



Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8112 Dep
0030 OSLO

Vår ref.:1504996-128 - 416.9
Vår dato: 14.11.2019

Deres ref.:
Deres dato:

Saksbehandler: OSU

Delvis unntatt offentlighet jf. offl. § 13, jf. fvl §§ 13 og 19
første ledd bokstav b

Oversendelse av Telenors klage på Nkoms pålegg om retting av standardavtalene for MVNO- og tjenesteleverandørtilgang

Vedlagt oversendes klage fra Telenor ASA (Telenor) av 23. august 2019. Klagen gjelder to vedtak (vedtakene) av Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) 12. juli 2019 om pålegg om retting av Telenors standardavtaler for henholdsvis MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang.

Klagen er rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

1 Bakgrunn

Nkom traff 1. juli 2016 vedtak om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i tidligere marked 15 (marked 15-vedtaket).

Samferdselsdepartementet traff vedtak i klagesaken 8. mars 2018 (SDs klagevedtak). Telenor oversendte reviderte standardavtaler for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang (standardavtalene) henholdsvis 15. september og 31. oktober 2016.

29. november 2016 sendte Nkom foreløpige vurderinger av deler av standardavtalene til Telenor, og påla samtidig Telenor å gi opplysninger. Brevet ble sendt i kopi til tilgangskjøpere.

Vedlegg 1: Nkoms brev 29. november 2016

Telenor besvarte brevet 20. desember 2016. Nkom mottok også merknader fra Phonero, eRate og Get TDC.



Vedlegg 2: Telenors svar 20. desember 2016

Vedlegg 3: Merknader fra eRate 20. desember 2016

Vedlegg 4: Merknader fra Phonero 20. desember 2016

Vedlegg 5: Merknader fra Get TDC 4. januar 2017 (innvilget utsatt svarfrist)

Nkom varslet deretter Telenor om at Nkom vurderte å pålegge retting av standardavtalene.

Vedlegg 6: Nkoms varsel 14. juli 2017

Telenor bestred at det var grunnlag for retting. Get TDC kommenterte også varselet.

Vedlegg 7: Telenors kommentarer 18. august 2017 til Nkoms varsel

Vedlegg 8: Kommentarer fra Get TDC 25. august 2017 til Nkoms varsel

Nkom traff 12. juli 2019 to vedtak om pålegg om retting av standardavtalene (vedtakene).

Vedlegg 9: Nkoms vedtak av 12. juli 2019 med pålegg om retting av MVNO-avtalen

Vedlegg 10: Nkoms vedtak av 12. juli 2019 med pålegg om retting av
tjenesteleverandøravtalen

Klagefristen var i vedtakene satt til 6 uker. Frist for å innsende rettede versjoner av standardavtalene ble satt til to uker etter utløpet av denne, dvs. 6. september 2019. Telenor fikk senere innvilget utsatt frist for å innsende rettede standardavtaler, jf. nedenfor.

Som følge av svikt i Nkoms interne arkivsystemer ble MVNO-vedtakets innhold likt vedtaket for tjenesteleverandøravtalen. Telenor gjorde Nkom oppmerksom på forholdet 12. august, og fikk oversendt korrekt versjon av MVNO-vedtaket, 15. august.

Vedlegg 11: Nkoms e-post av 15. august 2019 (inkludert historikk)

Telenor klagde på vedtakene 23. august.

Vedlegg 12: Telenors klage 23. august 2019

Klagen ble sendt i kopi til tilgangskjøpere. Nkom mottok kommentarer fra Telia (som har overtatt TDCs norske virksomhet). Nkom mottok også en kortfattet tilbakemelding fra en tilgangskjøper som opplyste at de gav full støtte til Nkoms vedtak.

Vedlegg 13: Telias kommentarer av 18. september 2019



Telenor oppdaterte standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang med virkning fra 1. juli 2019. Med virkning fra 9. august 2019 foretok Telenor tilsvarende endringer i standardavtalen for MVNO-tilgang. Vedlagt følger standardavtalene for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang som gjaldt på vedtakstidspunktet, samt standardavtalen for MVNO-tilgang gjeldende fra 9. august 2019.

Vedlegg 14: MVNO-avtalen på vedtakstidspunktet (gjeldende fra 15. juni 2018)

Vedlegg 15: Tjenesteleverandøravtalen på vedtakstidspunktet (gjeldende fra 1. juli 2019)

Vedlegg 16: MVNO-avtalen (gjeldende fra 9. august – endringsmarkert versjon)

Etter henvendelse fra Telenor 29. august innvilget Nkom utsatt frist frem til 1. oktober med å sende inn oppdaterte standardavtaler. Utsettelsen var begrunnet med at Telenor skulle gis tid til å utforme oppdaterte avtalevilkår dersom departementet ikke skulle innvilge Telenors anmodning om utsatt iverksettelse.

Vedlegg 17: E-post fra Telenor 29. august 2019

Vedlegg 18: E-post fra Nkom 3. september 2019

Telenor oversendte nye standardavtaler 27. september og 16. oktober. Nkom har foreløpig ikke tatt stilling til om disse oppfyller kravene som er stilt i påleggene om retting, jf. vedlegg 9 og 10.

Vedlegg 19: Rettet MVNO-avtale (innsendt 27. september)

Vedlegg 20: Rettet tjenesteleverandøravtale (innsendt 27. september)

Vedlegg 21: Rettet MVNO-avtale (innsendt 16. oktober)

Vedlegg 22: Rettet tjenesteleverandøravtale (innsendt 16. oktober)

Nkom traff to vedtak ettersom standardavtalene hadde ulikt innhold. Etter at Telenor endret MVNO-avtalen slik at den ble likelydende standardavtalen for Tjenesteleverandørtilgang, leverte Telenor en felles klage for begge påleggene om retting. Denne innstilling gjelder felles for begge de påklagede vedtakene.

Nkom oppsummerer nedenfor hovedpunktene i Telenors klage, og gir Nkoms vurdering av hvert punkt.

2 Telenors klage

2.1 Innledning

Telenor anfører prinsipalt at vedtakene er ugyldige. Subsidiært ber Telenor om at Samferdselsdepartementet retter opp forholdene som påklages og fatter nye vedtak. Telenor har i hovedsak påklaget følgende forhold i Nkoms vedtak:

- Ekomloven § 4-6 jf. § 4-1 gir ikke hjemmel til å pålegge en generell forpliktelse om at Telenors standardavtaler ikke kan inneholde «urimelige vilkår».
- Nkom har ikke sannsynliggjort at de aktuelle forpliktelsene i marked 15-vedtaket er brutt.
- Nkoms anvendelse av plikten til at vilkårene i standardavtalen skal være rimelige er ikke i tråd med føringene i marked 15-vedtaket og SDs klagevedtak.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge retting av Telenors bestemmelser om tilknyttede brukere eller tilgangskjøpers plikt til å «sikre» etterlevelse av Telenors krav om eksklusivitet.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge retting av bestemmelsen om migrasjon.
- Det er ikke grunnlag for å pålegge Telenor å rette bestemmelsen om hevingsrett.
- Telenor har behov for å kunne gjennomføre visse endringer, og pålegget om oppsigelsesgang vil innebære at Telenor bærer hele den kommersielle risiko for endringer i reguleringen eller oppfatningen av denne.
- Det er ikke nødvendig å pålegge Telenor å innta en bestemmelse om innendørsdekning i standardavtalen ettersom Telenor frivillig har en slik ordning
- Det er ikke grunnlag for å kreve at Telenor skal innta et vilkår i standardavtalen om endringsadgang basert på en bestevilkårsbestemmelse, ettersom ingen av avsnittene pålegget bygger på inneholder en slik forpliktelse.

Telenors klage følger strukturen i vedtakene. Nkom behandler, med ett unntak, Telenors anførsler i samme rekkefølge som de fremgår av Telenors klage. Unntaket gjelder anførselene om manglende sannsynliggjøring som er behandlet etter anførselene om uriktig rettsanvendelse.

