



Telenor Norge AS
Postboks 800
1331 FORNEBU

Vår ref.:1504996-114 -
Vår dato: 12.7.2019

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: OSU, LDS, LAS

Vedtak – pålegg om retting av Telenors standardavtaler for MVNO-tilgang

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) viser til vedtak 1. juli 2016 (marked 15-vedtaket) om utpeking av Telenor ASA (Telenor) som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15), Telenors reviderte standardavtale for MVNO-tilgang lansert høsten 2016 (Telenors standardavtale/standardavtalen) og vårt brev av 29. november 2016 («Nkoms brev») vedrørende deler av avtalevilkårene i nevnte avtale. Nkom viser videre til varsel om vedtak 14. juli 2017 («varselet»), Telenors kommentarer 18. august 2017 og Samferdselsdepartementets (SD)¹ vedtak 9. mars 2018 vedrørende Telenors klage på marked 15-vedtaket (SDs klagevedtak/klagevedtaket) samt øvrig korrespondanse i saken.

Nkom gjør innledningsvis oppmerksom på at enkelte av forholdene som ble behandlet i varselet ikke er videreført i dette vedtaket.²

1. Bakgrunn

Nkom fattet 1. juli 2016 vedtak om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i marked 15. Telenor påklaget vedtaket 19. august 2016 og anførte bl.a. at marked 15-vedtaket manglet rettslig grunnlag, at vilkårene for regulering ikke var oppfylt, at det ikke var sannsynliggjort at Telenor har sterk markedsstilling, og dessuten at flere

¹ Nå Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD)

² Dette gjelder vurderingene knyttet til standardavtalens bestemmelser om revisjon, kontroll og dokumentasjon, samt vurderingen knyttet til definisjonen av SIM. Nkom presiserer at det fortsatt kan være aktuelt å følge opp disse forholdene.



av de de ilagte forpliktelsene manglet hjemmel. Nkom vurderte Telenors klage og oversendte innstilling til departementet om å fastholde vedtaket 19. oktober 2016. Departementet etterkom ikke Telenors anmodning om gi vedtaket utsatt iverksettelse.

Med grunnlag i pålagte forpliktelser oversendte Telenor reviderte standardavtaler for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang til Nkom henholdsvis 15. september og 31. oktober 2016.

Nkom oversendte sine foreløpige vurderinger av deler av standardavtalene for hhv. MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang til Telenor i brev av 29. november 2016. Når det gjaldt eksklusivitet, prisstruktur og ensidig endringsadgang, var Nkoms foreløpige oppfatning at Telenors standardavtaler var i strid med marked 15-vedtaket. Telenor ble derfor bedt om å redegjøre for sitt syn og bedt om å besvare enkelte spørsmål. Telenor ble også bedt om å besvare spørsmål knyttet til innendørsdekning og forbudet mot diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere. Telenor besvarte Nkoms brev 20. desember 2016.

Nkom oversendte de foreløpige vurderingene til tilbydere som på det tidspunktet hadde avtale med Telenor om tilgang til selskapets mobilnett, nærmere bestemt Chili Mobil AS, Get AS og TDC AS (Get TDC), Phonero AS (Phonero) og eRate AS. Phonero kommenterte Nkoms brev i svar 20. desember 2016, mens Get TDC avga sine kommentarer i brev av 4. januar 2017.

Nkom varslet 14. juli 2017 pålegg om retting av flere forhold i Telenors standardavtaler. Telenor kommenterte Nkoms varsel 18. august 2017, mens Get TDC kommenterte varselet 25. august 2017.

Departementet fattet 9. mars 2018 vedtak etter Telenors klage på marked 15-vedtaket, og fastholdt i all hovedsak Nkoms vedtak.

Telenor har med virkning fra 1. juli 2019 endret visse vilkår i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang. Tilsvarende endringer er ikke gjort i standardavtalen for MVNO-tilgang. Endringene har betydning for Nkoms vurdering av om standardavtalen er i samsvar med reguleringskrav. Dette vedtaket gjelder Telenor standardavtale for MVNO-tilgang.

2. Overordnede vurderinger – saksbehandlingsfeil, hjemmelsgrunnlag og avgrensninger

2.1 Saksbehandlingsfeil

2.1.1 Anførsler fra Telenor

Telenor har under saksbehandlingen hatt innsigelser til Nkoms fremgangsmåte og har anført at brevet med Nkoms foreløpige vurderinger av 29. november 2016 strider mot forvaltningslovens system og grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper, som krav til forsvarlig saksbehandling og kontradiksjon. Telenor har i den forbindelse fremholdt at Nkoms brev ikke var formulert som et varsel, at brevet ble gjort offentlig tilgjengelig før Telenor hadde fått anledning til å uttale seg, at brevet var konkluderende i formen og slik sett kan lede til inhabilitet, og at vurderingene i brevet var skjønnspregede og uten rettslig forankring. Etter Telenors oppfatning gikk Nkoms informasjonsinnhenting dessuten lengre enn nødvendig og omfattet forhold som falt utenfor opplysningsplikten etter ekomloven § 10-3.

I kommentarene til varselet fastholder Telenor at Nkom gjennom brevet av 29. november 2016 bryter mot forvaltningslovens system og forvaltningsrettslige prinsipper på flere punkter. Telenor viser til at Nkom i det nevnte brevet har referert til sitt brev av 3. juni 2013 hvor Nkom ga uttrykk for at flere av bestemmelsene i standardavtalene var problematiske. Brevet fra 2013 var imidlertid ikke formulert som et varsel om vedtak, og ble heller ikke fulgt opp med vedtak om retting i den gjenstående reguleringsperioden. Etter Telenors oppfatning synes Nkom derfor å mene at Telenor skulle ha innrettet seg etter Nkoms foreløpige og uforpliktende synspunkter i brevet av juni 2013. Telenor påpeker at en slik fremgangsmåte ikke vil være i overensstemmelse med forvaltningsloven, og viser blant annet til krav til utredning, begrunnelse og klagerett.

Telenor anfører videre at det var naturlig og legitimt for Telenor å gå videre med standardavtalen i 2013. Telenor viser til at Asker og Bærum tingrett i dom av desember 2012 skal ha vurdert flere av de forhold Nkom tok opp i brevet fra juni 2013, inkludert klausuler som tok sikte på beskytte dekningskonkurransen, og kom til at bestemmelsene er gyldige både under ekomloven og konkurranseloven. Når Nkom offentliggjør bastante forhåndsuttalelser som del av informasjonsinnhenting, virker det etter Telenors oppfatning konfliktskapende, ledende og legger føringer på informasjonen fra tilgangskjøpere.

Telenor oppgir avslutningsvis at de ikke har konkludert med at Nkom er inhabil, men mener fremgangsmåten under enhver omstendighet svekker tilliten til at Nkom foretar en objektiv vurdering av saken.

2.1.2 Nkoms vurderinger

Etter Nkoms vurdering er brevet av 29. november 2016 med foreløpige vurderinger verken i strid med varslingsplikten etter forvaltningsloven § 16, reglene om inhabilitet i § 6, forsvarlighetsprinsippet eller hensynet til kontradiksjon.

I varselet uttrykte Nkom blant annet følgende om bakgrunnen for brevet av 29. november 2016:

«I utgangspunktet er det etter Nkoms vurdering ikke grunn til å gå nærmere inn på Telenors anførsel på dette punktet. Nkom vil likevel vise til Telenors respons på vårt brev til Telenor 4. juni 2013. Nkom ga der uttrykk for at flere av bestemmelsene i utkastene Telenor hadde oversendt til nye standardavtaler etter vår foreløpige vurdering var problematiske. Til dette svarte Telenor i brev av 7. juni 2013 følgende:

«Telenor merker seg at PT i brevet av 4. juni kommenterer enkelte forhold [...], men konstaterer at PT ikke konkluderer at avtaleutkastene er i strid med nevnte vedtak eller reguleringen for øvrig.»».

Telenor gikk etter dette videre med avtaleutkastene overfor sine tilgangskjøpere, tilsynelatende uten å ta Nkoms uttrykte bekymring i betraktning. Nkom oppfatter at Telenor begrunnet denne fremgangsmåten med at Nkom ikke eksplisitt hadde uttrykt at vilkårene etter vår foreløpige vurdering var i strid med den dagjeldende marked 15-reguleringen. Telenor kunne imidlertid ut i fra kompleksiteten i problemstillingene Telenor hadde bedt Nkom om å vurdere og de snevre tidsrammene for vurderingen, ikke ha noen berettiget forventning om at Nkom skulle komme opp med en endelig og uttømmende vurdering av hvorvidt forslaget til standardavtale var i samsvar med reguleringens krav. På denne bakgrunn fant Nkom det hensiktsmessig å være tydeligere i våre foreløpige vurderinger av utkastene til tilgangsvilkår høsten 2016.

Når det gjelder Telenors kommentar om at Nkom synes å mene at Telenor allerede i 2013 skulle innrettet seg etter Nkoms foreløpige og uforpliktende synspunkter, er Nkom fullt innforstått med at vår foreløpige vurdering, i motsetning til et pålegg om retting, ikke har bindende virkning for Telenor. Nkom viser her til at Nkom i det aktuelle brevet fremholder at våre vurderinger:

«[...] ikke nødvendigvis skal oppfattes som tilsynets endelige vurderinger og at omfanget av vurderingene må ses i lys av den begrensede tiden tilsynet har hatt til rådighet.».

Det fremgikk således klart av svarbrevet fra juni 2013 at brevet ikke var innebar et krav om retting. At Nkom i varselet har henvist til svarbrevet, gir etter Nkoms vurdering ikke grunnlag for å oppfatte at Nkom i ettertid skal ha vurdert dette forholdet annerledes.

Nkom ser videre grunn til å henlede Telenors oppmerksomhet mot tidsforløpet frem mot brevet 4. juni 2013 og de etterfølgende vurderingene fra Nkom. Nkom mottok Telenors utkast til ny standardavtale for nasjonal gjesting 15. mai 2013 og revidert utgave av standardavtale for nasjonal gjesting og MVNO-tilgang 31. mai 2013. Nkom oppfatter at det var viktig for Telenor å kunne presentere de nye standardavtalene for tilgangskjøperne kort tid etter, nærmere bestemt innen 7. juni. Etter vår vurdering var dette et forhold som økte behovet for en forholdsvis rask respons fra Nkom. Når Nkom innenfor så vidt knappe tidsmarginer gir uttrykk for en foreløpig oppfatning om at flere forhold i standardavtalene er problematiske ut i fra den gjeldende reguleringen, mener Nkom at det er grunn til å forvente at Telenor søker å få disse forholdene avklart. Nkom kan ikke se at Telenor søkte å oppnå slik avklaring. Derimot konstaterte Telenor i brev til Nkom at Nkom ikke hadde uttrykt at utkastet til standardavtale innebar brudd på marked 15-reguleringen.

Nkom ser videre grunn til å minne om at Nkom hhv. 9. juni og 31. august 2015 varslet pålegg om retting av Telenors standardavtaler. Varslene omhandlet til dels samme forhold som Nkoms varsel av 14. juli 2017 i medhold av marked 15-vedtaket av 1. juli 2016. De to varslene ble, slik Telenor også viser til, ikke ble fulgt opp med pålegg om retting, noe som var knyttet til at Nkom fant det mer hensiktsmessig å vurdere forholdene Nkom hadde varslet pålegg om retting av, under den någjeldende marked 15-reguleringen.

Når det gjelder Telenors henvisning til dom fra Asker og Bærum tingrett fra 2012, ser Nkom innledningsvis grunn til å fremholde at dommen gjelder krav om tilbakebetaling som følge av påstått brudd på «dobbelroamingforbud» i tilgangsavtalen mellom Telenor og Network Norway AS. Det fremstår videre som noe uklart for Nkom hvilke innvendinger Telenor mener at retten «nylig hadde tatt stilling til». Vi viser til at rettens vurderinger av forbudet mot «dobbelroaming» i tilgangsavtalen med Network Norway bygger på en forutsetning om at Network Norway uten forbudet ville kunne inngå avtale om nasjonal gjesting med både Telenor og NetCom, og på den måten kunne tilby en betydelig bedre dekning enn Telenor og NetCom. Dette ville ifølge retten kunne svekke insentivene for de to til å bygge egne nett for dermed å beholde fordelene av bedre dekning så lenge som mulig. Retten tok på den bakgrunn stilling til leveringseksklusivitet i en annen sammenheng enn det Nkom har gjort, nemlig innføring av leveringseksklusivitet i samtlige av Telenors standardavtaler for tilgang til selskapets mobilnett. Nkom viser i den forbindelse også til at retten i vurderingen av klausulen om leveringseksklusivitet utgjør et misbruk i strid med konkurranseloven § 11, legger vesentlig vekt på at «dobbelroamingforbudet kun gjelder én enkelt avtale i markedet». Nkom viser også til at vi i vårt brev av 4. juni 2013 tok

opp en rekke øvrige forhold som prisstruktur, prisnivå, rabattskala og ensidig endringsadgang. Dette var ikke forhold som retten tok stilling til i den privatrettslige tvisten mellom Telenor og Network Norway. Nkom kan på denne bakgrunn ikke se at dommen Telenor henviser til, gir grunnlag for Telenors oppfatning om at det var «helt naturlig» å gå videre med å gjennomføre utkastene til standardavtaler slik de var fremlagt for Nkom.

Når det gjelder Telenors anførsel om at brevet av 29. november 2016 omfattet forhold som faller utenfor opplysningsplikten, viser Nkom til at brevet dels var et pålegg om å gi opplysninger i medhold av ekomloven § 10-3 og dels en oppfordring om avgi kommentarer til Nkoms foreløpige vurderinger. Nkom oppfatter ikke at Telenor som en stor og profesjonell aktør stod i fare for å oppfatte at Nkoms brev påla selskapet plikt til å gi opplysninger utover det ekomloven gir grunnlag for, og går ikke ytterligere inn på denne anførselen.

Nkom tar avstand fra Telenors oppfatning om at vi gjennom brevet av 29. november 2016 har uttrykt «bastante forhåndsuttalelser» som er egnet til å svekke tilliten til at myndigheten foretar en objektiv vurdering av saken. Nkom kan ikke se at det er grunnlag for å lese brevet på en slik måte og oppfatter det som uklart hva Telenor legger i at brevet skal ha svekket tilliten til at myndigheten foretar en objektiv vurdering. Brevet tok sikte på å gi en foreløpig vurdering fra Nkom og samtidig innhente nødvendig informasjon fra Telenor.

Nkom viser for øvrig til at Telenors standardvilkår i de siste årene i stadig større grad har vært ensbetydende med Telenors tilbud om regulert tilgang. Så vidt Nkom bekjent kjøper samtlige av Telenors grossistkunder i marked 15 tilgang basert på Telenors standardvilkår. Nkom viser videre til at standardavtalene har en sentral rolle for å sikre etterlevelse av pålagte forpliktelser³, og mener det er av stor betydning at det er transparens knyttet til Nkoms vurderinger av innholdet i Telenors gjeldende standardavtaler. At endringer i Telenors standardavtaler er respons på at Nkom har vedtatt ny regulering av det aktuelle markedet, ser Nkom som et forhold som øker behovet for transparens ytterligere. Nkom viser for øvrig til at tilgangskjøper og eventuelle andre interesserte i medhold av offentleglova § 3 kan be om innsyn i Nkoms dokumenter og slik få tilgang til Nkoms vurderinger, med mindre innsyn skulle være unntatt offentlighet etter andre bestemmelser.

Nkom konkluderer med at Telenors anførsel ikke fører frem og viser avslutningsvis til at Telenor under saksbehandlingen har hatt adgang og oppfordring til å redegjøre for innholdet i sine standardvilkår og til å belyse sakens faktiske og rettslige sider.

³ Jf. bl.a. marked 15-vedtaket kapittel 7.3 og 8.3.

2.2 Hjemmelsgrunnlag og bevisbyrde

2.2.1 Anførsler fra Telenor

Telenor har i kommentarene til varselet anført at marked 15-vedtaket ikke gir hjemmel for det varslede pålegget om retting.

Telenor viser først til at varselet er knyttet til at marked 15-vedtaket angir at vilkårene i Telenors standardavtale skal være «rimelige» og «rettferdige», men at disse forpliktelsene ikke har hjemmel i ekomloven. Telenor viser videre til at Nkoms kompetanse etter ekomloven § 4-6 er begrenset til å stille krav om at tilbyder med sterk markedsstilling skal gi informasjon om vilkår for tilgang og på hvilken måte informasjonen skal gjøres tilgjengelig. Nkom har etter Telenors syn således ikke kompetanse til å stille krav til innholdet i standardavtalen til tilbyder med sterk markedsstilling. Etter Telenors oppfatning følger en slik forståelse av Nkoms kompetansegrunnlag klart av tilgangsdirektivet artikkel 9 nr. 2. Telenor viser videre til at denne forståelsen også er lagt til grunn av professor dr. juris Erling Hjelmeng i en rapport han har utarbeidet på oppdrag fra Telenor.

Telenor anfører videre at heller ikke ekomloven § 4-1 gir grunnlag for det varslede pålegget om retting og fremholder at Erling Hjelmeng i nevnte rapport har gitt uttrykk for at ekomloven § 4-1 kun gir Nkom kompetanse til å regulere innholdet i tilgangsavtalene dersom vilkårene de facto innebærer en tilgangsnekt. Dette synspunktet trekker Telenor gjennomgående frem i relasjon til flere av avtalevilkårene som omfattes av varselet, herunder eksklusivitet og varighet, migrasjon, revisjon og kontroll, hevingsrett, og oppsigelsesadgang for tilgangskjøper.

Telenor fremholder videre at reguleringsystematikken i ekomloven og EU-direktivene vil bli undergravet dersom Nkom skulle kunne sensurere ethvert avtalevilkår uten å dokumentere at vilkåret utgjør tilgangsnekt. En slik generell hjemmel til å fastsette innholdet i ethvert avtalevilkår vil ifølge Telenor, dessuten gjøre at de øvrige bestemmelsene i ekomloven kapittel 4 langt på vei blir overflødige.

