven § 3-1 første ledd defineres sterk markedsstilling som følger:

«En tilbyder har sterk markedsstilling når tilbyder alene eller sammen med andre har økonomisk styrke i et relevant marked som gjør at tilbyder i stor grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere. Sterk markedsstilling i ett marked kan føre til at en tilbyder har sterk markedsstilling i et tilgrensende marked.»

I henhold til ekomloven § 3-2 skal Nkom definere relevante produkt- og tjenestemarkeder og geografiske markeder i henhold til EFTA overvåkningsorgan (ESA)

sin anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder innenfor området for elektronisk kommunikasjon.

Nkom **skal** foreta markedsanalyser i henhold til ESAs retningslinjer for markedsanalyser og beregning av sterk markedsstilling på området for elektronisk kommunikasjon, jf. ekomloven § 3-3. På bakgrunn av denne markedsanalysen kan Nkom utpeke tilbyder med sterk markedsstilling. Nkom kan også opprettholde utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling der slik tilbyder fra før er utpekt, eller på bakgrunn av markedsanalyser trekke tilbake utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling.

Dersom en tilbyder med sterk markedsstilling har en adferd som har til formål eller virkning å begrense konkurransen, som å drive konkurrenter ut av markedet, forhindre at nye aktører etablerer seg, eller å utnytte forbrukere, omtales dette som «(konkurranseproblemer)». ²⁸ Ved vurdering av konkurranseproblemer i markedet, skal Nkom vurdere adferd og strategi som kan oppstå dersom markedet ikke er regulert. I Nkoms metodebeskrivelse for markedsanalyser og utpeking av tilbydere med SMP vises det blant annet til at det i vurderingen av potensielle konkurranseproblemer er nyttig å se på hvilke insentiver markedsstrukturen gir tilbyderen med sterk markedsstilling i fravær av reguleringen. ²⁹

Der Nkom utpeker tilbyder med sterk markedsstilling **skal** denne pålegges minst én, eventuelt flere, forpliktelser av særskilt karakter («særskilte forpliktelser»). ³⁰ Slike særskilte forpliktelser fastsettes for tilbyder med sterk markedsstilling etter en forholdsmessighetsvurdering, med utgangspunkt i en konkret markedsanalyse hvor faktiske og potensielle konkurranseproblemer i det relevante markedet vurderes. Nkom skal i den konkrete vurderingen særlig ta hensyn til den forventede konkurransestimulerende effekten av de aktuelle forpliktelsene. ³¹

I henhold til regelverket skal Nkom legge til grunn en fremadskuende tidshorisont. I gjeldende ekomlov, innebærer dette som utgangspunkt et treårs perspektiv. I forslag til ny ekomlov legges det imidlertid som utgangspunkt til grunn et lengre tidsperspektiv for den fremadskuende analysen, på fem år. ³²

²⁸ Nkom vedtak om SMP (2018) marked 3a og 3b.

²⁹ Nkom, metode for markedsanalyser og utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling i det norske markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester versjon 2.0, 11. juni 2009.

³⁰ Ekomloven §§ 4-1, 4-4 – 4-9 a og 4-10.

³¹ Se bla. Nkom Vedtak 2018 marked 3a og 3b.

³² Forslag til ny ekomlov, § 6-18.

Nærmere om kriterier for å utpeke aktør som SMP etter ekomloven

I metode for markedsanalyse oppstilles det med henvisning til ESAs retningslinjer for markedsanalyse og vurdering av SMP en ikke uttømmende oversikt over relevante kriterier for vurdering av SMP. Det fremgår av metodedokumentet at «Ved vurderingen av om sterk markedsstilling foreligger for en tilbyder, må alle de relevante kriterier tas i betraktning».³³ I det følgende presenteres kort de kriterier som oppstilles i metodedokumentets side 10-14, og som vanligvis vil bli vurdert i hver markedsanalyse. For enkelte av punktene er det for å tydeliggjøre innholdet i punktet noe nærmere, inntatt en kort beskrivelse av supplerende omtale i metodedokumentet:

- Tilbyderens markedsandel og markedskonsentrasjon

I Nkoms metodedokument vises det til at utviklingen i markedsandeler over tid har betydning for vurderingen. Eksempelvis vil en tilbyders synkende markedsandel tale mot SMP. Det presiseres under dette punktet også at «I fremvoksende markeder vil markedsandeler i mindre grad være retningsgivende for sterk markedsstilling».

- Foretakets generelle størrelse

Metodedokumentet beskriver her at dersom aktuell tilbyder er vesentlig større enn konkurrentene, vil dette kunne utgjøre et konkurransemessig fortrinn gjennom blant annet stordriftsfordeler, samproduksjonsfordeler, innkjøp, finansiell styrke og tilgang på kapital, distribusjon og markedsføring. Videre vises det til at slike fortrinn kan opptre utenfor det relevante markedet, men likevel ha betydning.

- Etableringshindre knyttet til kontroll over infrastruktur

Dette punktet omhandler spørsmålet om en tilbyder har kontroll over infrastruktur som vanskelig kan dupliseres. Dersom dette er tilfelle, pekes det på at dette vil kunne utgjøre et vesentlig etableringshinder for konkurrenter.

- Teknologiske forsprang

Teknologiske forsprang vil kunne utgjøre etableringshindre for nye aktører og konkurransefortrinn i forhold til eksisterende konkurrenter, fordi investering i forskning og utvikling er ugjenkallelige kostnader, og det tar en viss tid før resultatene kan utnyttes i markedet.

³³ Nkom, Metode for markedsanalyse og utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling i det norske markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester versjon 2.0, 11. juni 2009, side 10.

- Innovasjonsgrad i markedet

Under dette punktet vises det til at det i et marked med høy innovasjonsgrad, så vil «muligheten til å utnytte en dominerende markedsposisjon være begrenset i forhold til et "modent" marked med liten innovasjon, fordi nye aktører gjennom innovasjon kan tilby nye produkter eller oppnå kostnadsbesparelser som oppveier den dominerende aktørens konkurransefortrinn».³⁴ Øvrige relevante kriterier omfatter:

- Markedsadgang og etableringshindringer
- Kjøpermakt
- Tilgang til finansielle ressurser
- Produktdifferensiering og bundling av produkter
- Samdriftsfordeler og samproduksjonsgevinster
- Vertikal integrering
- Distribusjons- og salgsnett
- Potensiell konkurranse
- Veksthindre

Metodedokumentet peker også på andre kriterier som kan være relevante, herunder:

- Overprising og lønnsomhet
- Utnyttelse av overskuddskapasitet
- Byttekostnader og innlåsingeffekter
- Sluttbrukernes tilgang til informasjon

Det vises i metodedokumentet også til at vurderingen av SMP kan suppleres med flere aktuelle indikatorer for grad av konkurranse i det relevante markedet, som for eksempel utviklingen i priser over tid. Her presiseres det imidlertid det det må utvises forsiktighet med å legge for stor vekt på slike indikatorer, og at det også må tas «tilbørlig hensyn til eksistensen av eventuell regulering som påvirker resultatet».³⁵

Videre vises det til at «kriterier som retningslinjene oppstiller som relevante i vurderingen av om en tilbyder har sterk markedsstilling er sammenfallende med de kriterier som, i henhold til EØS-konkurranseret, er relevante ved vurderingen av om en aktør har såkalt «dominerende stilling»³⁶. I det følgende redegjør vi kort for vurdering av dominerende stilling i konkurranseloven, sammenholdt mot SMP i ekomloven, og den ekstra dimensjon av usikkerhet som SMP analysen har med sitt fremadskuende perspektiv.

3.2 Dominerende stilling i konkurranseloven og SMP i ekomloven

Flere begreper og kriterier i ekomloven er av konkurransefaglig karakter. Herunder ligger ekomlovens definisjon av sterk markedsstilling svært nært opp til

³⁴Nkom, Metode for markedsanalyse, 2009, side 13.

³⁵ Nkom, Metode for markedsanalyse, side 14.

³⁶ Ibid.

begrepet «dominerende stilling» i konkurranse-loven § 11.³⁷ En dominerende stilling innebærer ifølge rettspraksis i EU/EØS at et foretak

*«har en økonomisk styrke som gjør det i stand til å forhindre effektiv konkurranse i det relevante markedet ved at det i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere».*³⁸

Vurderinger av sterk markedsstilling i ekomloven bygger i stor grad på konkurransefaglig metode og vurdering av dominerende stilling. En sentral forskjell mellom vurderinger av sterk markedsstilling i ekomloven og dominerende stilling i konkurranse-loven, omhandler imidlertid tidshorisonten som legges til grunn for vurderingen. Mens vurderinger etter konkurranse-loven § 11 om misbruk av dominerende stilling typisk foretas på grunnlag av konkrete saker om tidligere og/eller pågående markedsatferd, foretas vurderinger av sterk markedsstilling etter ekomloven ut fra et betydelig fremadskuende perspektiv. Dette innebærer at vurderinger av forventede fremtidige markedsforhold, herunder teknologisk utvikling og utvikling i etterspørselsforhold, typisk vil være mer fremtredende i en vurdering av sterk markedsstilling enn i en vurdering av dominerende stilling i et gitt marked, som vil ha en mer tilbakeskuende karakter. En slik fremadskuende vurdering kan sies å tilføre analysen ytterligere kompleksitet.

Nærmere om sterk markedsstilling og markeds-makt

Sterk markedsstilling i ekomloven referer til *betydelig markeds-makt*. Tilsvarende legges det til grunn at dominerende stilling innebærer betydelig grad av markeds-makt, slik at aktøren: i betydelig grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og sluttbrukere.

