

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet  
Postboks 93  
4791 Lillesand

Vår dato  
26.03.2021

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

Ansvarlig advokat  
Kaja Wølneberg

## **KOMMENTARER TIL VARSEL OM OVERTREDELSES- LEVERANSEPREVISJON**

### **1 Innledning**

Det vises til varsel fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet ("Nkom") av 5. mars 2021 hvor det varsles at Nkom vurderer å ilegge Telenor overtredelsesgebyr for brudd på plikten til ikke diskriminering i marked 3a («varselet»). Frist for inngivelse av kommentarer er 26. mars 2021. Nedenfor følger Telenors kommentarer til varselet.

Oppsummert er det etter Telenors syn ikke grunnlag for å opprettholde varselet. Det foreligger ikke brudd på forpliktelsen til ikke diskriminering, og gebyr kan av den grunn ikke ilegges. Dessuten har Telenor opptrådt forsvarlig og gjort det som med rimelighet kan forventes for å sikre at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling. Det foreligger derfor ingen uaktsomhet. Vi vil i det følgende utdype nevnte kommentarer.

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 om overtredelsesgebyr på at det foreligger brudd på plikten til å ikke diskriminere mellom Telenors interne virksomhet og eksterne kjøpere av Operatøraksess (OA) hva gjelder leveranseprevisjon, jf. Nkoms vedtak om pålegg om retting 19. februar 2021. Telenor har nylig påklaget vedtaket. Etter Telenors syn foreligger det ikke brudd på plikten til ikke-diskriminering i denne saken. Telenor har ikke behandlet de eksterne tilgangskjøperne på en mindre fordelaktig måte enn interne markedsutløp. Dette har Telenor redegjort for i møter med Nkom. I Telenors kommentarer til vedtaket og klage 19. mars 2021 er dette ytterligere underbygget.

**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. Ramnæs  
Tone Ripel  
Espen Skovly  
Vegard Thoresen  
Guru Wanda Wanvik  
Kaja Wølneberg  
Anette Halvorsen Aarset

## Bedrift KONFIDENSIELT

Det fremgår klart av forarbeidene til ekomloven § 10-13 – som også gjengitt av Nkom i varselet - at det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for ileggelse av overtredelsesgebyr. Nkom har i vedtaket om pålegg om retting ikke godtgjort at nevnte beviskrav er oppfylt.

Telenor har både i møter, kommentarer til varsel om vedtak samt nevnte klage godtgjort at Nkom ikke vurderer sammenlignbare tilfeller når Nkom basert på rapporteringen av KPI konkluderer at det foreligger brudd på plikten til ikke-diskriminering. Videre har Telenor dokumentert at når man sammenligner likartete tilfeller – altså tjenester hvor entreprenør benyttes - foreligger ikke nevneverdige avvik i leveringspresisjon. Telenor har dessuten vist og forklart til Nkom både skriftlig og i møter at alle prosesser, retningslinjer, rutiner og avtaler med entreprenører er satt opp fra Telenors side slik at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling mellom ekstern og intern virksomhet. Telenor kontrollerer jevnlig at entreprenørene følger dette. Videre har Telenor godtgjort overfor Nkom at årsakene til avvik mellom rapporterte KPIer skyldes eksterne forhold utenfor Telenors kontroll. Telenor har også forklart for Nkom at på bakgrunn av ovennevnte foreligger det ingen forhold som kan rettes, og bedt Nkom om å angi hva Telenor burde gjort annerledes og hvordan forholdet etter Nkoms syn kan rettes. Nkom har ikke gitt konkret veiledning til Telenor om hvordan eller hvilke forhold som skal rettes iht vedtaket. Vi viser for øvrig til Telenors klage av 19. mars 2021.

Nkom har på denne bakgrunn ikke godtgjort at Telenor med klar sannsynlighetsovervekt har brutt forpliktelsen til ikke-diskriminering i marked 3a vedtaket. Denne bevisbyrden påhviler Nkom.

### **3 Telenor har ikke opptrådt uaktsomt**

Subsidiært, skulle Nkom opprettholde at det foreligger brudd på forpliktelsen til ikke diskriminering i marked 3a, har Telenor ikke opptrådt uaktsomt. Gebyr kan på denne bakgrunn ikke ilegges.

Nkom synes i vurderingen av uaktsomhet å legge stor vekt på at sammenhengen mellom ikke diskriminering og rapportering av KPIer nærmere beskrevet i marked 3a vedtaket, herunder at «[...] *systemtilgang, levering, feilretting og migrering oppgitt som eksempler på vilkår hvor det ikke skal være forskjellsbehandling mellom Telenor og eksterne tilgangskjøpere*». Telenor måtte dermed etter Nkoms syn være godt kjent med forpliktelsen. Videre synes Nkom å legge til grunn at Telenor burde ha handlet annerledes og foretatt seg tiltak for å rette opp i avvikene. Nkom nevner imidlertid ikke hvilke tiltak dette skulle vært.

