

Kommunal- og distriktsdepartementet
v/Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

3. juni 2022

Sendes per e-post til: firmapost@nkom.no

Klage på Nkoms vedtak om ny regulering for unntaket "forhold utenfor Telenors kontroll" i Marked 3a og 3b

1. Bakgrunn

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet ("**Nkom**") fattet 13. mai 2022 vedtak der tilsynet innskrenker unntaket som tillater Telenor ASA ("**Telenor**") å legge ned kobberaksesser som følge av forhold utenfor selskapets kontroll. Grunnlaget for innstramningen er omfanget av de urettmessige nedleggelsene. GlobalConnect AS og HomeNet AS ("**GlobalConnect**") støtter innføringen av en kostnadsterskel for nedleggelse, muligheten til å erstatte kobberaksessen med relevante erstatningsprodukter samt plikten til å utbetale kompensasjon dersom kostnaden overstiger terskelverdiene. Vi er dessuten positive til den overordnede innretningen på innstramningene. I sum håper vi at dette vil føre til at Telenor opprettholder tilgangen til kobbernettet frem til 2. september 2025 slik selskapet er pålagt.

Det vedtatte regimet åpner på enkelte punkter for omgåelser, herunder at Telenor vil forsøke å legge ned passive aksesser under henvisning til forhold utenfor selskapet kontroll. Dessuten velger Nkom på feilaktig grunnlag å kun gi den skjerpede reguleringen virkning fra 1. juni 2022 og fremover i tid. Telenor har i flere år har lagt ned et betydelig antall aksesser i strid med gjeldende krav, noe tilsynet i praksis erkjenner. GlobalConnect vil derfor påklage vedtaket for så vidt gjelder disse to punktene samt oppfordre Nkom å selv justere reguleringen på eget initiativ. Grunnlaget for klagen er faktiske og rettslige feil og mangler som har påvirket innholdet avgjørelsen.

Klagefristen løper ut 3. juni 2022. Klagen er derfor rettidig.

Denne klagen inneholder informasjon om GlobalConnects drifts- og forretningsforhold som er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin næringsvirksomhet, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nummer 2 og § 19 første ledd b. Slike opplysninger er dermed underlagt lovbestemt taushetsplikt. Vi ber derfor om at alle sensitive opplysninger unntas offentlighet og partsinnsyn, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven §§ 13 og 19.

2. GlobalConnects overordnede kommentar til vedtaket

GlobalConnect støtter vedtaket om å stramme inn unntaket for forhold utenfor Telenors kontroll gjennom å etablere en kostnadsterskel og en kompensasjonsordning.

Dagens system fungerer ikke etter hensikten. I stedet for å være en sikkerhetsventil forbeholdt de få tilfellene der en tredjepart pålegger Telenor å fjerne infrastrukturen på kort varsel, har den dominerende aktøren brukt unntaket som et påskudd for å fjerne betydelige deler av kobbernettet. Nkoms eget tallgrunnlag viser at det er snakk om ca. 2,5 % per år. Antallet nedleggelse er så høyt at det undergraver den forutsigbarheten for tilgang som kobbervedtaket er ment å gi. Det har dessuten gitt oss og andre tilgangskjøpere en betydelig konkurranseulemppe de siste årene.

Sett i lys av dette mener GlobalConnect at den foreslåtte kostnadsterskelen sammen med et kompensasjonsregime er et egnet og nødvendig tiltak for å opprettholde tilgangen til kobbernettet. Vi er også positive til at vedtaket forutsetter at tilgangskjøper får tilgang til erstatningsprodukter som gir minst like god kvalitet som de kobberakssene vi allerede kjøper, det samme marginbildet og ikke påfører oss merkostnader, dersom Telenor velger dette som et alternativ til nedleggelse. Vi nevner for ordens skyld allerede her at innsatsfaktoren også må dekke tilgangskjøpers behov for å betjene kunder i bedriftsmarkedet. Fast Mobilt Bredbånd vil dermed aldri være et fullgodt erstatningsprodukt for slike aksesser.