Både for vurdering av sterk markedsstilling og dominerende stilling, legges det til grunn en presumsjon om at det foreligger slik betydelig markeds-makt ved en markedsandel på 50 prosent. Denne «terskelen» for markedsandel utgjør i praksis likevel nettopp kun en indikasjon, og utgjør ikke et absolutt kriterium for dominerende stilling.³⁹ Det fremgår av EU-kommisjonens meddelelse om veiledning for prioritering av håndhevelse av Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) artikkel 102 at:

“Market shares provide a useful first indication for the Commission of the market structure and

*of the relative importance of the various undertakings active on the market (8). However, the Commission will interpret market shares in the light of the relevant market conditions, and in particular of the dynamics of the market and of the extent to which products are differentiated”.*⁴⁰

Følgelig er det således ikke slik at markedsandel alene kan tillegges avgjørende vekt i vurderingen av dominerende stilling – konkrete markedsforhold og særlig markedsdynamikk skal også hensyntas.

I økonomisk teori refererer *markeds-makt* til evnen en aktør har til lønnsomt å øke priser utover marginal-kostnad, eller konkurranseprisen.⁴¹ Markeds-makt foreligger således dersom aktøren er i stand til å øke sine priser uten å bli straffet mye av sine konkurrenter og kunder i form av tapt salg. Marginer kan være et mulig operasjonelt mål på markeds-makt, dersom det er klart hva som utgjør normal margin for ulike aktører i markedet og hva faktisk margin er.

I praksis forventes det i utgangspunktet at de fleste tilbydere har en viss grad av markeds-makt og setter pris over marginalkostnad uten å miste mange kunder slik at også faste kostnader dekkes inn av bedriftens inntekter i markedet.⁴² Ved dominerende stilling etter konkurranse-loven har aktøren så høy grad av markeds-makt at den i betydelig grad er i stand til å opp- tre uavhengig av sine konkurrenter og kunder.

Nærmere om kriterier for å konstatere dominerende stilling i medhold av konkurranse-loven

Et sentralt premiss i konkurranseretten er at det ved vurdering av mulig dominerende stilling i et marked, skal foretas en konkret avgrensning av det relevante markedet for den aktuelle sakens formål. Hensikten med markedsavgrensningen er å, på en systematisk måte, identifisere de begrensninger i den konkurranse-messige handlefriheten en aktør står overfor. På grunnlag av denne konkrete markedsavgrensningen, skal det deretter foretas en konkret totalvurdering av en rekke forhold for å kunne ta stilling til om aktøren innehar en dominerende stilling. Dominerende stilling må bevises med klar sannsynlighetsovervekt.

Hvorvidt det foreligger dominerende stilling i det relevante markedet beror som nevnt ovenfor på en konkret totalvurdering av flere forhold, som hver for seg

applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, avsnitt 13.

⁴¹ Se f.eks. Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, 2004, side 41.

⁴² Eksempelvis vil tilbydere i ekomarkedet med eget nett ha høye faste kostnader som følge av investeringer i infrastruktur.

³⁷ Se bl.a. Nkom, *Metode for markedsanalyse*, 2009, side 5.

³⁸ Jf. sak 27/76 *United Brands og United Brands Continental* mot Kommisjonen, avsnitt 65; sak 85/76 *Hoffmann-La Roche* mot Kommisjonen, avsnitt 38; sak T-201/04 *Microsoft* mot Kommisjonen, avsnitt 229.

³⁹ Se for eksempel *Case Comp/M.2337*.

⁴⁰ OJ 2009 C 45/02 - *Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in*

ikke nødvendigvis er avgjørende.⁴³ Slike forhold omfatter vurderingstema som hvorvidt aktørens markedsandel har holdt seg stabil over tid, andre aktørers markedsandeler og utvikling i disse (er for eksempel nest-største aktørs markedsandel økende eller fallende?), hvorvidt det aktuelle markedet kan karakteriseres som modent eller som å være i utvikling, og i hvilken grad det foreligger kjøpermakt.

Andre sentrale vurderingstema i forbindelse med en vurdering av mulig dominerende stilling, omfatter i hvilken grad det foreligger etableringshindringer (forhold som gjør det vanskelig eller ulønnsomt å etablere seg i et marked) og/eller ekspansjonshindringer (forhold som utgjør hindringer for å øke sin tilstedeværelse i et marked). Eksempler på etableringshindringer og ekspansjonshindringer omfatter rettslige hindringer, fordeler som dominerende foretak nyter godt av, store irreversible investeringer, stordrifts- og samdriftsfordeler som ikke er raskt tilgjengelige for nykommere og mindre eksisterende aktører i markedet, tilgang til salgs- og distribusjonskanaler, kjøpers byttekostnader, dominerende foretaks egen opptreden, for eksempel der det dominerende foretak har gjennomført investeringer som øvrige aktører også er tvunget til å gjennomføre.⁴⁴ Det kan også være andre forhold som har betydning for vurdering av om et foretak har en dominerende stilling.

Det følger av dette at vurdering av om en aktør innehar så betydelig grad av markedsrett som den innehar dominerende stilling vil være en kompleks og sammensatt, konkret vurdering av en rekke forhold ved det relevante markedet. En vurdering av sterk markedsstilling fordrer tilsvarende konkret analyse av en rekke forhold som spiller sammen på markedet.

Usikkerhet i vurderingene av markedsrett

Inntil nylig har Nkom som utgangspunkt analysert de ulike markedene med tre års mellomrom⁴⁵, noe som tilsier at et vedtak om SMP innebærer analyser med fremadskuende analyse med tre års horisont. I forslag av april 2024 til ny ekom-lov legges det opp til en forlengelse av fristene for å foreta markedsanalyser sammenlignet med gjeldende regulering. Det fremgår av Prop. 93 LS (2023–2024) at:

«For gjeldende markedsvedtak skal myndigheten gjennomføre ny markedsanalyse og notifisere et begrunnet forslag til markedsvedtak innen fem år, mens for markeder som ikke tidligere er notifisert skal myndigheten

*gjennomføre markedsanalyser innen tre år fra EFTAs overvåkingsorgan har vedtatt ny anbefaling av relevante markeder».*⁴⁶

I Nkoms markedsanalyse av juni 2023 fremgår det at markedsanalysen gjennomføres i lys av de foreslåtte endringene i ny ekomlov, og at markedsanalysen derfor som utgangspunkt har en tidshorisont på fem år.⁴⁷

Vi legger til grunn at det i en analyse hvor det legges til grunn et fremadskuende perspektiv på fem år, naturligvis vil kunne være usikkerhet knyttet til vurderingene. Samtidig legger vi til grunn, blant annet med utgangspunkt i alminnelige regler i utredningsinstruksen, at det ved usikkerhet bør utdypes nærmere i analysen hva konkret det er knyttet usikkerhet til.⁴⁸ Vurderinger av usikkerhet kan i henhold til utredningsinstruksen gjøres enten kvalitativt eller kvantitativt. Vi legger til grunn at det dermed bør klargjøres i analysen hvordan usikkerheten behandles og hvilke betydning det har for resultatet.

Usikkerheten som Nkom identifiserer i sin analyse knytter seg blant annet til fremtidig utbredelse og konkurransepress fra FTB. Det fremstår imidlertid etter vår vurdering ikke tilstrekkelig redegjort for og dokumentert hva denne usikkerheten konkret omhandler.

Videre kan det fremstå som at usikkerheten Nkom uttrykker, medfører at det i betydelig grad legges til grunn en slags «status quo» tilnærming i analysen. Vi kan ikke se at analysen i betydelig grad reflekterer en konkret vurdering av den teknologiske utviklingen som skjer i markedet. I denne sammenheng er det nærliggende å vise blant annet til Prop. 93 LS (2023–2024) hvor det legges til grunn at «Den teknologiske utviklingen går svært raskt» i dette markedet.⁴⁹

I denne forbindelse er det også relevant å vise til ESAs retningslinjer for markedsanalyse og vurdering av SMP, hvor det av punkt 19 fremgår:

«it needs to be underlined that any readily available evidence of past practice does not automatically suggest that this practice is likely to continue in the next review period. However, past practice is relevant if the market's characteristics have not appreciably changed or are

⁴³ Se bla. Konkurransetilsynets vedtak Telenor 2018, med videre henvisning til Sak 27/76, United Brands og United Brands Continental mot Kommisjonen, avsnitt 66; sak 85/76, HoffmannLa Roche mot Kommisjonen, avsnitt 39 tredje ledd. NOU 2003:12, side 58.

⁴⁴ Se bl.a. Konkurransetilsynets vedtak Telenor (2018).

⁴⁵ <https://nkom.no/ekom-markedet/om-markedsregulering>

⁴⁶ Prop. 93 LS (2023–2024) side 71.

⁴⁷ Nkoms markedsanalyse, juni 2023, avsnitt 12.

⁴⁸ DFØs veileder til utredningsinstruksen, 8. november 2023, punkt 2.1.2.

⁴⁹ Prop. 93 LS (2023–2024) side 26.

*unlikely to do so over the next review period».*⁵⁰

Videre fremgår det av retningslinjens punkt 23:

“According to recital 27 of the Framework Directive, emerging markets, where de facto the market leader is likely to have a substantial market share, should not be subject to inappropriate ex ante regulation. This is because the premature imposition of ex ante regulation may unduly influence the competitive conditions taking shape within a new and emerging market. At the same time, foreclosure of such emerging markets by the leading undertaking should be prevented».

Endelig i retningslinjens punkt 25 slås det fast at:

«In particular, a dynamic rather than a static approach is required when carrying out a prospective, or forward-looking, market analysis.”

Her er det også nærliggende å vise til fusjonskontrollen i EU-retten og særlig den fremadskuende vurderingen av den kontrafaktiske (hypotetiske) situasjonen, som er den mest sannsynlige markedsutviklingen uten foretakssammenslutningen, også omtalt alternativsituasjonen. EU-kommisjonen har i OECD innlegg med henvisning til både horisontale og ikke-horisontale retningslinjer for foretakssammenslutninger oppsummert at:

*“Indeed, merger assessment is by its very nature forward looking and requires to compare the competitive conditions that would result from the merger with the conditions that would have prevailed without the merger, the so called “counterfactual”. In most cases, where the markets at stake are relatively stable, the observed status quo constitute the relevant comparison for evaluating the effects of a merger. However, in dynamic markets, predicting how the market will evolve with or without the merger is, by its nature, subject to greater uncertainty. In such cases, according to its guidelines, the Commission may take into account future changes to the market that can reasonably be predicted.”*⁵¹

At det kan være betydelig usikkerhet knyttet til en fremadskuende vurderinger i fusjonskontrollen understrekes også av CMA. Det fremgår av guidelines punkt 3:14 at:

“Establishing the appropriate counterfactual to assess the merger against is an inherently uncertain exercise and evidence relating to future developments absent the merger may be difficult to obtain. Uncertainty about the future will not in itself lead the CMA to assume the pre-merger situation to be the appropriate counterfactual. As part of its assessment, the CMA may consider the ability and incentive (including but not limited to evidence of intention) of the merger firms to pursue alternatives to the merger, which may include reviewing evidence of specific plans where available”.

