

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Sendt pr e-post: firmapost@nkom.no
Kopi: vibeke.skofsrud@nkom.no

Vår dato
13.2.2019

Deres dato
20.12.2018

Vår saksbehandler
Kristin Kvisli

Vår referanse
2018-500

Deres referanse

AUKSJON AV 700 MHZ- OG 2,1 GHZ-BÅNDENE - HØRING AV AUKSJONSREGLER

Telenor viser til høring publisert på Nkoms nettsider 20.12.2018 med høringsfrist 13.2.2019. Høringen omhandler forslag til auksjonsregler for tildeling av ledige ressurser i 700 MHz- og 2,1 GHz båndene.

Under følger kommentarer til utvalgte deler av auksjonsreglene og tilhørende dokumenter.

Avsluttende lukket budrunde

Det vises til kapittel 10.2.5 i utkast til auksjonsregler hvor det står at første del av auksjonen under ekstraordinære omstendigheter kan avsluttes med en lukket budrunde.

Nkom er godt kjent med Telenors syn¹ på bruken av lukket budrunde i frekvensauksjoner. Telenors holdning til denne opsjonen er uforandret og vi ber Nkom på ny om å vurdere argumentene i Telenors høringssvar av 19.2.2016, samt anmodning om endring av auksjonsregler i brev til Samferdselsdepartementet av 28.3.2017. Vi vil for ordens skyld gjenta kort her at en mulighet for å benytte avsluttende lukket budrunde skaper en uakseptabel uforutsigbarhet for aktørene, samtidig som forslaget til design av den avsluttende budrunden i denne auksjonen har store mangler som gjør den enda mer lotteripreget enn det vi har sett tidligere. Det vil være svært avgjørende hvilke blokker man velger å inngi bud på i den lukkede budrunden. For å illustrere dette har vi laget følgende eksempel:

Anta at høyeste stående bud på A-, R- og M- blokkene alle er 150 MNOK, før den lukkede budrunden. Anta at det kommer 5 lukkede bud på A blokkene og at det tapende budet på A-blokkene er 1000 MNOK. Det kommer ingen høyere bud på M og R. R- og M-blokken selges for 150 MNOK hver, mens A-blokkene selges for mer enn 1000 MNOK. Dette er åpenbart en feilallokering. Budgiverne vil måtte gjette seg til hvilken kategori det vil lønne seg å by på. Det vil

¹ Det vises til Telenors høringssvar (2016) samt anmodning om endring av auksjonsregler (2017) i forbindelse med 900 MHz-auksjonen.

være en tilfeldighet om frekvensene blir effektivt fordelt. Avslutning av auksjonen med en lukket budrunde bør av denne grunn alene droppes.

Til Telenors anmodning om endring av auksjonsregler i 900 MHz auksjonen vedrørende avsluttende lukket budrunde, svarte SD i brev av 21.4.2017 følgende:

«Departementet mener samlet sett at det er relativt liten risiko for at de skal inntreffe ekstraordinære omstendigheter som medfører at en lukket budrunde blir kunngjort i mengdefordelingsfasen. Av denne grunn mener departementet at det ikke foreligger en høy grad av usikkerhet og uforutsigbarhet for auksjonsdeltagerne.»

Telenor mener at SDs resonnement skulle tilsi at regelen er overflødig, og bør utelates fra auksjonsregelverket. Jo lavere sannsynlighet det er for at en lukket budrunde må avholdes, jo større grunn er det til å utelate denne opsjonen. Det kan ikke være myndighetenes oppgave å påføre kommersielle aktører som står foran store investeringer økt risiko, tvert imot.

For operatørene er det irrelevant at det er lav risiko for at regelen blir benyttet. Usikkerheten og uforutsigbarheten for operatørene påvirkes ikke av grad av sannsynlighet for at risikoen inntreffer. Operatørene må uansett håndtere den risikoen som regelen utgjør i form av tidkrevende og kostbare analyser for å være forberedt til å legge inn et lukket bud med ukjent tidsfrist i god tid før auksjonen starter. Det kan også legges til at det allerede er svært knapt med tid for å gjennomføre tilstrekkelige analyser når auksjonen er planlagt gjennomført i mai 2019.

Avvikling av tjenester

I forslag til spektrumstillatelser i både 700 MHz-båndet og i 2,1 GHz-båndet er det tatt inn et vilkår om avvikling:

«12. Avvikling

Innehaver skal varsle myndigheten om planlagt avvikling av samfunnsviktige tjenester som frekvensene tildelt ved denne tillatelsen brukes til. Etter at varselet er mottatt kan myndigheten fastsette tidspunkt for endelig avvikling.»

