



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

KOMMUNAL- OG
MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
Postboks 8112 DEP
0032 OSLO

Vår ref.: 1505331-194 - 412.9
Vår dato: 16.6.2021

Saksbehandler: Anette Refsland Gundersen

Innstilling i klagesak – klage fra Telenor ASA vedrørende Nkoms vedtak om plikt til å opprettholde tilgang til kobberbaserte aksessnett

Vedlagt oversendes klage fra Telenor ASA (Telenor) datert 24. september 2020. Klagen gjelder Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkoms) vedtak av 2. september 2020 om endring av vedtakene i Marked 3a og 3b – plikt til å opprettholde tilgang til kobberbaserte aksessnett (kobbervedtaket/endringsvedtaket). Vedtaket er også påklaget av GlobalConnect AS (GlobalConnect) og Motorola Solutions Norge AS (MSN).

Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29.

1 Bakgrunn

Telenor kunngjorde i slutten av januar 2019 at selskapet hadde besluttet at kobbernettet skal avvikles innen 2022, og at kobberaksesser vil erstattes med fiberbasert eller trådløs bredbåndsaksess. Telenors beslutning om å legge ned kobbernettet innen utgangen av 2022, har potensielt stor innvirkning på konkurransen i bredbåndsmarkedene, og var ikke kommunisert utad da Nkom fattet vedtakene i Marked 3a og 3b 20. desember 2018 (Markedsvedtakene).



I lys av Telenors beslutning så Nkom behov for å endre innholdet i og omfanget av enkelte av pliktene Telenor var pålagt i Markedsvedtakene, og varslet vedtak om dette 20. desember 2019 (varselet).

Vedlegg 1: Varsel om endring av vedtakene i Marked 3a og 3b av 20. desember 2019.

Nkom mottok i slutten av januar 2020 høringssvar fra Telenor, GlobalConnect, NextGenTel AS og Telia Norge AS på varselet om endring av Markedsvedtakene. I tillegg mottok Nkom 11. februar 2020 kommentarer fra GlobalConnect til Telenors høringssvar.

Vedlegg 2: Høringssvar fra Telenor

Vedlegg 3: Høringssvar fra GlobalConnect

Vedlegg 4: Høringssvar fra NextGenTel

Vedlegg 5: Høringssvar fra Telia

Vedlegg 6: Kommentarer fra GlobalConnect til andre høringssvar

På bakgrunn av varselet 20. desember 2019 og de mottatte høringssvarene og kommentarene, utarbeidet Nkom utkast til vedtak som omhandlet enkelte deler av det som var varslet.¹ Nkom notifikerte 30. juni 2020 utkast til vedtak til EFTA Surveillance Authority (ESA), jf. ekomloven § 9-3, rammedirektivet artikkel 7 og ESAs artikkel 7-anbefaling. Nkom mottok ESAs kommentarer til det notifikerte utkastet til vedtak 23. juli 2020.

Vedlegg 7: Utkast til vedtak av 30. juni 2020.

Vedlegg 8: ESAs kommentarer av 23. juli 2020 til Nkoms utkast til vedtak.

Nkom fattet 2. september 2020 vedtak om at Telenor har plikt til å opprettholde Marked 3a- og 3b-tilgang til kobberbaserte aksessnett i en periode på inntil 5 år fra vedtaket trer i kraft. Telenor ble også pålagt en plikt til å utarbeide et forslag til en helhetlig plan for migrasjon fra kobberbasert infrastruktur.

Vedlegg 9: Nkoms vedtak av 2. september 2020 om endring av vedtakene i Marked 3a og 3b – plikt til å opprettholde tilgang til kobberbaserte aksessnett.

¹ Nkom varslet 20. desember 2019 seks større endringer/nye forpliktelser fra Markedsvedtakene av 20. desember 2018. Det notifikerte utkastet til vedtak av 30. juni 2020 og vedtaket av 2. september 2020 omhandler to av de seks varslede endringene. De to endringene er; plikt til ikke å trekke tilbake kobberbasert tilgang som er gitt i Marked 3a eller 3b, og plikt til å sørge for en migrasjonsprosess fra kobberbasert til fiber- og mobilbasert infrastruktur.



Telenor, GlobalConnect og Motorola påklaget vedtaket.

