



Nasjonal  
kommunikasjons-  
myndighet

Telenor ASA  
Snarøyveien 30

1360 FORNEBU

Vår ref.:1504996-41 -  
Vår dato: 29.11.2016

Deres ref.:  
Deres dato:

Saksbehandler: OSU, IVO, MFE, MMA

Delvis unntatt offentlighet jf. offl § 13 jf. fvl.§ 13

## Nye standardavtaler for MVNO- og tjenesteleverandørtilgang - informasjonsinnhenting og foreløpig vurdering

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) viser til vedtak 1. juli 2016 om utpeking av Telenor ASA som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (vedtaket). Nkom viser videre til Telenor Norge AS sin standardavtale for MVNO-tilgang fra 15. september 2016 og standardavtale for tjenesteleverandørtilgang fra 1. november 2016. Det vises også til nye prisvedlegg for begge tilgangsformer gjeldende fra 1. februar 2017 som Nkom mottok 25. november 2016.

### 1. Bakgrunn

Telenor ASA ble i vedtaket pålagt å utarbeide og offentliggjøre standardavtaler i tråd med vilkårene i vedtaket. Vedtaket trådte i kraft 15. september 2016, med unntak av plikter vedrørende tjenesteleverandørtilgang, som trådte i kraft 1. november 2016.

Nkom fikk 15. september 2016 oversendt Telenors nye standardavtale for MVNO-tilgang og kopi av oversendelsesbrev til eksisterende tilgangskjøpere med tilbud om ny prismodell basert på trafikkavhengige priser. Det fremgår av oversendelsesbrevet at kjøperne av MVNO-tilgang ble bedt om å angi skriftlig innen 15. oktober om de ønsker å opprettholde sin eksisterende MVNO-avtale eller å inngå ny avtale med prisvilkårene i standardavtalen. Oversendelsesbrevet angir også andre endringer som Telenor anser for å være nødvendige for å bringe de aktuelle

tilgangsavtalene i samsvar med vedtaket. Det fremgår at disse endringene blir gjort gjeldende fra 15. september 2016 selv om tilgangskjøperen velger å videreføre eksisterende avtale. Nkom fikk oversendt tilsvarende oversendelsesbrev og nye standardavtaler for tjenesteleverandørtilgang 31. oktober 2016. Kjøpere av tjenesteleverandørtilgang ble bedt om å angi skriftlig innen 1. desember 2016 om de ønsker å opprettholde sin eksisterende MVNO-avtale eller å inngå ny avtale med prismodellen i standardavtalen. Øvrige endringer i avtalevilkårene trådte i kraft fra 1. november 2016.

[Redacted] Telenor informerte om at de ville komme tilbake med informasjon om hva de konkrete prisene for hastighet da ville være. Brev med informasjon om nye priser for standard MVNO- og standard tjenesteleverandørtilgang ble sendt tilgangskjøpere 24. november 2016, samt avtaler oppdatert med nye prisvedlegg.

Nkom vil i det følgende gi sin foreløpige vurdering<sup>1</sup> av om de mest sentrale endringene i de nye standardavtalene er i tråd med pliktene vedtaket pålegger Telenor hva gjelder tilgang, ikke-diskriminering og standardavtale. I tilfeller hvor Nkom mener Telenors implementering er i konflikt med vedtaket bes Telenor om å redegjøre for sitt syn, samt i enkelte tilfeller besvare konkrete spørsmål fra Nkom.

Ettersom marginskvistestene Telenor er pålagt gjennomføres i en parallell prosess, har Nkom i dette brevet ikke vurdert standardavtalene opp mot vedtakets krav til prisregulering etter ekomloven § 4-9. Nkom gjør også oppmerksom på at vi vil kunne komme tilbake til deler av standardavtalene som ikke er vurdert i dette brevet.

## 2. Forbud mot eksklusivitet

### Vedtaket

Vedtaket begrenser Telenors adgang til å stille krav om forhandlingseksklusivitet og leveringseksklusivitet, jf. kapittel 7.3.3.2 og 7.1.7.1. Leveringseksklusivitet er i vedtaket beskrevet som begrensninger tilbyderen med sterk markedsstilling oppstiller i tilgangskjøperens rett til å ha parallelle tilgangsavtaler med ulike vertsoperatører. Det følger av vedtaket punkt 262 at krav om leveringseksklusivitet som går utover 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 for regulert tilgang. Vurderingen av hvilke vilkår

<sup>1</sup> Når Nkom i det videre omtaler sine vurderinger skal dette forstås som foreløpige vurderinger.

Telenor kan innta om leveringseksklusivitet i standardavtalene fremgår av vedtakets kapittel 7.1, jf. punkt 263.

Vedtaket uttrykker i kapittel 7.1 punkt 182 at Telenor har en legitim interesse i å stille visse krav om eksklusivitet og presiserer at Telenors adgang til å stille slike krav er begrenset av hva som er nødvendig og forholdsmessig for å ivareta denne interessen. Vedtaket anerkjenner at Telenor har en legitim interesse i at tilgangskjøper ikke skal kunne benytte regulert tilgang og samtidig tilgang hos annen vertsoperatør til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet, sammenlignet med Telenors egen virksomhet. Det følger av vedtaket at et sluttbrukertilbud som benytter parallell tilgang til annet eksternt mobilnett til å tilby en dekning som det reelt sett er grunn til å oppfatte som bedre enn hva Telenor selv kan tilby, anses for å være et relevant og signifikant konkurransefortrinn i reguleringens forstand.

Det følger videre av vedtaket at eventuelle krav om eksklusivitet ikke skal hindre tilgangskjøper i å kunne migrere hele eller deler av kundemassen til annen vertsoperatør. Vedtaket stiller i den forbindelse krav om at migrasjonsperiodens lengde skal være rimelig, både ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine sluttkunder.

For å oppnå økt klarhet om reguleringens krav og dermed økt forutberegnelighet for aktørene, er det i vedtaket foretatt presiseringer knyttet til eksklusivitet på ulike nivåer, herunder SIM, abonnementsforhold, konsern, selskap og merkevare.

### **Telenors implementering i avtalene**

Telenor har inntatt krav om leveringseksklusivitet i de nye standardavtalene punkt 2.3/2.6.<sup>2</sup> Standardavtalenes punkt 2.3/2.6 første 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 Merkevare, med unntak av tilbud under samme Merkevare som er rettet mot ulike Sluttbrukermarked»*

<sup>2</sup> Gjelder henholdsvis MVNO-avtalen punkt 2.3 og tjenesteleverandøravtalen punkt 2.6. For enkelthets skyld gjengis bare ordlyden i MVNO-avtalen.

Telenor har definert SIM, abonnement, abonnent, konsernselskap, merkevare 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.*

Standardavtalenes punkt 2.3/2.6 tredje ledd lyder slik:

*«Bestemmelsen er ikke til hinder for at Tilgangskjøperen, Tilgangskjøperens Konsernselskap eller eventuelle MVNOer og/eller Tjenesteleverandører som Tilgangskjøperen måtte videregjøre tilgang 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.»*

Standardavtalenes punkt 9.3.1/8.3.1 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 opptre i strid med pkt. 2.3. [...]*

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

### **Nkoms foreløpige vurdering**

Etter vedtaket kan Telenor ikke stille krav om eksklusivitet utover det som følger av Telenors legitime behov. Etter Nkoms foreløpige vurdering betinger Telenor seg eksklusivitet som går lenger enn vedtaket åpner for. Dette utdypes nedenfor.

Vurderingstemaet Telenor angir i standardavtalene er hvorvidt tilgangskjøper gjør bruk av annet nett for tilsvarende bærertjenester på en slik måte at det begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nettverk. Nkom registrer at vurderingstemaet avviker fra vurderingstemaet som vedtaket trekker opp, nemlig at regulert tilgang til Telenors mobilnett benyttes til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet. Den åpne formuleringen «begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nett. Herunder [...]» innebærer etter Nkoms vurdering et usikkerhetsmoment som er egnet til å undergrave tilgangskjøpers reelle mulighet for å kjøpe parallell tilgang.

Nkom viser videre til at vedtaket gjennom begrepene signifikant og relevant oppstiller en terskel for hvilken bruk av annen vertsoperatør som Telenor anses for å ha en legitim interesse i å beskytte seg mot. En tilsvarende terskel er ikke reflektert i standardavtalene. Standardavtalene synes således etter sin ordlyd å ramme enhver bruk av annet nett som har til virkning at konkurransen begrenses eller uthules uten hensyn til om bruken kan anses å gi grunnlag for et signifikant og relevant konkurransefortrinn. Fraværet av en terskel som nevnt ovenfor innebærer etter Nkoms vurdering at Telenor betinger seg eksklusivitet utover hva vedtaket åpner for.