Konsekvensen av den forståelsen Nkom legger til grunn om eget kompetansegrunnlag, er ifølge Telenor at Nkom søker å ilegge Telenor nye forpliktelser som innebærer en strengere tilgangsregulering ved at Nkom sensurerer avtalevilkår selv om vilkårene ikke innebærer tilgangsnekt, ulovlig diskriminering eller bryter med prisregulering. Telenor fremholder videre at Nkom ikke har vist til noen terskel, rettslig standard eller metode som skal ligge til grunn for en slik hjemmel til å sensurere avtalevilkår. Nkom har heller ikke foretatt noen reelle vurderinger av virkningene på konkurransen eller vist til rettspraksis eller rettskilder som underbygger sin rettsforståelse. Med Nkoms tilnærming synes det etter Telenors oppfatning dermed ikke å være noen grense for hvilke avtalevilkår Nkom kan regulere eller gripe inn mot.

Telenor fremholder endelig at varselet om retting innebærer nye forpliktelser på Telenor og viser til at varselet dermed innebærer en endring av det underliggende SMP-vedtaket. Telenor påpeker at endringen må gjøres i samsvar med ekomlovens krav, herunder krav om notifikasjon av nytt SMP-vedtak til ESA.

Når det gjelder bevisbyrde, oppgir Telenor flere steder i kommentarene til varselet til at Nkom ikke har sannsynliggjort, godtgjort eller dokumentert sine vurderinger. Telenor har i den forbindelse også vist til Nkoms uttalelser i varselet om at standardavtalen er «*uklar på en måte som er egnet til å undergrave formålet med reguleringen*» og fremholdt at denne vurderingsnormen hverken følger av ekomloven eller marked 15-vedtaket.

2.2.2 Nkoms vurderinger

Nkom er uenig med Telenor i at det varslede pålegget om retting ikke har hjemmel i ekomloven.

Når det gjelder anførselen om Nkom ikke kan stille krav om at Telenor skal imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang med rimelige og rettferdige vilkår, viser Nkom til departementets klagevedtak kapittel 6.4.4.1. Departementet gir der uttrykk for følgende:

«Adgangen til å pålegge endring av tilgangsvilkår må sees opp mot det særskilte formålet som tilgangsreguleringen har, herunder at pliktene som pålegges skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd. Dette innebærer at myndigheten kan pålegge Telenor tilgangsforpliktelser som innebærer at urimelige vilkår som hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse må fjernes eller endres. Myndighetens adgang til å påvirke kontraktsforholdet på denne måten, er et viktig verktøy for å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse.»

Og videre:

«[...] 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»⁴ for å gjøre tilgangsplikten tilstrekkelig effektiv.»

Telenors merknader til Nkoms varsel sammenfaller på dette punktet i stor grad med argumenter Telenor anførte i klagen på marked 15-vedtaket. Nkom anser at Telenors anførsler på dette punktet må anses som avgjort gjennom departementets klagevedtak.

⁴ Departementet kom i klagevedtaket til at kravet Nkom hadde stilt om at vilkår også skal være «rettferdige» i praksis ikke vil gi noe mer enn kravet om «rimelige vilkår» og fjernet kravet om at vilkårene skal være rettferdige.

Nkom viser også til departementets klagevedtak kapittel 6.4.4.1 hva gjelder Telenors anførsel om at ekomloven § 4-6 og § 4-1 ikke gir hjemmel til å regulere/pålegge endring av innholdet i Telenors avtalevilkår. Departementet trekker her frem at ordlyden i § 4-1 eksplisitt åpner for at myndigheten kan pålegge SMP-tilbyder å endre avtale og at det i dette ligger en forutsetning om at myndigheten kan pålegge Telenor å endre vilkår i tilgangsavtalen. Nkom viser videre til at departementet også trekker frem følgende:

«[...] Dersom myndigheten ikke skulle kunne pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å fjerne eller endre urimelige avtalevilkår, ville tilgangsplikten i praksis blitt lite effektiv. Ut i fra en "fra det mer til det mindre"-betraktning har myndigheten også anledning til på forhånd å gi visse føringer for tilgangsvilkårene før en avtale inngås.»

Når det gjelder Telenors anførsel knyttet til rimelighetssensur, viser Nkom til at departementet også har avgjort dette i ovennevnte kapittel av klagevedtaket:

«Til Telenors anførsel om rimelighetssensur, bemerker departementet at det er klart at Nkom innenfor de rammer som er trukket opp gjennom reguleringen skal kunne vurdere om Telenor har overholdt plikten til å imøtekomme rimelige anmodninger om å inngå eller endre avtale om tilgang med rimelige vilkår. Dersom forpliktelsen ikke er overholdt vil Nkom om nødvendig kunne pålegge retting.»

For øvrig viser vi til departementets klagevedtak kapittel 9. Det fremgår der at departementet med hjemmel i ekomloven §§ 4-6 jf. 4-1 presiser at vilkårene i Telenors standardavtaler skal være rimelige.

Avslutningsvis viser Nkom også til Borgarting lagmannsretts dom avsagt 12. desember 2018 i sak mellom Telenor Norge AS og Telia Norge AS⁵. Lagmannsretten slutter seg der (side 22 flg.) til Samferdselsdepartementets vurderinger vedrørende rekkevidden av hjemmelsgrunlaget i ekomloven § 4-1 om tilgang. Retten konkluderer med at tilgangsbestemmelsen tolket i lys av tilgangsdirektivet artikkel 12 gir tilstrekkelig hjemmel til å pålegge forpliktelser som gjelder *innholdet* av avtalevilkår om tilgang til mobilnett. Retten har dermed samme fortolkning av hjemmelsgrunlaget som Nkom og departementet.

Nkom er for øvrig uenig med Telenor i at et pålegg om retting i tråd med varselet vil innebære en endring av reguleringen som forutsetter forutgående notifisering til ESA av nytt SMP-vedtak. At Nkom etter en konkret vurdering finner at Telenors standardavtaler ikke er i samsvar med kravene Telenor er pålagt i marked 15-vedtaket, og dermed varsler retting, innebærer ikke en

⁵ Saksnr. 17-072236ASD-BORG/01

endring av den underliggende reguleringen. Nkom viser her også til det siterte avsnittet ovenfor hvor departementet tar stilling til Telenors anførsel knyttet til rimelighetssensur.

Når det gjelder Telenors anførsel knyttet til at Nkom i varselet har vist til at bestemmelser i standardavtalen er uklare på en måte som er egnet til å «undergrave formålet med reguleringen», viser Nkom først til at det følger av marked 15-vedtaket at transparensforpliktelser spiller en viktig rolle for å sikre etterlevelse av andre pålagte forpliktelser som tilgangsplikt og ikke-diskriminering. Nkom viser videre til at marked 15-vedtaket uttrykker at Nkom i medhold av ekomloven § 4-6 første ledd, jf. fjerde ledd, kan presisere vilkårene i standardavtalen slik at standardavtalen ikke omfatter vilkår som er urimelige eller har et innhold som er egnet til å motvirke formålet bak reguleringen, jf. vedtakets punkt 254. Etter Nkoms vurdering er det ikke tvilsomt at et uklart innhold i standardavtalene er egnet til å skape usikkerhet om tilgangskjøpers rettigheter, eller at slik usikkerhet er egnet til å motvirke formålet med reguleringen. Som det allerede følger av marked 15-vedtaket, finner Nkom det heller ikke tvilsomt at ekomloven § 4-6 gir kompetanse til å pålegge Telenor å fjerne slike uklarheter for dermed å fremme formålet med reguleringen. Viktigheten av klarhet rundt vilkårene i standardavtalen til en tilbyder med sterk markedsstilling, er et forhold som også er fremholdt av ERG i deres virkemiddeldokument⁶.

Telenor gjentar flere ganger i kommentarene til varselet at Nkom ikke har sannsynliggjort, dokumentert eller godtgjort vurderingene som varselet bygger på. Anførselen er fremsatt som en påstand, og det fremstår uklart hva Telenor her mener å anføre utover å klargjøre at selskapet er uenig i Nkoms vurderinger.

Nkom viser først til at forpliktelsene Telenor er pålagt i marked 15-vedtaket er fastsatt ut i fra en fremadskuende vurdering av hvilke plikter som er forholdsmessige for å avhjelpe de faktiske og potensielle konkurranseproblemene i markedet, og derigjennom understøtte målet om bærekraftig konkurranse. En slik vurdering vil også måtte ta innover seg aktørenes insentiver. Betegnelser som «godtgjøre» og «dokumentere» blir etter Nkoms vurdering lite treffende i en slik sammenheng. Nkom viser videre til at Telenor gjennom to runder er gitt vid anledning til å kommentere og opplyse sakens ulike sider og kan ikke se at utredningsplikten Nkom har som forvaltningsorgan ikke skulle være oppfylt.

Nkom viser i denne sammenheng også til fortolkningsdom C-28/15 fra EU-domstolen. Et av spørsmålene som ble forelagt domstolen, var hvorvidt den nasjonale domstolen kunne kreve at

⁶ Se «Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework» (2006) side 88 og 94.

ekommyndigheten skulle «godtgøre» at en «forpligtelse faktisk virkeliggjør de i rammedirektivets artikkel 8 fastsatte målsætninger». Til dette uttrykte domstolen:

«58

De takstforpligtelser, som de nationale tilsynsmyndigheder kan indføre, herunder takstforpligtelser som de i hovedsagen omhandlede, skal således have til formål at bidrage til virkeliggørelsen af de i rammedirektivets artikkel 8 opstillede målsætninger. Som generaladvokaten har anført i punkt 96 og 97 i sit forslag til afgørelse, kan det derimod ikke kræves, at en national tilsynsmyndighed godtgør, at disse forpligtelser rent faktisk opfylder disse målsætninger.

59

Den omstændighed, at en sådan bevisbyrde pålægges en national tilsynsmyndighed, ville nemlig se bort fra, at vedtagelsen af regulerede forpligtelser er baseret på en fremtidsanalyse baseret på markedsudviklingen, der som reference ved afhjælpning af de konstaterede konkurrenceproblemer anvender en effektiv operatørs adfærd og/eller omkostninger. Hvad angår de fremtidige foranstaltninger er beviset for, at de effektivt virkeliggjør de i rammedirektivets artikkel 8 opstillede mål, umuligt og uforholdsmæssigt vanskelig at føre.»

Dommen omhandler hvilken bevisbyrde som gjelder for at de særlige forpliktelsene rent faktisk bidrar til å oppfylle de formål reguleringen etter rammedirektivet skal bidra til. Telenors anførsel synes å gjelde hvilken bevisbyrde Nkom er underlagt i tilknytning til håndhevingen av allerede pålagte plikter. Problemstillingen dommen tar stilling til er således ikke identisk med den Telenor anfører. Nkom anser at dommen likefullt er relevant for den vurderingen Nkom her skal gjøre.

På bakgrunn av ovennevnte fastholder Nkom vurderingene og konklusjonen i varselet med de justeringer SDs klagevedtak gir grunnlag for.

2.3 Nærmere om hvilke forhold som omfattes av dette vedtaket

2.3.1 Anførsler fra Telenor

Telenor gir innledningsvis i kommentarene til varselet uttrykk for at de forstår varselet slik at det omfatter alle forhold i standardavtalene som Nkom måtte mene er i strid med marked 15-reguleringen, med unntak av prisstrukturen. Hvorvidt Nkom mener prisstrukturen er i henhold til reguleringen, er etter Telenors oppfatning uklart. Dette er etter Telenors oppfatning meget uheldig og skaper stor grad av uforutsigbarhet.

2.3.2 Nkoms vurderinger

Nkom presiserer at varselet og vedtaket kun tar stilling til de delene av Telenors standardavtale som vurderes i disse to dokumentene. Nkoms varsel og vedtak skal dermed ikke sees som en implisitt godkjenning av forhold som ikke er omtalt. Med bakgrunn i at Nkom har varslet ny regulering av dette marked, anser Nkom det likevel som mest hensiktsmessig at eventuelle vurderinger av andre forhold i Telenors standardavtaler blir gjort i tilknytning til den nye reguleringen. Nkom viser her til nasjonal høring datert 4. juni 2019.

3. Forbud mot eksklusivitet

3.1 Rettslig grunnlag

Nkom har i marked 15-vedtaket, med hjemmel i ekomloven § 4-6, jf. § 4-1, begrenset Telenors adgang til å innta bestemmelser om forhandlingseksklusivitet og leveringseksklusivitet i standardavtalene, jf. kapittel 7.3.3.2, jf. 7.1.7.2.

Leveringseksklusivitet er i marked 15-vedtaket beskrevet som begrensninger tilbyderen med sterk markedsstilling oppstiller i tilgangskjøperens rett til å ha parallelle tilgangsavtaler med ulike vertsoperatører. Det følger av marked 15-vedtaket punkt 262 at krav om leveringseksklusivitet som går ut over hva som er nødvendig for å ivareta Telenors legitime interesser, er å anse som urimelige avtalevilkår og at Telenor ikke har anledning til å stille slike krav i selskapets standardavtaler. Vurderingen av hvilke vilkår Telenor kan innta om leveringseksklusivitet i standardavtalene, fremgår av marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.2, jf. punkt 263.

Departementet har i klagevedtaket kapittel 6.4.4.2.3, jf. kapittel 9 presisert deler av krav om leveringseksklusivitet. Departementets presiseringer innebærer at Telenor «skal tilby tilgang uten bestemmelser om leveringseksklusivitet. Forbudet omfatter ikke leveringseksklusivitet på SIM-nivå, tilbud om dekning i flere mobilnett i samme abonnementsforhold, samt at tilgang til Telenors mobilnett ikke kan tilbys sammen med dekning i annet eksternt mobilnett i samme sluttbrukermarked, jf. ekomloven §§ 4-1, jf. § 3-4.».

Når det gjelder vurderingstemaet «Telenors legitime interesser», innebærer klagevedtaket at terskelen «signifikant» oppheves. Klagevedtaket innebærer at Telenor anses for å ha en legitim interesse i at tilgangskjøper ikke skal kunne benytte regulert tilgang til Telenors mobilnett og samtidig tilgang hos annen vertsoperatør til å oppnå konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet.

3.2 Telenors implementering i standardavtalen

Reguleringen av leveringseksklusivitet i Telenors standardavtale følger av avtalens punkt 2.3.

Standardavtalen punkt 2.3 første og annet ledd lyder slik:

«Tilgangskjøperen kan [...] ikke gjøre bruk av annet nett [...] for tilsvarende bærertjenester [...] på en slik måte at det begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nettverk. Herunder kan Tilgangskjøper ikke gjøre bruk av annet nett enn Telenor Norges Nett for tilbud knyttet til:

- a) samme SIM*
- b) samme Abonnement eller Abonnent*
- c) samme Merkevarer, med unntak av tilbud under samme Merkevarer som er rettet mot ulike Sluttbrukermarkeder»*

Denne begrensning gjelder også Tilgangskjøpers Konsernselskap, og eventuelle MVNOer og/eller Tjenesteleverandører som Tilgangskjøperen eventuelt måtte videregjelpe til, samt eventuelle Konsernselskap av MVNOer og/eller Tjenesteleverandører som Tilgangskjøperen måtte videregjelpe tilgang til, jf. pkt. 2.2. Tilgangskjøperen skal sikre gjennomføringen av denne forpliktelsen.»

Telenor har definert SIM, abonnement, abonnent, konsernselskap og sluttbrukermarked i punkt 1.3 slik:

- Abonnent: Enhver fysisk eller juridisk person som har inngått Abonnement.*
- Abonnement: Avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste for eget bruk, herunder for tilknyttede brukere.*
- Konsernselskap: Ethvert selskap eller annen juridisk enhet som direkte eller indirekte kontrollerer, er kontrollert av eller under felles kontroll med en av Partene. Med "kontroll" menes eierskap til 50 % eller mer av aksjene eller annen form for eierandel i et selskap og/eller avtale som gir rett til å stemme for 50 % eller mer av stemmene i selskapets organer eller til å velge eller avsette et flertall av medlemmene i et selskaps styre.*
- SIM: Subscriber Identity Module, herunder eSIM, soft SIM, fysiske SIM etc..*
- Sluttbrukermarked: Enten bedriftssegmentet for mobiltjenester, herunder M2M-tjenester, eller privatsegmentet for mobiltjenester.*

Standardavtalens punkt 9.3.1 fastsetter at:

«Hver av Partene kan skriftlig heve Avtalen, helt eller delvis, med umiddelbar virkning dersom den annen Part vesentlig har misligholdt sine forpliktelser etter Avtalen. Som vesentlig mislighold anses bl.a.: [...]

c) at Tilgangskjøper opptrer i strid med pkt. 2.3. [...]

Avtalens bestemmelser om mislighold begrenser ikke Telenor Norges rett til å innføre bruksbegrensninger etter Ekomloven.»

3.3 Anførsler fra Telenor

Telenor ble i Nkoms brev 29. november 2016 bedt om å redegjøre for hvilke legitime behov selskapet mener å ha som tilsier eksklusivitet på abonnentnivå. Telenor ble videre bedt om å redegjøre for hvilke muligheter selskapet mener tilgangskjøpere uten slike eksklusivetskrav vil ha til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn. Telenor oppga i sitt svar at standardavtalen på dette punktet er utformet for å beskytte dekningskonkurransen mellom mobilnett.

I kommentarer til Nkoms varsel 18. august 2017 anfører Telenor i hovedsak at det ikke kan konstateres brudd på reguleringen alene med bakgrunn i at standardavtalens formuleringer er annerledes («begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nettverk») enn ordlyden i markedsreguleringen. Nkom har heller ikke dokumentert at formuleringen utgjør et brudd på reguleringen.

Telenor trekker videre frem at utformingen av standardavtalens bestemmelser om abonnent og abonnement er gjort for å begrense risiko for omgåelser av eksklusivetsbestemmelsene i avtalen, for eksempel ved oppsplitting av kundeforhold slik at samme bedriftskunde inngår flere abonnementsavtaler basert på ulik nettilgang. Telenor anfører også at Nkom tilsynelatende har misforstått deler av innholdet i avtalen.

Telenor anfører også at dersom definisjonen i markedsanalysen av sluttbrukermarkeder også skulle få betydning for definisjonen av regulerte sluttbrukermarkeder i premiss 189 i vedtaket, så måtte en slik vesentlig begrensning fremgått klart av ordlyden i vedtaket og være basert på forutgående analyse. Etter Telenors oppfatning inngår M2M, mobilt bredbånd og mobiltjenester i samme sluttbrukermarked, mens det er grunnlag for å skille mellom hhv. privat- og bedriftsmarkedet for disse tre produkttypene.

Når det gjelder forpliktelsen i standardavtalen 2.3 om at tilgangskjøper skal «sikre» at standardavtalens eksklusivetsbestemmelser videreføres ved videresalg, viser Telenor til at dette kun innebærer at videreselgere skal sikre at forpliktelse som skal ivareta Telenors legitime interesse etterleves av senere salgsledd.

