

Bedrift KONFIDENSIELT

Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Vår dato
19.03.2021

*Klagen er kun sendt per e-post til
firmapost@nkom.no*

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

KLAGE – PÅLEGG OM RETTING - LEVERANSEPREISISJON

1 Innledning

Det vises til vedtak fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet ("Nkom") av 19. februar 2021 hvor Telenor pålegges retting ved å sørge for at tilgangskjøpere av Operatøraksess oppnår samme leveransepresisjon som Telenors egen sluttbrukervirksomhet («vedtaket»).

Telenor påklager med dette vedtaket. Klagefristen ble opprinnelig fastsatt til 12. mars 2021. Denne er senere forlenget av Nkom til 19. mars 2021. Klagen er således rettidig fremsatt.

Et brudd på plikten til ikke-diskriminering må nødvendigvis bygge på at Telenor har behandlet de eksterne tilgangskjøperne på en mindre fordelaktig måte enn interne markedsutløp. Som Telenor har redegjort for i møter med Nkom og som ytterligere blir dokumentert i klagen, er så ikke tilfelle.

Telenor finner det også underlig at Nkom konkluderer med brudd på ikke-diskrimineringsplikten ene og alene basert på rapporterte KPIer for leveransepresisjon uten å se hen til det arbeidet som tilsynet selv er i ferd med å etablere. Nkom har nylig igangsatt en tredjepartsgjennomgang av Telenors systemer, prosesser, avtaler med entreprenører, rutiner mv av et eksternt revisjonsfirma og burde forventet resultatene av denne før det konkluderes med at det foreligger brudd på forpliktelsen til ikke-diskriminering.

Oppsummert bygger vedtaket på uriktig forståelse av forpliktelsen til ikke-diskriminering. Vedtaket mangler dermed rettslig grunnlag. I tillegg bygger vedtaket på uriktig forståelse av de faktiske forhold. Nkom vurderer ikke sammenlignbare tilfeller når det basert på rapporteringen av KPI konkluderes med at det foreligger brudd på plikten til ikke-diskriminering. For eventuelt å kunne konkludere med dette må det benyttes et datagrunnlag som omfatter sammenlignbare tilfeller. Når man

Group Legal
Advokater MNA

Head of Group Legal:
Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:

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

Telenor ASA
Group Legal

Kontoradresse:
Snarøyveien 30
1360 Fornebu
E-post:
kon.grouplegal@telenor.com

Postadresse:
P.B.800- 1331
Fornebu

Telefon:
67 89 00 00
Telefaks:
67 58 32 90

Bankgiro:
7058 06 28700

Hovedkontor:
Snarøyveien 30
1360 Fornebu
Organisasjonsnummer:
NO 982 463 718 MVA

sammenligner leveransepresisjon for oppdrag hvor entreprenør benyttes viser dataene at det ikke foreligger særlige avvik i leveringspresisjon. Telenor har gjort alt som med rimelighet kan forventes for å sikre at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling mellom intern og ekstern virksomhet. Forpliktelsen er dermed uansett ikke brutt og årsakene til avvik mellom rapporterte KPIer skyldes eksterne forhold utenfor Telenors kontroll. Det foreligger ingen forhold som kan rettes. Vedtaket er på denne bakgrunn ugyldig og må oppheves.

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

2 Det foreligger ikke brudd på forpliktelsen til ikke-diskriminering

Nkom baserer vedtaket på at det foreligger brudd på plikten til å ikke diskriminere mellom Telenors interne virksomhet og eksterne kjøpere av Operatøraksess (OA) hva gjelder leveransepresisjon. Telenor er uenig i at det foreligger brudd på forpliktelsene til ikke-diskriminering og mener at vedtaket av den grunn er ugyldig. Vi vil i det følgende utdype og begrunne dette.