På bakgrunn av det ovennevnte må det legges til grunn at usikkerhet om utvikling i seg selv ikke gir grunnlag for å vurdere at fremtidig utvikling vil være nærliggende dagens situasjon.

Etter vår oppfatning skulle dette også tilsi at markedsanalysen må reflektere sannsynlig utvikling i et fremadskuende perspektiv, fremfor at usikkerhet bidrar til en situasjonsbeskrivelse som trekker i retning av en situasjon som ligger nærmere status quo. Gitt utviklingen innen FTB, mener vi Nkom må vurdere nærmere om det foreligger konkrete holdepunkter for at markedsutviklingen sannsynlig vil være annerledes og innebære et sterkere konkurransepress fra FTB i den relevante tidsperioden enn det som i dagens analyse er lagt til grunn.

Etter vår vurdering, tilsier betydelig usikkerhet om sentrale parametere videre at det må utvises forsiktighet med hensyn til å konkludere i vurdering av sterk markedsstilling. Vi redegjør også nærmere for dette i kapittel 4 nedenfor.

3.2.1 Oppsummering

Det faglige grunnlaget for å vurdere SMP er nært knyttet til vurderinger av dominerende stilling. Etter etablert praksis må det foretas en konkret totalvurdering av en rekke forhold for å kunne slå fast at en markedsaktør har betydelig markedsrett/ dominerende stilling/sterk markedsstilling i det relevante markedet. I denne vurderingen må det også hensyntas om markedet er modent eller i utvikling, da dette har betydning for hvor mye vekt markedsandel målt på et gitt tidspunkt kan tillegges. I SMP vurderingen skal markedsanalysen gjennomføres med et fremadskuende perspektiv, noe som skulle til si at sannsynlig markedsutvikling skal legges til grunn.

⁵⁰ ESA guidelines of 16 November 2022 on market analysis and the assessment of significant market power under the regulatory framework for electronic communications networks and services referred to in Annex XI of the Agreement on the European Economic Area, punkt 50.

⁵¹ OECD Contribution from the European Union – Merger Control in Dynamic markets, 6. Desember 2019, side 3.

3.3 Oppsummering av Nkoms vurdering av Eninvest sin posisjon i Sunnfjord og Nordfjord

I Nkoms reviderte analyse av 14. mars 2023 har Nkom avgrenset «Sunnfjord og Nordfjord» som et eget relevant geografisk marked. Nkom beskriver deretter konkurranseforholdene i dette området.

Området består av kommunene Askvoll, Bremanger, Fjaler, Gloppen, Hyllestad, Høyanger, Kinn, Solund, Stadt og Sunnfjord. Området inkluderer i hovedsak ytre deler av det tidligere fylket Sogn og Fjordane.

Området omfatter ca. 30 000 husstander. Dette er dermed blant de minste geografiske markedene som Nkom har avgrenset.

Nkom har vurdert at Eninvest innehar en sterk markedsposisjon i Sunnfjord og Nordfjord. Nkom underbygger i markedsanalysen denne konklusjonen med følgende:

- Eninvest har på bakgrunn av data fra 2022 over 70 prosent av abonnentene i Sunnfjord og Nordfjord. Dersom Sunnfjord og Nordfjord er et eget relevant geografisk marked, kan dette oversettes til markedsandel på over 70 prosent. Dette gir ifølge Nkom en **presumpsjon om sterk markedsstilling** (avsnitt 691).
- Eninvest har en betydelig **høyere dekning på kablet bredbånd** i Sunnfjord og Nordfjord enn konkurrentene. Over 85 prosent av husstandene i området har dekning med kablet bredbånd fra Eninvest (avsnitt 694). Telenor har til sammenligning en dekning på kablet bredbånd som dekker 20 prosent av husstandene og 30 prosent av virksomhetene i området (695). GlobalConnect dekker 10 prosent av virksomhetene i området med kablet bredbånd.
- Det er kun 12 prosent **parallelldekning** på kablet bredbånd i området (avsnitt 705)
- Eninvest har kontroll over infrastruktur som i omfang og utstrekning er **vanskelig duplisert** for konkurrenter (avsnitt 699). I tillegg er investering i parallelldekning på kablet bredbånd særlig dyrt i dette området ettersom **beboelsen er spredt-bygd** i området (avsnitt 706)

SMP-vurderingen baseres således på utstrekningen av kablet infrastruktur (i hovedsak fiber). Vurderingen er dermed ikke basert på produktmarkedet som Nkom selv har avgrenset. Det vil si et marked som også inkluderer FTB.

Nkom peker imidlertid på at Telenor har god FTB-dekning i hele området (avsnitt 695) og at bredbåndsdekningen i Sunnfjord og Nordfjord er nær 100 prosent dersom FTB-dekningen inkluderes (avsnitt

705). Dette innebærer at parallelldekningen i praksis er 100 prosent innenfor det relevante produktmarkedet.

Nkom anerkjenner imidlertid at FTB-tilbud fra Telenor, Telia og potensielt Altibox/Ice kan ha en disiplinerende effekt på Eninvest og vil utgjøre en «stadig viktigere konkurransefaktor i dette markedet». Dermed mener Nkom at **økt konkurranse fra FTB kan svekke Eninvest sin markedsstilling i årene fremover** (avsnitt 707).

Nkom vurderer imidlertid at det er **betydelig usikkerhet** om hvilken betydning FTB vil få for konkurransen i Sunnfjord og Nordfjord i årene fremover (avsnitt 708).

På bakgrunn av ovennevnte konkluderer Nkom med at Eninvest har en sterk markedsstilling (SMP) i Sunnfjord og Nordfjord (avsnitt 710).

Vi bemerker at Nkoms vurdering av Eninvest sin markedsstilling omhandler et utvalg av kriterier av relevans for å vurdere SMP. Som gjennomgått i punkt 3.1 og 3.2, er det som utgangspunkt behov for å vurdere ytterligere forhold i en totalvurdering av om en tilbyder har SMP/dominerende stilling. Vi viser blant annet til at det ikke fremkommer tilstrekkelig konkrete vurderinger knyttet til betydningen av innovasjonsgrad i markedet, og at markedet ikke kan anses som et modent marked.

Nkom presenterer i oppdatert markedsanalyse terskelverdier for operatører (punkt 4.3.4) i forbindelse med gjennomgang av aggregering av kommuner til geografiske markeder. Nkom legger til grunn ulike terskler for å skille mellom små, lokale tilbydere og mellomstore, regionale tilbydere. Her fremgår det at «en tilbyder som har dekning for færre enn ca. 20 000 husstander eller færre enn ca. 10 000 abonnenter, defineres som en liten, lokal tilbyder. En tilbyder som har dekning for flere enn ca. 20 000 husstander og flere enn ca. 10 000 abonnenter, defineres som en mellomstor, regional tilbyder»

En slik inndeling kan muligens være nyttig for å skape et første overblikk over markedet, men fremgangsmåten mangler forankring i konkurranserettslig metode og kan så vidt vi forstår heller ikke benyttes som et grunnlag for å utpeke aktører med sterk markedsstilling. Vi viser til vår redegjørelse i punkt 3.1 og 3.2 ovenfor der det fremgår at enhver vurdering av markedsrett/dominerende stilling må foretas på bakgrunn av en konkret vurdering av alle relevante forhold i det relevante markedet.

3.4 Ingen presumpsjon om SMP med en korrekt geografisk markedsavgrensning

Det viktigste grunnlaget for Nkoms konklusjon om Eninvest sin påståtte sterke markedsstilling er en beregnet markedsandel på godt over 70 prosent. Dette tallet er betydelig høyere enn terskelen på 50 prosent markedsandel som gir en presumpsjon om sterk markedsstilling.

Som vi har redegjort for i kapittel 2, bygger Nkom sin geografiske markedsavgrensning på et feilaktig og ikke underbygget premiss om at FTB ikke er landsdekkende. Dersom den geografiske markedsavgrensningen skal være konsistent med produktmarkedsavgrensningen må det relevante geografiske markedet dermed være nasjonalt eller tilnærmet nasjonalt (ev. justert for geografiske områder med reelle kapasitetsbegrensninger i mobilnettet i et femårsperspektiv).

I henhold til Ekomstatistikken første halvår 2023 har Eninvest i et nasjonalt produktmarked bestående bredbånd basert på fiber, HFC og FTB en markedsandel på ca. 1,0 prosent på sluttbrukernivå målt i antall abonnenter. Dette gjør Eninvest til den 14. største aktøren. De 13 aktørene som er større enn Eninvest har en samlet markedsandel på 84 prosent. Telenor er den største aktøren nasjonalt med en markedsandel på 29,6 prosent.⁵²

Med 1 prosents markedsandel kan det følgelig ikke være en presumpsjon om sterk markedsstilling. Det er heller ikke presumpsjon for sterk markedsstilling for øvrige aktører nasjonalt.

3.5 Beskrivelsen av konkurransen i regionen ikke konsistent med det relevante produktmarkedet

Nkom sin beskrivelse av konkurranseforholdene i Sunnfjord og Nordfjord er heller ikke konsistent med produktmarkedsavgrensningen.

Som beskrevet under punkt 3.3 vektlegger Nkom at Eninvest har en betydelig **større dekningsgrad av kablet bredbånd** enn konkurrentene i Sunnfjord og Nordfjord, samt at graden av **parallelldekning på kablet bredbånd** er lav.

