



SAMFERDSELSDEPARTEMENTET  
POSTBOKS 8010 DEP  
0030 OSLO

11. MARS 2016

## FORSLAG TIL ENDRING I EKOMLOV OG EKOMFORSKRIFT – HØRINGSKOMMENTARER FRA TDC AS OG GET AS

### 1. Innledning

TDC AS og Get AS ("TDC/Get") viser til høring om forslag til endring i ekomlov og ekomforskrift publisert av Samferdselsdepartementet (SD) på regjeringen.no den 1. februar 2016.

TDC/Get vil herved kommentere enkelte av forslagene.

### 2. Endringer i ekomloven § 10-6 fjerde ledd

SD foreslår å endre ekomloven § 10-6 til følgende:

*«§ 10-6 Pålegg om retting og opphør av ulovlige forhold*

*Krav om retting eller opphør etter første ledd kan iverksettes umiddelbart eller innen en rimelig tidsfrist etter at rettighetshaver er informert om at forholdet er i strid med krav fastsatt i eller i medhold av denne lov. Krav om retting eller opphør med grunnlag i tekniske mangler ved utstyr og installasjoner, og krav til rettighetshaver som tidligere har handlet i strid med krav fastsatt i eller i medhold av lov, kan kreves iverksatt umiddelbart.»*

Vi er enige i de foreslåtte endringene. Endringen er viktig for å sikre at vedtak kan gjennomføres raskt.

Som vi tidligere har gitt uttrykk for, har uforholdsmessig lang saksbehandlingstid hos tilsynet en rekke negative konsekvenser. At gjennomføringstiden for endelige vedtak kortes ned, bidrar i så måte positivt for å sikre en mer effektiv oppfølging av etterlevelsen av eksisterende vedtak.

Dersom tilsynet, til tross for den foreslåtte endringen, i praksis setter lange frister for iverksettelse av retting/opphør, vil imidlertid formålet med endringen undergraves. Vi vil derfor understreke at det er viktig at hovedregelen bør være umiddelbar gjennomføring og at muligheten for å sette frister bør være unntaket, f.eks. hvis det ikke er andre tredjeparter som blir skadelidende av at endringene ikke gjennomføres umiddelbart. Det er derfor en fordel om forarbeidene beskriver dette klart.

Vi antar for øvrig at forslaget til ordlyd i bestemmelsens første ledd språklig sett burde vært tillagt verbet «å kreve», slik at bestemmelsen lyder: «*Krav om retting eller opphør etter første ledd kan **kreves iverksatt** umiddelbart eller innen en rimelig tidsfrist [...]» (og ikke slik foreslått, hvor ordlyden åpner for at den som får pålegg kan velge mellom at retting enten kan iverksettes umiddelbart eller innen en rimelig tidsfrist).*

### 3. Endringer i ekomloven § 10-12

SD foreslår å endre ekomloven § 10-12 første ledd til:

*«Tilbyder som har betalt for høy pris i forhold til en prisforpliktelse fastsatt i eller i medhold av denne lov, kan kreve overprisen tilbakebetalt. Krav om tilbakebetaling av overpris som følge av brudd på plikt til ikke-diskriminering omfattes også av bestemmelsen.»*

Vi er enige i at det presiseres at virkeområdet også gjelder ikke-diskriminering for å kodifisere den gjeldende lovtolkningen. Vi viser til tidligere saker om tilbakebetaling som har tatt svært lang tid, blant annet som følge av at det har vært anført at virkeområdet ikke omfattet ikke-diskriminering.

Formuleringene i kommentarene til denne bestemmelsen reiser imidlertid spørsmål om endringen er ment som en reell endring av gjeldende rett. Tidligere forvaltningspraksis viser at dette ikke er tilfellet. For å unngå at det i ettertid reises spørsmål om rettstilstanden før lovendringen, bør lovkommentarene presisere at endringen ikke endrer på gjeldende rettstilstand, og at presiseringen kun er ment å tydeliggjøre at brudd på ikke-diskrimineringsplikten omfattes av bestemmelsen etter gjeldende rett.