2.1 Rettslige utgangspunkter

Plikten til ikke-diskriminering i marked 3a vedtaket er hjemlet i ekomloven § 4-7. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen i Ot. Prp nr 58 (2002-2003) s. 101 at

«Med ikke-diskriminerende menes at forpliktelsene som pålegges skal være like i like tilfeller, hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd.»

Det at plikten til ikke-diskriminering innebærer at like tilfeller skal behandles likt, men at ulike tilfeller vil behandles ulikt er et grunnleggende prinsipp som også forutsettes i de underliggende EU direktivene, se for eksempel tilgangsdirektivet artikkel 10.

I marked 3a vedtaket følger plikten til ikke-diskriminering av punkt 7.4. Tilsvarende forpliktelse følger av marked 3b vedtaket. I punkt 678 fremgår følgende:

*«Ikke-diskriminering innebærer ikke nødvendigvis at alle virksomheter skal gis identiske vilkår, men at eventuelle forskjeller i de vilkår som gis er basert på objektive kriterier. Hovedpoenget med ikke-diskriminering er at tilbydere med sterk markedsstilling **skal behandle likeartede situasjoner likt** når det gjelder priser, informasjon og vilkår for øvrig, uavhengig av hvilken virksomhet det gjelder.» [vår utheving]*

Av punkt 708 i marked 3a vedtaket fremgår det nærmere innholdet i forpliktelsen:

«Ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere og Telenors interne sluttbrukervirksomhet innebærer at Telenor skal tilby grossistprodukter til eksterne tilgangskjøpere til slike priser og vilkår, og med samme funksjonalitet, som gjelder for Telenors interne sluttbrukervirksomhet. Eksempler på vilkår hvor det ikke skal være forskjellsbehandling mellom Telenor og eksterne tilgangskjøpere, er systemtilgang, levering, feilretting og migrering.»

Videre fremgår det av punkt 714 at:

«Innenfor et EoO-regime er det ikke avgjørende for forpliktelsen om ikke-diskriminering hvordan Telenor definerer, strukturerer og organiserer forholdet mellom egen sluttbruker- og grossistvirksomhet, herunder hvilke systemer og prosesser som brukes mellom sluttbruker- og grossistvirksomheten. Systemene og prosessene som brukes av eksterne tilgangskjøpere, skal imidlertid ha samme grad av pålitelighet, funksjonalitet og kvalitet/ytelse som systemene og prosessene som brukes av Telenors interne sluttbrukervirksomhet [...]».

Ikke-diskrimineringsforpliktelsen i marked 3a er basert på EoO, og det grunnleggende prinsippet er at forpliktelsen gjelder å behandle sammenlignbare tilfeller likt. EoO er definert på følgende måte i EU-kommisjonens anbefaling fra 2013:

*“Equivalence of Output (EoO) means the provision to access seekers of **wholesale inputs comparable**, in terms of functionality and price, to those the SMP operator provides internally **to its own downstream businesses** albeit using potentially different systems and processes”.*

Marked 3a forpliktelsen (dvs tilgang til kobberbasert fysisk aksesslinje /OA) er ikke et tilgangsprodukt som lett kan sammenlignes med Telenors egenproduksjon. I vurderingen av ikke-diskriminering må det tas høyde for at ulike prosesser påkrevet i leveransene kan bidra til at eksterne forhold påvirker leveranseprosessen ulikt.

Forpliktelsen til ikke-diskriminering er at Telenor skal behandle likeartede situasjoner likt når det gjelder priser, informasjon og vilkår for øvrig, uavhengig av hvilken virksomhet det gjelder, herunder om det gjelder intern eller ekstern virksomhet. Det skal dermed ikke forekomme forskjellsbehandling ved levering, herunder leveransepresisjon, hva gjelder likartede situasjoner. De faktiske forholdene dokumenterer og underbygger at det ikke har forekommet forskjellbehandling i leveransepresisjon mellom likartede situasjoner. Vedtaket er dermed ugyldig.

