

Nasjonalt kommunikasjonsmyndighet
Potsboks 93
4791 Lillesand

Vår dato
18.08.2017

Ansvarlig advokat
Kaja Wølneberg

Kun sendt per epost til firmapost@nkom.no

KOMMENTARER TIL NKOMS VARSEL OM PÅLEGG AV RETNING AV TELENORS STANDARDAVTALER FOR MVNO- TILGANG OG TJENESTELEVERANDØRTILGANG

1 Innledning

Vi viser til Nkoms varsel om vedtak av 14. juli 2017 om at Telenor pålegges å rette sine standardavtaler for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang («Varselet»). Telenor er gitt frist til 21. august 2017 til å kommentere varselet.

Som vi påpekte i vårt brev av 20. desember 2016 legger Telenor til grunn at et varsel om retting vil omfatte alle forhold i standardavtalene Nkom måtte mene er i strid med marked15-reguleringen. Slik vi forstår Varselet knytter det seg til alle bestemmelsene i Telenors standardavtaler med unntak av prisstrukturen. Hvorvidt dette betyr at Nkom mener at prisstrukturen i standardavtalen er i henhold til reguleringen er uklart. Dette er meget uheldig og skaper stor grad av uforutsigbarhet.

Telenor vil under punkt 2 kommentere Nkoms prosess. I punkt 3-11 kommenteres de ulike forhold som Nkoms varsel omfatter. I våre kommentarer henvises det til bestemmelsene i standardavtalen for MVNO-tilgang, men kommentarene omfatter også tilsvarende bestemmelser i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang.

2 Prosessuelle forhold

Telenor fastholder at Nkoms brev av 29. november 2016 bryter både mot forvaltningslovens system og mot grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper på flere punkter.

Nkom er uenig i Telenors innsigelser. Nkom viser blant annet til at Nkom i brev 4. juni 2013 hadde gitt uttrykk for at flere av bestemmelsene i standardavtalene Telenor da hadde oversendt Nkom etter Nkoms

Group Legal Advokater MNA

Head of Group Legal:
Siri Birgitte Bang Berge

Advokater:

Eirik Andersen
Geir Dyngeland
Morten Foss
Atle Garder
Gaute Simen Gravir
Ina L. Heidenreich
Bjørn Hogstad
Øyvind Iversen
Christian Lindqvist
My Muratori
Ina Ore
Paul Edward Paus
Jørn T. Ramnæs
Tone Ripel
Philip Risbjørn
Espen Skovly
Vegard Thoresen
Guru Wanda Wanvik
Kaja Wølneberg
Anette Halvorsen Aarset

foreløpige vurdering var problematiske på flere punkter. Nkom anfører videre at Telenor den gang gikk videre med avtaleutkastene ovenfor sine tilgangskjøpere, «...tilsynelatende uten å ta Nkoms uttrykte bekymring i betraktning.» Nkom uttaler videre at «[...] det er ønskelig at det er offentlighet knyttet til Nkoms vurderinger av Telenors gjeldende standardavtaler.

Nkoms brev av 4. juni 2013 var heller ikke formulert som et varsel om vedtak og også den gang ble Nkoms foreløpige vurderinger - som var konkluderende i formen - sendt tilgangskjøpere for kommentarer. Både Network Norway og TDC klaget i etterkant av Nkoms brev av 4. juni 2013 på flere av standardavtalens bestemmelser. I løpet av den gjenstående levetid av M15-vedtaket av 2010 – en periode på mer enn 3 år – ble det ikke fattet noen vedtak i disse klagesakene. Nkom påla heller ikke Telenor å rette noen vilkår i standardavtalen av 2013 i hele perioden fra forhåndsuttalelsene som Nkom kom med i juni 2013 til M15-vedtaket av 2010 ble opphevet 1. juli 2016.

Nkom synes likevel å mene at Telenor i juni 2013 skulle innrettet seg etter disse foreløpige og uforpliktende synspunkter fra Nkom som Nkom aldri fulgte opp med vedtak om retting. Forvaltningsloven setter strenge krav til enkeltvedtak i form av krav til utredning og begrunnelse og gir da også partsrettigheter, herunder part rett til å uttale seg samt klagerett. Uforpliktende uttalelser som ikke har form som vedtak eller varsel om vedtak vil på den annen side ikke kunne påklages. Når det ikke er varslet vedtak eller fattet vedtak kan aktører i markedet heller ikke legge til grunn at en uttalelse er basert på en saksutredning som forvaltningen anser oppfyller forvaltningslovens utredningsplikt. At Nkom forventer at aktører i markedet skal innrette seg etter Nkoms uforpliktende synspunkter er således ikke i overensstemmelse med forvaltningsloven.

Telenor viser for øvrig også til at Asker og Bærum tingrett i desember 2012 nylig hadde tatt stilling til flere av de innvendinger Nkom tok opp i sitt brev i juni 2013, herunder klausuler som var inntatt for å beskytte dekningskonkurransen. Tingretten fant disse bestemmelsene gyldige både under ekomlov og konkurranselov. At Telenor mot denne bakgrunn valgte å gå videre med standardavtalen i 2013 er naturlig og legitimt og ikke et forhold som kan begrunne at Nkom fortsetter sin praksis med å tilkjenne konkluderende forhåndsuttalelser i tilknytning til innhenting av informasjon.

Telenor fastholder at Nkoms fremgangsmåte ved brev av 29. november 2016 strider mot grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper. Å offentliggjøre bastante forhåndsuttalelser som del av informasjonsinnhenting virker konfliktskapende, er ledende og legger føringer på informasjonen Nkom mottar fra tilgangskjøperne. Det er i så måte betegnede at Phonero og TDC i sitt svar til Nkom gjentatte ganger viser til at de slutter seg til Nkoms synspunkter.