### 4. Andre endringer som kan sikre et mer effektivt regelverk

#### 4.1 Ny bestemmelse som kan sikre effektiv privat håndheving av brudd på SMP-regulering

Som SD er kjent med, har TDC søkt privat håndhevelse overfor Telenor for brudd på ikke-diskrimineringsplikten basert på offentligrettslig vedtak fra Nkom og SD. Dom avsagt av Borgarting lagmannsrett den 29. februar 2016 ga imidlertid ikke TDC medhold i at brudd på pliktbestemmelser var erstatningsbetingende. Dommen viser også at domstolen foretok en etterprøvelse av den faglige og rettslige vurderingen som tilsynsmyndighetene har brukt lang tid på å saksbehandle, og uten at domstolen selv hadde blitt forelagt samtlige saksdokumenter.

Dommens premisser og resultat innebærer, etter vårt syn, en vesentlig svekkelse av ekomreglens effektivitet; et hensyn som er av sentral og prinsipiell betydning. Vi frykter at følgene av dommen kan innebære at risikoen for å opptre i strid med påbud og forbud som er pålagt av tilsynsmyndighetene, blir svært liten for aktører med SMP. For tilgangskjøpere og andre aktører som lider skade som følge av overtredelse av regelverket, bevitner praksis at det er særdeles utfordrende å kreve erstatning og andre beføyelser gjennom søksmål for ordinære domstoler.

Vi har lenge etterlyst en mer effektiv håndhevelse av regelverket fra tilsynsmyndighetenes side. Samtidig er det svært viktig med et forutsigbart og solid rammeverk for privat håndhevelse.

Regjeringen har nylig foreslått en lovendring som innebærer en mer effektiv privat håndhevelse av de generelle konkurransereglene. Bakgrunnen for de foreslåtte lovendringene er et direktiv fra Europaparlamentet og -rådet om å harmonisere og legge bedre til rette for søksmål om erstatning for overtredelse av konkurransereglene (EU-direktiv 214/104/EU av 26. november 2014). De foreslåtte lovendringene vil implementere direktivet i norsk rett.

Blant annet er det foreslått en regel om at konkurransemyndighetenes avgjørelser om at EØS-avtalens konkurranseregler er overtrådt, skal være helt eller delvis bindende i en etterfølgende erstatningssak for domstolene (se forslag til ny § X-8 inntatt nedenfor).

Vi viser her til den pågående høringen om endringer i konkurranseloven - <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-konkurranseloven/id2466940/> som også har høringsfrist 11. mars 2016.

Våre erfaringer fra erstatningssaken mot Telenor og nevnte dom fra lagmannsrett viser bl.a. at det nærmest er umulig for en utenforstående part som TDC å få tilgang til den informasjon som kreves for å kunne dokumentere overtredelse og økonomisk tap som følge av informasjonsasymmetrien som vil eksistere mellom skadelidte og overtreder. Nettopp disse hensyn fremheves som forklaring på den "skjeve og ineffektive private håndhevingen av konkurransereglene" som ligger til grunn for endringsforslaget (høringsnotatets side 4). Saken fra Lagmannsretten viser at det blir en omkamp for domstolen om det foreligger et brudd på reglene eller ikke, basert på svært mangelfullt grunnlag når verken domstolen eller den part som krever erstatning har tilgang på eller er kjent med all informasjonen som forvaltningen bygger sine vedtak på. Informasjonsasymmetrien og mangelen på fullstendig informasjon svekker rettsikkerheten og gir ikke mulighet for tilstrekkelig saksopplysning og kontradiksjon i en domstolprosess som gjelder erstatningsutmåling basert på et forutgående vedtak fra myndighetene.

Det sentrale formål med direktivet og de foreslåtte lovendringene er å bedre skadelidtes muligheter for å oppnå full erstatning ved overtredelse av konkurransereglene, og å forbedre samspillet mellom offentlig og privat håndheving av reglene (punkt 2.2.2 i høringsnotatet).

Når det gjelder det konkrete forslaget om at fagmyndighetenes vedtak om det har forekommet en overtredelse av regelverket skal legges til grunn av domstolen ved en senere behandling av erstatningskrav for nasjonale domstoler, er denne, ifølge fortalet i direktivet, begrunnet i hensynet til å styrke rettsikkerheten, å hindre inkonsekvent anvendelse av forbudene, å styrke effektiviteten og den prosessuelle effekten av erstatningssøksmål samt å styrke det indre markedes funksjon (side 45, punkt 3.9.2 i høringsnotatet).

