

Kommunal og moderniseringsdepartementet
v/Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Postboks 93
4791 Lillesand

Contact
Laila Myksvoll
+47 924 91 888
laila.myksvoll@telia.no

Reference
2019-07-12

Identifiser
1504996-114 -

Relation
Object id.

Kommentarer til Telenor AS' klage på vedtak med pålegg om retting av standardavtale for MVNO-tilgang – Telia Norge AS

1 Innledning

Vi viser til e-post fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) til Telia Norge AS (Telia) 28. august 2019 der tilsynet sender over Telenor Norge AS' (Telenor) klage på vedtak av 12. juli 2019 med pålegg om retting av Telenors standardavtaler for tjenesteleverandør- og MVNO-tilgang. Fristen for å inngi eventuell merknader løper ut onsdag 20. september 2019.

Telenor anføre prinsipalt at vedtakene er ugyldige som følge av blant annet manglende hjemmel, feil rettsanvendelse og faktafeil. Subsidiært ber Telenor om at departementet retter opp forholdene som påklages og fatter nye vedtak.

På flere punkter fremstår det som om Telenor i realiteten ønsker en omkamp om selve reguleringen av Marked 15 heller enn å utfordre rettpålegget. Dette er særlig tydelig når det gjelder argumentasjonen knyttet til anførselen om manglende hjemmel som langt på vei er den samme som Telenor fremførte i klagen over Marked 15-vedtaket.

Vi er uansett grunnleggende uenige i at det foreligger materielle eller prosessuelle feil som skulle medføre ugyldighet. Det er dessuten ikke tvilsomt at ekomloven og Marked 15-vedtaket hjemler regulering av Telenors avtalevilkår. Vi ber på bakgrunn av dette om at departementet stadfester Nkoms rettevedtak.

Vi vil i dette brevet kommenterer de delene av klagen som fortsatt er relevant for den virksomheten Telia kjøpte i 2018 (Get TDC).

Enkelte av opplysninger angår forretningsforhold det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Vi ber om at de markerte delene av teksten unntas offentlighet og partsinnsyn med hjemmel i forvaltningsloven § 13, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 19.

2 Nkom har hjemmel til å regulere Telenors avtalevilkår (punkt 1 i klagen)

Telenor kan ikke bli hørt med anførselene om manglende hjemmel. Telenor har forgjeves i klager over markedsvedtakene i 2006 og 2016 anført dette, samt i flere rettstvister som er bragt inn for domstolene. Departementet har tatt endelig stilling til spørsmålet og Lagmannsretten har også prejudisielt tatt stilling til spørsmålet i en rettskraftig dom.

Ekomloven § 3-4 anviser at Nkom skal pålegge en eller flere særlige plikter når Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling. Tilgangsplikten er den grunnleggende forpliktelsen og for å sikre at tilgangsplikten blir effektiv må vilkårene for tilgang reguleres.

Ekomloven § 4-1 gir hjemmel for å pålegge forpliktelser om å "inngå eller endre avtale" om tilgang. Ekomlovens § 4-6 slår også fast at Nkom kan "kreve at tilbud er tilstrekkelig oppdelt i enkeltelementer

Company information

Telia Sverige AB
Stjärntorget 1, 169 94 Solna, Sweden
Registered office: Stockholm
Business ID 556430-0142, VAT No. SE556430014201

med tilhørende vilkår [...] slik at bruker ikke må akseptere tjenester, funksjoner eller ytelser som det ikke er anmodet om".

Systematikken i ekomloven gir Nkom vid adgang til å føre tilsyn med at "krav fastsatt i medhold av lov er oppfylt" (ekomlovens § 10-1) og direkte kompetanse til å pålegge retting og "avtaleinngåelse og om utforming av avtalevilkår i avtaler mellom tilbydere" (ekomloven § 10-6). Nkom har også hjemmel til å avgjøre "tvist[er] mellom tilbydere om rettigheter og plikter etter enkeltvedtak gitt med hjemmel i eller i medhold av" ekomloven (ekomloven § 11-2).

Myndighetenes kompetanse må tolkes i samsvar med direktivene fra EU som ekomloven implementerer, jf. det såkalte presumpsjonsprinsippet.¹ Tilgangsdirektivet art 8 nr. 1 pålegger Norge å sørge for at nasjonale reguleringsmyndigheter har myndighet til å pålegge forpliktelsene som nevnt i tilgangsdirektivets artikkel 9-13. Tilgangsdirektivets artikkel 12 nr. 1 tredje ledd har også en eksplisitt bestemmelse som gjelder fastsettelse av vilkårene for tilgang. Det er derfor ikke tvilsomt at ekomloven må tolkes i samsvar med Norges forpliktelser til å implementere tilgangsdirektivet.