2.2 Nkom sammenligner ikke likartede situasjoner

Nkom synes i vedtaket å legge uriktig faktum til grunn. Og dermed konkluderes det med at Telenor er forpliktet til å oppnå samme leveransepresisjon, også dersom tjenestene som leveres er ulike. Nkom skriver i vedtaket på side 13 at *«Dersom Telenor benytter ulike prosesser for leveranse overfor eksterne tilgangskjøpere og sin egen sluttbrukervirksomhet må Telenor i henhold til Marked 3a-vedtaket sikre at de ulike prosessene har samme grad av pålitelighet, funksjonalitet og kvalitet/ytelse. Det forhold at prosessen er forskjellig for eksterne tilgangskjøpere og Telenors sluttbrukervirksomhet innebærer dermed ikke at KPIene for leveransepresisjonen for de ulike tilgangsformene ikke er sammenlignbare.».*

Basert på vurderingen overfor avviser Nkom Telenors anførsler og konkluderer med at *«KPIene Telenor har rapportert for leveransepresisjon er egnet for å vurdere om Telenor har overholdt ikke diskrimineringsforpliktelsen pålagt i Marked 3a.»*

Det er imidlertid ikke slik at Telenor benytter ulike prosesser for leveranse overfor eksterne tilgangskjøpere og egen sluttbrukervirksomhet. Det er heller ikke slik at det er ulike prosesser som medfører at KPIene ikke er sammenlignbare. Telenors hovedpoeng er at tjenesten som leveres til eksterne grossistkunder og Telenors egen sluttbrukervirksomhet er ulik avhengig av om linjene må kobles om eller ikke, og avhengig av om det skal byttes utstyr på leveranseadressen. Det er altså to ulike jobber som skal gjøres og dermed to ulike prosesser. Disse to prosessene er forskjellig av natur, hvor den ene prosessen inkluderer entreprenør, mens andre ikke gjør det og utføres maskinelt.

Bedrift KONFIDENSIELT

Hvorvidt det er den ene eller andre prosessen som må benyttes er ikke avhengig av om det er en ekstern grossistkunde eller Telenors egen virksomhet som bestiller tjenesten, den er avhengig av hvilken jobb og ytelse som er påkrevet. Det er dermed samme grad av «*av pålitelighet, funksjonalitet og kvalitet/ytelse*» til tjenesten. Men det er jobbene som skal gjøres og ytelsen som er påkrevet som ikke er sammenlignbare. Dette er likt for eksterne grossistkunder og Telenors egen sluttbrukervirksomhet.

I vedtaket legger Nkom til grunn at ettersom Telenors grossistvirksomhet tillates å benytte ulike systemer og prosesser for leveranser til henholdsvis intern sluttbrukervirksomhet og salg til eksterne tilgangskjøpere, må Telenor også sikre at leveransepresisjonen i de ulike prosessene er lik. Det er imidlertid ikke det som er tilfelle i denne saken. Telenor benytter som forklart over ikke ulike prosesser overfor intern virksomhet og grossistkunder. Prosessene er like internt og eksternt, men jobben som skal gjøre – altså tjenestens innhold – er ulik avhengig av om linjen må kobles om eller ikke. Dette gjelder likt for intern og ekstern virksomhet. Dersom Telenor pålegges å ha lik leveransepresisjon for to ulike tjenester, pålegges Telenor å likebehandle to ulikartende tilfeller. Dette er det ikke grunnlag for i ekomloven § 4-7 og Nkom har dermed ikke hjemmel til å utvide den pålagte forpliktelsen i marked 3a vedtaket til å omfatte dette.

Vi vil i det følgende forklare de to prosessene og dermed de ulike tjenestene som leveres.