Vedlegg 10: Telenors klage av 24. september 2020.

Vedlegg 11: GlobalConnects klage av 24. september 2020.

Vedlegg 12: Motorolas klage av 24. september 2020.

I henhold til forvaltningsloven § 33, jf. kapittel IV og V samt Samferdselsdepartementets «Veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Nkom etter ekomloven» nr. 2 og 3, ble berørte tilbydere varslet om mottatte klager på vedtaket. Offentlig versjon av klagene er også lagt ut på Nkoms [hjemmeside](#). Partene fikk 3 ukers frist til å kommentere klagene. Nkom orienterte dessuten Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD) om klagene.

Nkom mottok kommentarer fra Motorola til Telenors klage 21. oktober 2020.

Vedlegg 13: Motorolas kommentarer av 21. oktober 2020.

Vedleggene til denne innstillingen er de samme for alle tre klagene og oversendes derfor samlet. Deler av vedleggene er unntatt offentlighet jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13.

2 Telenors klage

2.1 Overordnet om Telenors anførsler

Telenor anfører prinsipalt at Nkoms pålegg om å opprettholde hele kobberaksessnettet i 5 år er ugyldig og må oppheves. Det anføres tre grunnlag for at vedtaket anses å være ugyldig;

- pålegget mangler rettslig grunnlag
- pålegget kan ikke gis tilbakevirkende kraft på allerede utsendte varsler
- pålegget er uansett uforholdsmessig og sterkt urimelig

Subsidiært anfører Telenor at pålegget er ugyldig der det ikke er tilgangskjøpere som benytter seg av tilgangen, og følgelig at denne forpliktelsen uansett må oppheves.

Det anføres også at pålegget om å utarbeide en migrasjonsplan er ugyldig. Telenor mener det ikke er rettslig grunnlag i ekomloven til å pålegge selskapet en forpliktelse om å utarbeide en helhetlig migrasjonsplan på den måten Nkom har gjort, samt at pålegget er uklart og uforutsigbart.

2.2 Prinsipal anførsel – pålegget om tilgangsplikt i 5 år er ugyldig

Det anføres fra Telenors side at pålegget om å opprettholde hele kobberaksessnett i 5 år, fra og med 2. september 2020, er ugyldig og av denne grunn må oppheves.

2.2.1 Pålegget mangler rettslig grunnlag

Grunnlag

Telenor viser til at pålegget griper inn i selskapets bestemmelsesrett over egne ressurser og forretningsstrategi, og at vedtaket krever klar lovhjemmel, jf. Grunnloven § 113. Det anføres at Nkoms pålegg mangler et rettslig grunnlag.

Telenor anfører at ordlyden i ekomloven² § 4-1 ikke gir hjemmel for pålegget. Det angis at dommen fra Borgarting lagmannsrett³, som Nkom viste til i vedtaket, ikke er relevant for tolkingen av ekomloven § 4-1 på dette punkt.

Telenor viser til at artikkel 12 første ledd bokstav c) i tilgangsdirektivet⁴ ikke er implementert i norsk rett, og at denne bestemmelsen dermed ikke kan få direkte virkning.

Det anføres videre at Nkom uansett har lagt til grunn en uriktig tolkning av ordlyden i artikkel 12 første ledd bokstav c). Det vises til at bestemmelsen gir anvisning på at det kan pålegges en plikt til ikke å trekke tilbake tilgang til en fasilitet. Telenor mener imidlertid at netteier ikke kan pålegges å opprettholde fasiliteten i henhold til bokstav c).

Telenor anfører også at ordlyden i artikkel 12 første ledd bokstav c) uansett må tolkes i lys av Telenors behov for å disponere over egen infrastruktur, under henvisning til direktivets fortale.

² Lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven)

³ Borgarting lagmannsretts dom av 12. desember 2018 (LB-2017-72236)

⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/19/EF av 7. mars 2002 om tilgang til og samtrafikk mellom elektroniske kommunikasjonsnett og tilhørende ressurser (tilgangsdirektivet)

Telenor viser til at Kommisjonens NGA-anbefaling⁵ er inntatt i EØS-avtalen som en såkalt ikke-bindende *acquis*⁶. Det vises til at en uttalelse i et slikt dokument ikke oppfyller kravene til lovhjemmel eller for øvrig kan anses å implementere direktivtekst i norsk rett.