2.2 Hjemmelsgrunnlag

Grunnlag

Telenor mener at ekomloven § 4-6 jf. § 4-1 ikke gir hjemmel til å pålegge en generell forpliktelse om at Telenors standardavtaler ikke kan inneholde «urimelige vilkår», og opprettholder anførselene til varselet. Etter Telenors oppfatning kan avtalevilkår som fungerer som de facto tilgangsnekt kreves rettet, men ekomloven § 4-1 gir ikke kompetanse til å pålegge et generelt forbud mot «urimelige avtalevilkår». Telenor har i denne sammenheng vist til rapport fra professor Erling Hjelmeng.

Subsidiært anfører Telenor at plikten i marked 15-vedtaket er i strid med et grunnleggende krav til klarhet. Etter marked 15-vedtaket er det opp til tilsynsmyndighetens skjønn å avgjøre hva som er urimelig, og Telenor har dermed ikke mulighet til å forutberegne hva kravet innebærer. Forpliktelsen har slik et for uklart innhold til å være et gyldig pålegg av en særskilt forpliktelse etter ekomloven § 4-1, jf. § 3-4.

Telenor viser videre til at kravet er mer generelt enn det tilsvarende punkt 197 i 2010-vedtaket. Etter Telenors syn inneholder en dom fra Borgarting lagmannsrett av 12. desember 2018 uttalelser som underbygger at et generelt krav om å ha «rimelige» vilkår ikke er tilstrekkelig presist til å være et gyldig pålegg.

Telia mener Telenor ikke kan bli hørt med anførselene om manglende hjemmel, da departementet har tatt endelig stilling til spørsmålet og lagmannsretten kun prejudisielt har tatt stilling til spørsmålet i en rettskraftig dom. Telia viser videre til en dom av Kammarrätten 4. oktober 2011, et klagevedtak fra Samferdselsdepartementet (SD) av 6. oktober 2006 (s. 25 og 26) og SDs klagevedtak 9. mars 2018. Telia viser også til to dommer der hjemmelsspørsmålet indirekte er kommentert. Dette gjelder en påanket dom fra Oslo tingrett av 6. mars 2018 samt dom fra Borgarting lagmannsrett 12. desember 2018. Etter Telias syn er rimelige vilkår en etablert rettslig standard. Spørsmålet om «rimelige vilkår» er etter Telias syn uansett ikke avgjørende siden ekomloven § 4-6 første ledd jf. fjerde ledd gir Nkom hjemmel til å presisere innholdet i standardavtalene.

Nkoms vurdering

Spørsmålet om det er hjemmel til å pålegge Telenor en generell plikt til at vilkår i standardavtalene skal være rimelige mv. (krav om at vilkår skal være rimelige) ble behandlet i marked 15-vedtaket avsnitt 255, jf. punkt 7.1.7.1, og i SDs klagevedtak 8. mars 2018 punkt 6.4.4.1. Konklusjonen i marked 15-vedtaket og SDs klagevedtak var som kjent at det foreligger slik hjemmel.

Telenor har vist til «rapport fra professor Erling Hjelmeng». Det er uklart om Telenor her sikter til rapport datert 20. februar 2016, eller til rapport datert 31. januar 2018. Uavhengig av dette kan Nkom imidlertid ikke se at rapportene gir grunnlag for en annen konklusjon enn den Samferdselsdepartementet kom til.

Telenors innsigelse om manglende hjemmelsgrunnlag er dessuten allerede behandlet i vedtakene side 8-9. Nkom viser der til dom fra Borgarting lagmannsrett 12. desember 2018 hvor lagmannsretten blant annet uttrykker:

«Etter lagmannsrettens vurdering gir ekomloven § 4-1, tolket i lys av tilgangsdirektivet artikkel 12, tilstrekkelig hjemmel til å pålegge forpliktelser

som også gjelder innholdet av avtalevilkår om tilgang til mobilnett. Her kan lagmannsretten slutte seg til departementets ovenstående vurdering i tilknytning til Marked 15-vedtaket fra 2016.»

Lagmannsretten uttrykker videre:

«Lagmannsretten legger til grunn at en særskilt forpliktelse etter ekomloven kan formuleres som en skjønnsmessig standard, men at standarden må ha et tilstrekkelig presist innhold. Presiseringer kan følge av selve vedtaket, av loven eller av andre rettskilder.

Vurderingen av hvilke krav som må stilles til forpliktelsens klarhet, må skje etter en avveining av hensyn til forutberegnelighet og rettssikkerhet mot hensynet til en effektiv konkurranseregulering.»

Slik Nkom leser dommen, anerkjenner retten at en særskilt forpliktelse etter ekomloven ikke må gi Telenor en absolutt grad av forutberegnelighet for at forpliktelsen skal være gyldig. Nkom viser her til at kravet om rimelige vilkår er ansett som nødvendig for å gjøre tilgangsplikten tilstrekkelig effektiv, og slik også har til formål å oppnå økt forutsigbarhet for tilgangskjøpere. Nkom kan videre ikke se at kravet om at vilkår skal være rimelige er særlig byrdefullt i seg selv, jf. også SDs klagevedtak side 39.

Når det gjelder Telenors øvrige anførsler knyttet til dommen fra Borgarting lagmannsrett viser Nkom til at kravet om rimelige vilkår etter 2016-vedtaket ikke var til prøving i saken. Marked 15-vedtaket fra 2016 er også utformet annerledes enn punkt 197 i marked 15-vedtaket fra 2010, herunder at det nå er gitt føringer for vurderingen av rimelig-kravet. Lagmannsretten konkluderte heller ikke hvorvidt punkt 197 i 2010-vedtaket var uttrykk for en gyldig forpliktelse, slik også Telenor nevner. Etter Nkoms vurdering gir dommen på dette punkt ikke holdepunkter for at kravet om å imøtekomme rimelige anmodninger med rimelige vilkår, ikke er en gyldig forpliktelse etter ekomloven.

Etter Nkoms vurdering foreligger det slik hjemmel for pålegget i marked 15-vedtaket om at vilkår skal være rimelige, og forpliktelsen er tilstrekkelig klar til å utgjøre en gyldig forpliktelse.

2.3 Uriktig rettsanvendelse

Grunnlag

Telenor mener at Nkoms anvendelse av plikten til å ha rimelige vilkår ikke er i tråd med føringene i marked 15-vedtaket og SDs klagevedtak.

Telenor forstår klagevedtaket slik at utgangspunktet for vurderingen av rimelighet er om vilkåret «hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse». Det må i denne vurderingen hensyntas om vilkåret ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse, herunder om vilkåret er utbredt i kommersiell praksis. Vilkaeret kan likevel være rimelig dersom det er i Telenors legitime interesse å ha det, forutsatt at det ikke går lenger enn nødvendig og er forholdsmessig.

I vedtakene om retting synes det å være styrende hvorvidt vilkåret er i Telenors legitime interesse, og dette kan åpenbart ikke være rett. Et vilkår kan bare være urimelig om det hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. Det er usannsynlig at vilkåret er urimelig dersom vilkåret er utbredt i kommersiell praksis, i alle fall heves terskelen for urimelighet. Det er disse vurderingene Nkom må foreta og sannsynliggjøre.

Telia anfører at sakskomplekset knyttet til Telenors tilgangsvilkår i marked 15 har vært gjenstand for grundig saksbehandling i flere konkrete saker. Det er ikke grunnlag for å hevde at Nkom ikke har sannsynliggjort at det er behov for å regulere vilkårene. Etter Telias syn viser tidligere klagesaker og Nkoms behandling av disse klart at Telenors vilkår kan være til hinder for eller begrense bærekraftig konkurranse, noe som også understøttes av Konkurransetilsynets vedtak 21. juni 2018.

Nkoms vurdering

Kravet om at en rimelig anmodning skal møtes med rimelige vilkår er pålagt for å effektivisere tilgangsplikten, jf. marked 15-vedtaket punkt 173. Punkt 174 angir utgangspunkter for vurderingen av om et gitt vilkår er rimelig (etter SDs vedtak der «rettferdig» ble tatt ut):

«Ved vurdering av om et avtalevilkår er rimelig, vil Nkom 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. Det forhold at vilkår ellers er utbredt i kommersiell praksis, vil etter Nkoms vurdering heve terskelen for å anse at vilkåret i denne sammenheng er i strid med et krav til rimelige vilkår.»

