

**BESUNNTATT OFFENTLIGHET OG PARTSINNSYN****KOMMENTARER TIL NKOMS VURDERING AV TELENORS STANDARDVILKÅR FOR TILGANG TIL MOBILTJENESTER (MARKED 15)**

## 1. Bakgrunn

Get AS og TDC AS («Get TDC») viser til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets («Nkom») brev av 30. november 2016 vedrørende Telenor ASAs («Telenor») nye standardavtaler for tjenesteleverandør- og MVNO-tilgang («Kommentarbrevet»). Vil med dette kommentere tilsynets foreløpige vurderinger.

Dette brevet inneholder opplysninger som er av en slik art at både Telenor og andre kan utnytte de i sin næringsvirksomhet, jf. offentleglova § 13 første ledd og forvaltningsloven § 13 første ledd nummer 2 samt § 19. Det har dermed konkurransemessig betydning for Get TDC å hemmeligholde innholdet. Vi ber derfor om at markerte deler av brevet unntas både offentlighet og partsinnsyn.

Get TDC deler Nkoms bekymringer knyttet til vilkårene i standardavtalen. Vi vil i det videre gå nærmere inn på hvorfor vi støtter tilsynets vurdering av eksklusivitetskravet (punkt 2 i Kommentarbrevet), den nye prismodellen (punkt 4 i Kommentarbrevet) og Telenors ensidige endringsrett (punkt 6 i Kommentarbrevet). Vi noterer oss, i likhet med tilsynet, at standardavtalen verken regulerer rimelige anmodninger om endring av innendørsdekning (punkt 3 i Kommentarbrevet) eller mekanismer for å sikre ikke-diskriminering (punkt 5 i Kommentarbrevet). Det er på det nåværende tidspunkt ikke nødvendig å kommentere disse forholdene.

## 2. Get TDC er enig med Nkom i at standardavtalen bryter med forpliktelsene i marked 15-vedtaket

Tilsynet oppsummerer sine vurderinger på side 26:

*Nkoms vurdering er at de nye standardavtalene på flere punkter ikke oppfyller kravene som følger av Nkoms vedtak 1. juli 2016 i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett.*

Get TDC er enig med Nkom i at de reviderte bestemmelsene i standardavtalen klart bryter med de forpliktelsene som følger av markedsreguleringen.

Nkom har gjennom marked 15-vedtaket fra 1. juli 2016 presisert i detalj hvilket handlingsrom Telenor har med tanke på å pålegge kundene eksklusivitet, betinge seg retten til å gjøre ensidige endringer samt kreve betaling

for fastpriselementer. Sett i lys av dette fremstår det som oppsiktsvekkende at den reviderte standardavtalen ikke innebærer nevneverdige realitetsendringer. I stedet for å innrette seg lojalt etter den offentlige reguleringen virker det som om den dominerende aktøren bevisst forsøker å omgå reguleringen. Telenors opptreden i etterkant av revisjonen bekrefter langt på vei dette.

Det er uklart for oss om den manglende etterlevelsen skyldes at Telenor forventer at Samferdselsdepartementet vil omgjøre marked 15-vedtaket. Get TDC kan uansett ikke se hvilke legitime, kommersielle forhold som skulle rettferdiggjøre denne praksisen. Dersom Nkom ikke griper inn forholdsvis raskt, vil de konkurranseskadelige virkningene knyttet til innlåsing av kundene og prising av tilgangen bestå.

Vi ber på bakgrunn av dette om at myndighetene i løpet av kort tid pålegger Telenor å rette avtalen. Ettersom selskapet ikke viser nevneverdig vilje til å etterleve reguleringen, er det samtidig naturlig å ilegge et overtredelsesgebyr. Beløpet bør være så høyt at det virker avskrekkende.

### 3. Nærmere om den reviderte eksklusivitetsplikten

#### a) Standardavtalens formelle krav om leverandørekklusivitet i hele avtaleperioden

Get TDC mener, i likhet med Nkom, at Telenor betinger seg «eksklusivitet som går lenger enn vedtaket åpner for» (side 4). Formuleringene i standardavtalens punkt 2.3 er så vide at bestemmelsen etter sin ordlyd i utgangspunktet rammer enhver bruk av annen nettleverandør.