Nkom viser videre til at vedtaket knytter eventuelle kvalifiserte konkurransemessige virkninger til det relevante sluttbrukermarkedet. Standardavtalene knytter virkningene til konkurransen mellom mobile nett. Nkom registrer at Telenor omtaler bruk av «annet nett», mens den konkurransebegrensende virkningen er knyttet til «konkurransen mellom mobile nett». Vedtaket på sin side omtaler bruk av annen vertsoperatør. Det fremstår som uklart om Telenor med «nett» sikter til noe annet enn «mobile nett» og videre hvordan begrepet «nett» forholder seg til «vertsoperatør» som er begrepet som benyttes i vedtaket. Nkom ber derfor Telenor om å redegjøre for denne begrepsbruken i standardavtalene.

For å sikre økt klarhet om reguleringen og økt forutberegnelighet for tilgangskjøper og Telenor har Nkom foretatt nærmere presiseringer i vedtaket. Vedtaket åpner for bruk av eksklusivitet på «samme SIM», og Telenor har stilt krav om slik eksklusivitet i sine standardavtaler. Nkom registrerer imidlertid at Telenor har definert «SIM» som «fysiske SIM etc.». Bestemmelsen kan forstås som at Telenor mener å ha legitime behov for eksklusivitet også på terminalnivå. Vi ber Telenor presisere hva som kan falle inn under flertallsformen, altså at SIM kan omfatte flere fysiske SIM, samt hva som faller inn under «etc.» og som ikke fanges opp av de øvrige elementer i SIM-definisjonen.

Vedtaket åpner også for bruk av eksklusivitet knyttet til «samme abonnementsforhold». Om flere abonnementer faktureres samlet er retningsgivende for hvilke abonnementer som utgjør samme abonnementsforhold, jf. vedtaket punkt 186 note 25. Vedtaket omfatter i motsetning til

standardavtalene imidlertid ikke presiseringer knyttet til abonnent-nivå. Vi ber Telenor redegjøre for hvilke legitime behov selskapet mener å ha som tilsier eksklusivitet knyttet til abonnent-nivå, og hvilke muligheter Telenor mener tilgangskjøpere uten krav om slik eksklusivitet vil ha til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn.

Telenors nye standardavtaler inntar «tilknyttede brukere» i definisjonen av «Abonnement» og dermed også «Abonnent». Vi ber Telenor om å redegjøre nærmere for hva som menes med «herunder for tilknyttede brukere» og en nærmere redegjørelse for hvilke tilfeller uttrykket vil omfatte.

Vilkår om eksklusivitet på merkevarenivå skal ikke inngå i Telenors avtaler dersom tilbudet retter seg mot ulike sluttbrukermarkeder, for eksempel privat og bedrift, jf. vedtaket punkt 189. Nkom har i vedtaket definert fem sluttbrukermarkeder: telefonikoblede mobiltjenester – privat<sup>3</sup>, telefonikoblede mobiltjenester – bedrift, mobilt bredbånd – privat<sup>4</sup>, mobilt bredbånd – bedrift og maskin-til-maskin-kommunikasjon.<sup>5</sup> Telenors standardavtaler åpner for unntak for «ulike Sluttbrukermarked». Sluttbrukermarked er imidlertid definert til å gjelde enten bedriftssegmentet eller privatsegmentet. Etter Nkoms vurdering er dette snevrere enn vedtaket fastsetter og innebærer at Telenor betinger seg eksklusivitet utover hva vedtaket åpner for.

Det følger av vedtaket at eksklusivetsbetingelser for å hindre relevante og signifikante konkurransefortrinn ikke skal hindre tilgangskjøper i å kunne migrere hele eller deler av sin kundemasse til annen vertsoperatør. Migrasjonsperiodens lengde skal være rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine sluttkunder, jf. vedtaket punkt 184.

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

<sup>3</sup> Se markedsanalysen 2.3.10 punkt 93.

<sup>4</sup> Se markedsanalysen 2.3.11.5 punkt 119.

<sup>5</sup> Markedsanalysen 2.3.12 punkt 120.



### **Hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav**

Telenor er pålagt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang. Avtaler skal sluttforhandles uten ugrunnet opphold, og dersom tilgang nektes plikter Telenor å gi anmoder et dokumentert og begrunnet avslag, jf. marked 15-vedtaket kapittel 8.1 med videre henvisninger. Anmoder vil kunne bringe et avslag inn for Nkom.

Lovens ordning er at tilgangsplikten skal oppfylles gjennom avtaler som gir tilgangskjøper forutsigbar tilgang. Dersom Telenor skulle kunne utforme avtalevilkår som gir Telenor vid adgang til å si opp eller heve tilgangsavtalen, vil Telenor kunne tvinge tilgangskjøper ut i stadig nye avtaleforhandlinger. Dette ville innebære at Telenor i praksis selv ville fastsette tilgangsplikten rekkevidde, og at tilgangskjøperen fratas forutsigbarheten i den regulerte tilgangen. Dette får imidlertid ikke direkte betydning her, ettersom gjennomføring av bruksbegrensning i disse tilfellene krever tillatelse fra myndigheten, jf. ekomloven § 2-5 sjette ledd. Telenor kan således ikke stenge ned tilgangen uten samtykke fra Nkom.

Telenor synes gjennom standardavtalenes punkt 9.3.1/8.3.1 å betinge seg ensidig rett til å heve avtalen «helt eller delvis» ved ethvert tilfelle hvor tilgangskjøper opptrer i strid med punkt 2.3/2.6. Bestemmelsen om bruksbegrensning, som er begrunnet blant annet i hensynet til konkurransen, vil ikke nå sitt formål om Telenor kan betinge seg hevingsrett med umiddelbar virkning for ethvert tilfelle av at tilgangskjøper opptrer i strid med eksklusivitetsbestemmelsen.

Etter Nkoms vurdering kan Telenor ikke i standardavtalene betinge seg en ensidig rett til å heve en tilgangsavtale ved enhver opptreden i strid med eksklusivitetsbestemmelsen.

### **Revisjon, kontroll og dokumentasjonsplikt**

Marked 15-vedtaket punkt 255 forbyr Telenor å benytte urimelige krav i sine standardavtaler og tilgangsavtaler. Kontraktsvilkår som stiller krav om informasjon som går lenger enn berettiget («justified») er spesielt nevnt i ERGs virkemiddeldokument som eksempel på «undue requirements», som kan omfattes av et krav til rimelighet («a reasonableness condition») og som også kan adresseres gjennom krav til transparens.<sup>6</sup>

I den tidligere standardavtalen for MVNO-tilgang punkt 5.4 betinget Telenor seg rett å foreta revisjon og kontroll av at tilgangskjøper oppfylder krav som er fastsatt til nettverksutstyr, signalering mv., samt rapportering. I den nye standardavtalen for MVNO-tilgang er

<sup>6</sup> Side 31 og 92 i «Revised ERG Common Position on the Approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework» ERG (06) 33 datert 20.5.2006. Dokumentet er publisert på Nkoms nettsted: [http://www.nkom.no/market/markedsregulering-smp/rammer/introduksjon-til-markedsregulering-smp/\\_attachment/20019?\\_ts=15022af2634](http://www.nkom.no/market/markedsregulering-smp/rammer/introduksjon-til-markedsregulering-smp/_attachment/20019?_ts=15022af2634)

bestemmelsen utvidet til også å gjelde «revisjon og kontroll av at tilgangskjøperen oppfyller de krav som følger av [...] punkt 2.3» om eksklusivitet.<sup>7</sup> Etter den nye tilgangsavtalen har tilgangskjøper også plikt til å «fremlegge dokumentasjon som viser at tilgangskjøper overholder forpliktelsene i punkt 2.3.» Etter punkt 5.4/4.5 skal «revisjon og kontroll» foretas av noen Telenor har pekt ut, som skal være «uavhengig».

Kriterier som «begrenser eller uthuler konkurransen», «salg», «markedsføring», «merkevare», «SIM», «abonnenter» og «abonnementer» inngår alle i standardavtalens eksklusivetsbestemmelse. Bestemmelsen synes slik i liten grad å begrense hvilket materiale tilgangskjøper plikter å stille til rådighet.

Bestemmelsen inneholder også få andre begrensninger for Telenors rettigheter etter avtalen, eksempelvis gjelder det ikke krav om konkrete holdepunkter for at tilgangskjøper bryter reglene, og det er opp til Telenor å bestemme når slike prosesser skal iverksettes. Nkom bemerker at Telenor med dette synes å betinge seg en langt videre adgang til informasjon enn den som følger av tvisteloven kapittel 28 om bevissikring utenfor rettssak.

Etter Nkoms vurdering må det utvises varsomhet når det gjelder bestemmelser som forplikter tilgangskjøper til ensidig, vid informasjonsplikt mv. om sin virksomhet. BEREC gir også uttrykk for en slik restriktiv holdning i forholdet mellom nettverksoperatør og tilgangskjøper i deres retningslinjer for grossisttilgang til gjestingstjenester, det vises til Guideline 5 hvor BEREC uttrykker følgende: «The MNO may not, during consideration of the request, seek information on the commercial nature of the services which the access seeker plans to offer.»<sup>8</sup>

Bestemmelsen avgrenser ikke mot forholdet mellom tilgangskjøper og tredjepart, og kan synes å ta sikte på å kartlegge dette forholdet. En rekke opplysninger om fremgangsmåter, drifts- og forretningsforhold og øvrige forhold mellom tilgangskjøper og annen vertsoperatør vil kunne være omfattet konfidensialitetsbestemmelser.<sup>9</sup> Den annen vertsoperatør vil være Telenors konkurrent både i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet. Dette tilsier etter Nkoms vurdering at det bør utvises særskilt varsomhet med å utforme bestemmelser om vid, ensidig adgang til revisjon mv.

<sup>7</sup> Etter standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang er bestemmelsen utvidet til revisjon og kontroll av at tilgangskjøper oppfyller sine forpliktelser, se nedenfor.

<sup>8</sup> BEREC Guidelines on the application of Article 3 of the Roaming Regulation – WHOLESale ROAMING ACCESS, 27. September 2012.

<sup>9</sup> Konfidensialitetsbestemmelsen i standardavtalen punkt 11/10 viser at en rekke opplysninger vil kunne være undergitt konfidensialitet, og at det etter kontrakten vil kunne anses svært viktig å hindre spredning av slike opplysninger til tredjepart.



Bestemmelsen i standardavtalene angir ingen grensedragninger mot opplysninger som tilgangskjøper kan eller må nekte tilgang til. Nkom antar likevel at avtalen må forstås slik at visse opplysninger er unntatt fra revisjon mv, eksempelvis tilgangskjøpers og tredjeparters forretningshemmeligheter<sup>10</sup>. Nkom ber Telenor bekrefte hvorvidt dette er en riktig forståelse av avtalen. Videre bes Telenor om å redegjøre for hvilke opplysninger tilgangskjøper vil kunne unnta, herunder om tilgangskjøper kan unnta opplysninger som omfattes av avtalefestet konfidensialitet.

Nkom legger til grunn at tilgangskjøper selv vil måtte gjennomgå det materiale som skal revideres mv. for å trekke grensen mellom opplysninger som pliktes fremlagt og opplysninger som kan eller må unntas. Dette både av hensyn til egen virksomhet, tillitsforhold og avtalt konfidensialitet med tredjeparter. Dette vil kunne være et omfattende arbeid, og påføre tilgangskjøper betydelige kostnader.

For tilgangsselgere og øvrige tredjeparter vil Telenors vide rett til informasjon også kunne oppfattes som en potensiell og vedvarende risiko for at Telenor får innblikk i konfidensiell informasjon. Dette gjelder selv om kontroller mv. skal skje ved «uavhengig» representant utpekt av Telenor.

Dette kan igjen føre til strengere vilkår eller mindre vilje til å dele konfidensiell informasjon med tilgangskjøper. Standardavtalens meget vide bestemmelse om revisjon, kontroll og plikt til dokumentasjon er slik egnet til å kunne øke tilgangskjøpers kostnader og begrense salget, jf. marked 15-vedtaket punkt 53 og ERG (06) 33 side 92.

Etter Nkoms vurdering er behovet for å innta spesifikke bestemmelser om revisjon, kontroll og dokumentasjonsplikt for å sikre etterlevelse av eksklusivitetsbestemmelser begrenset, ut fra blant annet føringene som allerede følger av vedtaket, transparensen i markedene og risikoen for tilgangskjøper ved brudd. Behovet for en ensidig rett til revisjon, kontroll og dokumentasjon for eksklusivitet synes etter Nkoms vurdering å være lite.

Etter Nkoms vurdering er den meget vide retten i den nye standardavtalen punkt 5.4 til revisjon, kontroll og dokumentasjon i strid med marked 15-vedtakets forbud mot urimelige vilkår, jf. punkt 255.

I den nye standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang punkt 4.5 er kontroll- og revisjonsplikten ikke begrenset til eksklusivitet, men generelt at «Tjenesteleverandøren oppfylder sine forpliktelser etter Avtalen». Dokumentasjonsplikten er imidlertid som for den nye

<sup>10</sup> Sammenlign bevisfritaket etter tvisteloven § 22-10

standardavtalen for MVNO-tilgang begrenset til eksklusivetsbestemmelsen. Den ensidige retten til revisjon, kontroll og krav om dokumentasjon rekker her ytterligere videre enn etter MVNO-avtalen. Etter Nkoms syn blir vurderingen i hovedsak som for standardavtalen for MVNO-tilgang, slik at også punkt 4.5 i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang etter Nkoms vurdering er i strid med marked 15-vedtaket som et urimelig vilkår. Det kan også være aktuelt å vurdere bestemmelsen opp mot kravet til ikke-diskriminering.

### **Samlet vurdering av endringer knyttet til eksklusivitet**

Etter Nkoms vurdering synes Telenors utforming av bestemmelsene om eksklusivitet<sup>11</sup> klart videre enn det marked 15-vedtaket åpner for.

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

## **3. Krav til å imøtekomme rimelig anmodning om endring av innendørsdekning**

### **Vedtaket**

Tilgangsplikten omfatter i følge vedtaket også dekning innendørs, og Telenor skal i medhold av vedtaket 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 må være rimelige og rettferdige.

### **Telenors implementering i avtalene**

Nkom kan ikke se at vilkår for å endre/forbedre innendørsdekning er inkludert i avtalene.

---

<sup>11</sup> Punkt 2.3 i standardavtalen for MVNO-tilgang og punkt 2.6 i avtalen om tjenesteleverandørtilgang.

### **Nkoms foreløpige vurdering**

Standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang på ikke-diskriminerende vilkår med de presiseringer som følger av vedtaket. Transparente vilkår er sentralt for at tilgangsplikten skal være tilstrekkelig effektiv og legge til rette for at kravet til ikke-diskriminering overholdes.

Nkom ber Telenor begrunne hvorfor slike vilkår ikke inngår i de nye standardavtalene.