Telenor har for øvrig ikke konkludert med at Nkom i denne saken har gjort seg inhabil, slik Nkom kan synes å fremstille Telenors anførsel rundt dette. Telenor fastholder imidlertid at formidling av foreløpige standpunkter som er bastante og konkluderende i formen under omstendighetene vil kunne lede til inhabilitet. Under enhver omstendighet svekkes tilliten til at Nkom foretar en objektiv vurdering av saken.

3 Hjemmelsgrunnlag

Nkom har varslet omfattende og detaljert retting av Telenors avtalevilkår med hjemmel i marked 15 vedtaket jf ekomloven § 10-6 og § 4-6 fjerde ledd. Det varslede rettevedtaket har etter Telenors oppfatning ikke hjemmel i ekomloven. Nkom viser til at M15-vedtaket angir at avtalevilkår skal være «rimelige» og «rettferdige». Nkom bruker således markedsvedtaket som rettskilde, men Nkom

kan ikke gi seg selv hjemmel i et markedsvedtak dersom de aktuelle forpliktelser ikke har hjemmel i ekomloven.

Ekomloven § 4-6 gir ingen hjemmel til å regulere Telenors avtalevilkår. Ekomloven 4-6 gir ekommyndigheten kompetanse til å pålegge at tilbyder med sterk markedsstilling skal gi informasjon om vilkår for tilgang og på hvilken måte denne informasjonen skal gjøres tilgjengelig, men bestemmelsen gir ikke kompetanse til å regulere *innholdet* i tilbudet. Etter tilgangsdirektivet artikkel 9 nr 2 siste – som direktivteksten § 4-6 implementerer – følger det klart at kompetansen til å pålegge endringer i denne sammenheng knytter seg til endringer av hvordan informasjon om tilbudet skal offentliggjøres: *“The national regulatory authority shall, inter alia, be able to impose changes to reference offers to give effect to obligations imposed under this Directive.”*

Denne forståelsen legger også Professor Erling Hjelmeng til grunn: *«Paragraf 4-6 fjerde ledd gir følgelig bare hjemmel for endringer for å støtte andre forpliktelser som er pålagt (tilgang), men gir ingen generelle kompetanse til å regulere innholdet i tilgangsavtaler. I aksessdirektivet art. 9.2 i.f. heter det således at “The national regulatory authority shall, inter alia, be able to impose changes to reference offers to give effect to obligations imposed under this Directive.”¹*

Nkom har videre vist til ekomloven § 4-1 som hjemmel for varselet, men heller ikke ekomloven § 4-1 gir hjemmel til å drive slik avtalesensur som Nkom varsler. En regulering av avtalen og vilkår i denne kan utelukkende hjemles i § 4-1 dersom vilkårene de facto innebærer tilgangsnekt. Dette synspunktet støttes av Professor Erling Hjelmeng²: *«Et pålegg om tilgang etter § 4-1, jf. § 4-6 innebærer at tilgang skal gis på realistiske vilkår. Dersom tilbudet er utformet slik at tilgang ikke er realistisk, foreligger det en konstruktiv forretningsnektelse som representerer et brudd på forpliktelsen. Utover dette legger ikke § 4-1 føringer på det konkrete innholdet i standardavtalene. En slik kompetanse forutsettes heller ikke etter aksessdirektivet art. 12.»*

Dersom tilsynsmyndigheten skulle kunne sensurere ethvert avtalevilkår uten å dokumentere at dette utgjør tilgangsnekt, ville dette også undergrave reguleringssystematikken i ekomloven og EU-direktivene. Hvis Nkom hadde generell hjemmel til å fastsette innholdet i Telenors standardtilbud, ville de øvrige detaljerte bestemmelsene om Nkoms kompetanse til å pålegge SMP-plikter i ekomloven kapittel 4, langt på vei være overflødige. Dette taler mot den rettslige forståelse Nkom legger til grunn.

Konsekvensen av Nkoms rettslige forståelse, som fremkommer av varselet, er at Nkom søker å ilegge Telenor nye forpliktelser som innebærer strengere tilgangsregulering ved at Nkom sensurerer avtalevilkår selv om vilkårene ikke innebærer tilgangsnekt, ulovlig diskriminering eller bryter med prisregulering.

Nkom viser ikke til noen terskel, rettslig standard eller metode som skal ligge til grunn for en slik hjemmel til å sensurere avtalevilkår. Nkom foretar heller ingen reelle vurderinger av virkningene på konkurransen. Det er videre ikke henvist til økonomisk teori eller konkurranseøkonomiske analyser som underbygger behov for slik regulering. Nkom har heller ikke vist til rettskilder/rettspraksis som kan underbygge deres rettsforståelse. Med Nkoms tilnærming som fremgår av varselet synes det ikke å være en grense for hvilke avtalevilkår som kan reguleres eller gripes inn mot annet enn at Nkom finner et vilkår urimelig eller urettferdig.

¹ Ekomregulering – Nkoms kompetanse – Betenkning 20. februar 2016 av Professor Erling Hjelmeng, s 15.

² Ekomregulering – Nkoms kompetanse – Betenkning 20. februar 2016 av Professor Erling Hjelmeng, s 19.

Etter Telenors syn foreligger det ikke hjemmel i ekomloven for en slik avtalesensur Nkom har varslet mot standardavtalene. Uten hjemmel i ekomloven vil en slik plikt heller ikke kunne hjemles i M15- vedtaket. Følgelig kan ikke Nkom varsle retting med hjemmel i ekomloven § 10-6, da bruk av § 10-6 forutsetter at det foreligger et «ulovlig forhold».