For det første innebærer henvisningen til at den parallelle tilgangen må "begrense eller uthule konkurransen mellom mobile nettverk" ingen reell terskel. Dette er ikke et objektivt kriterium. Tvert om vil Telenors subjektive forståelse avgjøre om vilkåret er oppfylt. I lys av tidligere praksis er det ikke vanskelig å se at dette gir selskapet betydelig rom for å konstruere grunnlag som åpner for misligholdssanksjoner. Vi vil i denne forbindelse blant annet minne om at Telenor frem til nå synes å ha ment at enhver form for parallell bruk av to nettleverandører i seg selv «begrenser» og «uthuler» konkurransen mellom mobiloperatørene.

For det andre inneholder marked 15-vedtaket en uttømmende oppramsing av unntakene fra forbudet mot leverandørekklusivitet. Til sammenlikning inneholder punkt 2.3 en ikke uttømmende oppregning. Bruken av uttrykket «herunder» viser at bestemmelsen også kommer til anvendelse på andre situasjoner enn bruk av to nett på samme SIM, samme abonnement og innenfor samme merkevare.

Oppsummert mener Get TDC at de materielle begrensningene i eksklusivitetsbestemmelsen langt på vei er de samme som i den forrige versjonen av MVNO-avtalen.

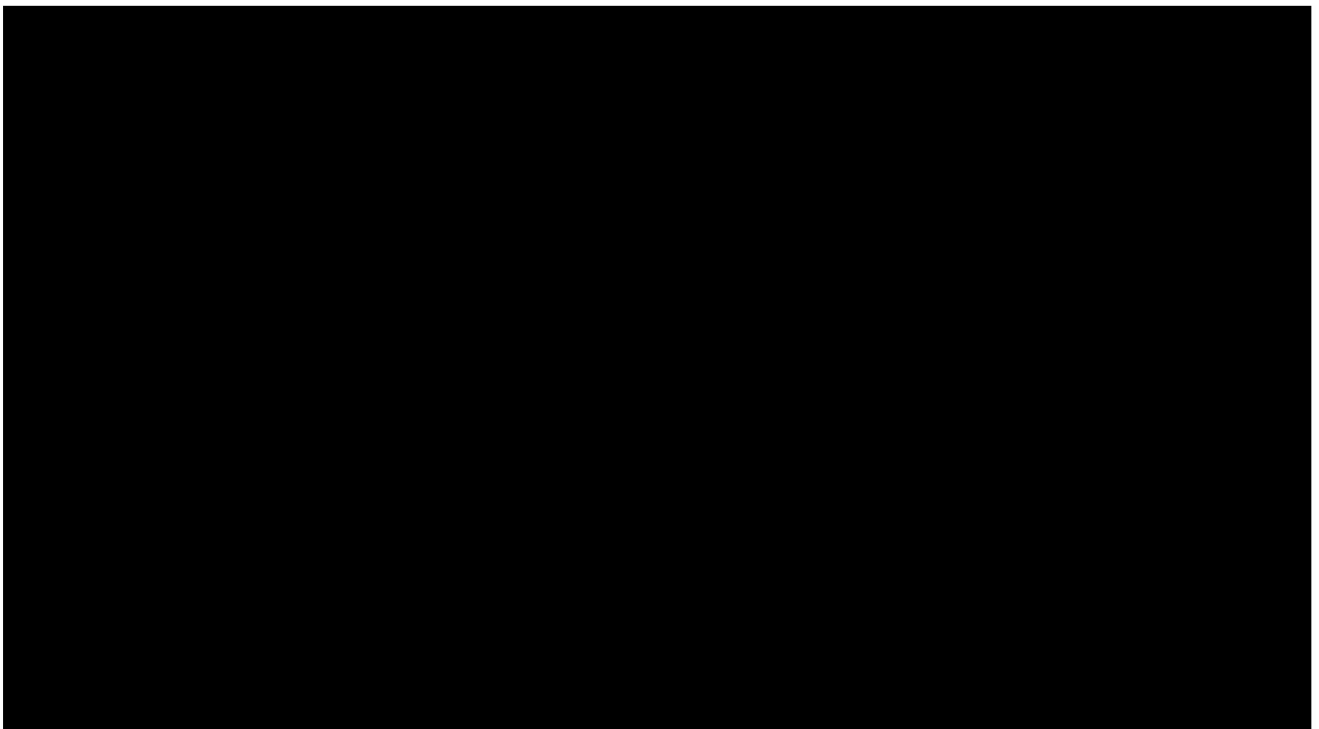
Vi er for øvrig enige i Nkoms faktiske og rettslige vurderinger av hvorfor bestemmelsen ikke er i tråd med de rammene marked 15-vedtaket fastsetter.