## **4. Krav om ikke-diskriminerende pris**

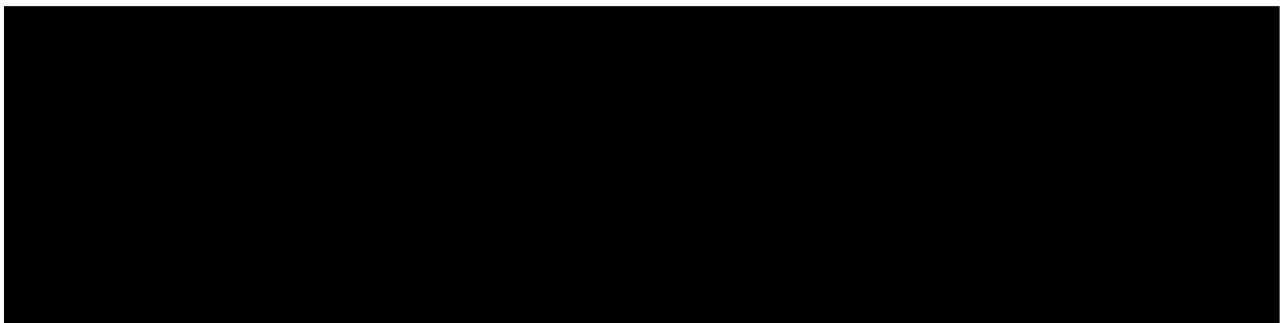
### **Vedtaket**

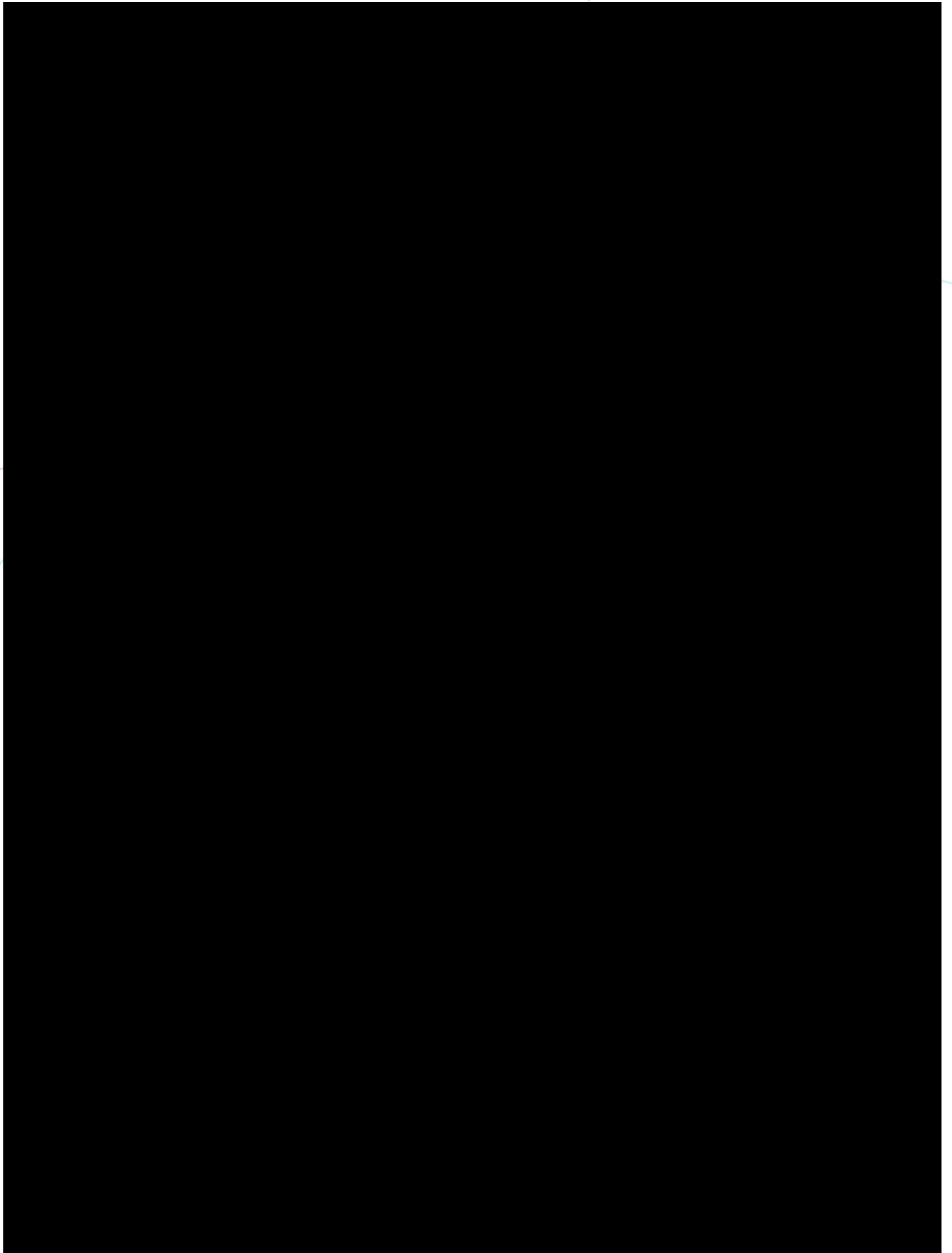
Krav til ikke-diskriminerende pris mellom egen og eksterne virksomheter er beskrevet i kapittel 7.2.2.1 i vedtaket. Her fremgår det at kravet blant annet innebærer at

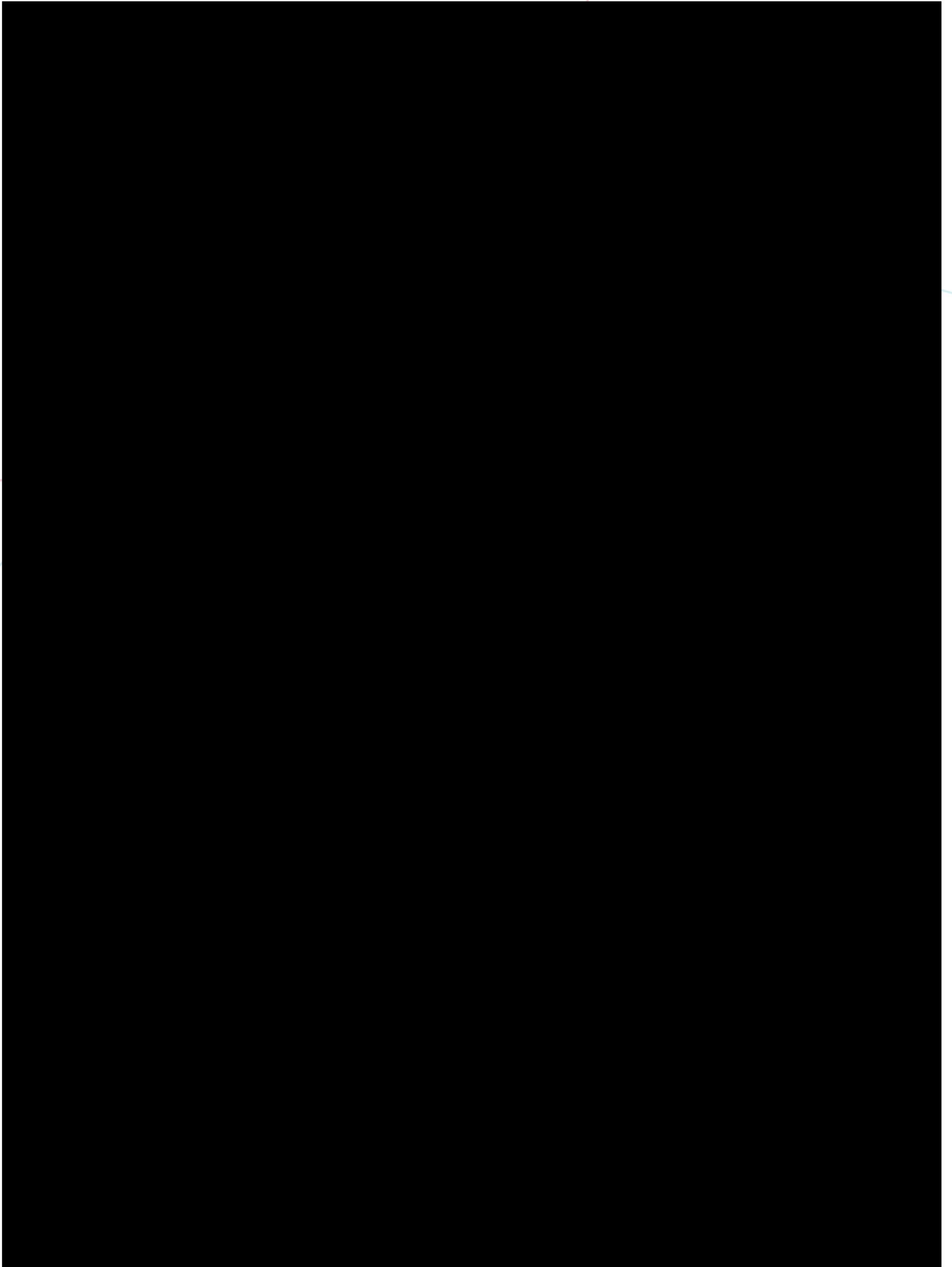
- tilbudet Telenor gir eksterne kjøpere av tilgang skal gi likeverdige muligheter som Telenors sluttbrukervirksomhet til å konkurrere i sluttbrukermarkedet.
- tilgangskjøpere, så langt som mulig, skal ha samme fleksibilitet som Telenor til å utforme sluttbrukerprodukter.
- prisstrukturer som tilbys tilgangskjøpere ikke kan ha etableringshindrende eller ekskluderende virkning.
- Telenor må tilby en tilgangsavtale som baseres på trafikkavhengige (variable) priser, herunder må denne:
  - ikke utformes på en måte som har tilsvarende effekt som fastpris per abonnement.
  - ikke inneholde fastavgifter på abonnementsnivå for datahastigheter.