Telenor opplyser i kommentarene til varselet at selskapet vurderer å endre ordlyden på enkelte steder i bestemmelser som omhandler eksklusivitet. Dette gjelder nærmere bestemt bruken av

begrepet «etc.» i definisjonen av «SIM» i punkt 1.3, samt deler av punkt 2.3 Begrensninger i rett til bruk av annet nett.

Nkom vil utdype Telenors ulike anførsler i forbindelse med våre vurderinger nedenfor.

3.4 Nkoms vurderinger

3.4.1 Overordnet problemstilling

Marked 15-vedtaket oppstiller skranker for Telenors adgang til å stille krav om leverings- eksklusivitet og dermed for Telenors mulighet til å nekte tilgangskjøpere å ha parallell tilgangsavtale med annen vertsoperatør. Kravet er begrunnet i to forhold. Det ene er at leveringseksklusivitet begrenser muligheten for en tredje nettverksaktør til å dekke deler av tilgangskjøperes behov for tilgang, og derigjennom er egnet til å redusere muligheten for infrastrukturbasert konkurranse. Det andre er at leveringseksklusivitet er egnet til å svekke tilgangskjøperes kjøpermakt og dermed til å begrense markedsdynamikken.

Begrensningene i Telenors rett til å kreve leveringseksklusivitet innebærer at Telenor ikke kan kreve leveringseksklusivitet som rekker lenger enn marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.2, jf. 7.1.7.2, åpner for, og med de presiseringer som følger av SDs klagevedtak kapittel 6.4.4.2 jf. kapittel 9⁷.

Det overordnede kravet marked 15-reguleringen stiller på dette området, er at Telenor ikke tillates å stille krav om leveringseksklusivitet som rekker lenger enn det som er nødvendig for å ivareta selskapets legitime interesser. Legitime interesser er i reguleringen knyttet til at tilgangskjøper ikke skal kunne benytte regulert tilgang og samtidig tilgang hos en annen vertsoperatør til å oppnå konkurransefortrinn i form av bedre dekning, sammenlignet med Telenor.

Den overordnede problemstillingen blir etter dette om bestemmelsene i Telenors standardavtale er innenfor det handlingsrommet som marked 15-reguleringen tillater. Det vil i sin tur bero på om standardavtalene begrenser tilgangskjøpers rett til parallelle tilgangsavtaler i større grad enn det som er nødvendig for å ivareta legitime interesser hos Telenor. Ved vurderingen er det nødvendig å vurdere både hver bestemmelse i standardavtalene for seg opp imot de regulatoriske kravene og hvordan bestemmelsene virker i sammenheng og samlet.

⁷ For enkelthets skyld vil Nkom i det følgende stedvis omtale marked 15-vedtaket sammenholdt med SDs klagevedtak som «marked 15-reguleringen».

3.4.2 Nærmere om de enkelte bestemmelsene

Etter Nkoms vurdering er det flere elementer i Telenors standardavtale som innebærer at Telenor betinger seg leveringseksklusivitet som går lenger enn marked 15-vedtaket tillater, jf. nedenfor.

Begrepene «begrenser eller uthuler konkurransen»

Nkom viser innledningsvis til vurderingene departementet gjør i kapittel 6.4.4.2.3 og presiseringene i kapittel 9. At departementet fjerner den kvalifiserende terskelen om at konkurransefortrinnet skal være «signifikant», kan isolert sees som at krav om leveringseksklusivitet i noe større grad er tillatt. Samtidig har departementet tydelig fastslått at Telenor kun betinge seg leveringseksklusivitet i konkret angitte tilfeller, nærmere bestemt på SIM-nivå, rettet mot tilbud om dekning i flere mobilnett i samme abonnementsforhold og rettet mot at tilbud om tilgang til Telenors mobilnett ikke kan tilbys sammen med dekning i annet eksternt mobilnett i samme sluttbrukermarked.

Departementets presiseringer innebærer etter Nkoms vurdering at vurderingstemaet «begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nett» ikke kan inngå i Telenors standardavtale. At Telenors standardavtale knytter vurderingstemaet til konkurransen «mellom mobile nett» og ikke til om tilgangen til annet nett gir grunnlag for konkurransefortrinn i de relevante *sluttbrukermarkedene*, slik det gjøres i marked 15-vedtaket, bidrar etter Nkoms vurdering til å skape uklarhet rundt tilgangskjøpers rett til å ha parallelle avtaler om tilgang.

Nkom ser grunn til å påpeke at reguleringen tillater Telenor å stille krav om leverings- eksklusivitet dersom tilgangskjøper kan benytte parallell tilgang hos annen vertsoperatør til å oppnå konkurransefortrinn i *sluttbrukermarkedet*. Marked 15-vedtaket gir således ikke grunnlag for Telenor til å oppstille krav om leveringseksklusivitet av hensyn til for eksempel konkurranse i det tilhørende grossistmarkedet. Når Telenor knytter den konkurransemessige virkningen til konkurranse «mellom mobile nett», synes det uklart hvilket marked den konkurransemessige virkningen skal knyttes til. Nkom bemerker at termen Telenor bruker i sin standardavtale også kan omfatte sluttbrukermarkedet. Termen «konkurransen mellom mobile nett» gir etter sin ordlyd imidlertid også grunnlag for å knytte konkurransevirkningen til andre markeder enn sluttbrukermarkedet.

Nkom ga i varselet dessuten uttrykk for at bruken av begrepene «begrenser eller uthuler» i seg selv innebærer et usikkerhetsmoment som er egnet til å undergrave tilgangskjøpers reelle mulighet for å kjøpe tillatt parallell tilgang. Nkom viste til at det er uklart hva som ligger i «uthuler» og at det i enda større grad gjør seg gjeldende for begrepet «begrenser». Nkom mener at begrepene «uthuler eller begrenser» i seg selv er uklare størrelser. Nkom viser i den forbindelse til at begrepene ikke synes å ramme ulike forhold, men snarere å ramme ulike

grader av samme forhold. I praksis vil dermed det begrepet som rekker lengst konsumere det andre. Begrepet «begrenser» er etter Nkoms vurdering det begrepet som rekker lengst. Det er således vanskelig å se for seg en situasjon hvor konkurransen kan anses å «uthules» uten at forholdet samtidig «begrenser» konkurransen.

Telenor har anført at det ikke kan konstateres brudd på marked 15-vedtaket bare fordi ordlyden i standardavtalene avviker fra formuleringene i marked 15-vedtaket. Nkom er ikke uenig i det, men kan ikke se at anførselen er treffende for den vurderingen Nkom har gjort. Når Nkom konstaterte at standardavtalene og marked 15-vedtaket avviker på dette punktet, så ga det grunnlag for å vurdere om avviket innebar brudd på kravene i reguleringen. Når Nkom varslet pålegg om retting, så var det begrunnet i at innholdet i standardavtalen innebærer en lavere terskel for å kunne konstatere brudd på eksklusivetsbestemmelsen enn hva reguleringen åpner for. At ordlyden er avvikende, er således ikke noe som Nkom har tillagt selvstendig betydning for varselet om retting.

Nkom fastholder etter dette at vurderingstemaet som standardavtalene trekker opp på dette punktet, hensyntatt departementets klagevedtak, innebærer at tilgangskjøpers mulighet til å kjøpe parallell tilgang hos annen vertsoperatør begrenses i større grad enn reguleringen tillater.

Når det gjelder Telenors anførsel om at Nkom ikke har dokumentert at formuleringen «begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nettverk» utgjør et brudd på reguleringen, synes det noe uklart hva Telenor sikter til. Nkom viser først til at vi i varselet har vurdert den aktuelle formuleringen opp imot kravene marked 15-vedtaket stiller til Telenor. I varselet har vi videre vurdert potensielle virkninger av formuleringene for tilgangskjøpers rett til parallell tilgang hos annen vertsoperatør. Nkom viser også til at det er sentralt at standardavtalen benytter formuleringer som ikke innebærer unødvendig klarhet om plikter og rettigheter mellom Telenor og tilgangskjøper og til at den aktuelle formuleringen innebærer en terskel hvor manglende overholdelse fra tilgangskjøper gir grunnlag for alvorlige reaksjoner fra Telenor. Heller ikke i den grad Telenor har ment å anføre at Nkom ikke har oppfylt en bevisbyrde, kan vi se at anførselen kan føre frem. Nkom viser i den forbindelse til våre vurderinger under kapittel 2.2 ovenfor, inkludert tilhørende note til sak C-28/15.

Telenor oppgir at selskapet vurderer å endre den aktuelle formuleringen i standardavtalen av eget tiltak. Ordlyden Telenor vurderer å endre til er:

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

Etter Nkoms oppfatning vil en slik endring ikke være tilstrekkelig til å bringe standardavtalen i samsvar med kravene i marked 15-vedtaket, med mindre det klargjøres hva som menes med «det relevante markedet» slik at konkurransevirkningen knyttes til de aktuelle sluttbrukermarkedene.

Nkom konkluderer med at vurderingstemaene «begrenser eller uthuler konkurransen» i Telenors standardavtale innebærer at Telenor betinger seg eksklusivitet som rekker lenger enn marked 15-reguleringen tillater. Nkom pålegger Telenor å endre standardavtalene på dette punkt, jf. ekomloven § 4-6 fjerde ledd og § 10-6 første ledd, og bringe standardavtalene i samsvar med reguleringens krav.

Nærmere om visse eksempler på forbudt bruk av annet nett

Systematikken i skrankene Telenors standardavtale trekker opp for tilgangskjøpers rett til parallell tilgang hos annen vertsoperatør, er at det først oppstilles et generelt forbud basert på begrepene «begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nettverk», som deretter suppleres med sentrale, men ikke uttømmende, eksempler på forbudt bruk av annet nett enn Telenors. I varselet vurderte Nkom at flere av disse eksemplene innebærer at Telenor betinger seg mer omfattende leveringsekklusivitet enn marked 15-vedtaket åpner for. Nkom viser til våre vurderinger knyttet til standardavtalens punkt 2.3 første ledd bokstav b) om «samme Abonnement eller Abonnent» og punkt 1.3 som definerer disse begrepene.

Abonnent er i avtalens punkt 1.3 definert som «person som har inngått Abonnement», og Abonnement er definert som avtale «[...] for eget bruk, herunder for tilknyttede brukere». Uttrykket «tilknyttede brukere» inngår således direkte i definisjonen av «Abonnement» og indirekte i definisjonen av «Abonnent». Når de to definisjonene sees i sammenheng med teksten i standardavtalens punkt 2.3, kan eksemplene på forbudt bruk uttrykkes som at *tilgangskjøper ikke kan ikke gjøre bruk av annet nett enn Telenor Norges mobilnett for tilbud knyttet til samme avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste for eget bruk, herunder for tilknyttede brukere, eller for tilbud knyttet til samme fysiske eller juridiske person som har inngått avtale om tilgang som nevnt foran.*

Når det gjelder koblingen mellom det generelle forbudet mot bruk av annet nett og eksemplene i bokstav a)-c), uttrykte Nkom i varselet at selve koblingen var uklart formulert. Etter Nkoms vurdering fremsto det uklart hva som skal til for at et tilbud kan anses å være «knyttet til» i standardavtalens forstand. Uklarheten kunne etter Nkoms vurdering innebære at standardavtalens forbud mot bruk av annet nett enn Telenors er mer omfattende enn reguleringen gir grunnlag for. Etter en fornyet vurdering legger Nkom til grunn at formuleringen «tilbud knyttet til» ikke er ment å ha materiell betydning, men kun er ment å fungere som et koblingsbegrep. Nkom anser derfor at det ikke er nødvendig å vurdere ulike grader av

«tilknytning» opp imot Telenors rett til å nekte parallell tilgang hos annen vertsoperatør. Gitt denne forståelsen av begrepet, ser Nkom heller ikke grunn til å fastholde den varslede rettingen av termen «knyttet til» i standardavtalens punkt 2.3.

Når det gjelder kravet om eksklusivitet på abonnements- og abonnentnivå, uttrykte Nkom i varselet at eksklusivitetskravet knyttet til «abonment» og inkluderingen av «tilknyttede brukere» i definisjonen av «abonnement», innebærer at Telenor betinger seg leveringseksklusivitet som rekker lenger enn hva som er nødvendig av hensyn til selskapets legitime interesser. Nkom viste til at det ikke uten videre er grunnlag for å stille krav om leveringseksklusivitet som omfatter alle abonnenter som måtte være del av et gitt abonnementsforhold. Nkom ga videre uttrykk for at begrepet «tilknyttede brukere» har en svært uklar rekkevidde, og viste også til at begrepet etter sin ordlyd ikke er avgrenset til kun å gjelde bedriftsabonnement, som var det virkeområdet Nkom hadde oppfattet at begrepet var ment å ha.

Telenor har i kommentarer til varselet utdypet at begrepet «tilknyttede brukere» sikter til bedrifters ansatte, og skal hindre omgåelse av kravet om leveringseksklusivitet, for eksempel ved at et kundeforhold splittes opp og det inngås flere abonnementsforhold for samme bedriftskunde basert på flere nett. Telenor har videre gitt uttrykk for at begrepet ikke begrenser tilgangskjøpers mulighet til å selge privatabbonnement til ansatte med annen dekning enn det bedriften selv benytter. Telenor har også presisert at bedriften som inngår avtaleforhold med tilgangskjøper, er å anse som «abonment», og ikke den enkelte ansatte. Ifølge Telenor, er den enkelte ansatte derimot å anse som «tilknyttede brukere».

Nkom viser til at det er av stor betydning at standardavtalen tydelig angir hvilke plikter og rettigheter partene har. Tydelighet om rettigheter og plikter er viktig i forholdet mellom tilgangskjøper og Telenor, men også for å tydeliggjøre forholdet mellom innholdet i standardavtalen og kravene Telenor er underlagt i marked 15-reguleringen.

Overfor tilgangskjøper vil uklarheter rundt rekkevidden av avtaleklausuler, herunder krav om leveringseksklusivitet, i ytterste konsekvens kunne innebære at tilgangssøkeren ikke benytter seg av retten til å kjøpe regulert tilgang. Om uklarhet rundt innholdet i kravet til leveringseksklusivitet ikke skulle ha så inngripende virkning, er uklarheten i alle tilfelle egnet til oppnå at tilgangssøker som ønsker parallell tilgang, begrenser bruken av den parallelle tilgangen mer enn nødvendig. Som Nkom allerede har vist til, gir brudd på kravene til leveringseksklusivitet i standardavtalen grunnlag for inngripende reaksjoner. En «selvpålagt» begrensning fra tilgangskjøpers side i bruken av retten til parallell tilgang vil innebære at formålet marked 15-reguleringen søker å oppnå ved å oppstille begrensninger i Telenors rett til å kreve leveringseksklusivitet, ikke blir tilstrekkelig ivaretatt. At Telenor overfor Nkom synes å forstå

begrepet «tilknyttede brukere» til gunst for tilgangskjøper, er etter Nkoms vurdering ikke tilstrekkelig til å avhjelpe den uklarheten som følger av den valgte ordlyden.

Nkom registrer at begrepet «tilknyttede brukere» i motsetning til andre sentrale begreper som knytter seg til kravet om leveringseksklusivitet, ikke er definert. En eventuell definisjon av begrepet bør klargjøre den forståelsen av begrepet som Telenor har lagt til grunn i sine kommentarer, herunder at begrepet ikke omfatter ansatte med familiemedlemmer, som er knyttet til en abonnent, når disse opptrer i annen egenskap enn som ansatt, typisk ved kjøp av privatabonnement.

Nkom konkluderer med at inkluderingen av begrepet «tilknyttede brukere», jf. punkt 2.3 bokstav b), jf. punkt 1.3, i Telenors standardavtale, innebærer en uklarhet om rekkevidden av Telenors krav om leveringseksklusivitet. Uklarheten er egnet til å undergrave tilgangskjøpers rett til parallell tilgang hos andre vertsoperatører.

Nkom pålegger Telenor i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, jf. marked 15-vedtaket kapittel 8.3, å endre standardavtalens begrensning i tilgangskjøpers rett til bruk av annet nett, jf. punkt 2.3 bokstav b), jf. punkt 1.3, slik at det tydelig fremkommer at en eventuell inkludering av «tilknyttede brukere» ikke innebærer at Telenor betinger seg eksklusivitet som går lenger enn marked 15-vedtaket tillater, jf. presiseringene ovenfor.

Definisjon av sluttbrukermarkeder

Nkom har i punkt 189 i marked 15-vedtaket uttrykt at sluttbrukertilbud om dekning hos ulike vertsoperatører under samme merkevare, ikke er egnet til å oppnå relevante og signifikante⁸ konkurransefortrinn for tilgangskjøper dersom tilbudet retter seg mot ulike sluttbrukermarkeder. Det følger således av marked 15-vedtaket at Telenor ikke kan forby bruk av parallell tilgang hos annen vertsoperatører hvis den parallelle tilgangen brukes til å tilby tjenester i ulike sluttbrukermarkeder. I markedsanalysen i marked 15-vedtaket har Nkom definert fem ulike sluttbrukermarkeder.⁹

Standardavtalene punkt 2.3, som omhandler begrensninger i tilgangskjøpers rett til parallell tilgang hos annen vertsoperatør, unntar i bokstav c) om merkevareeksklusivitet, tilgangskjøper fra forbudet mot å bruke annet nett enn Telenors dersom tilbudet under samme merkevare er rettet mot ulike sluttbrukermarkeder. Sluttbrukermarkeder er i standardavtalen punkt 1.3 definert som henholdsvis «bedriftssegmentet for mobiltjenester, herunder M2M-tjenester, eller

⁸ SD har i klagevedtaket fjernet «relevante og signifikante». Nkom kan ikke se at dette påvirker vurderingene som er gjort nedenfor.

⁹ Jf. markedsanalysen pkt. 2.3.10, avsnitt 93 (side 19)

privatsegmentet for mobiltjenester». Telenors standardavtale skiller således kun mellom to ulike segmenter/sluttbrukermarkeder. I varselet konkluderte Nkom med at Telenor dermed betinger seg leveringseksklusivitet utover hva marked 15-vedtaket åpner for.

