

KOMMUNAL- OG MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

*Fremsendes via Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
pr e-post firmapost@nkom.no*

Oslo, 21. oktober 2020
Dok.ref: 38334-517-8275957.1
Saksansvarlig advokat:
Kaare M. Risung

MERKNADER TIL TELENORS KLAGE OVER VEDTAK OM ENDRING AV VEDTAKENE I MARKED 3A OG 3B – PLIKT TIL Å OPPRETTHOLDE TILGANG TIL KOBBERBASERTE AKSESSNETT

1. INNLEDNING

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet ("Nkom") fattet den 2. september 2020 vedtak om endring av vedtakene i marked 3A og 3B ("Endringsvedtaket"). I Endringsvedtaket ble Telenor blant annet pålagt å opprettholde tilgang til det kobberbasert aksessnett i 5 år regnet fra 2. september 2020.

Endringsvedtaket er påklaget både av Telenor, som bestrider adgangen til å pålegge et slikt tiltak, og av Motorola Solutions Norge AS ("MSN"). MSNs syn er at plikten til å opprettholde tilgang til kobbernettet bør forlenges til utgangen av 2026 (6 år og 4 måneder forlengelse – ikke kun 5 år som i Endringsvedtaket), for å la Nødnettet kunne benytte kobbernettet i hele Nødnettets kontraktsfestede levetid som vedtatt av Stortinget.

MSN er gitt frist til 21. oktober 2020 for å inngi merknader til Telenors klage.

Telenors klage er begrunnet med tre forhold: For det første mener Telenor ekomloven ikke gir hjemmel til å kunne pålegge selskapet å opprettholde kobbernettet. For det andre anfører Telenor at vedtaket innebære ulovlig tilbakevirkning, og avslutningsvis gjøres det gjeldende at vedtaket er uforholdsmessig og sterkt urimelig.

Etter MSNs syn er Telenors klage grunnløs. Nkoms vedtak har tilstrekkelig hjemmel og innebærer ingen form for ulovlig tilbakevirkning. Det er heller ikke uforholdsmessig eller sterkt urimelig å pålegge Telenor å opprettholde muligheten for tilgang til kobbernettet.

2. NKOMS VEDTAK HAR KLAR FORANKRING I EKOMLOVEN

Telenor anfører i klagen at Nkoms vedtak er ugyldig fordi vedtaket mangler "klar lovhjemmel, jf. Grunnloven § 113". Til dette vil MSN innledningsvis bemerke at telemyndighetens regulering av markedsaktører med sterk markedsposisjon innebærer ordinær utøvelse av forvaltningsmyndighet. All utøvelse av forvaltningsmyndighet krever kompetanse. Det er imidlertid her ikke snakk om

ileggelse av straff, forvaltnings sanksjoner eller andre typer særlig inngripende vedtak hvor det opereres med et skjerpet hjemmelskrav.

Tvert imot innebærer reguleringen av telesektoren en avveining av motstridende interesser. Telemyndighetenes markedsvedtak har stor betydning ikke bare for Telenor som aktør med sterk markedsstilling, men også for konkurrenter og brukere av Telenors infrastruktur og tjenester. Hensynet til forutberegnelighet for Telenor, må således veies mot det offentliges behov for fleksible virkemidler for å kunne realisere ekomlovens mål om å sikre brukerne gode, rimelige og fremtidsrettede kommunikasjonstjenester gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser og bærekraftig konkurranse.

I klagen side 2 fremholder Telenor at ordlyden i ekomloven § 4-1 ikke hjemler et pålegg om å skulle opprettholde og vedlikeholde kobberaksessnettets mens tilgangsplikten består. Telenor fremholder sågar at Nkom også synes "å være enig" i at ordlyden ikke hjemler et slikt krav.

Telenor leser her både ekomloven og Nkoms vedtak uriktig. Ekomloven § 4-1 fastslår at tilbyder med sterk markedsstilling kan pålegges "å imøtekomme enhver rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett og -tjeneste". At en plikt til å skulle gi tilgang – alene etter en alminnelig, naturlig språklig forståelse – også må innebære en plikt til å opprettholde det nett som er nødvendig for å kunne gjennomføre tilgangen, er etter MSNs syn åpenbart. Nkom konkluderer på sin side etter en grundig gjennomgang med at det er "ikke tvilsomt at ekomloven § 4-1 gir slik kompetanse".