Etter Telenors oppfatning fastlegges uansett innholdet av forpliktelsene i varsel om retting nå først i rettevarselet. Dette er en endring av reguleringen som bare kan gjøres i samsvar med ekomlovens bestemmelser, herunder er det krav om notifikasjon til ESA av nytt SMP-vedtak.

4 Standardavtalen punkt 2.3 (eksklusivitet) og 13.1 (varighet)

Nkom har ikke vurdert eller dokumentert at standardavtalen på disse punktene de facto utgjør tilgangskjøper og dermed er i strid med ekomloven § 4-1. Tilgangskjøper gis tilgang til Telenors nett og vilkårene i punkt 2.3 jf 13.1 kan på ingen måte tas til inntekt for at tilgang til Telenor nett nektes eller vanskeliggjøres.

Telenor har etter beste evne forsøkt å utforme standardavtalen i tråd med reguleringen. Det kan ikke konstateres brudd på marked 15 reguleringen alene på den bakgrunn at formuleringene i standardavtalen er annerledes enn ordlyden i markedsreguleringen.

Videre har Nkom ikke dokumentert at formuleringen i standardavtalen punkt 2.3 «*begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nettverk*» utgjør et brudd på reguleringen. Telenor vil likevel vurdere å endre formuleringen på dette punkt til:

«Tilgangskjøper kan i avtaleperioden ikke gjøre bruk av annet nett i Norge enn Telenor Norges Nett for tilsvarende bæretjenester som er omfattet av denne Avtalen på en slik måte at tilgangskjøper i forhold til Telenors egen virksomhet oppnår konkurransefortrinn i det relevante markedet».

Nkom mener også at standardavtalen går for langt hva gjelder angivelsen av «*abonnet*» i punkt 2.3, jf. også definisjonene i punkt 1.3 av «*abonnet*» og «*abonnement*». Etter Telenors oppfatning er risikoen for omgåelser av avtalen punkt 2.3 - gitt den reguleringen Nkom legger opp til - stor og vanskelig å overskue. Telenor har søkt å begrense risikoen for omgåelser ved å spesifisere typetilfeller som er omfattet av forbudet om parallelle tilgangsavtaler.

Nkom synes imidlertid også å ha misforstått standardavtalen på dette punkt. Det synes som om Nkom legger til grunn at den ansatte blir abonnent når en bedrift inngår avtale om abonnement med tilgangskjøper. Dette er ikke rett forståelse av avtalens ordlyd. Der en bedrift inngår et avtaleforhold med tilgangskjøper blir bedriften abonnent, ikke den enkelte ansatte, jf. også definisjonen i punkt 1.3. Bedriftens ansatte vil være tilknyttede bruker i abonnementet, jf. definisjonen i punkt 1.3.

Dersom en tilknyttet bruker eksempelvis ønsker å kjøpe et privatabonnement, begrenser ikke bestemmelsen i standardavtalen tilgangskjøper fra å tilby dette til brukeren. Bakgrunnen for avtalens ordlyd er å hindre omgåelser for eksempel ved at et kundeforhold splittes opp og det inngås flere abonnementsforhold for samme bedriftskunde basert på flere nett. Telenor har en legitim interesse i å hindre slik parallell bruk av tilgangsavtaler ettersom tilgangskjøper vil oppnå et relevant og signifikant konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet dersom tilgangskjøper overfor samme bedriftskunde skal kunne tilby abonnement med tilgang til ulike nett for eksempel basert på bedriftens forskjellige lokasjoner i landet.

Nkom legger også til grunn at definisjonen av «*Sluttbrukermarked*» i avtalen punkt 1.3, ikke er i samsvar med reguleringen. Etter Telenors oppfatning angir marked 15- vedtaket punkt 189 kun en forpliktelse for Telenor dersom tilbudet retter seg mot «*ulike sluttbrukermarkeder, for eksempel privat og bedrift*». Vedtaket angir ingen metode for å definere ulike sluttbrukermarkeder i denne relasjonen og i henhold til ordlyden i vedtaket er det privat og bedrift som angis som de relevante sluttbrukermarkedene. Vedtaket har heller ingen henvisning fra premiss 189 til de markedene som er definert i markedsanalysen med det formål å identifisere det relevante grossistmarkedet. Dersom det var meningen at begrepet sluttbrukermarkeder i premiss 189 skulle omfatte de samme markedene som omtales i markedsanalysen, måtte en slik vesentlig begrensning i Telenors handlefrihet klart fremgått av ordlyden og være basert på en forutgående analyse av behov for en slik omfattende begrensning.

Etter Telenors oppfatning inngår M2M, MBB og mobiltjenester i samme sluttbrukermarked og det er heller ikke grunnlag for å skille mellom bedrift og privat. I markedsanalysen har Nkom avgrenset relevante sluttbrukermarkeder med formål å identifisere det relevante grossistmarkedet. Dette er noe annet enn vurdering av om tilgangskjøper kan oppnå signifikante og relevante konkurransefortrinn nedstrøms. Uavhengig av at Nkom i markedsanalysen har konkludert med at det er fem ulike relevante sluttbrukermarkeder vil en bedrift typisk se på innkjøp av mobilkommunikasjonsløsninger samlet. En bedrift som etterspør M2M, MBB og mobiltjenester vil se på hvilken tilbyder som samlet har det beste tilbudet og dersom en tilgangskjøper kan tilby disse produktene basert på ulike nett, vil denne tilgangskjøperen oppnå et høyst relevant og signifikant konkurransefortrinn.

