

Nasjonal Kommunikasjonsmyndighet  
Postboks 93  
4791 Lillesand

Vår dato  
23.08.2019

Ansvarlig advokat  
Kaja Wølneberg

*Klagen er kun sendt per e-post til [firmapost@nkom.no](mailto:firmapost@nkom.no)*

## KLAGE - PÅLEGG OM RETTING AV TELENORS STANDARDAVTALE FOR TJENESTELEVERANDØRTILGANG OG MVNO-TILGANG

Det vises til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets («Nkom») vedtak 12. juli 2019 om pålegg om retting av Telenors standardavtaler for tjenesteleverandørtilgang og MVNO-tilgang («Vedtakene»). Det fremgår av e-post fra Nkom av 15. august 2019 at Nkoms innsigelser og pålegg om retting av MVNO avtalen er likelydende det som fremgår av vedtaket om retting av standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang. Vedtakene påklages derfor samlet. Når det i det følgende henvises til vurderinger i Vedtakene, herunder konkrete sidetall er det vedtaket om pålegg om retting av standardavtalen for tjenesteleverandørtilgang det henvises til.

Klagefristen er i Vedtakene satt til seks uker fra vedtakstidspunktet, det vil si 23. august 2019. Telenor påklager med dette Vedtakene og klagen er rettidig fremsatt.

Telenor anfører prinsipielt at Vedtakene er ugyldige. Subsidiært ber vi Samferdselsdepartementet om å rette opp forholdene som påklages og fatte nye vedtak. De enkelte klagepunktene vil bli utdypet i punktene nedenfor.

Telenors klage inneholder konkurransesensitiv informasjon som må unntas fra offentlighet og partsinnsyn. Denne informasjonen er merket med **[UOFF]**.

### 1. Hjemmelsgrunnlag

Etter Telenors oppfatning er det ikke hjemmel i ekomloven § 4-6 jf. § 4-1 til å pålegge en generell forpliktelse om at Telenors standardavtaler ikke kan inneholde «urimelige vilkår», og opprettholder anførselene til varslet i forhold til dette. Kort oppsummert mener Telenor at ekomloven § 4-6 ikke gir hjemmel til å regulere Telenors avtalevilkår. Ekomloven 4-6 gir ekommyndigheten kompetanse til å pålegge at tilbyder med sterk markedsstilling skal gi informasjon om vilkår for tilgang og på hvilken

**Group Legal**  
Advokater MNA

**Head of Group Legal:**  
Siri Birgitte Bang Berge

**Advokater:**

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

måte denne informasjonen skal gjøres tilgjengelig. Bestemmelsen gir ikke kompetanse til å regulere innholdet i tilbudet. Etter tilgangsdirektivet artikkel 9 nr 2 siste – som direktivteksten § 4-6 implementerer – følger det klart at kompetansen til å pålegge endringer i denne sammenheng knytter seg til endringer av hvordan informasjon om tilbudet skal offentliggjøres: *“The national regulatory authority shall, inter alia, be able to impose changes to reference offers to give effect to obligations imposed under this Directive.”*

Ekomloven § 4-1 gir hjemmel for å pålegge plikt til å imøtekomme rimelige anmodninger om tilgang. Dersom krav eller avtalevilkår fra tilbyder som er underlagt tilgangsplikt fungerer som en de facto tilgangsnekt vil etter dette kunne innebære brudd på en gitt tilgangsforpliktelse. Avtalevilkår eller krav som innebærer en de facto tilgangsnekt kan også sanksjoneres og kreves rettet dersom tilgangsplikt etter ekomloven § 4-1 er pålagt. Ekomloven § 4-1 gir imidlertid ingen kompetanse til å pålegge et generelt forbud mot «urimelige avtalevilkår». Det vises også til rapport fra professor Erling Hjelmeng som er oversendt til både Nkom og departementet tidligere.

Påleggene om retting i Vedtakene er på denne bakgrunn ugyldige.

Subsidiært, forutsatt at det er hjemmel i ekomloven til å regulere innholdet i Telenors tilgangsavtaler utover ovennevnte, er forpliktelsen i marked 15- vedtaket så uklart utformet at den av den grunn er ugyldig. Pliktene som pålegges Telenor i et reguleringsvedtak må tilfredsstille et grunnleggende krav til klarhet, jf. også Borgarting Lagmannsretts dom av 12. desember 2018<sup>1</sup> avsnitt 3.2 hvor hjemmelsspørsmål og klarhet i forpliktelsene i tidligere marked 15-vedtak er behandlet: *«Lagmannsretten legger til grunn at det må stilles visse krav til innholdsmessig klarhet og presisjon i de forpliktelsene som pålegges i medhold av ekomloven kapittel 4, jf. § 3-4.»*

I klagevedtaket fra Samferdselsdepartementet av 9. mars 2018 («klagevedtaket») er forpliktelsen presisert i selve vedtaksteksten i kapittel 8, hvor det fremgår at vilkårene i standardavtalen skal være «rimelige». I avsnitt 174 i Nkoms marked 15 vedtak er innholdet av forpliktelsen beskrevet: *«Ved vurdering av om et vilkår er rimelig og rettferdig, 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 gå lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og er forholdsmessig. Det forhold at vilkåret 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 og rettferdige vilkår»*

Videre angis det i punkt 7.3.3 enkelte vilkår som Nkom vurderer som urimelige, jf. punkt 7.3.3.1 om ensidig endringsadgang, punkt 7.3.3.2 om eksklusivitet og punkt 7.3.3.3 om garantier/sikkerhetsstillelse og prognoser. Det presiseres i marked 15-vedtaket at listen ikke er uttømmende.

Så langt Telenor kan se innebærer forpliktelsen til at vilkårene i standardavtalen skal være «rimelige», slik den er beskrevet i marked 15 – vedtaket, at det er opptil tilsynsmyndighetens skjønn hva som anses for å være urimelig i det enkelte tilfellet. Telenor har ikke mulighet til å forutberegne hva et slikt krav innebærer og hva Telenor forventes å etterleve i forhold til at vilkårene må være «rimelige». En slik forpliktelse har et for uklart innhold til å være et gyldig pålegg av en særskilt forpliktelse i medhold av ekomloven § 4-1, jf. § 3-4.

---

<sup>1</sup> LB-2017-72236



Nkom legger i Vedtakene på side 24 til grunn at forpliktelsen til at Telenors vilkår skal være «rimelige» er et mer *generelt* krav enn punkt 197 i markedsvedtaket fra 2010, og er ment å favne videre enn denne.

I Borgarting lagmannsretten dom av 12. desember 2018 fremgår det klart som nevnt over at det gjelder et krav til klarhet i forpliktelsene som pålegges etter ekomloven. I avgjørelsen går Lagmannsretten langt i å trekke i tvil om premiss 197 i Marked 15- vedtaket av 2010 var et gyldig pålegg:

*«Samlet er lagmannsretten i en viss tvil om Marked 15-vedtaket avsnitt 197 kan anses som et gyldig pålegg av en særskilt forpliktelse etter ekomloven § 3-4, jf. § 4-1, og dermed om avsnitt 197 overhodet kan danne grunnlag for avtaleugyldighet etter ekomloven § 10-11.»* [Telenors understrekning]

Lagmannsretten uttalte seg også om reguleringen i gjeldende marked 15-vedtak hvor det er satt krav om å ha «rimelige vilkår» og sammenlignet dette med premiss 197 i M15-vedtaket av 2010.