Som påpekt i Nkoms vedtak, inneholder tilgangsdirektivet¹ – som blant annet er gjennomført i norsk rett gjennom ekomloven § 4-1 – en oppstilling av ulike former for tilgangsforpliktelser som en sterk markedsaktør kan pålegges. Ett av eksemplene – tilgangsdirektivet artikkel 12 bokstav c – er her at aktører med sterk markedsstilling kan pålegges "ikke å trekke tilbake tilgang til ressurser som det allerede er gitt tilgang til".

Telenor tar feil når det anføres at dette aspektet ved tilgangsplikt til teleinfrastruktur ikke er gjennomført i norsk rett. Som påpekt i Nkoms vedtak, er direktivet gjennomført i norsk rett på en måte som er tilpasset norsk lovgivningstradisjon. At man har valgt en forenklet, generell ordlyd som er ment å skulle dekke de ulike tilgangsforpliktelser som er eksemplifisert i tilgangsdirektivet artikkel 12, er *uttrykkelig presisert* i Ekomlovens forarbeider, jf. henvisningene til Ot.prp.nr 58 (2002-2003) kapittel 7.6 i Nkoms vedtak avsnitt 79.

Prinsippet om at norsk rett skal tolkes i samsvar med EØS-retten gjør seg videre "gjeldende med særlig stryke når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten", jf. Rt. 2000 side 1811.

Adgangen til å pålegge Telenor tilgangsforpliktelser i form av plikt til å opprettholde og vedlikeholde kobbernettet, har med andre ord klar forankring både i ekomlovens ordlyd, forarbeider og EU/EØS-rettslige kilder. Telenor kan derfor ikke høres med sin anførsel om at Endringsvedtaket mangler hjemmel.

3. ENDRINGSVEDTAKET INNEBÆRER INGEN ULOVLIG TILBAKEVIRKNING

Telenors andre hovedinnvending mot Endringsvedtaket, er at Endringsvedtaket – etter Telenors syn – innebærer forpliktelser som pålegges med tilbakevirkende kraft, og som derfor er i strid med Grunnloven § 97.

Telenor kan ikke høres med denne anførselen. Den angivelige tilbakevirkningen ligger ifølge

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/19/EF av 7. mars 2002 om tilgang til og samtrafikk mellom elektroniske kommunikasjonsnett og tilhørende ressurser (tilgangsdirektivet)

Telenors klage i at de varsler om nedleggelse/sanering som Telenor tidligere har sendt ut blir uten virkning dersom Endringsvedtaket opprettholdes.

Grunnlovens tilbakevirkningsforbud består av to elementer: For det første innebærer tilbakevirkningsforbudet at det ikke kan knyttes nye byrder/sanksjoner til allerede foretatte handlinger (egentlig tilbakevirkning). Dette er åpenbart ikke tilfellet i vår sak.

For det andre innebærer tilbakevirkningsforbudet visse begrensninger i adgangen til å gripe inn i såkalte *etablerte rettigheter* (uegentlig tilbakevirkning). Slike inngrep er bare i strid med tilbakevirkningsforbudet dersom det foreligger "*særlig urimelig eller urettferdig tilbakevirkning*", jf. Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvotedommen) avsnitt 83.

Etter MSNs syn, har Telenor i det hele tatt ingen relevante *etablerte rettigheter* som er vernet av Grunnloven § 97. Det tidligere markedsvedtaket som oppstilte en plikt for Telenor til å varsle før eventuell nedleggelse/sanering av deler av kobbernettet, kan vanskelig sies å etablere en særskilt rett for Telenor til å kunne foreta slik nedleggelse. Et tidligere sendt varsel om avvikling gir heller ikke Telenor noe rettskrav på å skulle foreta avvikling eller en særskilt vernet posisjon på annen måte.

Situasjonen er her (kun) at det, med virkning fremover i tid, gjøres endringer i hvilke tilgangsfpliktelser Telenor pålegges som aktør med sterk markedsstilling.

Nkoms vedtak om plikt til å forlenge opprettholdelsen av kobbernettet, utover det Telenor tidligere hadde forventet på grunn av det opprinnelige markedsvedtaket, kan videre uansett *klart* ikke anses som "*urimelig eller urettferdig tilbakevirkning*". Det vises her *for det første* til at det *kun* er snakk om en plikt til å forlenge opprettholdelsen av allerede etablert infrastruktur. Telesektoren er videre et område med aktiv myndighetsutøvelse og vidtgående virkemidler som er fastsatt for å ivareta sentrale forbruker- og samfunnshensyn. At det her ville kunne komme ytterligere regulering, må dermed klart være å forvente. Ekomloven § 3-4 tredje ledd fastslår videre uttrykkelig at "*Myndighetene kan endre pålagte plikter*".