Telenor anfører i kommentarer til varselet at selskapets plikt på dette punktet er avgrenset til «ulike sluttbrukermarkeder» og viser til at bedrift og privat etter ordlyden i marked 15-vedtaket punkt 189, er de relevante sluttbrukermarkedene. Telenor peker videre på at marked 15-vedtaket ikke angir noen metode for å definere ulike sluttbrukermarkeder i denne relasjonen, og på at punkt 189 ikke har noen henvisning til sluttbrukermarkedene som er avgrenset i markedsanalysen. Dersom avgrensningen av sluttbrukermarkeder i markedsanalysen skulle få virkning for pliktene på Telenor, så vil det etter Telenors oppfatning innebære en stor begrensning i Telenors handlefrihet at denne måtte ha fremgått klart av ordlyden i vedtaket og vært basert på en forutgående analyse av behovet for begrensningen.

Telenor mener også at M2M, mobilt bredbånd og mobiltjenester inngår i samme sluttbrukermarked, og at det ikke er grunnlag for å skille mellom bedrift og privat. Selv om Nkom i markedsanalysen har avgrenset relevante sluttbrukermarkeder med formål å identifisere det relevante grossistmarkedet, så er dette noe annet enn vurderingen av om tilgangskjøper kan oppnå signifikante og relevante konkurransefortrinn nedstrøms. I følge Telenor vil en bedrift som etterspør M2M, mobilt bredbånd og mobiltjenester se på hvilken tilbyder som samlet sett har det beste tilbudet, og her vil en tilgangskjøper som kan tilby disse produktene basert på ulike nett, ha relevante og signifikante konkurransefortrinn.

Nkom viser til departementets klagevedtak kapittel 6.1.1 til 6.1.3 som opprettholder Nkoms avgrensning av fem separate sluttbrukermarkeder og til departementets vurdering av Telenors rett til å stille krav om leveringseksklusivitet i kapittel 6.4.4.2. Klagevedtaket avklarer etter Nkoms vurdering de forholdene Telenor her anfører. Nkom vil for ordens skyld likevel kort kommentere noen av Telenors anførsler.

Nkom viser først til at markedsanalysen er en del av marked 15-vedtaket. Det klare utgangspunktet er derfor at de avgrensninger som gjøres der gjelder vedtaket som sådan. Dersom vedtaket på noen punkter skulle fravike dette utgangspunktet, så må det komme klart frem og begrunnes. Nkom er således grunnleggende uenig i Telenors utgangspunkt når selskapet anfører at dersom «ulike sluttbrukermarkeder» i punkt 189 skulle forstås i lys av avgrensningen av relevante sluttbrukermarkeder, så må dette ha fremkommet klart av ordlyden.

Nkom viser videre til at den aktuelle ordlyden i vedtaket er: «Sluttbrukertilbud om dekning hos ulike vertoperatører under samme merkevare vil etter Nkoms vurdering imidlertid ikke være egnet til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn dersom tilbudet retter seg mot

ulike sluttbrukermarkeder, *for eksempel privat og bedrift* (vår utheving)». Ut i fra ordlyden er det ikke tvilsomt at referansene til «privat og bedrift» er *eksempler* på sluttbrukermarkeder og således ikke gir noen uttømmende oppstilling av aktuelle sluttbrukermarkeder.

Nkom kan heller ikke se at anførselen om at dersom begrepet «sluttbrukermarkeder» i punkt 189 skulle omfatte de samme sluttbrukermarkedene som Nkom har definert i markedsanalysen, så måtte dette ha vært basert på en forutgående analyse av behovet for en slik begrensning, er treffende. Begrensningene marked 15-vedtaket setter for Telenors handlefrihet til å stille krav om leveringseksklusivitet er pålagt nettopp med utgangspunkt i hvilke plikter som er forholdsmessige for å avhjelpe de aktuelle konkurranseproblemene.

Nkom viser for øvrig til at marked 15-vedtaket anerkjenner at tilgangskjøper kan oppnå et konkurransefortrinn ved å tilby dekning i flere eksterne mobilnett under samme merkevare, jf. punkt 189. For det tilfellet at telefonikoblede mobiltjenester, mobilt bredbånd og M2M skulle bli etterspurt samlet, slik Telenor gir uttrykk for, så vil Telenor ha en legitim interesse i stille krav om at tilgangskjøper ikke benytter regulert tilgang hos Telenor til å dekke denne etterspørselen gjennom et tilbud som baserer seg på tilgang i ulike mobilnett. Telenor vil således kunne innta bestemmelser om dette i standardavtalen. Telenor vil imidlertid måtte gjøre det ved å innta bestemmelser seg retter seg konkret mot dette forholdet og ikke ved at standardavtalen definerer sluttbrukermarkeder som avviker fra sluttbrukermarkedene som er definert i marked 15-vedtaket.

Nkom konkluderer med at Telenor gjennom standardavtalen punkt 2.3 bokstav c), jf. definisjonen av sluttbrukermarked i punkt 1.3, betinger seg leveringseksklusivitet som går lenger enn det marked 15-reguleringen tillater.

Nkom pålegger Telenor i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, jf. marked 15-vedtaket kapittel 8.3 med de presiseringer som fremkommer i departementets klagevedtak kapittel 9, å endre standardavtalene punkt 2.3, jf. punkt 1.3, slik at standardavtalen ikke innebærer at Telenor betinger seg eksklusivitet som går lenger enn marked 15-reguleringen tillater, jf. vurderingene ovenfor.

Tilgangskjøpers plikt til å sikre gjennomføring av eksklusivitetskrav

Etter standardavtalen punkt 2.3 annet ledd plikter tilgangskjøper å «sikre» gjennomføring av Telenors eksklusivitetskrav i punkt 2.3 første ledd overfor egne konsernselskaper, selskaper som tilgangskjøper videreselger til, samt konsernselskaper av disse.

I varselet ga Nkom uttrykk for at det er uklart hva som ligger i plikten til å «sikre» gjennomføring av eksklusivitetskravet. Nkom stilte også spørsmål ved om plikten er ment å omfatte mer enn at

tilgangskjøper som videreselger tilgang til Telenors nett til andre tilbydere, må videreføre tilsvarende eksklusivitetskrav i avtale med sine tilgangskjøpere som selskapet selv er underlagt i tilgangsavtalen med Telenor. Under henvisning til bestemmelsene om kontroll og revisjon, jf. kapittel 4 i varselet, uttrykte Nkom videre at Telenor ikke kan stille krav som innebærer at tilgangskjøper har behov for å innta bestemmelser med vid adgang til revisjon og kontroll overfor tilbydere som tilgangskjøper videreselger tilgang til basert på tilgang i Telenors nett. Nkom viste i den forbindelse til at brudd på plikten til å «sikre» gjennomføring etter punkt 2.3 annet ledd gir grunnlag for heving, jf. punkt 9.3.1 annet ledd bokstav c), og dermed en svært inngripende reaksjon. Nkom konkluderte med at kravet til å «sikre» de facto innebærer at Telenor stiller krav om eksklusivitet som rekker lenger enn selskapets legitime interesser.

Telenor viser i kommentarene til varselet blant annet til at bestemmelser om å sikre etterlevelse av forpliktelser er «vanlig i kommersielle forhold» og at plikten kun gjelder ivaretagelse av Telenors legitime interesser overfor etterfølgende salgslodd. I følge Telenor vil forpliktelsen på ingen måte begrense tilgangskjøpers mulighet til å inngå parallelle tilgangsavtaler. Nkoms synspunkt er etter Telenors oppfatning verken dokumentert eller sannsynliggjort. Telenor viser dessuten til at parallelle tilgangsavtaler inngås.

Nkom anerkjenner at Telenor kan kreve at tilgangskjøpere viderefører lovlige krav til leverings- eksklusivitet i egne tilgangsavtaler overfor andre tilbydere som det videreselges tilgang til. Nkom kan imidlertid ikke se at Telenor har legitime interesser som tilsier at selskapet kan stille krav om så vidtgående beføyelser som sikringsplikten i sin nåværende form gir grunnlag for. Det forhold at Telenor anfører at parallelle tilgangsavtaler faktisk inngås, endrer ikke Nkoms vurdering på dette punktet.

Som et eksempel for å synliggjøre den potensielle virkningen «sikringsplikten» har, kan man ta utgangspunkt i at en tilgangskjøper videreselger tilgang til flere andre tilbydere. Dersom én av tilbyderne som kjøper tilgang fra Telenors tilgangskjøper, bryter eksklusivitetsbestemmelsen, så gir standardavtalen grunnlag for å heve avtalen med Telenors egen tilgangskjøper. Konsekvensen av en slik heving vil være at de øvrige tilbyderne som kjøper tilgang hos tilbyderen som rammes direkte av hevingen, også risikerer å miste sin tilgang. Eksempelet illustrerer etter Nkoms vurdering at «plikten til å sikre» kan få en svært urimelig virkning for tredjepart. Eksempelet illustrerer videre at plikten i stor grad er egnet til å begrense muligheten for tilgangskjøper til å videreselge tilgang. Begrensningen er både knyttet til de tiltak videresalget gir Telenor grunnlag for å iverksette overfor tilgangskjøperen og at risikoen og konsekvensene av et eventuelt brudd i senere salgslodd kan bli uforholdsmessig høy.

Nkom pålegger Telenor i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, jf. marked 15-vedtaket kapittel 8.3, å endre standardavtalen slik at det fremgår hvilke plikter

tilgangskjøper har til å sikre at lovlige vilkår om leveringseksklusivitet etterleves i etterfølgende salgsledd samt hvilken prosess som vil bli fulgt ovenfor tilgangskjøper som opplever brudd slike vilkår hos etterfølgende salgsledd.

4. Migrasjon

4.1 Rettslig grunnlag

Med hjemmel i ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 4-1, har Nkom i marked 15-vedtaket kapittel 8.3, jf. 7.3.3 og kapittel 7.1.7.1, pålagt Telenor en generell plikt til at vilkår i standardavtalene skal være rimelige mv. SD har i klagevedtaket presisert at «Vilkårene i standardavtalen skal være rimelige, jf. ekomloven §§ 4-6 fjerde ledd, jf. 4-1».

Det fremgår av punkt 174 i marked 15-vedtaket at Nkom ved vurdering av om et avtalevilkår er rimelig, vil ta utgangspunkt i om det aktuelle vilkåret kan anses å være i samsvar med det som ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse og at begrensninger overfor tilgangskjøpere kan anses å være begrunnet i Telenors legitime behov, men ikke går lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og er forholdsmessig. Av samme punkt følger at det forhold at et vilkår ellers er utbredt i kommersiell praksis, vil heve terskelen for å anse at vilkåret i denne sammenheng er i strid med kravet til rimelige vilkår.

Av punkt 184 i vedtaket følger det at et eventuelt krav om leveringseksklusivitet ikke skal hindre tilgangskjøper i å migrere hele eller deler av kundemassen over til annen vertsoperatør. Det følger videre at migrasjonsfasens lengde skal være rimelig ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor egne slutt kunder.

4.2 Telenors implementering i standardavtalen

Standardavtalens regulering av tilgangskjøpers rett til å migrere til annen vertsoperatør følger av avtalens punkt 13.1 og 2.3.

Punkt 13.1 lyder:

«Denne Avtalen trer i kraft fra []. Avtalen skal løpe i 18 måneder fra [], eller dersom det er avtalt en overføringsfase, jf. pkt. 2.3, 18 måneder fra utløpet av denne, eller dersom det dreier seg om en nyetablert Tilgangskjøper, 18 måneder fra Kommersiell Lansering, hvorefter Avtalen opphører (Sluttdato).

[...]

Dersom Tilgangskjøper ikke ønsker å inngå ny avtale, har Tilgangskjøper tidligst fra seks (6) måneder før sluttdato rett til å starte overføring av Abonnenter til annet nettverk i henhold til pkt. 2.3.»

Punkt 2.3 lyder i tredje ledd:

«Bestemmelsen [om eksklusivitet i punkt 2.3 første og andre ledd – Nkom kommentar] er ikke til hinder for at Tilgangskjøperen, Tilgangskjøperens Konsernselskap eller eventuelle MVNOer og/eller Tjenesteleverandører som Tilgangskjøperen måtte videregjøre til iht. pkt. 2.2, samt eventuelle Konsernselskap av slik MVNO og/eller Tjenesteleverandør, i en overføringsfase kan gjøre bruk av annet nett enn Telenor Norges Nett alene med det formål å overføre Abonnenter til eller fra Telenor Norges Nett, jf. pkt. 13. Partene skal bli enige om den praktiske gjennomføringen av overføringsfasen og Tilgangskjøperen plikter å dekke Telenor Norges dokumenterte kostnader forbundet med dette.»

Standardavtalens punkt 9.3.1 fastsetter at:

*«Hver av Partene kan skriftlig heve Avtalen, helt eller delvis, med umiddelbar virkning dersom den annen Part vesentlig har misligholdt sine forpliktelser etter Avtalen. Som vesentlig mislighold anses bl.a.: [...]
c) at Tilgangskjøper opptrer i strid med pkt. 2.3. [...]*

Avtalens bestemmelser om mislighold begrenser ikke Telenor Norges rett til å innføre bruksbegrensninger etter Ekomloven.»

4.3 Anførsler fra Telenor

Telenor viser i kommentarene til varselet hovedsakelig til at Nkom har verken hjemmel i marked 15-vedtaket eller ekomloven til å pålegge retting av standardavtalens bestemmelser om migrasjon. Nkom har ikke vurdert eller dokumentert at standardavtalens bestemmelser utgjør de facto tilgangsnekt og dermed er i strid med ekomloven § 4-1. Et rettevarsel kan uansett ikke hjemles i ekomloven § 4-6.

Telenor gir videre uttrykk for at Nkoms vurderinger knyttet til migrasjon er uklare. Telenor oppfatter varselet eksempelvis slik at Nkom legger til grunn at eksklusivitetsbestemmelsen i standardavtalen vil gjelde fullt ut i migrasjonsperioden. Som en konsekvens vil tilgangskjøper heller ikke i den perioden kunne ha tilgang til Telenors mobilnett og samtidig tilby parallell dekning i annet eksternt mobilnett for samme merkevare i samme sluttbrukermarked.

Telenor anfører også at det ikke fremgår av marked 15-reguleringen at manglende rett til utmigrering også vil være å anse som leveringseksklusivitet. Den varslede reguleringen representerer derfor en ny og tyngende begrensning på Telenors mulighet til å sikre forutsigbarhet for sine avtaler.

Når det gjelder varselets henvisning til premiss 197 i Nkoms forrige vedtak i marked 15 fra 2010, mener Telenor at denne ikke opprettholdes. Vedtaket er opphevet, og det ikke er eksplisitt uttalt i 2016-vedtaket at vurderingene i det gamle vedtaket skulle videreføres.

Telenor viser for øvrig til at standardavtalens punkt 13.1 ikke utgjør et urimelig eller urettferdig avtalevilkår, men gjenspeiler vanlig kommersiell praksis.

I følge Telenor legger tilgangsavtalen ingen begrensninger i muligheten tilgangskjøper har til å forhandle, inngå avtale om tilgang, eller forberede migrasjon. Nkom har i varselet ikke godtgjort at en utmigreringsperiode på 6 måneder ikke er tilstrekkelig, og empiri viser at det motsatte er tilfellet.

De nærmere detaljene i Telenors ulike anførsler vil bli utdypet under Nkoms vurderinger nedenfor.

4.4 Nkoms vurderinger

4.4.1 Innledning

Når det gjelder Telenors anførsler vedrørende hjemmelsspørsmål knyttet til ekomloven § 4-1 og tilgangsnekt samt § 4-6, viser Nkom til vurderingene ovenfor i kapittel 2.2, og ser ikke grunn til å gå ytterligere inn på dette her.

Nkom vil ved vurderingen av Telenors anførsler ta utgangspunkt i to overordnede problemstillinger. Den første problemstillingen er om Nkoms varsel om retting av migrasjonsbestemmelsene innebærer ny og tyngende regulering av Telenor. Den andre problemstillingen er om standardavtalens begrensninger i tilgangskjøpers rett til å utmigrere innebærer brudd på plikten til at vilkårene i standardavtalen skal være rimelige.

4.4.2 Innebærer pålegg om retting ny og tyngende regulering av Telenor?

Telenor anfører i kommentarene 18. august 2017 at Nkom gjennom varselet stiller helt nye krav til tilgangskjøpers rett til å si opp avtalen etter fornyelse. Telenor trekker frem at marked 15-vedtaket detaljert tar for seg ulike sider ved leveringseksklusivitet, men at det ikke finnes spor av at manglende rett til utmigrering på ethvert tidspunkt av tilgangsavtalen også utgjør leveringseksklusivitet. Telenor kan heller ikke ha plikt til å innta en bestemmelse om ensidig oppsigelsesrett for tilgangskjøper på ethvert tidspunkt i avtalen, noe som vil være konsekvensen av det varslede rettevedtaket. Pålegget representerer derfor en tyngende begrensning for Telenors mulighet til å sikre forutsigbarhet for sine avtaler, og måtte etter Telenors oppfatning fremgått klart av ordlyden i marked 15-vedtaket.

Telenor fremholder videre at Nkom i varselet har vist til marked 15-vedtaket fra 2010 som tolkningsfaktor for forståelsen av innholdet i marked 15-vedtaket fra 2016. Ettersom 2010-vedtaket er opphevet, måtte det fremgått klart av 2016-vedtaket dersom Nkom mente å

videreføre enkelte av premissene fra det opphevede vedtaket. Telenor trekker også frem at standardavtalens system for varighet og oppsigelsesadgang har vært uendret siden 2013.

Nkom viser til at marked 15-vedtaket pålegger Telenor å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang med rimelige vilkår, jf. kapittel 7.1.7.1 og SDs klagevedtak kapittel 9. Tilsvarende pålegger vedtaket Telenor en generell plikt til at vilkårene i standardavtalene skal være rimelige, jf. kapittel 7.3.3 og SDs klagevedtak kapittel 9. Problemstillingen her blir om begrensningene Telenors standardavtale oppstiller for tilgangskjøpers mulighet til å utmigrere til annen vertsoperatør, er forenlig med kravene reguleringen stiller til Telenors standardavtaler.

Nkom viser først til at kravet til at vilkårene i Telenors standardavtale skal være rimelige må sees i sammenheng med kravet til at Telenor skal imøtekomme enhver rimelige anmodning om tilgang med rimelige vilkår, og videre til at en rimelig anmodning om tilgang skal kunne imøtekommes med slike vilkår som følger av standardavtalene, jf. punkt 251 i marked 15-vedtaket. At Nkom i tilknytning til tilgangsplikten har presisert skrankene for Telenors rett til å stille krav om leveringsekklusivitet, innebærer ikke at det ikke er grunnlag for å vurdere hvorvidt øvrige vilkår for tilgang er rimelige, og tilsvarende om begrensningene i retten til utmigrering er i tråd med kravet til at vilkårene i standardavtalene skal være rimelige. Det forhold at Nkom vurderer et konkret forhold opp imot en mer generell utformet plikt, gir videre ikke grunnlag for å anse at plikten er ny.