Videre anføres det at hensynet til EØS-konform tolkning ikke tilsier at Nkom kan *«innfortolke en inngrepshjemmel overfor Telenor [...] med en henvisning til en tolkning av en ikke-bindende anbefaling som gjelder en ikke-implementert direktivbestemmelse i norsk rett.»*

Endelig anføres det at Nkom uansett legger en uriktig forståelse av avsnitt 39 i NGA-anbefalingen til grunn. Det vises til at NGA-anbefalingen ikke kan forstås som at kobberbasert infrastruktur ikke kan legges ned hvis nettet er ulønnsomt fordi annen infrastruktur er etablert og kundene har valgt å tilknytte seg dette nettet.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig med Telenor i at pålegget mangler rettslig grunnlag. Nkom viser til at Telenor har fremført tilsvarende anførsler i høringsinnspill til Nkoms varsel om vedtak. Nkom viser til våre vurderinger i kapittel 2.2.2 og 3.2 i endringsvedtaket, hvor vi blant annet har begrunnet hvordan ekomloven § 4-1 skal tolkes på bakgrunn av tilgangsdirektivet artikkel 12 og forholdet til NGA-anbefalingen.

Det er for øvrig ikke riktig som Telenor hevder i klagen at Nkom «synes å være enig i» at ordlyden i ekomloven § 4-1 ikke hjemler et slikt inngrep. Som vist til i vurderingene mener Nkom at vi har klar lovhjemmel i ekomloven § 4-1 som implementerer tilgangsdirektivet artikkel 12, til å pålegge Telenor en forpliktelse om å opprettholde kobbernettet i en periode på 5 år.

Grunnloven § 113 er en generell grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet, som innebærer at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha hjemmel i lov eller annet rettsgrunnlag. Nkoms vurdering er at ekomloven § 4-1 utgjør slikt hjemmelsgrunnlag, og følgelig vil pålegget om å opprettholde kobbernettet i en periode på 5 år også være i tråd med Grunnloven § 113.

Telenor anfører at artikkel 12 første ledd bokstav c) uansett må tolkes i lys av Telenors behov for å disponere over egen infrastruktur med henvisning til direktivets fortale. Telenor angir ikke hvilket punkt i fortalen det refereres til. Nkom viser til at det følger av fortalens punkt 19 at det ved vurdering av pålegg om tilgangsforspliktelser, skal infrastruktureierens interesse i å

⁵ Kommisjonens anbefaling 2010/572/EU av 20. september 2010 om regulering av tilgang til Neste Generasjons Aksessnett (NGA)

⁶ Forkortelse for *acquis communautaire*, et fransk ord som betegner EUs gjeldende regelverk

disponere eget nett veies mot andre tilbyderes behov for tilgang til fasiliteter som er nødvendige for å tilby konkurrerende tjenester. Nkom har gjennomført en slik vurdering i endringsvedtaket, og viser blant annet til forholdsmessighetsvurderingen i kapittel 3.6

Når det gjelder Telenors anførsel om at NGA-anbefalingen ikke oppfyller kravene til lovhjemmel viser Nkom til at det ikke er anbefalingen i seg selv som er hjemmel for Nkoms pålegg om å opprettholde kobbernettet i en periode på inntil 5 år. Som vist til i endringsvedtaket er NGA-anbefalingen overordnet sett gitt av hensyn til å oppnå en harmonisert bruk av de underliggende direktivene, her tilgangsdirektivet, jf. rammedirektivet⁷, og skal i størst mulig grad tas hensyn til av medlemslandene. Hensynet til harmonisert bruk av de nevnte direktivene innenfor EØS taler for at Nkom tillegger anbefalingen betydelig vekt ved bruk av bestemmelser i ekomloven som implementerer de aktuelle direktivbestemmelsene.