#### b) Standardavtalens de facto-forbud mot leverandørbytte de 12 første månedene av avtaleperioden

I kommentarbrevet påpeker Nkom helt korrekt at punkt 2.3 tredje ledd sammenholdt med punkt 13 innebærer et tidsbestemt eksklusivitetskrav som kommer i tillegg til det generelle pålegget om leverandørekklusivitet i punkt 2.3 første ledd (side 6):

*Standardavtalene punkt 2.3/2.6 tredje ledd åpner for bruk av annet nett i en overføringsfase, men bare dersom dette gjøres «alene med det formål å overføre abonnenter» til eller fra Telenors nett. Samme sted vises det til standardavtalene punkt 13/12, som fastsetter at tilgangskjøper tidligst fra seks måneder før sluttdato har rett til å starte overføring. Vi ber Telenor redegjøre for om dette skal forstås som at tilgangskjøper ikke kan overføre hele eller deler av sin kundemasse før det har gått tolv måneder. Nkom ber videre Telenor om å begrunne hvorfor selskapet tilsynelatende anser at en migrasjonsperiode på seks måneder alltid vil være rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine slutt kunder.*

Etter sin ordlyd stiller bestemmelsen krav om at kunden ikke har adgang til å migrere kunder over til et konkurrerende mobilnett de første to tredjedelene av avtaleperioden (12 måneder). Telenor bekreftet nylig overfor Get TDC at det også er slik kravet skal forstås i praksis.



Nkom skriver på side 6 i Kommentarbrevet at eventuelle eksklusivetsbetingelser ikke skal «hindre tilgangskjøper i å kunne migrere hele eller deler av sin kundemasse til annen vertsoperatør.» Migrasjonsperiodens lengde skal dessuten være «rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine slutt kunder». Vi er enige i denne forståelsen av marked 15-vedtaket. Telenors tilbakemeldinger viser at standardavtalens punkt 2.3 sammenholdt med punkt 13 bryter med disse grunnleggende forutsetningene.

c) Telenors hevingsrett ved brudd på eksklusivetsforpliktelsen

Get TDC er enig med Nkom i at Telenor i avtalen betinger seg en ensidig rett til å heve tilgangsavtale ved ethvert brudd på eksklusivetsbestemmelsen ved å definere alle brudd på punkt 2.3 som vesentlig mislighold. I tillegg betinger selskapet seg rett til å stenge tilgangen til tjenesten gjennom å innføre bruksbegrensninger.

Marked 15-vedtaket åpner ikke for en slik sanksjonsklausul. Automatisk hevingsrett ved ordinære mislighold innebærer et markert avvik fra kontraktspraksis i de fleste typer leverandørforhold. Sanksjonsklausulen skaper en betydelig kommersiell risiko for tilgangskjøperen. Konsekvensene ved å bryte forbudet er betydelige. Ettersom det tar tid å bytte leverandør vil en heving i ytterste konsekvens føre til at grossistkunden vil måtte avvikle virksomheten.

For de fleste MVNOer og tjenesteleverandører i Telenors nett vil den eneste måten å håndtere denne risikoen på være å avstå fra å inngå avtale med en ny leverandør. Get TDC antar dette også er det reelle formålet med sanksjonsklausulen. Vi er for øvrig enige i Nkoms vurdering av hvorfor bestemmelsen ikke er i tråd med marked 15-vedtaket.

d) Revisjons-, kontroll- og dokumentasjonsplikten

I følge Kommentarbrev har Nkom vanskelig for å se hvilke legitime behov Telenor skulle ha for å kreve innsyn i konkurrentenes forretningsvirksomhet gjennom revisjons-, kontroll, og dokumentasjonsplikten. Get TDC er enig i dette. Det er en overhengende fare for at utøvelse av disse rettighetene gir den dominerende aktøren innsyn i sensitive opplysninger om konkurrentene. Utover de forholdene Nkom fremhever i Kommentarbrevet, mener vi dette er problematisk med tanke på forbudene i konkurranseloven.