Telenor er godt kjent med forpliktelsen til ikke diskriminering. Vi har redegjort nærmere for vår forståelse og etterlevelse av denne forpliktelsen i klagen 19. mars 2021 og viser i denne sammenheng til det som er beskrevet der. Som Telenor har dokumentert i klagen har det ikke forekommet noen favorisering av Telenors egen virksomhet hva gjelder leveransepresisjon. Avvikene Nkom viser til mellom Telenors egen virksomhet og tilgangskjøperne er ikke resultat av mangel på likebehandling 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 for å legge inn ordre, og ordrene prioriteres etter tidspunktet for når de kommer inn. Dette innebærer at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling mellom Telenor og tilgangskjøperne. 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, men ytre forhold beskrevet i klagen av 19. mars 2021. Telenor har sikret at systemer, prosesser, rutiner og retningslinjer er utformet slik at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling. Telenor har også i forbindelse med

## Bedrift KONFIDENSIELT

pålegget om retting gjort grundige interne undersøkelser for å avdekke mulige svakheter i nevnte systemer, prosesser, rutiner og retningslinjer. Det er ikke avdekket noen svakheter i disse. Telenor har dermed opptrådt forsvarlig.

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 Entreprenør [redacted] som medførte store utfordringer knyttet til oversikt over beholdning hos entreprenør. I tillegg hadde [redacted]

[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. Det har vært og vil være krevende å levere så normalt som mulig i og under pandemien. Avvik fra målsatte KPIer for leveransepresisjon vil forekomme som følge av lettelser og forsterkelser 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 i brev og møter i 2019, som følge av pålegg i marked 3 vedtakene, 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. Nkom har også vært informert om denne prosessen. Det medfører dermed ikke riktighet, slik Nkom beskriver det i varselet, at Telenor ikke har igangsatt tiltak for å bedre situasjonen.

I den nevnte korrespondansen med Nkom i 2019 ble det fra Telenors side dokumentert hvordan leveranseprosesser og støttesystemet mot entreprenør imøtekommer kravet til likebehandling og likeverdig tilgang til informasjon. Nkom fulgte opp enkelte øvrige forhold rundt Telenors dokumentasjon og Telenor redegjorde for ulike tiltak som ble iverksatt, men ingen av Nkoms oppfølginger i denne perioden var rettet mot hverken leveranseprosess eller leveransepresisjon for kobber.

Når årsaken til lavere leveransepresisjon skyldes uforutsette forhold utenfor Telenors kontroll blir det umulig for Telenor å forutse og sikre at slike forhold ikke skal oppstå.

Igjen understrekes det at tilfeller der leveranse krever bruk av entreprenør, ikke er sammenlignbart med tilfeller der leveranse kan håndteres maskinelt. Det er to helt forskjellige leveransemetoder som krever forskjellig grad av innsats, organisering og utrykning. Det som må være vesentlig er at Telenor likebehandler innenfor de to leveransemetodene. 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 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. I møte med Nkom 2. mars 2021 oppfattet Telenor at Nkom var enig i dette.

Når heller ikke Nkom kan identifisere tiltak som Telenor burde innført i periodene med avvik eller identifisere hvordan Telenor skal rette det påståtte ulovlige forholdet, kan det vanskelig foreligge uaktsomhet fra Telenors side. Telenor har iverksatt de tiltak som med rimelighet kan forventes når det oppstår uforutsette forhold utenfor Telenors kontroll og som påvirker entreprenørens evne til å

## Bedrift KONFIDENSIELT

levere til fastsatt tid. Telenor har ikke opptrådt uaktsomt, og skyldkravet i ekomloven § 10-3 er således ikke oppfylt.

Nkom synes også å legge betydelig vekt på at Telenor selv har rapportert KPIer hvor alle tjenestene, både med og uten bruk av entreprenør, er inkludert. I tillegg har Telenor i rapporteringen skrevet at statistikken som levert til Nkom dokumenterer at det ikke har forekommet diskriminering. Gjennom dette synes Nkom nærmest å indikere at Telenor beskrivelser og dokumentasjon som ble inngitt i kommentarene til varsel om pålegg om retting, ikke er relevant i vurderingen av om overtredelsesgebyr kan ilegges fordi dette ikke ble gitt til Nkom tidligere. Etter Telenors syn er dette ikke er riktig forståelse av hva som er relevant i vurderingen av uaktsomhet, og heller ikke en riktig beskrivelse av de faktiske forhold.

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. I tillegg har Telenor ved rapporteringen gitt en forklaring på eventuelle avvik. Som vist til i klagen har Telenor gjennomgående i perioden i rapporteringen gjort oppmerksom på at hovedårsaken til avvikene for operatøraksess er at dette produktet krever større grad av entreprenørinvolvering enn xDSL.

Nedfor gjengis kommentarer til rapporteringene fra tredje kvartal 2019 til fjerde kvartal 2020.

### 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 grossistkundene oppmerksom på hva som kan være årsakene til forskjellene i leveransepresisjon. Telenors kommentar må leses i lys av dette. Etter Telenors syn har det ikke forekommet diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet. Forskjellene i leveransepresisjon – som fremgår av statistikken – skyldes andre forhold enn forskjellsbehandling.

**Bedrift KONFIDENSIELT**

Telenor har på denne bakgrunn ikke opptrådt uaktsomt. Gebyr kan dermed ikke ilegges.

Med vennlig hilsen  
Group Legal

Kaja Wølneberg  
Advokat