Marked 15-vedtaket anerkjenner at Telenor har legitim interesse i å begrense tilgangskjøpers bruk av parallelle nett dersom slik bruk innebærer at tilgangskjøper oppnår relevante og signifikante konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet. En tilgangskjøper vil etter Telenors oppfatning oppnå konkurransefortrinn dersom tilgangskjøper eksempelvis kan tilby M2M, MBB og mobil under samme merkevare til bedriftssegmentet basert på tilgang til flere nett, og dette gjelder selv om Nkom skulle mene at nevnte segmenter utgjør separate sluttbrukermarkeder.

Nkom mener videre at det er i strid med reguleringen at avtalens punkt 2.3 annet ledd som pålegger tilgangskjøper å *sikre* gjennomføring av forpliktelsene i 2.3 ved videresalg. Nkom uttaler at det er uklart hva som ligger i ordet «*sikre*» og at denne uklarheten er egnet til å undergrave tilgangskjøpers reelle mulighet til å inngå parallelle tilgangsavtaler og dermed til å «*undergrave formålet med reguleringen.*»

Avtalen punkt 2.3 åpner for at tilgangskjøper fritt kan videreselge tilgang til Telenors nett. Formålet bak kravet i punkt 2.3 om at tilgangskjøper må sikre gjennomføring av forpliktelsen ved videresalg, er at tilgangskjøper som videreselger må videreføre de lovlige begrensningene i avtalens punkt 2.3 og sikre at disse etterleves av senere salgsledd. En slik forpliktelse er vanlig i kommersielle forhold og vil på ingen måte begrense tilgangskjøpers mulighet til å inngå parallelle tilgangsavtaler. Nkoms anførsel om at en slik forpliktelse undergraver tilgangskjøpers reelle mulighet til å inngå parallelle tilgangsavtaler er for øvrig verken dokumentert eller sannsynliggjort, og praksis viser at parallelle tilgangsavtaler inngås. Forpliktelsen i punkt 2.3 innebærer kun at videreselgere skal sikre at en forpliktelse som skal ivareta Telenors legitime interesser etterleves av senere salgsledd.

Nkom pålegger videre at Telenor fjerner ordet «*etc*» fra definisjonen av SIM i punkt 1.3 eller erstatter dette ordet med et spesifisert innhold. Etter Nkoms syn kan ordet «*etc.*» fremstå som et krav om terminaleksklusivitet.

Som Telenor har opplyst i brev av 20. desember 2016, er begrepet «etc.» tatt inn fordi det nå utvikles andre og nye former for SIM og at det derfor er nødvendig å sikre at disse også omfattes av bestemmelsen. Grunnleggende avtalerett innebærer at avtaler skal tolkes etter sin ordlyd. Etter Telenors oppfatning kan det vanskelig tolkes inn i ordet «SIM» at dette omfatter den fysiske terminalen. Nkoms avtaletolkning har ikke grunnlag i alminnelige avtaletolkning og standardavtalen kan ikke forstås på den måten Nkom legger til grunn. Telenor vil til tross for dette vurdere å bruke et annet begrep enn «etc» for å gjøre det klart at også andre former for SIM omfattes av definisjonen.

Nkom mener videre at standardavtalen også på dette punkt er *«uklar på en måte som er egnet til å undergrave formålet med reguleringen»*. En slik norm følger verken av ekomloven eller marked 15 – vedtaket. Under enhver omstendighet har Nkom på ingen måte forsøkt å sannsynliggjøre eller dokumentere påstanden.

5 Standardavtalen punkt 13.1 (migrasjon)

For Telenor er det uklart hva Nkom mener i varselet punkt 3.5.2.

Slik Telenor etter beste evne forstår Nkoms varsel mener Nkom at tilgangskjøper etter å ha hatt tilgangsavtale med Telenor i 18 måneder, i ny etterfølgende avtale med Telenor skal ha rett til på ethvert tidspunkt starte migrering til ny nettoperør. Etter det Telenor forstår mener Nkom at 6 måneders migreringsperiode er akseptabel som en normal, men at perioden på 6 måneder ikke kan være absolutt. Videre forstår Telenor at Nkom mener det vil være i samsvar med reguleringen at standardavtalen punkt 2.3 (justert for dette varselet) gjelder fullt ut i hele avtaleperioden og også i migreringsfasen. Dette innebærer blant annet at Nkom mener at Telenor kan kreve at tilgangskjøper heller ikke i migreringsfasen kan ha tilgang til Telenors mobilnett og samtidig tilby parallell dekning i annet eksternt mobilnett for samme merkevare i samme sluttbrukermarked.

Etter Telenors oppfatning har Nkom verken hjemmel i M15-vedtaket eller ekomloven til å pålegge retting av disse forhold. Nkom har ikke vurdert eller dokumentert at standardavtalen på disse punktene de facto utgjør tilgangsnekt og dermed er i strid med ekomloven § 4-1. Under enhver omstendighet kan ikke rettevarslet hjemles i § 4-6, jf nærmere om dette over. Tilgangskjøper gis tilgang til Telenors nett og vilkårene i punkt 13.1 kan på ingen måte tas til inntekt for at tilgang til Telenors nett nektes eller vanskeliggjøres.

Under enhver omstendighet følger det ikke av M15-vedtaket punkt 7.1.7.2 om leveringseksklusivitet at Telenor ved fornyelse av tilgangsavtalen har plikt å innta bestemmelse om ensidig oppsigelsesrett for tilgangskjøper på ethvert tidspunkt i avtaleperioden, som vil være konsekvensen dersom tilgangskjøper kan starte utmigrering på ethvert tidspunkt i avtaleperioden.