Marked 15-vedtaket gir slik anvisning på en helhetsvurdering av om vilkåret er rimelig, hvor også andre momenter enn de nevnte kan være aktuelle.

Telenor anfører at bare vilkår som «hindrer eller begrenser bærekraftig» konkurranse kan være urimelige, og synes å bygge denne oppfatningen på side 38 i SDs klagevedtak. SD uttrykte her 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 tilgangsforsiktelser som innebærer at urimelige vilkår som hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse må fjernes eller endres.»

Etter Nkoms vurdering fremgår det at det som der drøftes er hvorvidt det var grunnlag for å pålegge plikt til å ha rimelige vilkår i marked 15-vedtaket. Etter Nkoms vurdering er det ikke grunnlag for å innfortolke at departementet med dette har stilt krav om at Nkom ved håndhevelsen av en pålagt forpliktelse også må vise at en overtredelse «hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse».

Nkom er enig med Telenor i at terskelen for å konstatere brudd på kravet til å ha rimelige vilkår heves dersom vilkåret er utbredt i kommersiell praksis, sammenlignet med en situasjon der dette ikke er tilfelle. Nkom ser samtidig grunn til å minne om at «utbredt i kommersiell praksis», ikke i seg selv er et avgjørende moment, men ett av flere momenter i helhetsvurderingen. Telenor anfører på side 7 i klagen at vedtakene legger til grunn at dette momentet «ikke er relevant». Nkom legger til grunn at Telenor sikter til at hva som følger av kommersiell praksis etter Telenors syn ikke er tilstrekkelig behandlet i vedtakene. Nkom viser her til at det i saken i liten grad har fremkommet nærmere opplysninger om hva som fremgår av relevant kommersiell praksis.

Nkom kan ikke følge Telenor når selskapet anfører at dersom et vilkår er utbredt, så er det «usannsynlig» at vilkåret er urimelig. Nkom viser til at rimeligheten av det aktuelle vilkåret vil bero på en konkret helhetsvurdering og at til «utbredt i kommersiell praksis» er et moment i en slik vurdering. Nkom kan videre ikke se at det er grunnlag for å gi dette momentet noen fast vekt inn i den konkrete vurderingen. Nkom viser her til at dersom Telenor skulle ha inntatt et vilkår som går ut over det som er nødvendig for å ivareta Telenors legitime behov, eller som ivaretar Telenors legitime behov men ikke er forholdsmessig, vil det etter Nkoms vurdering etter forholdene kunne trekke tungtveiende i retning av at vilkåret er urimelig.

Etter Nkoms vurdering er vurderingene i vedtakene basert på helhetsvurderinger i tråd med føringene i marked 15-vedtaket og SDs klagevedtak, og det er slik ikke grunnlag for Telenors anførsler på dette punkt.

2.4 Manglende sannsynliggjøring

Grunnlag

Telenor fremholder at de alminnelige kravene til sannsynlighetsovervekt og bevis gjelder også ved forvaltningens enkeltvedtak. Det må etter Telenors syn godtgjøres eller underbygges med fakta at aktuelle vilkår med tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt kan ha de virkninger Nkom påstår at de kan ha. Nkom har ikke vist til empiri eller foretatt økonomiske analyser eller markedsundersøkelser/ spørreundersøkelser for noen av påstandene i Vedtakene.

Etter Telenors vurdering gjelder avgjørelsen Nkom har vist til (C-28/15) et helt annet spørsmål og er derfor ikke relevant. Det fremgår av dommen at det ikke kan kreves at en myndighet må godtgjøre at forpliktelser som pålegges rent faktisk virkeliggjør de formål reguleringen skal fremme. Dette er noe ganske annet enn at en myndighet sannsynliggjør vurderingene et enkeltvedtak skal bygge på.

Etter norsk forvaltningsrett kan en myndighet ikke forby en atferd eller et avtalevilkår uten å sannsynliggjøre at vilkårene for slikt forbud foreligger, og det er ikke tilstrekkelig at myndigheten «mener», «synes» eller «anser» noe. Dette gjelder etter Telenors vurdering særlig dersom forpliktelsen som er pålagt er av helt generell karakter og det er gitt få eller ingen føringer. Nkom har etter Telenors syn ikke oppfylt plikten til å sannsynliggjøre at de aktuelle forpliktelsene i marked 15-vedtaket er brutt.

Nkoms vurdering

Telenor har i klagen vist til at en myndighet etter norsk forvaltningsrett ikke har anledning til å forby et avtalevilkår uten å sannsynliggjøre at vilkårene for slikt forbud foreligger. Krav om sannsynliggjøring ble tatt opp av Telenor også i merknadene til varselet, og fremstod da for Nkom som en uklar påstand, jf. vedtakene side 10. Det fremstår fortsatt som noe uklart for Nkom hva Telenor her anfører, men vi legger til grunn at Telenor sikter til at forvaltningen som et alminnelig utgangspunkt har bevisbyrden i inngrepssaker, dvs. at det er opp til forvaltningen å skaffe et faktisk grunnlag som tilsier at det foreligger kompetanse til å gripe inn.¹

Hva kravet om sannsynliggjøring innebærer må etter Nkoms syn vurderes ut fra det aktuelle hjemmelsgrunnlaget. Slik Nkom forstår Telenors klage er Telenor også enig i dette. Nkom viser her til Telenors anførsler knyttet til uriktig rettsanvendelse, og hvilke vurderinger «Nkom må foreta og sannsynliggjøre», jf. punkt 2.3 ovenfor.

¹ Se Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, TfR 2004 s. 465 (på side 472).
(<https://lovdata.no/pro/JUS/graver-hp-2004-05>).

Vurderingen av om et gitt vilkår er «rimelig», vil etter marked 15-vedtaket bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Marked 15-vedtaket gir samtidig anvisning på en ikke-uttømmende liste av momenter som Nkom skal ta utgangspunkt i. Dette endrer imidlertid ikke at Nkom må foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av hvilken faktisk eller potensiell virkning det aktuelle vilkåret kan ha for konkurransen i markedet. Nkom kan ikke se at Telenors anførsler om at Nkom må sannsynliggjøre de enkelte momentene som vil kunne inngå i en slik vurdering er særlig treffende.

Etter Nkoms vurdering må kravene, også etter norsk forvaltningsrett, også ses i lys av det aktuelle området, dvs. at det dreier seg om forhåndsregulering og hvor aktørenes insentiver vil være sentralt, jf. vedtakene side 10. Pålagte plikter skal avhjelpe faktiske og potensielle konkurranseproblemer, og hvor det etter forholdene kan være tilstrekkelig at et vilkår er egnet til å ha en bestemt virkning, uten at det er nødvendig å påvise at denne virkningen faktisk oppstår.

Nkom viser for øvrig til at Telenor (og tilgangskjøpere) forut for vedtakene har hatt adgang til å opplyse saken og derigjennom dokumentere eventuell kommersiell praksis og andre forhold som måtte understøtte Telenors argumentasjon. Nkom kan ikke se at Telenor har lagt frem slik dokumentasjon.

Når det gjelder avgjørelsen fra EU-domstolen (C-28/15) så fastholder Nkom at denne er relevant ikke bare for fastsettelsen av enkeltvedtak i form av markedsvedtak, men også ved etterfølgende oppfølging av fastsatte forpliktelser.

Nkom kan slik ikke følge Telenors generelle anførsler om at det er feil ved vedtakene grunnet manglende sannsynliggjøring mv.

Telenor har også anført manglende sannsynliggjøring mv. i tilknytning til andre anførsler, og det vises slik til redegjørelsen nedenfor.

2.5 Eksklusivitet

Grunnlag

Telenor anfører at pålegget om retting av eksklusivitet er ugyldig, og har vist til punkt 1 i klagen om manglende hjemmel.

Telenor anfører at rettepålegget relatert til «tilknyttede bruker» utelukkende er et krav om at begrepet må være definert i avtalen, dersom begrepet «tilknyttede bruker» skal inngå i tilgangsavtalen. Telenor mener det ikke er grunnlag for et slikt pålegg, og har vist til sine anførsler under hjemmelsgrunnlag. En slik detaljert regulering faller også utenfor ekomloven

§ 4-1. Det er også slik at det i alle markeder er en rekke avtalebegreper i kontrakter som ikke er gitt en utdypende definisjon.

