



Energiklagenemnda

Energiklagenemndas avgjørelse 24. mai 2022

Sak: 2021/2127
Klager: Elinett AS (tidligere Istad Nett AS)
Prosessfullmektig Advokat Inge Ekker Bartnes
Klagemotpart: NEAS AS
Prosessfullmektig: Advokat Aksel S. Tannum

Energiklagenemndas medlemmer:

Edna Grepperud, Helle Grønli, Morten Sundt

1 Sakens bakgrunn

- (1) Reguleringsmyndigheten for energi («RME») fattet den 21. februar 2020 vedtak i uenighetssak mellom Istad Nett AS («Istad Nett» eller «klager») og NEAS AS («NEAS» eller «klagemotpart»). Saken gjaldt klage på avslag på søknad om fellesføring av fiber på Istad Netts lavspentmaster, og spørsmål om nøytralitetsplikten i § 4-7 i forskrift om netregulering og energimarkedet (NEM) av 24. oktober 2019 nr. 1413 gjelder for søknad om fellesføring av fiber.
- (2) Saken ble bragt inn som en uenighetssak for Norges vassdrags- og energidirektorat («NVE») den 26. mars 2018 av NEAS. Bakgrunnen for uenighetssaken var at NEAS ønsket en avklaring på hvilken myndighet NVE har i fellesføringsaker og avklare NVEs syn på Istad Netts avslag på NEAS' forespørsel om fellesføring av fiberkabel. NEAS nedla påstand om at Istad Nett ikke hadde rett til å nekte selskapet fellesføring når de åpnet for slik fellesføring fra andre aktører.
- (3) I e-post datert 3. mai 2018 presiserte NEAS bakgrunnen for saken. NEAS forklarte at de ønsket fellesføring i stolperækker og kabelgrøfter. NEAS forklarte videre at de hadde kunder i tre av kommunene Istad Nett hadde områdekonsesjon i. Samme dag oversendte Advokatfirmaet Haavind, på vegne av NEAS, et notat til NVE i saken. Notatet inneholdt vurderinger av rekkevidden av nettselskapenes nøytralitetsplikt. I notatet ble det konkludert med at fiberfremføring er en aktivitet som er omfattet av nettselskapenes nøytralitetsplikt.
- (4) I brev datert 28. juni 2018 opplyste NVE Istad Nett om innkommet klage fra NEAS. Istad Nett ble gitt frist til 26. juli 2018 for å inngi kommentar i saken. Selskapet ble

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

særlig bedt om å redegjøre for det eiermessige og organisatoriske båndet mellom Istad Nett AS og Istad Fiber AS. Istad Nett svarte i brev datert 23. juli 2018. Det ble i perioden mellom 16. august 2018 og 28. januar 2019 sendt inn en rekke kommentarer fra begge parter om fellesføring i Istad Netts konsesjonsområde.

- (5) RME sendte ut forhåndsvarsel i saken den 12. november 2019, med frist for å uttale seg til 23. desember 2019. Det ble varslet om at nøytralitetsplikten omfattet situasjoner der noen ber om tilgang til nettselskapenes infrastruktur for fremføring av fiber.
- (6) Istad Nett sendte inn kommentar til forhåndsvarselet i brev datert 20. desember 2019.
- (7) RME fattet vedtak i tråd med sitt forhåndsvarsel den 21. februar 2020. Vedtaket hadde følgende konklusjon:

«RME treffer vedtak om at nettselskapers plikt til å opptre nøytralt, jf. forskrift om nettregulering og energimarkedet (NEM) § 4-7 annet ledd, kommer til anvendelse i situasjoner der andre aktører ber nettselskapet om tilgang til nettselskapets anlegg i den hensikt å føre frem fiber (bredbånd) via disse.»
- (8) Istad Nett påklagde vedtaket den 9. mars 2020. Klagen var begrunnet i RMEs saksbehandling og rettsanvendelse. Klager ba om at vedtaket ble opphevet, og at saken ble sendt tilbake til RME for fornyet behandling.
- (9) Det ble mellom 30. april 2020 og 14. august 2020 sendt inn en rekke kommentarer til klagen fra både klager og klagemotpart.
- (10) RME vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker datert 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Klagen og sakens dokumenter ble endelig oversendt Energiklagenemnda ved RMEs innstilling datert 29. november 2021.
- (11) Klager og klagemotpart har i brev datert 1. desember 2021 fått informasjon om saksgangen for Energiklagenemnda og frist til å inngi kommentarer til RMEs innstilling i saken eller andre merknader.
- (12) Den 8. april 2022 sendte Klagenemndssekretariatet på vegne av Energiklagenemnda likelydende brev til klager og klagemotpart. Partene ble orientert om Energiklagenemndas vurdering av det saklige virkeområdet til lov av 7. mai 2020 nr. 40 om tilrettelegging for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon (bredbåndsutbyggingsloven). Partene ble bedt om å redegjøre for sitt syn på bredbåndsutbyggingsloven og Nasjonal kommunikasjonsmyndighet som tilsynsmyndighet etter denne loven. Partene ble gitt frist til 12. april 2022 for uttalelse. Denne fristen ble senere forlenget til den 27. april 2022.
- (13) Klager og klagemotpart sendte inn merknader til brevet fra Klagenemndssekretariatet før fristen den 27. april 2022.
- (14) Klager og klagemotparten har i perioden mellom 2. mai 2022 og 24. mai 2022 sendt inn flere merknader til Energiklagenemnda.
- (15) Energiklagenemnda avholdt nemndsmøte i saken 24. mai 2022.