Nkom har gått detaljert inn i begrepet leveringseksklusivitet i M15-vedtaket og etter Telenors oppfatning er det ikke mulig å tolke inn i disse premissene en slik forpliktelse som Nkom baserer sitt rettevarsel på. Etter premiss 180 i marked 15-vedtaket fremgår at *«[M]med leveringseksklusivitet sikter Nkom til krav om at tilgangskjøperen ikke skal benytte andre mobilnett enn vertsoveratørens nett for tilbud av slike tjenester som omfattes av tilgangsavtalen. Krav om leveringseksklusivitet kan være av ulikt omfang og kan stilles på blant annet konsern-, selskaps, merkevare- og SIM-nivå samt gjøres gjeldende i ulik grad overfor kjøpere av ulike typer tilgang»*.

Videre fremgår av premiss 182 at Telenor har legitim interesse i å stille visse krav om leveringseksklusivitet. Av premiss 185 fremgår: *«For å oppnå økt klarhet om reguleringens krav og dermed økt forutberegnelighet for aktørene, vil Nkom redegjøre nærmere for hvordan Nkom vurderer kravet til ikke å stille urimelige krav i tilknytning til regulert tilgang opp mot noen sentrale former for leveringseksklusivitet.»*

I de videre premisser og konklusjoner finnes det ingen spor av at dersom tilgangskjøper ikke har rett til utmigrering på ethvert tidspunkt ved fornyelse av tilgangsavtalen så utgjør dette også leveringseksklusivitet. Etter Telenors oppfatning innebærer varselet fra Nkom at Nkom nå stiller helt nye krav knyttet til tilgangskjøpers rett til å *si opp avtalen etter fornyelse*. Et slikt pålegg ville representert en tyngende begrensning på Telenors mulighet for å sikre forutsigbarhet i sine avtaler, og følgelig måtte det fremgått klart av ordlyden i markedsvedtaket dersom en slik plikt skulle vært pålagt. Dette forhold er overhodet ikke behandlet i marked 15-vedtaket. Standardavtalens system hva gjelder varighet og oppsigelsesadgang har for øvrig vært den samme siden 2013.

Nkom bruker videre det tidligere markedsvedtaket fra 2010 premiss 197 som tolkningsfaktor ved forståelsen av innholdet av forpliktelsene i markedsvedtaket av 2016. Dersom det var meningen å videreføre eventuelle forpliktelser som skulle følge av nevnte premiss 197 måtte dette fremgått klart av markedsvedtaket av 2016. Dette er ikke gjort. Det følger eksplisitt av markedsvedtaket premiss 407 at markedsvedtaket av 2010 oppheves når nytt vedtak trer i kraft:

«Nkoms vedtak av 5. august 2010 om pålegg av særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett og vedtak av 29. oktober 2010 om endring av Nkoms vedtak 5. august 2010 oppheves når nytt vedtak trer i kraft.»

Eventuelle forpliktelser som skulle følge av premiss 197 er således opphevet etter ikrafttredelsen av nytt markedsvedtak. Selv forutsatt at premiss 197 skulle anses videreført gir heller ikke tidligere premiss 197 hjemmel for å gripe inn mot vilkår i standardavtalen så lenge vilkårene ikke utgjør faktisk tilgangsnekt.

I ethvert tilfelle kan Telenor ikke se at standardavtalen punkt 13.1 utgjør et «urimelig» eller «urettferdig» avtalevilkår. Standardavtalen punkt 13.1 omhandler ikke en *innholdsmessig begrensning* av tilgangskjøpers bruk av parallelle nett, men en begrensning av avtalens varighet og angir når avtalens punkt 2.3 gjelder og ikke. Standardavtalen har en fast varighet og løper til en fast avtalt dato. Deretter må det inngås en ny avtale. Det forhold at en avtale har en fast varighet og at ny avtale må inngås dersom avtaleforholdet skal fortsette ved utløpet av avtalen, er normalt i kommersielle forhold. Det er videre vanlig at avtaler kan ha en varighet på 12-18 måneder hvor vilkårene fornyes med ny fast leveringsperiode og oppsigelsestid siste 6 måneder. Telenor kan ikke se at verken ekomloven eller M15-vedtaket kan benyttes som grunnlag for å pålegge retting av standardavtalens varighet med mindre dette de facto innebærer en tilgangsnekt, noe det klart ikke er.

Telenor kan videre ikke se at oppsigelse og bytte av nettleverandør skal være særlig annerledes enn bytte av leverandører for andre innsatsfaktorer. På samme måte må dette planlegges og tilrettelegges for i god tid. Det at tilgangsavtalens varighet ikke er lengre enn 18 måneder og at tilgangskjøper ikke er bundet til å kjøpe fra Telenor i mer enn 12 måneder av gangen, innebærer at tilgangskjøper får betydelig mer fleksibilitet enn i andre leveringsavtaler hvor avtalen har lengre varighet og kunden dermed er bundet i lengre tid før det oppstår mulighet for å bytte. Tilgangsavtalen legger til rette for en fleksibilitet de siste 6 månedene hvor tilgangskjøper står fritt

til å flytte sine slutt kunder på den måten og til det tidsforløpet tilgangskjøper måtte ønske. I disse 6 månedene gjelder ikke begrensningene i avtalen punkt 2.3. Dette innebærer for eksempel at tilgangskjøper som tilbyr tjenester i bedriftssegmentet under en og samme merkevare i migreringsfasen kan ha disse bedriftskundene på ulike nett under samme merkevare.