Når det gjelder Telenors anførsel om EØS-konform tolkning mener Nkom at artikkel 12 i tilgangsdirektivet er implementert i norsk rett selv om direktivteksten ikke er inntatt eksplisitt i ekomlovens tilgangsbestemmelse. Nkom viser til vurderingene i kapittel 3.2 i endringsvedtaket,

Nkom viser også til at ESA i sine kommentarer til Nkoms utkast til vedtak mener at en forpliktelse for Telenor om å opprettholde kobbertilgangen i en periode på 5 år ved fravær av migrasjonsplan, er i tråd med tilgangsdirektivet artikkel 12. Videre er også ESA enig i at forpliktelsene er i samsvar med NGA-anbefalingen.

På denne bakgrunn mener Nkom at Telenor ikke kan bli hørt i sin anførsel om at pålegget om å opprettholde kobberaksessnettet i en periode på inntil 5 år er i strid med Grunnloven § 113, og heller ikke at endringsvedtaket for øvrig mangler rettslig grunnlag eller er ugyldig.

2.2.2 Pålegget kan ikke få anvendelse på allerede utsendte varsler

Grunnlag

Telenor anfører at Nkoms vedtak, og den nye forpliktelsen til å opprettholde hele kobberaksessnettet i 5 år, gis tilbakevirkende kraft på Telenors allerede utsendte varsler. Telenor viser til at de har varslet relevante tilgangskjøpere i henhold til varslingsfristene som gjaldt etter Markedsvedtakene, og at selskapet har forholdt seg lojalt til gjeldende regulering i sine planer for og gjennomføring av kobbersaneringen.

⁷ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF av 7. mars 2002 om felles rammebestemmelser for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester (rammedirektivet)

Telenor anfører at en slik ny forpliktelse kun kan ha virkning fra og med vedtakets ikrafttredelsestidspunkt. De vises til at forbudet mot tilbakevirkende kraft følger av sikker rett, herunder Grunnloven § 97.

Kommentarer fra Motorola

MSN viser til i sine kommentarer til Telenors klage at Telenor ikke kan høres med anførselen om tilbakevirkende kraft. MSN viser blant annet til at det i vedtaket kun med virkning fremover i tid, gjøres endringer i hvilke tilgangsforsiktelser Telenor pålegges som aktør med sterk markedsstilling. MSN mener at Nkoms vedtak om plikt til å forlenge opprettholdelsen av kobbernettet, utover det Telenor tidligere hadde forventet på grunn av det opprinnelige markedsvedtaket, uansett ikke klart kan anses som «urimelig eller urettferdig tilbakevirkning⁸». MSN viser til at det kun er snakk om en plikt til å forlenge opprettholdelsen av allerede etablert infrastruktur og at telesektoren er 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. MSN viser også til at ekomloven § 3-4 tredje ledd fastslår 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.

Nkoms vurdering

Nkom er ikke enig med Telenor i at Grunnloven § 97 stenger for at pålegget også kan gis anvendelse på allerede utsendte varsler. Både lovskravet i Grl. § 113, som det er vist til over, og forbudet mot å gi «lover» tilbakevirkende kraft i Grl. § 97 gjelder som utgangspunkt på alle rettsområder. Kjernen i Grl. § 97 er et klart forbud mot generelle lover og forskrifter som knytter negative rettsvirkninger til eldre og avsluttede handlinger eller begivenheter. Grl. § 97 innebærer imidlertid ikke at Nkom som forvaltningsorgan vil være avskåret fra å fatte nye vedtak som griper inn i en bestående rettsposisjon, og etter Nkoms oppfatning omfatter reguleringskompetansen også at det kan innføres strengere krav og pålegges forpliktelser knyttet til igangværende virksomhet.⁹

Nkom viser videre til at vi skal ha et løpende tilsyn med markedssituasjonen og at vår rolle er å ivareta konkurransen. Dette krever at vi ved behov kan gripe inn raskt, og dette taler for å forstå regelverket slik at det gir hjemmel til det aktuelle pålegget for å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser. Ny regulering vil derfor ikke kunne sees under innfallsvinkelen

⁸ Jf. Rt. 2013 s. 1345 (Strukturvotedommen) avsnitt 83.

⁹ Konstitusjonelt demokrati, Eivind Smith, 2. utg., 2012, s. 451 og s. 487-489.

tilbakevirkende kraft i strid med Grl. § 97. Aktørene som blir regulert kan på denne bakgrunn ikke ha en berettiget forventning om at rettigheter som måtte følge av vedtakene ikke kan gripes inn i dersom dette er nødvendig for å sikre blant annet tilgang som er nødvendig for konkurransen. Etter Nkoms oppfatning er Grl. § 97 ikke ment å stå i veien for slik offentlig regulering som her er utøvet.