2 Reguleringsmyndigheten for energis vedtak

- (16) I vedtaket redegjør RME innledningsvis for sakens bakgrunn, herunder saksgangen og et kort sammendrag av partenes beskrivelse av saken. RME viser til at klagemotparten har bedt RME om å ta stilling til hvorvidt nettselskapers nøytralitetsplikt etter forskrift av 24. oktober 2019 nr. 1413 (NEM) § 4-7 annet ledd kommer til anvendelse i situasjoner der noen ber nettselskapet om tilgang til nettanlegget i den hensikt å føre frem fiberbredbånd via anlegget.
- (17) RME viser til at klagemotparten bygger og driver bredbåndsnett i tre kommuner der klager har områdekonsesjon. For å nå frem til kundene søkte klagemotparten om å få henge fiberkabel i en rekke med lavspentmaster tilhørende klager. Klager avsto søknaden med henvisning til at det forelå en avtale mellom selskapet og Istad Fiber AS om fellesføring.
- (18) Klagemotparten anfører at klager ikke oppfyller forskriftsfestede krav til ikke-diskriminerende og nøytral opptreden. Klager anfører at nøytralitetsplikten ikke kommer til anvendelse ved henvendelser om fremføring av fiber.
- (19) Klagemotparten har presisert i brev datert 28. januar 2019 at spørsmålet gjelder hvorvidt nøytralitetsplikten etter energiloven omfatter andre former for kommersiell virksomhet, herunder fiberfremføring. Det har ikke vært meningen å be om en vurdering av den konkrete saken, herunder om klagemotpartens eventuelle tilgang til klagers nettanlegg. RME besluttet å ta stilling til om nøytralitetsplikten «i prinsippet» omfatter situasjoner der noen ber om tilgang til nettselskapets infrastruktur for fremføring av fiber. RME viser til at klager i brev datert 20. desember 2019 har sendt inn kommentarer til RMEs varsel om vedtak. RME påpeker at klagemotparten verken har kommentert brevet fra klager eller RMEs varsel om vedtak. Etter RMEs syn foreligger det ikke nye opplysninger som endrer konklusjonen gitt i forhåndsvarselet datert 12. november 2019.
- (20) RME viser til at NEM § 4-7 andre ledd fastsetter at «*Nettselskaper skal opptre nøytralt og ikke-diskriminerende*». RME viser til at nøytralitetsplikten etter NEM § 4-7 er formulert generelt, uten forbehold, men må tolkes i lys av energiloven sitt virkeområde og formål. RME vurderer lovens virkeområde om regulering av «*overføring [og] fordeling av energi*» til å gjelde noe annet enn bredbåndsvirksomhet.
- (21) Imidlertid viser RME til at det i Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) side 27 drøftes om utnyttelse av nettselskapets monopol kan være aktuell i forhold til håndteringen av annen type konkurranseutsatt virksomhet som nettvirksomheten kan utøve. Forarbeidene nevner særskilt tele-tjenester. RME vurderer at tele-tjenester også omfatter bredbåndsvirksomhet. RMEs vurdering er at forarbeidsuttalelsene taler for at nøytralitetsplikten i prinsippet omfatter situasjoner der noen ber om tilgang til nettselskapets infrastruktur for fremføring av fiber. RME mener energilovens virkeområde på denne bakgrunn ikke kan tolkes for snevert.
- (22) RME viser til at nettmonopolet kan gi incentiver til samfunnsmessig irrasjonell favorisering av egen virksomhet. RME viser videre til at bredbånd via fiber er en vanlig tjeneste innenfor telekommunikasjon, og deler av nettselskapets infrastruktur er egnet til fremføring av dette. Nettselskapene kan derfor ha incentiv til å favorisere egen bredbåndsvirksomhet fremfor andre som ber om tilgang i samme hensikt. RME viser til at slik favorisering vil øke samfunnets kostnader ved fremføring av fiber. RME mener

dette bidrar til at overføringen av energi blir samfunnsmessig mindre rasjonell, i strid med energilovens formål.

- (23) RME konkluderer med at nøytralitetsplikten omfatter situasjoner der noen ber om tilgang til nettselskapers infrastruktur for fremføring av fiber. RME presiserer at konklusjonen ikke innebærer at RME har tatt stilling til om klagemotparten har rett til å henge fiber i klagers nettanlegg, eller eventuelle vilkår for dette.
- (24) I vedtaket orienterer RME samtidig om at lovforslag til ny lov om tilrettelegging for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon (bredbåndsutbyggingsloven) og samtykke til innlemming av direktiv (EU) 2014/61/EU i EØS-avtalen, jf. Prop. 35 LS (2019-2020), på vedtakstidspunktet var til behandling i Stortingets transport- og kommunikasjonskomite. RME viser til at både direktivet og lovforslaget inneholder en plikt for nettselskap på nærmere vilkår om å tilknytte bredbåndsutbyggere. Dersom Stortinget vedtar tilknytningsplikten, er RMEs syn at både energiloven og NEM må tolkes i lys av denne.