Etter Telenors syn er det ikke et urimelig vilkår at tilgangskjøper ved videresalg av tilgang har plikt til å «sikre» gjennomføring av eksklusivitetskrav. At bestemmelsen kan begrense muligheten for videresalg, er kun en påstand fra Nkoms side og ikke basert på fakta. Bestemmelsen har åpenbart ikke en slik effekt da størstedelen av Telenors tilgangsavtaler er relatert til aktører som videreselger tilgang.

Slik Telenor leser vedtakene, retter Nkoms innvending seg dessuten ikke mot forpliktelsen om å sikre, men i realiteten mot konsekvenser av brudd på eksklusivitetsbestemmelsen i senere salgsledd. Etter Telenors syn er Nkoms innvending dermed den samme som Nkom anfører under bestemmelsen om hevingsrett. Ettersom Nkom pålegger retting av hevingsbestemmelsen, er det etter Telenors syn ikke nødvendig å pålegge retting av plikten til å sikre.

Telenor fremholder videre at det er vanlig i kommersielle avtaler å pålegge avtaleparten å sikre at sentrale avtalebestemmelser videreføres i senere salgsledd, ellers vil sentrale forpliktelser enkelt kunne omgås eller bli innholdsløse. Hvis det ikke er mulig å ha en slik bestemmelse for Telenor, vil forbudet mot parallell nettilgang enkelt kunne omgås og Telenors legitime interesse undergraves.

Nkoms vurdering

Telenors klage gjelder manglende hjemmel og påleggene om retting av «tilknyttede brukere» og tilgangskjøpers plikt til å «sikre» gjennomføring av eksklusivitetskrav. Når det gjelder Telenors anførsel om manglende hjemmel i marked 15-vedtaket viser Nkom til punkt 2.2 ovenfor, hvor Nkom fastholder at rettepålegget er hjemlet.

«tilknyttede brukere»

Nkom viser i vedtaket til at det er av stor betydning at standardavtalen tydelig angir hvilke plikter og rettigheter partene har. Nkom fremholder videre at dette også er viktig for å tydeliggjøre forholdet mellom innholdet i standardavtalen og kravene Telenor er underlagt i marked 15-reguleringen. Pålegget om retting er begrunnet med at uttrykket «tilknyttede brukere» er uklart. Den uklarheten det skaper om rekkevidden av Telenors krav om leveringseksklusivitet, er etter Nkoms vurdering egnet til å undergrave tilgangskjøpers rett til parallell tilgang hos andre vertsoperatører.

Nkom kan på den bakgrunn ikke se at Telenor kan høres med at rettepålegget innebærer en detaljregulering som det ikke er adgang til etter ekomloven § 4-1. Tvert imot mener Nkom at forholdet rettepålegget gjelder synliggjør behovet for at Nkom kan gripe inn mot vilkår som er egnet til å undergrave tilgangsplikten slik at reguleringen kan være effektiv. At det i avtaler i

markeder preget av konkurranse skal være vanlig å bruke uttrykk som ikke er «utdypende definert», slik Telenor anfører, kan etter Nkoms vurdering ikke tillegges betydning her.

Etter Nkoms vurdering er det ikke treffende når Telenor anfører at rettepålegget knyttet til «tilknyttede brukere» utelukkende er et krav om at begrepet må være definert i avtalen. Nkom har konkludert med at vilkåret er ulovlig, og pålagt Telenor å rette det ulovlige forholdet. Nkom viser til at rettevedtaket ikke pålegger Telenor å rette på en bestemt måte, jf. også formuleringen i vedtakene side 18/20² om «eventuell inkludering av «tilknyttede brukere»». At Telenor definerer innholdet i begrepet, er etter forholdene kun én av potensielt flere måter Telenor kan innrette seg på for å etterleve rettepålegget.

«sikre»

Telenor oppgir i klagen at Nkom har lagt til grunn at kravet om å sikre er urimelig fordi det kan begrense muligheten for tilgangskjøper til å videreselge tilgang, og fremholder at dette kun er en påstand fra Nkom sin side. Etter Telenors syn er dette feil ettersom «størstedelen av Telenors tilgangsavtaler er relatert til aktører som videreselger tilgang», og viser «åpenbart» at bestemmelsen ikke har eller er egnet til å begrense videresalg.

Nkom viser til at pålegget om retting er begrunnet med at bestemmelsen gir grunnlag for beføyelser mer vidtgående enn selskapets legitime interesser tilsier, og således at Telenor stiller krav om leveringseksklusivitet som rekker lenger enn selskapets legitime interesser.

Som illustrasjon på hvor langt sikringsplikten rekker, har Nkom vist til et eksempel på at brudd på leveringseksklusiviteten i et senere salgsledd kan gi svært urimelig virkning for tredjepart. Nkom kan for det første ikke se at det er særlig treffende når Telenor fremstiller eksempelet som den overordnede begrunnelsen. Nkom kan videre ikke se at Telenor imøtegår at bestemmelsen faktisk gir grunnlag for de virkningene som eksempelet illustrerer. Nkom kan således heller ikke se at Telenors anførsel om at Nkoms vurdering kun er en påstand, er særlig treffende. Når det gjelder henvisningen til at størstedelen av Telenors tilgangsavtaler er relatert til aktører som videreselger tilgang, legger Nkom til grunn at Telenor her sikter til eRate. At eRate faktisk har videresalgssavtaler kan likevel ikke tas til inntekt for at sikringsplikten ikke er egnet til å begrense muligheten for tilgangskjøper til å videreselge tilgang, for eksempel overfor tilgangskjøper som har behov for tilgangssavtale med annen vertssoperatør enn Telenor. Nkom fastholder at bestemmelsen er egnet til å ha slik virkning.

Telenor har anført at uten bestemmelsen om sikring vil «Telenors legitime interesse undergraves» og sentrale forpliktelser for tilgangskjøper enkelt kunne omgås eller bli

² Henholdsvis vedtaket for standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang/ MVNO-tilgang.

innholdsløse. Anførselen synes å bygge på en sammenligning med en situasjon der Telenor står uten mulighet til å innta noen mekanismer som ivaretar selskapets interesser. En slik sammenligning er etter Nkoms vurdering ikke treffende. Nkom viser til at vedtaket ikke konkluderer med at Telenor ikke har en legitim interesse i at sentrale forpliktelser videreføres i senere salgsledd, men at selskapet ikke har legitime interesser som tilsier at selskapet kan stille krav om så vidtgående beføyelser som sikringsplikten gav grunnlag for. Nkom viser videre til at vedtaket anerkjenner at Telenor kan kreve at lovlige krav til leveringseksklusivitet blir videreført overfor senere salgsledd.

Med utgangspunkt i vurderingene av Telenors legitime behov, er det etter Nkoms vurdering i denne sammenheng av underordnet betydning at Telenor, for øvrig uten nærmere underbyggelse, har anført at slike klausuler skal være «vanlig i kommersielle avtaler».

Telenor har anført at Nkoms innvending knyttet til virkninger overfor tredjepart er den samme innvendingen som Nkom har til bestemmelsen om hevingsrett. Nkom kan følge Telenor i at en retting av hevingsbestemmelsen til en viss grad vil innskrenke Telenors hevingsadgang. Nkom kan imidlertid ikke se hvordan dette skulle tilsi at behovet for å rette «sikringsplikten» ikke lenger skulle være til stede. Som vist til ovenfor er Nkoms vurdering av plikten til å sikre ikke utelukkende knyttet til potensielle virkninger overfor tredjepart, men slike virkninger er fremholdt som et eksempel på hvor vidtgående beføyelser bestemmelsen gir grunnlag for. Nkom peker her kort på at vedtakene legger til grunn at uklare kontraktsvilkår kan ha en rekke potensielle ulemper for tilgangskjøpere, jf. også vedtakenes behandling av forrige punkt om «tilknyttede brukere».

2.6 Migrasjon

Grunnlag

Telenor forstår vedtakene slik at avtalevilkårene forbys fordi Nkom mener klausulen kan likestilles med suksessive avtaler med leveringseksklusivitet. Det er ikke spor i marked 15-vedtaket av at dersom tilgangskjøper ikke har rett til utmigring på ethvert tidspunkt ved fornyelse av tilgangsavtalen, så kan dette også utgjøre leveringseksklusivitet.