Etter Telenors oppfatning legger tilgangsavtalen heller ingen begrensninger på tilgangskjøpers *forberedelser* til migrering. Standardavtalen legger for det første ingen begrensninger på tilgangskjøpers anledning til å forhandle med andre tilbydere om nettilgang i løpet av avtaleperioden på 12 måneder. Standardavtalen legger for det annet ingen begrensninger på tilgangskjøpers mulighet til å inngå avtale med andre tilbydere av nettilgang eller forberede prosessene rundt en migrering, herunder starte nødvendige interne og eksterne prosesser og tilrettelegge tekniske løsninger. Telenor kan for øvrig ikke forstå hvilke øvrige prosesser Nkom viser til som ikke kan gjennomføres i hele avtaleperioden. Det eneste tilgangsavtalen med Telenor hindrer er at tilgangskjøper opptrer i strid med avtalen punkt 2.3, herunder at tilgangskjøper fysisk flytter kundene sine over på annet nett.

Når det gjelder migreringsperiodens lengde har Nkom på ingen måte godtgjort at en periode på 6 måneder ikke skal være tilstrekkelig til å migrere kundene. Nkom har heller ikke godtgjort at tilgangsavtalen på dette punkt fører til at muligheten for tilgangskjøper til å bytte vertoperatør blir «svært begrenset». Etter Telenors oppfatning er dette utelukkende påstander fra Nkoms side. De faktiske forhold viser det motsatte. Samtlige tilgangskjøpere som har byttet nettleverandør fra eller til Telenors har gjennomført dette på under 6 måneder. Nkoms antagelser av mulige effekter av tilgangsavtalens varighet fremstår som konstruerte all den tid empiri viser at tilgangskjøpere faktisk bytter vertoperatør og gjennomfører disse byttene godt innenfor bestemmelsene i standardavtalen.

6 Standardavtalen punkt 5.4 (revisjon og kontroll)

Nkom har ikke vurdert eller dokumentert at standardavtalen bestemmelse om revisjon og kontroll de facto utgjør tilgangsnekt og dermed er i strid med ekomloven § 4-1. Følgelig er det ikke hjemmel for å pålegge retting.

Et av hovedelementene i Nkoms vurdering av om avtalevilkåret om revisjon og kontroll synes å være at Nkom legger til grunn at Telenor vil få innsyn i konkurrenters forretningshemmeligheter. Dette medfører ikke riktighet. Hovedpoenget med å la en uavhengig tredjemann, normalt en revisor, foreta revisjon og kontroll vil nettopp være å sikre at Telenor ikke får slikt innsyn. Det er den uavhengige tredjemannen som vil få innsynet og denne vil deretter bekrefte eller avkrefte hvorvidt tilgangskjøper har overtrådt forpliktelsen. Det er således ingen risiko for at tilgangskjøper skal måtte eksponere forretningshemmeligheter overfor Telenor.

Klausuler som innebærer at en uavhengig tredjepart foretar revisjon og kontroll av etterlevelse av visse sentrale forpliktelser i en avtale er vanlige i kommersielle kontrakter innen de fleste livsområder, også der hvor dette betyr at den uavhengige tredjemannen får innsyn i konkurransesensitive forretningshemmeligheter.

Telenor opplever på ingen måte at sluttbrukermarkedet er så transparent at Telenor skulle kunne kontrollere håndhevelsen av avtalens punkt 2.3 basert på offentlig tilgjengelig informasjon. Eksempelvis vises til bedriftsmarkedet hvor mye av den skriftlige og muntlig kundedialog ikke foregår offentlig, og heller ikke på annen måte er offentlig tilgjengelig.

Telenor har et legitimt behov for å kunne kontrollere og etterprøve at tilgangskjøper overholder forpliktelsene i avtalen. Det å benytte en uavhengig tredjemann til å kontrollere slik etterlevelse er den minst inngripende måten å gjøre dette på, og en slik måte å kontrollere på sikrer i tillegg at Telenor ikke gis innsyn i konkurransesensitiv informasjon.

Nkoms forslag om «*at Telenor på nærmere angitt vilkår skal kreve å få utlevert oversikt over hvilke nummerserier og tilbyderkoder en gitt tilgangskjøper benytter for å betjene nærmere angitte slutt kunder*», vil på ingen måte være tilstrekkelig for at Telenor skal kunne avdekke manglende overholdelse av avtalens punkt 2.3 og under enhver omstendighet må det være bedre at en uavhengig tredjemann kontrollerer denne type informasjon og annet, enn at Telenor gis slik innsyn.

Telenor kan for øvrig ikke se at Nkom har sannsynliggjort at en slik bestemmelse på noen måte kan hindre tilgangskjøpere i å inngå parallelle tilgangsavtaler. Også her synes Nkom å legge til grunn at standardavtalen «*er egnet til å undergrave formålet med reguleringen*». En slik norm følger verken av ekomloven eller marked 15 – vedtaket. Praksis viser for øvrig at bestemmelsen ikke er til hinder for at tilgangskjøper inngår parallelle tilgangsavtaler.

7 Standardavtalen punkt 9.3.1 (hevingsrett)

Nkom har ikke vurdert eller dokumentert at standardavtalens bestemmelse om hevingsrett de facto utgjør tilgangsnekt og dermed er i strid med ekomloven § 4-1. Følgelig er det ikke hjemmel for å pålegge retting.