Når en aktør bestiller en nyleveranse på en kobberlinje, det være seg OA kunder, Telenors egen virksomhet eller Wholesale DSL kunder, vurderes det om tjenesten kan settes opp maskinelt med kun konfigurering i nettet eller hvorvidt det må sendes ut en montør (entreprenør) for å etablere tjenesten. Entreprenørinvolvering er nødvendig i de tilfellene hvor en kobberlinje skal flyttes fra utstyr tilhørende en leverandør til en annen leverandørs utstyr. I disse tilfellene må linjen fysisk kobles om på sentralen. I tillegg kan det kreves at entreprenør må reise hjem til kunden for å utføre arbeid der. For kjøpere av Operatøraksess krevde [REDACTED] av alle bestillingene i 2019 og 2020 slikt arbeid. I samme periode krevde [REDACTED] av Telenors leveranser slikt arbeid, mens [REDACTED] av Wholesale DSL sine leveranser medførte behov for entreprenør. For det resterende antallet leveranser settes linjen opp maskinelt [REDACTED] prosent Telenor og [REDACTED] Wholesale DSL). Telenor har ikke innsyn i hvor mange maskinelle leveranser OA kobler opp, dette gjøres av operatøren selv uten Telenors innblanding.

Dette betyr også at dersom det oppstår situasjoner hos entreprenør, slik som dataproblemer, uvær og bruk av beredskapsteam, bemanningssituasjonen eller lignende, vil dette slå særlig negativt ut for leveransepresisjonen for OA. Dette er imidlertid noe helt annet enn at det har forekommet diskriminering mellom Telenors egen virksomhet og eksterne kjøpere av OA.

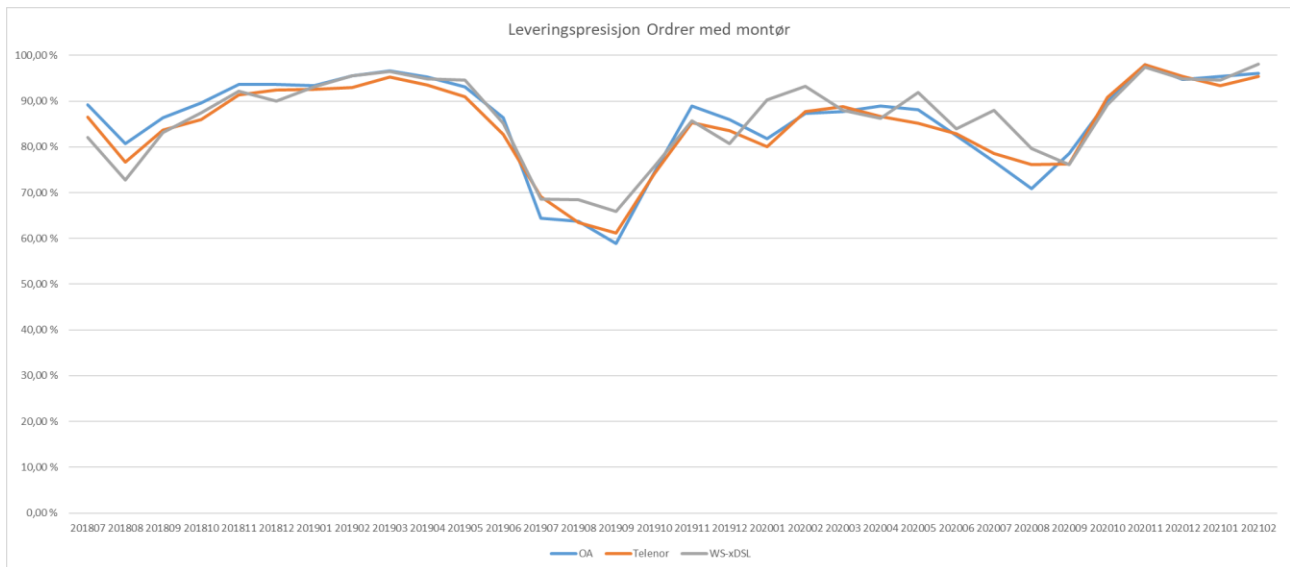
Bakgrunnen for dette er i all hovedsak at når kjøpere av Operatøraksess foretar en bestilling er det ikke mulig for Telenor å koble denne linjen opp maskinelt opp på operatørens utstyr. Det ligger i selve produktets natur at kobberlinjen må kobles om fysisk. Operatøren har sitt utstyr i Telenors sentral og produserer selv hoveddelen av tjenesten.