Nkom viser til at tilgangsplikten til kobbernettene følger av Markedsvedtakene og var gjeldende på vedtakstidspunktet. Endringsvedtaket forlenger den allerede pålagte forpliktelsen med inntil 5 år. Tilgangsplikten til kobbernettene er dermed ikke en ny forpliktelse. Etter Nkoms vurdering vil det heller ikke innebære tilbakevirkende kraft i strid med det vernet som Grunnloven § 97 er ment å gi å forlenge en allerede eksisterende forpliktelse. Det avgjørende er slik Nkom vurderer det at myndigheten har kompetanse til å pålegge forholdsmessige forpliktelser, også at det må trekkes en grense mot tilfeller hvor vedtaket kun vil gripe inn i bestående rettsposisjoner, jf. vurderingene over. Nkom har anledning til å justere virkemiddelbruken dersom det er forholdsmessig, og vi mener at en slik justering er nødvendig, og at dette faller utenfor vernet mot tilbakevirkende generelle lover etter Grl. § 97. Nkom har videre mulighet til å fatte nye vedtak med nye virkemidler. En endret virkemiddelbruk i seg selv vil ikke innebære tilbakevirkende kraft. Nkom har også mulighet til å gjeninnføre ny regulering av friskmeldte markeder, noe som heller ikke vil innebære tilbakevirkende kraft i strid med Grl. § 97 slik Nkom ser det.

Nkom mener Telenor uansett ikke kan få medhold i sin anførsel fordi de utsendte varslene ikke oppfylte de innholdsmessige kravene, og følgelig skal ses bort fra. Det følger av endringsvedtaket at tilgangsplikten omfatter alle deler av kobberaksessnettene som ikke var gyldig nedlagt i samsvar med Telenors plikter etter gjeldende markedsvedtak. Tilgangsplikten omfatter dermed også deler av aksessnettene som på dato for vedtaket var varslet nedlagt, men som ennå ikke var nedlagt på dette tidspunktet.

Telenor har sendt ut varsler om nedlegging av kobberaksesser før endringsvedtakets ikrafttredelse, men hvor varslingsfristen og Telenors mulighet for å legge ned aksessene ikke var inntruffet. Som Nkom også viser til i endringsvedtaket og i vårt [presiseringsbrev av 11. november 2019](#), er informasjonen Telenor har gitt tilgangskjøpere ved varsel om sanering av kobberaksesser mangelfull. Telenor valgte likevel etter å ha mottatt presiseringsbrevet fra Nkom å varsle nedleggelse av alle resterende aksesser. Etter Nkoms vurdering kan Telenor på dette grunnlag heller ikke høres med at de har forholdt seg lojalt til reguleringen.

Informasjonen oppfyller ikke de innholdsmessige kravene markedsreguleringen stiller til å gi alle opplysninger som er relevante og nødvendige for tilgangskjøper å motta for å kunne ivareta sine interesser på likeverdige vilkår som Telenors sluttbrukervirksomhet. Virkningen av disse manglene er i henhold til Markedsvedtakene kapittel 7.5.5.5 at varslene ikke anses som sendt, og at varslingsfristen ikke begynner å løpe.

På denne bakgrunn er det Nkoms oppfatning at forbudet mot tilbakevirkende kraft i Grunnloven § 97 ikke får anvendelse i et tilfelle som det foreliggende, og videre at de allerede utsendte varslene ikke kan få virkning etter sitt innhold som følge av innholdsmessige mangler som medfører at varslene skal ses bort ifra. Telenors anførsel kan ikke føre frem på dette punktet.

2.2.3 Pålegget er sterkt urimelig og uforholdsmessig

Grunnlag

Telenor anfører at pålegget, samlet sett, vil medføre så store konsekvenser at det er sterkt urimelig og uforholdsmessig, og av denne grunn er ugyldig.