Når det gjelder Telenors forståelse av Nkoms henvisning til punkt 197 i det tidligere marked 15-vedtaket fra 2010, kan Nkom ikke se at det er grunnlag for noen oppfatning om at det tidligere markedsvedtaket er brukt til å gjeninnføre opphevede forpliktelser, slik Telenor synes å anføre. Som det fremgår av varselet, oppstilte 2010-vedtaket et eksplisitt krav om at Telenors tilgangsavtaler ikke skulle inneholde klausuler som «utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertsoperatør». I det gjeldende markedsvedtaket har Nkom stilt et mer generelt krav, nærmere bestemt at vilkårene i standardavtalene skal være rimelige. Det generelle kravet vil etter Nkoms vurdering ramme slike begrensninger som er beskrevet i nevnte punkt 197, men samtidig favne videre. Nkom bemerker forøvrig at vi ikke kan se at marked 15-reguleringen av 2016 skulle gi Telenor noen foranledning til å oppfatte at den nye reguleringen gir økt handlingsrom til å innta klausuler i selskapets standardavtaler som «utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertsoperatør». Nkom viser i den forbindelse til vårt varsel om retting av Telenors standardavtaler datert 31. august 2015, og til at Telenor har gitt uttrykk for at det gjeldende marked 15-vedtaket innebærer en innskjerping av reguleringen.

Når det gjelder Telenors anførsel om at selskapets standardavtaler vært uendret i flere år, kan Nkom ikke se at dette kan tillegges større betydning. Nkom viser til at behovet for å vurdere begrensningen i tilgangskjøpers rett til å utmigrere ble aktualisert da Telenor la frem nye standardvilkår i medhold av markedsvedtaket fra 1. juli 2016.

Nkom kan på bakgrunn av ovenstående ikke se at det er grunnlag for Telenors påstand om at varselet om pålegg om retting på dette punktet skulle innebære ny regulering av Telenor.

4.4.3 Utgjør standardavtalens bestemmelser om migrasjon urimelige avtalevilkår?

Telenors standardavtale innebærer at tilgangskjøper gis rett til å utmigrere sine kunder i den siste 6 måneders perioden av avtaleperioden på 18 måneder. Tilgangskjøper som viderefører tilgangsavtalen med Telenor, vil deretter være forhindret fra å utmigrere i nye 12 måneder. Standardavtalene innebærer således at tilgangskjøper suksessivt forhindres fra å migrere i 2/3 av avtaletiden på 18 måneder. Nkom ga i varselet uttrykk for at denne avtalekonstruksjonen var å anse som krav om suksessive 12 måneders perioder med leveringseksklusivitet.

Telenor anfører at standardavtalen punkt 13.1 ikke utgjør et «urimelig» eller «urettferdig» avtalevilkår. Etter Telenors syn innebærer avtalevilkåret ikke en innholdsmessig begrensning i tilgangskjøpers bruk av parallelle nett, men en begrensning i avtalens varighet og en angivelse av når eksklusivitetsvilkårene i punkt 2.3 gjelder. Telenor viser også til at det er vanlig at avtaler kan ha en varighet på 12-18 måneder der vilkårene fornyes med ny fast leveringsperiode og oppsigelsestid siste 6 måneder. Telenor kan ikke se at oppsigelse og bytte av nettleverandør skal være særlig annerledes enn leverandørbytter for andre innsatsfaktorer. Ifølge Telenor gir tilgangsavtalen tilgangskjøper betydelig mer fleksibilitet enn andre avtaler fordi avtaletiden bare er 18 måneder og tilgangskjøper kun er bundet til å kjøpe fra Telenor i 12 måneder om gangen.

Telenor fremholder videre at tilgangsavtalen legger opp til fleksibilitet siste 6 måneder ved at tilgangskjøper står fritt til å flytte sluttkundene til den tid tilgangskjøper måtte ønske. Telenor påpeker at begrensningene i standardavtalen punkt 2.3 ikke gjelder i denne perioden, noe som for eksempel innebærer at tilgangskjøper kan ha bedriftskunder på ulike nett under én og samme merkevare. Tilgangsavtalen legger heller ingen begrensninger i forberedelser til migrering eller forhandling og avtaleinngåelse med andre tilgangskjøpere i 12-månedersperioden. Ifølge Telenor har Nkom verken godtgjort at en periode på 6 måneder ikke er tilstrekkelig til å migrere ut kunder, eller at muligheten til å bytte vertssoperatør blir svært begrenset. Telenor viser her til at samtlige nettverksbytter fra eller til Telenors nett har vært gjennomført på under 6 måneder.

Nkom vil i det følgende ta utgangspunkt i marked 15-vedtaket punkt 255 hvor Telenor pålegges en generell plikt til at vilkårene i standardavtalene skal være rimelige, jf. punkt 173, 174 og 184.¹⁰ Den nærmere problemstillingen Nkom skal ta stilling til, blir om, og i så fall i hvilke tilfeller, Telenor har legitimt behov i å oppstille et absolutt hinder for tilgangskjøpers rett til utmigrering i

¹⁰ Ved en feil viste varselet på side 14 til punkt 262 og 263 i marked 15-vedtaket. Riktig henvisning skulle vært punkt 255.

de første 12 månedene av avtaleperioden på 18 måneder, og videre om den aktuelle begrensningen er forholdsmessig.

Nkom ga i varselet uttrykk for at Telenors legitime interesse i å oppstille hindre for tilgangskjøpers mulighet til å bytte vertsoperatør hovedsakelig er knyttet til å oppnå forutsigbarhet for eget salg av tilgang til eksterne tilgangskjøpere. Telenor har ikke kommentert direkte på denne vurderingen. Nkom oppfatter imidlertid at Telenor likevel bekrefter Nkoms vurdering, og viser til andre avsnitt på side 7 i Telenors kommentarer til varselet. Telenor gir der uttrykk for at en rett til utmigring på ethvert tidspunkt i avtaleperioden vil representere en begrensning i Telenors mulighet for å sikre forutsigbarhet for sine avtaler. Nkom fastholder vurderingen om at Telenor har en legitim interesse i ha en viss forutsigbarhet for salg av tilgang. Problemstillingen Nkom skal ta stilling til blir dermed om begrensningene standardavtalene innebærer for tilgangskjøpers rett til å utmigre, er forholdsmessig for å ivareta denne interessen.

I varselet skilte Nkom mellom fornyelse av tilgangsavtaler og førstegangs (initiell) inngåelse av tilgangsavtaler. Telenor har ikke kommentert spesielt på denne sondringen. Nkom mener det likevel er rimelig å forstå Telenor dithen at selskapet mener begrensningen i retten til å utmigre ikke er et urimelig avtalevilkår, hverken i initiale avtaler eller ved senere fornyelse av tilgangsavtalen.

Nkom konkluderte i varselet med at begrensningen i retten til utmigring første 12 måneder var å anse som et urimelig avtalevilkår overfor tilgangskjøper som har hatt tilgangsavtale med Telenor i minst de 18 månedene som standardavtalen gir anvisning på. Nkom viste blant annet til at kravet innebærer sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør, og således er egnet til å oppstille hindringer for bærekraftig konkurranse.

Telenor har vist til at avtalelengden samsvarer med andre kommersielle avtaler. Telenor har videre fremholdt at avtaletiden de facto er kortere enn i andre avtaleforhold ettersom tilgangskjøper ikke er bundet til å kjøpe fra Telenor i mer enn 12 måneder av gangen. Dette gir etter Telenors oppfatning tilgangskjøper større fleksibilitet enn i andre typer leverandøravtaler. Telenor har videre vist til at bytte av nettverksoperatør ikke er særlig annerledes enn bytte av leverandør av andre innsatsfaktorer, begge deler må planlegges og tilrettelegges for i god tid.

Nkom er enig i at en kortvarig avtale i utgangspunktet kan gi økt fleksibilitet i forhold til en mer langvarig avtale. I hvilken grad dette reelt sett gir fleksibilitet, må imidlertid også sees i lys av de konkrete markedsforholdene. Det aktuelle tilgangsmarkedet er kjennetegnet av blant annet svært høy grad av konsentrasjon på tilbudssiden og fravær av kjøpermakt. Den sterke konsentrasjonen på tilbudssiden av tilgangsmarkedet innebærer at dynamikken i markedet i utgangspunktet er begrenset. Nkom har i møte med en rekke tilgangskjøpere fått opplyst at de store vertsoperatørene har vist svært liten interesse for å tilby tilgang. Parallellen Telenor

trekker til leverandørbytte for andre innsatsfaktorer, fremstår etter Nkoms vurdering på den bakgrunn som lite treffende.

Nkom fremholdt i varselet at et bytte av vertsoperatør vil kunne foranledige omfattende og komplekse prosesser, spesielt ved større kundegrupper eller i bedriftssegmentet, og at det kan være utfordrende å tidfeste slike prosesser nøyaktig. I tillegg viste Nkom til at det vil det kunne oppstå uforutsette forhold. En tilbyder vil dessuten være mer sårbar for kundefrafall i migrasjonsfasen og i praksis ikke kunne gjennomføre migrering uten at nødvendige prosesser er gjennomført. I tillegg må det tas i betraktning at endring av dekning utløser krav om varsling av sluttkunder og behov for utstrakt dialog med større kunder. Nkom viste også til at tilgangskjøper må være klar til å starte utmigrering idet denne rettigheten inntreffer for å oppnå den lengste migreringsperioden standardavtalen gir rett til, altså 6 måneder. Nkom la etter dette til grunn at tilgangskjøper som ikke får gjennomført nødvendige prosesser innenfor de rammer standardavtalen trekker opp, vil være henvist til å inngå nye tilgangsavtale og avvente 12 måneder før retten til å utmigrere inntreffer på ny.

Telenor gir i kommentarene til varselet uttrykk for at standardavtalene ikke innebærer noen innholdsmessig begrensning i tilgangskjøpers rett til bruk av parallelle nett. Nkom legger til grunn at Telenor sikter til at begrensningene i retten til bruk av annet nett følger av standardavtalens punkt 2.3, jf. ovenfor om leveringseksklusivitet, og at Nkom i varselet har uttrykt at begrensningene i tilgangskjøpers migrasjonsrett innebærer at Telenor stiller krav om suksessive 12 måneders perioder med leveringseksklusivitet. Nkom er enig i at migrasjonsbestemmelsen ikke direkte retter seg mot tilgangskjøpers rett til å inngå parallell tilgangsavtale med annen vertsoperatør. Samtidig fastholder Nkom at utformingen av migrasjonsbestemmelsen med strengt fastlagte rammer for utmigrering og etterfølgende ny innelåsning, er egnet til å begrense tilgangskjøpers mulighet til å bytte vertsoperatør på en måte som kan sidestilles med å stille suksessive krav om leveringseksklusivitet. Nkom viser til at departementets klagevedtak gir støtte til en slik vurdering, jf. klagevedtaket side 42. Nkom kan vanskelig se at et avtalevilkår som har en slik virkning, skal kunne anses for å være forenlig med kravet om at vilkårene i Telenors standardavtale skal være rimelige.

Når det gjelder vurderingen av om migrasjonsbestemmelsen er forholdsmessig for å ivareta Telenors legitime interesser, anerkjente Nkom i varselet at migrasjonsbestemmelsen er egnet til å ivareta Telenors interesse i oppnå forutsigbarhet for salg av tilgang til eksterne tilgangskjøpere. Nkom kunne imidlertid ikke se at begrensningen av tilgangskjøpers rett til utmigrering er nødvendig, og viste til at Telenor kan oppnå slik forutsigbarhet ved å konkurrere mer intenst om å beholde og tiltrekke seg tilgangskjøpere. Nkom kan ikke se at det har fremkommet grunner til å fravike dette synspunktet. I varselet fremholdt Nkom også at Telenors interesse i forutsigbarhet for salg uansett må avveies mot den offentlige interessen i å legge til rette for økt konkurranse om å tilby tilgang for derigjennom å realisere målet om bærekraftig

konkurransen. Nkom fastholder at den offentlige interessen i å oppnå bærekraftig konkurranse er mer tungtveiende ved en slik interesseavveining. Både det forhold at begrensningene i tilgangskjøpers rett til migrering gir innelåsende effekter og dermed redusert dynamikk i grossistmarkedet, og at Telenor vil kunne ivareta sin interesse på en måte som er egnet til å styrke konkurransen i markedet, trekker etter Nkoms vurdering i retning av at migrasjonsbestemmelsen er uforholdsmessig.

Nkom fastholder på denne bakgrunn konklusjonen i varselet om at begrensningen i Telenors standardavtale i tilgangskjøpers mulighet til å utmigrere første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder, er et urimelig avtalevilkår overfor tilgangskjøper som har tilgangsavtale med Telenor som har vart minst de 18 månedene som standardavtalen gir anvisning på.

Nkom fastholder videre vurderingen i varselet om at ovennevnte interesseavveining gir større rom for å legge vekt på Telenors interesser overfor tilgangskjøpere som er i en initiell avtaleperiode. Nkom viser til at det normalt i større grad vil påløpe kostnader som følge av behov for tilpasninger og tilrettelegging ved inngåelse av initiale tilgangsavtaler enn ved fornyelse av tilgangsavtalen. I tillegg anser Nkom at tilgangskjøper som har inngått initiell tilgangsavtale, i begrenset grad skulle ønske å utmigrere i løpet av de første 12 månedene av avtaleperioden. En begrensning av tilgangskjøpers mulighet til å utmigrere i denne perioden, kan derfor normalt ikke antas å ha særlige negative virkninger for oppnåelse av målet om bærekraftig konkurranse. Nkom konkluderer med at et krav om at tilgangskjøper som er i en initiell avtaleperiode, normalt må vente 12 måneder fra avtaleinngåelse til han kan utmigrere til annen vertsoperatør, ikke er strid med at vilkårene i standardavtalene skal være rimelige.

Nkom ser grunn til å kommentere Telenors oppfatning om at varselet skal ha gitt uttrykk for at tilgangskjøper heller ikke i migrasjonsfasen kan ha tilgang til Telenors nett og samtidig tilby parallell dekning i annet eksternt mobilnett. For at retten til migrasjon skal være reell, vil det være nødvendig at tilgangskjøper i migrasjonsfasen benytter dekning i ulike nett under samme merkevare. At tilgangskjøper er i en migrasjonsfase, innebærer imidlertid ikke noen utvidet rett for tilgangskjøperen til å tilby sluttbrukertjenester med valgfri dekning. En tilbyder som migrerer sine sluttbrukere til ny vertsoperatør, vil således måtte gjøre nysalg under merkevaren som utmigreres, i medhold av den nye tilgangsavtalen. For eksisterende sluttbrukere vil tilgangskjøperen ha fleksibilitet til å bestemme når overflytting skal skje. En slik fleksibilitet vil etter Nkoms vurdering ikke gi tilgangskjøper konkurransefortrinn.

Når det gjelder *lengden av en migrasjonsperiode*, viser Nkom til at marked 15-vedtaket punkt 184 eksplisitt fastsetter at migrasjonsperioden skal være rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine sluttkunder.

Telenor har i kommentarene til varselet anført at Nkom på ingen måte har godtgjort at en periode på 6 måneder ikke skal være tilstrekkelig for å migrere kundene, eller at muligheten for

tilgangskjøper til å bytte vertsoperatør blir «svært begrenset». Etter Telenors oppfatning fremsetter Nkom utelukkende påstander, mens empiri viser at tilgangskjøpere gjennomfører vertsoperatørbyttene godt innenfor 6-måneders periodene. Telenor mener i dette lys også at Nkoms antakelser av mulige effekter av tilgangsavtalenes varighet fremstår som konstruerte.

Når det gjelder Telenors henvisning til tidligere migrasjonsprosesser knyttet til andre tilbydere, ser Nkom grunn til å fremholde at kravene i reguleringen ikke bare knytter seg til hva som er teknisk mulig, men også til kommersielle forhold. At tilbydere tidligere har migrert ut i løpet av en 6 måneders periode, innebærer ikke at det ikke i andre situasjonen kan være nødvendig med en lengre migrasjonsperiode. Nkom viser for øvrig til at Telenor høsten 2017 har akseptert forlengelse av Phonero sine avtaler om hhv. MVNO- og tjenesteleverandørtilgang, og at tekniske forhold knyttet til utmigrering av deler av kundemassen er oppgitt som begrunnelse for den forlengede tilgangsavtalen.¹¹

Ovennevnte eksempel kan indikere at Telenor nå håndhever utmigreringsbestemmelsen mer lempelig. Etter Nkoms vurdering vil det imidlertid være lite formålstjenlig dersom tilgangskjøper fra tilfelle til tilfelle skulle være avhengig av Telenors velvilje til å innrømme en utvidet rett til utmigrering. Nkom viser i den forbindelse til at andre tilgangskjøpere har fremsatt lignende ønske om lengre/mer fleksibel migrasjonstid i forbindelse med bytte av vertsoperatør, men har blitt avvist under henvisning til standardavtalens løsning.

Nkom la i varselet til grunn at hva som vil være rimelig, vil kunne variere for ulike tilgangskjøpere, og at standardavtalene må reflektere dette. Selv om 6 måneder i noen konkrete tilfeller vil kunne være tilstrekkelig, kan det i andre tilfeller ut i fra en konkret vurdering av tekniske og kommersielle forhold være nødvendig med en lengre migrasjonsperiode. Et absolutt krav om at migrering skal gjennomføres innen 6 måneder er ikke tråd med kravet markert 15-reguleringen stiller om at vilkårene i Telenors standardavtale skal være rimelige. Nkom anerkjenner imidlertid fortsatt at Telenor har en legitim interesse i å innta bestemmelser i standardavtalene om normal migrasjonsperiode, og fastholder at 6 måneders migrasjonsperiode er akseptabelt som en normal.

Nkom fastholder på denne bakgrunn synspunktene fra varselet om at Telenors standardavtale ikke kan inneholde en absolutt frist for migrering på 6 måneder og konkluderer med at dette vil være i strid med markert 15-vedtaket punkt 255, jf. punkt 184.