Vedtaket etterlater inntrykk av at det betydelige antallet nedlegger dels skyldes Telenors manglende insentiv til å opprettholde kobbernettet, dels at reguleringen er uklar eller "krevende å følge opp". På side 4 skriver Nkom:

"Når det gjelder GlobalConnects anførsler om at det økende antallet nedleggelse skyldes omgøelser fra Telenors side, så viser Nkom til det som fremgår over om behovet for endring i lys av Telenors praktisering av dette unntaket, og at omfanget av nedleggelse har blitt større enn forutsatt da videreføring av dette unntaket ble drøftet i kobbervedtaket. Reguleringen er i sin någjeldende form krevende å følge opp, noe som i seg selv ikke i tilstrekkelig grad gir insentiver til etterlevelse fra Telenors side. Etter Nkoms oppfatning er det derfor behov for å klargjøre regelverket for å oppnå formålet med kobbervedtaket om å sikre reell og forutsigbar tilgang frem til 2025."

GlobalConnect er enig i at den dominerende aktøren ikke har noen egeninteresse i å ivareta denne infrastrukturen, men uenig i tilsynets omskrivning av hendelsesforløpet de siste tre årene. Telenor har helt fra våren 2019 aktivt lagt ned en betydelig del av kobbernettet gjennom omgøelser av, og brudd på, de kravene Marked 3a og 3b-vedakene har stilt til varsling, KPI for feilretting, KPI for leveringspresisjon og til "forhold utenfor Telenors kontroll" (Telenor har i tidligere korrespondanse også benevnt dette som «for dyrt å legge om»). Vi har løpende holdt tilsynsmyndigheten informert om praksisen gjennom møter, brev og klager samt etterlyst handling. Når det gjelder "forhold utenfor Telenors kontroll" brukte vi dessuten betydelige ressurser på å dokumentere at en dekke konkrete tredjeparter aldri hadde bedt om eller pålagt nedleggelse innenfor den relevante tidsperioden, eller at omfanget av Telenor sin

nedleggelse er langt mer omfattende enn det tredjeparts varselet skulle tilsi. Videre har vi dokumentert at flere pålegg om nedleggelse knytter seg til prosjekter som skal skje mange år frem i tid, mens Telenor allikevel varsler nedleggelse med veldig kort tidsfrist.

Videre advarte vi Nkom helt fra starten om at myndighetene måtte følge Telenor tett opp og gripe raskt inn. Dette skjedde ikke. Nkoms oppfølging har kommet sent, for en stor del basert seg på den dominerende aktørens informasjon og i praksis ført til endring av reguleringen med virkning fremover i tid, heller enn håndhevelse av de pålagte kravene.

Slik GlobalConnect ser det, skyldes med andre ord det høye antallet nedleggelse verken uklar regulering eller en økning i tredjepartspålegg, men at Nkom har manglet evne eller vilje til å føre effektiv kontroll og gripe inn mot praksisen. Vi legger til grunn at det vil endre seg fremover gjennom aktiv håndhevelse av den vedtatte reguleringen.

3. Rettslig utgangspunkt

Ifølge forvaltningsloven § 28 første ledd kan enkeltvedtak påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket. Ekomloven § 11-6 første ledd fastslår at departementet avgjøre klager over Post- og teletilsynets (nå Nkoms) enkeltvedtak fattet med hjemmel i loven.

Når det gjelder de materielle sidene av klagen følger det av ekomloven § 3-4 første og tredje ledd at myndighetene har kompetanse til å pålegge en eller flere særlige plikter for å fremme bærekraftig konkurranse. Ifølge tredje ledd kan myndighetene også "endre pålagte plikter".

Ekomloven kapittel 3 og 4 gjennomfører Rammedirektivet i norsk rett. Artikkel 8 sammenholdt med artikkel 5 i Aksessdirektivet pålegger nasjonal tilsynsmyndighet ikke bare å vedta en markedsregulering som fremmer den bærekraftige konkurransen, men å også tilpasse og endre de vedtatte tilgangsforspliktelser dersom utviklingen i markedet tilsier det. BEREC har i sin NGA-anbefaling fra 2010 understreket viktigheten av å sørge for at tilgangsforspliktelser ikke blir undergravd av tekniske endringer slik som nedleggelse av infrastruktur.