Nkom synes å være av den oppfatning at det er urimelig at brudd på standardavtalen punkt 2.3 karakteriseres som et vesentlig mislighold som innebærer umiddelbar hevingsrett for Telenor. Et slikt vilkår er ifølge Nkom «*egnet til å undergrave reguleringens formål*» i tillegg til at det går lenger enn det som etter Nkoms syn er «*nødvendig for å ivareta Telenors legitime behov*» og er heller ikke forholdsmessig.

På den annen side hevder Nkom på side 17 at det ikke er nødvendig å ha bestemmelser om revisjon og kontroll fordi «*tilgangskjøper som benytter tilgang hos annen vertsoperatør i strid med Telenors tillatte krav om eksklusivitet løper relativt stor risiko både med hensyn til reaksjoner fra Telenor og potensielt tap av omdømme*». Dersom Telenor verken tillates å kontrollere eller håndheve brudd på bestemmelsen i punkt 2.3 slik som Nkom legger til grunn i Varselet, synes det imidlertid som om reaksjonene fra Telenor vil være meget begrenset. Telenor gis således ikke mulighet til å kontrollere eller håndheve en lovlig bestemmelse, som også reguleringen anerkjenner er begrunnet i legitime behov hos Telenor.

Det er en vesentlig forutsetning for tilgangsavtalen at punkt 2.3 ikke misligholdes. Det er alminnelig i kontraktsforhold at brudd på grunnleggende forpliktelser eller forutsetninger gir part rett til å heve. Slike klausuler er derfor vanlige i de fleste kommersielle avtaler. Brudd på vesentlige avtalevilkår vil typisk også representere vesentlig kontraktsbrudd som gir hevingsrett etter bakgrunnsretten. Etter Telenors oppfatning kan derfor ikke hevingsretten under enhver omstendighet anses som et urimelig avtalevilkår. Nkom har for øvrig ikke sannsynliggjort at klausulen kan ha slik virkning som påstås i varselet.

8 Standardavtalen punkt 6.2 og 15 (endringsadgang)

Nkom begrunner pålegget om retting av disse bestemmelsene i forpliktelsen om ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet i ekomloven 4-7 og marked 15- reguleringen.

Etter Telenors oppfatning er ikke standardavtalens endringsbestemmelser i strid med ekomloven § 4-7 eller marked 15-vedtaket.

Etter Telenors oppfatning kan bestemmelsene i standardavtalen ikke tolkes slik at de innebærer en ubetinget oppsigelsesadgang for Telenor. Bestemmelsene er inntatt for å ivareta Telenors mulighet til å endre standardavtalen på grunnlag av forhold utenfor Telenors kontroll, det vil si endringer i regulatoriske forhold slik som skatter og avgifter og endringer i ekomreguleringen eller pålegg fra offentlige myndigheter. Dette er forhold som det er vanlig i kommersielle forhold å kunne endre avtalevilkår på bakgrunn av og som også marked 15 vedtaket angir som lovlige.

Den usikkerheten Nkom hevder at kun tilgangskjøper blir utsatt for, vil på samme måte gjelde for Telenors interne virksomhet ettersom det er forhold utenfor Telenors kontroll som begrunner endring av vilkår. Slike eksterne regulatoriske endringer vil i samme grad gjelde for Telenors interne virksomhet. Slik Telenor oppfatter det mener Nkom at Telenor må påta seg all risiko knyttet til endringer i regulatoriske forhold og at tilgangskjøpere skal beholde sine vilkår selv om regulatoriske rammer endrer seg.

Telenors legitime behov for endringsrett har også støtte i Samferdselsdepartementets avgjørelse om ikke å gi utsatt iverksettelse av 14. september 2016 side 5, hvor det fremgår:

«Telenor viser videre til at et forbud mot forhandlings- og leveringseksklusivitet vil være vanskelig å reversere for tilgangskjøperne dersom tilgangskjøperne får tegne tilgangsavtale med flere nettverkstilbydere samtidig, og at Telenor senere fjerner denne mulighet som følge av at selskapet får medhold i klagesaken. Departementet mener at dersom tilbydere inngår avtaler med andre enn Telenor i en mellomperiode inntil klagesaken er ferdig behandlet, så vil risikoen for en eventuell etterfølgende endring måtet bæres av tilbyder som inngår slik avtale. Eventuelle utfordringer som ville kunne oppstå dersom det senere skulle vise seg at Telenor skulle få helt eller delvis medhold i klagen og Telenor gjeninnfører eksklusivitetsklausuler, antas imidlertid å kunne løses kommersielt mellom de berørte partene.» [vår utheving]

Som det fremgår legger departementet til grunn at tilgangskjøper må være forberedt på endringer i tilbudet som følge av klagebehandlingen. Departementet forutsetter også at Telenor skal kunne gjeninnføre eksklusivitetsklausuler dersom det gis medhold i klagen. Det forutsettes av departementet at dette løses kommersielt, hvilket nettopp vil bety at avtalen må ha en endringsadgang for disse forhold.

Telenor har uansett funnet grunnlag for å forenkle ordlyden bestemmelsen i standardavtalen punkt 6.2 og 15 og vurderer følgende endringer:

«6.2 Endringer som følge av offentligrettslige krav

For det tilfellet at hele eller deler av Avtalen skulle være, eller blir i strid med gjeldende lov, forskrift, vedtak eller andre former for offentligrettslig regulering, har Telenor Norge, med rimelig frist, eller slik kortere frist som følger av den offentligrettslige reguleringen, rett til å gjøre slike endringer i Avtalen som er nødvendige for at Telenor Norge skal oppfylle sine regulatoriske

forpliktelser. Endringene skal så nært som mulig fremme samme formål som opprinnelige bestemmelser. Dersom endringene vesentlig endrer forutsetningene for Avtalen har Partene rett til å si opp Avtalen med seks (6) måneders skriftlig varsel.