Get TDC stiller uansett spørsmål ved behovet. Det er forholdsvis lett å håndheve forpliktelsene i avtalen basert på offentlig tilgjengelig informasjon. Sett i lys av dette virker det merkelig at den dominerende aktøren mener det er nødvendig å revidere intern informasjon om konkurrentenes forretningsvirksomhet.

Oppsummeringsvis mener vi, i likhet med tilsynet, at «den meget vide retten i den nye standardavtalen punkt 5.4 til revisjon, kontroll og dokumentasjon er i strid med marked 15-vedtakets forbud mot urimelige vilkår, jf. punkt 255.»

e) De samlede virkningene av eksklusivitetsbindingene

Nkom oppsummerer sin vurdering av de samlede virkningene av eksklusivitetsbindingene på side 10:

*Etter Nkoms vurdering synes Telenors utforming av bestemmelsene om eksklusivitet klart videre enn det marked 15-vedtaket åpner for.*

*Når vilkår for eksklusivitet, virkninger av brudd og krav til revisjon, kontroll og dokumentasjon ses i sammenheng, synes de reelle mulighetene for tilgangskjøpere til å ha tilgangsavtale med annen vertsoperatør i tillegg til regulert tilgang hos Telenor å være svært begrenset og innebære svært høy risiko. Den samlede virkningen av disse bestemmelser har etter Nkoms vurdering langt på vei tilsvarende virkninger som Telenors tidligere bestemmelse om konserneksklusivitet. Standardavtalenes nye bestemmelser synes dermed i praksis å videreføre Telenors tidligere eksplisitte krav om eksklusivitet på konsernnivå. Nkom mener at Telenor med dette krever eksklusivitet i vesentlig større grad enn vedtaket åpner for. Etter Nkoms vurdering er Telenors bestemmelser om eksklusivitet ikke i samsvar med kravene i marked 15-vedtaket.*

Get TDC mener denne beskrivelsen er dekkende.

#### 4. Standardavtalens reviderte prismodell

På side 14 i kommentarbrevet fremgår det:

*Det er Nkoms vurdering at Telenors implementering av variabel pris i realiteten ikke har medført at SIM-avgiften er fjernet, men at den fremstår i en noe annen form og samtidig er økt. Nkoms vurdering er på denne bakgrunn at prismodellen for datatrafikk er i konflikt med kravet til ikkediskriminering.*

Videre skriver tilsynet på side 16:

*Nkom oppfatter at Telenor har benyttet omlegging til trafikkavhengige prisene(priser?) til å øke kostnaden for datatrafikk for tilgangskjøpere. Nkom har adressert de økte prisene for datatrafikk for MVNO-tilgang i oversendelsen av Telenors klage vedtaket til Samferdselsdepartementet 19. oktober 2016. Den nye standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang var ikke tilgjengelig på dette tidspunktet, men vurderingene gjør seg også gjeldende for prisene i denne avtalen.*

Get TDC er enig med Nkom i at standardavtalens nye prismodell i realiteten innebærer krav om SIM-kortavgift og hastighetstillegg i en ny form. Det synes også som om tilgangsprisene har økt.

I stedet for å innrette seg etter marked 15-vedtaket fremstår det som om Telenor dels forsøker å omgå de regulatoriske forpliktelsene, dels bruker reguleringen som et påskudd for å øke tilgangsprisene ytterligere.

Telenor er som kjent under etterforskning av myndighetene for konkurranseskadelig prising av blant annet MVNO-tilgang. Sektormyndighetene har dessuten flere ganger konkludert med at selskapet har overtrådt markedsreguleringen knyttet til prismodell og -vilkår. Sett i lys av dette er Get TDC svært overrasket over at Telenor tilsynelatende forsøker å opprettholde tilgangsvilkår som er egnet til å svekke grossistkundes konkurransekraft.