Samme forståelse er lagt til grunn i svensk rettspraksis, jf. Kammarrättens dom fra 4. oktober 2011 (nr. 1690-10). Saken har en klar parallell til den norske ekomloven. Domstolen slår her fast at *aksessdirektivets art 12 nr. 1 annet avsnitt gir hjemmel selv om nasjonal lovgivning ikke hadde en uttrykkelig bestemmelse som gjaldt fastsette vilkår. Retten kom derfor til at aksessdirektivets art 12 nr. annet avsnitt innebærer at nasjonale lover som implementerer aksessdirektivet gir nasjonale myndigheter hjemmel til å pålegge forpliktelser som gjelder avtalevilkårene for tilgang.*

Norsk forvaltning har også lagt dette prinsippet til grunn i sin praksis, første gang i vedtak av 6. oktober 2006 der Samferdselsdepartementet drøfter hjemmelsspørsmålet i punkt 8. Departementet konkluderte allerede her med at myndighetene har kompetanse til å fastsette innholdet i standardavtalene og pålegge "endringer i standardvilkårene som ikke er rimelige f.eks. i bestemmelser om urimelig kompensasjon".²

Det samme spørsmålet ble igjen drøftet grundig i departementets behandling av Telenors klage over Nkoms vedtak i marked 15 fra 1. juli 2016. Her anførte også Telenor forgjeves at Nkom manglet kompetanse til å pålegge krav om rimelige vilkår. Nkom utredet også spørsmålet grundig i sin innstilling til departementet³ og departementet konkluderte med at Nkom har hjemmel til å fastsette krav til Telenors avtalevilkår.⁴ Departementet viste blant annet til Tilgangsdirektivets art 12 nr. 1 tredje ledd og Kammarrättens dom og uttalte:

Departementet kan ikke se at det er mindre inngripende alternativ som i tilstrekkelig grad er egnet til å bøte på konkurranseproblemet. Det vises blant annet til at tilgangsnektelse er identifisert som selve kjerneproblemet i marked 15. Dette omfatter både situasjoner der nettverkstilbyder nekter å forhandle med kjøper av tilgang, og tilfeller hvor tilgang selges på urimelige vilkår, slik at kjøper av tilgang ikke har en reell mulighet til å levere konkurransedyktige produkter i sluttbrukermarkedene. Slik atferd kan forhindre at nye aktører etablerer seg og tvinge etablerte aktører ut av markedet. Departementet viser for øvrig til vurderingene i Vedtaket kapittel 5.3.1, 5.3.3, og 7.1.7.1, som tiltredes med de begrensninger som angitt her. Videre er departementet enig med Nkom i at en forpliktelse for Telenor om å ikke stille urimelige vilkår, ikke kan anses som særlig byrdefullt i seg selv. Fordelen for konkurransen anses å overstige ulempene for Telenor. I lys av dette er det etter departementets vurdering både nødvendig og forholdsmessig å pålegge Telenor en eksplisitt plikt til å møte enhver rimelig anmodning om tilgang med "rimelige vilkår" for å gjøre tilgangsplikten tilstrekkelig effektiv.

¹ EØS-rett, Kolstad m.fl. side 270 til 273 og Rt. 200 s. 1811 Finanger.

² Klagevedtaket av 6. oktober 2006 side 25 og 26.

³ Nkoms oversendelse av Telenors klage 19. oktober 2016 på side 28 og 29.

⁴ Departements vedtak av 9. mars 2018.



Departementet konkluderte med at ekomloven gir hjemmel for myndigheten til på forhånd å stille et krav om at rimelige anmodninger om å inngå eller endre avtale om tilgang skal imøtekommes med rimelige vilkår, jf. §§ 4-1 første ledd, jf. § 3-4- tredje ledd.

Telenor har så langt ikke anlagt søksmål mot staten for å prøve rekkevidden av myndighetenes kompetanse. Domstolen har likevel indirekte kommentert hjemmelsspørsmålet i flere saker for domstolene der Telenor har vært part, riktignok uten å trekke staten inn i saken.

I Oslo tingretts dom av 6. mars 2018 behandlet tingretten spørsmålet om Nkoms vedtak om tilbakebetaling (som følge av brudd på ikke-diskrimineringsplikten) innebærer en endring av marked 15 vedtaket som burde ha vært notifisert til ESA. Nkoms vedtak av 23. mars 2012 som foranlediget pålegget om tilbakebetaling gjaldt pålegg om retting av prisvilkår i medhold av ekomloven § 10-6. Dette vedtaket reiser derfor prinsipielt sett samme spørsmål om myndighetenes hjemmel til å fastsette vilkår. Telenor anførte riktignok ikke at det opprinnelige marked 15 vedtaket eller vedtaket fra 23 mars 2012 var ugyldig og Telenors anførsler var kun knyttet til tilbakebetalingsvedtaket. Tingretten kom til at tilbakebetalingsvedtaket basert på vurdering av TDC og Network Norways tilgangsavtaler ikke innebærer noen ny regulering, men omfattes av M15 vedtaket av 2010 og at det ikke er krav om ny notifisering. Dommen er imidlertid ikke rettskraftig og ankesaken ble behandlet av lagmannsretten i august 2019.