Vi mener at ovennevnte hensyn gjør seg tilsvarende gjeldende for de sektorspesifikke reglene.

Vi foreslår derfor at det inntas en tilsvarende bestemmelse i ekomloven, slik at reguleringsmyndighetens vedtak skal legges til grunn for domstolen i en etterfølgende erstatningssak. Dette vil sikre at det i praksis blir mulig å gjennomføre en effektiv privat håndhevelse av overtredelse av de sektorspesifikke konkurransereglene på lik linje med de generelle konkurransereglene.

Vi viser i denne sammenheng til forslag til ny § X-8 i konkurranseloven, referert nedenfor. Denne kan med enkle endringer legges til grunn for en tilsvarende bestemmelse i ekomregelverket.

*"§ X-8. Betydningen av vedtak fra EØS-statenes konkurransemyndigheter*

*Når et krav etter dette kapittelet bygger på en overtredelse som er fastslått i et endelig vedtak av Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemda, jf. § 8, eller i en rettskraftig dom som opprettholder vedtaket i en sak der Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda har plikt til å anvende artikkel 53 eller artikkel 54 i EØS-avtalen, jf. EØS-konkurranseloven § 7 første ledd, skal det endelige vedtakets eller den rettskraftige dommens konstatering av overtredelsen legges til grunn ved rettens behandling av kravet.*

*Når et krav etter dette kapittelet bygger på en overtredelse som er fastslått i et vedtak av konkurransemyndighetene i en annen EØS-stat, eller i en rettskraftig dom, skal norske domstoler ved behandlingen av kravet legge det endelige vedtaket eller den rettskraftige dommen til grunn så langt partene ikke sannsynliggjør noe annet."*

#### 4.2 Forbud mot ansvarsbegrensninger for lovbrudd

Det fremkommer av premissene i Lagmannsrettens dom av 29. februar 2016 at Lagmannsretten har tatt stilling til ansvarsbegrensningsklausulen i Telenors MVNO-avtale. Lagmannsrettens uttalelser kan oppfattes slik at den avtalte ansvarsbegrensningen begrenser ansvaret for brudd på ekomloven. En slik oppfatning kan i sin ytterste konsekvens innebære at en SMP-aktør kan begrense sitt økonomiske erstatningsansvar for konsekvenser av et brudd på ekomloven, noe som undergraver reglens effektivitet.

Vi mener derfor at det bør fremgå eksplisitt av loven at en SMP-aktør ikke kan avtale seg bort fra ansvar for brudd på ekomloven eller vedtak gitt i medhold av ekomloven. Dette kan for eksempel gjøres ved et tillegg i ekomloven § 10-11.

Alternativt kan tilsvarende resultat oppnås gjennom et konkret pålegg om retting av ansvarsbegrensningsklausuler i tilgangsavtalen.

Telenors standardvilkår er for tiden gjenstand for klagebehandling og Nkom varslet den 31. august 2015 Telenor om at selskapet vil bli pålagt å endre enkelte vilkår i tilgangsavtalene. Lagmannsrettens uttalelser i ovennevnte dom, innebærer etter vårt syn at myndighetene bør vurdere å pålegge endring av Telenors standardvilkår, slik at Telenor ikke kan fraskrive seg ansvar for brudd på ekomloven.

Tilsynsmyndighetene anser det ikke som tvilsomt at ekomloven § 10-6 første ledd jf § 4-6 fjerde ledd gir tilstrekkelig hjemmel for å pålegge endringer. Vi deler denne forståelsen. For å unngå unødig saksbehandling og vidløftiggjøring i saksbehandlingen gjennom innsigelser knyttet til om hjemmelsgrunnlaget er tilstrekkelig klart i ekomloven, bør det imidlertid vurderes å endre lovens ordlyd.

Lovteksten bør eksplisitt fastslå at myndighetene har hjemmel til å pålegge endringer av konkrete bestemmelser i standardvilkårene for tilgang og allerede inngåtte tilgangsavtaler for å bringe avtalene i tråd med forpliktelser vedtatt med hjemmel i ekomloven.