#### 5. Nærmere om Telenors ensidige og ubetingete endringsrett

Get TDC har helt siden 2013 påpekt at Telenors ubetingete og ensidig endringsadgang skaper kommersiell usikkerhet for tilgangskjøperne. Dette er særlig relevant ved salg av mobiltjenester til mellomstore og store kunder i bedriftsmarkedet der leverandøren forplikter seg til langvarige avtaler uten mulighet til å øke prisene. Vi er derfor positive til Nkom både i marked 15-vedtaket og Kommentarbrevet som peker på at slike vilkår er i strid med markedsreguleringen (side 19):

*En ubetinget og ensidig endringsadgang for Telenor er egnet til å skape kommersiell usikkerhet for tilgangskjøpere. En slik usikkerhet er etter Nkoms vurdering å anse som en kostnad for tilgangskjøper. Etter Nkoms vurdering er det ikke rimelig å anse at en tilsvarende uforutsigbarhet kan gjøre seg gjeldende for Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Vedtaket fastslår at bestemmelser som gir Telenor en ubetinget og ensidig endringsadgang er et urimelig og diskriminerende avtalevilkår som ikke kan inngå i Telenors standardavtaler, jf. vedtaket punkt 259 og 260.*

Den forrige standardavtalen inneholdt en ensidig og ubetinget endringsadgang som er forbudt etter marked 15-vedtaket. Get TDC er enig med Nkom i at de reviderte bestemmelsene i punkt 6 og 15 ikke innebærer noe realitetsendring.

Det fremgår uttrykkelig at det fortsatt bare er den dominerende aktøren som kan kreve endringer. Telenor betinger seg dessuten endringsrett i så å si alle relevante situasjoner samtidig som rekkevidden av adgangen i

det enkelte tilfelle er uklart. Sett under ett har de reviderte avtalebestemmelsene for alle praktiske formål den samme virkningen som den ubetingete og ensidige endringsadgangen i den forrige avtalen.

Dette er i strid med marked 15-vedtaket. Get TDC mener for øvrig at tilgangsavtalen avviker merkbart fra de fleste andre former for leverandøravtaler. Eventuelle endringer begrenser seg normalt her til årlige prisjusteringer basert på eks. KPI eller justeringer som skal ta høyde for økninger i offentlige avgifter eller råvarekostnader. Vi kan for øvrig ikke se hvilke legitime, kommersielle behov klausulene skal dekke.

Avslutningsvis vil Get TDC minne om marked 15-vedtakets utgangspunkt - hovedregelen skal være at endringer forutsetter kommersiell enighet mellom partene. Vi kan ikke finne spor av dette i standardavtalen. Vi er for øvrig enige i at de korte varslingsfristene innebærer en selvstendig overtredelse av regelverket.

## 6. Avsluttende bemerkninger

Get TDC er positiv til Nkoms detaljerte gjennomgang av de reviderte standardvilkårene og foreløpige funn. Som det fremgår av Kommentarbrevet har tilsynet allerede nå identifisert en rekke opplagte brudd på markedsregulering som er egnet til å skade konkurransen både i sluttbruker- og grossistmarkedet.

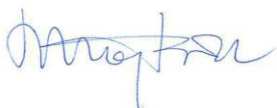
Vi ber på bakgrunn av dette om at Nkom raskt krever at Telenor retter avtalen. Pålegget må understøttes av en tvangsmulkt som er tilstrekkelig høy til å sikre etterlevelse. Videre er det tydelig at Telenor, uvisst av hvilken grunn, ikke har noen intensjon om å innrette seg etter det nye marked 15-vedtaket. Tvert om fremstår de reviderte betingelsene som et opplagt forsøk på å omgå tydelige regulatoriske krav.

Get TDC ber på bakgrunn av dette Nkom om å pålegge Telenor et overtredelsesgebyr som virker avskrekkende. Vi minner om at tilsynet har kompetanse til å utmåle et gebyr på inntil 5 % av foretakets omsetning, jf. ekomforskriften § 10-3a. Konkurransetilsynet har til sammenlikning varslet en bot på MNOK 906 for tilsvarende forhold.

Vi tar forbehold om å ettersende ytterligere merknader når Telenors tilbakemelding foreligger.

Dersom det er behov for ytterligere informasjon eller myndighetene ønsker et møte i saken, kan undertegnede eller vår direktør for samfunnskontakt, Øyvind Husby, kontaktes ([laila.myksvoll@get.no](mailto:laila.myksvoll@get.no)/telefon 924 91 888 eller [oyvind.husby@get.no](mailto:oyvind.husby@get.no)/telefon 934 44 140).

Med vennlig hilsen



Laila Myksvoll  
Juridisk direktør  
Get TDC