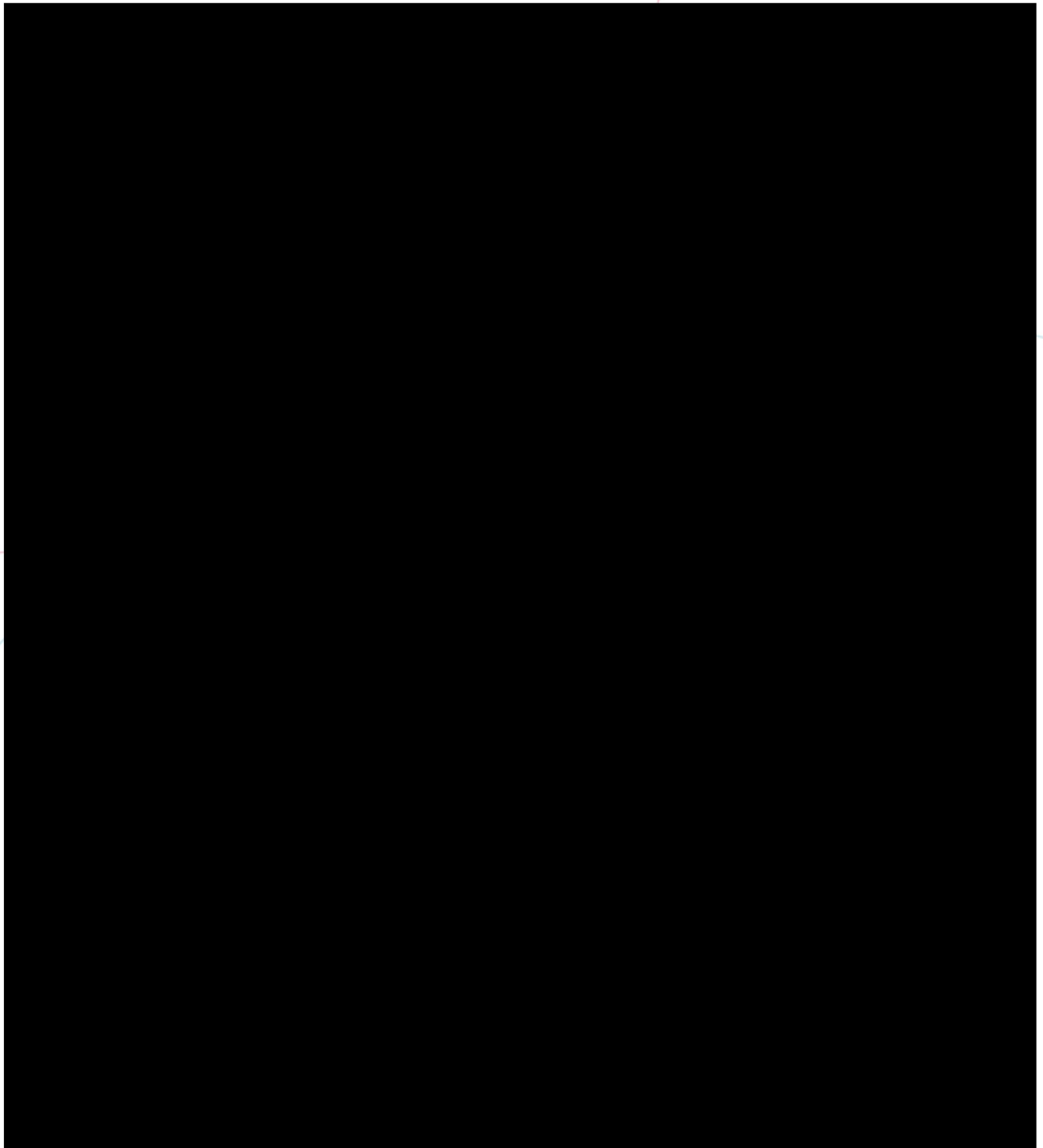
Kravet til ikke-diskriminering på pris mellom egen og eksterne virksomheter er ikke til hinder for at Telenor kan tilby andre prisstrukturer for å dekke ulike behov i markedet. Telenor kan tilby flere prisstrukturer til én og samme tilgangskjøper.

### **Telenors implementering i avtalene**



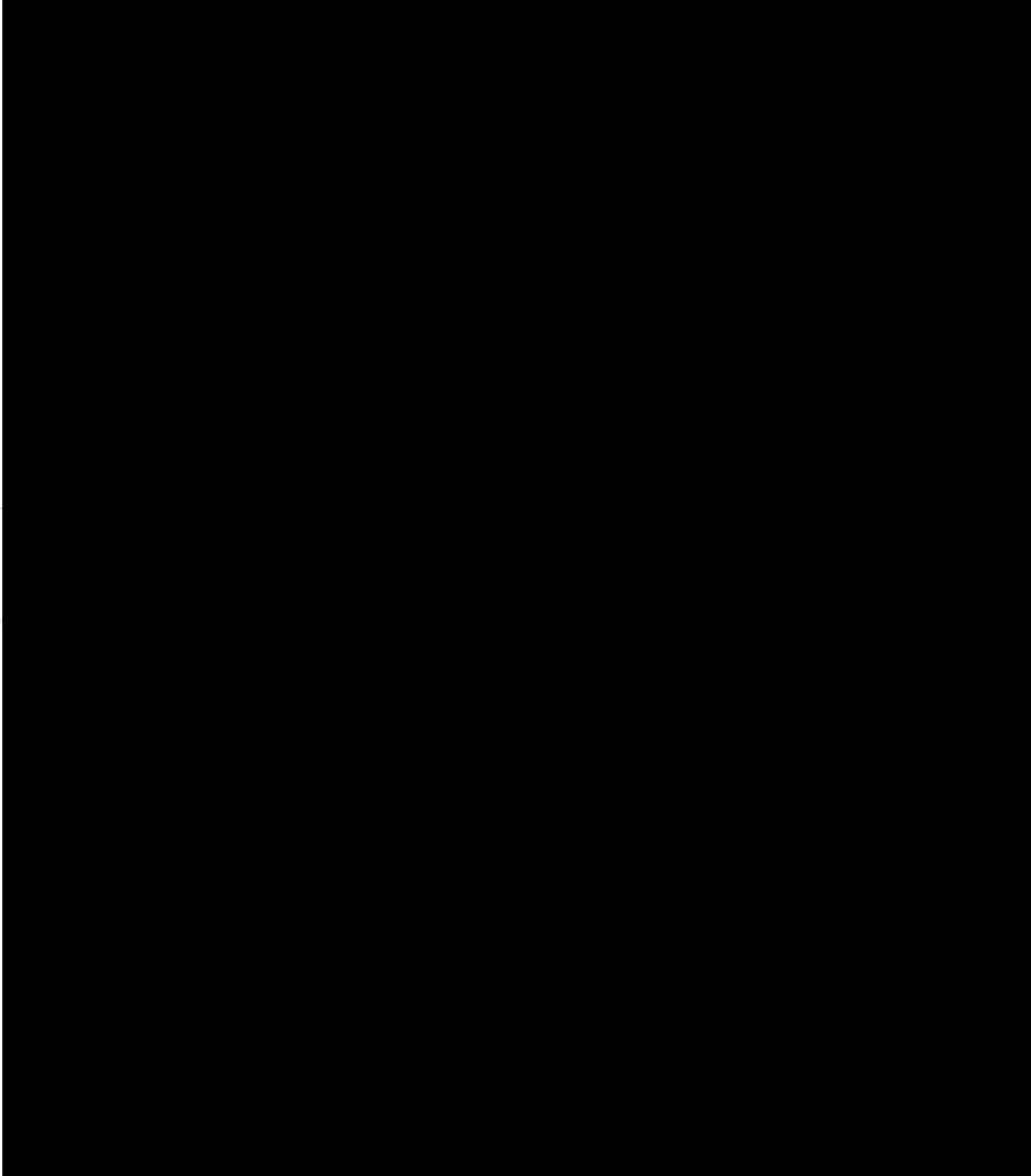






Det er Nkoms vurdering at Telenors implementering av variabel pris i realiteten ikke har medført at SIM- avgiften er fjernet, men at den fremstår i en noe annen form og samtidig er økt. Nkoms vurdering er på denne bakgrunn at prismodellen for datatrafikk er i konflikt med kravet til ikke-diskriminering.





Nkoms vurdering er på denne bakgrunn at prismodellen for datahastighet er i konflikt med kravet til ikke-diskriminering.

### Prisnivå

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

Telenor er pålagt å tilby tilgangspriser som ikke setter kjøper av tilgang i marginskvis, jf. kapittel 8.5 i vedtaket. Nkom vil vurdere om prisnivået er i tråd med prisreguleringen når marginskvistestene er gjennomført.

## **5. Forbud mot diskriminering mellom eksterne**

### **Vedtaket**

Det følger av vedtaket at kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne innebærer en bestevilkårslære i den forstand at når en tilbyder oppnår bedre vilkår, så skal Telenor tilby tilsvarende vilkår til andre kjøpere av samme tilgangsform. Kravet innebærer at kjøpere av regulert tilgang skal ha mulighet til å inngå tilgangsavtale på slike vilkår, herunder med de prisopsjoner, som følger av eksisterende tilgangsavtaler. Vedtaket presiserer at plikten til å gjennomføre en slik bestevilkårslære påligger Telenor, og at Telenor skal sørge for transparens som gjør det mulig for tilgangskjøpere å velge blant eksisterende tilbud. Vedtaket fremholder videre at det er avgjørende at tilgangskjøper relativt raskt kan få endret sine prisvilkår for at muligheten til å velge blant eksisterende tilgangsavtaler skal være reell.

### **Telenors implementering i avtalene**

Den nye standardavtalen for MVNO-tilgang har i følge punkt 13.1 18 måneders varighet. Standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang har tilsvarende varighet i følge avtalens punkt 12.

### **Nkoms foreløpige vurdering**

Nkom kan ikke se at avtalene inkluderer mekanismer som gjør det mulig for tilgangskjøpere å få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av bestevilkårsbestemmelsen. Nkom ber derfor Telenor om å redegjøre for hvordan dette kravet vil bli ivaretatt.

## 6. Ensidig endringsadgang

### Vedtaket

Vedtaket fremholder at tilgangskjøpers forutsigbarhet om egne rammebetingelser er viktig, og oppstiller et generelt forbud mot ensidig ubetinget endringsadgang for Telenor. Adgang til ensidig endring som ikke er knyttet til et konkret forhold skaper en uforutsigbarhet som ikke gjør seg tilsvarende gjeldende for Telenor, jf. kapittel 7.3.3.1 og 7.2.2. Både tilgangskjøper og tilgangsselger vil likevel kunne være tjent med endringsmekanismer, men slike skal som et klart utgangspunkt innrettes slik at endringer bare kan gjøres gjeldende ved enighet. Det fremgår videre av vedtaket både at vilkår i standardavtalene skal være rimelige, og at Telenor er forpliktet til å møte rimelige anmodninger med rimelige og rettfærdige vilkår jf. vedtaket punkt 255 og kapittel 7.1.7.1.

### Telenors implementering

Endringsadgang som følge av offentligrettslige krav er regulert i den nye standardavtalen for MVNO-tilgang punkt 6.2, og punkt 5.2 i standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang (skrives heretter på formen «6.2/5.2») mens endringsadgang for øvrige tilfeller er regulert i punkt 15/14.

De nye standardavtalene punkt 6.2/5.2 om endringsadgang som følge av offentligrettslige krav, lyder i første avsnitt slik:<sup>16</sup>

«For det tilfellet at hele eller deler av Avtalen skulle være, eller blir i strid med gjeldende lov, forskrift, vedtak eller andre former for offentligrettslig regulering, herunder at Telenor Norge ved å etterleve Avtalen risikerer å opptre i strid med offentligrettslige forpliktelser, 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 etter Telenor Norges oppfatning er nødvendige for å bringe Avtalen i samsvar med slik regulering for at Telenor Norge skal oppfylle sine regulatoriske forpliktelser. med rimelig frist, eller slik frist som følger av den offentligrettslige reguleringen. Endringene skal så nært som mulig fremme samme formål som opprinnelige bestemmelser. Dersom endringene vesentlig endrer forutsetningene for Avtalen har Partene rett til å si opp Avtalen med seks (6) måneders skriftlig varsel.»

Den tilsvarende bestemmelsen i den tidligere standardavtalens punkt 15 for MVNO-tilgang lød slik:

«Telenor Norge kan endre vilkårene, herunder pris, i Avtalen med tre (3) måneders skriftlig varsel. Slikt varsel kan tidligst gis 5 mnd'er etter avtalens ikrafttredelse. Dersom

<sup>16</sup> Det er foretatt en rekke endringer av denne bestemmelsen og den gjengis derfor med endringsmarkeringer.

endringene endrer Avtalen til Tilgangskjøperens ugunst, har Tilgangskjøperen rett til å si opp Avtalen med skriftlig varsel innen en (1) måned etter mottatt varsel fra Telenor Norge, og med seks (6) måneders oppsigelsesperiode. Nye vilkår gjøres ikke gjeldende i oppsigelsesperioden.»

De nye standardavtalene punkt 15/14 om endringsadgang i øvrige tilfelle er utformet slik:

#### «15.1 Endringer i prisene

Telenor Norge kan med to (2) måneders skriftlig varsel endre prisene i Avtalen som følge av endringer i Telenors kostnadsbilde, herunder endringer i skatter og avgifter.

#### 15.2 Endringer i vilkårene

Telenor Norge kan gjøre endringer i vilkårene som følge av at

- a) Forutsetningene for Avtalen endres grunnet forhold utenfor Telenor Norges rimelige kontroll, herunder at avtaler med tredjeparter endres eller erstattes, og ved endringer i markedsmessige forhold. Endringene skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig.
- b) Telenor Norge selv gjør oppdateringer i bæretjenestene, jf. punkt 2.4, herunder videreutvikling av funksjonalitet og endringer i kvalitet mv. Endringene skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig.
- c) Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett av 1. juli 2016 (Marked 15-vedtaket) blir presisert, endret eller opphevet som følge av klagebehandling eller domstolsbehandling. Telenor Norges endringsrett etter denne bestemmelsen omfatter enhver endring det endrede markedsvedtaket gir grunnlag for, også dersom inngått Avtale mellom Telenor Norge og Tilgangskjøper ikke påvirkes direkte, og omfatter også rett for Telenor Norge til å si opp Avtalen.
- d) Ekommyndighetene i rettevedtak med hjemmel i ekomloven gir uttrykk for en forståelse av markedsreguleringen som avviker fra det Telenor Norge har lagt til grunn ved inngåelse av denne Avtale. Dersom Telenor Norge vurderer at rettevedtaket vesentlig endrer de kommersielle forutsetningene for tilbudet om tilgang som ligger til grunn for Avtalen, herunder dersom rettevedtaket får vesentlige konsekvenser for pris, prisstruktur eller prismodell i Telenor Norge standardtilbud, kan Avtalen endres selv om vilkårene i inngått Avtale mellom Telenor Norge og Tilgangskjøper ikke påvirkes direkte. Endringsrett etter dette punkt omfatter også rett til oppsigelse.

Telenor Norge skal gi to (2) måneders skriftlig varsel før endringen trer i kraft. Ved endringer som nevnt i bokstav a) og b) kan Tilgangskjøperen si opp Avtalen dersom

endringen er vesentlig til Tilgangskjøperens ugunst, og forutsatt at Tilgangskjøperen gir skriftlig varsel innen én (1) måned etter å ha mottatt varsel fra Telenor Norge om endringen. Oppsigelsesperioden skal i så fall være seks (6) måneder. Endringene trer ikke i kraft i oppsigelsesperioden.»

## **Nkoms foreløpige vurdering**

### **Innledning**

En ubetinget og ensidig endringsadgang for Telenor er egnet til å skape kommersiell usikkerhet for tilgangskjøper. En slik usikkerhet er etter Nkoms vurdering å anse som en kostnad for tilgangskjøper. Etter Nkoms vurdering er det ikke rimelig å anse at en tilsvarende uforutsigbarhet kan gjøre seg gjeldende for Telenors egen sluttbrukervirksomhet.<sup>17</sup> Vedtaket fastslår at bestemmelser som gir Telenor en ubetinget og ensidig endringsadgang er et urimelig og diskriminerende avtalevilkår som ikke kan inngå i Telenors standardavtaler, jf. vedtaket punkt 259 og 260.

Vedtaket anerkjenner at både Telenor og tilgangskjøper vil kunne være tjent med at tilgangsavtalen inneholder endringsmekanismer. Som det fremgår av vedtaket legger Nkom imidlertid til grunn at endringer i avtaleforholdet bør skje gjennom forhandlinger. Endringsmekanismer i tilgangsavtalene skal derfor som et klart utgangspunkt innrettes slik at endringer bare skjer ved enighet, jf. vedtaket punkt 257.

Vedtaket anerkjenner samtidig at Telenor i visse sammenhenger har en legitim interesse i å gjennomføre betingede ensidige endringer av avtaleforholdet. Etter Nkoms vurdering er det sentralt at betingelsene Telenor stiller for ensidig endringsadgang ikke innrettes slik at de gir Telenor et handlingsrom som innebærer at tilgangskjøper påføres en kommersiell usikkerhet som er egnet til å ha lignende virkning som en ensidig og ubetinget endringsadgang. En slik virkning vil etter Nkoms vurdering blant annet kunne gjøre seg gjeldende dersom betingelsen for ensidig endringsadgang er knyttet til forhold som avtaleparten vanskelig kan etterprøve.

I de nye standardavtalene har Telenor inntatt ensidig endringsadgang i punkt 6.2/5.2 om «[e]ndringer som følge av offentligrettslige krav», punkt 15.1/14.1 om «[e]ndringer i prisene» og 15.2/14.2 om «[e]ndringer i vilkårene».

I det følgende gjennomgår Nkom de enkelte alternativer for ensidig endringsadgang. Deretter behandles varslingsfristen. Avslutningsvis foretas en samlet vurdering av Telenors ensidige endringsadgang etter de nye standardavtalene.

---

<sup>17</sup> Jf. marked 15-vedtaket punkt 259.

### **Ensidig endringsadgang etter standardavtalen punkt 6.2/5.2 om «[e]ndringer som følge av offentligrettslige krav»**

Reguleringen anerkjenner at Telenor har en legitim interesse i å kunne foreta visse ensidige endringer som følge av endrede regulatoriske forhold, jf. vedtaket punkt 258.