Etter Telenors vurdering innebærer vedtakene en ny og tyngende begrensning, som måtte fremgått klart av ordlyden i marked 15-vedtaket.

Telenor mener videre at Nkom snur vurderingen av «rimelig» på hodet når Nkom legger til grunn at problemstillingen er om og i hvilke tilfeller Telenor har et legitimt behov for et slikt vilkår, og om dette er forholdsmessig. Etter Telenors syn skal Nkom først vurdere og

sannsynliggjøre at vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse og om det ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse.

Nkoms vurdering av at kravet innebærer sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør er etter Telenors syn ikke underbygget med fakta eller vurderinger. Tvert imot mener Telenor faktisk er at tilgangskjøpere forhandler med flere tilbydere og at de også bytter nett. Når aktørenes opptreden i markedet ikke gir noen indikasjoner på at Nkoms vurdering stemmer, stilles det desto sterkere krav til at Nkom må underbygge sine antagelser med fakta.

Telenor mener også at bestemmelsene som er pålagt rettet ikke utgjør et urimelig vilkår. Bestemmelsene inneholder ingen innholdsmessig begrensning av tilgangskjøpers bruk av parallelle nett, men kun en begrensning av avtalens varighet og oppsigelsestid.

Ifølge Telenor er det vanlig at avtaler kan ha en varighet på 12-36 måneder hvor vilkårene fornyes med ny fast leveringsperiode og oppsigelsestid siste 6 måneder. Etter Telenors kjennskap er dette en vanlig måte å innrette varighet og oppsigelsestid i avtaler om tilgang til mobilnett i land det er naturlig å sammenligne seg med. Telenor har også vist til detaljer i en avtaleklausul brukt [U.off: ██████████].

Telenor kan videre ikke se at oppsigelse og bytte av nettleverandør skal være særlig annerledes enn bytte av leverandører for andre innsatsfaktorer.

Telenor mener at Nkom synes å mene at hva som er vanlig i kommersielle forhold ikke er relevant, og oppgir at bakgrunnen for dette synes å være at Nkom mener tilgangsmarkedet er noe helt annet enn markedene for andre innsatsfaktorer. Nkom har ikke begrunnet eller vurdert hvorfor disse markedsforholdene skulle innebære at klausuler som er vanlige i alminnelige kommersielle avtaler er urimelige i tilgangsmarkedet for mobil. Nkoms vurdering og uttalelse står også direkte i motstrid med at marked 15-vedtaket fastsetter at vurderingen av rimelighet skal basere seg på nettopp dette.

Ifølge Telenor legger i tillegg Nkom vekt på at tilgangskjøpere har opplyst til Nkom at de store versoperatørene har vist svært liten interesse av å tilby tilgang. Telenor mener dette står i motstrid til at Nkom i nytt varsel om vedtak uttrykker at Telia har inngått flere tilgangsavtaler, og således konkurrerer med Telenor om å tilby tilgang.

Etter Telenors syn legger tilgangsavtalen til rette for en fleksibilitet de siste 6 månedene, slik at tilgangskjøper står fritt til å flytte sine slutt kunder på den måten og til det tidsforløpet tilgangskjøper måtte ønske. Den legger heller ingen begrensninger på tilgangskjøpers

forberedelser til migrering, og Telenor uttrykker at de ikke kan forstå hvilke «nødvendige prosesser» som ikke kan gjennomføres i hele avtaleperioden.

Telenor anfører videre at rettepålegget innebærer at Telenor ikke vil ha noen forutsigbarhet for salg av tilgang og at Telenor dermed har en legitim interesse i et slikt vilkår.

Telenor anfører også at Nkom ikke har vurdert hvilken effekt det vil kunne ha på konkurransen i grossistmarkedet dersom Telenor ikke tillates å ha avtaler med fast varighet. Virkingen vil etter Telenors syn være at selskapets insentiver til å konkurrere om tilgangskjøperne vil kunne svekkes. Nkom har dessuten ikke sannsynliggjort at en migrasjonsperiode på 6 måneder «hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse», og at de faktiske forhold viser det motsatte.

Når det gjelder migreringsperiodens lengde viser Telenor til at tilgangskjøperne bytter vertsoperatør, og at de fleste som har byttet fra eller til Telenor har gjort dette på under 6 måneder. Det er heller ikke riktig at Telenor har avvist ønsker fra tilgangskjøperne om noe lengre migreringsfase. At Telenor i ett tilfelle avviste tilgangsavtale med fri migrering av kunder i 24 måneder er noe annet enn spørsmål om noe forlenget oppsigelsesfase av tekniske grunner.

Telia mener det ikke er grunnlag for Telenors anførsel om at Nkom gjennom rettepålegget innfører en ny rett for tilgangskjøperen til å si opp. Telia er enige i Nkoms vurderinger og oppgir at det er vanskelig å følge Telenors resonnement. Telia viser videre til at Telenor i liten grad har utdypet eller presisert, og at det er uklart hvilket faktisk grunnlag Telenor bygger på.

I situasjoner hvor migrering er aktuelt, er det etter Telias syn utelukkende tilgangskjøpernes behov for fleksibilitet som er avgjørende. Telia mener at Telenor verken har utdypet eller presisert sitt anførte behov for forutsigbarhet. Telia er videre uenig i Telenors påstand om at det er få indikasjoner på at bestemmelsen i tilgangsavtalen legger «sterke begrensninger» på tilgangskjøperes reelle mulighet til å bytte vertsoperatør. Telia har de siste årene kjøpt opp flere av Telenors grossistkunder, noe som har gitt reell innsikt i de innelåsende og andre uheldige effekter av Telenors klausul med rullerende leveringseksklusivitet. Dette har Get TDC beskrevet nærmere i tidligere kommentarer. Etter Telias syn demper dette også konkurransen på grossistnivå.

Nkoms vurdering

Nkom gjør innledningsvis oppmerksom på at Telenor i stor grad har hatt tilsvarende anførsler til varselet, og viser til side 6-8 i Telenors merknader til varselet.

I vedtakene er spørsmålet om migrasjon delt i to. Først behandlet Nkom Telenors anførsler om at Nkoms varsel innebar ny og tyngende regulering av Telenor. Konklusjonen var at det ikke var

grunnlag for Telenors påstand. Nkom kan ikke se at Telenors klage bringer inn nye momenter og fastholder vurderingen som er gjort i vedtakene.

Deretter behandlet Nkom spørsmålet om standardavtalenes bestemmelser om migrasjon utgjorde urimelige avtalevilkår. Nkom tok utgangspunkt i marked 15-vedtaket punkt 255, jf. punkt 173, 174 og 184. Problemstillingen var om, og i så fall i hvilke tilfeller, Telenor har et legitimt behov i å oppstille et absolutt hinder for tilgangskjøpers rett til utmigrering i de første 12 månedene, og om den aktuelle begrensningen er forholdsmessig. Konklusjonen var at begrensningen i tilgangskjøpers mulighet til å utmigrere de første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder ved fornyet avtale er å anse som et urimelig vilkår, jf. marked 15-vedtaket punkt 255.

Telenor har anført at Nkom forbyr klausulen fordi den kan likestilles med suksessive avtaler med leveringseksklusivitet. Nkom kan ikke se at det er grunnlag for denne anførselen og viser til at Nkom har pålagt Telenor å rette vilkåret fordi det er i strid med kravet til rimelige vilkår.

Når det gjelder referansene til suksessive perioder med leveringseksklusivitet, er disse gjort for å få frem effekter av innretningen på begrensningene i retten til migrasjon. Nkom viser her til vedtaket side 19/24 med videre referanser til varselet. I varselet side 13 fremholder Nkom blant annet at tilgangskjøper som bytter vertsoperatør er i en mer sårbar posisjon, at byttet vil avstedkomme omfattende prosesser og at tilgangskjøper som ikke får gjennomført nødvendige prosesser vil være henvist til å avvente at retten til å utmigrere inntreffer på ny. Nkom fremholder videre at suksessive perioder med leveringseksklusivitet anses å legge sterke begrensninger på tilgangskjøper og at dette er egnet til å begrense tilgangskjøpers mulighet til å utnytte den grad av konkurranse som finnes om å tilby tilgang. Nkoms vurdering har på den bakgrunn vært at standardavtalen har en virkning som er sammenlignbar med suksessive perioder med innelåsning hos Telenor og at hensynet til bærekraftig konkurranse taler imot å tillate Telenor en slik absolutt begrensning i retten til migrasjon.