3 Partenes anførsler

3.1 Klagers anførsler

- (25) Klager har i det vesentlige anført:

Saksbehandlingsfeil

- (26) I klagen datert 9. mars 2020 anfører klager at det foreligger feil med RMEs saksbehandling. Klager viser til at RMEs begrunnelse og vurdering av klagers anførsler og faktum er mangelfull. Klagers kommentarer til forhåndsvarselet av 20. desember 2019 er ikke behandlet i vedtaket. Etter klagers syn burde RME tatt stilling til følgende forhold:
- Klagers spørsmål om RME har kompetanse til å fatte det aktuelle vedtaket.
 - Manglende angivelse av rettskilder som klart trekker i motsatt retning av RMEs konklusjon i vedtaket.
 - RME har ikke kommentert om det er adgang til å konkludere i et prinsipielt tolkningsspørsmål, uten å avgjøre den enkelte saken, i enkeltvedtaks form.
- (27) Klager fremholder at det er vanskelig for partene og andre berørte å forstå rekkevidden av vedtaket, og hvorvidt det foreligger en «*veloverveid og helhetlig vurdering*» til grunn for RMEs konklusjon.
- (28) RMEs vedtak er rettet mot nettselskaper generelt. Vedtaket avgjør ikke den konkrete saken som gjelder bruk av klagers nettstolper, og er dermed ikke bestemmende for rettigheter eller plikter til verken klager eller klagemotpart. Klagers syn er at det ikke er adgang til å treffe denne avgjørelsen i enkeltvedtaks form jf. forvaltningsloven § 2 første ledd, bokstav b, jf. bokstav a. Klager viser til at et enkeltvedtak må være bestemmende for rettighetene eller pliktene til en eller flere bestemte personer. Om avgjørelsen ikke gjelder bestemte personer/rettssubjekter, men et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer, er vedtaket en forskrift og ikke et enkeltvedtak. Saksbehandlingsreglene til forskrifter må da følges.

- (29) Klager viser til at RMEs vedtak er en generell uttalelse. Etter klagers syn vil et enkeltvedtak om at nøytralitetsplikten gjelder overfor bredbåndsselskaper fremstå som misvisende og uklart så lenge det ikke tar i betraktning de faktiske forholdene i saken og hvilke faktiske forhold uttalelsen gjelder for. Klagers syn er at RME ikke har fulgt forvaltningslovens regler for enkeltvedtak, og at vedtaket derfor må oppheves og underlegges full fornyet behandling.

Feil i rettsanvendelsen

- (30) Når det gjelder RMEs rettsanvendelse hevder klager det ikke er rettskildemessig dekning for at nettselskapenes nøytralitetsplikt gjelder for bredbåndsselskap. Klager viser til at verken ordlyden i NEM, energiloven, forarbeidene til energiloven, tidligere praktisering av nøytralitetsplikten eller juridisk teori kan gi rettslig grunnlag for en slik tolkning av NEM-forskriften § 4-7 som RME angir.
- (31) Klager anfører at nøytralitetsplikten er en plikt til å ikke forskjellsbehandle kraftleverandører eller kraftprodusenter jf. Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) side 27. Klager fremholder at nøytralitetsplikten er begrunnet i at kraftselskapene og kraftleverandørene er avhengige av nettselskapene fordi strømmettet er den eneste muligheten for å få transportert elektrisitet på. Videre viser klager til at nøytralitet er avgjørende for rettferdig konkurranse i markedet fordi nettselskapene driver monopolvirksomhet. Nøytralitetsplikten er sentral for å forhindre krysssubsidiering. Etter klagers syn må NEM § 4-7 tolkes i lys av forskriftens anvendelsesområde, systematikk, formål og forarbeider.
- (32) Klager viser til at NEM sitt formål er å *«legge til rette for et effektivt energimarked»* og å sikre at *«produksjon, omforming, overføring, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte»* jf. § 1-1. Etter klagers syn er det helt klart at det er de ulike ledd i elektrisitetsmarkedet NEM-forskriften tar til sikte på å regulere. Klager gjør videre gjeldende at områder utover dette som antas regulert i forskriften må baseres på helt klare holdepunkter.
- (33) Når det gjelder kapittel 4 i NEM viser klager til at overskriften er *«omsetning av elektrisk energi»*. Etter klagers syn er det derfor klart at forskriftens § 4-7 ikke gjelder i andre tilfeller enn ved overføring og omsetning av elektrisk energi.
- (34) Klager anfører at bredbåndsvirksomheten også faller utenfor virkeområdet til nøytralitetsplikten etter energiloven. Klager viser til at virkeområdet er *«produksjon, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi»*. Det fremgår klart av ordlyden at energiloven gjelder for energimarkedet i bred forstand. Dersom ordlyden var ment å dekke andre typer virksomheter ville det krevd en betydelig klarere formulering av hvem nøytralitetsplikten gjelder for. Klager gjør derfor gjeldende at RME mangler hjemmel for sitt vedtak.
- (35) Etter klagers syn har RME ikke tatt tilstrekkelig høyde for grensdragninger som følger av tolkningen sin. En utvidende tolkning til å omfatte bredbåndsvirksomhet vil reise tilsvarende tolkningsspørsmål overfor andre virksomheter og skape tvil om nettvirksomhetens rammebetingelser. Klager mener dette er en tydelig indikasjon på at bredbåndsvirksomhet ikke er omfattet av nøytralitetsplikten.
- (36) Klager viser til at RME på side 2 i vedtaket har skrevet at nøytralitetsplikten som følger av forskrift av 11. mars 1999 nr. 301 om måling, avregning, fakturering av netjtjenester

og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv. (MAF) §§ 8-1 og 8-1a er mer spesifisert enn nøytralitetsplikten i NEM § 4-7. Klager fremholder at det i lys av energilovens formål er lite som tilsier at rekkevidden etter NEM og MAF skulle være vesentlig forskjellig. Klagers syn er at det har formodning mot seg at nøytralitetsplikten skal ha ulikt anvendelsesområde i de ulike forskriftene under energiloven, med mindre det er konkrete holdepunkter for dette.