Nkom har imidlertid avgrenset et produktmarked som også inkluderer FTB. Nkom vurderer dermed selv at en hypotetisk monopolist som kontrollerer alt kablet bredbånd i Sunnfjord og Nordfjord ikke lønnsomt vil kunne

øke prisene varig med 5-10 prosent. Dette følger både av substitusjon på etterspørselssiden fra fiber til FTB – og på tilbudssiden der FTB-tilbydere mer aktivt markedsfører FTB som respons på økt lønnsomhet. Dette innebærer at tilbudet og priser av kablet bredbånd fra Eninvest disiplineres av et faktisk og potensielt tilbud basert på FTB.

Denne produktmarkedsavgrensningen innebærer i sin tur at mål på dekningsgrad og parallelldekning må inkludere alle tre teknologier ettersom disse disiplinere hverandre.

Det er dermed ikke riktig at Eninvest har høyest dekningsgrad i Sunnfjord og Nordfjord. Eninvest sin dekningsgrad er ifølge Nkom på rundt 85 prosent – basert på i hovedsak fiber, mens Telenor har en dekningsgrad i Sunnfjord og Nordfjord på nesten 100 prosent basert på fiber og FTB.

Det er heller ikke riktig at parallelldekningen i produktmarkedet kun er 12 prosent. Ettersom Nkom selv beskriver at det er god FTB-dekning i hele området – så er parallelldekningen nær 100 prosent.

Dette innebærer følgelig at Eninvest sin infrastruktur heller ikke er vanskelig duplisert i dette produktmarkedet. Infrastrukturen er i praksis allerede duplisert, og i et femårsperspektiv har både Telenor, Telia og Lyse Tele både konkrete planer og insentiver til å investere videre i kapasiteten i mobilnettene i Sunnfjord og Nordfjord – og dermed styrke sine posisjoner på fast bredbånd.

Gitt produktmarkedsavgrensningen har Nkom dermed ikke et grunnlag til å konkludere om at Eninvest sin fiberinfrastruktur utgjør en etableringshindring på konkurransen om bredbånd i Sunnfjord og Nordfjord.

Følgelig svekkes også grunnlaget til å utpeke Eninvest som SMP – selv dersom det geografiske markedet skulle avgrenses til Sunnfjord og Nordfjord.

3.6 Nkom beskriver en sterkere konkurranse fra FTB mot Eninvest enn i andre geografiske områder

Som beskrevet bl.a. i kapittel 2.3.3 vurderer Nkom at FTB ikke er av nasjonal utstrekning – som motiverer regionale geografiske markedet fremfor et nasjonalt marked.

Dersom vi skulle akseptere Nkoms vurdering om at FTB kun har en regional utstrekning (som grundig redegjort for i kapittel 2 mener vi at FTB har en landsdekkende utstrekning, og Nkom sin vurdering om FTB sin

⁵² Markedsandeler basert på data lastet ned fra <https://nkom.no/statistikk/nokkeltall-og-interaktive-dashbord/ekomstatistikk> i mai 2024

geografiske utstrekning derfor er feil) – må det vektlegges i SMP-vurderingen at Nkom selv vurderer sterkere faktisk og potensiell konkurranse fra FTB i Sunnfjord og Nordfjord enn i en rekke andre områder. Som nevnt, påpeker Nkom bl.a. i avsnitt 707 at FTB vil kunne svekke Eninvest sin markedsstilling i årene fremover.

Nkom peker også på at FTB kan være bedre egnet i spredtbygde områder (avsnitt 183 i markedsanalyse av 14. juni 2023). Nkom beskriver videre at bebyggelsen i Sunnfjord og Nordfjord som spredtbygd (avsnitt 706 i oppdatert markedsanalyse).

Beskrivelsen av konkurranse fra FTB i Sunnfjord og Nordfjord står dermed i sterk kontrast til flere andre geografiske områder. Vurderinger om «at det ikke kan legges stor vekt på FTB-dekningen i vurderingen av potensiell konkurranse» fremkommer blant annet i gjennomgangen av «Kysten fra Risør til Kristiansand», «Stavangerområdet», «Haugalandet», «Bergensområdet», «Sørlige del av Sunnmøre», «Nordlige del av Sunnmøre», «Romsdal», «Nordmøre» og «Trondheimsområdet». Tilsvarende vurdering er ikke gjort for konkurransen i Sunnfjord og Nordfjord.

Nkom sin egen vurdering av konkurransesaker mellom kablet bredbånd og FTB i Sunnfjord og Nordfjord tilsier dermed at det er et svakere og mer usikkert grunnlag for å utpeke Eninvest som SMP sammenlignet med regionale aktører på kablet bredbånd i andre geografiske områder.

3.7 Eninvest kan ikke opptre uavhengig av vertikalt integrerte nasjonale aktører

3.7.1 Konkurransulempe mot kombinerte fastnett og mobiloperatører

I Norge er det tre aktører som både har mobilnett og kablet bredbåndnett. Disse er Telenor, Telia og Lyse Tele.⁵³ Aktører som både eier mobilnett og fiber/HFC kan ha konkurransefordeler som rene «faste» aktører som Eninvest ikke har:

- Større geografisk nedslagsfelt og større valgfrihet til kunder gjennom at man kan kombinere faste og mobilbaserte bredbåndsteknologier
- Større grad av redundans og stabilitet til sluttkunde ved at mobilnett kan benyttes når lokal fiber/HFC-tilgang er ute av drift
- Kan selge mobilabonnementer og bredbånd samlet («bundling»)

⁵³ Altibox, Ice Communication Norge, Lyse Fiber og Signal Bredbånd er fra 2024 slått sammen i Lyse Tele AS.

- Kan i en større grad benytte seg av eksisterende kundeforhold på mobiltelefoni i akkvisisjon og bevaring av kunder

Eninvest har ingen mulighet til å lønnsomt kunne etablere seg som mobiloperatør eller å investere i mobildekning. Dette må i så fall gjøres gjennom å kjøpe tilgang til mobilnett fra Telenor, Telia eller Lyse Tele – enten som en tjenesteleverandør eller ved et samarbeid med en mobiloperatør under mobiloperatørens egen merkevare. Eninvest står da uansett overfor en vesentlig kostnadsulempe sammenlignet med konkurrenter med eget mobilnett.

Det fremstår uklart om Eninvest har en reell mulighet til å tilby FTB på konkurransedyktige vilkår. Nkom har i vedtak av 9. april 2024 konkludert med at Telenor innehar en sterk markedsstilling i grossistmarkedet for tilgang til offentlig mobilnett (marked 15), og at dette markedet ikke tenderer mot effektiv konkurranse.⁵⁴

Eninvest sin begrensede mulighet til å benytte seg av mobilbaserte tjenester sammenlignet med konkurrenter taler imot at Eninvest innehar en sterk markedsstilling. Dette er også fordi Eninvest ikke kan handle uavhengig av sine konkurrenter for eventuelle tilbud av mobilbaserte tjenester.

3.7.2 Konkurransulempe mot integrerte aktører på TV-distribusjon

Tilbydere av bredbånd er også avhengig av å kunne tilby TV-tjenester for å kunne være konkurransedyktige for kunder som etterspør både bredbånd og TV.

Telenor, Telia og Lyse Tele er integrerte aktører som har en egen integrert virksomhet på TV-distribusjon. Dette innebærer at de fremforhandler avtaler med TV-kanaler og strømmetjenester, og at de utvikler egen programvare og maskinvare for TV- og multimedieinnhold.

Små regionale aktører som Eninvest er avhengig av å inngå avtaler med tilbydere av TV-innholdstjenester for å kunne være konkurransedyktig på bredbåndsvirksomheten. Eninvest har i dag både avtaler med Telia og Lyse Tele (Altibox) for TV-distribusjon.

Eninvest er i praksis avhengig av å kjøpe en essensiell innsatsfaktor (innholdstjenester) av en integrert nasjonal aktør for å kunne være konkurransedyktige for salg av kunder som ønsker både bredbånd og TV.

Eninvest sitt begrensede volum nasjonalt gjør det heller ikke lønnsomt å skulle gjøre seg uavhengig av sine

⁵⁴ Nkom, Vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlig Mobilkommunikasjonsnett, sak 2300455, 9. april 2024.

konkurrenter ved å etablere en egen og integrert virksomhet innen TV-distribusjon.

En slik posisjon er sjelden forenlig med å inneha en sterk markedsstilling – blant annet fordi Eninvest ikke kan handle uavhengig av sine konkurrenter på TV-distribusjon.

3.8 Eninvest møter sterk konkurranse på utbygging og på eksisterende fiberkunder

3.8.1 Stor grad av konkurranse på tilskudd til bredbåndsutbygging i Sunnfjord og Nordfjord

Eninvest har gitt oss tilgang til alle avgjorte anbudskonkurranser om offentlig tilskudd på bredbåndsutbygging (forvaltet av Nkom) som Eninvest har deltatt i for perioden 2021 til april 2024. I Sunnfjord og Nordfjord er dette totalt [redacted] konkurranser der det totalt konkurreres om maksimalt [redacted] millioner kroner i tilskudd.

Tabell 3-1 viser en oversikt over hvor mange konkurrenter som har deltatt i disse anbudene. Det er [redacted] der Eninvest var eneste deltaker. I [redacted] konkurransene var det to deltakere [redacted] av konkurransene som Eninvest deltok i var det tre deltakere. [redacted] av konkurransene var det hele fire deltakere.

Tabell 3-1: Antall deltakere i offentlige anbud om tilskudd til utbygging av bredbånd

Antall deltakere i anbudskonkurranse	Andel av konkurransene	Andel av Nkom-midler
1	[redacted]	[redacted]
2	[redacted]	[redacted]
3	[redacted]	[redacted]
4	[redacted]	[redacted]

Kilde: Anbudsdata mottatt fra Eninvest, sammenstilt ved Oslo Economics. Basert på informasjon om totalt [redacted] anbudskonkurranser i Sunnfjord og Nordfjord om totalt MNOK [redacted] i Nkom-midler der Eninvest har deltatt i perioden 2021 til mars 2024.