Telenors interne leveranser krever omkobling og fysisk arbeid når porten på Telenors utstyr i sentralen er frakoblet linjeføringen og når linjeføringen ikke er koblet i den aktuelle adressen. Kjøpere av Wholesale DSL vil være i tilsvarende situasjon som Telenors interne leveranser, slik at omkobling kreves i samme tilfeller som for Telenor, altså når porten på utstyret er fjernet fra

Bedrift KONFIDENSIELT

linjeføring og når linjeføring ikke er koblet i den aktuelle adressen. I de øvrige tilfellene kan tjenesten leveres ved maskinell omkobling.

En sammenligning av leveransepresisjon der hvor Telenor leverer en tjeneste som krever omkobling følger av grafen under.

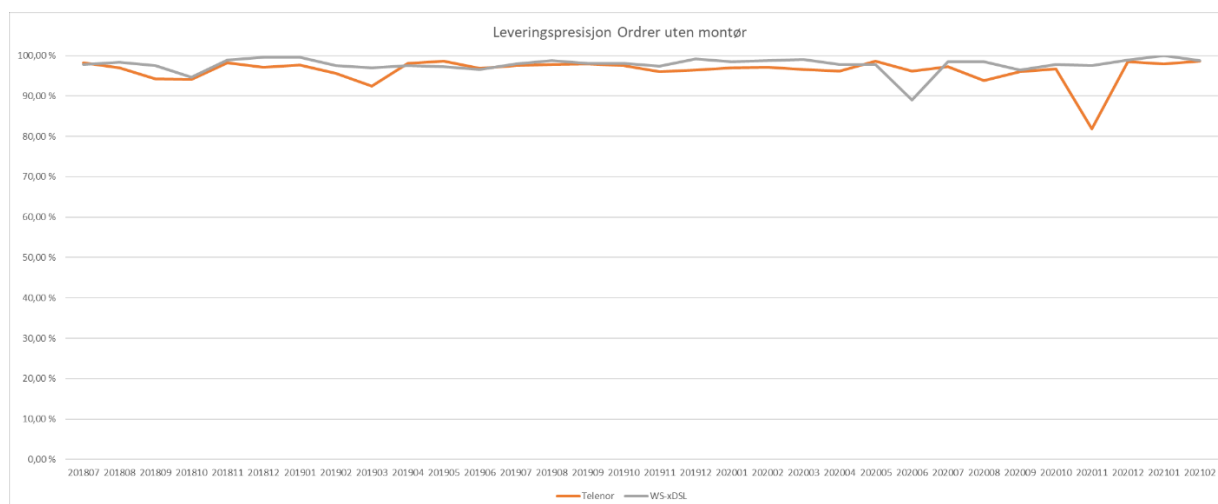


Som grafen viser er det liten forskjell i leveransepresisjon mellom OA, Wholesale DSL og Telenor. Det er særlig i to perioder leveransepresisjonen har vært lav og skyldes flere uforutsette forhold, jf. mer om dette i punkt 2.3 nedenfor.

Entreprenørene har også under slike hendelser retningslinjer som innebærer at ordre fra eksterne grossistkunder og Telenors egen virksomhet skal behandles likt. Telenor har dokumentert for Nkom at det ikke foreligger en forskjellsbehandling innenfor de ulike prosessene for leveranse, dvs prioritering av oppgaver, retningslinjer osv. Det følger videre av de faktiske forholdene at den lavere leveransepresisjonen i 2019 og 2020 rammet alle aktører likt.