Telenor mener at vedtaket;

- griper inn i kjernen av Telenors bestemmelsesrett over egne ressurser og forretningsstrategi
- medfører at de forretningsmessige konsekvensene for Telenor er meget store, både hva gjelder direkte økonomiske konsekvenser ved økte kostnader eller utsettelse av modernisering- og effektiviseringstiltak, for disponering over interne ressurser samt disponering over entreprenører
- vil innebære forsinkelser i utrulling av alternativ infrastruktur, med direkte konsekvenser for Telenors virksomhet, sluttkunder og tilgangskjøpere
- vil påvirke moderniseringen av Telenors infrastruktur i ulønnsomme områder
- vil få direkte økonomiske konsekvenser for tredjeparter, slik som Statnett
- vil kunne ha direkte negative miljøeffekter ved at nettverksutstyr ikke kan fjernes som planlagt
- innebærer at Telenor pålegges å drifte og vedlikeholde hele kobberaksessnettet med tap.

Det vises også til at Nkom ikke har tatt stilling til i vedtaket hvilke erstatningsprodukter som vil være relevante for å kunne trekke tilbake den kobberbaserte tilgangen før 5-årsfristen, samt at tilgangskjøperne i Telenors nett har vært kjent med kobbersaneringen i over 1 år og dermed ikke ha noen berettiget forventning om tilgang til kobberaksessnettet etter 2023.

Nkoms vurdering

Telenor har i klagen ikke vist til noe eksplisitt rettslig grunnlag for sin ugyldighetsanførsel.

Nkom antar at det siktes til forvaltningsrettens ulovfestede regler om ugyldighet ved sterkt urimelige eller uforholdsmessige vedtak (læren om myndighetsmisbruk), og lovfestingen av dette i ekomloven § 3-4 (3). Nkom er ikke enig i at vedtaket er sterkt urimelig.

Kobberaksessnettet er grunnleggende infrastruktur og har vært det eneste landsdekkende faste aksessnettet i Norge. Kobberaksessnettet har vært en sentral plattform for produksjon av blant annet bredbåndstjenester i en årrekke. Telenor har ensidig bestemt at de vil legge ned kobberaksessnettet, og har ikke forsøkt å legge opp til et løp som kan ivareta konkurransen. Dette gjelder både med hensyn til likeverdig tilgang til erstatningsprodukter og med hensyn til likeverdig tilgang til informasjon. Videre viser Nkom til høyesterettspraksis hvor det fremgår at det skal «svært mye til» før domstolene underkjenner forvaltningsavgjørelser begrunnet med at vedtaket er sterkt urimelig, jf. Rt. 1997 s. 1795.

Nkom er heller ikke enig med Telenor i at vedtaket er uforholdsmessig. Nkom viser til forholdsmessighetsvurderingen som er gjort av de pålagte forpliktelsene i vedtaket kapittel 3.6. Nkom mener at pålegget er forholdsmessig og nødvendig, og dermed gyldig.

Nkom mener at endringsvedtaket vil skape forutsigbare rammebetingelser for aktører som er avhengig av tilgang til kobberaksessnettet og legge til rette for at slike aktører fortsatt kan ha et nasjonalt tilbud om bredbånd. Slike aktører vil dermed fortsatt kunne konkurrere effektivt med blant annet Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Nkom mener innretningen på tilgangsplikten er egnet til å skape forutsigbare rammer om tilgangsplikten for tilgangskjøpere og dermed til å understøtte formålet med tilgangsplikten.

Innretningen på tilgangsplikten innebærer at Telenor vil måtte opprettholde tilgangen i en lengre periode enn det som følger av Telenors plan for nedleggelse av kobberaksessnettet. Nkom har erkjent at dette vil påføre Telenor ekstra kostnader som selskapet ellers ikke ville ha. Nkom mener likevel at det er avgjørende å sikre forutsigbarhet om mulighet til å benytte det landsdekkende kobberaksessnettet som innsatsfaktor for tilbud om bredbåndstjenester i ulike sluttbrukermarkeder. Nkom mener videre at Telenors opprinnelige plan for gjennomføring av nedleggelsen av kobberaksessnettet er egnet til å påføre konkurransen langvarige skadevirkninger. Nkom mener på den bakgrunn at innretningen på tilgangsplikten er nødvendig for å avhjelpe dette forholdet og understøtte en utvikling mot bærekraftig konkurranse. Endringsvedtaket bygger på en avveining av ulike interesser og konklusjonen legger avgjørende vekt på hensynet til konkurransen.