Det følger av § 10-6 første ledd annen setning at myndigheten kan gi pålegg om endringer av "avtalevilkår mellom tilbydere", og i § 4-6 fjerde ledd fremgår det at myndighetene kan pålegge "endringer i tilbud"

Vi foreslår derfor at SD vurderer å endre "endringer i tilbudet" i siste setning i ekomloven § 4-6 til "endringer i tilbudet, standardvilkår og inngåtte avtaler," slik at det ikke kan herske tvil om at "endringer i tilbudet" også omfatter endringer i både standardvilkår og allerede inngåtte avtaler.

Den materielle kompetansen til tilsynsmyndighetene til å sensurere konkrete avtalevilkår, er først og fremst for å sikre at vilkårene er i samsvar med krav som følger av lov eller vedtak. At myndighetenes kompetanse også åpner for å sette konkrete vilkår knyttet til tilgangsforskriftene basert på "fairness, reasonableness and timeliness" følger av Aksessdirektivets artikkel 12, andre avsnitt. For å gi myndighetene klart nok hjemmelsgrunnlag, bør det fremgå at myndighetene har adgang til å pålegge endringer i tilgangsavtalene for å unngå bruk av bestemmelser som anses som urimelige.

## 5. Endringer i ekomforskriften § 3-6

Vi støtter departementets forslag til innstramming av reglene knyttet gjennomføring av tilbyderportabilitet i ekomforskriften §3-6 annet og tredje ledd, herunder nedfelling av prinsippet om at portering skal gjennomføres på kortest mulig tid og med en konkret hovedregel om portering innen fem dager.

Når det gjelder det foreslåtte forbudet mot såkalt «win-back» markedsføring i bestemmelsens femte ledd, støtter vi også dette forslaget, men vil bemerke at den foreslåtte ordlyd synes uklar med hensyn til forbudets omfang.

Forslagets ordlyd lyder: «*Avgivende tilbyder kan ikke bruke porteringsinformasjon til egen markedsføring*». Det er etter vårt syn ikke klart hva som menes med «å bruke porteringsinformasjon til egen markedsføring». Det er heller ikke klart hvilken tidsperiode forbudet skal gjelde for. Formuleringen reiser mange spørsmål. Vil det være innenfor reglene at en tilbyders salgsvdeling i etterkant av portering benytter porteringsinfo til å rette nytt tilbud til kunden? Kan det foretas såkalte exit-surveys for å få mer informasjon om hvorfor kunden ønsket å forlate tilbyderen? Kan man gi kunden tilbud i porteringsperioden hvis kunden eksplisitt ber om det?

Dersom vi ser hen til andre land i Europa som har innført win-back-forbud, vil vi se at dette er gjort på ulike måter og i ulikt omfang. I eksempelvis Danmark<sup>1</sup> gjelder win-back-forbudet kun under porteringsprosessen («porteringsflow»), mens det i Malta<sup>2</sup> er lagt til rette for at den porterende kunden skal få tid til å prøve den nye tilbyderen og derfor har de innført et win-back-forbud som gjelder inntil to måneder etter at portering er gjennomført.

Vi mener at dersom et win-back-forbud skal ha ønsket hensikt, bør forbudet sikre at den porterende kunden skal få tid og anledning til å prøve den nye tilbyderen før denne kan bli møtt med nytt tilbud fra avgivende operatør. Vi vil derfor foreslå at «win-back»-forbudet gjøres gjeldende i en periode etter at portering er effektivert. Her kan gode grunner tale for at perioden blir satt tilsvarende angreftslovens hovedregel om 14 dagers angrefrist.

For alle tilfelle er det viktig at aktørene har klare føringer på hvordan bestemmelsen skal benyttes og ordlyden bør derfor klargjøres.

---

<sup>1</sup> <http://www.teleindu.dk/branchesamarbejde/nummerportabilitet/>

<sup>2</sup> <https://www.mca.org.mt/sites/default/files/attachments/decisions/2012/np-winback-decision.pdf>

## 6. Avsluttende bemerkninger

Undertegnede kan kontaktes på e-post [laila.myksvoll@get.no](mailto:laila.myksvoll@get.no) eller telefon 924 91 888 dersom SD skulle ha spørsmål eller behov for ytterligere informasjon.

Med vennlig hilsen,

TDC AS og Get AS

Laila Myksvoll

General Counsel/Advokat