4.4.4 Konklusjon

Nkom konkluderer med at begrensningen i Telenors standardavtale, jf. avtalens punkt 13, i tilgangskjøpers mulighet til å utmigrere første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder er å anse som et urimelig avtalevilkår, jf. markert 15-vedtaket punkt 255, overfor tilgangskjøper som

¹¹ Brev fra Telenor til Phonero datert 21. november 2017.

har hatt tilgangsavtale med Telenor som har vart minst de 18 månedene som standardavtale gir anvisning på. Nkom pålegger i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, Telenor å endre standardavtalen slik at standardavtalene bringes i samsvar med reguleringskrav. Nkom presiserer at dette ikke gjelder ovenfor tilgangskjøper som inngår i intell tilgangsavtale. Begrensningen i Telenors standardavtale oppstiller i tilgangskjøpers rett til å utmigrere, vil derfor kunne videreføres overfor tilgangskjøpere som ikke har hatt tilgangsavtale med Telenor i 18 måneder.

Nkom konkluderer videre med at kravet i standardavtalene om at migrering må gjennomføres i løpet av 6 måneder, ikke er i tråd med marked 15-vedtaket punkt 255, jf. punkt 184. Nkom pålegger i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, Telenor å endre standardavtalen slik at standardavtalene bringes i samsvar med reguleringskrav.

5. Hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav

5.1 Rettslig grunnlag

Marked 15-vedtaket pålegger, med hjemmel i ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 4-1, Telenor en generell plikt til å sørge for at vilkårene i standardavtalene er rimelige. Innholdet iplikten er presisert gjennom en henvisning til marked 15-vedtakets kapittel 7.1.7.1. Det vises for øvrig til det rettslige grunnlaget angitt i kapittel 5.1 over.

Etter ekomloven § 2-5 sjette ledd krever gjennomføring av bruksbegrensning tillatelse fra ekommyndigheten. Unntak fra dette kravet er gitt for nødssituasjoner (annet ledd), kommunikasjonssikkerhet eller nettets integritet (tredje ledd), og ved bruksbegrensning som følge av betalingsmislighold (femte ledd).

5.2 Telenors implementering i standardavtalen

Telenor betinger seg gjennom standardavtalen punkt 9.3.1 ensidig rett til å heve avtalen «helt eller delvis» ved ethvert tilfelle hvor tilgangskjøper «opptrer i strid med pkt. 2.3» om eksklusivitet.¹² Etter standardavtalene regnes slike brudd som vesentlig mislighold.

5.3 Anførsler fra Telenor

I kommentarene til varselet anfører Telenor at Nkom ikke har dokumentert og begrunnet at bestemmelsen innebærer de facto tilgangsnekt. Telenor mener derfor at det ikke foreligger hjemmel for å pålegge retting.

Telenor trekker videre frem en tilsynelatende inkonsistens fra varselet: På den ene siden gir Nkom uttrykk for at det er urimelig at brudd på eksklusivitetsbestemmelsen i standardavtalen

¹² Bestemmelsen er gjengitt i punkt 3.2 over.

karakteriseres som vesentlig mislighold som gir umiddelbar hevingsrett for Telenor. På den annen side gir Nkom under vurderingen av revisjon og kontroll uttrykk for at plikten ikke er nødvendig fordi tilgangskjøper bl.a. løper stor risiko mht. reaksjoner fra Telenor dersom eksklusivitetskravet brytes. Etter Telenors syn innebærer varselet at Telenor gis en meget begrenset mulighet til både å kontrollere og reagere mot brudd på en lovlig bestemmelse som også reguleringen anerkjenner er begrunnet i legitime behov hos Telenor.

Etter Telenors syn er overholdelse av eksklusivitetsbestemmelsen en vesentlig forutsetning for tilgangsavtalen, og det er vanlig at brudd på grunnleggende forpliktelser eller forutsetninger gir hevingsrett, også etter bakgrunnsretten. Etter Telenors syn kan hevingsretten derfor ikke anses som et urimelig avtalevilkår, og Nkom har heller ikke sannsynliggjort at klausulen kan ha slik virkning som påstås i varselet.

5.4 Nkoms vurderinger

Når det gjelder Telenors innledende anførsler om de facto tilgangsnekt, viser Nkom til kapittel 2.2 ovenfor.

Nkom er uenig i Telenors oppfatning om at konsekvensen av varselets pålegg om retting av standardavtalensvilkår om revisjon og kontroll, sammenholdt med aktuelle begrensninger i Telenors rett til å heve tilgangssavtalen, innebærer at det ikke vil være mulig for Telenor å kontrollere og håndheve eksklusivitetskrav. Nkoms varsel er ikke innrettet mot å frata Telenor enhver mulighet for kontroll, men mot hvordan Telenor i standardavtalen har innrettet muligheten for å kontrollere at tilgangskjøpere overholder bestemmelsene om leveringseksklusivitet. Varselet er heller ikke innrettet mot å frata Telenor enhver mulighet til å innta bestemmelser om hevingsrett.

En rett for Telenor til å heve en avtale om regulert tilgang må sees i lys av at marked 15-vedtaket pålegger Telenor tilgangsplikt. En uklart formulert eller vidtrekkende adgang for Telenor til å heve avtaler om regulert tilgang, vil derfor kunne komme i konflikt med formålet med tilgangsplikten.

En rett for Telenor til umiddelbar heving av tilgangssavtalene ved ethvert brudd på eksklusivitetsbestemmelsen som følger av standardavtalen, vil også gå klart lenger enn det som er nødvendig for å ivareta Telenors legitime behov, og vil heller ikke være forholdsmessig. Nkom viser til at reguleringen nettopp legger opp til at tilgangskjøper innenfor visse rammer skal kunne ha flere tilgangssavtaler og at Nkom har funnet det nødvendig å begrense Telenors rett til å betinge seg eksklusivitet.

Nkom viser også til at heving normalt vil være en meget inngripende sanksjon overfor tilgangskjøper og vil kunne ramme en rekke tredjeparter. Dette vil for eksempel gjelde der

tilgangskjøper videreselger tilgang til andre tilgangskjøpere. Dersom Telenor hever tilgangsavtalen med bakgrunn i anført brudd på eksklusivitetsbestemmelsen hos en av de bakenforliggende tilgangskjøperne, så vil dette både ramme tilgangskjøperen som har avtalen direkte med Telenor, og dennes sluttbrukere, og eventuelle bakenforliggende tilgangskjøpere og deres sluttbrukere. Standardavtalens bestemmelser om hevingsrett ved brudd på eksklusivitetsbestemmelsen er dermed egnet til å skape uforutsigbarhet om tilgangskjøpers rett til tilgang i Telenors nett.

En umiddelbar hevingsrett for hele eller deler av tilgangsavtalen er dessuten ikke forenlig med kravet i ekomloven § 2-5 sjette ledd om forutgående samtykke fra Nkom ved gjennomføring av bruksbegrensninger. Kravet om forutgående samtykke gjelder alle tilbydere av ekomtjenester. Etter Nkoms vurdering er Telenors henvisning til bakgrunnsretten og alminnelig kontraktsrett alene på dette grunnlaget ikke relevant i denne sammenheng.

Bestemmelsen om bruksbegrensning, som er begrunnet blant annet i hensynet til konkurransen, vil ikke nå sitt formål dersom Telenor kan betinge seg hevingsrett med umiddelbar virkning for ethvert tilfelle der Telenor måtte mene at tilgangskjøper opptrer i strid med eksklusivitetsbestemmelsen. En slik adgang for Telenor vil etter Nkoms oppfatning innebære at Telenor i praksis oppnår en så stor innflytelse over tilgangspliktens rekkevidde at den er egnet til å frata tilgangskjøperen forutsigbarheten ved å kjøpe regulert tilgang.

Når det gjelder anførselen i Telenors kommentarer til varselet om at Nkom ikke har sannsynliggjort at «klausulen kan ha slik virkning som påstås i varselet», så er det uklart for Nkom hva Telenor sikter til. Nkom antar at anførselen relaterer seg til Nkoms vurdering om at klausulen er egnet til å undergrave reguleringsformål, herunder tilgangskjøpers rett til parallelle tilgangsavtaler. Etter Nkoms vurdering vil en nærliggende konsekvens av en bestemmelse om at ethvert mislighold gir hevingsrett, være at tilgangskjøperer legger inn en solid sikkerhetsmargin for å sikre seg mot påstander fra Telenor om brudd på kravet om leveringseksklusivitet. En slik «sikkerhetsmargin» vil reelt sett innebære en innskrenkning av adgangen til å ha parallelle tilgangsavtaler. Nkom fastholder derfor at klausulen vil kunne undergrave denne muligheten og slik er egnet til å undergrave reguleringsformål, jf. ovenfor.

Nkom konkluderer med at en klausul som gir Telenor rett til å heve avtale om kjøp av regulert tilgang ved enhver opptreden Telenor anse for å være i strid med eksklusivitetsbestemmelsen, er et urimelig krav, jf. marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3, jf. kapittel 7.1.7.1. En slik klausul vil videre ikke være forenlig med ekomloven § 2-5 sjette ledd. Nkom pålegger i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, Telenor å endre standardavtalen slik at standardavtalene bringes i samsvar med reguleringskrav.

6. Ubetinget og ensidig endringsadgang

6.1 Rettslig grunnlag

Nkom har i marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.1, jf. kapittel 7.2.2, stilt krav om at Telenor ikke kan innta vilkår i sine standardavtaler som gir selskapet en ubetinget og ensidig endringsadgang.

Forbudet mot ubetinget og ensidig endringsadgang er også begrunnet i ikke-diskriminering mellom Telenors interne virksomhet og eksterne kjøpere av tilgang, jf. kapittel 7.2.2.2 punkt 234. Det fremgår der at en ensidig endringsadgang for Telenor, uten at retten til å endre tilgangsavtalen er knyttet til et konkret forhold, skaper en uforutsigbarhet for en tilgangskjøper som ikke på tilsvarende vis gjør seg gjeldende for Telenors interne sluttbrukervirksomhet. Det følger videre at Nkom mener en slik endringsadgang innebærer en favorisering av Telenors egen sluttbrukervirksomhet og dermed er egnet til å skape ulike konkurransemuligheter for tilgangskjøper og Telenors egen virksomhet.

Det fremkommer av punkt 257 at endringsmekanismer i tilgangsavtalene som et klart utgangspunkt skal innrettes slik at endringer bare kan gjøres gjeldende ved enighet mellom partene. Marked 15-vedtaket anerkjenner at Telenor i visse sammenhenger vil ha en legitim interesse i en betinget, ensidig endringsadgang, for eksempel som følge av endrede regulatoriske forhold, jf. vedtaket avsnitt 258.

SD har i klagevedtaket slått fast at kravet til ikke-diskriminering mellom egen og ekstern virksomhet innebærer at Telenor skal tilby tilgangsavtaler uten klausuler som gir Telenor ensidig og/eller ubetinget endringsadgang. Departementet har videre fastholdt at Telenor i visse sammenhenger har en legitim interesse i å innta klausuler om betinget, ensidig endringsadgang, herunder ved endrede regulatoriske forhold.

6.2 Telenors implementering i standardavtalen

Telenors endringsadgang knyttet til overholdelse av offentligrettslige krav fremkommer i standardavtalen punkt 6, mens endringsadgangen for andre forhold følger av punkt 15. Nkom vil i det følgende gjengi aktuelle deler av Telenors standardvilkår knyttet til endringsadgang.

6.2.1 Endring som følge av offentligrettslige krav – standardavtalen punkt 6.2

Etter standardavtalen punkt 6.2 betinger Telenor seg endringsadgang bl.a. dersom selskapet «risikerer å opptre i strid med offentligrettslige forpliktelser». Endringsadgangen gjelder slike endringer som etter «Telenor Norges oppfatning er nødvendige for at Telenor Norge skal oppfylle sine regulatoriske forpliktelser», og videre at «[e]ndringene skal så nært som mulig fremme samme formål som opprinnelige bestemmelser.».

6.2.2 Andre endringer i medhold av standardavtalen punkt 15

Det følger av punkt 15.1 i standardavtalen at Telenor bl.a. kan foreta ensidige endringer i egne priser som følge av «[e]ndringer i Telenors kostnadsbilde, herunder endringer i skatter og avgifter».

Videre kan selskapet iht. avtalevilkårene for eksempel også endre standardavtalene når «[f]orutsetningene for Avtalen endres» grunnet forhold utenfor Telenors «rimelige kontroll, herunder at avtaler med tredjeparter endres eller erstattes». Endringene skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig, se punkt 15.2.

Etter standardavtalene punkt 15.2 c) har Telenor ensidig endringsadgang også for det tilfellet at marked 15-vedtaket blir «*presisert, endret eller opphevet*». Dersom Telenor har rett til å endre, omfatter endringsretten «*enhver endring det endrede markedsvedtaket gir grunnlag for, også dersom inngått Avtale [...] ikke påvirkes direkte*».

Tilsvarende inneholder standardavtalen punkt 15.2 d) rett til ensidig endring som følge av rettevedtak fra ekommyndigheten, bl.a. også i de tilfellene vilkårene i avtalen «*[...] ikke påvirkes direkte*» men dersom «*[...] Telenor vurderer at rettevedtaket vesentlig endrer de kommersielle forutsetningene for tilbud om tilgang som ligger til grunn for avtalen, [...]*».

Når det gjelder varslingsfrist ved ensidige endringer, fremgår det av standardavtalen punkt 15 andre ledd at det gjelder to måneders skriftlig varsel før endringer trer i kraft. Av samme ledd fremgår det videre at tilgangskjøper kan si opp avtalen etter bokstav a) og b) i punkt 15 (avtaleforutsetninger endres utenfor Telenors rimelige kontroll, og oppdatering av bærertjenester mv.), men ikke som følge av endringer begrunnet i et endret marked 15-vedtak eller rettevedtak (bokstav c) og d)).

6.3 Anførsler fra Telenor

I kommentarene til varselet har Telenor i hovedsak anført at endringsbestemmelsene i standardavtalen ikke er i strid med ikke-diskrimineringsbestemmelsen i ekomloven § 4-7 eller marked 15-vedtaket.

I følge Telenor kan de aktuelle bestemmelsene i standardavtalene ikke tolkes slik at de innebærer en ubetinget oppsigelsesadgang¹³ for Telenor. Bestemmelsene er inntatt for å ivareta Telenors mulighet til å endre standardavtalen på grunnlag av forhold utenfor Telenors kontroll. Ifølge Telenor vil det si endringer i regulatoriske forhold slik som skatter og avgifter og endringer i ekomreguleringen eller pålegg fra offentlige myndigheter. Telenor mener dette er forhold som

¹³ Telenor skriver i kommentarene til varselet «*oppsigelsesadgang*», men Nkom legger til grunn ut fra kontekst at korrekt meningsinnhold skal være «*endringsadgang*».

det i kommersielle forhold er vanlig å kunne endre avtalevilkår på bakgrunn av, og som også marked 15-vedtaket angir som lovlige.

Telenor legger videre til grunn at selskapets interne virksomhet er utsatt for samme usikkerhet som tilgangskjøpere når det gjelder endringer i regulatoriske forhold utenfor Telenors kontroll. Nkom synes å mene at Telenor må påta seg all risiko knyttet til denne type endringer, mens tilgangskjøpere skal kunne beholde sine vilkår selv om de regulatoriske rammene endrer seg.

Telenor anfører også at selskapets legitime behov for endringsrett har støtte i Samferdselsdepartementets avgjørelse av 14. september 2016 om ikke å gi utsatt iverksettelse av marked 15-vedtaket.

Telenor opplyser i merknadene at selskapet har funnet grunnlag for å forenkle bestemmelsen om endringsadgang og at de vurderer å endre ordlyden i pkt. 6.2 og 15.

De nærmere detaljene i Telenors ulike anførsler vil bli utdypet under Nkoms vurderinger nedenfor.

6.4 Nkoms vurderinger

Marked 15-vedtaket oppstiller et absolutt forbud mot å innta vilkår i Telenors standardavtaler som gir Telenor en ubetinget og ensidig endringsadgang, men anerkjenner at Telenor i visse sammenhenger vil ha en legitim interesse i en betinget, ensidig endringsadgang, eksempelvis som følge av endrede regulatoriske forhold, se marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.1. Det klare utgangspunktet er likevel at endringsmekanismer skal innrettes slik at endringer bare kan gjøres gjeldende ved enighet mellom partene, jf. punkt 257.

Det er etter Nkoms vurdering ikke tvilsomt at vilkår som har samme virkning som ubetinget og ensidig endringsadgang, også rammes av det aktuelle forbudet. En rett til betinget, ensidig endringsadgang som er vagt og/eller uklart formulert, vil etter omstendighetene kunne sidestilles med en ubetinget endringsadgang og således rammes av forbudet mot ubetinget og ensidig endringsadgang. Slike vilkår er i det videre stedvis omtalt som «de facto ubetinget og ensidig endringsadgang».

Telenors tilbakemeldinger til varselet er avgrenset til endringer i regulatoriske forhold og vil bli behandlet nedenfor.

Endringer som følge av offentligrettslige krav – standardavtalen punkt 6.2

Det er ikke tvilsomt at marked 15-vedtaket åpner for at Telenor kan innta betinget, ensidig endringsadgang som er begrunnet i Telenors legitime interesser. Det er videre ikke tvilsomt at marked 15-vedtaket anerkjenner endrede regulatoriske forhold som en slik legitim interesse.

Etter Nkoms vurdering er imidlertid betingelsen for den ensidige endringsadgangen, «risikerer å opptre i strid med ...», uklar og gir et stort handlingsrom for Telenor til selv å avgjøre i hvilke tilfeller selskapet ensidig kan endre tilgangsavtalen.

Nkom viser til at det etter ordlyden er tilstrekkelig at Telenor løper en risiko for å opptre i strid med regulatoriske krav. Henvisningen til «risikerer» innebærer etter Nkoms vurdering at terskelen for at bestemmelsen skal gi Telenor ensidig endringsadgang er lav, og således gir Telenor et stort handlingsrom. Handlingsrommet for Telenor øker ytterligere ved at det er Telenors subjektive oppfatning av at selskapet risikerer å bryte regulatoriske krav som skal legges til grunn. At det er Telenors subjektive oppfatning som skal legges til grunn, innebærer videre avtaleparten vanskelig kan etterprøve vurderingen.

Ordlyden åpner i ytterste konsekvens også for at Telenor kan gjennomføre endringer i avtalen ut i fra en forståelse av regulatoriske krav som Nkom uttrykkelig har klargjort at det ikke er grunnlag for. Nkom viser til at Telenor gjennom flere år har anført at samtlige tilgangskjøpere må ha samme avtale for å sikre seg mot mulig brudd på ikke-diskrimineringskravet, til tross for at Nkom flere ganger har gitt uttrykk for at dette ikke medfører riktighet og at en slik tilnærming nettopp kan være i strid med ikke-diskrimineringsplikten.