På spørsmål om bakgrunnen for dette kravet svarte Nkom 8.2.2019 følgende:

«Vilkårene knyttet til avvikling av tjenester følger også av tillatelsene i 800 MHz-, 900 MHz- og 1800 MHz-båndene, men formuleringen ble noe endret i forbindelsen med tildelingen av nye tillatelser i 900 MHz-båndet i 2017. Bakgrunnen for bestemmelsen er å sikre tilstrekkelig overgangstid for sluttbrukere dersom en tilbyder av offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester avvikler hele eller deler av sin virksomhet. Det er disse tjenestene som omtales som «samfunnsviktige tjenester». Konsekvensene av avviklingen må vurderes konkret i det enkelte tilfellet, men det er sentralt for myndighetene å få kunnskap om dette, dersom samfunnsviktige tjenester avvikles. Nkom vil behandle et slikt varsel så raskt som mulig, men saksbehandlingstiden vil kunne variere avhengig av varselet.»

Ordlyden i tidligere tillatelser, eksempelvis i 800 MHz-båndet lyder:

«11 Tillatelsens varighet

Tillatelsen trer i kraft 1. januar 2014 og gjelder til og med 31. desember 2033. Tillatelsen opphører uten ytterligere varsel.

Innehaver kan ensidig foreta avvikling for tillatelsens utløp, men først to år etter at varsel om oppsigelse er mottatt av Samferdselsdepartementet. Gyldig varsel skal inneholde dokumentasjon på at avviklingen er alminnelig kunngjort. Oppsigelsen er bindende tre uker etter at den er mottatt av Samferdselsdepartementet.»

Telenor kan ikke se at disse to tekstene dekker samme tema. Bestemmelsen i 800 MHz-tillatelsen handler om oppsigelse av tillatelsen, mens forslaget til ny tillatelse stiller opp et generelt krav til avvikling av samfunnsviktige tjenester tilsynelatende uavhengig av om frekvenstillatelsen blir sagt opp eller ikke. Dersom myndighetene har ment å videreføre bestemmelsen fra tidligere tillatelser om avvikling av frekvenstillatelsen, så bør dette fremkomme klart og tydelig slik at det ikke er tvilsomt at det er denne forståelsen operatørene kan legge til grunn. Skal man derimot ta teksten i bestemmelsen om avvikling på ordet, nemlig krav til varsling og forutgående godkjenning av myndighetene før man avvikler en «samfunnsviktig tjeneste», blir det straks mer problematisk.

For begrepet «samfunnsviktige tjenester» viser Nkom i sitt svar til at man tolker dette som «offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester». Med en slik forståelse legger myndighetene til grunn en svært vid fortolkning av begrepet samfunnsviktige tjenester da offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester omfatter all «elektronisk kommunikasjonstjeneste som er tilgjengelig for allmennheten eller beregnet til bruk for allmennheten», jf. ekoml. § 1-5 nr. 4. For at begrepet samfunnsviktige tjenester skal stå på egne ben, så må innholdet og rammene for forståelsen av begrepet klargjøres.

Ekomloven § 6-3 har en uttømmende opplisting av vilkår som kan knyttes til frekvenstillatelser. Bestemmelsen korresponderer med tilsvarende bestemmelse i Authorisation Directive (Directive 2002/20/EC) art. 6. EU-direktivet begrenser adgangen til å sette andre vilkår enn de som er opplistet i direktivet med tilhørende annex. Det er også slik EU-retten er innarbeidet i norsk rett. Forarbeidene til ekomloven (Ot.prp.nr.58 (2002-2003), s 110) angir tydelig at «bestemmelsen er uttømmende mht. vilkår som kan knyttes til individuelle frekvenstillatelser».

Vilkåret som ble innført med 900 MHz-tillatelsen, og som også foreslås i tillatelsen for 700 MHz-båndet, kan etter vår forståelse ikke fortolkes inn blant de uttømmende vilkårene som er opplistet i ekoml. § 6-3.

For å ivareta hensynet til forbrukerne, sikkerhet og beredskap, leveringspliktige tjenester, samfunnsviktige tjenester som allmenn kringkasting har ekomloven andre mekanismer. Det samme gjelder i saker om overdragelse av lisenser, og fortsatt levering ved konkurs hos tilbyder.

Slik vi leser bestemmelsen i tillatelsen, oppstilles det et krav og en prosedyre som griper inn i private virksomheters styringsrett og autonomi knyttet til forretningsmessige beslutninger. Slike inngrep krever en klar og tydelig lovhjemmel.

Dersom «samfunnsviktig tjeneste» skulle forstås som eksempelvis 3G-tjeneste, så ville vilkåret i tillatelsen innebære at operatørene selv ikke kan beslutte hvilken teknologi det fra et gitt tidspunkt er mest hensiktsmessig og mest effektivt å benytte i leveransen av offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester til private og offentlige sluttbrukere. En slik begrensning i et

frekvensregime som normalt er både tjeneste- og teknologinøytralt, og i en forvaltningspraksis som har lang tradisjon for å sette operatørens styringsevne og beslutningsevne foran egen detaljstyring, fremstår lite hensiktsmessig. Det er nettopp den frihetsgraden og tilliten norsk embetsverk og politikere har vist overfor norske operatører som har bidratt til å fremme både konkurranse og investering i mobil infrastruktur. Det vil være et skritt i feil retning å innskrenke denne kommersielle handlefriheten.