Endringer som følge av offentligrettslige krav er regulert i standardavtalenes punkt 6.2/5.2. I den tidligere standardavtalen var Telenors endringsadgang begrenset til tilfelle der avtalen «skulle være, eller blir i strid med [...] offentligrettslig regulering».

I de nye standardavtalene er endringsadgangen for Telenor utvidet til at Telenor kan foreta endring dersom selskapet «risikerer å opptre i strid med offentligrettslige forpliktelser».

Det synes svært uklart hva som ligger i at Telenor «risikerer» å opptre på en slik måte. Nkom finner det klart at denne betingelsen for ensidig endringsadgang svekker tilgangskjøperes forutsigbarhet. Et slikt vilkår for endringsadgang kombinert med rett til de endringer som etter Telenors oppfatning er nødvendige, gir Telenor et svært stort handlingsrom. Etter Nkoms vurdering er kriteriene av en slik art at det de facto er tale om ubetinget endringsadgang. Etter Nkoms vurdering er bestemmelsen derfor ikke i samsvar med kravet til ikke-diskriminering.

### **Endringsadgang etter standardavtalen punkt 15/14**

#### **Punkt 15.1 om «[e]ndringer i prisene»**

Etter punkt 15.1/14.1 i de nye standardavtalene har Telenor ensidig adgang til å endre avtalen ved «endringer i Telenors kostnadsbilde, herunder endringer i skatter og avgifter».

Nkom antar at Telenors «kostnadsbilde» i betydelig grad vil være tett sammenvevd med Telenors interne aktiviteter. For tilgangskjøpere vil det kunne være høyst usikkert og lite transparent hva Telenors «kostnadsbilde» er, når det skjer «endringer» og hvordan disse konkret slår ut. Telenor oppstiller dermed betingelser som er svært vanskelige eller umulige for avtaleparten å etterprøve. Telenor har videre ikke inntatt noen begrensning med hensyn til i hvilket omfang selskapet kan gjøre endringer i medhold av denne klausulen. Endringsadgangen har etter Nkoms vurdering tilsvarende virkninger for tilgangskjøperer som en ubetinget endringsadgang.

Nkom ser for øvrig grunn til å minne om at Telenor er underlagt både krav om ikke-diskriminering og prisregulering, og at Telenor må ta disse forpliktelsene i betraktning når selskapet vurderer hvordan de skal respondere på eventuelle endringer i eget kostnadsbilde. Nkom bemerker for ordens skyld at de regulatoriske kravene ikke er å anse som et grunnlag i seg selv for Telenor til å betinge seg endringsadgang.



Hva gjelder «endring i skatter og avgifter» bemerker Nkom at det behovet for en ekomtilbyder til å betinge seg ensidig endringsadgang, og det med relativt kort frist, synes å være begrenset under norske forhold. Som vist til i forrige avsnitt kan Nkom ikke se at Telenor har inntatt noen begrensning av hvilke endringer Telenor kan innføre dersom vilkåret for ensidig endring skulle være oppfylt. Så vidt Nkom kan bedømme har Telenor ikke tidligere betinget seg slik endringsadgang i tilsvarende tilgangsavtaler. Etter Nkoms vurdering er bestemmelsen uklar både på vilkårssiden og med hensyn til virkninger. Nkom ber Telenor om å redegjøre for sitt behov for denne ensidige endringsadgangen, herunder ber Nkom om eventuelle eksempler de senere årene der norske skatter og/eller avgifter uventet og på kort varsel har blitt endret til ugunst for Telenor.

Det relevante markedet er karakterisert av at det er et svært begrenset antall aktører på tilbudssiden og begrenset grad av kjøpermakt. Flere plikter på Telenor er innrettet mot å legge til rette for bedret kjøpermakt og økt markedsdynamikk. Telenors vide ensidige endringsadgang 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 mer langsiktige sluttbrukeravtaler hos tilgangskjøper kan trekke i samme retning.

Oppsummert er det Nkoms vurdering at Telenor i standardavtalen punkt 15/14 oppstiller betingelser som avtaleparten ikke eller i svært begrenset grad har mulighet for å etterprøve, og at endringsadgangen fremstår de facto som en ubetinget endringsadgang.

### **Punkt 15.2 om «[e]ndringer i vilkårene»**

#### **Endringer utenfor rimelig kontroll og markedsmessige endringer – 15.2 a) / 14.2 a)**

Etter standardavtalens punkt 15.2 a)/ 14.2 a) kan Telenor ensidig endre avtalen når «[f]orutsetningene for Avtalen endres» grunnet forhold utenfor Telenors «rimelige kontroll, herunder at avtaler med tredjeparter endres eller erstattes».

Nkom konstaterer at terskelen for å utløse ensidig endringsadgang også etter denne klausulen synes å være lav. Nkom legger til grunn at Telenor gjennom bruken av «rimelige kontroll» utvider sin ensidige endringsadgang i forhold hva som ville være gjeldende dersom endringsadgangen var knyttet til Telenors kontrollsfære. Etter Nkoms vurdering vill tilgangskjøper reelt sett ha begrensede muligheter til å etterprøve om et gitt forhold er «utenfor Telenors rimelige kontroll». Muligheten til å etterprøve om vilkåret er oppfylt vanskeliggjøres ytterligere ved at vurderingen er knyttet til «forutsetningene for avtalen». Etersom virkingen av at vilkåret er oppfylt er en ensidig endringsadgang for Telenor, legger Nkom til grunn at det her

siktes til Telenors egne forutsetninger for avtalen. Det synes i utgangspunktet svært vanskelig for en kjøper av tilgang å kunne etterprøve en slik subjektiv vurdering. Bruken av begrepene «markedsmessige forhold», uten å oppstille noen form for kvalifisering, bidrar etter Nkoms vurdering til å gjøre tilgangskjøpers stilling lite forutsigbar.

Innholdet i de endringer Telenor kan gjennomføre i medhold av denne avtalebestemmelsen er begrenset til det som er «nødvendig». Hva som er «nødvendig» fremstår imidlertid som en subjektiv vurdering, og gir etter sin ord lyd rom for ensidig å gjennomføre svært dramatiske endringer. Nkom bemerker videre at det ikke er tatt inn noen referanse til at endringen skal søkes å gjennomføres på en så lite inngripende måte som mulig eller tilsvarende. Nkom kan ikke se at denne nødvendighetsbegrensningen i særlig grad begrenser uforutsigbarheten for tilgangskjøper av Telenors ensidige rett til endring.

Samlet medfører dette så stor uklarhet for tilgangskjøper at det fremstår som en de facto «ubetinget» endringsadgang.

Nkom ber Telenor om å redegjøre for det legitime behov selskapet mener å ha for en slik endringsadgang, samt gi eksempler på endringer som kan være særlig aktuelle. Nkom ber også Telenor om å fremvise andre eventuelle andre tilgangsavtaler hvor selskapet har benyttet eller benytter en slik eller lignende avtaleformulering.

### **Oppdateringer i bæretjenester – 15.2 b) / 14.2 b)**

Telenor plikter å tilby bæretjenester, og oppdateringer i slike, i den utstrekning egen sluttbrukervirksomhet har tilgang til den aktuelle bæretjenesten.<sup>18</sup> Nkom legger til grunn at tilgangskjøpere normalt vil ønske slik oppdatering. Spørsmålet om ensidig endringsadgang vil kunne komme på spissen der en tilgangskjøper er avhengig av eldre løsninger som Telenor ikke selv lenger bruker.

Etter Nkoms vurdering vil Telenor kunne ha et visst behov for ensidig endringsadgang på dette punkt. Nkom finner det imidlertid lite rimelig å legge til grunn at Telenor ville gjennomført endring om et slikt forhold uten at Telenors egen sluttbrukervirksomhet er gitt tilstrekkelig varsel. Etter Nkoms vurdering må det slik legges til grunn at varsel ville blitt gitt i tilstrekkelig til å sikre en ordnet og ryddig avvikling av tjenesten, og at slik varsling i all hovedsak derfor ville skjedd med mer enn to måneders varsel<sup>19</sup> Nkom mener derfor at en varslingsfrist på to måneder i slike tilfeller ikke er forenlig med plikten Telenor er underlagt til ikke-diskriminering.

<sup>18</sup> Jf. vedtaket punkt 231 og 232.

<sup>19</sup> Se også nedenfor om varslingsfrist.

### **Marked 15-vedtaket presiseres, endres eller oppheves – 15.2 c) / 14.2 c)**

Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling, og Nkom har funnet det nødvendig å pålegge selskapet en rekke forpliktelser, herunder tilgangsplikt og plikt til ikke-diskriminering.

I punkt 15.2 c har Telenor fastsatt ensidig endringsadgang for det tilfelle av 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».