For tilgangskjøper innebærer disse forholdene svekket forutsigbarhet om innholdet i selskapets tilgangsvilkår og dermed om egne rammebetingelser.

Etter Nkoms vurdering innebærer formuleringen av Telenors endringsadgang knyttet til offentligrettslige krav at Telenor her langt på vei betinger seg en endringsadgang som de facto må anses som ubetinget og ensidig. Dette gjelder etter Nkoms vurdering også når det tas hensyn til at det er lagt inn et forbehold om at endringenes rekkevidde ikke skal gå lengre enn at de så nært som mulig fyller samme formål som den opprinnelige avtalebestemmelsen.

Nkom viser forøvrig til at hensynet til at Telenor bør kunne endre tilgangsavtalen når det er nødvendig for ikke å opptre i strid med markedsreguleringen, kan ivaretas ved at Telenor innhenter myndighetens vurdering av hvilke implikasjoner eventuelle nye eller endrede regulatoriske krav har, i den grad dette ikke allerede er klarlagt.

I kommentarene til varselet opplyser Telenor at selskapet har funnet grunnlag for å forenkle bestemmelsen om endringsadgang og vurderer å endre ordlyden i pkt. 6.2, nærmere bestemt ved å ta ut den innskutte bisetningen «(...) herunder at Telenor Norge ved å etterleve Avtalen risikerer å opptre i strid med offentligrettslige forpliktelser (...)». Videre vurderer Telenor å endre ordlyden «som etter Telenor Norges oppfatning er nødvendige for at Telenor Norge skal

oppfylle sine regulatoriske forpliktelser». Teksten som Telenor vurderer å endre til, lyder i sin helhet slik:

«For det tilfellet av 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 (...).»

Nkom har vurdert Telenors forslag og finner at formuleringen er akseptabel.

Nkom konkluderer etter dette med at dagens formulering er i strid med kravet til ikke-diskriminering, jf. punkt 234 og forbudet mot å innta vilkår i selskapets standardavtaler som gir Telenor en ubetinget og ensidig endringsadgang, jf. punkt 260. I medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, pålegger Nkom Telenor å endre standardavtalens bestemmelser om endringsadgang slik at de er i samsvar med reguleringens krav. Ordlyden i Telenors forslag vil være tilstrekkelig til å oppfylle rettekrevet.

Ensidige endringer i prisene – standardavtalen punkt 15.1

Nkom legger til grunn at Telenor, i likhet med andre virksomheter, fra tid til annen vil kunne stå overfor prisøkninger og hvor det kan oppstå spørsmål om eventuell justering av priser overfor tilgangskjøpere. For tilgangskjøpere vil det imidlertid kunne være høyst usikkert og lite transparent hva Telenors «kostnadsbilde» er, når det skjer «endringer» i dette kostnadsbildet og hvordan slike endringer konkret kan tenkes å slå ut. Etter Nkoms syn oppstiller Telenor dermed betingelser som i stor grad er knyttet til subjektive vurderinger og som er umulige eller i beste fall svært vanskelige for avtalemotparten å etterprøve. Nkom påpeker videre at Telenor ikke har inntatt noen begrensning i hvilket omfang selskapet kan gjøre endringer i medhold av denne klausulen, og videre at bestemmelsen ikke motsvares av en tilsvarende rett for tilgangskjøper til å oppnå prisreduksjon i tilfelle kostnadsbildet skulle tilsi det.

I anførselene til varselet fokuserer Telenor på regulatoriske forhold og i denne sammenheng prisendringer som knyttes til endringer i skatter og avgifter. Det relevante avtalevilkåret er imidlertid ikke begrenset til slike forhold.

Uttrykket “kostnadsbilde” er etter Nkoms vurdering en uklar standard, og er etter Nkoms vurdering tett sammenvevd med Telenors interne aktiviteter, jf. varselet kapittel 6.5.3. Bruken av en slik standard understøtter etter Nkoms syn vurderingene ovenfor om manglende transparens om hvilke forhold som kan utløse prisendringer. Nkom mener avtaleteksten her gir anvisning på et bredt subjektivt skjønns på Telenors hånd og sånn sett har paralleller med punktet om «risikerer å opptre i strid med offentligrettslige krav» som Nkom har vurdert ovenfor.

Det relevante markedet er karakterisert av at det er et svært begrenset antall aktører på tilbudssiden og begrenset grad av kjøpermakt. Flere av pliktene Telenor er pålagt er innrettet mot å legge til rette for styrket kjøpermakt og økt markedsdynamikk. Den vide, ensidige endringsadgangen kan vanskeliggjøre en slik utvikling ved at Telenor allerede etter to måneder kan øke prisene, samtidig som tilgangskjøper er bundet av avtalen. Tilgangskjøper vil også kunne ha hatt betydelige kostnader knyttet til tilpasninger i Telenors nett som ytterligere begrenser tilgangskjøpers mulighet til å respondere på en slik prisøkning ved å bytte vertsoperatør. Eventuelle langsiktige sluttbrukeravtaler hos tilgangskjøper kan trekke i samme retning.

Etter Nkoms vurdering utgjør Telenors endringsadgang på dette punkt, uten noen form for terskel for prisøkninger og betingelser som tilgangskjøper ikke eller i svært begrenset grad har mulighet for å etterprøve, en stor grad av usikkerhet og de facto en ubetinget endringsadgang.

I kommentarene til Nkoms varsel har Telenor anført at varselet innebærer at Telenor må påta seg «all risiko knyttet til endringer i regulatoriske forhold». Nkom er ikke enig i denne vurderingen og viser til marked 15-reguleringen ikke er til hinder for at det inntas endringsadgang knyttet til for eksempel endrede skatter og avgifter. Slik endringsadgang kan også tenkes å følge direkte av det offentligrettslige grunnlaget.

Nkom konkluderer med at endringsadgangen som følger av punkt 15.1 i Telenors gjeldende standardavtale er i strid med marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.1 punkt 257 følgende jf. kapittel 7.2.2.2.

Telenor har i kommentarene til varselet oppgitt at selskapet vurderer å endre den aktuelle formuleringen. Endringen som Telenor vurderer lyder i sin helhet slik:

«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.»

Nkom finner at forslaget gitt den forståelse vi legger til grunn i det følgende, fjerner grunnlaget for innsigelsene Nkom hadde på dette punktet i varselet. Nkom forutsetter at begrepet «Telenors kostnader» skal leses i lys av eksemplifiseringen, og således at bestemmelsen ikke gir grunnlag for prisøkninger som skyldes forhold av annen art. Nkom forutsetter videre at Telenor ved en prisøkning konkretiserer hva prisøkningen er begrunnet i, og således at det ikke være tilstrekkelig med en generell henvisning til økte kostnader. Nkom forutsetter også at en eventuell prisøkning i medhold av bestemmelsen står i forhold til økningen i Telenors kostnader.

Nkom påpeker for øvrig at prisreguleringen Telenor er underlagt uansett setter skranker for Telenors mulighet til å øke tilgangsprisene.

Under henvisning til ovennevnte pålegger Nkom Telenor i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, å endre denne bestemmelsen i standardavtalene slik at den er i overensstemmelse med reguleringens krav.

Endringer utenfor rimelig kontroll og markedsmessige endringer – standardavtalen punkt 15.2

a)

Nkom legger til grunn at Telenor gjennom bruken av ordlyden «rimelig kontroll» utvider sin ensidige endringsadgang i forhold til det som ville være gjeldende dersom endringsadgangen var knyttet til Telenors kontrollsfære. Telenor har i kommentarene til varselet ikke hatt innsigelser til denne forståelsen. Nkom konstaterer således at terskelen for å utløse ensidig endringsadgang etter dette avtalevilkåret synes å være lav.

Etter Nkoms vurdering vil tilgangskjøpere reelt sett ha svært begrensede muligheter til å etterprøve om et gitt forhold er «utenfor Telenors rimelige kontroll». Bruken av begrepet «markedsmessige forhold», uten at det er oppstilt noen form for kvalifisering, bidrar etter Nkoms vurdering ytterligere til å gjøre tilgangskjøpers stilling lite forutsigbar. Nkom mener derfor at et slikt vilkår neppe ville blitt tilbudt eller akseptert i et marked preget av konkurranse, og videre at det ikke er holdepunkter for at et slikt vilkår kan anses for å være utbredt i kommersiell praksis. Nkom viser i den forbindelse også til kommentarene fra Get TDC og Phonero, hvor selskapene gir uttrykk for henholdsvis at Telenors endringsadgang går lenger enn det som er vanlig i de fleste leverandøravtaler og at en tilgangskjøper har rett til å forvente at de avtalevilkårene som er avtalt, gjelder i avtaleperioden.

Ovennevnte tilsier etter Nkoms vurdering at også avtaleformuleringen Telenor oppgir at de vurderer å endre til, ikke er tilstrekkelig. Telenor har i kommentarene til varselet formulert vilkårsutkastet slik:

«Telenor 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.»

Nkom anser avtaleutkastet som en forbedring, men ser grunn til å påpeke at bestemmelsen etter sin ordlyd fortsatt synes å gi betydelig handlingsrom for Telenor til ensidig å gjennomføre større endringer i avtalevilkårene. Nkom viser i den forbindelse til at det fremstår som uklart hva

som ligger i referansen til «utenfor Telenor Norges rimelige kontroll», særlig sett i lys av eksemplifiseringen i den gjeldende standardavtalen.

Endringsadgangen etter standardavtalens punkt 15.2 a) gir etter Nkoms vurdering så stort handlingsrom for Telenor og medfører samlet så stor uklarhet for tilgangskjøper, at endringsadgangen de facto utgjør en ubetinget og ensidig endringsadgang. Nkom konkluderer med at bestemmelsen er i strid med marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.1 punkt 257 følgende jf. kapittel 7.2.2.2.

Med hjemmel i ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, pålegger Nkom Telenor å endre denne bestemmelsen i standardavtalen slik at den blir i samsvar med reguleringskrav.

Endringer som følge av at marked 15-vedtaket presiseres, endres eller oppheves – standardavtalen punkt 15.2 c)

I varselet ga Nkom uttrykk for at bestemmelsen innebærer en ubetinget og ensidig endringsadgang for Telenor ettersom bestemmelsen innebærer at Telenor også kan foreta endringer som ikke knyttes direkte til utfallet av eventuelle presiseringer, endringsvedtak eller domstolsbehandling av gjeldende marked 15-vedtak.

Telenor har ikke kommentert denne utvidede endringsadgangen spesielt, men viser til at regulatoriske endringer kan begrunne behovet for å gjøre endringer i standardavtalen. Telenor har også vist til uttalelse fra Samferdselsdepartementet for å underbygge at tilgangskjøper ikke kan forvente uendrede avtalevilkår dersom Nkoms markedsvedtak endres i klageomgangen og at departementet faktisk har forutsatt en endringsadgang knyttet til endrede regulatoriske forhold.¹⁴ Den aktuelle uttalelsen ble gjort i forbindelse med at departementet av slo anmodning fra Telenor om utsatt iverksettelse av Nkoms marked 15-vedtak. Nkom oppfatter at det ikke er noen motstrid mellom departementets uttalelse, Telenors argumentasjon til varsel om vedtak og marked 15-vedtaket punkt 258 om rett til å foreta betingede ensidige endringer som følge av regulatoriske endringer.

Imidlertid har verken Telenor eller departementet kommentert eller tatt stilling til den utvidede endringsadgangen dagens standardavtale punkt 15.2 c) innebærer. Telenor har derimot opplyst, uten å kommentere på Nkoms vurderinger i varselet, at selskapet også for denne avtalebestemmelsen vurderer å forenkle ordlyden. Den mulige endringen innebærer at den innskutte bisetningen om endringsadgang også dersom avtalen ikke påvirkes direkte av endringen, fjernes.

¹⁴ Behandling av Telenors anmodning om utsatt iverksettelse - Avgjørelse av 14. september 2016 (side 5).

Den endrede avtalebestemmelsen som Telenor vurderer, lyder:

«Telenor Norge kan gjøre endringer i vilkårene som følger av at:

c) Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser [...] 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.».

Endringen Telenor oppgir at de vurderer, fremstår i hovedsak som akseptabel ut ifra marked 15-vedtaket punkt 258 med de presiseringer som følger av SDs klagevedtak kapittel 9, jf. departementets vurderinger som fremkommer i nevnte vedtak kapittel 6.4.7.2. Nkom påpeker imidlertid at hva som rammes av leddet «omfatter også rett til å si opp avtalen», synes uklart. Nkom viser her igjen til at Telenor er underlagt tilgangsplikt og en rekke øvrige krav gjennom marked 15-vedtaket. Nkom fastholder videre at en endringsadgang som ikke har sitt utspring direkte i regulatoriske endringer, vil være å anse som en ubetinget, ensidig endringsadgang som Telenor ikke har anledning til å innta i sine standardavtaler.

Nkom konkluderer med at endringsadgangen som følger av punkt 15.2 c) i Telenors gjeldende standardavtale er i strid med marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.1 punkt 257 følgende jf. kapittel 7.2.2.2, jf. også de tilføyelser til kapittel 8.2 og 8.3 SD gjør i sitt klagevedtak.

Med hjemmel i ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, pålegger Nkom Telenor å endre denne bestemmelsen i standardavtalen slik at den blir i samsvar med reguleringens krav.

Endringer som følge av vedtak om retting – standardavtalen punkt 15.2 d)

Etter Nkoms vurdering har punkt 15.2 d) i standardavtalen en innretning som gir Telenor uforholdsmessig stor innflytelse i avtaleforholdet med tilgangskjøper. Et eventuelt rettevedtak vil ha som formål å bringe avtaleforholdet i samsvar med reguleringen og dermed være innrettet mot å understøtte reguleringens formål. Dersom Telenor kan møte et slikt rettevedtak med ensidig endring eller oppsigelse av tilgangsavtalen, så vil det etter Nkoms vurdering være egnet til å undergrave formålet med reguleringen og vesentlig redusere forutsigbarheten for tilgangskjøper ved å kjøpe regulert tilgang.

Etter Nkoms vurdering vil det være naturlig at partene går i forhandlinger om justering av tilgangsavtalen dersom den ene eller begge parter skulle mene at et eventuelt rettevedtak endrer forutsetningene for avtalen, jf. også marked 15-vedtaket punkt 257. Nkom viser også til

at partene har adgang til å søke myndighetens råd/bistand for avklaring av de regulatoriske forpliktelsene. Virkningen av dette vilkåret vil etter Nkoms vurdering kunne være at tilgangskjøpers mulighet til å søke slik bistand svekkes, og at myndighetens tilsynsrolle undergraves.

Etter annet punktum kan tilgangsavtalen endres eller sies opp også selv om den ikke «påvirkes direkte» av et rettevedtak. Dette gjelder dersom Telenor «vurderer» at et rettevedtak vesentlig endrer de kommersielle forutsetningene, herunder får vesentlige konsekvenser for pris, prisstruktur eller prismodell i Telenors standardtilbud. En slik endrings- og oppsigelsesadgang for Telenor innebærer ytterligere uforutsigbarhet for tilgangskjøpere.

Telenor har også for denne bestemmelsen opplyst at man vurderer forenkling av ordlyden. Den endrede avtalebestemmelsen som Telenor vurderer lyder:

«Telenor Norge kan gjøre endringer i vilkårene som følge av at:

(d) Ekommyndigheten 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.»

Endringsforslaget innebærer at andre punktum i bestemmelsen fjernes, og dermed også de innsigelser Nkom har knyttet til denne delen av bestemmelsen. Utkastet har imidlertid samme ordlyd i første punktum, og løser dermed ikke de forhold Nkom ser som problematiske i formuleringen der, jf. våre vurderinger ovenfor.

Nkom konkluderer med at endringsadgangen som følger av punkt 15.2 c) i Telenors gjeldende standardavtale er i strid med marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.1 punkt 257 følgende jf. kapittel 7.2.2.2, jf. også de tilføyelser til kapittel 8.2 og 8.3 SD gjør i sitt klagevedtak

Med hjemmel i ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, pålegger Nkom Telenor å endre denne bestemmelsen i standardavtalen slik at den blir i samsvar med reguleringens krav.

7. Varslingsfrist

7.1 Rettslig grunnlag

Nkoms vurderinger knyttet til varslingsfrist fremgår av marked 15-vedtaket kapittel 7.3.6, jf. punkt 387. I henhold til vedtaket plikter Telenor å gi forhåndsvarsel til tilgangskjøper «senest to måneder» ved enhver endring til ugunst.

For å motvirke muligheten til å utvise diskriminerende atferd er Telenor i marked 15-vedtaket pålagt krav til ikke-diskriminering både mellom selskapets egen virksomhet og eksterne tilgangskjøpere og mellom eksterne tilbydere, jf. marked 15-vedtaket kapittel 8.2, jf. 7.2.4. Pålegget gjelder også andre forhold enn pris.

7.2 Telenors implementering i standardavtalen

Bestemmelse om Telenors varslingsplikt fremkommer i standardavtalen punkt 15.1 om prisendringer og i punkt 15.2 andre ledd før øvrige endringer som gjøres i medhold av 15.2 første ledd bokstav a)-d). Klausulen fastslår at Telenor skal gi to måneders skriftlig varsel før (pris)endringer trer i kraft.

7.3 Anførsler fra Telenor

Telenor bestrider at varslingsfristen på 2 måneder er i strid med ekomloven § 4-7 og marked 15-reguleringen. Telenor viser til at det i marked 15-vedtaket eksplisitt er vedtatt en forlengelse av fristen i ekomloven § 2-4, som er fastsatt til 2 måneder. Dersom Nkom mener at fristen på 2 måneder er for kort, må marked 15-vedtaket ifølge Telenor endres.

7.4 Nkoms vurdering

Nkom har vurdert Telenors argumentasjon og er kommet til at vi ikke fastholder det varslede pålegget.

8. Oppsigelsesadgang

8.1 Rettslig grunnlag

Det følger av marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.1 at Telenor pålegges å møte rimelige anmodninger om tilgang med rimelige vilkår, samt en plikt etter punkt 255 til å sørge for at vilkår i standardavtalene er rimelige.