Oppsummert er det Telenors syn at vilkårsbestemmelsen mangler lovhjemmel og grunnlag i relevant EU-direktiv.

Dersom hjemmelsgrunnet avklares, mener Telenor likevel at det er sentralt at begrepet «samfunns viktig tjeneste» gis et kvalifisert innhold utover offentlig elektronisk kommunikasjonstjeneste. I tillegg er det viktig at rammene for saksbehandlingen for myndighetsstyrt avvikling må avklares i selve vilkårsbestemmelsen, herunder rammene for forvaltningens tidsbruk og hvilket forvaltningsorgan ekomtilbyderne skal forholde seg til.

Krav om å levere anbud på neste generasjons nødnett

I kapittel 5.4 i høringsdokumentet er det oppstilt et krav om at vinnende budgivere i 700 MHz båndet må levere anbud på neste generasjons nødnett.

Telenor antar at Nkom har utelatt å ta inn denne bestemmelsen i selve frekvenstillatelsen fordi Ekomloven § 6-3 ikke tillater en slik betingelse, ref også drøftelsen i foregående kapittel. Denne problemstillingen var også tema i Telenors høringssvar av de overordnede rammene for auksjonen 14.9.2018

Telenor mener på prinsipielt grunnlag at et slikt vilkår ikke kan tas inn i auksjonsreglementet da det i praksis betyr at dette vil være en betingelse knyttet til frekvenstillatelsen.

Videre mener Telenor at en slik bestemmelse først og fremst vil virke ekskluderende på eventuelle nye aktører.

Krav til Samarbeidsorganisasjonen

Under høringen av de overordnede reglene for auksjonen ble det kort slått fast at en eventuell interferens fra tillatelsesinnehavere i 700 MHz båndet mot TV-brukere i kringkastingsbåndet, skulle løses på en lignende måte som i 800 MHz båndet. En nærmere beskrivelse skulle gis i forbindelse med høringen av de detaljerte auksjonsreglene. Samtidig konstaterte Nkom at «*Risikoen for interferens fra basestasjoner på 470-694 MHz vurderes som lavere sammenliknet med 800 MHz-båndet mot dagens TV-bånd.*»

Utkastet til krav til Samarbeidsorganisasjon som er et vedlegg til spektrumstillatelsen i 700 MHz båndet er i stor grad en kopi av reglene som gjelder for 800 MHz båndet. Telenor mener at betingelsene i 700 MHz-båndet må tilpasses de særegne forholdene som gjør seg gjeldende for dette frekvensbåndet. Helt konkret mener Telenor at kravet om å varsle Samarbeidsorganisasjonen om idriftsettelse av basestasjoner minst 4 uker på forhånd, er uforholdsmessig. Dette gjør seg særlig

gjeldende når risikoen for interferens fra basestasjonen vurderes som lavere enn før. Nkom bør som et minimum dokumentere at denne informasjonen har vært nyttig for Samarbeidsorganisasjonen i relasjon til bruken av 800 MHz-båndet. Videre bør Nkom sannsynliggjøre at informasjonen fortsatt vil ha stor nytteverdi dersom kravet videreføres i 700 MHz-tillatelsene. For mobiloperatørene innebærer et slikt krav først og fremst mindre frihetsgrad til å sette i drift nettet på en mest mulig effektiv måte. Kravet fremstår også om administrativt bebyrdende.

Spesifisering av dekningskrav

Telenor forstår det slik at dekningskravene for vei og jernbane forholder seg til dagens nett av veier og jernbane. Dekningskravene er spesifisert i høringsdokument «Utkast - Vedlegg 2 til frekvenstillatelse i 700 MHz-båndet – dekningskrav». Telenor mener de aktuelle veiene må listes opp slik at det ikke vil være tvil om hvilke veier dekningskravet gjelder for. I 2010 ble en rekke veier omdefinert fra riksvei til fylkesvei. Det må gå klart fram at en eventuell fremtidig redefinering av veitype (riksvei, fylkesvei, etc.) ikke vil påvirke dekningskravet. Telenor mener også det må spesifiseres hvilke eventuelle konkrete omlegginger av vei- og jernbanestrekninger kravet omfatter. Det vil være urimelig at kravet omfatter endringer i vei- og jernbanesystemet som ennå ikke er planlagt, og dermed av ukjent omfang og nettutbyggingskostnad.

Med hilsen
Telenor Norge AS



Siri Kalager
Regulatorisk direktør