Tabell 3-2 viser hvilke konkurrenter Eninvest møter i disse anbudskonkurransene. I [redacted] konkurranser møter Eninvest konkurranse fra Telenor. I [redacted] [redacted] møter Eninvest (og Telenor) også konkurranse fra Nettstar. [redacted] Homenet en konkurrent. Både Telenor og Nettstar, i tillegg til Eninvest, vinner anbud i Sunnfjord og Nordfjord.

Tabell 3-2: Oversikt over hvilke konkurrenter Eninvest møter i offentlig anbud om tilskudd til utbygging av bredbånd

Deltaker	Andel av konkurransene	Andel av Nkom-midler
Telenor	[redacted]	[redacted]
Nettstar	[redacted]	[redacted]
Homenet	[redacted]	[redacted]

Kilde: Anbudsdata mottatt fra Eninvest, sammenstilt ved Oslo Economics. Basert på informasjon om totalt [redacted] anbudskonkurranser i Sunnfjord og Nordfjord om totalt MNOK [redacted] i Nkom-midler der Eninvest har deltatt i perioden 2021 til mars 2024.

Resultatene viser effektiv infrastrukturkonkurranse og er ikke forenlige med at Eninvest innehar en sterk markedsposisjon i Sunnfjord og Nordfjord. Det fremstår som helt klart at Eninvest ikke kan opptre uavhengig av sine konkurrenter. Dette underbygges blant annet av at Eninvest møter konkurranse fra Telenor i så godt som alle anbudskonkurranser.

3.8.2 Aktivt dørsalg i områder der Eninvest har bygget ut fiber

Eninvest har også gitt oss tilgang til en oversikt over tilfeller der Eninvest har registrert dørsalg i felt der Eninvest har bygget ut fiber.

I oversikten vi har mottatt er det registrert totalt [redacted] boligfelt med dørsalg mot Eninvest sine kunder mellom 2022 og 2024. Dersom vi ekskluderer dørsalg med VULA er det totalt [redacted] felt. Telenor står for over [redacted] prosent av slike aktive dørsalg mot Eninvest sine kunder i disse [redacted] feltene (Tabell 3-3).

Av de [redacted] feltene har Eninvest registret antall husstander («homes passed») kun for de siste seks registrerte feltene. Disse varierer mellom [redacted] med et gjennomsnitt på [redacted] husstander. Dersom vi legger til grunn at et felt i snitt utgjør mellom [redacted] husstander utgjør de [redacted] feltene et sted mellom [redacted] husstander. I følge Ekomstatistikken hadde Eninvest ca. 23 500 kunder i første halvår 2023. Det registrerte dørsalget kan således utgjøre en betydelig andel av Eninvest sine kunder.

Det bemerkes at dette er en oversikt med vesentlige mørketall. For at Eninvest skal få informasjon om aktivt dørsalg mot kunder, er de avhengige av at kunder tar kontakt med Eninvest og informerer om konkurrerende tilbud. Det er dermed kun i større felt der mange husstandninger blir kontaktet av dørselgere at det er sannsynlig at Eninvest får vite om dørsalg mot deres kunder.

Tabell 3-3 viser hvilke aktører som driver aktivt dørsalg mot Eninvest sine kunder. Av de [redacted] tilfellene som er registrert (VULA ekskludert) utgjør Telenor over [redacted] prosent av tilfellene. I tillegg har også Global Connect og Nettstar en tilstedeværelse.

Tabell 3-3: Konkurrenter som har drevet aktivt dørsalg i felt der Enivest har utbygd fiber i 2022-2024 (t.o.m. mars)

Aktør	Antall felt	Andel
Telenor	■	■
Global Connect	■	■
Nettstar	■	■
Totalt	■	100 %

Kilde: Oversikt over registrerte dørsalg fra Enivest, sammenstilt ved Oslo Economics. Oversikten gjelder totalt ■ felt der Enivest har fiberkunder og Enivest har registrert dørsalg fra konkurrenter i perioden fra 2022 til mars 2024. Oversikten er ikke komplett: Informasjonen registreres hos Enivest gjennom at kunder tar kontakt med Enivest om konkurrerende tilbud.

I Tabell 3-4 fremkommer hvilken teknologi konkurrerende tilbud til Enivest sin fiber har basert seg på. Det er her verdt å merke seg at over en tredjedel av dørsalget har vært FTB. I tillegg er det to tilfeller der Telenor både har tilbudt FTB og fiber. Dette viser at Telenor kan spille på både mobilbasert og kabelbasert teknologi for å vinne flere kunder, slik som også beskrevet under kapittel 3.7.1.

Tabell 3-4: Tilbudt teknologi fra konkurrenter som har drevet aktivt dørsalg i felt der Enivest har fiber i 2022-2024 (t.o.m. mars)

Teknologi	Antall	Andel
Fiber	■	■
FTB	■	■
Fiber og FTB	■	■
Totalt	■	100 %

Kilde: Oversikt over registrerte dørsalg fra Enivest, sammenstilt ved Oslo Economics. Oversikten gjelder totalt ■ felt der Enivest har fiberkunder og Enivest har registrert dørsalg fra konkurrenter i perioden fra 2022 til mars 2024. Oversikten er ikke komplett: Informasjonen registreres hos Enivest gjennom at kunder tar kontakt med Enivest om konkurrerende tilbud.

Denne oversikten underbygger blant annet at Telenor konkurrerer aktivt med FTB i områder der Enivest allerede har bygget ut fiber. Dette er dermed i direkte motstrid til Nkom sin påstand i avsnitt 179 i markedsanalysen: «Det er heller ikke noe som tyder på at Telenor vil bruke FTB til aktivt å konkurrere i andre tilbydere fiberområder». Som vi også pekte på i kapittel 2.4.4 er ikke denne påstanden nærmere dokumentert av Nkom.

Dataene fra Enivest viser dermed vesentlig konkurranse på eksisterende Enivest-kunder basert på flere ulike teknologier. Dette er ikke konsistent med at Enivest kan opptre uavhengige av sine konkurrenter, og

⁵⁵ Nkoms oppdaterte markedsanalyse, 14. mars 2024, side 707.

dermed heller ikke konsistent med at Enivest kan inneha en sterk markedsstilling.

3.9 Nærmere om Telenor som konkurrent i markedet

Nkom beskrivelse av Telenor i markedsanalysen bærer etter vår vurdering preg av at Telenor behandles som en potensiell konkurrent. Nkom vurderer at konkurransen fra Telenor potensielt kan øke, men knytter tilsynelatende betydelig usikkerhet til dette. Vi viser for eksempel til at Nkom i markedsanalysen avsnitt 707 skriver:

«Potensiell konkurranse fra FTB kan begrense muligheten til å utøve markedsrett. Høy og økende FTB-dekning kan trekke i retning av at FTB-tilbud fra Telenor, Telia og deres grossistkunder, og potensielt også fra Altibox-partnere, vil representere en viss potensiell konkurranse til Enivest i Sunnfjord og Nordfjord, noe som i utgangspunktet kan svekke Enivests markedsstilling i årene fremover».⁵⁵

Etter vår vurdering, undervurderer Nkom Telenors rolle og konkurransekraft i det relevante markedet, ikke minst i lys av at et fremadskuende perspektiv over flere år skal legges til grunn. Nkom anerkjenner likevel i oppdatert markedsanalyse tilsynelatende en viss utvikling for FTB, og uttrykker videre i avsnitt 707 at

«FTB, særlig fra Telenor, har fått et visst fotfeste i Sunnfjord og Nordfjord, med 11 % andel av bredbåndskundene. Dette indikerer at FTB potensielt kan utgjøre en stadig viktigere konkurransefaktor i dette markedet».

Etter vår vurdering viser dette at Telenor må betraktes som en vel etablert faktisk konkurrent i markedet, som på kort tid har økt sin markedsandel betraktelig – dette på samme tid som Enivest sin markedsandel har falt.

Telenor kan som «utfordrer» som har fått fotfeste i dette markedet ikke betraktes som en hvilke som helst nykommer på vei inn i markedet, og aktøren starter på ingen måte på bar bakke i konkurransen med Enivest. Vi viser her særlig til Telenors nåværende posisjon som SMP i det nåværende nasjonalt avgrensede markedet.

Telenor beskriver seg også selv som sentral i en historisk modernisering av mobil- og fibernettet.⁵⁶ I en uttalelse fra september 2021 ved Telenors utbyggingsdirektør fremkommer det at:

⁵⁶ <https://www.telenor.no/om/presse-og-media/pressemeldinger/historisk-modernisering-av-telenettet.jsp>. Nyhetssaken er datert 2. september 2021.

«Telenor er midt i moderniseringen av mobil- og fibernettet. I løpet av de nærmeste to årene skiftes alt utstyr på alle de 8350 basestasjonene, og det bygges en del nye der kobberlinjene avvikles». ⁵⁷

Av samme uttalelse fremgår det at Telenor har forventet å ferdigstille 5G i hele Telenors nett i første halvår 2024, med en økning av antall basestasjoner på omkring 9 000. Videre fremgår det av samme uttalelse at:

«I løpet av to år vil Telenor bygge nærmere 250 nye basestasjoner der det i dag er mangelfull eller ikke-eksisterende dekning. Utbyggingen gjøres i forbindelse med utfasingen av det over 100 år gamle kobbernettet. Dette er basestasjoner det under normale omstendigheter ville blitt for dyrt å bygge ut, men som vi likevel bygger ut for å gi dekning når kobbernettet er borte. Vi har lovet at alle skal få et nytt og bedre nett, og det løftet holder vi».

Nyere informasjon på Telenors hjemmeside viser at utbyggingen i hovedsak skal være ferdig over hele landet i løpet av 2025. ⁵⁸ Per i dag markedsfører Telenor sitt FTB tilbud som et «stabil og raskt bredbånd levert over Norges beste mobilnett». ⁵⁹

Telenor viser videre til at «Nå tar vi ytterligere steg med å befeste 5G som et attraktivt bredbåndprodukt ved å tilby Trådløst bredbånd med hastigheter på 200, 300 og 500 Mbps».

Telenor redegjør på sin hjemmeside for at:

«Nå bygger vi 5G over hele landet og stadig flere får tilgang til lynraske hastigheter. Alt du trenger er en liten antenne på vegg – en super løsning for deg som ikke har tilgang til vårt fibernet».

Videre har Telenor også et tilbud for kunder som fortsatt ikke har fått 5G:

«Får du ikke de høye hastighetene nå, kan du enkelt oppgradere når 5G blir tilgjengelig hos deg».

Telenor viser på egne nettsider (våre uthevninger) til at det er «viktig å huske at 5G ikke bare betyr bedre mobilopplevelser, det er også **nøkkelen til full internettdekning**. Med Trådløst Bredbånd klargjort for 5G kan vi nemlig tilby høyhastighetsinternett også på steder der dette tidligere ikke har vært mulig – fra Finnmark til

Agder, og Vestland til Innlandet. **Telenor tilbyr bredbånd i hele landet, via ulike teknologier, avhengig av hvor i landet du bor**».

Nkom viser i markedsanalysen også til at Telenor er den klart største tilbyderen i et samlet norsk ekommarked og har hatt en slik rolle over tid. ⁶⁰ Det fremkommer også av oppdatert markedsanalyse at Telenor er godt stilt og har gode forutsetninger for videre utbygging. ⁶¹

Nkom registrerer også i oppdatert markedsanalyse at Telenor, som nest største tilbyder i Sunnfjord og Nordfjord, er tilbyderen med det bredeste tjenestesortimentet i Norge, som i dag er nest største tilbyder i Sunnfjord og Nordfjord. Videre viser Nkom til at Telenor har omfattende fiberaksess- og HFC baserte aksessnett i mange geografiske områder, og passiv infrastruktur (rør, stolper, master) i noen områder, som i mange tilfeller vil kunne benyttes til videre utbygging av bredbåndnett. Nkom peker i revidert analyse også på at Telenor har et landsdekkende mobilnett med tilbud om FTB i store områder, landsdekkende transportnett og landsdekkende kringkastingsnett. Nkom omtaler også bla. at Telenor har et etablert apparat for grossistsalg, både for fiber – og FTB basert bredbånd mv.

Telenor har som kjent også per i dag SMP i markedet og er pålagt særskilt regulering per i dag i bredbåndsmarkedet. Telenor har også i en årrekke hatt dominerende stilling i grossistmarkedet for tilgang til og originering i mobilnett i form av nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og tilgang for tjenesteleverandører samt i sluttbrukermarkedet for mobile kommunikasjons-tjenester. ⁶²

Telenor må stadig anses som en integrert aktør med landsdekkende mobilnett, integrert virksomhet på TV-distribusjon, nasjonalt salgs- og markedsføringsapparat, betydelig størrelse og finansiell styrke, og forventes å ha stordrifts/samdriftsfordeler. Det ville etter vår vurdering være mer nærliggende for Nkom å vurdere forventet markedsutvikling og konkurransepress som usikkert dersom det var en annen aktør, uten slike egenskaper som Telenor, som hadde fått fotfeste i Sunnfjord og Nordfjord. Vi viser her også til at FTB, særlig fra Telenor, på kort tid har oppnådd en andel på 11 prosent av bredbåndskundene i Sunnfjord og Nordfjord.

På bakgrunn av det ovennevnte, bør Telenors konkurransekraft i et femårs perspektiv ikke beheftes med så stor usikkerhet som det som legges til grunn i Nkoms

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Telenor.no/5G.

⁵⁹ Telenor.no/privat/internett/tradlost-bredband/.

⁶⁰ Nkoms oppdaterte markedsanalyse 14. mars 2024, punkt 696.

⁶¹ Nkom oppdatert markedsanalyse 14. mars 2024, punkt 696-699.

⁶² Se Konkurransetilsynets vedtak V2018-20 .

markedsanalyse. Det er rimelig å anta at det reelle konkurransepresset fra Telenor undervurderes av Nkom.

3.9.1 Telenors nasjonale tilstedeværelse på fiber

I tillegg til et landsdekkende mobilnett, har Telenor også omfattende fiber- og HFC-dekning i mange geografiske områder i landet samt pågående utbygging av fiber. Telenors stilling som ekomtilbyder nasjonalt og omfattende fibernetten anerkjennes også av Nkom i oppdatert markedsanalyse punkt 696:

Telenor er den klart største tilbyderen i et samlet norsk ekommarked, og har vært det over tid. Telenor er en nasjonal tilbyder av ekomnett og ekomtjenester og har det bredeste tjenest Sortimentet av tilbyderne i Norge. Telenor har omfattende fiber- og HFC-baserte aksessnett i mange geografiske områder. Telenor har også passiv infrastruktur (rør, stolper og master) i noen områder, og denne infrastrukturen vil i mange tilfeller kunne benyttes til videre utbygging av bredbåndsnett. I tillegg har Telenor et landsdekkende mobilnett med tilbud om FTB i store områder, landsdekkende transportnett og landsdekkende kringkastingsnett.⁶³

Av ovennevnte sitat, viser Nkom også til at Telenors passive infrastruktur i mange tilfeller vil kunne benyttes til videre utbygging av bredbåndsnett. Tilsvarende fremholder Nkom i avsnitt 699 at Telenor «har gode forutsetninger for videre nettutbygging» i det geografiske området Nordfjord og Sunnfjord.⁶⁴

Telenor har også frem til i dag vært en viktig grossistleverandør, og har et etablert apparat for grossistsalg av fiber, noe som også omtales i oppdatert markedsanalyse punkt 697:

Noen av Telenors konkurrenter er avhengige av Telenor for å levere bredbåndstjenester i sluttbrukermarkedet. Dette gjør Telenor til en viktig grossistleverandør og er egnet til å gi Telenor en fordel i forhandlinger med sine tilgangskjøpere. Telenor har et etablert apparat for grossistsalg, både for fiber- og FTB-basert bredbånd, for mobiltjenester og for mørk fiber, bølgelengder og andre transporttjenester.⁶⁵

På bakgrunn av det ovennevnte oppfatter vi at Nkom vurderer at Telenor i utgangspunktet er godt stilt og har gode forutsetninger for videre utbygging av fiber.

3.10 Usikkerhet må hensyntas i SMP-vurdering

Som også beskrevet i kapittel 2.2, anerkjenner Nkom en vesentlig usikkerhet i sin beskrivelse i konkurranseforholdene i Sunnfjord og Nordfjord. Blant annet pekes det på at det er en betydelig usikkerhet i hvilken betydning FTB vil få for konkurransen i Sunnfjord og Nordfjord i årene fremover. Som beskrevet i kapittel 3.6, synes Nkom også å mene at FTB har et større potensial som konkurransekraft i Sunnfjord og Nordfjord enn i flere øvrige områder.

Nkoms vurdering av om Eninvest faktisk innehar en sterk markedsstilling i et femårsperspektiv synes å avhenge kritisk av i hvilken grad FTB vil kunne disiplinere Eninvest i årene fremover.

Vesentlig usikkerhet og teknologisk utvikling taler for at Eninvest sin posisjon er usikker i årene fremover – som videre taler imot en stabil posisjon. Denne usikkerheten taler dermed imot at Eninvest er en SMP, og dette bør vektlegges i konklusjonen.

I tillegg kan det å feilaktig regulere en aktør som faktisk ikke er SMP kunne ha vesentlige negative effekter på konkurransen. Dette beskrives nærmere i kapittel 4.

3.11 Oppsummering: Ikke et grunnlag for at Eninvest har en sterk markedsstilling

I dette kapitlet har vi gjennomgått Nkoms grunnlag til å utpeke Eninvest som aktør med sterk markedsstilling. Oppsummert finner vi at det ikke foreligger et grunnlag for at Eninvest innehar en sterk markedsstilling etter ekomlovens og/eller konkurranserettens bestemmelser.

For det første har ikke Eninvest en markedsandel som gir presumpsjon om sterk markedsstilling dersom man legger til grunn en korrekt geografisk markedsavgrensning om et nasjonalt eller tilnærmet nasjonalt relevant geografisk marked.

Videre finner vi at Nkoms beskrivelse av Eninvest og konkurrentenes markedsdekning og parallelldekning i Sunnfjord og Nordfjord ikke er konsistent med produktmarkedsavgrensningen. Dersom man legger til grunn produktmarkedet som Nkom har avgrenset, så har Telenor større dekning i området enn Eninvest, og parallelldekningen er svært høy – som innebærer at Eninvest i vesentlig grad blir disiplinert av sine

⁶³ Nkom, oppdatert markedsanalyse 14. mars 2024, punkt 696.

⁶⁴ Nkom, oppdatert markedsanalyse 14. mars 2024, punkt 699.

⁶⁵ Nkom, oppdatert markedsanalyse 14. mars 2024, punkt 697.

konkurrenter. Det bemerkes videre at Nkom selv vurderer at FTB har en større konkurransekraft i Sunnfjord og Nordfjord enn i de fleste andre regioner.

Eninvest står videre overfor vesentlige konkurranseulemper sammenlignet med nasjonale aktører i form av tilgang på mobilnett og på TV-distribusjon. Dersom Eninvest skal kunne benytte seg av mobilbasert teknologi (f.eks. FTB, redundans eller bundling mellom mobil og bredbånd) i konkurranse med f.eks. Telenor, er Eninvest avhengig av å kjøpe tilgang hos en

mobilooperatør. Tilsvarende er Eninvest også avhengig av å kjøpe tilgang på TV-distribusjon.

Endelig foreligger det klare bevis på at Eninvest møter sterk konkurranse både på utbygging og mot eksisterende fiberkunder.

Hver av ovennevnte forhold tilsier at Eninvest ikke kan opptre uavhengig av sine konkurrenter – og er dermed ikke forenlig med å kunne inneha en sterk markedsstilling.

4. Risiko for stor konkurranseskade ved markedsregulering basert på et uriktig grunnlag

Dersom det på et feilaktig grunnlag pålegges forpliktelser på aktører som faktisk ikke har en sterk markedsstilling (SMP), kan dette ha store negative konsekvenser i form av reduserte investeringer på bredbåndsinfrastruktur, som kan gi uopprettelig konkurranseskade.

Nkom anerkjenner selv at det er en betydelig usikkerhet knyttet til både markedsavgrensning og for de konkrete vurderingene av aktørenes markedsstilling. Denne usikkerheten innebærer i så fall en høy risiko for å innføre en regulering basert på feilaktig grunnlag.

Uten et sterkere informasjonsgrunnlag som underbygger at aktører faktisk innehar sterk markedsstilling, burde Nkom dermed være tilbakeholdne med å pålegge aktører særlige forpliktelser om tilgang.

4.1 Intensjonen bak markedsreguleringen

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.

Målet skal oppnås ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse i ekommerket. Nkom beskriver blant annet i dokumentet «Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling» at den viktigste årsaken til konkurranseproblemer i ekommerketene er en eller flere former for etableringshindringer.⁶⁶ I markeder med store og dominerende aktører, kan slike tilbydere reguleres særskilt ved å ilegge ulike plikter.

Pliktene skal bidra til å gi andre tilbydere et bedre konkurransegrunnlag, slik at disse kan etablere og

oppretholde et konkurransedyktig tilbud i markedet. Intensjonen med slik markedsregulering er å bidra til å fremme bærekraftig konkurranse og nå overordnede mål gitt ved ekomloven. Nkom uttrykker at «hensikten med forslaget til ny regulering er å styrke konkurransen i markedet og bidra til økt valgfrihet for forbrukerne».⁶⁷

4.2 Naturlige monopoler med SMP bør reguleres

Et bredbåndsmarked som kjennetegnes ved en faktisk dominerende aktør eller en aktør med sterk markedsstilling (SMP) kan ha egenskaper som minner om et «naturlig monopol».

Naturlige monopoler kan oppstå i markeder med høye faste kostnader og fallende gjennomsnittskostnader. Dette er gjerne tilfellet for markeder der det er nødvendig å foreta store infrastrukturinvesteringer for å kunne være i stand til å konkurrere. Dersom én aktør har gjort slike større investeringer, vil det ofte ikke være lønnsomt for faktiske og potensielle konkurrenter å duplisere slike investeringer. Dermed oppnår den første aktøren en monopolsituasjon som i praksis ikke blir utfordret. Denne aktøren vil da normalt kunne oppnå en dominerende posisjon eller sterk markedsposisjon (SMP).

Økonomisk aktivitet knyttet til jernbane, vei og strømmnett er typiske eksempler på slike naturlige monopoler. I Norge har også mobilnettene historisk vært preget av begrenset infrastrukturkonkurranse.

Dersom styrket konkurranse gjennom å tilrettelegge for konkurrerende infrastruktur ikke er realistisk, kan konkurransen potensielt styrkes gjennom å tilrettelegge for at flere aktører kan benytte seg av samme infrastruktur. I ekommerket blir dette gjort ved å pålegge aktører med SMP særlige forpliktelser om å gi konkurrenter tilgang til å bruke egen infrastruktur.

Resultatet av dette er blant annet styrket konkurranse om kundene, økt valgfrihet, høyere kvalitet på tjenestene og potensielt også lavere priser. Dette innebærer at tilgangsregulering normalt er samfunnsøkonomisk

⁶⁶ Nkom (tidl. Post- og Teletilsynet): Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling, 12. juni 2009, punkt 10.

⁶⁷ Nkom.no/aktuelt/nkom-besoker-bredbandsaktører.

effektivt i markeder der infrastrukturbasert konkurranse ikke er realistisk.

4.3 Negative konsekvenser av å feilaktig pålegge forpliktelser på aktører som ikke har SMP

Hvis en aktør pålegges forpliktelser om å gi konkurrenter tilgang til egen infrastruktur, reduseres samtidig lønnsomheten ved å investere og utvikle infrastruktur.

Dette gjelder både for aktører som blir tilgangsregulert og for konkurrentene.

4.3.1 Tilgangsregulerte aktører reduserer sine investeringer

Aktører som blir pålagt tilgangsforpliktelser må forholde seg til en lavere grossistmargin fremfor en høyere samlet detaljist- og grossistmargin. Utsikter til lavere inntekter reduserer dermed også lønnsomheten for å foreta investeringer på ny infrastruktur samt å vedlikeholde eksisterende infrastruktur. Dette innebærer at en aktør som blir tilgangsregulert vil redusere sine investeringer, som isolert sett fører til redusert samfunnsøkonomisk effektivitet. Reduserte investeringer fra den tilgangsregulerte aktøren vil i sin tur gi svekkede insentiver for konkurrenter om å utføre tilsvarende investeringer. Dette gir dermed selvforsterkende effekter i form av redusert infrastrukturinvesteringer.

Dersom Eninvest tilgangsreguleres, vil dermed Eninvest sine insentiver til å investere ytterligere i fiberutbygging bli redusert – ettersom de da i større grad må hensynta grossistpriser og ikke detaljistpriser i sine investeringsbeslutninger.

I henhold til Nkom sin egen analyse (bl.a. avsnitt 706 i oppdatert analyse), er også fiberutbygging særlig dyrt i Eninvest sitt område som følge av spredt bebygging. En reduksjon av avkastningen ved slike investeringer vil dermed gi større utslag på reduserte investeringer i «Sunnfjord og Nordfjord» enn en del andre områder.

4.3.2 Konkurrenter til tilgangsregulerte aktører reduserer sine investeringer

Virkninger i form av reduserte investeringer er trolig enda sterkere blant Eninvest sine konkurrenter. Aktører som Telenor, som alternativt kan investere i både kabelbasert og mobilbasert infrastruktur for å konkurrere om Eninvest sine kunder, kan nå konkurrere gjennom å leie tilgang til Eninvest sin infrastruktur.

Dette reduserer helt åpenbart lønnsomheten for Telenor og andre ved å gjennomføre slike investeringer. I stedet for å gjøre en dyr investering med et potensielt usikkert inntektsgrunnlag, kan de konkurrere om samme kunder nærmest uten finansiell risiko ved å leie tilgang til Eninvest sin infrastruktur.

For kundene og for konkurransen er det åpenbart negativt dersom Telenor og andre reduserer sine investeringer. Alternativt kunne kundene hatt muligheten til å velge mellom flere aktører basert på ulik og uavhengig infrastruktur – der kundene har mulighet til å «spille» ulike bredbåndsaktører mot hverandre.

Dersom Telenor og andre lønnsomt kan gjøre lønnsomme bredbåndsinvesteringer basert på mobilnett og/eller kablet nett, kan tilgangsregulering av Eninvest dermed føre til en betydelig forverring i både konkurransesituasjonen og for samfunnsøkonomisk effektivitet.

Reduserte investeringsinsentiver for Eninvest sine konkurrenter vil også gi selvforsterkende negative effekter ved at også Eninvest sine insentiver til å investere reduseres når Telenor og andre reduserer sine investeringer.

4.4 Nkom må unngå å feilaktig utpeke SMP og innføre særlige forpliktelser

Nkom sin markedsanalyse er preget av en vesentlig grad av usikkerhet – noe som Nkom også selv anerkjenner flere steder i markedsanalysen.⁶⁸

Mye av denne usikkerheten kan ikke reduseres ettersom markedsanalysen og reguleringene er fremadskuede – og fremtidig utvikling er som kjent usikker og uansett ikke mulig å predikere med en lav grad av usikkerhet.

Det er særlig tre forhold som fremstår som usikre i Nkom sin analyse – og de tre forholdene er til dels avhengig av hverandre:

1. Vi observerer en stor vekst i FTB, men veksten og konkurransekraften fra FTB er usikker i et femårs-perspektiv.
2. Den geografiske markedsavgrensningen er usikker. Selv om Nkom synes å mene at markedet ikke er nasjonalt, er avgrensningen av de ulike geografiske markedene uansett svært usikker.

⁶⁸ Se Nkoms oppdaterte markedsanalyse, blant annet punkt 374 – 375, 492, 517, 556, 586, 617, 648, 672, 708, 734 osv.

3. Utover markedsandeler (som gir presumpsjon om SMP) er det svake økonomiske bevis på at den største aktøren i hver region faktisk kan opptre uavhengig av sine konkurrenter.

Alle disse tre forholdene kan påvirke konklusjonen om en aktør faktisk innehar en SMP. Ettersom Nkom utviser en faktisk usikkerhet om alle disse tre forholdene, innebærer dette at Nkom sin konklusjon også er svært usikker.

Når en står overfor usikre bevis, er det videre også risiko for å trekke feil konklusjon. Som reguleringsmyndighet som har som mål å sikre effektiv konkurranse i bredbåndsmarkeder, er det dermed også sentralt at en også tar høyde for konsekvenser av å eventuelt innføre regulering basert på uriktige konklusjoner.

4.4.1 Konsekvenser av å innføre reguleringer basert på uriktige konklusjoner

Nkom kan i prinsippet gjøre to typer reguleringsfeil når det gjelder markedsregulering.⁶⁹

1. **Falsk positiv/type 1 feil:** Eninvest har ikke SMP, men Nkom utpeker Eninvest som SMP og pålegger Eninvest særlige forpliktelser
2. **Falsk negativ/type 2 feil:** Eninvest har SMP, men SMP utpeker ikke Eninvest som SMP, og Eninvest pålegges ikke særlige forpliktelser

Begge disse feilene vil ha negative konsekvenser. Feil som innebærer å feilaktig regulere en aktør som ikke

har SMP (falsk positiv) vil ha betydelig mer negative konsekvenser enn å ikke regulere en aktør som burde ha blitt regulert (falsk negativ).

