

Til: Nasjonal kommunikasjonsmyndighet

Vår Dato: 05-11-2021

Postboks 93  
4791 LillesandAnsvarlig Advokat:  
Kaja Wølneberg

Klagen sendes kun per e-post

**Klage på vedtak om overtredelsesgebyr - leveransepresisjon****1 Innledning**

Det vises til vedtak fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet ("Nkom") av 15. oktober 2021 hvor Nkom ilegger Telenor overtredelsesgebyr for brudd på plikten til ikke diskriminering i marked 3a («vedtaket»). Klagefrist er 5. november 2021, og klagen er dermed rettidig fremsatt.

Oppsummert er det etter Telenors syn ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. Nkom har verken bevist at Telenor med klar sannsynlighetsovervekt har opptrådt i strid med forpliktelsen til ikke-diskriminering eller bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor har opptrådt uaktsomt. Telenor har ikke brutt forpliktelsen til ikke-diskriminering, og har videre opptrådt forsvarlig og gjort det som med rimelighet kan forventes for å sikre at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling. Det foreligger derfor heller ingen uaktsomhet. Vedtaket er på denne bakgrunn ugyldig. 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]. Rapporten som er vedlagt er unntatt offentlighet og partsinnsyn i sin helhet.

**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 leveransepresisjon, jf. Nkoms vedtak om pålegg om retting 19. februar 2021. Telenor har 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, samt lagt frem dokumentasjon. I Telenors kommentarer til vedtaket, klage 19. mars 2021 og kommentarer til klageinnstillingen 29. oktober 2021 er dette ytterligere underbygget.

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

Nkom har i vedtaket fremholdt at det avgjørende for vurderingen av om overtredelsesgebyr kan ilegges «er den informasjonen og dokumentasjonen Nkom besitter om de relevante forholdene på tidspunktet for avgjørelsen».

Etter Telenors syn er det vedtakstidspunktet som er avgjørende i denne sammenheng. På dette tidspunktet hadde Telenor både i møter, kommentarer til varsel om vedtak samt ovennevnte klage redegjort for og dokumentert 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. Vi har i tillegg opplyst til Nkom at det er igangsatt en intern granskning. Resultatene av denne følger i bilag 1. Nkom hadde således inngående informasjon og dokumentasjon, men synes i vedtaket å betvile riktigheten av informasjonen fordi Telenor først kom med dette etter tidspunkt for varsel. I tillegg, dersom Nkom mener at noe er uklart, ufullstendig eller mangler av dokumentasjon følger det av utredningsplikten at Nkom må etterspørre eller utrede dette nærmere før vedtak fattes, jf. forvaltningsloven § 17.

Nkom synes i vurderingen av om det foreligger en overtredelse 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 Telenors 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, 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 rapporterings regimet. I tillegg har Telenor ved rapporteringen gitt en forklaring på eventuelle avvik. Som vist til i klagen har Telenor gjennomgående i perioden for 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.

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. Vedtaket er derfor ugyldig.

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

Subsidiært, skulle departementet 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, og vedtaket er ugyldig. I vurderingen av uaktsomhet må Nkom også bevise med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor har opptrådt uaktsomt.

Nkom synes i vedtaket å legge til grunn at dersom det foreligger avvik basert på det som Nkom har fastsatt som kriterier for rapportering av KPIer er det bevist at det foreligger brudd på kravet til ikke diskriminering. Dette er etter Telenors syn en forfeilet tilnærming til kravet om ikke diskriminering, jf. punkt 2 og vår klage av 19. mars 2021. Telenor måtte dermed etter Nkoms syn være godt kjent med forpliktelsen, og tillegger i skjerpene retning av utvist skyldgrad at Telenor var godt kjent med dette. 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, senest ved rapporten fra den interne granskingen, har det de facto 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 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, som også er dokumentert gjennom rapporten fra den interne granskingen. 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] Dessuten var det 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 lettelsers og forsterkelser av nasjonale og kommunale tiltak.