Nkom viser videre til at innretningen på tilgangsplikten er slik at Telenor har mulighet til selv å påvirke hvor raskt kobberaksessnettet kan legges ned. Nkom mener på den bakgrunn at innretningen på tilgangsplikten ikke er mer tyngende for Telenor enn formålet tilsier. Når det gjelder hvilke erstatningsprodukter som vil være relevante for å kunne legge ned kobbernettet skal dette inngå i migrasjonsplanen som vil bli utarbeidet i samråd med flere aktører.

2.3 Subsidiær anførsel – pålegget er uansett ugyldig der det ikke er tilgangskjøpere som benytter seg av tilgangen

Grunnlag

Telenor mener at vedtaket er uforholdsmessig og går betydelig lenger enn det som er nødvendig når Telenor også pålegges å opprettholde kobbernettet i inntil 5 år på punkter i nettet der det ikke er tilgangskjøpere som benytter seg av tilgangen. Ifølge Telenor er dermed uansett denne delen av vedtaket ugyldig.

Telenor viser til at Nkom i vedtaket ikke skiller mellom punkter i nettet der det er tilgangskjøpere som benytter seg av tilgangen, og der det ikke er det. Telenor viser videre til at selskapet fratras muligheten til å disponere over infrastrukturen også der det ikke er tilgangskjøpere, og at selskapet pålegges en plikt til å opprettholde, drifte, vedlikeholde og rette feil og skader i nettet, også der det ikke er kunder, uten kostnadsdekning for de høye kostnadene dette vil innebære.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at tilgangsplikten etter både Markedsvedtakene fra 2018 og endringsvedtaket gjelder hele kobbernettet, og ikke kun der hvor det er tilgangskjøpere som benytter seg av tilgang. Markedsvedtakene skilte mellom linjer hvor det var tilgangskjøpere og linjer uten tilgangskjøpere når det gjaldt blant annet varslingsbestemmelsene og varslingsfristens lengde. Dette er endret i de pålagte forpliktelsene i endringsvedtaket. Det avgjørende er at tilgangskjøperne skal kunne benytte seg av tilgangsretten som følger av reguleringen både når det gjelder muligheten til å betjene eksisterende kunder og å kunne inngå avtaler med nye kunder. Endringsvedtaket skal således sørge for tilgang til en nasjonal infrastruktur.

Telenor har selv hatt store deler av kobberaksessene, og flytter nå egne kunder over på ny infrastruktur. Dersom infrastruktur uten tilgangskjøpere skulle unntas reguleringen ville dette medført at store deler av kobbernettet ville bli lagt ned uten noe form for varslingsfrist. Reguleringen gir ikke holdepunkter for en slik forståelse.

Nkom viser også til at Telenors mulighet for å legge ned kobbernettet, eventuelt deler av nettet, raskere er noe som vil bli vurdert under arbeidet med migrasjonsplan og Telenor har dermed selv mulighet til å påvirke dette.

2.4 Pålegget om å utarbeide migrasjonsplan er ugyldig

Grunnlag

Telenor anfører at det ikke er rettslig grunnlag i ekomloven til å pålegge Telenor en forpliktelse om å utarbeide en helhetlig migrasjonsplan på den måten Nkom har gjort, samt at pålegget er uklart og uforutsigbart, og at det derfor er ugyldig.

Telenor viser til at det nærmere innholdet i en helt sentral forpliktelse ikke fremgår av vedtaket, men er overlatt til fremtidig forhandling mellom private parter og eventuell godkjenning av Nkom. Det påpekes at det er uklart hvilke produkter som vil bli godkjent av Nkom som relevante erstatningsprodukter, og om det i det hele tatt vil være mulig for Telenor å tilby de produkter som kreves.

Nkoms vurdering

Nkom viser til at hovedregelen i både Markedsvedtakene og endringsvedtaket er tilgangsplikt til kobbernettet jf. ekomloven § 4-1. Pålegget om at Telenor må utarbeide en migrasjonsplan er i utgangspunktet et unntak fra tilgangsplikten og plikten til å opprettholde nettet, som åpner for at Telenor kan legge ned kobberaksesser på et tidligere tidspunkt etter nærmere fastsatte vilkår som inngår i migrasjonsplanen. På denne bakgrunn er Nkom noe uforstående til at Telenor anfører at det ikke er rettslig grunnlag for å gi Telenor en slik mulighet.