4. Grunnlaget for klagen

4.1 Kostnadsgrensen må justeres for å unngå omgåelser

Ifølge vedtaket pålegger Nkom Telenor en kostnadsramme på NOK 100 000 "pr. aksesslinje" som trappes ned mot 2025. Avgjørelsen inneholder samtidig lite informasjon om hvordan beløpet skal beregnes. Følgende fremgår på side 14:

"Nkom presiserer at kostnadsrammen skal gjelde kostnaden for omlegging av kobberaksessene. Bakgrunnen for dette er at tilgangsplikten kun omfatter eksisterende infrastruktur, og en kostnadsramme og beregning av denne

knyttet til å legge til rette for alternativ aksessteknologi, vil falle utenfor tilgangspliktens omfang."

Vedtaket erkjenner at Telenor frem mot 2025 har sterke incentiver til å omgå den nye reguleringen. Erfaring med kostnadsrammer og unntak fra tilgangsplikten i den innværende reguleringsperioden dokumenterer samtidig at Telenor har vist betydelig kreativitet når det gjelder å omgå slike kostnadsrammer, blant annet gjennom beregningsmetoder som undergraver formålet med forpliktelsen. Vedtaket legger ingen føringer på hvordan kostnadene skal beregnes. Dessuten knytter den beregningene til omlegging av "kobberaksessene", ikke til de konkrete kostnadene ved omlegging av hver enkelt aksess. Dette gjør forpliktelsen lite treffsikker og åpner for omgåelser.

GlobalConnect ber KDD presisere at beregningene skal knytte seg til kostnadene for omlegging av de enkelte aksesslinjene. Videre ber vi departementet fastsette hvilke kostnader som er relevante for beregningen og, om nødvendig, hvordan disse skal beregnes.

4.2 Vedtaket må justeres for å verne passive aksesser

På side 13 skriver Nkom at "inaktive aksesser skal falle utenfor reguleringen". Begrunnelsen er at den nye reguleringen legger opp til at tilgangskjøperne skal kunne videreføre sine tjenester til de sluttbrukerne som blir berørt av tiltaket. I situasjoner hvor det er inaktive kobberaksesser som berøres, mener Nkom at Telenor ikke kan tilby et erstatningsprodukt basert på et ukjent og mer hypotetisk behov for mulige sluttkunder. Videre viser tilsynet til passive aksesser over tid skal tyde på at sluttbrukerne allerede har tilgang på alternativ aksessteknologi.

Uttalelsene på side 14 viser samtidig til at Telenor kun kan legge ned passive kobberaksesser dersom det er snakk om et "forhold utenfor Telenors kontroll" som den dominerende aktøren kan dokumentere i henhold til punkt 5.3.

Nkoms vedtak 2. september 2020 pålegger Telenor en plikt til å opprettholde alle aksesser, både passive og aktive, i 5 år. Tilgangen til passive aksesser er en helt avgjørende forutsetning for å oppnå dekning, slik at tilgangskjøperne blant annet kan håndtere endringer hos eksisterende kunder. Til illustrasjon vil sluttkunder i bedriftsmarkedet ofte ha behov for å flytte aksesser eller opprette aksess til nye lokasjon innenfor avtaleperioden. Det forutsetter tilgang til passive aksesser.

GlobalConnect har forståelse for at det ikke er forholdsmessig å pålegge kompensasjonsordninger eller tilgang til erstatningsprodukter ved nedleggelse av aksesser som ikke er i bruk. Samtidig må det være en minst like høy terskel for å legge ned inaktive aksesser som aktive. Uttalelsene på side 13 og 14 i vedtaket skaper en unødvendig usikkerhet på dette punktet når tilsynet viser til at slike kobberlinjer vil "falle utenfor reguleringen". GlobalConnect ber KDD stadfeste at passive aksesser kun kan legges ned dersom Telenor kan dokumentere et "forhold utenfor Telenors kontroll", at dette er en snever unntaksregel og at terskelen skal være høy.