Telenor har hatt plikt til å gi fysisk tilgang til kobbernettet siden 2001, og tilgangsplikten har blitt videreført gjennom flere markedsvedtak siden den gang. Opprettholdelse av kobbernettet er videre av stor samfunnsmessig betydning. Kobbernettet er sentralt for en rekke brukere, herunder for MSN som benytter kobbernettet som en essensiell komponent i nødnettet.

Oppsummeringsvis er dermed MSNs syn at vedtaket om å pålegge Telenor å opprettholde kobbernettverket i 5 år (eller eventuelt 6 år og 4 måneder slik MSN mener) ikke er gitt med tilbakevirkende effekt. Endringsvedtaket innebærer ikke et inngrep i etablerte rettigheter, og under enhver omstendighet er det snakk om adekvate og rimelige tiltak som klart ikke kan sies å være "*særlig urimelig eller urettferdig*".

4. ENDRINGSVEDTAKET ER IKKE UFORHOLDSMESSIG ELLER STERKT URIMELIG

Telenor anfører endelig at Endringsvedtaket er ugyldig da pålegget om å opprettholde kobbernettet må anses uforholdsmessig og sterkt urimelig.

Heller ikke denne anførselen kan Telenor høres med. Telenors kobberaksessnett er det eneste landsdekkende fastnettet i Norge. Konsekvensene, og forholdsmessigheten av å pålegge Telenor å opprettholde kobbernettverket i en ytterligere periode, er grundig vurdert av Nkom i Endringsvedtaket pkt. 3.6 flg.

Hensynet til Endringsvedtakets økonomiske konsekvenser for Telenor, er her veid mot de uheldige konsekvenser en rask nedleggelse av kobbernettet vil kunne ha for andre aktører og for konkurransesituasjonen.

Som Nkom peker på i sin gjennomgang, er tilgang til kobbernettet sentralt for en rekke aktører. For enkelte tilbydere er tilgang til kobbernettet hovedgrunnlaget for aktiviteter i sluttbrukermarkedet, mens det for andre er et supplement til eget aksessnett. Tilgangskjøper i dette markedet utgjør også igjen en viktig konkurransefaktor for sluttbrukermarkedet.

For MSN som leverandør av nødnettstjenester, er tilgang til kobbernettet en helt sentral forutsetning for å kunne oppfylle selskapets forpliktelse om å skulle kunne levere et velfungerende nødnett til bruk i samfunnskritiske situasjoner.

Den ulempen som en forlenget opprettholdelse av kobbernettet vil kunne ha for Telenor, avhjelpes også gjennom den mulighet for raskere avvikling som oppstilles dersom det er mulig å tilby tilfredsstillende erstatningsprodukter og erstatningsløsninger.

I tilslutning til dette påpeker vi at Telenor så sendt som i 2015 skal ha frarådet bruk av IP-forbindelser i Nødnett, jf. DSBs høringssvar til ROBIN-rapporten. MSN erfarer videre at Telenor skal ha stått ved sin anbefaling også etter dette, men uten at selskapet er gitt innsyn i den aktuelle dokumentasjonen.

Etter MSNs syn har NKOM her truffet et rimelig og balansert vedtak. Endringsvedtaket kan klart ikke anses uforholdsmessig eller sterkt urimelig. Perioden med plikt til å opprettholde kobbernettet bør imidlertid forlenges fra 5 år til 6 år og 4 måneder for å hensynta kontraktperioden for nødnettstjenester slik MSN har tatt til orde for i sin klage.

5. AVSLUTTENDE MERKNADER

Som gjennomgangen ovenfor viser, er Nkoms vedtak vel forankret i ekomloven, og vedtaket innebærer ikke at det gjøres inngrep i etablerte rettsposisjoner eller knyttes nye byrder til tidligere handlinger. Vedtaket er heller ikke uforholdsmessig eller sterkt urimelig, men tvert imot rimelig og nødvendig for å realisere de formål som ekomloven er satt for å fremme.

Telenors klage bør derfor avvises, og plikten til å opprettholde kobbernettet bør, som påpekt både ovenfor og i MSNs klage, *forlenges i tid* og ikke avvikles.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS



Hallvard Gilje Aarseth
Partner/advokat, Møterett for Høyesterett

HALLVARD.AARSETH@SCHJODT.COM