I dom av 12. desember 2018 tok lagmannsretten prejudisielt stilling til hjemmelsspørsmålet fordi Telenor anførte at Nkom manglet hjemmel til å pålegge forpliktelser som gjelder Telenors nærmere vilkår for tilgangsavtalene.⁵ Selv om retten avgjorde saken i Telenors favør fikk ikke Telenor medhold i sine anførsler om at Nkom hadde hjemmel til å pålegge forpliktelser som omfattet Telenors vilkår i tilgangsavtalene.⁶ Etter en grundig gjennomgang av direktivene, ekomlovens system og konkrete bestemmelser samt departements klagevedtak av 9. mars 2019 konkluderte lagmannsretten:

Etter lagmannsrettens vurdering gir ekomloven § 4-1, tolket i lys av tilgangsdirektivet artikkel 12, tilstrekkelig hjemmel til å pålegge forpliktelser som også gjelder innholdet av avtalevilkår om tilgang til mobilnett. Her kan lagmannsretten slutte seg til departementets ovenstående vurdering i tilknytning til Marked 15-vedtaket fra 2016.

Telenors anførsler om manglende hjemmel kan derfor ikke føre frem.

Telenor anfører også at forpliktelsen i marked 15-vedtaket om "rimelige vilkår" ikke er tilstrekkelig presist og dermed ikke kan gi grunnlag for rettepålegg. Telenor tar tilsynelatende noen utvalgte passuser fra lagmannsrettens dom til inntekt for Telenors anførsel på dette punkt.

Som Telenor påpeker tok ikke ta lagmannsretten stilling til forpliktelsen om rimelige vilkår i marked 15 vedtaket fra 1. juli 2016. Lagmannsretten legger til grunn at det "må stilles visse krav til innholdsmessig klarhet og presisjon i de forpliktelsene som pålegges i medhold av ekomloven kapittel 4, jf. § 3-4." Lagmannsrettens konklusjon (som Telenor ikke viser til) var imidlertid at en særskilt forpliktelse etter ekomloven kan formuleres som en skjønnsmessig standard, men at *standard* må ha et tilstrekkelig presist innhold. Presiseringer kan følge av selve vedtaket, av loven eller av andre rettskilder." (vår kursivering)⁷

Flere av reglene som kommer til anvendelse på Telenors tilgangsavtaler er basert på rettslige standarder. Eksempler på dette er prinsippet om "ikke-diskriminering" i ekomlovens § 4-7 og konkurranselovens § 10 d og "utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling" i konkurranselovens § 11.

Rimelige vilkår er en etablert rettslig standard. Nkoms marked 15 vedtak om rimelige vilkår i Telenors tilgangsavtaler er derfor helt i tråd med lagmannsrettens vurderinger.

⁵ Dommen fra Asker og Bærum tingrett som var gjenstand for anke tok ikke stilling til hjemmelsspørsmålet og fant å ikke gi Telenor fullt medhold i sitt opprinnelige krav mot Telia basert på en konkret tolkning av tilgangsavtalens bestemmelser

⁶ Retten avgjorde tvisten i Telenors favør basert på en overprøving av Nkoms konkrete vurdering av forpliktelsene fra marked 15-vedtaket fra 2010 og Lagmannsretten kom til et annet resultat enn Nkom.

⁷ Lagmannsrettens dom av 12. desember 2019 på side 26



Spørsmålet om marked 15 vedtakets forpliktelser om "rimelige vilkår" er uansett ikke avgjørende siden ekomloven § 4-6 første ledd jf. fjerde ledd gir Nkom hjemmel for å presisere innholdet i standardavtalene nærmere.

3 Telia er uenig i Telenors klage på Nkoms rettanvendelse (punkt 3 i klagen)

Telenors subsidiære klagegrunn er at Nkom ikke har gjort en grundig vurdering og sannsynliggjort behovet for pålegg. Det er uklart om dette retter seg mot alle de konkrete vilkårene som Nkom pålegger retting av eller bare enkelte.

Sakskomplekset knyttet til Telenors tilgangsvilkår i marked 15 har vært gjenstand for grundig saksbehandling i flere konkrete saker. De någjeldende vilkårene som pålegget gjelder har vært gjenstand for saksbehandling hos Nkom siden 2013 da Telenor publiserte nye vilkår og flere konkrete klager fra tilgangskjøperne. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at Nkom ikke har sannsynliggjort at det er behov for å regulere vilkårene.