Erfaringene fra 2019 er at en generell terskel for å legge ned passive aksesser har liten verdi uten løpende innsikt i, og kontroll med, hvordan Telenor forholder seg til den i praksis. Vi advarte tidlig Nkom om at den dominerende aktøren gjennomførte omfattende nedleggelse av sentraler og aksesser uten aktive sluttbrukere. Telenor har selv gjentatte ganger i media markedsført slike konkrete nedleggelse hvor de også fjerner kobberkabler og stolpeinfrastruktur. GlobalConnect oppfordret også tilsynet til å innhente transparente data om hvor mange kobberaksesser Telenor disponerte totalt pr 1. januar 2019, slik at det var mulig å avdekke nedleggelse av passive aksesser i etterkant. Det ble etter det vi kjenner til ikke gjort. Pr i dag er det umulig for tilgangskjøperne å få en faktisk oversikt over hvor mye som faktisk er igjen og tilgjengelig i det nasjonale kobbernettet og hvor mye som er fjernet/gjort utilgjengelig siden januar 2019. Det er en uholdbar situasjon for aktørene i et regulert aksessmarked og et direkte resultat av Nkom sin manglende håndheving av sin egen regulering.

For å sikre at Telenor fremover kun legger ned passive aksesser med grunnlag i "forhold utenfor Telenors kontroll" må slike aksesser omfattes av den månedlige rapporten. GlobalConnect ber derfor KDD utvide rapporteringsforpliktelsen i punkt 5.4 til å også omfatte følgende informasjon om passive aksesser:

- Antall aksesser som er berørt av det aktuelle forholdet.
- Hvilket konkret forhold som begrunner nedleggelsen, samt hvem som er ansvarlig for forholdet.
- Beskrivelse av påkrevd omlegging og kostnadsestimat for slik omlegging.
- Nødvendig nedkoblingsdato.

4.3 De nye kravene må gjelde for alle varslede nedleggelse

I vedtaket erkjenner Nkom på side 23 at "det er nødvendig for å sikre konkurransen i markedet og å ivareta tilgangskjøpernes interesser at vedtaket trer i kraft umiddelbart, slik at nedleggelse som følge av «forhold utenfor Telenors kontroll» begrenses uten unødvendige forsinkelser". Ikke desto mindre velger tilsynet å kun gi de nye forpliktelsene virkning for fremtidige varsler (side 24):

"Vedtaket trer i kraft 1. juni 2022 og får anvendelse for alle kobberaksesser som ikke er varslet nedlagt før denne dato.

For kobberaksesser som er varslet nedlagt før 1. juni 2022, men ikke effektuert, gjelder tidligere regulering."

Tilsynet begrunner dette på følgende måte på side 4:

"Nkom har vurdert innspillet fra Telia, men kommet til at det vil være mest forutsigbart, og etter vår oppfatning gi den beste overgangen til nytt regime, dersom den endrede reguleringen får anvendelse på nye varsler om nedleggelse etter vedtakets ikrafttredelse. Det skyldes at det nye regimet legger opp til større involvering av tilgangskjøperne på et tidligere stadium i prosessen, og Nkom anser det som lite hensiktsmessig at dette skal gjelde på allerede varslede nedleggelse som nærmer seg effektivering. Nkom bemerker

også at GlobalConnect ikke hadde kommentarer til vedtakets virkningstidspunkt."