De negative konsekvensene ved en falsk positiv/type 1 feil er nærmere redegjort for under kapittel 4.3. De negative konsekvensene ved en slik feilaktig regulering vil også i en vesentlig grad være irreversible. Dette betyr at en eventuell lettelse på reguleringen ved et senere tidspunkt i liten grad vil kunne rette opp i konkurransekaden som har skjedd.

Dersom man feilaktig unnlater å regulere en aktør som faktisk innehar en SMP, vil det riktignok oppstå negative konsekvenser i form av redusert konkurranse basert på SMP-ens infrastruktur, som redegjort for i kapittel 4.2. Disse negative konsekvensene er imidlertid i hovedsak gjeldende for perioden der man har unnlatt å regulere, og kan i en vesentlig grad rettes opp i ved å innføre reguleringer senere. De negative konsekvensene ved en slik «type 2»-feil (falsk negativ) er dermed i hovedsak reversible.

Dette poenget er også illustrert i Tabell 4-1. Dersom Eninvest faktisk har en sterk markedsstilling, så er det riktig å innføre en tilgangsregulering. Dersom Eninvest (eller andre aktører) derimot ikke har en sterk markedsstilling, så skal det heller ikke innføres en tilgangsregulering. Begge disse utfallene vil ha en positiv konsekvens i den forstand at reguleringen treffer det konkurranseproblemet som den er tiltenkt å avbøte.

Tabell 4-1: Konsekvenser av riktig og feil regulering under to scenarier om Eninvest sin faktiske markedsstilling. Type 1 feil basert på falsk positiv konklusjon må unngås

		Regulering	
		Eninvest pålegges særlige forpliktelser	Ingen særskilt regulering
Scenario	Eninvest har faktisk en sterk markedsstilling (SMP)	Positiv konsekvens <ul style="list-style-type: none"> • Korrekt regulering • Styrket konkurranse gjennom tilgangsforpliktelser • Begrensede negative virkninger på investeringer 	Liten negativ konsekvens (type 2 feil, falsk negativ konklusjon) <ul style="list-style-type: none"> • Aktør som har en sterk markedsstilling blir ikke pålagt forpliktelser • Noe negative konsekvenser av redusert konkurranse basert på Eninvest sin infrastruktur • Reversibel konkurransekade
	Eninvest har faktisk <u>ikke</u> en sterk markedsstilling (SMP)	Stor negativ konsekvens (type 1 feil, falsk positiv konklusjon) <ul style="list-style-type: none"> • Aktør som ikke har en sterk markedsstilling blir pålagt forpliktelser • Ineffektiv konkurransevridning, reduserte investeringer, svekket konkurranse • Ikke-reversibel skade 	Positiv konsekvens <ul style="list-style-type: none"> • Korrekt å ikke regulere • Fungerende konkurranse

⁶⁹ I lys av vårt mandat bruker vi Eninvest som eksempel, men diskusjonen er for øvrig generell.

På grunn av Nkoms usikkerhet om hvorvidt Eninvest faktisk innehar en sterk markedsstilling står Nkom overfor en risiko for å regulere feil:

- Hvis Eninvest faktisk innehar en sterk markedsstilling, kan Nkom gjøre en type 2-feil (falsk negativ) ved å ikke regulere Eninvest. Dette vil i så fall ha negative konsekvenser i form av noe svekket konkurranse.
- Hvis Eninvest faktisk ikke innehar en sterk markedsstilling, kan Nkom gjøre en type 1-feil (falsk positiv) ved å regulere Eninvest. Konsekvensene ved en slik feil er svært alvorlige.

Usikkerheten sammenholdt med konsekvensene av potensielt å gjøre en alvorlig type 1-feil i reguleringen (basert på en falsk positiv konklusjon) må vektlegges av Nkom i sin markedsregulering. Dette innebærer at en utpeking av Eninvest som SMP, og de forpliktelsene som en slik konklusjon medfører, kun kan forsvares dersom det foreligger et informasjonsgrunnlag som tilsier at det er så godt som helt sikkert at Eninvest i kommende reguleringsperiode innehar en sterk markedsstilling etter ekomlovens bestemmelser.

Nkom sine egne analyser antyder at Nkom er usikre på om deres konklusjon om Eninvest sin markedsstilling faktisk er riktig. Denne usikkerheten i seg selv taler dermed for at Eninvest ikke bør utpekes som SMP som følge av høy risiko for uopprettelig konkurranseskade.

Vår gjennomgang av Nkom sitt grunnlag for å utpeke Eninvest som SMP i kapittel 2 viser dessuten at Nkom sin konklusjon etter all sannsynlighet er uriktig og at det faktisk ikke foreligger et reelt grunnlag for å utpeke Eninvest som SMP. Dette betyr i praksis at usikkerheten som Nkom skisserer i realiteten ikke er veldig stor. Dersom markedsanalysen skulle stå seg til et eventuelt vedtak vil dermed uopprettelig konkurranseskade fra en type 1-feil kunne oppstå med svært høy sannsynlighet.

4.4.2 Nkom har tatt hensyn til risiko for feil regulering i tidligere vedtak

Nkom gjorde også en analyse av bredbåndsmarkedet med markedsavgrensning i Marked 3a og 3b-vedtak av 20. desember 2018. I dette vedtaket ble det som nevnt konkludert med at det geografiske markedet var nasjonalt.⁷⁰

Som en del av analysen drøftet Nkom blant annet konsekvensene ved en «oppsplitting av markedet for bredbåndstilgang i flere geografiske markeder» - som implisitt ville medføre helt ulike vurderinger av regionale tilbyders markedsstilling. Dette fremkommer

blant annet i avsnitt 359 i Vedlegg 1 vedtaket (vår utheving):

(359) Utbyggingen av bredbåndsaksessnett for høyere kapasiteter er dessuten en dynamisk og pågående prosess, og det er viktig at det i denne sammenheng ikke defineres geografiske markeder som ikke hensyntar denne markedsdynamikken. Norske myndigheter ønsker å stimulere til utbygging av høykapasitets bredbåndnett i områder hvor slik utbygging foreløpig ikke har funnet sted. For å nå ekomplanens mål om 90 % 100 Mbit/s-dekning innen 2020, må forhåndsreguleringen av bredbåndsmarkedet innrettes slik at den gir insentiver for fortsatt utbygging av høykapasitetsnett. Slik Nkom ser det, vil en oppsplitting av markedet for bredbåndstilgang i flere geografiske markeder ikke nødvendigvis bidra til økte insentiver for slik utbygging.

Nkom beskriver dermed at utpeking av regionale SMP-er kan ha negative konsekvenser i form av reduserte insentiver til utbygging av høyhastighets bredbåndnett.

Som redegjort for under kapittel 4.3 er denne problemstillingen fortsatt svært relevant. Når det gjelder konkurransen som Eninvest møter i områdene der Eninvest har aktivitet, har vi kapittel 3 redegjort for at konkurransen knyttet til bredbåndsutbygging fortsatt pågår. Blant annet investerer og markedsfører Telenor bredbånd basert på både FTB og fiber i områder der Eninvest allerede har bygget ut fiber.

Basert på Nkom sin egen redegjørelse i vedtaket fra 2018 kan konsekvensene ved en slik regional regulering være svært alvorlige. Nkom sin egen redegjørelse i 2018 taler dermed for at det ikke bør utpekes SMP-er på regionale nivåer.

4.4.3 Konkurransetilsynet advarer om feil regulering i sitt hørings svar

Konkurransetilsynets høringsuttalelse til Nkoms markedsanalyse av 2. oktober 2023 gir uttrykk for å være positiv til «grep for å bidra til økt konkurranse om å levere bredbåndprodukter». Uttalelsen vektlegger imidlertid en anmodning om varsomhet om å innføre en regulering som gir reduserte insentiver til investeringer i egen infrastruktur (vår utheving).⁷¹

En kommende regulering av plikt for flere bredbåndstilbydere til å tillate at andre tilbydere leverer tjenester i deres nettverk kan påvirke bredbåndstilbydernes atferd i markedet, utover

⁷⁰ Nkom, Vedlegg 1: Analyse av grossistmarkedet for lokal tilgang til faste aksessnett (Marked 3a) og grossistmarkedet for sentral tilgang til faste aksessnett (Marked 3b), sak 1505331, 20 desember 2018, avsnitt 360.

⁷¹ Konkurransetilsynet, Høringsuttalelse – Nkom markedsanalyse av markedet for tilgang til faste aksessnett, 2. oktober 2023.

hensikten om å gi økt konkurranse i regulerte nett. Effekten av regulering er avhengig av flere konkurransemekanismer. Eksempelvis kan **tilbydernes insentiver til videre utbygging av egen infrastruktur, samt strategiske beslutninger for geografiske satsningsområder, bli påvirket.** Sett fra tilbyderes ståsted kan for eksempel **en forpliktelse om å gi konkurrerende aktører tilgang til egen infrastruktur, redusere den forventede lønnsomheten av videre utbygging** i det regulerte markedet. **Regulering kan føre til en lavere grad av investering fra aktører med sterk markedsstilling. Tilsvarende kan også tilbydere som ikke er regulert, få reduserte insentiver til videre utbygging,** dersom disse erfarer

usikkerhet knyttet til om utbyggingen vil medføre fremtidig regulering hvor de eksempelvis blir pålagt å gi konkurrerende aktører tilgang til egen infrastruktur.

Konkurransetilsynets anmodning om ikke å innføre reguleringer som påvirker infrastrukturkonkurransen negativt, er dermed konsistent med Nkom sin egen vurdering i 2018, samt beskrivelsene som gis i bl.a. kapittel 4.3 i denne rapporten.

Etter vårt syn underbygger Konkurransetilsynets høringsuttalelse at Nkom må utvise tilbakeholdenhet i reguleringen for å unngå å pålegge forpliktelser til aktører som reelt sett ikke har en sterk markedsstilling.

oslo**economics**

www.osloeconomics.no

E-post og telefon:
post@osloeconomics.no
+47 21 99 28 00

Besøksadresse:
Klingenberggata 7
0161 Oslo

Postadresse:
Postboks 1562 Vika
0118 Oslo