Når det gjelder Telenors anførsler om at Nkom snur vurderingen av «rimelig» på hodet og om «hindrer eller begrenser konkurransen», viser Nkom til punkt 2.3 ovenfor. Nkom viser her kort til at Telenors legitime behov og krav til forholdsmessighet står sentralt i den helhetsvurderingen Nkom har foretatt i vedtakene.

Telenor har vist til at flere tilgangskjøpere har byttet nett og at det stilles desto sterkere krav til at Nkom må underbygge sine antagelser med fakta når aktørenes opptreden i markedet ikke gir noen indikasjoner på at Nkoms vurdering stemmer. Nkom viser her til sammenhengene som er beskrevet i vedtakene og varselet, herunder at standardavtalens bestemmelse er egnet til å begrense tilgangskjøpers mulighet til å utnytte den grad av konkurranse som eksisterer om å tilby tilgang. At noen tilgangskjøpere har gjennomført migrasjon innen en periode på 6 måneder,

kan etter Nkoms vurdering ikke tas til inntekt for standardavtalen ikke har slik virkning. Nkom legger videre til grunn at flere av migrasjonene Telenor sikter til er knyttet til at Telia har kjøpt opp de aktuelle aktørene. Nkom anser at Telia som netteier både vil ha særlige insentiver og forutsetninger for en rask migrasjon av sluttbrukerne. Nkom kan således ikke se at disse migrasjonene nødvendigvis er representative for andre tilbyderes mulighet til migrering. Nkom viser også til at det har vært gjentatte tvister om migrasjon, herunder rettsprosesser. Nkom mener således at aktørenes faktiske opptreden ikke gir grunnlag for en påstand om at Nkoms vurdering ikke stemmer.

Nkom kan ikke se at det fremkommer nye opplysninger i Telenors anførsel om at bestemmelsene bare inneholder en begrensning av avtalens varighet og oppsigelsestid, samt at bytte av nettleverandør etter Telenors syn ikke skal være særlig annerledes enn bytte av leverandører for andre innsatsfaktorer. Nkom henviser også der til vurderingene i vedtaket.

Når det gjelder anførselen om at vedtakene synes å bygge på at hva som er vanlig i kommersielle forhold ikke er relevant, viser Nkom først til at eventuell kommersiell praksis er et moment som kan inngå i en helhetsvurdering, jf. også punkt 2.3 og 2.4 ovenfor. Nkom viser videre til at Nkom ikke har hatt spesifikke opplysninger om hva som er fremgått av sammenlignbar praksis.

Det er først i klagen Telenor har gitt visse opplysninger om kontraktsvilkår knyttet til migrering, og da for ett annet land. Telenor har opplyst at selskapet mener lignende vilkår skal være vanlig i avtaler om tilgang til mobilnett i andre land som Telenor mener det er naturlig å sammenligne med. Nkom kan ikke se at det er gitt opplysninger som gir Nkom grunnlag for å vurdere påstanden nærmere. Slik Nkom forstår Telenors klage, kan det videre synes som at Telenor har ytterligere opplysninger om «avtaler om tilgang til mobilnett i andre land». Nkom viser kort til at Nkom ikke har mottatt opplysninger som kunne gitt grunnlag for å tillegge det betydning.

Slik Nkom oppfatter migrasjonsbestemmelsen Telenor har lagt frem, er det uansett ikke klart at den går imot vurderingene Nkom har gjort. Nkom viser her til at virkningen av at avtalen ikke sies opp er at den [U.off:

[REDACTED], og for så vidt heller ikke om andre vilkår som måtte være relevante for å vurdere eventuelle innelåsende effekter. Nkom peker endelig på at det norske markedet er kjennetegnet av kun å ha to aktuelle tilbydere av tilgang, og at konkurransen om å tilby tilgang derfor kan antas å være svært begrenset gitt fravær av forhåndsregulering, se også vedtakene side 26/29. Som allerede vist til

er mulighet for tilgangskjøpere til å utnytte den graden som eksisterer om å tilby tilgang, sentralt. Etter fornyet vurdering på bakgrunn av opplysningen fra Telenor, fastholder Nkom konklusjonen i vedtaket.

Når det gjelder Telenors anførsel knyttet til oppsigelse og bytte av nettleverandør, sammenlignet med leverandører for andre innsatsfaktorer, viser Nkom til vedtakene. Telenors opplysning om at Telia har inngått tilgangsavtaler er ikke noe nytt. Nkom viser også til vedtaket når det gjelder Telenors anførsler knyttet til fleksibilitet for tilgangskjøpere i de siste 6 månedene av avtaleperioden, og at Telenor mener selskapets avtalevilkår kun innebærer en begrensning av varighet og oppsigelsestid.

Nkom kan heller ikke se at det fremkommer noe nytt i Telenors anførsel om at pålegget om retting vil innebære at Telenor har «ingen forutsigbarhet», og viser til vurderingene i vedtakene side 27/29.

Som respons på at Nkom i vedtakene har gitt uttrykk for at Telenor «heller» kan konkurrere mer intenst om å tiltrekke seg tilgangskjøpere, anfører Telenor at Nkom ikke har vurdert virkninger i grossistmarkedet av at Telenor ikke kan ha avtaler med fast varighet og oppsigelsestid. Telenor fremholder at dette sannsynligvis vil gi Telenor svekkede insentiver til å konkurrere om tilgangskjøperne og dermed ha motsatt effekt av hva Nkom ser for seg. Nkom kan ikke se at det er grunnlag for den virkningen Telenor antyder, og merker seg at Telenor ikke har forklart hvilke sammenhenger vurderingen bygger på. Etter Nkoms vurdering vil det å redusere de inne-låsende effektene av standardavtalenes migrasjonsbestemmelse heller bidra til økt kjøpermakt og økt dynamikk i grossistmarkedet, jf. vedtakene side 27/31. Nkom bemerker for øvrig at Telenors motivasjon for å tilby tilgang til eksterne tilgangskjøpere i større grad synes å være knyttet til hva som er nødvendig for å oppfylle reguleringens krav enn intens konkurranse om tilgangskjøpernes gunst. Nkom har dermed vanskelig for å se den effekten Telenor beskriver kan oppstå slik markedet fungerer per i dag. Nkom viser avslutningsvis til at Telia stiller seg bak vurderingen om at migrasjonsbestemmelsen i Telenors standardavtaler demper konkurransen på grossistnivå.

Migrasjonsperiodens lengde

Det fremgår av vedtakene at Nkom la til grunn at 6 måneder i noen tilfeller vil kunne være tilstrekkelig, men at et absolutt krav om at migrering må gjennomføres i løpet av 6 måneder, ikke var i tråd med marked 15-vedtaket punkt 255, jf. punkt 184.

Telenor anfører at Nkom ikke har sannsynliggjort at en migrasjonsperiode på 6 måneder «hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse», og at de faktiske forhold viser det motsatte. Etter Nkoms vurdering er dette ikke rett vurderingstema, jf. punkt 2.3 ovenfor.

Når det gjelder Telenors bemerkning om «tekniske grunner» nederst på side 8, viser Nkom til at avsnitt 184 eksplisitt fastsetter at migrasjonsperioden skal være rimelig ut fra både tekniske og kommersielle forhold, slik Nkom også fremholdt i vedtakene.