Det er heller ikke slik som Nkom beskriver at 70 prosent av Telenors virksomhet ikke vil være omfattet av regulering og dermed gi Telenor et konkurransefortrinn dersom Telenors tilnærming legges til grunn. Telenors interne leveranser som ikke omfattes av sammenligningen over vil være underlagt en forpliktelse til å ikke diskriminere i marked 3b og dermed være omfattet overfor kjøpere av Wholesale DSL når de kjøper samme tjeneste, altså levering av kobberaksess maskinelt.

En sammenligning av leveransepresisjon der hvor Telenor leverer en tjeneste maskinelt følger av grafen under.



Nkom avviser ovennevnte faktiske forhold og henviser til at Telenor selv har rapportert KPIer hvor alle tjenestene, både med og uten bruk av entreprenør, er inkludert. Etter Telenor syn er dette ikke relevant i vurderingen av om det foreligger brudd på forpliktelsen til ikke diskriminering i marked 3a. Selv om rapporteringen av KPIer inneholder både likartede og ulikeartede situasjoner, kan myndighetene ikke overse sentrale faktiske forhold når det vurderes om en forpliktelse er brutt.

Telenor er i marked 3a vedtaket pålagt å rapportere KPIer. Pålegget er en videreføring av KPI rapporteringen under tidligere regulering, både hva gjelder format og innhold. Dette er fastsatt av Nkom. Det er således ikke Telenor som avgjør formatet og innholdet av rapporteringen. Telenor har fulgt det pålagte KPI rapport regimet som er fastsatt av Nkom. Imidlertid har Telenor ved rapporteringen gitt en forklaring på eventuelle avvik. Gjennomgående i perioden har Telenor gjort oppmerksom på at hovedårsaken til avvikene for OA er at dette produktet krever større grad av entreprenørinvolvering enn xDSL. Rapportene følger vedlagt i bilag 1. Vær oppmerksom på at rapportene ikke er offentlige.

Rapportering KPI 3. kvartal 2019

«I forhold til kobber har det vært problemer med lange feilrettingstider i flere fylker, dette har påvirket OA på en negativ måte i forhold til hvor Leveransene på OA har vært»

Rapportering KPI 4. kvartal 2019

«Mindre avvik for kobber, men fortsatt noen avvik etter beredskapsteam og entreprenørutfordringer».

Rapportering KPI 2. kvartal 2020

«Kun mindre avvik for kobber, men tilsynelatende litt bedre presisjon for Telenor enn Wholesale. For OA er mer involvering av entreprenør en sannsynlig årsak.»

Rapportering KPI 3. og 4. kvartal 2020:

«Volumet solgt av Telenors sluttbrukervirksomhet er synkende og er nå lavere enn volumet i grossistmarkedet. Avvik for kobber, men tilsynelatende litt bedre presisjon for Telenor enn Wholesale. Lavere leveransepresisjon på OA, skyldes større grad av entreprenørinvolvering i forbindelse med leveransen enn for xDSL. Telenor opplever for tiden noen utfordringer i entreprenørleddet og har pågående tiltak for å bedre situasjonen.»

Telenor har således i hele den aktuelle tidsperioden gjort både Nkom og tilgangskjøperne oppmerksom på hva som kan årsakene til forskjellene i leveransepresisjon.

2.3 Telenor har under enhver omstendighet ikke forskjellsbehandlet – det foreligger intet forhold som kan rettes

Forutsatt at forpliktelsen til ikke å diskriminere skal forstås slik som Nkom hevder, altså at tjenester levert med entreprenør skal ha samme leveransepresisjon som tjenester levert uten entreprenør, vil forpliktelsen innebære at Telenor skal tilby samtlige tjenester til eksterne kjøpere av tilgang på samme vilkår og med funksjonalitet som samtlige tjenester som benyttes av egen virksomhet. Imidlertid vil forpliktelsen også i dette tilfellet innebære til at Telenor i sine systemer, prosesser, avtaler med leverandører og rutiner ikke favoriserer egen virksomhet i forhold til eksterne kjøpere av tilgang. Dersom det likevel rent faktisk foreligger forskjeller i leveransetider, vil det når nevnte forutsetninger er oppfylt ikke foreligge brudd på forpliktelsen.