Entreprenørene har også under slike hendelser retningslinjer fra Telenor 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 holdt orientert om dette. Nkom har også vært informert om denne prosessen. Det medfører dermed ikke riktighet, slik Nkom beskriver det i vedtaket, at Telenor har unnlatt å iverksette tiltak for å bedre situasjonen. Det er heller motsatt at Telenor har iverksatt alle de tiltakene som ble identifisert for å kunne avhjelpe på leveransepresisjonen.

Nkom synes å være av den oppfatning at tiltakene ikke har hatt nødvendig effekt, og at Telenor av den grunn ikke har opptrådt aktsomt. Etter Telenors syn finnes det ingen aktuelle tiltak som vil ha den effekten Nkom ønsker. Bakgrunnen for dette er at Nkom har bestemt seg for at leveransepresisjonen ved bruk av entreprenør og ved en maskinell operasjon (typisk trykke på en knapp) skal være lik. Igjen understrekes det at tilfeller der leveranse krever bruk av

entreprenør, ikke er sammenlignbart med tilfeller det 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 blir lik for tjenestene som leveres med entreprenør og de som leveres maskinelt, er bevisst å forsinke leveransetidspunkt for tjenestene som leveres maskinelt. Dette kan etter Telenors syn åpenbart ikke være et relevant tiltak. I møte med Nkom 2. mars 2021 oppfattet Telenor at Nkom var enig i dette.

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 verken 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.

Nkom synes i klagen å legge til grunn at Telenor anfører at myndighetene «eksplisitt må konkretisere hvilke tiltak selskapet skulle og burde ha gjennomført» for å konstatere uaktsomhet fra Telenors side. Dette er tatt ut av sin sammenheng og medfører ikke riktighet. Anførselen fra Telenors side relaterer seg til beviskravet. Noen som også klart fremgår av våre kommentarer til varsel om overtredelsesgebyr.

Telenor har 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.

På denne bakgrunn – og fordi det er umulig for Telenor å identifisere dette – har Telenor 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. Og det er nettopp dette som er Telenors poeng, når det heller ikke er mulig for myndighetene å identifisere hvordan Telenor burde ha opptrådt og gjort annerledes, og ikke hvordan forholdet etter Nkoms syn kan rettes, foreligger det ikke klar sannsynlighetsovervekt for at Telenor har opptrådt uaktsomt. Som det også fremkommer av vedtaket, er det ikke tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Det kreves en del mer av bevisbildet for å sannsynliggjøre at Telenor har opptrådt uaktsomt.

Telenor har iverksatt de tiltak som med rimelighet kan forventes, og dokumentert dette. Telenor har ikke opptrådt uaktsomt, og skyldkravet i ekomloven § 10-3 er således ikke oppfylt. Gebyr kan dermed ikke ilegges, og vedtaket er ugyldig.

#### 4 Nkoms utmåling av overtredelsesgebyr

Etter Telenors syn gjør Nkom feil når graden av utvist skyld vektlegges i skjerpende retning når gebyret skal fastsettes, slik at gebyret på bakgrunn av dette blir høyere enn ellers. Nkom har i vedtaket lagt til grunn at Telenor har utvist simpel uaktsomhet. Dette er den laveste skyldgraden. Denne graden av skyld kan etter Telenors syn ikke vektlegges i skjerpende retning.

I tillegg trekker Nkom frem momentet «atferdens faktiske virkning i markedet» og mener dette trekker i retning av ileggelse av et høyere overtredelsesgebyr. Nkom har imidlertid ikke fremlagt dokumentasjon eller andre bevis for at den påståtte atferden har hatt en faktisk virkning i markedet. Det er bare antagelser fra Nkoms side som vektlegges.

Etter Telenors syn vil konsekvensen av ovennevnte forhold måtte være at gebyret må reduseres betydelig.

\*\*\*

Telenor ber om et møte med KMD i anledning saken

Med vennlig hilsen,  
Group Legal

Kaja Wølneberg  
Advokat