Bestemmelsen kan etter sin ordlyd forstås slik at den gir endringsrett for Telenor selv om markedsvedtaket ikke gir direkte grunnlag for endring. Nkom legger til grunn at det må gjelde et krav til sammenheng mellom et eventuelt endret markedsvedtak for at bestemmelsen gir grunnlag for å endre inngåtte avtaler. Nkom ber Telenor å redegjøre for hvilken funksjon uttrykket «også dersom inngått Avtale [...] ikke påvirkes direkte» er ment å ha.

### **Vedtaket om retting – 15.2 d) / 14.2 d)**

Etter denne bestemmelsen betinger Telenor seg ensidig adgang til å «gjøre endringer i vilkårene» dersom «[e]komyndighetene i rettevedtak med hjemmel i ekomloven gir uttrykk for en forståelse av markedsreguleringen som avviker» fra det Telenor har lagt til grunn ved inngåelsen av tilgangsavtalen.

Hvis «Telenor Norge vurderer at rettevedtaket vesentlig endrer de kommersielle forutsetningene for tilbudet om tilgang som ligger til grunn for Avtalen» kan Telenor endre avtalen selv om vilkårene i inngått avtale ikke påvirkes direkte. Telenor kan i slikt tilfelle velge å si opp avtalen.

Nkom ber som for 15.2 c) / 14.2 c) Telenor redegjøre for hvilken funksjon uttrykket «selv om vilkårene i inngått avtale [...] ikke påvirkes direkte» er ment å ha.

Bestemmelsen i 15.2 d) / 14.2 d) innebærer at et pålegg om retting fra Nkom utløser endringsrett for Telenor, med mindre pålegget sammenfaller med Telenors «forståelse av markedsreguleringen». Bestemmelsen synes ikke å begrense Telenors rett til å gjøre «endringer» til de krav et rettevedtak måtte fastsette. I et tilfelle hvor et pålegg om retting skulle angi nærmere hvordan et ulovlig forhold skal rettes opp kan Telenor allerede synes å ha ensidig endringsadgang etter alternativet «skulle være, eller blir i strid» etter punkt 6.2/5.2.

Bestemmelsen synes derfor å innebære en ubetinget ensidig endringsadgang ved pålegg om retting, og en de facto ubetinget endringsadgang.

Etter Nkoms vurdering er denne endringsadgangen, sammen med Telenors endringsadgang etter «risikerer»-alternativet i punkt 6.2/5.2, egnet til å uthule rettingsinstituttet og ekommyndighetens rolle etter ekomloven. Den aktuelle endringsadgangen er derfor egnet til ytterligere å svekke tilgangskjøperes forutsigbarhet.

Etter Nkoms vurdering er avtalebestemmelsen ikke forenlig med marked 15-vedtakets forbud mot urimelige vilkår og kravet til ikke-diskriminering.

### **Varslingsfrist**

Etter punkt 15 i tidligere standardavtale for MVNO-tilgang skulle Telenor varsle om ensidig og ubetinget endring av avtalevilkår med tre måneders frist. Slikt varsel kunne tidligst gis fem måneder etter avtalens ikrafttredelse. Den nye standardavtalen synes ikke å inneholde noe alternativ som gir krav på mer enn to måneders varsel før endring gjennomføres, uansett hvilken endring det er tale om.<sup>20</sup> Telenor synes således å respondere på begrensningene marked 15-vedtaket oppstiller for selskapets adgang til ensidig og ubetinget endringsadgang med en betydelig reduksjon av tilgangskjøperes rett til varsling ved endringer.

Nkom ser grunn til å presisere at det forhold at Marked 15-vedtaket fastsetter at Telenor plikter å gi forhåndsvarsel til tilgangskjøper «senest to måneder» ved enhver endring til ugunst, jf. marked 15-vedtaket punkt 387, jf. kapittel 7.3.6, ikke medfører at et varsel to måneder i forkant er tilstrekkelig ved enhver endring.

Nkom finner det videre lite sannsynlig at Telenors grossistvirksomhet vil gjøre endringer som på kort eller lang sikt vil svekke egen sluttbrukervirksomhet, jf. høringsoppsummeringen side 44. Det må derfor legges til grunn at Telenors egen sluttbrukervirksomhet ikke vil bli utsatt for betydningsfulle endringer uten å få tilstrekkelig tid i forkant til å foreta en ordnet avvikling. Ikke-diskrimineringskravet kan derfor innebære at varsel må gis med mer enn to måneders frist, og i noen tilfeller betydelig mer enn to måneder, før endring trer i kraft.

Nkom viser til brev av 21. juli 2016 til Telenor der Nkom uttalte:

«Telenors kommentar om at selskapet ikke har fått veiledning om hvilke legitime grunner som kan begrunne ensidig endringsadgang innebærer etter Nkoms vurdering et forfeilet utgangspunkt. Det følger av reguleringen at Nkom legger til grunn at endringer av avtalevilkår normalt bør skje gjennom forhandlinger. Reguleringen anerkjenner imidlertid at Telenor som regulert tilbyder kan ha visse legitime interesser i å gjennomføre ensidige endringer, og har gitt et eksempel på en slik interesse, jf.

<sup>20</sup> Etter punkt 6.2/5.2 om offentligrettslig strid kan Telenors varslingsfrist synes å være enda kortere, jf. formuleringen «rimelig frist, eller slik kortere frist». Uttrykket «kortere» var ikke inntatt i den tidligere standardavtalen.

ovenstående. For det tilfelle at Telenor mener å ha ytterligere interesser som begrunner ensidig endringsadgang, er det opp til Telenor å gi uttrykk for disse. Nkom vil i så fall måtte vurdere konkret hvorvidt de oppgitte interessene er forenlige med reguleringen, jf. særlig kapittel 7.2.2 og 7.3.3.1. Som det fremgår der vil hensynet til tilgangskjøperes forutsigbarhet stå sentralt. Det kan således ikke være opp til Nkom å angi hvilke legitime interesser Telenor måtte ha for en ensidig endringsadgang.

Nkom ber om at Telenor redegjør for hvilke legitime interesser Telenor mener å ha som tilsier at samtlige endringer skal kunne gjennomføres med to måneders varsel, og hvordan Telenor eventuelt har avvendt egne interesser mot tilgangskjøperes behov for forutsigbarhet.

### **Rett for tilgangskjøper til oppsigelse**

Avtalebestemmelsen gir tilgangskjøper rett til i visse tilfeller å si opp avtalen dersom Telenor benytter rett til ensidig endringsadgang. Telenor er forpliktet til å imøtekomme rimelige anmodninger og til å sluttforhandle avtaler om tilgang uten ugrunnet opphold, jf. marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.4. En rett for tilgangskjøper til å si opp tilgangsavtalen er etter Nkoms vurdering ikke et forhold som begrunner en utvidet rett til ensidig endringsadgang for Telenor.

### **Samlet vurdering av Telenors ensidige endringsadgang**

Den tidligere standardavtalen inneholdt en ensidig og ubetinget endringsadgang, som etter det nye marked 15-vedtaket uttrykkelig er forbudt.

Flere av de nye bestemmelsene inneholder betingelser for Telenors ensidige endringsadgang som er uklare og som i liten grad er etterprøvbare. Rekkevidden av Telenors ensidige endringsadgang er også i stor grad uklar. Etter Nkoms vurdering innebærer disse forholdene at avtalebestemmelsene i stor grad har samme virkning som en ubetinget og ensidig endringsadgang. Flere bestemmelser om ensidig endringsadgang går dermed lenger enn marked 15-vedtaket tillater, jf. ovenfor.

Når de ulike bestemmelsene om ensidig endringsadgang ses i sammenheng, oppstilles en rekke svært uklare «betingelser» som etter Nkoms vurdering har tilvarende virkning som en ensidig og ubetinget endringsadgang, og som etter vedtaket er forbudt. Den relativt korte varslingsfristen på to måneder som gjelder for andre tilfeller enn endringer knyttet til regulatoriske forhold innebærer etter Nkoms vurdering at den kommersielle usikkerheten og kostnaden dette representerer for tilgangskjøper ytterligere har økt.



## 7. Oppsummering og videre prosess

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

Nkom ber om eventuelle kommentarer fra Telenor til vurderingene i dette brevet og svar på våre konkrete spørsmål innen **20. desember 2016**.

Pålegget om å gi opplysninger er gitt med hjemmel i ekomloven § 10-3 og kan påklages innen tre dager fra pålegget er mottatt, jf. forvaltningsloven § 14. Eventuell klage kan rettes til Samferdselsdepartementet og sendes til Nkom, jf. forvaltningsloven § 14, jf. § 28.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger  
seksjonssjef

Marit Mathisen  
seniorrådgiver