Tidligere klagesaker og Nkoms behandling av disse sakene viser klart at Telenors vilkår kan være til hinder for eller begrense bærekraftig konkurranse. Dette understøttes også av Konkurransetilsynets vedtak 21. juni 2018. Vi mener også at Telenor ikke ville vært i stand til å sette slike vilkår i et marked preget av konkurranse. Vi finner derfor ikke grunnlag for å kommentere Telenors anførsler nærmere på dette punkt.

4 Telia er uenig i Telenors klage på vilkårene for migrasjon (punkt 5 i Telenors klage)

Telenor anfører at Nkom gjennom rettepålegget innfører en ny rett for tilgangskjøperens til å si opp tilgangsavtalen etter fornyelse. Telenors hovedargument er at Marked 15-vedtaket ikke klart nok angir en slik plikt.

Det er vanskelig å følge Telenors resonnement på dette punkt.

Nkom har i vedtaket vurdert om dette er en ny og tyngende regulering av Telenor og deretter vurdert om oppsigelsesperioden og begrensningen på migreringsperioden i suksessive avtaleperioder er rimelig. Telia er enig i Nkoms vurderinger på dette punkt.

I de situasjoner hvor migrering er aktuelt er det utelukkende tilgangskjøpernes behov for fleksibilitet som er avgjørende og de tidligere klagesakene har demonstrert at de gjeldende tilgangsvilkårene gir Telenor mulighet til å opptre opportunistisk noe som gjør det vanskelig for tilgangskjøperne å migrere. Telia kan samtidig vanskelig se hvilket formål en slik innelåsende mekanisme skal fremme, utover å begrense tilgangskjøpernes mulighet til å bytte vertsoperatør.

I klagen viser Telenor nok en gang til at selskapet har behov for forutsigbarhet i sine tilgangsavtaler. Påstanden er verken utdypet eller presisert. Telia kan uansett vanskelig se at rullerende eksklusivitetsperioder med svært korte vinduer for utmigrering er nødvendig for å f.eks. forsvare etablering av ytterligere kapasitet, oppnå kostnadsbesparelser, stimulere investeringer eller redusere finansiell risiko. Det er uansett snakk om effekter etter at tilgangskjøperen allerede har vært i nettet i 18 måneder. Dagens grossistkunder er uansett gjennomgående små, noe som tilsier at volumene er begrensede.

Den formalistiske tilnærmingen til Telenor med å se hver avtaleperiode separat og uten sammenheng med tidligere avtaleperioder er et valg Telenor selv har tatt – formodentlig for å sikre muligheten til å revidere vilkårene med jevne mellomrom uten å måtte endre en eksisterende avtale.

I klagen skriver Telenor på side 7: "De siste årene har tilgangskjøperne byttet både til og fra Telenors nett. Det er få indikasjoner at bestemmelsen i tilgangsavtalen legger slike "sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør" som Nkom viser til." Ut over det faktum at flere tjenestetilbydere og MVNOer rent faktisk har byttet nett i de forhåndsdefinerte tidsvinduene, er det uklart hvilket faktisk grunnlag denne påstanden bygger på. Den er uansett feil.



Telia har de siste årene kjøpt opp flere av Telenors grossistkunder. Det har gitt oss reell innsikt i hvilke innelåsende effekter den rullerende leveringseksklusiviteten har i praksis, hvilke praktiske utfordringer den skaper i en migrasjon samt hvilken risiko den påfører Telenors kunder og konkurrenter.

Dette gjelder først og fremst i bedriftsmarkedet. I viktige segmenter inngår blant annet tilbyderne her langvarige avtaler med egne sluttkunder som hindrer migrasjon innenfor korte tidsvindu. Get TDC redegjorde nærmere for disse forholdene i sine kommentarer til varsel om vedtak i 2017. Vi viser til det som fremgår her.

Innelåsende, rullerende eksklusivitetsklausuler demper imidlertid også konkurransen på grossistnivå. I motsetning til andre bransjer står ikke Telenors tilgangskjøpere fritt til å bytte leverandør med ordinær oppsigelsesfrist. Telenor har forhåndsdefinert når dette skal være mulig. Videre hindrer klausulen effektivt Telia og ICE i å flytte andre aktørers trafikk over i eget nett rett etter eventuelle oppkjøp. I ytterste konsekvens må partene vente i inntil 12 måneder med å ta ut kostnadsbesparelser og volumeffekter. Dette svekker utfordrernes evne til å konkurrere med den dominerende aktøren.

[Bes unntatt offentlighet og partsinnsyn]

5 Avslutning

Hvis Nkom eller departementet har behov for ytterligere informasjon, kan undertegnede kontaktes (laila.myksvoll@telia.no/mobil 924 91 888)

Med vennlig hilsen
For Telia Norge AS

Laila Myksvoll
Advokat | Legal & Regulatory