Dersom Avtalen sies opp i henhold til dette punkt 6.2, skal hver av Partene bære egne tap og omkostninger forbundet med dette. Ingen av Partene kan fremme krav mot den annen Part som følge av oppsigelse etter denne bestemmelse, men slik at Partene er ansvarlige for forpliktelser som iht. Avtalen påløper frem til avslutningstidspunktet.

Når lov- og/eller myndighetsbestemte krav, pålegg e.l. i sin form eller innhold er rettet mot og/eller omfatter både Tilgangskjøperen og Telenor Norge, skal Tilgangskjøperen dekke sin forholdsmessige andel av de kostnadene som eventuelt påløper ved implementering av slike krav, pålegg e.l.»

«15. Endringer

15.1 Endringer i prisene

Telenor Norge kan med to (2) måneders skriftlig varsel endre prisene i Avtalen som følge av endringer i Telenors kostnader, slik som endringer i skatter og avgifter og andre regulatoriske forhold.

15.2 Endringer i vilkårene

Telenor Norge kan gjøre endringer i vilkårene som følge av at

a) Forutsetningene for Avtalen endres grunnet forhold utenfor Telenor Norges rimelige kontroll. Endringene skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig.

b) Telenor Norge selv gjør oppdateringer i bæretjenestene, jf. punkt 2.4, herunder videreutvikling av funksjonalitet og endringer i kvalitet mv. Endringene skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig.

c) Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett av 1. juli 2016 (Marked 15-vedtaket) blir presisert, endret eller opphevet som følge av klagebehandling eller domstolsbehandling. Telenor Norges endringsrett etter denne bestemmelsen omfatter enhver endring det endrede markedsvedtaket gir grunnlag for, og omfatter også rett for Telenor Norge til å si opp Avtalen.

d) Ekommyndighetene i rettevedtak med hjemmel i ekomloven gir uttrykk for en forståelse av markedsreguleringen som avviker fra det Telenor Norge har lagt til grunn ved inngåelse av denne Avtale. Endringsrett etter dette punkt omfatter også rett til oppsigelse.»

9 Standardavtalen punkt 15 (varslingsfrist)

Nkom mener at fristen for varsling av endringer på 2 måneder er i strid med ekomloven § 4-7 og marked 15-reguleringen. Telenor bestrider dette.

Nkom har i marked15- vedtaket eksplisitt vedtatt en forlengelse av fristen i ekomloven § 2-4 og fastsatt denne til 2 måneder. Telenor har inntatt denne forpliktelsen i standardavtalen. Dersom Nkom nå mener at denne fristen er for kort må marked 15 vedtaket endres. En slik endring må følge ekomlovens bestemmelser for nye SMP-vedtak og ESA skal konsulteres.

10 Standardavtalen punkt 15 (oppsigelsesadgang for tilgangskjøper)

Nkom mener at tilgangskjøpers rett til å si opp tilgangsavtalen ved endringer er urimelig.

Som nevnt ovenfor i punkt 3 er Telenor av den oppfatning av Nkom ikke har hjemmel til generell avtalesensur basert på hva Nkom finner rimelig eller urimelig. Nkom kan imidlertid forby avtalevilkår som de facto utgjør tilgangsnekt. Det er verken dokumentert eller sannsynliggjort at punkt 15 utgjør de facto tilgangsnekt.

Telenor Norges virksomhet er regulert, og dermed utsatt for den løpende usikkerhet det innebærer at myndighetene endrer reguleringen eller gjennom sin håndhevelse fastlegger en annen forståelse av reguleringen enn det Telenor Norge har lagt til grunn ved inngåelse av tilgangsavtaler. Telenor Norge må således sikre muligheten for å kunne gjøre endringer i allerede inngåtte avtaler. Dersom tilgangskjøper som følge av dette fritt skulle kunne si opp avtalen innebærer dette at Telenor Norge bærer hele den kommersielle risiko for endringer i reguleringen eller oppfatningen av denne.

11 Pålegg om klausul om innendørsdekning

Prinsipielt anser Telenor at pålegg om utvidelser av dekning ligger utenfor rammen av tilgangsplikten i ekomloven § 4-1, da tilgangsplikten begrenser seg til eksisterende nettverk.

Som Telenor har redegjort for er det uansett ikke nødvendig å pålegge Telenor å innta dette i tilgangsavtalen ettersom Telenor frivillig har en slik ordning for tilgangskjøpere hvor tilgangskjøper likestilles med Telenors interne virksomhet.

12 Pålegg om klausul om endringsrett for tilgangskjøper

Telenor er underlagt krav om ikke-diskriminering mellom eksterne på samme tilgangsform, jf marked 15-vedtaket premiss 237 jf ekomloven § 4-7.

Telenors standardavtaler tilbys alle tilgangskjøpere, er offentlig tilgjengelig og i samsvar med kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne. Det Nkom i realiteten krever er at Telenor skal innta i standardavtalen en tolkning av rekkevidden av ikke-diskriminering, herunder i hvilke situasjoner Telenor vil være rettslig forpliktet til å tilby endringer basert på kravet til ikke-diskriminering. Etter Telenors oppfatning har Nkom ikke hjemmel til å pålegge dette etter ekomloven eller marked 15-vedtaket.

Etter Telenors oppfatning sikrer uansett standardavtalens bestemmelser om endringsrett også ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere på samme tilgangsform slik reguleringen krever.

Med vennlig hilsen
Group Legal


Kaja Wølneberg
advokat