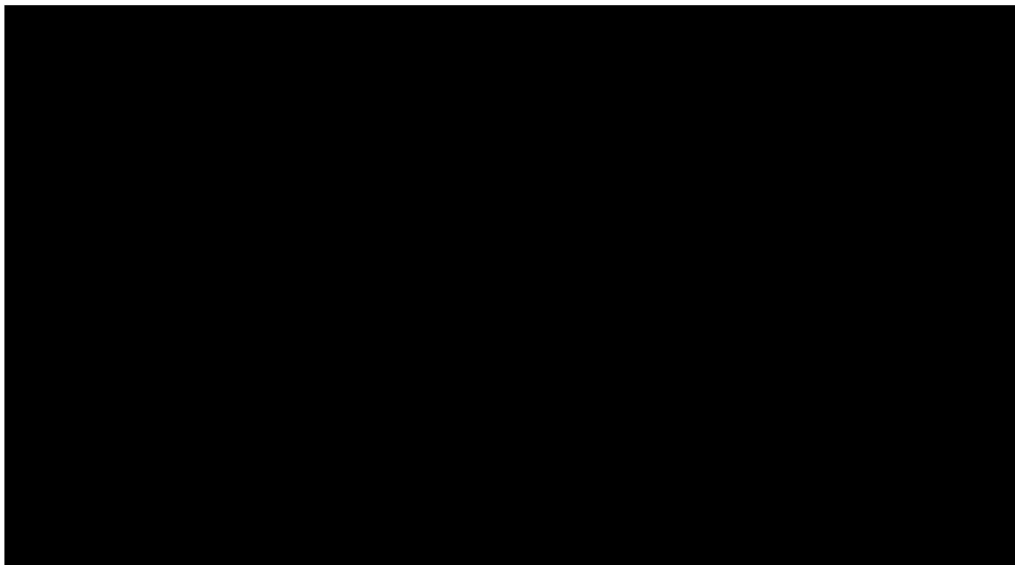
GlobalConnect er uenig i det faktiske og rettslige grunnlaget for Nkoms beslutning om å skjerme det betydelige antallet nedleggelses varslet før 1. juni fra innstrammingene.

Det faktum at vi ikke kommenterer vedtakets virkningstidspunkt i varslet kan, for det første, ikke tas til inntekt for at vi mente det nye regimet skulle avgrense til fremtidige varsler. Tvert om. Som kjent har vi i lang tid aktivt forsøkt å få Nkom til å håndheve og gripe inn mot de svært mange omgåelsene av det foregående unntaket. Dette har også vært tema for en egen klageprosess. Nkom var dermed godt kjent med at vi støttet enhver innskjerping av aksesser som var varslet nedlagt, men ikke ennå utført.

For det andre har Nkom motsatt seg både å ettergå og å gripe inn mot et betydelig antall urettmessige nedleggelses etter den tidligere reguleringen. Tilsynet fattet til illustrasjon vedtak om å avstå fra inngrep samme dag som vedtaket om nye regler for "forhold utenfor Telenors kontroll" ble fattet. I praksis innebærer fraværet av håndhevelse at de kobberaksessene som ble varslet nedlagt, men ikke utført, før 1. juni 2022 ikke har noe vern.

Dette får betydelige, negative konsekvenser for GlobalConnect [bes unntatt offentlighet og partsinnsyn]

[Tabellen bes unntatt offentlighet og partsinnsyn]



GlobalConnect kan samtidig ikke se hvilke praktiske utfordringer det skulle skape for Telenor å innføre strengere krav til blant annet begrunnelse og kostnadsterskler utover de administrative ressursene til å utføre jobben. Det mer enn oppveies av den gevinsten det er for konkurransen å sikre at Telenor ikke legger ned mer av kobbernettene enn det som er strengt nødvendig hensyntatt de konkrete tredjepartspåleggene.

GlobalConnect ber KDD endre vedtaket gjennom å fastslå at forpliktelsene får anvendelse for alle kobberaksesser som er varslet nedlagt, men ikke effektuert.

5. Avsluttende kommentarer

GlobalConnect ber Nkom eller KDD om å ta klagen til følge gjennom å endre de punktene i vedtak 13. mai 2022 i tråd med det som fremgår over.

Vi ber også om løpende innsyn i alle dokumenter knyttet til denne klagen, herunder også presentasjoner og referater fra eventuelle møter.

Eventuelle spørsmål kan rettes til undertegnede på telefon +47 93 08 10 17 eller e-post metjoh@globalconnect.no.

Med hilsen

GlobalConnect AS og Homenet AS



Mette E. Johansen

Head of Group Legal & Regulatory