- (37) Klager er uenig med RME i at samfunnsmessig rasjonell utnyttelse av nettinfrastruktur omfatter andre forhold enn det som dreier seg om energi. Klager viser til at det følger av ordlyd og forarbeider at det er elektrisitetsproduksjon, overføring, omsetning osv. som skal være samfunnsmessig rasjonell. Etter klagers syn vil det å trekke inn at bredbåndsvirksomhet kan gjennomføres mer samfunnsmessig rasjonelt være å legge vekt på et hensyn som faller utenfor både energilovens virkeområde og formål.
- (38) Klager er videre uenig med RME i at Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) side 27 gir støtte for at nøytralitetsplikten omfatter bredbåndsvirksomhet. Klager anfører at RMEs gjengivelse av forarbeidene er ufullstendig. Etter klagers syn gir ikke uttalelsen i sin helhet støtte for RMEs tolkning om at energilovens virkeområde utvides til å også omfattes bredbåndaktivitet. Klagers syn er at avsnittet lest i sammenheng gir et klart inntrykk av at hovedfokuset er å sikre effektivitet og konkurranse i forholdet mellom monopolvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet innen elektrisitetsforsyningen. Den siste setningen av forarbeidene peker på konsulenttjenester knyttet til rådgivning, analyse, tele- og alarmtjenester, i motsetning til teletjenester eller bredbåndsvirksomhet som sådan. Klager mener derfor at konsulenttjenestene omtalt i forarbeidene er noe vesentlig annet enn passiv utleie av eksisterende infrastruktur for fiberfremføring. Konsulenttjenestene må forstås i relasjon til nettselskapenes håndtering av informasjon og kundeinformasjonssystemer, og knytter seg derfor til noe annet enn utleie av stolpekapasitet til profesjonelle bredbandleverandører på grossistnivå. Klager viser her til at det for nettselskap som utøver konsulentvirksomhet, vil gjelde en nøytralitetsplikt fordi konkurrerende virksomheter ikke vil kunne ha tilsvarende mulighet for innhenting av informasjon. Nettselskapet bør derfor være pliktig til å tilby konkurrerende virksomheter den samme informasjonen som de selv benytter.
- (39) Videre er klagers syn at en uttalelse datert før tilføyelsen av kravene om selskapsmessig og funksjonelt skille har mistet sin aktualitet, fordi reglene tar til sikte på å bidra til at nettselskaper er uavhengige av og ikke kan utøve annen konkurranseutsatt virksomhet.
- (40) Klager anfører videre at det ikke er dekning i NVEs praksis eller i juridisk teori for en tolkning av nøytralitetsplikten som omfatter bredbåndsvirksomhet. Klager viser til at veilederen til NVE kun viser til at nettselskapet må opptre nøytralt ovenfor kraftleverandører og sluttbrukere i sluttbrukermarkedet jf. NVE veileder nr. 5/2011. Videre viser klager til at Energiloven med kommentarer (Gyldendal, 2011) legger til grunn at nøytralitetsplikten kun gjelder aktører i kraftmarkedet.
- (41) Når det gjelder RMEs henvisning til høringsnotatet til ny bredbåndsutbyggingslov, viser klager til at det er uheldig å legge vekt på en lov som verken er vedtatt eller politisk behandlet. Klager bemerker at arbeidet med loven ikke ligger under RME eller Olje- og energidepartementet. Dette tilsier varsomhet med å foregripe mulige endringer som følge av lovforslaget.

- (42) I merknader datert 2. juli 2020 bemerker klager at det er Istad AS og ikke Istad Nett AS (klager) som eier 50 % av Istad Fiber AS. Klager viser videre til at det ikke er inngått en fellesføringsavtale med klagemotparten. Klagemotparten har fått tillatelse til opphenging av fiberkabler på klagers stolper for enkelte avgrensede mastestrek.
- (43) Med hensyn til monopolvirksomheten peker klager på at i motsetning til kraftprodusenter, elektrisitetsforbrukere eller omsettere av kraft, har aktørene som bygger ut eller leverer fiberkapasitet en rekke muligheter til å bygge ut eget fibernett eller kjøpe tilgang hos andre fiberleverandører. En fiberleverandør trenger ikke å forholde seg til det lokale nettselskapet overhode, men kan grave ned egne fiberkabler i offentlig vei. Dette gjøres også i stor skala. Monopolreguleringen i energiloven har derfor ingen tilsvarende begrunnelse overfor et fiberselskap som den har overfor en kraftleverandør.