Telenor anfører at selskapet ikke har avvist ønsker fra tilgangskjøper om noe lengre migreringsfase. Nkom antar Telenor med dette sikter til vedtakene side 29/32, der Nkom først viser til Phonerøs migrering, og deretter viser 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 forstår det derfor slik at det Telenor mener ikke medfører «riktighet», er at Telenor mener at selskapet ønsket tilgang i 24 måneder (12+6+6). Nkom kan slik ikke se at det er manglende «riktighet» knyttet til uttalelsen i vedtakene, og kan heller ikke se at det er tvilsomt at Telenor faktisk avviste en tilgangskjøper som ønsket å kunne migrere i lenger enn 6 måneder. Nkoms samlede inntrykk er at det ikke er lett å bli hørt hos Telenor med et ønske om forlenget migrasjonsperiode, selv om det er visse indikasjoner på at Telenor nå håndhever utmigreringsbestemmelsen mer lempelig, jf. vedtakene side 29/32.

Etter Nkoms vurdering er det ikke grunnlag for Telenors anførsler knyttet til migrasjon, og vi fastholder konklusjonen i vedtaket.

2.7 Hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav

Grunnlag

Telenor anfører at Nkom ikke har sannsynliggjort at et krav om hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav er i strid med kravet om at vilkår i standardavtalene skal være rimelige. Videre anfører Telenor at Nkom ikke har underbygget med empiri, undersøkelser eller på annen måte at klausulen kan ha slik virkning som Nkom påstår. Vedtakene bygger bare på Nkoms egne vurderinger, og Telenor har vist til et avsnitt hvor det fremgår at det etter Nkoms vurdering er en nærliggende konsekvens av en bestemmelse om at ethvert mislighold gir hevingsrett at tilgangskjøpere legger inn en solid sikkerhetsmargin.

Telenor anfører videre at det er en vesentlig og grunnleggende forutsetning at bestemmelser om eksklusivitet ikke misligholdes. Videre er det vanlig i kommersielle avtaler at en part som videreselger tjenester og produkter må sikre at vesentlige vilkår sikres i neste salgsledd.

Videre fremholder Telenor at selskapet har erfart at grossistkunder bryter eksklusivitetsbestemmelsen.

Nkom har etter Telenors syn en henvisning til bruksbegrensning som blir feil ettersom en privatrettslig avtale om hevingsrett ikke kan begrense rekkevidden av preseptorisk lovgivning, og slik heller ikke kan brukes som begrunnelse for å gripe inn mot hevingsbestemmelsen.

Telenor anfører videre at Nkom har en feil forståelse av klausulen om heving ettersom denne bare gir hevingsrett når tilgangskjøper bryter eksklusivitetsbestemmelsen. Det er ikke tilstrekkelig at Telenor anser at tilgangskjøper er i brudd, slik vedtakene synes å legge til grunn.

Nkoms vurdering

Vedtakene anerkjenner at standardavtalene kan inneholde bestemmelser om heving. Samtidig fremholder vedtakene at en uklart formulert eller vidtgående hevingsrett vil kunne komme i konflikt med tilgangsplikten, og også gå klart lenger enn det som er nødvendig for å ivareta Telenors legitime behov, og vil heller ikke være forholdsmessig. Nkom viste også blant annet til at heving normalt vil være en meget inngripende sanksjon og konkluderte med at hevingsbestemmelsen var urimelig.

Nkom har i vedtakene gitt uttrykk for at det fremstod som usikkert for Nkom hva Telenor siktet til med at Nkom ikke hadde sannsynliggjort at «klausulen kan ha slik virkning som påstås». Telenor fastholder i klagen at Nkom ikke har sannsynliggjort at «klausulen kan ha slik virkning».

Nkom oppfatter at det fortsatt er noe uklart hva Telenor her anfører, men legger til grunn at anførselen knytter seg til Nkoms vurdering om at en bestemmelse som gir hevingsrett ved ethvert mislighold kan ha som nærliggende konsekvens at tilgangskjøper legger inn en sikkerhetsmargin. Nkom kan ikke se at Telenor har lagt frem noe som gir grunnlag for en endret vurdering av dette, og fastholder at hevingsbestemmelsen slik den er utformet, kan ha slik virkning. Nkom viser her til at Telenor råder over en helt sentral innsatsfaktor i tilgangskjøperens sluttbrukertjeneste, at tilgangskjøperne forholder seg til en aktør med økonomisk styrke til i stor grad å kunne opptre uavhengig av blant annet sine konkurrenter og at Telenor har vist sterk grad av evne og vilje til å forfølge ulike rettskrav selskapet måtte mene å ha i tilknytning til kjøp av tilgang.

Når det gjelder Telenors anførsler om Nkom ikke har underbygget med empiri, undersøkelser mv., viser Nkom til at det har vært vid adgang for ulike interessenter til å gi kommentarer. Etter Nkoms vurdering er høring av interesserte aktører en hensiktsmessig og tilstrekkelig tilnærming til å belyse problemstillingen Telenor her tar opp, om en vid hevingsadgang for Telenor i det relevante markedet vil ha som nærliggende konsekvens at tilgangskjøpere legger inn en solid sikkerhetsmargin for å unngå risiko for at Telenor vil gjøre hevingsadgangen gjeldende. Nkom stiller seg for øvrig spørrende til hva slags empiri Telenor mener vil være relevant for å vurdere denne problemstillingen. Nkom viser til at dette vår kunnskap ikke er noen tilgangskjøper som faktisk benytter seg av muligheten til parallell tilgang hos ulike vertsoperatører utover ved migrasjon. Nkom kan imidlertid ikke se at det ut i fra dette faktiske forholdet kan trekkes klare slutninger om den aktuelle problemstillingen, og fastholder den tilnærmingen vi har benyttet.

Når det gjelder eksemplene Telenor har vist til om brudd på leveringseksklusivitet, legger Nkom til grunn at disse har et ganske begrenset omfang. Nkom kan ikke se at det ut i fra disse er grunnlag for å slutte at innretningen på hevingsbestemmelsen i Telenors standardavtale er å anse som rimelig.

Når det gjelder bruksbegrensning synes Telenor å anføre at Nkom uriktig har lagt til grunn at Telenor etter tilgangsavtalen ikke trenger å innhente samtykke fra Nkom ved bruksbegrensning når Telenor har hevingsrett etter tilgangsavtalen. Nkom viser til varselet side 19 der Nkom fremholder at «bruksbegrensning med visse unntak krever samtykke fra myndigheten». På dette punktet kan Nkom og Telenor slik synes å være enige. Videre er en slik vid hevingsbestemmelse egnet til å frata tilgangskjøpere forutsigbarheten ved å kjøpe regulert tilgang, jf. varselet side 19, slik at tilgangskjøpere ikke kan forholde seg til inngåtte avtaler, vil ha en usikker situasjon og være avhengig av hvorvidt Nkom skulle gi samtykke til bruksbegrensning.

Telenor har gitt uttrykk for at det er vanlig i kommersielle avtaler at en part som videreselger tjenester og produkter må sikre at vesentlige vilkår sikres i neste salgsledd.

Nkom har ikke holdepunkter for på generelt grunnlag å bekrefte eller avkrefte denne oppfatningen. Nkom kan imidlertid ikke se at forholdet kan tillegges større betydning i denne saken. Nkom viser igjen til at Nkoms vurderinger er gjort på bakgrunn av forholdene i det relevante markedet hvor Telenor har sterk markedsstilling. Nkom viser videre til at pålegget om retting ikke avviser enhver rett for Telenor til å heve en tilgangsavtale på grunnlag av brudd på krav om eksklusivitet, men mot at hevingsadgangen Telenor her betinger seg er så vid at den er egnet til å undergrave tilgangsplikten og dermed at reguleringen kan nå sitt formål. Rettepålettingen er således heller ikke innrettet mot at Telenor ikke kan oppstille krav om at lovlige krav om eksklusivitet videreføres i eventuelle senere salgsledd. Nkom presiserer for ordens skyld at en slik videreføring må bygge på at kravene som er stilt til leveringseksklusivitet i første ledd må være forenlig med krav Telenor er underlagt i marked 15-reguleringen.

Telenor har anført at Nkoms forståelse av hevingsbestemmelsen er uriktig ettersom Nkom synes å mene det er tilstrekkelig for å utløse hevingsadgang at Telenor anser at avtalen er brutt. Nkom oppfatter at Telenor her bygger på at vedtakene bruker begrepet «anse», jf. side 32/35. Slik Nkom forstår Telenor, kan Telenor slik synes å mene at rettepålettingen baserer seg på en feilaktig forståelse av at ikke bare overtredelser av eksklusivitetsforpliktelsen gir hevingsrett, men også der Telenor fortolker avtalen uriktig og feilaktig legger til grunn at eksklusivitetsforpliktelsen er brutt. Etter Nkoms vurdering fremgår det klart av vedtakene at

vurderingene gjelder standardavtalenes gjeldende utforming, og ser ikke grunn til å kommentere ytterligere på denne anførselen.

2.8 Oppsigelsesadgang

Grunnlag

Telenor forstår vedtakene slik at Telenor pålegges å rette avtalen slik at tilgangskjøper gis oppsigelsesadgang der Telenor endrer avtalene som følge av endringer i reguleringen eller pålegg fra myndigheter.

Telenor mener Nkom verken har vurdert eller sannsynliggjort at manglende oppsigelsesadgang for tilgangskjøper hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. Telenor har en legitim interesse i å endre avtalene, og en rett til å si opp innebærer at Telenor bærer hele den kommersielle risikoen.

Nkoms vurdering

Det fremgår av vedtakene at det er et urimelig vilkår når Telenor betinger seg en rett til ensidig å endre avtalevilkår, uten at tilgangskjøper er gitt tilsvarende mulighet til å komme seg ut av avtaleforholdet og slik unngå å være bundet av nye og ukjente vilkår ensidig fastsatt av Telenor. Dette ble også fremholdt av en tilgangskjøper som et urimelig vilkår, jf. varselet side 30 med videre henvisninger.

Når det gjelder Telenors anførsel om «hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse», så er dette ikke rett vurderingstema, jf. punkt 2.3 ovenfor. Når det gjelder Telenors anførsel om manglende sannsynliggjøring fremstår det som uklart for Nkom hva Telenor mener eventuelt skulle sannsynliggjøres, og Nkom viser generelt til punkt 2.4 ovenfor.

Når det gjelder Telenors henvisning til at selskapet har en legitim interesse i å endre avtalene viser Nkom generelt til drøftelsene om ensidig endringsadgang i vedtakene punkt 6. Telenor har fastholdt sin anførsel om at en rett til å si opp for tilgangskjøper innebærer at Telenor bærer hele den kommersielle risikoen. Nkom er ikke enig i dette og viser til vedtakene side 41/47.

Nkom fastholder slik at den ensidige endringsadgangen som nevnt ovenfor, uten korresponderende oppsigelsesrett for tilgangskjøper er et urimelig vilkår.

2.9 Innendørsdekning

Grunnlag

Telenor aner prinsipielt at pålegg om utvidelser av dekning ligger utenfor rammen av ekomloven § 4-1, da tilgangsplikten begrenser seg til å gi tilgang til eksisterende nettverk. Det er uansett ikke nødvendig å pålegge Telenor å innta dette ettersom Telenor frivillig har en slik ordning.

Nkoms vurdering

Det fremkommer ikke noe nytt av Telenors klage. Etter Nkoms vurdering gir § 4-1 hjemmel for å pålegge Telenor å gi tilgangskjøpere tilgang til de løsninger Telenor tilbyr egen sluttbrukervirksomhet. Det er slik viktig at standardavtalen inneholder transparente og ikke-diskriminerende kontraktsvilkår som tydeliggjør de regulatoriske kravene til Telenors tilbud om tilgang til innendørsdekning. Nkom viser til vedtakene side 42-43/48-50 med videre henvisninger til marked 15-vedtaket og SDs klagevedtak.

2.10 Forbud mot diskriminering mellom eksterne

Grunnlag

Telenor anfører at ingen av avsnittene Nkom har vist til i vedtakene omhandler en forpliktelse for Telenor til å innta et vilkår om endringsadgang i standardavtalen basert på en bestevilkårsbestemmelse. Således gir verken marked 15-vedtaket punkt 237, kapittel 8.2 eller punkt 251 jf. 384 slik hjemmel. Telenor har videre blant annet vist til at når en tilgangskjøper fremforhandler et bedre vilkår gis øvrige tilgangskjøpere tilbud om å innta det samme vilkåret i sine avtaler.

Nkoms vurdering

I vedtakene ble Telenor pålagt å inkludere vilkår i standardavtalen som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av kravet om ikke-diskriminering med det innholdet ikke-diskrimineringskravet er gitt i marked 15-vedtaket punkt 237, jf. 251.

Det fremgår av marked 15-vedtaket punkt 251 at innholdet i Telenors standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang til de tilgangsformene som omfattes av Telenors tilgangsplikt, på ikke-diskriminerende vilkår. Videre fremgår det av punkt 237 at Telenor plikter å sørge for transparens som gjør det mulig for tilgangskjøpere å velge blant eksisterende tilbud.

Nkom forstår Telenors klage slik at Telenor mener å ha etablert en ordning som sikrer at kravet til transparens er oppfylt uten at tilgangskjøpers valgmulighet eksplisitt fremgår av standardavtalen.

Etter en samlet vurdering finner Nkom slik at det kan være grunn til å ikke stadfeste vedtaket på dette punktet, men at det er mer hensiktsmessig å presisere kravene nærmere gjennom ny regulering.

2.11 Avsluttende merknader

Telenor viser til tiden som har gått siden marked 15-vedtaket og varselet og til at Nkom fremholder at vedtakene ikke innebærer noen godkjenning av øvrige vilkår. Dette finner Telenor uforutsigbart og uheldig både for Telenor og tilgangskjøpere.

Nkoms vurdering

Nkom erkjenner at det ville være en fordel dersom vurderingen av Telenors standardavtaler kunne vært ferdigstilt raskere. Nkom har varslet ny regulering av marked 15 og vil i tilknytning til den nye reguleringen kunne foreta vurderinger også av vilkår Telenor allerede benytter. Nkom viser til at standardavtalene er omfattende, og at det er nødvendig å prioritere hvilke bestemmelser som skal følges opp når. At en bestemmelse ikke er vurdert kan ikke innebære noen godkjenning av forhold som ikke er vurdert. Det kan dessuten være at markedsutviklingen eller endrede regulatoriske forhold gir grunn til å endre standardavtalene. Samtidig vil det forhold at et forhold i standardavtalene har vært likelydende over tid uten at tilgangskjøper eller Nkom har reagert på forholdet, i flere tilfeller kunne tas til inntekt for at forholdet er kompatibelt med reguleringens krav.

Nkom kan dermed ikke se at forbeholdet Nkom har presisert i rettevedtakene gir grunnlag for slik usikkerhet som Telenor synes å mene at det har. Et alternativt regime kunne være å stille krav om forhåndsgodkjenning av vilkår i standardavtalene, slik ordningen er i noen land. Gjeldende regulering legger imidlertid ikke opp til en slik ordning. Nkom mener således at forbeholdet er en nødvendig konsekvens av det regimet Marked 15-vedtaket legger opp til. Det fremstår for øvrig som uklart for Nkom om Telenor foretrekker et regime med forhåndsgodkjenning av vilkårene i standardavtalene.

3 Oppsummering og innstilling

Etter en vurdering av Telenors anførsler i klagen av 23. august har Nkom ikke funnet grunnlag for å endre eller oppheve de to vedtakene av 12. juli 2019.

Nkom innstiller derfor på følgende vedtak i klagesaken:

«Nasjonal kommunikasjonsmyndighets to vedtak av 12. juli om pålegg om retting av Telenor ASA sine standardavtaler om henholdsvis MVNO-tilgang og



tjenesteleverandørtilgang, stadfestes med unntak av påleggene om å innta vilkår i standardavtalen som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret tilgangsavtalen på grunnlag av ikke-diskrimineringskravet, jf. vedtakenes punkt 10».

Etter punkt 4 i veiledende regler for saksbehandlingsfrister for klager på vedtak etter ekomloven, kan parter og andre berørte uttale seg om Nkoms innstilling til departementet innen en frist på to uker.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
avdelingsdirektør

Inger Vollstad
fung. seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift

Kopi uten vedlegg til:

Telenor
Atea
eRate
Fjordkraft
Gudbrandsdal Energi Mobil
ICE
Happybytes
Hudya
Pepcall
Phonect
Primafon
Saga mobil
Sponz
Telia
Telipol