Slik Telenors ser det har det ikke forekommet slik forskjellsbehandling mellom egen virksomhet og tilgangskjøperne, og Telenor har dermed heller ikke på dette grunnlag brutt den pålagte forpliktelsen. Avvikene Nkom viser til mellom Telenors egen virksomhet og tilgangskjøperne er ikke resultat av en ulikebehandling fra Telenors side. Telenors entreprenører er forpliktet til å behandle enhver ordre likt, uavhengig om det er Telenor eller tilgangskjøper som bestiller. Telenor og tilgangskjøper benytter samme system hvor ordrene prioriteres etter tidspunktet for når de kommer inn. Dette innebærer at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling mellom Telenor og tilgangskjøperne hva gjelder leveranse. Det kan imidlertid likevel forekomme avvik mellom Telenor og tilgangskjøperne hva gjelder leveransepresisjon, leveranse kvalitet og feilretting fra måned til måned, men dette er ikke en konsekvens av forskjellsbehandling.

Som redegjort overfor Nkom er årsaken til lavere leveransepresisjon i perioder ikke forhold hos Telenor, men forhold utenfor Telenors kontroll. Det er særlig i to perioder leveransepresisjonen har vært lav. Første periode sommer/høst 2019 skyldes innføring av nytt ordresystem hos [REDACTED] som medførte store utfordringer knyttet til oversikt over beholdning hos entreprenør. I tillegg hadde entreprenørselskapet [REDACTED] Det var i tillegg flere tilfeller av uvær i perioden hvor entreprenørene måtte sette beredskapsteam og omdisponere ressurser for å gjenetablere tjenestene og rette feil. Andre periode fra rundt mai 2020 skyldes Covid-19 (C-19). Det har vært og vil være krevende å levere så normalt som mulig i og under pandemien. Variasjoner vil forekomme som følge av lettelsers og forsterkelsers av nasjonale og kommunale tiltak.

Entreprenørene har også under slike hendelser retningslinjer som innebærer at ordre fra eksterne grossistkunder og Telenors egen virksomhet skal behandles likt. Telenor har også dokumentert for Nkom at det ikke foreligger en forskjellsbehandling innenfor de ulike prosessene for leveranse, dvs prioritering av oppgaver, retningslinjer osv. Så snart Telenor fikk kunnskap om hendelsene som førte til lavere leveransepresisjon fra entreprenørene igangsatte Telenor tett dialog og oppfølgingsmøter med entreprenørene. Tilgangskjøperne ble også holdt orientert om dette.

Telenor har på denne bakgrunn ikke brutt forpliktelsen til ikke diskriminering. Årsaken til lavere leveransepresisjon skyldes uforutsette forhold utenfor Telenors kontroll. Det er dermed ikke mulig for Telenor å rette forholdet. Den eneste måten Telenor kan sørge for at leveransepresisjonen i slike tilfeller blir lik for tjenestene som leveres med entreprenør og de som leveres maskinelt, er bevisst å

Bedrift KONFIDENSIELT

forsinke leveransetidspunkt for tjenestene som leveres maskinelt, dersom det oppstår lignende forhold hos entreprenør på nytt. Dette kan etter Telenors syn åpenbart ikke være hensikten med forpliktelsen til ikke diskriminering.

En annen måte er at Nkom endrer rapporteringen av KPI slik at den fremover skiller mellom leveransepresisjon for tjenester levert med entreprenør og tjenester levert maskinelt, og at det er en slik rapportering som danner grunnlaget for Nkoms sammenligning av leveransetider. Telenor har spilt dette inn til Nkom, men uten at vi har fått gehør for en slik endring.

Telenor ber om et møte med KMD i anledning saken.

Med vennlig hilsen
Group Legal

Kaja Wølneberg
Advokat