8.2 Telenors implementering i standardavtalen

Standardavtalene punkt 15.2 annet ledd gir tilgangskjøper rett til i visse tilfeller å si opp avtalen dersom Telenor benytter adgangen til ensidig endring. Oppsigelsesadgangen får imidlertid ikke anvendelse på Telenors ensidige endring som følge av endringer i markedsreguleringen overfor Telenor eller som følge av rettevedtak, jf. 15.2 første ledd, henholdsvis bokstav c) og d).¹⁵

¹⁵ Det er i tillegg inntatt en bestemmelse om gjensidig rett til oppsigelse ved vesentlige endringer i forutsetningene for avtalen som følge av offentligrettslige krav i standardavtalen punkt 6.2 første ledd.

8.3 Anførsler fra Telenor

Telenor anfører at Nkom ikke har hjemmel til avtalesensur ut fra hva Nkom finner rimelig eller urimelig. Vilkåret utgjør ikke tilgangsnekt.

Telenor er regulert og må slik sikre muligheten for å gjøre endringer i allerede inngåtte avtaler dersom Nkom endrer reguleringen eller gjennom håndhevelse fastlegger en annen forståelse enn det Telenor har lagt til grunn ved inngåelse av tilgangsavtaler. Skulle tilgangskjøper fritt kunne si opp avtalen, innebærer dette at Telenor bærer hele den kommersielle risiko for endringer i reguleringen eller oppfatningen av denne.

8.4 Nkoms vurdering

Nkom konkluderte i varselet med at det er et urimelig vilkår når Telenor betinger seg en rett til ensidig å endre avtalevilkår, uten at tilgangskjøper gis tilsvarende mulighet til å komme seg ut av avtaleforholdet og slik unngå å være bundet av nye og ukjente vilkår ensidig fastsatt av Telenor.

Telenor anfører at Nkom ikke har hjemmel til en generell avtalesensur basert på hva Nkom finner rimelig eller urimelig, og at Nkom kun kan forby avtalevilkår som de facto utgjøre tilgangsnekt. Nkom viser i denne forbindelse til vurderingene i kapittel 2.2 ovenfor.

Når det gjelder anførselen om at Telenor er regulert, og dermed er utsatt for en løpende regulatorisk usikkerhet, bemerker Nkom at Telenor her synes å legge til grunn at endringer i markedsreguleringen overfor Telenor, i form av presiseringer/endringer osv. (punkt 15.2 første ledd bokstav c)) eller rettevedtak (punkt 15.2 første ledd bokstav d)), ikke også kan tenkes å endre tilgangskjøpers forutsetninger for å inngå tilgangsavtale. Tilgangskjøpers oppsigelsesadgang i henhold til standardavtalen er begrenset til å gjelde enkelte av de tilfellene der Telenor betinger seg ensidig endringsadgang. Nkom kan ikke se at den anførte regulatoriske usikkerheten er et forhold som begrunner at tilgangskjøper ikke skal ha mulighet til å komme seg ut av avtaleforholdet i tilfeller hvor Telenor kan innføre ensidige avtaleendringer.

Nkom kan vanskelig se at en avtalerettslig oppsigelsesrett for tilgangskjøper i slike tilfeller innebærer at Telenor må ta «hele den kommersielle risiko for endringer i reguleringen eller oppfatningen av denne». Nkom kan heller ikke se at det er grunnlag for Telenors påstand om at tilgangskjøper «fritt» vil kunne si opp tilgangsavtalen. Nkom viser til at punkt 15.2 ikke er begrenset til endringer av reguleringen. Nkom viser videre til at Telenor synes å forutsette at tilgangskjøper har større valgmuligheter med hensyn til å bytte vertsoperatør enn det reelt sett er grunnlag for.

Nkom ser også grunn til å fremholde at et pålegg om retting i denne sammenheng vil være en konsekvens av at Nkom mener Telenor ikke etterlever plikter fastsatt i marked 15-vedtaket. Pliktene på Telenor er pålagt for å fremme bærekraftig konkurranse ved å begrense Telenors muligheter til å utnytte sin sterke markedsstilling. Et pålegg om retting vil således som et klart utgangspunkt måtte anses for å være til gunst for tilgangskjøper. Et rettevedtak vil imidlertid kunne gi Telenor et visst handlingsrom i hvordan et ulovlig forhold skal rettes, slik at det ikke er gitt hvordan Telenor velger å innrette seg etter pålegg om retting. Uavhengig av dette forhold fastholder Nkom at et pålegg om retting like fullt kan tenkes å føre til at også tilgangskjøpers forutsetninger for å inngå tilgangsavtalen endres.¹⁶

Nkom konkluderer med at en ensidig endringsadgang for Telenor uten en korresponderende oppsigelsesrett for tilgangskjøper er et urimelig avtalevilkår og således ikke kan inngå i Telenors standardavtaler. Nkom bemerker for øvrig at innføring av slik oppsigelsesadgang ikke endrer Nkoms vurderinger ovenfor knyttet til ubetinget og ensidig endringsadgang.

I medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, pålegger Nkom Telenor å rette standardavtalene slik at de bringes i samsvar med reguleringens krav.

9. Innendørsdekning

9.1 Rettslig grunnlag

Det følger av marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.3 punkt 194 at Telenors tilgangsplikt også omfatter innendørsdekning. Det vises også til SDs klagevedtak med tilføyelser til marked 15-vedtaket kapittel 8.1 og 8.3

I medhold av vedtaket skal Telenor etterkomme rimelige anmodninger om å endre dekning/ forbedre innendørsdekning på de lokasjoner tilgangskjøper ber om, tilsvarende som Telenor ville gjort for egen sluttbrukervirksomhet. Et avslag på en slik anmodning må begrunnes, og vilkårene for slike tiltak skal være rimelige. I marked 15-vedtaket punkt 386, jf. punkt 251, jf. også departementets presiseringer til kapittel 8.1 og 8.3, fremkommer det at Telenors standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang til de tilgangsformene som omfattes av Telenors tilgangsplikt på ikke-diskriminerende vilkår.

9.2 Telenors implementering i standardavtalen

Standardavtalen har ikke bestemmelser som reflekterer Telenors plikt til å etterkomme rimelige anmodninger om å endre dekning/ forbedre innendørsdekning.

¹⁶ Nkom viser her til vurderingen i pkt. 6.2.1, av Telenors endringsadgang som følge av offentligrettslig krav, jf. standardavtalens pkt. 6.2

9.3 Anførsler fra Telenor

Telenor har underveis i saksgangen vist til at ordninger med innendørsdekning har eksistert i flere år uten at de har vært inntatt som en del av selskapets standardavtaler. Telenor derfor ikke har sett behov for å innta det nå.

I kommentarene til varselet anfører Telenor at utvidelser av dekning ligger utenfor rammen av tilgangsplikten etter § 4-1, da tilgangsplikten begrenser seg til eksisterende nettverk. Telenor anfører i tillegg at det uansett ikke er nødvendig å pålegge Telenor å innta en slik bestemmelse da selskapet frivillig har en slik ordning, og hvor tilgangskjøpere er likestilt med Telenors interne virksomhet.

9.4 Nkoms vurdering

Det følger av marked 15-vedtaket at Telenors standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang på ikke-diskriminerende vilkår med de presiseringer som følger av marked 15-vedtaket. Det er presisert i punkt 194 at tilgangen også omfatter innendørsdekning. Standardavtalens funksjon som grunnlag for avtale, kombinert med at den skal reflektere Telenors plikt til å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår, tilsier at krav om innendørsdekning skal inngå som del av standardavtalene. At frivillige ordninger med tilbud knyttet til innendørsdekning har eksistert i flere år uten å være del av Telenors standardavtaler, er ikke tilstrekkelig grunnlag for at Telenor skulle kunne unnlate å reflektere denne delen av tilgangsplikten i selskapets standardavtaler. Nkom viser her til at innendørsdekning er en stadig viktigere konkurranseparameter både for Telenor (jf. også selskapets egen markedsføring) og for tilgangskjøpere, og ofte inngår som en del av større bedriftsavtaler og ved offentlige anbud. Nkom fastholder at det viktig at det inntas transparente og ikke-diskriminerende kontraktsvilkår som tydeliggjør de regulatoriske kravene til Telenors tilbud, også om tilgang til innendørsdekning.

Nkom finner ikke grunnlag for å gå ytterligere inn i Telenors argumentasjon, men viser til at Samferdselsdepartementet i sitt vedtak over klagen på marked 15-vedtaket har presisert at Telenor skal (i kapittel 8.1 om tilgang):

«[...] imøtekomme enhver rimelig anmodning om «å endre dekning/forbedre innendørsdekning på lokasjoner der tilgangskjøper anmoder om dette, tilsvarende som Telenor ville gjort for egen sluttbrukervirksomhet, [...]»

Og videre (i kapittel 8.3 om standardavtaler):

«Telenor ASA skal utforme standardavtalene slik at avtalen reflekterer alle tjenester og produkter som tilgangskjøper i medhold av reguleringen til enhver tid har krav på, [...]»

På bakgrunn av ovennevnte fastholder Nkom det varslede pålegget. Med hjemmel i § 4-1, jf. § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd og marked 15-vedtaket punkt 194 og punkt 386, jf. punkt 251, og Samferdselsdepartementet tilføyer til kapittel 8.1 og 8.3, pålegger Nkom Telenor å endre standardavtalene slik at standardavtalene reflekterer at Telenor har plikt til å etterkomme rimelige anmodninger om å endre dekning/forbedre innendørsdekning.

10. Forbud mot diskriminering mellom eksterne virksomheter

10.1 Rettslig grunnlag

Det fremgår av marked 15-vedtaket kapittel 7.2.3 punkt 237 at kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere innebærer en bestevilkårsbestemmelse i den forstand at når en konkurrerende tilbyder oppnår bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys andre konkurrerende tilbydere. Kravet innebærer at kjøpere av regulert tilgang skal ha mulighet til å kunne inngå tilgangsavtale på slike vilkår som følger av eksisterende tilgangsavtaler, herunder med de prisopsjoner som tilbys kjøpere av den aktuelle tilgangsformen. Det fremkommer videre av marked 15-vedtaket at plikten til å gjennomføre en slik bestevilkårsbestemmelse påhviler Telenor, og at Telenor skal sørge for transparens som gjør det mulig for tilgangskjøpere å velge blant eksisterende tilbud.

Det følger av marked 15-vedtaket punkt 386, jf. punkt 251, at Telenors standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang til de tilgangsformene som omfattes av Telenors tilgangsplikt på ikke-diskriminerende vilkår.

10.2 Telenors implementering i standardavtalen

Standardavtalen har ikke bestemmelser som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av kravet om ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere.

10.3 Anførsler fra Telenor

Telenor har under saksgangen påpekt at tilgangskjøpere under standardavtalene på ethvert tidspunkt både kan og vil anmode Telenor om endringer. Telenor har videre presisert at standardavtalens regulering av endringsrett også sikrer at bestevilkårsbestemmelse ivaretas og likebehandling, slik ekommyndighetene har fortolket dette begrepet i TDC-saken¹⁷.

Telenor anfører i kommentarene til varselet at Nkom i realiteten krever at Telenor skal innta en tolkning av rekkevidden av ikke-diskriminering, herunder i hvilke situasjoner Telenor har plikt til å tilby endringer basert på kravet til ikke-diskriminering. Etter Telenors vurdering har Nkom ikke hjemmel til å pålegge dette.

¹⁷ Nkom legger til grunn at Telenor her sikter til Nkoms vedtak 23. mars 2012 og SDs klagevedtak 20. desember 2012.

10.4 Nkoms vurderinger

Nkom viser til at standardavtalene skal speile et tilbud om tilgang på ikke-diskriminerende vilkår med de presiseringer som følger av marked 15-vedtaket, og Telenor har plikt til å sørge for transparens som gjør det mulig for tilgangskjøpere å velge blant eksisterende tilbud. Nkom kan ikke se at avtalene inkluderer mekanismer som sikrer at tilgangskjøpere kan få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av kravet om ikke-diskriminering mellom eksterne kjøpere av tilgang (bestevilkårsbestemmelsen), jf. marked 15-vedtaket punkt 237.

Etter Nkoms vurdering er det nødvendig at disse forholdene kommer klart frem i standardavtalen. Dette vil både gi tilgangskjøperne forutberegnelighet og understøtte likebehandling. At tilbyderne på ethvert tidspunkt kan anmode Telenor om endringer, er ikke tilstrekkelig til å oppfylle transparenskravet i seg selv og er heller ikke tilstrekkelig til å oppfylle formålet med den aktuelle plikten. Nkom viser til at tilgangskjøperne skal ha anledning til å orientere seg om hvilke vilkår de har rett til å velge i medhold av bestevilkårsbestemmelsen, og relativt raskt kunne få gjennomført endringer i eksisterende tilgangsvilkår.

Til Telenors anførsel vedrørende hva Nkom i realiteten krever, fremstår det som uklart hva Telenor sikter til. Nkom kan ikke se at det er lagt opp til at Telenor skal måtte innta en tolkning av ikke-diskrimineringsplikten i standardavtalen. Derimot har Nkom varslet at standardavtalen må inneholde vilkår som reflekterer at tilgangskjøper har rett til å få endret sine tilgangsvilkår på bakgrunn av tilgangsvilkår som er oppnådd av andre tilgangskjøpere. Standardavtalen kan således ikke omfatte vilkår som innebærer at denne rettigheten beskjæres.

Etter Nkoms vurdering gir marked 15-vedtaket punkt 237 uttrykk for en gyldig forpliktelse knyttet til å gjennomføre bestevilkårsbestemmelsen, jf. kapittel 8.2 og ekomloven § 4-7. Videre gir marked 15-vedtaket punkt 251, jf. punkt 384, uttrykk for at standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang til de tilgangsformene som omfattes av Telenors tilgangsplikt, på ikke-diskriminerende vilkår. Gjennom redegjørelsene i punkt 237 og 251 gis det også veiledning om forpliktelsenes innhold.

Etter Nkoms vurdering kan Telenor med hjemmel i ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 10-6 første ledd, jf. ovennevnte forpliktelser, pålegges å synliggjøre disse rettighetene i standardavtalene. Nkom er derfor uenig med Telenor om at det ikke foreligger hjemmel til å kreve inntatt denne type bestemmelse relatert til ikke-diskrimineringsplikten Telenor er underlagt gjennom marked 15-reguleringen.

Nkom holder fast ved vurderingene i det varslede pålegget. Med hjemmel i ekomloven § 4-6, jf. § 10-6, pålegger Nkom Telenor å inkludere vilkår i standardavtalen som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av bestevilkårsbestemmelsen.

11. Vedtak

Nkom har ovenfor konkludert med at Telenors standardavtale for MVNO-tilgang på flere områder ikke er i samsvar med krav fastsatt i gjeldende marked 15-vedtak av 1. juli 2016, jf. Samferdselsdepartementets klagevedtak 9. mars 2018. Med hjemmel i ekomloven § 10-6 første ledd, jf. § 4-6 fjerde ledd, pålegger Nkom Telenor å rette standardavtalene på følgende punkter:

Forbud mot eksklusivitet: Standardavtalens bestemmelser i punkt 2.3 om eksklusivitet må endres. Dette gjelder vurderingstemaene «begrenser og uthuler konkurransen», klargjøring av begrepet «tilknyttede brukere», definisjonen av «sluttbrukermarked» og «tilgangskjøpers plikt til å sikre gjennomføring av eksklusivitetskrav. Nkom viser til vurderingene i kapittel 3 ovenfor.

Bestemmelser om migrasjon: Standardavtalens bestemmelser i punkt 2.3 og 13.1 må endres slik at avtalen tillater tilgangskjøper som ikke er i en intitell avtaleperiode å utmigrere de første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder. Standardavtalen må videre endres slik at den åpner for at migrasjonsperioden kan være lengre enn 6 måneder. Nkom viser til vurderingene i kapittel 4 ovenfor.

Hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav: Standardavtalens bestemmelser i punkt 9.3.1 om ensidig hevingsrett ved enhver opptreden Telenor anser som brudd på eksklusivitetsbestemmelsene, må endres. Nkom viser til vurderingene i kapittel 5 ovenfor.

Ubetinget og ensidig endringsadgang: Standardavtalens bestemmelser i punkt 6.2 om endringer som følge av offentligrettslige krav og punkt 15.1 om prisendringer, må endres. Det samme gjelder bestemmelsene i punkt 15.2 bokstav a), c) og d) om endringer som følge av forhold utenfor Telenors rimelige kontroll, at marked 15 vedtaket presiseres, endres eller oppheves, eller at ekommyndigheten gjennom rettevedtak gir uttrykk for en annen forståelse enn Telenor har lagt til grunn ved inngåelse av tilgangsavtalen. Rettingspålegget innebærer at vilkårene må endres slik at de ikke gir Telenor en ubetinget og ensidig endringsadgang. Nkom viser til vurderingene i kapittel 6 ovenfor.

Oppsigelsesadgang: Standardavtalene må endres slik at den ikke gir Telenor ensidig endringsadgang uten en korresponderende oppsigelsesrett for tilgangskjøper, jf. standardavtalen punkt 15.2 andre ledd, jf. punkt 15.2 første ledd bokstav c) og d). Nkom viser til vurderingene i kapittel 8 ovenfor.

Innendørsdekning: Telenor pålegges å innta bestemmelser i standardavtalen slik at standardavtalen reflekterer at Telenor etter marked 15-reguleringen har plikt til å etterkomme



rimelige anmodninger om å endre dekning/forbedre innendørsdekning. Nkom viser til vurderingene i kapittel 9 ovenfor.

Forbud mot diskriminering mellom eksterne virksomheter: Telenor pålegges å inkludere vilkår i standardavtalen som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av bestevilkårsbestemmelsen. Nkom viser til vurderingene i kapittel 10 ovenfor.

Nkom ser det som nødvendig at Telenor uten ugrunnet opphold og senest to uker etter klagefristens utløp, oversender rettet versjon av standardavtalen. Oversendelsen gjøres til avtaler@nkom.no og firmapost@nkom.no. Nkom legger til grunn at tilgangskjøper snarlig deretter vil få oppdatert sine avtalevilkår slik at de er i samsvar med reguleringens krav.

Vedtaket kan påklages i medhold av forvaltningsloven § 28. Klagefristen er satt til 6 uker regnet fra vedtakets dato, jf. forvaltningsloven § 29. En eventuell klage stiles til Kommunal- og moderniseringsdepartementet og sendes Nkom, jf. forvaltningsloven § 32.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
avdelingsdirektør

Kenneth Olsen
fagsjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift