



Nasjonal
kommunikasjons-
myndighet

Telenor ASA
Postboks 800
1331 FORNEBU

Vår ref.: Vår ref.: 1504996-52
Vår dato: Vår dato: 14.7.2017

Deres ref.: Deres ref.:
Deres dato: Deres dato:

Saksbehandler: Saksbehandler: OSU, LDS

Varsel – pålegg om retting av Telenors standardavtaler for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang

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 (heretter marked 15-vedtaket). Det vises videre til Telenors reviderte standardavtaler for hhv. MVNO- og tjenesteleverandørtilgang lansert høsten 2016, vårt brev av 29. november 2016 vedrørende deler av avtalevilkårene i nevnte avtaler, Telenors svarbrev 20. desember 2016 og øvrig korrespondanse i sakens anledning.

1. Bakgrunn

Nkom fattet 1. juli 2016 vedtak om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser. Telenor oversendte reviderte standardavtaler for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang henholdsvis 15. september og 31. oktober 2016.

I brev av 29. november 2016 gav Nkom uttrykk for våre foreløpige vurderinger knyttet til deler av Telenors standardavtaler. Når det gjaldt eksklusivitet, prisstruktur¹ og ensidig endringsadgang var Telenors standardavtaler etter Nkoms foreløpige oppfatning i strid med marked 15-vedtaket. Telenor ble derfor bedt om å redegjøre for sitt syn, samt på enkelte punkter bedt om å besvare konkrete spørsmål. Telenor ble også bedt om å besvare spørsmål knyttet til innendørsdekning

¹ Spørsmålet om prisstruktur er ikke behandlet i dette varselet.

og forbudet mot diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere. Telenor besvarte Nkoms brev 20. desember 2016.

Nkoms foreløpige vurderinger ble også oversendt tilgangskjøpere som har avtale med Telenor om tilgang til selskapets mobilnett, nærmere bestemt; Chili Mobil AS, Get AS og TDC AS (Get TDC), Phonero AS (Phonero) og eRate AS. Phonero kommenterte Nkoms brev i svar 20. desember 2016, mens Get TDC avga sine kommentarer i brev av 4. januar 2017.

2. Generelle tilbakemeldinger fra Telenor – saksbehandlingsfeil, hjemmelsproblematikk og markedsmessige endringer

Telenor mener Nkoms brev strider mot forvaltningslovens system og grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper som krav til forsvarlig saksbehandling og krav til kontradiksjon. Telenor viser til at brevet ikke er formulert som et varsel og at det er gjort offentlig tilgjengelig før Telenor har fått uttale seg. Telenor viser videre til at brevet er konkluderende i formen, noe som etter omstendighetene kan lede til inhabilitet. Telenor hevder også at vurderingene er skjønnspregede og uten rettslig forankring. Etter Telenors oppfatning går dessuten Nkoms informasjonsinnhenting lenger enn nødvendig og omfatter forhold som faller utenfor opplysningsplikten etter ekomloven § 10-3.

Telenor viser også til selskapets klage på marked 15-vedtaket og gjentar at Nkom ikke har hjemmel i ekomloven § 4-1 til å fastsette vilkår i standardavtalen basert på betraktninger om rimelighet med mindre de aktuelle avtalebestemmelsene representerer tilgangsnekt.

Etter Telenors vurdering har det i etterkant av marked 15-vedtaket skjedd vesentlige markedsendringer som gjør det klart at det ikke er rettslig grunnlag for å regulere markedet. Det er etter Telenors syn bekymringsfullt at Nkom ikke synes å ta disse endringene innover seg i oppfølgingen av markedsvedtaket.

Nkom har vurdert Telenors anførsler, jf. ovenstående, og kan ikke se at de kan føre fram.

Etter Nkoms vurdering må det være klart at vårt brev med foreløpige vurderinger verken er i strid med varslingsplikten etter forvaltningsloven § 16, reglene om inhabilitet i § 6, forsvarlighetsprinsippet eller hensynet til kontradiksjon.

I utgangspunktet er det etter Nkoms vurdering ikke grunn til å gå nærmere inn på Telenors anførsel på dette punktet. Nkom vil likevel vise til Telenors respons på vårt brev til Telenor 4. juni 2013. Nkom ga der uttrykk for at flere av bestemmelsene i utkastene Telenor hadde

oversendt til nye standardavtaler etter vår foreløpige vurdering var problematiske. Til dette svarte Telenor i brev av 7. juni 2013 følgende:

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

Telenor gikk etter dette videre med avtaleutkastene overfor sine tilgangskjøpere, tilsynelatende uten å ta Nkoms uttrykte bekymring i betraktning. Nkom oppfatter at Telenor begrunnet denne fremgangsmåten med at Nkom ikke eksplisitt hadde uttrykt at vilkårene var i strid med den dagjeldende marked 15-reguleringen. På denne bakgrunn fant Nkom det hensiktsmessig nå å være tydeligere på vår foreløpige vurdering av om standardavtalene er i samsvar med reguleringens krav.

Etter Nkoms vurdering er det videre ønskelig at det er offentlighet knyttet til Nkoms vurderinger av Telenors gjeldende standardavtaler. Dette hensynet gjør seg i enda sterkere grad gjeldende i en situasjon der tilgangskjøpere presenteres for nye avtaleutkast som oppgis å være basert på og begrunnet i ny offentligrettslig regulering.

Når det gjelder Telenors anførsel om at informasjonsinnhenting går lenger enn nødvendig og omfatter forhold som faller utenfor opplysningsplikten, bemerker Nkom at Nkoms brev av 29. november både inneholdt foreløpige vurderinger som Telenor ble oppfordret til å kommentere, og i tillegg pålegg om å gi opplysninger. Pålegget om å gi opplysninger er ikke eksplisitt avgrenset mot forholdene Telenor ble oppfordret til å kommentere uten at det dermed var tilsiktet å pålegge Telenor å gi vurderinger. Nkom har merket seg Telenors kommentar og ser ikke grunn til å kommentere dette ytterligere.

Med hensyn til Telenors argumentasjon rundt hjemmelsproblematikk etter ekomloven § 4-1, viser Nkom til side 28 og 29 i vår innstilling til Telenors klage oversendt Samferdselsdepartementet 19. oktober 2016. Departementet har foreløpig ikke konkludert i klagesaken, men så langt avslått to anmodninger fra Telenor om utsatt iverksettelse av Nkoms vedtak. Nkom forholder seg til at marked 15-vedtaket gjelder med de plikter og rettigheter som følger av vedtaket og fastholder vår vurdering om at ekomloven § 4-6, jf. § 4-1 gir anledning til å pålegge Telenor å møte rimelige anmodninger om tilgang med rimelige og rettfærdige vilkår, jf. marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.1 og punkt 90.

Når det gjelder Telenors anførsler om endringer i markedsmessige forhold, viser Nkom til vårt brev til Samferdselsdepartementet (SD) 6. januar 2017, som Telenor også har fått kopi av. Som

det fremgår der, mener Nkom at det fremdeles er grunnlag for å opprettholde konklusjonen om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i marked 15.

3. Forbud mot eksklusivitet, samt bestemmelser om migrasjon

3.1 Rettslig grunnlag

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

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

Telenors legitime interesse til å oppstille krav om eksklusivitet er etter marked 15-vedtaket begrenset til at tilgangskjøper ikke skal kunne benytte regulert tilgang og samtidig tilgang hos en annen vertsoperatør til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn sammenlignet med Telenors egen virksomhet, jf. marked 15-vedtaket punkt 183 og 184. For å oppnå økt klarhet om reguleringens krav og dermed øke forutberegneligheten for aktørene, inneholder marked 15-vedtaket presiseringer knyttet til eksklusivitet på ulike nivåer, herunder SIM, abonnementsforhold, konsern, selskap og merkevare, jf. marked 15-vedtaket punkt 185 følgende.

Det følger videre av marked 15-vedtaket at eventuelle krav om eksklusivitet ikke skal hindre tilgangskjøper i å kunne migrere hele eller deler av kundemassen til annen vertsoperatør. Marked 15-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 slutt kunder.

3.2 Telenors implementering i standardavtalene

Reguleringen av leveringseksklusivitet i de nye standardavtalene følger av avtalenes punkt 2.3/2.6.²

Standardavtalen punkt 2.3 første og annet ledd lyder slik:

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

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

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

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

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

² Gjelder henholdsvis MVNO-avtalen punkt 2.3 og tjenesteleverandøravtalen punkt 2.6. Ettersom ordlyden er likelydende i de to standardavtalene, med ett unntak som omtales nedenfor under punkt 4, gjengir vi for enkelhetsskyld bare ordlyden i MVNO-avtalen. Av samme grunn er også henvisninger gjort til nummereringen i MVNO-avtalen.

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 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 fastsetter at:

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

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

Standardavtalenes punkt 13.1 lyder slik:

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

[...]

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

3.3 Tilbakemeldinger fra Telenor

I Nkoms brev 29. november 2016 ble Telenor bedt om å redegjøre for hvilke legitime behov selskapet mener å ha som tilsier eksklusivitet på abonnent-nivå og hvilke muligheter selskapet mener tilgangskjøperer uten slike eksklusivitetskrav vil ha til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn. Telenor anfører i sitt svar at standardavtalen på dette punktet er utformet

for å beskytte dekningskonkurransen mellom mobilnett. Fordi flere abonnenter kan være del av samme abonnementsforhold, er tilgangsavtalen utformet for å ta høyde for dette. Begrepet «tilknyttede brukere» er inntatt blant annet for å fange opp flere brukere under et bedriftsabonnement.

Telenor ble også bedt om å redegjøre for om standardavtalen skal forstås slik at tilgangskjøper først kan starte migrering av hele eller deler av sin kundemasse 12 måneder etter avtaleinngåelse, samt begrunne hvorfor en migrasjonsperiode på seks måneder tilsynelatende i alle tilfelle vil være rimelig. I svaret bekrefter Telenor at standardavtalen ikke gir tilgangskjøper rett til å migrere ut kunder i de første 12 måneder av avtaleperioden. Med tanke på lengden på migreringsperioden viser Telenor til at 6 måneder har vist seg «mer enn tilstrekkelig», også ved den så langt største migreringen da Tele2 migrerte hele kundemassen over til Telias nett i løpet av noen måneder.

3.4 Tilbakemeldinger fra tilgangskjøpere³

Get TDC gir i sin tilbakemelding støtte til Nkoms foreløpige vurdering om at Telenor gjennom standardavtalen betinger seg en eksklusivitet som går lenger enn marked 15-vedtaket åpner opp for. Selskapet oppfatter formuleringene i standardavtalen som så vide at de etter sin ordlyd rammer enhver bruk av annen nettleverandør. Get TDC viser bl.a. til at henvisningen til at den parallelle tilgangen «må begrense eller uthule konkurransen mellom mobile nett» ikke utgjør en reell terskel eller et objektivt kriterium. Selskapet oppfatter videre at marked 15-vedtaket inneholder en uttømmende opprøpning av unntakene fra forbudet mot leverandørekklusivitet.

Med tanke på migreringsperiode opplyser Get TDC at ordlyden i standardavtalen må forstås dit hen at tilgangskjøper ikke har anledning til å migrere kunder over til et konkurrerende mobilnett de første 12 måneder av avtaleperioden. Man står dermed overfor et tidsbestemt eksklusivitetskrav, i tillegg til det generelle pålegget om leverandørekklusivitet.

Phonero stiller seg i det vesentlige bak Nkoms foreløpige vurdering av Telenors eksklusivitetsklausul. Til tross for at eksklusivitetsklausulen ser ut til å være myket opp for (i hvert fall delvis) å imøtekomme marked 15-vedtaket, så oppstilles det ingen terskel for når eksklusivitet er et legitimt krav. Etter Phoneros syn har ordlyden i klausulen «begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nett» et svært uklart innhold som gjør det vanskelig konkret å fastslå hvilke forpliktelser som pålegges tilgangskjøper.

³ Nkom har ikke mottatt tilbakemeldinger fra tilgangskjøpere på alle forhold som ble tatt opp i vårt brev av 29. november 2016. Der Nkom har mottatt tilbakemeldinger vil dette fremgå i det videre.

Av andre forhold Phonero tar opp i selskapets tilbakemelding, nevnes bl.a. at Telenor har benyttet en annen definisjon av sluttbrukermarkedene enn det Nkom har lagt til grunn, og at myndighetens definisjon bør benyttes. Telenor betinger seg også konserneksklusivitet, men Phonero har vanskelig for å se at det er noen situasjon der Telenor vil kunne ha legitime interesser i å opprettholde dette.

Phonero slutter seg for øvrig til Nkoms vurderinger når det gjelder adgang til migrering.

3.5 Nkoms vurderinger

3.5.1 Eksklusivitet

Nkom bemerker innledningsvis at Telenors svar etter vår oppfatning i begrenset grad er egnet til å opplyse de forhold Nkom tok opp i tilknytning til standardavtalens formuleringer i punkt 2.3 om eksklusivitet.

Telenors adgang til å stille krav om leveringseksklusivitet er etter reguleringen begrenset til hva som er nødvendig for å ivareta selskapets legitime interesser. Hva som er nødvendig for å ivareta slike interesser er i sin tur knyttet til at tilgangskjøper ikke skal kunne benytte regulert tilgang og samtidig tilgang hos en annen vertssoperatør til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn sammenlignet med Telenors egen virksomhet. Etter Nkoms vurdering er det flere elementer i Telenors standardavtaler som tilsier at Telenor betinger seg leveringseksklusivitet som går lenger enn marked 15-vedtaket tillater.

Nkom viser først til at vurderingstemaet «begrenser eller uthuler konkurransen mellom mobile nettverk» i standardavtalen punkt 2.3, avviker fra vurderingstemaet som marked 15-vedtaket trekker opp, nemlig om regulert tilgang til Telenors mobilnett og samtidig tilgang hos annen vertssoperatør kan benyttes til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet. Vurderingstemaet i standardavtalen innebærer etter Nkoms vurdering at terskelen for forbudt bruk av parallell tilgang hos annen vertssoperatør legges lavere enn hva som følger av marked 15-vedtaket. Nkom viser til at formuleringen etter sin ordlyd rammer 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. Nkom viser videre til at bruk av åpne begreper som «begrenser eller uthuler», innebærer et usikkerhetsmoment som er egnet til å undergrave tilgangskjøpers reelle mulighet for å kjøpe tillatt parallell tilgang. At standardavtalene knytter virkningen til konkurransen mellom mobile nett, i motsetning til marked 15-vedtaket som knytter konkurransemessig virkning til de relevante sluttbrukermarkedene, er etter Nkoms vurdering også egnet til å skape uklarhet rundt tilgangskjøpers rett til å ha parallelle avtaler om tilgang.

Nkom konkluderer med at de nevnte vurderingstemaene i standardavtalene innebærer at Telenor betinger seg eksklusivitet som er mer omfattende enn marked 15-vedtaket tillater, jf. marked 15-vedtaket avsnitt 183 og 184.

Eksemlene som standardavtalen gir på forbudt bruk av annet nett, jf. standardavtalen punkt 2.3 annet punktum bokstav b) om abonnent, og c) om sluttbrukermarkeder, innebærer etter Nkoms vurdering også en mer omfattende eksklusivitet enn marked 15-vedtaket åpner for.

Nkom bemerker innledningsvis at knytningen mellom det generelle forbudet mot bruk av annet nett og eksemplene, er uklart formulert. Nkom viser til at det fremstår som uklart hva som skal til for at et tilbud kan anses å være «knyttet til» i standardavtalens forstand. Den uklare knytningen innebærer at rekkevidden av standardavtalens forbud mot bruk av annet nett potensielt kan favne svært vidt og er etter Nkoms syn egnet til å undergrave tilgangskjøpers reelle adgang til å kjøpe tilgang hos ulike vertsoperatører.

Når det gjelder kravet om eksklusivitet på abonnent-nivå har Telenor oppgitt at kravet er begrunnet i «dekningskonkurransen», og vist til at flere abonnenter kan være på samme abonnementsforhold. Eksklusivitet på abonnentnivå er ikke omfattet av de eksplisitte vurderinger av typetilfeller Nkom har gjort i marked 15-vedtaket for å oppnå økt klarhet om reguleringens krav. Hvorvidt Telenor kan stille et krav om eksklusivitet på abonnentnivå vil derfor måtte vurderes ut i fra om Telenor har legitime interesser i å begrense tilgangskjøpers mulighet til å ha parallelle tilgangsavtaler, og nærmere bestemt om tilgangskjøpere uten krav om eksklusivitet på abonnentnivå kan benytte tilgangen til Telenors nett til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn.

Forbudet i standardavtalen mot bruk av annet nett retter seg mot «samme abonnent». Nkom har i marked 15-vedtaket anerkjent at tilgangskjøper kan oppnå signifikante og relevante konkurransefortrinn ved å tilby dekning i flere eksterne mobilnett på samme SIM og i samme abonnementsforhold. Nkom har videre oppgitt at om flere abonnement faktureres samlet vil være retningsgivende for hvilke abonnement som utgjør samme abonnementsforhold. Nkom kan imidlertid ikke se at det dermed uten videre skulle være grunnlag for å stille krav om eksklusivitet som omfatter alle abonnenter som måtte være del av et gitt abonnementsforhold. Nkom viser til at en abonnent kan inngå i et abonnementsforhold i en relasjon, for eksempel i forbindelse med et bedriftsabonnement, uten at tilgangskjøper dermed kan oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn ved å tilby den samme abonnenten abonnement med annen dekning i en annen relasjon, typisk i privat sammenheng.

I tilknytning til eksklusivitet på abonnement-nivå betinger Telenor seg eksklusivitet for «tilknyttede brukere», jf. standardavtalen punkt 2.3 bokstav b) jf. punkt 1.3. Slik Nkom oppfatter

Telenor, er begrepet i hovedsak ment å fange opp brukere under bedriftsabonnement. Nkom mener begrepet har en svært uklar rekkevidde og ser grunn til å påpeke at begrepet ikke er avgrenset til å gjelde bedriftsabonnement. Nkom viser i den forbindelse til vurderingene ovenfor om eksklusivitet på abonnentnivå, og mener inkluderingen av «tilknyttede brukere» forsterker innsigelsene mot eksklusivitetskravet på abonnentnivå. Bestemmelsen vil etter Nkoms vurdering dessuten kunne innebære at en tilgangskjøper som tilbyr tjenester i ulike sluttbrukermarkeder, må foreta nærmere undersøkelser av om det foreligger noen «tilknyttede brukere». Nkom mener således at inkluderingen av tilknyttede brukere er egnet til å undergrave realiteten i retten tilgangskjøper har etter reguleringen til å ha parallelle tilgangsavtaler.

Etter Nkoms vurdering innebærer inkluderingen av «abonnet» i standardavtalen punkt 2.3 bokstav b), herunder referansen til begrepet «tilknyttede brukere», jf. punkt 1.3, at Telenor betinger seg eksklusivitet som går lenger enn nødvendig av hensyn til Telenors legitime interesser, og således er i strid med marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.2.

Det følger av marked 15-vedtaket punkt 189 at Nkom mener sluttbrukertilbud om dekning hos ulike vertssoperatører under samme merkevare ikke er egnet til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn dersom tilbudet retter seg mot ulike sluttbrukermarkeder. I marked 15-vedtaket har Nkom definert fem sluttbrukermarkeder⁴. Telenors standardavtaler skiller mellom bedriftssegmentet for mobiltjenester og privatsegmentet for mobiltjenester, og således mellom to ulike segmenter/sluttbrukermarkeder. Definisjonen av sluttbrukermarkeder i Telenors standardavtaler innebærer etter Nkoms vurdering at Telenor betinger seg eksklusivitet utover hva marked 15-vedtaket åpner for.

Eksklusivitetskravet etter punkt 2.3 annet ledd i Telenors standardavtaler, gjelder for tilgangskjøpers konsernselskaper, samt for tilgangskjøper inkl. deres konsernselskaper som det videreselges tilgang til. Phonero oppgir at de forstår dette som et krav om konserneksklusivitet. Nkom har i marked 15-vedtaket drøftet konserneksklusivitet og gitt uttrykk for at slik eksklusivitet er et urimelig avtalevilkår og ikke kan inngå i Telenors tilgangsavtaler. Bruken av begrepet konserneksklusivitet i marked 15-vedtaket omfatter at tilgangskjøper og tilgangskjøperes konsernselskaper forbyes å inngå tilgangsavtale med andre enn Telenor. Nkom forstår Telenors gjeldende standardavtale slik at selskaper som tilgangskjøper måtte videreselge til skal være undergitt de samme plikter med hensyn til eksklusivitet som tilgangskjøper selv. Gitt en slik forståelse omfatter Telenors standardavtaler ikke konserneksklusivitet i den forstand Nkom har brukt begrepet i marked 15-vedtaket punkt 187.

⁴ Se markedsanalysen kapittel 2

Telenors eksklusivitetskrav overfor tilgangskjøper er på flere punkter i strid med marked 15-vedtaket, jf. våre vurderinger i dette kapittelet forøvrig. Punkt 2.3 annet ledd første punktum, som fastsetter at samme forpliktelser gjelder for konsernselskaper mv., innebærer dermed at Telenor krever at tilgangskjøpere som videreselger tilgang til Telenors nett, må stille mer omfattende krav om eksklusivitet overfor eventuelle egne tilgangskjøpere enn reguleringen tillater Telenor å kreve ovenfor egne tilgangskjøpere. Nkom legger til grunn at denne virkningen vil avhjelpest ved at Telenor retter bestemmelsene om eksklusivitet i standardavtalene i tråd med dette varselet. Nkom ser derfor ikke grunn til å varsle retting av forholdet.

Under henvisning til ovennevnte varsler Nkom at Telenor i medhold av ekomloven § 10-6 vil bli pålagt å endre bestemmelser om leveringseksklusivitet i standardavtalen som rekker lengre enn markedet 15-vedtaket tillater, herunder definisjoner i punkt 1.3.

Etter standardavtalene punkt 2.3 annet ledd plikter tilgangskjøper å «sikre» gjennomføring av Telenors eksklusivitetskrav i punkt 2.3 første ledd overfor egne konsernselskaper, selskaper som tilgangskjøper videreselger til samt konsernselskaper av disse. Etter Nkoms vurdering er det uklart hva som ligger i plikten til å «sikre» gjennomføring, herunder om plikten er ment å omfatte mer enn at tilgangskjøper som videreselger tilgang til Telenors nett, skal videreføre tilsvarende eksklusivitetskrav i avtale med egne tilgangskjøpere, som selskapet er underlagt i tilgangsavtalen med Telenor.

Tilsvarende som for forholdet mellom Telenor og tilgangskjøper, jf. punkt 4 nedenfor, mener Nkom at Telenor ikke kan stille krav som innebærer at tilgangskjøper som videreselger tilgang til Telenors nett har behov for å innta bestemmelser med vid adgang til revisjon og kontroll overfor tilbydere som tilgangskjøper videreselger til. Nkom viser i denne sammenheng til at brudd på plikten til å «sikre» gjennomføring etter punkt 2.3 annet ledd gir grunnlag for heving, jf. punkt 9.3.1 annet ledd bokstav c) og dermed er en svært inngripende reaksjon. Uklarheten på dette punkt og den inngripende reaksjonsmuligheten, er etter Nkoms vurdering egnet til å undergrave tilgangskjøpers reelle mulighet til å inngå parallelle tilgangsavtaler og dermed til undergrave formålet med reguleringen. Etter Nkoms oppfatning innebærer forholdet at Telenor de facto stiller krav om eksklusivitet som rekker lenger enn selskapets legitime interesser.

Nkom varsler at Telenor vil bli pålagt å endre dette punktet i medhold av ekomloven § 10-6 slik at innholdet i tilgangskjøpers plikt til å «sikre» tydeliggjøres og begrenses i samsvar med Nkoms vurderinger i dette varselet.

Når det gjelder SIM-eksklusivitet uttrykte Nkom at Telenors definisjon av «SIM» som «fysiske SIM etc.» kunne forstås som at Telenor betinget seg eksklusivitet på terminalnivå. Nkom ba Telenor presisere hva som kan falle inn under flertallsformen, altså at «SIM» er definert som

«fysiske SIM», samt hva som omfattes av uttrykket «etc.» og som ikke allerede er omfattet av øvrige elementer i SIM-definisjonen. Telenor har svart at formuleringen fysiske SIM er inntatt av hensyn til korrekt rettskriving. Ifølge Telenor skulle det også vært et komma før «etc.», da det er en opprømsing som skal fange opp også andre former for SIM.

Etter marked 15-vedtaket har Telenor adgang til å stille krav om SIM-korteksklusivitet. Adgangen er ikke begrenset til tradisjonelle, fysiske SIM. Formuleringen i Telenors standardavtale er etter Nkoms vurdering imidlertid uklare ved at den etter sin ordlyd kan fremstå som et krav om terminaleksklusivitet. Telenor har videre ikke gitt noen fyllestgjørende forklaring på bruken av begrepet «etc.». Terminaleksklusivitet er en annen og videre form for eksklusivitet enn SIM-korteksklusivitet, og en bestemmelse om terminaleksklusivitet vil etter Nkoms vurdering være i strid med marked 15-vedtaket. Etter Nkoms vurdering er standardavtalen på dette punktet uklar på en måte som er egnet til å undergrave formålet med reguleringen.

Nkom varsler at Telenor vil bli pålagt å endre dette punktet i medhold av ekomloven § 4-6 fjerde ledd slik at det klargjøres at Telenor ikke betinger seg terminaleksklusivitet og at «etc.» fjernes eller erstattes med et spesifisert innhold.

3.5.2 Migrasjon

Standardavtalene punkt 13.1 tredje ledd fastsetter at migrasjon tidligst kan starte 6 måneder før utløp av tilgangsavtalen. Telenor bekrefter i svarbrevet at standardavtalen dermed oppstiller et forbud for tilgangskjøper mot å migrere til annen vertsoperatør de første 12 måneder av avtaleperioden på 18 måneder. Nkom oppfatter Telenor slik at tilsvarende begrensning gjelder uavhengig av om tilgangskjøperen har kjøpt tilgang i flere etterfølgende 18 måneders perioder.

Telenors standardavtaler innebærer at tilgangskjøper gis rett til å utmigrere sine kunder i den siste 6 måneders perioden av avtaleperioden på 18 måneder, før tilgangskjøper igjen er forhindret fra å utmigrere i nye 12 måneder. Standardavtalene innebærer således at tilgangskjøper suksessivt forhindres fra å migrere i 2/3 av avtaletiden på 18 måneder. Avtalekonstruksjonen innebærer etter Nkoms vurdering at Telenor stiller krav om suksessive 12 måneders perioder med leveringseksklusivitet. Problemstillingen Nkom skal ta stilling til er om Telenor har en legitim interesse i å oppstille en slik begrensning, og dernest om begrensningen er forholdsmessig.

Telenors legitime interesse i å oppstille hindre for tilgangskjøpers mulighet for å bytte vertsoperatør, er etter Nkoms vurdering i hovedsak knyttet til å oppnå forutsigbarhet for salg av tilgang til eksterne tilgangskjøpere. Nkom anerkjenner at dette er et anliggende som Telenor har en legitim interesse i å ha en viss forutsigbarhet om. Spørsmålet blir dermed om kravet om suksessive perioder med leveringseksklusivitet er forholdsmessig for å oppnå det aktuelle

formålet. Nkom vil i det videre vurdere dette spørsmålet separat for en initiell avtale om tilgang og senere fornyelser av tilgangsavtalen.

Kravet om suksessive perioder med leveringseksklusivitet innebærer at muligheten for tilgangskjøper til å bytte vertsoperatør blir svært begrenset. Nkom viser til at tilgangskjøper som bytter vertsoperatør vil være i en mer sårbar posisjon og at et slikt bytte normalt vil foranledige omfattende prosesser. Prosessene vil kunne være komplekse og omfatte både en rekke interne prosesser i tillegg til forhandlinger med ny tilgangsleverandør. Det synes rimelig å legge til grunn at det kan være utfordrende å tidfeste slike prosesser nøyaktig og at det vil kunne oppstå uforutsette forhold. Nkom legger til grunn at det i praksis har liten realitet at tilgangskjøper vil gjennomføre migrering uten at nødvendige prosesser er gjennomført, med dertil tilhørende økt risiko for kundefrafall. For å oppnå den lengste migreringsperioden som standardavtalen gir rett til, altså 6 måneder, er det nødvendig at tilgangskjøper er klar til å starte utmigrering i det denne rettigheten inntreffer. Nkom legger etter dette til grunn at tilgangskjøper som ikke får gjennomført nødvendige prosesser innenfor de rammer standardavtalen trekker opp, i mange tilfelle vil være henvist til å avvente at retten til å utmigrere inntreffer på ny.

De sterke begrensningene som de suksessive periodene med leveringseksklusivitet legger på tilgangskjøper, er etter Nkoms oppfatning egnet til å vanskeliggjøre at tilgangskjøpere kan utnytte den grad av konkurranse som eksisterer mellom tilbydere av tilgang. Nkom viser i den forbindelse til at det følger av marked 15-vedtaket punkt 255 at vilkårene i standardavtalene skal være rimelige. Nkom viser videre til at marked 15-vedtaket fra 2010 gjennom punkt 197 oppstilte et eksplisitt krav om at Telenors tilgangsavtaler ikke skulle inneholde klausuler som utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertsoperatør. Kravet var begrunnet i at slike vilkår kunne skape hindringer for bærekraftig konkurranse. Det mer generelle kravet om at vilkårene i standardavtalene skal være rimelige, innebærer ingen lettelse i kravet på Telenor i forhold til det tidligere kravet om ikke å innta klausuler som utilbørlig reduserer tilgangskjøpernes mulighet til å skifte vertsoperatør. Nkom viser i den forbindelse til vurderingene i marked 15-vedtaket om at urimelige krav og krav om leveringseksklusivitet utgjør faktiske konkurranseproblemer i det relevante markedet. Nkom viser videre til at marked 15-vedtaket innebærer en klargjøring av Telenors begrensende mulighet til å stille krav om leveringseksklusivitet.

Kravet om suksessive perioder med leveringseksklusivitet er etter Nkoms vurdering egnet til å ivareta Telenors interesse i oppnå forutsigbarhet om salg av tilgang til eksterne tilgangskjøpere. Nkom har imidlertid vanskelig for å se at et slikt krav er nødvendig og viser til at Telenor kan oppnå slik forutsigbarhet ved å konkurrere mer intenst om å beholde og tiltrekke seg tilgangskjøpere. Kravet innebærer videre sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør og er således egnet til å oppstille hindringer for bærekraftig

konkurransen, jf. ovenfor. Telenors interesse i å oppnå sikkerhet for salg av tilgang ved å oppstille begrensninger i tilgangskjøpers mulighet til å bytte vertoperatør, må derfor avveies mot den offentlige interessen i å legge til rette for økt grad av konkurranse om å tilby tilgang for derigjennom å realisere målet om bærekraftig konkurranse. Ved en slik interesseavveining vil den offentlige interessen i oppnå bærekraftig konkurranse måtte tillegges størst vekt. At Telenor interesse vil kunne dekkes på annen og mindre inngripende vis, trekker etter Nkoms oppfatning også i den retning. Nkom konkluderer med at interesseavveiningen tilsier at Telenors standardavtaler ikke kan operere med suksessive perioder med leveringseksklusivitet.

Interesseavveiningen gir etter Nkoms vurdering noe større rom for å legge vekt på Telenors interesser ovenfor tilgangskjøper som er i en initiell avtaleperiode. Nkom viser til at det normalt i større grad vil påløpe kostnader som følge av behov for tilpasninger og tilrettelegging ved etableringen av tilgangen enn ved fornyelse av tilgangsavtalen. Nkom viser videre til at det synes å ha begrenset realitet at tilgangskjøper som har inngått tilgangsavtale skulle ønske å utmigrere i løpet av de første 12 månedene av avtaleperioden. En begrensning i tilgangskjøpers mulighet til å utmigrere i denne perioden kan derfor ikke antas å ha særlige negative virkninger for oppnåelse av målet om bærekraftig konkurranse. Det kan imidlertid oppstå situasjoner hvor tilgangskjøper har legitime grunner til å migrere ut allerede i løpet av de første 12 måneder, for eksempel i tilknytning til konsolidering. Etter Nkoms vurdering tilsier en avveining av berørte interesser at Telenor kan stille krav om at tilgangskjøper som er i en initiell avtaleperiode normalt må vente 12 måneder fra avtaleinngåelse før han kan utmigrere til annen vertoperatør. Et eventuelt slikt krav skal likevel ikke være til hinder for at tilgangskjøper kan utmigrere tidligere i tilknytning til konsolidering.

Nkom mener etter dette at begrensningen i Telenors standardavtalen i tilgangskjøpers mulighet til å utmigrere første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder, er et urimelig avtalevilkår, jf. marked 15-vedtaket punkt 262 og 263, overfor tilgangskjøper som har tilgangsavtale med Telenor som har vart minst de 18 månedene som standardavtalen gir anvisning på. Nkom varsler at Telenor i medhold av ekomloven § 10-6 vil bli pålagt å endre standardavtalene slik at de ikke inneholder suksessive krav om leveringseksklusivitet.

Når det gjelder lengden av en migrasjonsperiode, viser Nkom til at marked 15-vedtaket punkt 184 avslutningsvis fastsetter at migrasjonsperioden skal være rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine sluttbrukere. Hva som vil være rimelig vil kunne variere for ulike tilgangskjøpere, noe standardavtalene må reflektere. Selv om det i et konkret tilfelle kan tenkes at 6 måneder vil være tilstrekkelig, kan det i andre tilfelle ut i fra en konkret vurdering av tekniske og kommersielle forhold være nødvendig med en lengre migrasjonsperiode. Telenors standardavtaler kan derfor ikke inneholde en absolutt frist på 6 måneder. Nkom anerkjenner

likevel behovet for å innta bestemmelser om normal migrasjonsperiode og anser at 6 måneder kan være akseptabelt som en normal.

Nkom mener etter dette at den absolutte fristen på 6 måneder er i strid med kravet til migrasjonsperiode etter punkt 184 og varsler at Telenor vil bli pålagt å rette dette forholdet, jf. ekomloven § 10-6.

4. Revisjon, kontroll og dokumentasjon

4.1 Rettslig grunnlag

Marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.1 jf. punkt 255 forbyr Telenor å benytte urimelige krav i sine standardavtaler og tilgangsavtaler. Det følger av marked 15-vedtaket at Nkom ved vurderingen av om et avtalevilkår er urimelig, vil ta utgangspunkt i om det aktuelle vilkåret kan anses å være i samsvar med hva som ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse. Videre om begrensninger overfor tilgangskjøpere kan anses å være begrunnet i Telenors legitime behov, men ikke går lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og om begrensningen er forholdsmessig. At et vilkår ellers er utbredt i kommersiell praksis, vil heve terskelen for å anse at vilkåret er i strid med kravet, jf. punkt 174.

4.2 Telenors implementering i standardavtalene

Standardavtalen punkt 5.4 innfører en ensidig rett for Telenor til å utpeke en uavhengig representant til å foreta revisjon og kontroll av bl.a. eksklusivetsbestemmelsen i avtalens punkt 2.3.⁵ Tilgangskjøper forplikter seg i henhold til avtalen både til å legge til rette for gjennomføring av revisjon og til å legge frem dokumentasjon som viser at ovennevnte eksklusivetsklausul er overholdt. (Dette omtales i det følgende som «revisjon og kontroll».)

4.3 Tilbakemeldinger fra Telenor

Telenor ble i Nkoms brev spurt om forretningshemmeligheter og eventuelt avtalefestet konfidensialitet var unntatt kravet om revisjon og kontroll. I svarbrevet fremholder Telenor at forretningshemmeligheter ikke er unntatt. Hensikten med revisjon og kontroll er ifølge Telenor å kontrollere at avtaleparter overholder sine forpliktelser. I følge Telenor vil en uavhengig tredjemann avgi erklæring om forholdet som har vært revidert.

4.4 Tilbakemeldinger fra tilgangskjøpere

I følge **Get TDC** vil det bl.a. være en overhengende fare for at den dominerende aktøren gis innsyn i sensitive opplysninger om konkurrentene ved utøvelse av revisjonsadgangen.

⁵ I standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang er Telenors rett til revisjon og kontroll videre ved at den omfatter at tilgangskjøper overholder sine forpliktelser etter avtalen.

Selskapet ser heller ikke behovet for slik revisjonsadgang, og viser til at det vil være forholdsvis lett å håndheve forpliktelsene i avtalen basert på offentlig tilgjengelig informasjon.

4.5 Nkoms vurderinger

Standardavtalen gir Telenor vid adgang til revisjon og kontroll hos tilgangskjøper. Telenor begrunner bestemmelsen i standardavtalen punkt 5.4 med at selskapet har behov for å kontrollere at tilgangskjøper overholder sine forpliktelser knyttet til eksklusivitet. Formålet med denne adgangen synes dels å være at Telenor ved faktisk revisjon og kontroll kan komme over opplysninger som avdekker at tilgangskjøper har parallell tilgangsavtale i strid med bestemmelser om leveringseksklusivitet i tilgangsavtalen med Telenor, og dels at vissheten om mulighet for revisjon og kontroll kan avskrekke tilgangskjøper fra å opptre i strid med eksklusivitetskravet. Nkom legger til grunn at adgangen til revisjon og kontroll er egnet til å etterprøve hvorvidt tilgangskjøper etterlever sine forpliktelser. Nkom anerkjenner videre at Telenor har en legitim interesse i at tilgangskjøperne overholder sine avtalemessige forpliktelser. Problemstillingen Nkom skal ta stilling til blir etter dette om retten Telenor betinger seg til revisjon og kontroll for øvrig er forholdsmessig. Spørsmålet vil i praksis bero på om kravet går lenger enn nødvendig og om fordelene ved kravet kan anses å overstige ulempene.

Nkom har vanskelig for å se at en så inngripende adgang til revisjon og kontroll er nødvendig for å ivareta Telenors legitime behov. Dette utdypes i det følgende.

Nkom viser til at retten til revisjon og kontroll inneholder få, om noen, begrensninger for Telenors rettigheter etter avtalen. Telenors rett til revisjon og kontroll er for eksempel ikke betinget av at det foreligger konkrete holdepunkter for at tilgangskjøper bryter de aktuelle reglene. Derimot er det etter ordlyden fullt og helt opp til Telenor å avgjøre når slike prosesser skal iverksettes. Videre har det blitt klarlagt gjennom Telenors tilbakemelding til Nkom at det ikke er grunnlag for å unnta opplysninger fra revisjon og kontroll. Adgangen til revisjon og kontroll innebærer dermed at tilgangskjøper risikerer å måtte eksponere forretningshemmeligheter.

Nkom bemerker at Telenor med dette synes å betinge seg langt videre adgang til informasjon enn den som følger av tvisteloven kapittel 28 om bevissikring utenfor retts sak. Det foreligger ikke opplysninger i saken som tilsier at klausuler som sikrer den ene parten i et avtaleforhold tilsvarende vid rett til revisjon og kontroll, herunder mulig innsikt i konkurrenters forretningshemmeligheter, er utbredt i kommersiell praksis.

Etter Nkoms vurdering må det utvises varsomhet når det gjelder bestemmelser som forplikter tilgangskjøper til ensidig, vid informasjonsplikt om sin virksomhet. At hensynet til å verne tilgangskjøpers konkurransesensitive informasjon er viktig, er også uttrykt i marked 15-vedtaket punkt 265, som forbyr Telenor å avkreve prognoser utover det som er nødvendig av

dimensjoneringshensyn. Nkom vil for øvrig vise til at i ERG i drøftelsen av «undue requirements» i sitt virkemiddeldokument nevner kontraktsvilkår som stiller krav om informasjon som går lenger enn berettiget («justified»), og at slike kan omfattes av krav til rimelighet mv. («a reasonableness condition») eller adresseres gjennom krav til transparens.⁶

Nkom viser også til at konfidensialitetsbestemmelser er utbredt innen ekomsektoren.⁷ Bestemmelsen vil dermed kunne ha som bivirkning at tilgangskjøper er forhindret fra å inngå avtale om tilgang til Telenors nett, ettersom tilgangskjøper dermed gir Telenor adgang til revisjon og kontroll som kan innebære brudd på konfidensialitetsbestemmelser i avtaler med Telenors konkurrenter.

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

Etter Nkoms vurdering er behovet for å innta spesifikke bestemmelser om revisjon og kontroll for å sikre etterlevelse av eksklusivitetsbestemmelser begrenset. Det vises her bl.a. til føringene som allerede følger av marked 15-vedtaket og at sluttbrukermarkedet er relativt transparent. Nkom viser videre til at tilgangskjøper som benytter tilgang hos annen vertsoperatør i strid med Telenors tillatte krav om eksklusivitet løper en relativt stor risiko både med hensyn til reaksjoner fra Telenor og potensielt tap av omdømme. Nkom viser videre til at Nkom følger det aktuelle markedet tett og har mulighet til å gripe inn og kan endre pålagte forpliktelser ved behov.

Etter Nkoms vurdering synes det videre som at Telenors interesse i å kontrollere tilgangskjøperes etterlevelse av legitime krav om eksklusivitet kan oppnås med mer målrettede og mindre inngripende krav. Et eksempel kan være at Telenor på nærmere angitte vilkår kan kreve å få utlevert oversikt over hvilke nummerserier og tilbyderkode(r) en gitt tilgangskjøper benytter for å betjene nærmere angitte sluttkunder. Eksistens av mindre inngripende alternativer for å fremme samme formål taler for at standardavtalene på dette punktet går lenger enn nødvendig.

Nkom ser også grunn til å fremheve at den vide adgangen til revisjon og kontroll kan føre til at potensielle tilgangskjøpere ikke kan, eller ønsker, å inngå tilgangsavtale med Telenor.

⁶ 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/marked/markedsregulering-smp/rammer/introduksjon-til-markedsregulering-smp/attachment/20019?ts=15022af2634>.

⁷ En slik bestemmelse er også inntatt i standardavtalen punkt 12.

Standardavtalens innretning på dette punktet er etter Nkoms vurdering således egnet til å undergrave formålet med reguleringen.

Nkom mener etter dette at ulempene ved standardavtalenes krav om revisjon og kontroll klart overstiger eventuelle fordeler.

Telenors bestemmelse i standardavtalene punkt 5.4 går etter Nkoms vurdering vesentlig lenger enn nødvendig, og er etter Nkoms vurdering ikke forholdsmessig, jf. marked 15-vedtaket punkt 174. Bestemmelsen i standardavtalene punkt 5.4 er således et urimelig vilkår i strid med marked 15-vedtaket punkt 255, jf. kapittel 7.1.7.1. Nkom varsler at Telenor vil bli pålagt å rette dette forholdet.

5. Hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav

5.1 Rettslig grunnlag

Telenor er i marked 15-vedtaket pålagt å utarbeide og offentliggjøre standardavtaler, samt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang, se spesielt marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3 og 7.1 jf. også ekomloven § 4-1. Avtaler skal sluttforhandles uten ugrunnet opphold og eventuelle avslag om tilgang skal dokumenteres og begrunnes jf. marked 15-vedtaket kapittel 8.1 med videre henvisninger.

Marked 15-vedtaket pålegger, med hjemmel i ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 4-1, Telenor en generell plikt til å sørge for at vilkårene i standardavtalene er rimelige. Innholdet i plikten er presisert gjennom en henvisning til marked 15-vedtakets punkt 7.1.7.1, jf. ovenfor.

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

5.2 Telenors implementering i standardavtalene

Telenor synes gjennom standardavtalen punkt 9.3.1 å betinge seg ensidig rett til å heve avtalen «helt eller delvis» ved ethvert tilfelle hvor tilgangskjøper «opptrer i strid med pkt. 2.3» om eksklusivitet.⁸

⁸ Etter standardavtalene regnes slike brudd som vesentlig mislighold.

5.3 Tilbakemeldinger fra Telenor

Telenor ble ikke bedt om å kommentere særskilt på Nkoms foreløpige vurderinger av standardavtalenes regulering av hevingsrett ved brudd på eksklusivitet. Telenor har ikke benyttet anledningen til på eget initiativ å gi kommentarer på dette punktet slik brevet av 29. november 2016 ga en generell oppfordring til.

5.4 Nkoms vurderinger

Vedtaket pålegger Telenor plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang og Nkom har stilt en rekke krav for å understøtte at tilgangsplikten skal være effektiv. Tilgangsplikten med tilhørende presiseringer er på et overordnet nivå begrunnet i at den er nødvendig for å fremme formålet om bærekraftig konkurranse. En vid adgang for Telenor til å heve avtaler om regulert tilgang vil etter Nkoms vurdering være egnet til å undergrave reguleringens formål.

En rett for Telenor til å heve avtalen ved ethvert brudd på eksklusivetsbestemmelsen som følger av standardavtalen, vil etter Nkoms vurdering også gå klart lenger enn hva som er nødvendig for å ivareta Telenors legitime behov, og vil etter vår vurdering heller ikke være forholdsmessig. Nkom viser i denne sammenheng til at Telenor er pålagt tilgangsplikt, at mulighet for tilgangskjøper til å kunne ha flere tilgangsavtaler i utgangspunktet er ønskelig og at Nkom har funnet det nødvendig å begrense Telenors rett til å betinge seg eksklusivitet. Nkom viser videre til at heving normalt vil være en meget inngripende sanksjon overfor tilgangskjøper og vil kunne ramme en rekke tredjeparter. Standardavtalens bestemmelser om hevingsrett ved brudd på eksklusivetsbestemmelsen skaper etter Nkoms vurdering et svært uforutsigbart grunnlag for tilgangskjøpers rett til tilgang i Telenors nett.

Nkom viser videre til at bruksbegrensning med visse unntak krever samtykke fra myndigheten. En rett for Telenor til nedstenging av tilgang ved brudd på eksklusivetsbestemmelsen vil etter Nkoms vurdering kreve Nkoms samtykke. Nkom kan ikke se at det endres ved at forarbeidene til bruksbegrensningsbestemmelsen uttaler at det i utgangspunktet må foreligge en avtale mellom tilbydere om rett til å formidle trafikk i det aktuelle nettet eller til å benytte de aktuelle tjenestene, for at bruksbegrensningsregelen skal kunne komme til anvendelse.

Bestemmelsen om bruksbegrensning, som er begrunnet blant annet i hensynet til konkurransen, vil ikke nå sitt formål dersom Telenor kan betinge seg hevingsrett med umiddelbar virkning for ethvert tilfelle der Telenor måtte mene at tilgangskjøper opptrer i strid med eksklusivetsbestemmelsen. En slik adgang for Telenor vil etter Nkoms oppfatning i realiteten innebære at Telenor selv kunne fastsette tilgangspliktens rekkevidde, og at tilgangskjøperen fratras forutsigbarheten ved å kjøpe regulert tilgang.

En ensidig rett for Telenor til å heve en tilgangsavtale ved enhver opptreden som Telenor måtte vurdere som i strid med eksklusivitetsbestemmelsen, vil etter Nkoms vurdering være et urimelig krav og i strid med marked 15-vedtaket punkt 255 jf. kapittel 7.1.7.1. Under henvisning til ovennevnte varsler Nkom om at Telenor vil bli pålagt å endre standardavtalenes bestemmelser om hevingsrett.

6. Ensidig og ubetinget endringsadgang

6.1 Rettslig grunnlag

Nkoms vurderinger knyttet til Telenors anledning til ensidig ubetinget endringsadgang fremkommer av marked 15-vedtaket kapittel 7.3.3.1, jf. punkt 257 flg. Telenors adgang til ensidig og ubetinget endringsadgang er også vurdert i tilknytning til kravet om ikke-diskriminering mellom Telenors interne virksomhet og eksterne kjøpere av tilgang, jf. punkt 210 og 234.

Av punkt 234 følger at Nkom mener en rett for Telenor til ensidig å endre inngåtte avtalen uten at retten til å endre avtalen er knyttet til et konkret forhold, skaper en uforutsigbarhet for en tilgangskjøper som ikke på tilsvarende vis gjør seg gjeldende for Telenors interne sluttbrukervirksomhet. Det følger videre at Nkom mener en slik endringsrett for Telenor innebærer en favorisering av Telenors egen sluttbrukervirksomhet og dermed er egnet til å skape ulike konkurransemuligheter for tilgangskjøper og Telenors egen virksomhet. Ikke-diskrimineringskravet innebærer således at vilkår om ensidig og ubetinget endringsadgang ikke kan inngå i Telenors avtaler om regulert tilgang.

Det fremkommer av punkt 257 at endringsmekanismer i tilgangsavtalene som et klart utgangspunkt skal innrettes slik at endringer bare kan gjøres gjeldende ved enighet mellom partene. Marked 15-vedtaket anerkjenner at Telenor i visse sammenhenger vil ha en legitim interesse i en betinget ensidig endringsadgang, for eksempel som følge av endrede regulatoriske forhold, jf. vedtaket avsnitt 258. Marked 15-vedtaket forbyr imidlertid Telenor å innta vilkår i selskapets standardavtaler som gir Telenor en ensidig og ubetinget endringsadgang, jf. punkt 260.

6.2 Telenors implementering i standardavtalene

Telenors endringsadgang knyttet til overholdelse av offentligrettslige krav fremkommer i standardavtalen punkt 6, mens endringsadgangen for andre endringer følger av punkt 15. Nkom vil i det følgende gjengi og vurdere de avtalevilkår som vi ser som særlig problematiske.

6.2.1 Endring som følge av offentligrettslige krav – standardavtalen punkt 6.2

Etter standardavtalene punkt 6.2 betinger Telenor seg endringsadgang bl.a. dersom selskapet "risikerer å opptre i strid med offentligrettslige forpliktelser". Endringsadgangen gjelder slike

endringer som etter «Telenor Norges oppfatning er nødvendige for at Telenor Norge skal oppfylle sine regulatoriske forpliktelser» og videre «Endringene skal så nært som mulig fremme samme formål som opprinnelige bestemmelser.».

6.2.2 Andre endringer i medhold av standardavtalen punkt 15

Det følger av vilkårene i denne delen av standardavtalen at Telenor bl.a. kan foreta ensidige endringer i egne priser som følge av «Endringer i Telenors kostnadsbilde, herunder endringer i skatter og avgifter», se punkt 15.1.

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

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

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

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

6.3 Tilbakemeldinger fra Telenor

6.3.1 Endringer som følge av offentligrettslige krav – standardavtalen punkt 6.2

Telenor ble ikke stilt særskilte spørsmål i relasjon til Nkoms foreløpige vurdering i brev 29. november 2016 til denne avtaleklausulen. Telenor har ikke kommentert momentene i Nkoms foreløpige vurdering av bestemmelsen ikke er i samsvar med kravet til ikke-diskriminering.

6.3.2 Ensidige endringer i prisene – standardavtalen punkt 15.1

For å få et inntrykk av hvor ofte spørsmålet om ensidige endringer i prisene har vært aktuelt, og dermed kunne gjøre en vurdering av Telenors behov for en slik endringsadgang, oppfordret

Nkom Telenor til å gi eventuelle eksempler på tilfelle hvor norske skatter og/eller avgifter uventet og på kort hold har blitt endret til ugunst for Telenor. Selskapet viser i sitt svar til at denne type adgang til prisjusteringer er vanlig i kontraktsforhold ettersom man på avtaletidspunktet ikke kan ta høyde for fremtidige endringer. Som eksempler trakk Telenor frem kostnadsendringer for trafikk til utlandet og til spesialnummer.

6.3.3 Endringer utenfor rimelig kontroll og markedsmessige endringer – standardavtalen punkt 15.2 a)

Telenor ble i Nkoms brev 29. november 2016 bedt om å fremvise eventuelle andre tilgangsavtaler Telenor har benyttet eller benytter med lik eller lignende avtaleformulering som den som fremgår i standardavtalen punkt 15.2 a). I svarbrevet har Telenor ikke lagt ved andre tilgangsavtaler, men viser til at endringsadgangen i slike avtaler ofte er generell og ikke begrenset til forhold utenfor Telenors kontroll. Telenor gjengir i denne sammenheng også egne avtlevilkår knyttet til videresalg av fasttelefoniabonnement (VAB).

6.3.4 Endringer som følge av at marked 15-vedtaket presiseres mv. – standardavtalen punkt 15.2 c)

I brev 29. november 2016 ble Telenor bedt om å redegjøre for hvilken funksjon uttrykket «også dersom inngått Avtale [...] ikke påvirkes direkte» er ment å ha. Bakgrunnen for Nkoms forespørsel var at Nkom oppfattet at endringsklausulen gir endringsrett for Telenor selv om markedsvedtaket ikke gir direkte grunnlag for endring. Telenor oppgir at selskapet i slike tilfeller har “legitimt behov” for endring også uten at avtaler påvirkes direkte som følge av Telenors endrede handlingsrom. Ifølge Telenor vil tilgangskjøperne derimot ikke ha noen legitim forventning om uendrede vilkår dersom Nkom endrer reguleringen.

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

Telenor ble i nevnte brev også bedt om å begrunne tilsvarende formulering som angitt over der myndigheten fatter vedtak om retting. Telenor grunngir formuleringen i bestemmelsen med at rettevedtak etter ekomloven vil kunne endre forutsetningene for alle avtaler som er inngått, også for de som ikke direkte omfattes eller påvirkes av rettevedtaket.

6.4 Tilbakemeldinger fra tilgangskjøpere

Get TDC påpeker i sin tilbakemelding at Telenors ubetingede og ensidige endringsadgang skaper kommersiell usikkerhet for tilgangskjøperne. Selskapet gir videre uttrykk for at de reviderte avtalebestemmelsene for alle praktiske formål har den samme virkning som den forrige tilgangsavtalen til Telenor. Telenors tilgangsavtale avviker på dette punkt dessuten merkbart fra de fleste andre former for leverandøravtaler. Eventuelle endringer begrenser seg for slike avtaler normalt til årlige prisjusteringer, for eksempel basert på konsumprisindeks eller justeringer som tar høyde for økning i offentlige avgifter eller råvarekostnader. Hovedregelen må uansett være at endringer forutsetter kommersiell enighet.

Phonero slutter seg i det vesentligste til Nkoms foreløpige tilbakemeldinger til Telenor. Selskapet trekker også bl.a. frem at det fremstår som svært urimelig at tilgangskjøper ikke i alle tilfeller er gitt tilsvarende rett som Telenor til å si opp avtalen. Phonero viser til at tilgangskjøper har rett til å forvente at de avtalevilkår som er avtalt gjelder i avtaleperioden, og om en part ensidig endrer avtalen i tilgangskjøpers disfavør så bør tilgangskjøper vernes mot dette.

6.5 Nkoms vurderinger

6.5.1 Generelle vurderinger

Marked 15-vedtaket gir Telenor en viss adgang til å stille krav om betinget ensidig endring, men oppstiller et absolutt forbud mot å innta vilkår i Telenors standardavtaler som gir Telenor en ubetinget og ensidig endringsadgang. Forbudet er blant annet begrunnet i at tilgangskjøperne har behov for forutsigbarhet om egne rammebetingelser, at en ubetinget og ensidig endringsadgang skaper en klar uforutsigbarhet for tilgangskjøper som tilgangskjøper må ta hensyn til ved prising av sine tjenester og at Telenor ikke står overfor en tilsvarende usikkerhet. Det er etter Nkoms vurdering ikke tvilsomt at vilkår som har samme virkning som ensidig og ubetinget endringsadgang også rammes av det aktuelle forbudet. Ensidig endringsadgang som er vagt og/eller uklart formulert vil etter omstendighetene kunne sidestilles med en ubetinget endringsadgang og således rammes av reguleringen. Slike vilkår er i det videre stedvis omtalt som «de facto ubetinget og ensidig endringsadgang».

6.5.2 Endringer som følge av offentligrettslige krav – standardavtalen punkt 6.2

Etter Nkoms syn er meningsinnholdet i formuleringen om at Telenor «risikerer å opptre i strid med offentligrettslige forpliktelser...» uklar. En slik betingelse for ensidig endringsadgang gir Telenor et stort handlingsrom og svekker klart tilgangskjøperes forutsigbarhet. Dette synspunktet styrkes ved at det er Telenors egen oppfatning som skal legges til grunn. Den usikkerhet som her oppstår på tilgangsskjøpers hånd representerer en kostnad for som ikke på tilsvarende måte gjør seg gjeldende for Telenors egen sluttbrukervirksomhet jf. vedtaket avsnitt 259.

Etter Nkoms vurdering tilsier dette at Telenor her langt på vei betinger seg en de facto ensidig og ubetinget endringsadgang. Dette gjelder etter Nkoms vurdering også når det tas hensyn til at det er lagt inn et forbehold om at endringenes rekkevidde ikke skal gå lengre enn at de så nært som mulig fyller samme formål som den opprinnelige avtalebestemmelsen. Det oppfattes videre som problematisk at betingelsen for den ensidige endringsadgangen er knyttet til forhold som avtaleparten vanskelig kan etterprøve, nærmere bestemt «den risiko for brudd på offentligrettslige forpliktelser Telenor mener å stå overfor».

Når det gjelder hensynet til at Telenor ikke skal risikere å opptre i strid med regulering, viser Nkom for øvrig til at hensynet kan ivaretas ved at Telenor innhenter myndighetens vurdering/råd ved behov for avklaring av de regulatoriske forpliktelsene.

Etter Nkoms vurdering er bestemmelsen verken i samsvar med kravet til ikke-diskriminering, jf. punkt 234, eller forbudet mot å innta vilkår i selskapets standardavtaler som gir Telenor en ubetinget og ensidig endringsadgang, jf. punkt 260. Under henvisning til ovennevnte varsler Nkom om at Telenor i medhold av ekomloven § 10-6 vil bli pålagt å endre standardavtalenes bestemmelser om endringsadgang på dette punkt.

6.5.3 Ensidige endringer i prisene – standardavtalen punkt 15.1

Nkom legger til grunn at Telenor, i likhet med andre virksomheter, fra tid til annen vil stå overfor prisøkninger og hvor det kan oppstå spørsmål om eventuell justering av priser overfor tilgangskjøpere. For tilgangskjøpere vil det imidlertid kunne være høyst usikkert og lite transparent hva Telenors «kostnadsbilde» er, når det skjer «endringer» og hvordan disse konkret slår ut. Telenor oppstiller dermed betingelser som er umulige eller i beste fall svært vanskelige 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. Videre synes varslingsfristen på to måneder kort. Bestemmelsen motsvares heller ikke av en tilsvarende rett for tilgangskjøper til å kreve prisreduksjon i tilfelle kostnadene skulle reduseres.

I brevet av 29. november 2016 la Nkom til grunn at Telenors “kostnadsbilde” i betydelig grad vil være tett sammenvevd med Telenors interne aktiviteter. Telenor har i svarbrevet ikke gitt holdepunkter for at det ikke forholder seg slik. Momentet understøtter etter Nkoms vurderinger ovenfor om manglende transparenss om hvilke forhold som kan utløse prisendringer.

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.

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

vertsoperatør. Eventuelle mer langsiktige sluttbrukeravtaler hos tilgangskjøper kan trekke i samme retning.

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

Under henvisning til ovennevnte varsler Nkom om at Telenor i medhold av ekomloven § 10-6 vil bli pålagt å endre denne bestemmelsen i standardavtalene.

6.5.4 Endringer utenfor rimelig kontroll og markedsmessige endringer – standardavtalen punkt 15.2 a)

Nkom ba Telenor om å fremvise eventuelle tilgangsavtaler hvor Telenor «har benyttet eller benytter samme eller lignende avtaleformulering som etter standardavtalen punkt 15.2 a). I sitt svar har Telenor gjengitt utdrag fra sin fasttelefoniavtale på grossistnivå. Det fremgår av avtalen punkt 9.4 at Telenor der har ensidig endringsadgang ved endringer i Telenors sluttbrukerlistepriiser, kostnadsstruktur eller kostnadsnivå. Videre fremgår det av punkt 6 at Telenor har rett til å endre tjenestens innhold med samme to måneders varsel. Nkom finner det slik godtgjort at Telenor har minst en annen avtale, fra et annet område, med ensidig endringsadgang basert på endringer i Telenors kostnader. En ulikhet mellom avtalene kan synes å være at standardavtalen punkt § 15.2 a) ikke angir nærmere hvilke endringer Telenor kan foreta, gitt at endringsadgang foreligger, mens den innsendte avtalen fastsetter at prisene skal «rekalkuleres og alle relevante endringer skal danne basis for de oppdaterte prisene».

Nkom finner det noe uklart om Telenors oversendelse skal forstås som at Telenor har oversendt alle tilgangsavtaler som i stor grad har en lignende endringsadgang som selskapet betinger seg i standardavtalene for mobil avsnitt 15.2 a), eller om avtalen kun er ment å representere den tilgangsavtalen som i størst grad har slik endringsadgang. Nkom legger til grunn at avtalen i alle tilfelle er den som i størst grad viser at Telenor har betinget seg tilsvarende endringsadgang i andre tilgangsavtaler. Nkom har ovenfor vist til at den oversendte avtalen i begrenset grad har en endringsadgang som er sammenlignbar med endringsadgangen i avsnitt 15.2 a) og ser ikke grunn til å følge den problemstillingen nærmere. Nkom bemerker videre at det forhold at Telenor i minst en avtale fra et annet område benytter en vid endringsadgang, i seg selv ikke er avgjørende for hvilken endringsadgang Telenor kan betinge seg etter marked 15-vedtaket.

Nkom konstaterer at terskelen for å utløse ensidig endringsadgang etter standardavtalen punkt 15.2 a) synes å være lav. Nkom legger til grunn at Telenor gjennom bruken av «rimelig kontroll» utvider sin ensidige endringsadgang i forhold til det som ville være gjeldende dersom endringsadgangen var knyttet til Telenors kontrollsfære. Etter Nkoms vurdering vil

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

Nkom viser videre til at nødvendighetskriteriet som standardavtalen trekker opp med hensyn til rekkevidden av endringene, også fremstår som uklart. Hva som er «nødvendig» fremstår som en subjektiv vurdering og gir etter sin ordlyd et stort handlingsrom for Telenor til ensidig å gjennomføre også større endringer.

Endringsadgangen etter standardavtalenes punkt 15.2 a) gir etter Nkoms vurdering så stort handlingsrom for Telenor og medfører samlet så stor uklarhet for tilgangskjøper, at endringsadgangen de facto utgjør en ensidig og ubetinget endringsadgang. Nkom mener således at bestemmelsen er i strid med forbudet i marked 15-vedtaket punkt 260.

Under henvisning til ovennevnte varsler Nkom om at Telenor i medhold av ekomloven § 10-6 vil bli pålagt å endre denne bestemmelsen i standardavtalene.

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

Etter Nkoms vurdering synes Telenor med sitt svar å bekrefte at bestemmelsen også tar sikte på å gi Telenor endringsadgang i tilfeller der det er liten sammenheng mellom presisering mv. av marked 15-vedtaket og bestemmelser i partenes avtale.

Nkom ser Telenors poeng om at tilgangskjøpere ikke kan ha forventning om uendrede vilkår dersom ekommyndigheten eller domstolene endrer reguleringen. Det sentrale i denne sammenheng, slik Nkom ser det, er imidlertid at Telenor betinger seg å gjøre endringer som ikke har sammenheng med presiseringer mv. som for eksempel Nkom måtte gjøre av marked 15-reguleringen. En ensidig adgang for Telenor til å foreta slike endringer går etter Nkoms vurdering lenger enn selskapets legitime interesse i å ensidig kunne endre tilgangsavtaler som følge av regulatoriske forhold. Nkom mener videre at bestemmelsen fremstår som en i det minste delvis ubetinget og ensidig endringsadgang og dermed også på den måten er i strid med marked 15-vedtaket.

Telenor varsles om at Nkom i medhold av ekomloven § 10-6 vil pålegge selskapet om å endre denne bestemmelsen i standardavtalene.

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

Etter Nkoms vurdering har bestemmelsen en slik innretning at Telenor gis uforholdsmessig stor innflytelse i avtaleforholdet. For det første vil et eventuelt rettevedtak ha som formål å bringe avtaleforhold i samsvar med reguleringen, og dermed understøtte reguleringens formål. Dersom Telenor kan møte et rettevedtak med ensidig endring eller også oppsigelse av avtalen, så undergraves formålet med reguleringen samt retten tilgangskjøper har til å klage på Telenors opptreden eller avtalevilkår. I tillegg innebærer en slik rett for Telenor en vesentlig reduksjon av forutsigbarheten for tilgangskjøper.

Etter Nkoms vurdering vil det være naturlig at partene går i forhandlinger om justering av tilgangsavtalen dersom den ene eller begge parter skulle mene at et eventuelt rettevedtak endrer forutsetningene for avtalen. Nkom viser også til den adgang partene vil ha til å søke myndighetens råd/bistand for avklaring av de regulatoriske forpliktelsene. Virkningen av dette vilkåret vil etter Nkoms vurdering kunne være at tilgangskjøpers mulighet til å søke slik bistand svekkes, og at myndighetens tilsynsrolle undergraves.

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

Etter Nkoms syn er avtalebestemmelsen, både første og annet punktum, i strid med marked 15-vedtakets forbud mot urimelige vilkår og kravet til ikke-diskriminering. Telenor varsles derfor om at Nkom i medhold av ekomloven § 10-6 vil pålegge selskapet å endre denne bestemmelsen i standardavtalene.

6.5.7 Samlet vurdering av endringsadgang

Telenors tidligere standardavtaler inneholdt en ensidig og ubetinget endringsadgang, som etter det nye marked 15-vedtaket uttrykkelig er forbudt, jf. punkt 260.

Flere av bestemmelsene i de nye standardavtalene 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 betingelsene for Telenors ensidige endringsadgang i stor grad har samme virkning som om den ensidige endringsadgangen var ubetinget. Slike bestemmelser om ensidig

endringsadgang går lengre enn marked 15-vedtaket tillater, jf. ovenfor. Uklarheten, og dermed preget av ensidig og ubetinget endringsadgang, forsterkes når en ser de ulike bestemmelsene om ensidig endringsadgang i sammenheng. Etter Nkoms vurdering innebærer Telenors nye standardavtaler at tilgangskjøperne ikke kan anses for å være satt i noen bedre posisjon enn under de forrige standardavtalene, hva gjelder forutsigbarhet for endringer i avtaleforholdet med Telenor.

7. Varslingsfrist

7.1 Rettslig grunnlag

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

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

7.2 Telenors implementering i standardavtalene

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

7.3 Tilbakemelding fra Telenor

Nkom ba Telenor redegjøre for hvilke legitime interesser som tilsier at samtlige endringer skal kunne gjennomføres med to måneders varsel, og hvordan Telenor eventuelt har avveid sine egne interesser mot tilgangskjøperes behov for forutsigbarhet. Nkom forstår Telenors svar dithen at selskapet har vurdert tilgangskjøperes behov opp mot fristen for å varsle slutt kunder om endringer til ugunst én måned før endringer gjennomføres.

7.4 Nkoms vurdering

Som det fremgår av Nkoms brev 29. november 2016 oppfatter Nkom at Telenor synes å respondere på begrensningene marked 15-vedtaket oppstiller for selskapets adgang til ensidig og ubetinget endringsadgang med å gjennomføre en betydelig reduksjon av tilgangskjøperes rett til varslings ved endringer. Det vises her til at Telenor etter tidligere standardavtale for MVNO-tilgang skulle varsle om ensidig og ubetinget endring av avtalevilkår med tre måneders frist og at slikt varsel tidligst kunne gis fem måneder etter avtalens ikrafttredelse.

Nkom viser til at marked 15-vedtaket avsnitt 387 jf. kapittel 7.3.6 fastsetter at Telenor plikter å gi forhåndsvarsel til tilgangskjøper «senest to måneder» (vår understrekning) ved enhver endring til ugunst. Formuleringen gir uttrykk for at et varsel to måneder i forkant ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig ved enhver endring.

Telenor er underlagt krav om ikke-diskriminering, blant annet mellom selskapets egen sluttbrukervirksomhet og eksterne kjøpere av tilgang. Kravet innebærer blant annet et krav om likebehandling og at Telenor ikke har anledning til å favorisere egen virksomhet. Nkom finner det lite sannsynlig at Telenors grossistvirksomhet vil gjøre endringer som på kort eller lang sikt vil svekke egen sluttbrukervirksomhet, uten at denne delen av Telenors virksomhet får tilstrekkelig tid i forkant til å foreta en ordnet avvikling eller implementering endringen(e). Kravet til ikke-diskriminering kan derfor innebære at varsel må gis med mer enn to måneders frist, og i noen tilfeller med betydelig lenger frist enn to måneder før en endring trer i kraft. Bortfall av en bærertjeneste er et eksempel på en endring som etter Nkoms vurdering ikke vil kunne gjennomføres med kun to måneders varsel.

Nkom mener etter dette at det er i strid med ikke-diskrimineringskravet når Telenors standardavtaler fastsetter at samtlige endringer kan foretas med to måneders varsel. Telenor varsles om at Nkom i medhold av ekomloven § 10-6 vil pålegge selskapet å rette bestemmelsen i standardavtalene punkt 15.2 andre ledd.

8. Oppsigelsesadgang

8.1 Rettslig grunnlag

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

8.2 Telenors implementering i standardavtalene

Standardavtalene punkt 15.2 annet ledd gir tilgangskjøper rett til i visse tilfeller å si opp avtalen dersom Telenor benytter adgangen til ensidig endring. Oppsigelsesadgangen får ikke anvendelse på Telenors ensidige endring som følge av endringer i markedsreguleringen overfor Telenor eller som følge av rettevedtak, jf. 15.2 første ledd, henholdsvis bokstav c) og d).⁹

8.3 Tilbakemeldinger fra Telenor

Telenor ble ikke bedt om å kommentere på standardavtalens klausul om oppsigelsesadgang i Nkoms brev av 29. november 2016. Telenor har ikke benyttet anledningen til på eget initiativ å

⁹ Det er i tillegg inntatt en bestemmelse om gjensidig rett til oppsigelse ved vesentlige endringer i forutsetningene for avtalen som følge av offentligrettslige krav i standardavtalen punkt 6.2 første ledd.

gi kommentarer på dette punktet slik brevet av 29. november 2016 ga en generell oppfordring til. Det bemerkes imidlertid at Nkom i nevnte brev valgte en noe annen innfallsvinkel enn herværende varsel, ved at vi der ga uttrykk for at en rett for tilgangskjøper til å si opp tilgangsavtalen ikke er et forhold som begrunner en utvidet rett til ensidig endringsadgang.

8.4 Tilbakemeldinger fra tilgangskjøpere

Phonero anfører i sin tilbakemelding at det er svært urimelig at tilgangskjøper kun er gitt rett til å si opp avtalen i enkelte, og ikke alle tilfeller der Telenor betinger seg ensidig endringsadgang. Phonero stiller bl.a. også spørsmål ved at tilgangskjøper bare skal ha rett til å si opp avtalen i de tilfellene der avtalen vesentlig endres til tilgangskjøpers ugunst.

8.5 Nkoms vurdering

Nkom viser til at tilgangskjøpers oppsigelsesadgang er begrenset til bare å gjelde enkelte av de tilfellene der Telenor betinger seg ensidig endringsadgang. Telenor synes å legge til grunn at endringer i marknadsreguleringen overfor Telenor i form av presiseringer/endinger osv. (punkt 15.2 første ledd bokstav c)) eller rettevedtak (punkt 15.2 første ledd bokstav d)), ikke kan tenkes å endre tilgangskjøpers forutsetninger for å inngå tilgangsavtale. Et pålegg om retting vil i denne sammenheng være en konsekvens av at Nkom mener Telenor ikke etterlever plikter fastsatt i marked 15-vedtaket. Pliktene på Telenor er pålagt for å fremme bærekraftig konkurranse ved å begrense Telenors muligheter til å utnytte sin sterke markedsstilling. Et pålegg om retting vil således som et klart utgangspunkt måtte anses for å være til gunst for tilgangskjøper. Et rettevedtak vil kunne gi Telenor frihet i hvordan et ulovlig forhold skal rettes, slik at det ikke er gitt hvordan Telenor velger å innrette seg etter pålegg om retting. Uavhengig av dette forhold mener Nkom at et pålegg om retting kan tenkes å føre til at tilgangskjøpers forutsetninger for å inngå tilgangsavtalen endres.

Etter Nkoms vurdering er det et urimelig vilkår når Telenor betinger seg en rett til ensidig å endre avtalevilkår, uten at tilgangskjøper gis mulighet til å komme seg ut av avtaleforholdet og slik unngå å være bundet av nye og ukjente vilkår ensidig fastsatt av Telenor. Dette gjelder selv om avtaleperioden i tid er begrenset til 18 måneder.

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

Telenor varsles om at Nkom i medhold av ekomloven § 10-6 vil pålegge selskapet å endre standardavtalene på dette punkt.

9. Innendørsdekning

9.1 Rettslig grunnlag

Det følger av marked 15-vedtaket kapittel 7.1.7.3 punkt 194 at Telenors tilgangsplikt også omfatter innendørsdekning.

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

9.2 Tilbakemeldinger fra Telenor

Nkom ba i brev av 29. november 2016 om Telenors begrunnelse for at selskapets standardvilkår ikke omfatter vilkår for å endre/forbedre innendørsdekning for tilgangskjøperne.

Telenor viser i sitt svar til at ordninger med innendørsdekning har eksistert i flere år uten at de har vært inntatt som en del av Telenors standardavtaler og at Telenor derfor ikke har sett behov for å innta det nå.

9.3 Nkoms vurdering

Nkom viser til at standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang på ikke-diskriminerende vilkår med de presiseringer som følger av marked 15-vedtaket. Det er presisert i vedtaket punkt 194 at tilgangen også omfatter innendørsdekning. Standardavtalens funksjon som grunnlag for avtale, kombinert med at den skal reflektere Telenors pålagte tilgangsplikt, tilsier at krav om innendørsdekning skal inngå som del av standardavtalene. At ordninger med innendørsdekning har eksistert i flere år uten å være del av Telenors standardavtaler, er ikke fyllestgjørende grunn til at Telenor skulle kunne unnlate å reflektere omfanget av tilgangsplikten inn i selskapets standardavtaler. Nkom viser i den forbindelse også til at innendørsdekning og muligheten til å tilby tilgang til gode mobiltjenester, er et sentralt element både for Telenor (jf. også selskapets egen markedsføring) og for tilgangskjøper. Det er derfor viktig at det inntas transparente og ikke-diskriminerende kontraktsvilkår som tydeliggjør de regulatoriske kravene til Telenors tilbud om tilgang til innendørsdekning.

Med hjemmel i § 4-6 fjerde ledd og marked 15-vedtaket punkt 386 jf. punkt 251 varsler Nkom at Telenor vil bli pålagt å endre standardavtalene slik at det kommer klart frem at Telenor har plikt til å etterkomme rimelige anmodninger om å endre dekning/forbedre innendørsdekning i tråd med marked 15-vedtaket.

10. Forbud mot diskriminering mellom eksterne virksomheter

10.1 Rettslig grunnlag

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

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

10.2 Tilbakemeldinger fra Telenor

Telenor anfører at tilgangskjøpere under standardavtalene både vil og kan på ethvert tidspunkt anmode Telenor om endringer. Videre skriver Telenor at standardavtalens regulering av endringsrett sikrer også bestevilkårslæren og likebehandling slik ekommyndighetene har fortolket dette begrepet i TDC-saken.

10.3 Nkoms vurderinger

Nkom legger til grunn at standardavtaler skal speile et tilbud om tilgang på ikke-diskriminerende vilkår med de presiseringer som følger av marked 15-vedtaket og at Telenor skal sørge for transparens som gjør det mulig for tilgangskjøpere å velge blant eksisterende tilbud. Nkom kan ikke se at avtalene inkluderer mekanismer som sikrer at tilgangskjøpere kan få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av kravet om ikke-diskriminering mellom eksterne kjøpere av tilgang (bestevilkårslæren), jf. marked 15-vedtaket punkt 237. At tilbyderne på ethvert tidspunkt kan anmode Telenor om endringer, er ikke egnet til å oppfylle formålet med transparenskravet. Tilbyderne skal kunne orientere seg om hvilke vilkår andre tilgangskjøpere har i sine avtaler, og relativt raskt kunne foreta endringer. Standardavtalene inneholder ingen mekanismer som sikrer ivaretagelse av kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere i den forstand at når en konkurrerende tilbyder oppnår bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys andre konkurrerende tilbydere. Nkom anser dette for å være i strid med marked 15-vedtaket, jf. punkt 237, jf. punkt 251.



Med hjemmel i § 10-6 varsler Nkom at Telenor vil bli pålagt å endre standardavtalene slik at standardavtalen reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av bestevilkårslæren, jf. ovenfor.

11. Oppsummering og avslutning

Nkoms gjennomgang over viser at Telenors standardavtaler for hhv. MVNO- og tjenesteleverandørtilgang bryter eller ikke tilfredsstillere flere ulike krav nedfelt i gjeldende marked 15-vedtak fra 1. juli 2016.

Nkom varsler herved om at Telenor i medhold av marked15-vedtaket jf. ekomloven § 10-6 og § 4-6 fjerde ledd, vil bli pålagt å endre standardavtalene for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang på de punkter som fremkommer i dette varselet.

Merknader til varselet sendes elektronisk til firmapost@nkom.no før mandag 21. august 2017.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
fung. avdelingsdirektør

Kenneth Olsen
fagsjef

Kopi Phonero AS, Postboks 70, 4661 KRISTIANSAND S,
Get AS, Postboks 4400 Nydalen, 0403 Oslo