3.2 Klagemotpartens anførsler

- (44) Klagemotparten har i det vesentlige anført:
- (45) Klagemotparten anfører at RME har kommet til riktig konklusjon i sitt vedtak når det har konkludert med at nøytralitetsplikten gjelder monopolistens opptreden overfor konkurranseutsatt virksomhet, herunder fellesføring av fiber.
- (46) Når det gjelder RMEs kompetanse, viser klagemotpart til at RMEs vedtak er en tolkning av en eksisterende bestemmelse i NEM § 4-7 andre ledd. Det er altså ikke tale om en ny regel som skal gis i forskriftsform. Det er heller ikke tale om å utvide anvendelsesområdet for nettselskapers generelle nøytralitetsplikt.
- (47) RMEs vedtak vil avgjøre saken mellom klager og klagemotparten. Klagemotparten viser til at den primære uenigheten mellom partene går ut på hvorvidt klager basert på konkurransemessige hensyn, som følge av en avtale klager har inngått med Istad Fiber AS, kan nekte klagemotparten å henge opp fiber i klagers stolper. Vedtaket slår fast at klager har en plikt til å vurdere søknaden fra klagemotparten objektivt, og at klagemotparten har rett på en objektiv vurdering. Klagemotpartens syn er at RME ikke har behov for å vurdere de konkrete forholdene, men åpner for at RME kan presisere slutningen slik at den uttrykkelig pålegger klager en plikt til å forholde seg nøytralt til fellesføringsøknader.
- (48) Når det gjelder de faktiske forhold i saken viser klagemotparten til at partene har hatt en fellesføringsavtale siden 2008, men at praktiseringen av avtalen ble endret da Istad Fiber AS ble etablert. Klagemotparten mener at klager ikke har lagt skjul på at avslaget skyldtes at klager ønsket å se hvilke områder Istad Fiber hadde planer om å etablere seg i, før andre aktører ble sluppet til.
- (49) Når det gjelder rekkevidden av nøytralitetsprinsippet viser klagemotparten til at det overordnede formålet er å regulere nettselskapers opptreden overfor konkurranseutsatt virksomhet. Formålet med energilovgivning og forarbeidene til energiloven støtter også denne forståelsen. Etter klagemotpartens syn er denne saken helt i kjernen for de tilfeller der nettselskaper er ment ilagt en nøytralitetsplikt. Klagemotparten anfører at det ikke er grunnlag for å lage et skille mellom ulike typer konkurranseutsatt virksomhet. Heller ikke forarbeidsuttalelsen som klager har vist til kan gi grunnlag til en slik tolkning.

- (50) Etter klagemotpartens syn er formålet med nøytralitetsplikten å sørge for at nettselskaper ikke misbruker sin monopolrolle. Nøytralitetsplikten er derfor reguleringen av nettselskapenes opptreden som sådan jf. den generelle ordlyden i NEM § 4-7 andre ledd. Klagemotparten viser til at energiloven og NEM begge har som formål å regulere nettselskapenes rolle i samfunnet. Det er derfor en misforståelse når klager hevder at RMEs konklusjon innebærer en utvidelse av anvendelsesområdet til nøytralitetsplikten. Klagemotparten fremholder at pliktsubjektene for nøytralitetsplikten og energilovgivningen stadig har vært nettselskapene som monopolister.
- (51) Når det gjelder innføringen av reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille, anfører klagemotparten at nøytralitetsplikten ikke har blitt endret som følge av innføringen av disse reglene. Kravet til skille er gitt med grunnlag i nøytralitetsplikten uten at det generelle kravet til nøytralitet på noen måte er svekket.
- (52) Klagemotparten påpeker at RME ikke har vektlagt den nye bredbåndsutbyggingsloven i sitt vedtak. Det er kun vist til lovforslaget til orientering. Klagemotparten poengterer at den nye bredbåndsutbyggingsloven har blitt behandlet på Stortinget og vedtatt. Dette innebærer at klager for fremtiden må åpne for fellesføring, og forholde seg nøytralt til søknader om fellesføring etter denne loven jf. bredbåndsutbyggingsloven § 7. Klagemotparten viser til at de som følge av klager sin manglende nøytralitet har blitt påført betydelig økonomisk tap, og derfor fremdeles har interesse av å få avgjort hvorvidt den alminnelige nøytralitetsplikten for nettselskaper omfatter søknader om fellesføring.

4 Reguleringsmyndigheten for energis innstilling

- (53) I RMEs innstilling datert 29. november 2021, redegjør RME kort for sakens bakgrunn og vedtaket. Det vises til at saken gjelder hvorvidt nettselskapers nøytralitetsplikt etter dagjeldende NEM § 4-7 andre ledd (nå § 4-14 første ledd) kommer til anvendelse i situasjoner der noen ber nettselskapet om tilgang til nettselskapets anlegg i den hensikt å føre frem fiber.
- (54) RME viser til at det etter klagen datert 9. mars 2020 har kommet inn kommentarer den 30. april 2020, 2. juli 2020, 14. august 2020 og 21. august 2020. RME viser til at de kun kommenterer nye forhold som klager anfører og som tidligere ikke er vurdert, og forhold som bør utdypes nærmere.
- (55) Når det gjelder klagers anførsel om at det foreligger feil med saksbehandlingen, viser RME til at de har begrunnet vedtaket i tråd med forvaltningsloven § 25. RME viser til at de i forkant av vedtaket vurderte alle de forhold som er fremhevet av klager, selv om det ikke er redegjort for i vedtaket. I vedtaket ble kun de anførselene som var relevante for saken, og som var av betydning for å begrunne avgjørelsen, vurdert. Etter RMEs syn gir vurderingen partene i saken tilstrekkelig informasjon om hvordan de har kommet til avgjørelsen i tråd med forvaltningsloven § 25.
- (56) RME viser videre til at deres avgjørelse er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b. RME viser til at de er gitt myndighet til å gi pålegg og føre kontroll med bestemmelser i NEM. RME legger derfor til grunn at vedtaket er truffet under utøvelse av offentlig myndighet.
- (57) RME viser at de etter NEM § 8-1 første ledd andre punktum kan gi pålegg for å sikre at alle nettselskaper til enhver tid etterlever NEM jf. § 8-1 andre ledd første punktum. RME

fremholder at påleggsmyndigheten er et sentralt virkemiddel som legger til rette for at rettigheter og plikter etter forskriften kan ivaretas i møte med nettmonopolet.

- (58) RME viser til at klagemotparten i sitt brev datert 28. januar 2019 presiserte at de kun ønsket å få avgjort hvorvidt nøytralitetsplikten omfattet andre former for kommersiell virksomhet, herunder fiberfremføring. Det var altså ikke meningen å be om en vurdering av klagemotparten sin eventuelle tilgang til klagers nettanlegg i den konkrete saken.
- (59) RME er enig med klager i at vedtaket er generelt utformet. RME innrømmer videre at det ikke fremgår klart av vedtaksteksten alene at avgjørelsen er bestemmende for rettigheter og plikter til partene i saken. RMEs syn er likevel at vurderingen av om det er fattet et enkeltvedtak, ikke kun beror på vedtaksteksten isolert sett. RME viser til at de i brev datert 21. februar 2020 har tatt stilling til rekkevidden av nettselskapers forpliktelser i en konkret uenighetssak mellom klager og klagemotparten. Det fremgår etter RMEs syn tydelig at saken kun omhandler disse to partene, og at deres avgjørelse er ment å avgjøre uenigheten mellom dem.
- (60) RME vurderer at deres brev til klagemotparten gir selskapet rett til å bli behandlet nøytralt i sin kontakt med klager ved henvendelser og søknader om å henge opp fiberkabler i klagers master. RMEs syn er at avgjørelsen er bestemmende for partenes rettigheter og plikter ved behandling av slike forespørsler. RME fastholder at vedtaket er et enkeltvedtak i tråd med forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.
- (61) RME viser videre til at Energiklagenemnda kan vurdere å presisere vedtaksteksten, for eksempel ved mer konkret å pålegge klager en plikt til å forholde seg nøytralt der klagemotparten søker om tilgang til nettselskapets nettanlegg for å føre frem fiber. Det følger av forvaltningsloven § 34 siste ledd at klageinstansen kan treffe nytt vedtak i saken.
- (62) RME viser videre til at RME har en annen forståelse av regelverket enn klager. Klager har ikke gitt nye opplysninger i sin klage som gir grunnlag for å endre RMEs vurdering og konklusjon i vedtaket.
- (63) RME viser til slutt til at bredbåndsutbyggingsloven er vedtatt. Tilgangsplikt er regulert av loven § 7. RME legger til grunn at ikrafttredelsen ikke får betydning for RMEs konklusjon i vedtak datert 21. februar 2020.

5 Klagenemndas vurdering

- (64) Saken gjelder Elinett AS' klage over RMEs vedtak om at nettselskaper plikter å opptre nøytralt i tilfeller der andre aktører ber nettselskapet om tilgang til nettselskapets anlegg i den hensikt å føre frem fiber jf. dagjeldende NEM § 4-7 andre ledd.
- (65) Nemnda finner grunn til å kort kommentere spørsmålet om RMEs vedtak er et enkeltvedtak fattet i tråd med forvaltningsloven § 2 andre ledd bokstav a jf. bokstav b, og klagemotpartens rettslige klageinteresse. Vedtaket er formulert generelt og det fremgår ikke av teksten hva som er rettsvirkningen av RMEs avgjørelse. Videre adresserer vedtaket nettselskaper generelt og ikke klager og klagemotparten i uenighetssaken spesielt. Nemnda finner at vedtaket er noe upresist formulert, men sett i lys av RMEs kompetanse til å gi bindende pålegg og avgjøre uenighetssaker etter NEM, og sammenhengen i vedtaket sett opp mot partenes innsendte merknader, må dette likevel anses som et enkeltvedtak. Etter dette må det derfor også legges til grunn at

partene har rettslig klageinteresse i å få klagebehandlet uenighetssaken hos Energiklagenemnda jf. NEM § 4-13 jf. § 2-2 andre ledd.

- (66) Energiklagenemnda bemerker at bestemmelsen i dag er flyttet til NEM § 4-14 gjennom lovendring den 1. januar 2021. Nemnda påpeker videre at lov av 7. mai 2020 nr. 40 (bredbåndsutbyggingsloven) trådte i kraft 1. juli 2020. Loven gjelder «*tilgang til fysisk infrastruktur som er egnet til framføring av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon*» jf. lovens § 2. Videre viser nemnda til at «*nettoperatør*» etter lovens § 5 nr. 1 bokstav b plikter å «*imøtekomme enhver rimelig anmodning fra bredbåndsutbygger om tilgang til fysisk infrastruktur for utbygging av høyhastighetsnett*» § 7. Det er klart at klager er en nettoperatør etter loven § 5. Det er videre klart at loven regulerer spørsmålet om tilgang til infrastruktur etter ikrafttredelsestidspunktet. Etter lovens § 15 andre ledd er det Nasjonal kommunikasjonsmyndighet («Nkom») som er tvisteløsningsorgan. Dette innebærer at tvister om tilgang til infrastruktur nå avgjøres av Nkom.
- (67) Klagemotparten har gjort gjeldende at den primære uenigheten mellom partene går ut på hvorvidt klager basert på konkurransemessige hensyn, som følge av en avtale klager har inngått med Istad Fiber AS, kan nekte klagemotparten å henge opp fiber i klagers stolper. Vedtaket slår fast at klager har en plikt til å vurdere søknaden fra klagemotparten objektivt, og at klagemotparten har rett på en objektiv vurdering. Klagemotpartens syn er at RME ikke har behov for å vurdere de konkrete forholdene og at vedtaket løser uenigheten.
- (68) På denne bakgrunn presiserer nemnda at det en tar stilling til i denne saken ikke er spørsmålet om klagemotparten har krav på tilgang til klagers infrastruktur. Nemnda skal utelukkende vurdere om energiloven med tilhørende forskrifter pålegger nettselskaper, herunder klager, å opptre nøytralt i situasjoner der andre aktører ber nettselskapet om tilgang til anlegg i den hensikt å føre frem fiber via disse. Herunder om klagemotparten hadde rett på en objektiv vurdering fra klagers side da anmodning om fellesføring ble fremsatt i 2018.
- (69) Nemnda viser til at prinsippet om nettselskapenes nøytralitet fremgår av en rekke bestemmelser i både energiloven og forskrifter gitt i medhold av energiloven. Før NEM ble vedtatt var reglene om markedsadgang, tariffier og nøytral opptreden regulert i energilovforskriften § 4-4. RMEs vedtak er fattet med hjemmel i NEM § 4-7 andre ledd, og nemnda tar derfor utgangspunkt i denne bestemmelsen. På vedtakstidspunktet lød bestemmelsen som følger:
- «Nettselskaper skal opptre nøytralt og ikke-diskriminerende og har taushetsplikt om opplysninger som mottas i forbindelse med virksomheten, og som omfattes av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.»*
- (70) Bestemmelsen er senere flyttet til NEM § 4-14 første ledd og lyder:
- «Nettselskap skal opptre nøytralt og ikke-diskriminerende.»*
- (71) Ordlyden innebærer en generell plikt for nettselskap til å opptre nøytralt og ikke-diskriminerende. Bestemmelsen må etter nemndas syn ses i sammenheng med NEM § 4-6 som regulerer markedsadgang og tariffier. Her fremgår det at nettselskapene «*skal*

sørge for markedsadgang for alle som etterspør netttjenester til ikke-diskriminerende og objektive punkttariffer og vilkår» (nemndas understrekning).

- (72) Selv om ordlyden i NEM § 4-7 (i 2019) ikke utelukker at nøytralitetsplikten også omfatter forespørsel om tilgang til infrastruktur, viser nemnda til at kapitteloverskriften, «*Omsetning av elektrisk energi*» gir anvisning på at bestemmelser i dette kapitlet gjelder omsetning av elektrisk energi. Etter nemndas syn viser dette at bestemmelsen har nær sammenheng til nettselskapets opptreden i kraftmarkedet. Dette støttes av forskriften § 4-6, hvor det fremgår at nøytralitetsplikten først og fremst gjelder «*[m]arkedsadgang for alle som etterspør netttjenester*».
- (73) Nemnda bemerker at «*netttjenester*» ikke er legaldefinert i NEM, men i forskrift av 11. mars 1999 nr. 301 om måling, avregning, fakturering av netttjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv. (MAF) § 1-3. Nemnda legger til grunn at bestemmelsen har samme meningsinnhold. Etter MAF § 1-3 utgjør netttjenester en eller flere av følgende:
1. *overføring av kraft, herunder drift, vedlikehold og investering i nettanlegg*
 2. *tariffering*
 3. *måling, avregning og kundehåndtering*
 4. *tilsyn og sikkerhet*
 5. *driftskoordinering*
 6. *pålagte beredskapstiltak*
 7. *pålagt kraftsystemplanlegging*
- (74) Bredbåndstjenester omfattes ikke av opplistingen i MAF § 1-3.
- (75) Nemnda viser videre til at det i MAF kapittel 8 er gitt nærmere regler om nettselskapets nøytralitetsplikt. Nemnda viser her til § 8-1 som fastslår at nettselskapet «*skal i enhver sammenheng opptre nøytralt overfor kraftleverandør og sluttbrukere*». Ordlyden tilsier at det også etter denne bestemmelsen er nøytralitet overfor kraftleverandører og sluttbrukere som er ment å reguleres.
- (76) Videre viser nemnda til at formålet med NEM jf. § 1-1 første ledd er å «*[l]egge til rette for et effektivt energimarked, der omsetning av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, og sikre en effektiv markedsobservasjon*». Av andre ledd fremgår det at forskriften skal bidra til å sikre at «*[p]roduksjon, omforming, overføring, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte*». Nemnda finner derfor ikke dekning i NEM § 1-1 for at nøytralitetsprinsippet i § 4-7 omfatter en plikt til å gi tilgang til infrastruktur i forbindelse med utbygging av fiber/bredbånd.
- (77) I vedtaket henter RME støtte for sin tolkning av nøytralitetsplikten i Ot.prp. nr.56 (2000-2001) side 27. Her fremgår det at det er et særlig behov for et klart skille mellom konkurranseutsatt virksomhet og monopolvirksomhet innen elektrisitetsforsyningen for å sikre en reell og rettferdig konkurranse på kraftmarkedet. Det fremgår videre av samme side at departementet foreslo at tilsvarende også kunne være aktuelt «*[i] forhold til håndteringen av annen type konkurranseutsatt virksomhet som nettvirksomheten kan utøve, for eksempel konsulent tjenester knyttet til rådgivning, analyse, tele- og alarmtjenester*».

- (78) Nemnda bemerker at forarbeidene er knyttet til vedtakelsen av dagjeldende energilov § 4-1 nr. 3 om omsetningskonsesjon. Nemnda ser at uttalelsen isolert kan tolkes som at nøytralitetsplikten også omfatter «*tele- og alarmtjenester*». Imidlertid bemerker nemnda at det i departementets merknader til de enkelte bestemmelser fremgår følgende til § 4-1:

«Nøytralitet foreslås inntatt som ny nr. 3 for å signalisere klarere hensynet til at netteier skal forholde seg nøytralt. Departementet viser til at en sentral avveining i mange tilfeller vil være forholdet mellom hensynet til nettet og systemet på den ene side, og hensynet til en effektiv kraftomsetning og aktørenes markedsadgang på den andre» (nemndas understrekning)

- (79) Nemnda viser her til at aktørenes markedsadgang må leses i sammenheng med departementets vurdering i pkt. 3.4.3.2, hvor det fremgår at markedsadgangen omfatter «*alle som etterspør nettjenester*». Nemnda bemerker at denne tolkningen harmonerer best med reguleringen av nøytralitetsplikten i NEM § 4-7 og § 4-6. Nemndas syn er derfor at den aktuelle forarbeidsuttalelsen ikke kan forstås som et grunnlag for å tolke nettselskapenes nøytralitetsplikt til å omfatte bredbåndsutbygging. Det mangler dermed holdepunkter for at nøytralitetsplikten i NEM § 4-7 skal tolkes annerledes.
- (80) Nemnda viser til at rekkevidden av reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille ble drøftet i Prop.35 L (2015-2016). Reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille har som formål å hindre krysssubsidiert og forhindre at nettselskapene gir særlige fordeler til enkelte aktører. Departementet foreslo her at kravet til selskapsmessig og funksjonelt skille skulle skjerpes gjennom å kreve at nettvirksomheten ikke bare skulle skilles fra produksjon og omsetning av elektrisk energi, men også fra «*annen virksomhet*» jf. pkt 5.1.3.1. Departementet konkluderte med at fellesføring av «*annen infrastruktur*» via utleie av nettselskapenes master ikke var annen virksomhet, så lenge det kun gjaldt utleie av plass i mastene. Disse drøftelsene ble senere gjennomført i energiloven §§ 4-6 og 4-7, samt tatt inn i NEM kapittel 4. Bestemmelsene trådte i kraft den 1. januar 2021.
- (81) De detaljerte reglene som begrunner selskapsmessig og funksjonelt skille hviler på samme hensyn som nøytralitetsplikten. Det er likevel nemndas vurdering at lovgiver her ikke gir uttrykk for at nøytralitetsplikten som sådan skulle omfatte tilgang til master for fremføring av bredbånd. At lovgiver drøftet begrensninger i nettselskapenes adgang til å drive med konkurranseutsatt virksomhet, gir dermed ikke noe avgjørende bidrag til tolkningen av om nøytralitetsplikten omfattet plikten til å forholde seg nøytral til søknader om tilgang til master for fremføring av fiber. Tvert imot, er nemndas syn at det på vedtakstidspunktet ikke fantes offentligrettslig regulering av nettselskapenes håndtering av disse søknadene.
- (82) Nettselskapets plikt til å gi tilgang til infrastruktur etter den nye bredbåndsutbyggingsloven gjennomfører direktiv 2014/61/EU. Hovedhensynene som begrunner tilgangsplikt etter direktivet er omtalt i Prop.35 LS (2019-2020) side 7:

«Det overordnede målet med direktivet er å legge til rette for og intensivere utbygging av høyhastighetsnett ved å fremme felles bruk av eksisterende fysisk infrastruktur og mer effektiv etablering av ny infrastruktur gjennom samordning av bygge-, grave- og anleggsprosjekter. I forbindelse med nybygg og større renoveringsarbeider på bygninger skal det i tillegg legges til rette for installasjon av høyhastighetsnett.

Gjennomføring av direktivet i norsk rett forventes å kunne gi gevinster for samfunnet i form av reduserte kostnader for utbygging av høyhastighetsnett»

- (83) Nemnda bemerker at departementet på samme side uttaler at det er et «reguleringsbehov som oppstår ved gjennomføring av bredbåndsdirektivet i norsk rett». Dette viser at nøytralitetsplikten ikke dekket bredbåndsutbyggers rett til å bli vurdert for tilgang til nettselskapets infrastruktur. Etter nemndas syn var tilgang til infrastruktur ikke regulert etter energiloven og tilhørende forskrifter. Basert på det ovennevnte er nemndas syn at tilgangsplikt for bredbåndsutvikling ikke var offentligrettslig regulert i norsk rett før ikrafttredelsen av bredbåndsutbyggingsloven i 1. juli 2021.
- (84) På bakgrunn av dette har nemnda kommet til at energiloven med tilhørende forskrifter ikke regulerer tredjepartstilgang til områdekonsesjonærens nettanlegg for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon.
- (85) Nemnda fatter etter dette et nytt vedtak i uenighetssaken jf. NEM § 4-13 jf. forvaltningsloven § 34 siste ledd om at klager i denne saken ikke hadde plikt til å gi tilgang til sin infrastruktur/fellesføring jf. NEM.
- (86) Energiklagenemnda har ikke tatt stilling til privatrettslige krav som springer ut av kontrakt mellom partene. Dette faller utenfor nemndas kompetanse og må eventuelt bringes inn for de alminnelige domstolene.

6 Vedtak

(87) Energiklagenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

- 1. Klagen tas til følge.**
- 2. Energiloven med tilhørende forskrifter er ikke til hinder for at Elinett AS kan nekte NEAS AS tilgang til deres anlegg for utbygging av høyhastighetsnett.**

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Vedtaket er enstemmig.

RMEs vedtak er endret til gunst for klager. Etter forvaltningsloven § 36 kan klager kreve dekket vesentlige sakskostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Eventuelt krav om dekning av sakskostnader bes rettet til Energiklagenemnda.

Trondheim, 24. mai 2022

Edna Grepperud
Nemndsmedlem

Helle Grønli
Nemndsmedlem

Morten Sundt
Nemndsmedlem