Nkom har hjemmel til å pålegge Telenor å tilby tilgang til erstatningsprodukter jf. ekomloven § 4-1, og til å pålegge at tilgangen til slike produkter skal gis på ikke-diskriminerende vilkår jf. ekomloven § 4-7. Nkom viser til at migrasjonsplan er sett på som en effektiv måte å gjennomføre tilgangsplikt, ikke-diskriminering og transparens i overgangen til ny infrastruktur. Hensynene bak bestemmelsene og behovet for å sikre konkurransen i denne overgangsfasen tilsier slik Nkom ser det at bestemmelsene også gir lovhjemmel til å pålegge Telenor utarbeidelse av en migrasjonsplan som er transparent og ikke-diskriminerende ved overgangen fra kobberbasert infrastruktur til ny infrastruktur.

NGA-anbefalingen gir etter Nkoms syn også støtte for en slik tilnærming, jf. kapittel 2.2.2 og 3.2 i endringsvedtaket. Det følger av anbefalingens punkt 39 at gjennomføring av endringer i eksisterende nettverksarkitektur og teknologi ikke bør gjennomføres på en måte som innebærer at eksisterende forpliktelser for tilbyder med sterk markedsstilling i bredbåndsmarkedene bortfaller, med mindre det foreligger en plan for migrasjon mellom den regulerte tilbyderen og tilgangskjøperne.

3 Oppsummering og innstilling

Nkom kan ikke se at Telenors klage medfører noe vesentlig nytt i forhold til tidligere innspill. Nkom viser derfor til de vurderinger som er foretatt i vedtak 2. september 2020 og fastholder de standpunkter som fremkommer der.

Det har etter Nkom oppfatning heller ikke i ettertid fremkommet nye opplysninger som skulle tilsi en endret konklusjon fra Nkoms side. Nkom mener videre at det ikke foreligger feil som medfører at vedtaket er ugyldig.

Etter vurdering av Telenors anførsler og opplysninger, har Nkom på denne bakgrunn ikke funnet grunnlag for andre endringer eller oppheving av vedtak 2. september 2020. Nkom innstiller derfor følgende vedtak i klagesaken:

«Klagen av 24. september 2020 fra Telenor vedrørende Nkoms vedtak av 2. september 2020 om endring av vedtakene i Marked 3a og 3 b – plikt til å opprettholde tilgang til kobberbaserte aksessnett tas ikke til følge.»

I henhold til veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak fattet av Nasjonal kommunikasjonsmyndighet etter ekomloven punkt 4, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkoms innstilling til KMD innen en frist på to uker. Nkom vil oversende partsoffentlige versjoner av innstillingen til de tre klagerne, i tillegg til å publisere en offentlig versjon av innstillingen på vår hjemmeside.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
avdelingsdirektør

Øyvind Halvorsen
seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift



Vedlegg:

Vedlegg 1: Varsel om endring av vedtakene i Marked 3a og 3b av 20. desember 2019.

Vedlegg 2: Høringssvar fra Telenor

Vedlegg 3: Høringssvar fra GlobalConnect

Vedlegg 4: Høringssvar fra NextGenTel

Vedlegg 5: Høringssvar fra Telia

Vedlegg 6: Kommentarer fra GlobalConnect til andre høringssvar

Vedlegg 7: Utkast til vedtak av 30. juni 2020.

Vedlegg 8: ESAs kommentarer av 23. juli 2020 til Nkoms utkast til vedtak.

Vedlegg 9: Nkoms vedtak av 2. september 2020 om endring av vedtakene i Marked 3a og 3b – plikt til å opprettholde tilgang til kobberbaserte aksessnett.

Vedlegg 10: Telenors klage av 24. september 2020.

Vedlegg 11: GlobalConnects klage av 24. september 2020.

Vedlegg 12: Motorolas klage av 24. september 2020.

Vedlegg 13: Motorolas kommentarer av 21. oktober 2020.