*«Spørsmålet i nærværende sak er om et pålegg som forbyr «klausuler som utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertsoperator», er tilstrekkelig presist. Vurderingstemaet fremstår som mer presist enn et generelt krav om «rimelige» vilkår, fordi det gjelder en mer avgrenset problemstilling.»*

Lagmannsretten tok ikke endelig stilling til spørsmålet om premiss 197 i 2010 vedtaket var tilstrekkelig presist, da retten fant at Telenor uansett ikke hadde opptrådt i strid med premisset. Retten tok heller ikke stilling til kravet om «rimelige vilkår» i marked 15-vedtaket av 2016 da dette ikke var til prøving i den aktuelle tvisten.

Lagmannsrettens uttalelser om premiss 197 i 2010 vedtaket og kravet til «rimelige» vilkår i 2016 vedtaket samt sammenhengen mellom rettens uttalelser om disse to reguleringene, underbygger likevel klart at et generelt krav om å ha «rimelige» vilkår som er tatt inn i gjeldende marked 15-vedtak ikke er tilstrekkelig presist til å være et gyldig pålegg.

Forpliktelsen pålagt Telenor til ikke å ha «urimelige» avtalevilkår er på denne bakgrunn ugyldig og påleggene om retting i Vedtakene er dermed også ugyldige.

## **2. Krav til sannsynliggjøring**

De alminnelige kravene til sannsynlighetsovervekt og bevis gjelder også ved forvaltningens enkeltvedtak. Dette innebærer at Nkom må sannsynliggjøre de vurderingene Vedtakene om retting bygger på. Det er ikke tilstrekkelig for å sannsynliggjøre vurderingene at Nkom mener noe eller er av en bestemt oppfatning, vurderingene må sannsynliggjøres basert på fakta. Det må altså godtgjøres eller underbygges med fakta at de vilkårene Nkom mener er urimelige 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 som grunnlag for noen av de påstandene som fremsettes i Vedtakene.

Avgjørelsen Nkom viser til i Vedtakene på side 11 (C-28/15) omhandler et helt annet spørsmål enn ovennevnte og er således ikke relevant i denne sammenheng. I nevnte dom fremkommer det 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 bygger på. En myndighet har etter norsk forvaltningsrett ikke anledning til å forby en atferd eller et avtalevilkår uten å sannsynliggjøre at vilkårene for slikt forbud foreligger. Det er således ikke tilstrekkelig at myndigheten «mener», «synes» eller «anser» noe, jf. også Borgarting lagmannsretts dom som vist til over:

*«Selv om det ikke er avgjørende, vil lagmannsretten nevne at konteksten for avsnitt 197 i Marked 15-vedtaket kan styrke inntrykket av en forpliktelse med et noe uferdig innhold. Således heter det at tilsynet «mener» at «avtalene ikke skal inneholde klausuler som utilbørlig reduserer tilbydernes mulighet til å skifte vertsoperatør». Videre er avsnitt 197 som nevnt plassert i kapittel 7 om «Redegjørelse for valg av særskilte forpliktelser», uten nærmere konkretisering i kapittel 8 om «Pålegg av særskilte forpliktelser» som ifølge vedtaket selv skulle angi «det konkrete innholdet i pliktene».*

Særlig gjelder dette dersom forpliktelsen som er pålagt er av helt generell karakter og det er gitt få eller ingen føringer i reguleringen utover at Nkom finner at vilkåret er «urimelig».

Påleggene i Vedtakene om retting er på den bakgrunn ugyldige fordi Nkom ikke har sannsynliggjort at de aktuelle forpliktelsene i marked 15-vedtaket er brutt.

### **3. Rettsanvendelsen**

Etter Telenors oppfatning er videre Nkoms anvendelse av den generelle forpliktelsen – forutsatt at forpliktelsen er en gyldig forpliktelse – ikke i tråd med de begrensede føringer som følger av marked 15-vedtaket og SDs vedtak i klagesaken.

Nkom må først vurdere og sannsynliggjøre at et vilkår er urimelig basert på de føringene som er gitt marked 15- vedtaket og SDs klagevedtak. Av klagevedtaket synes det som om et vilkår som «hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse» vil være urimelig, jf. vedtaket side 38. Slik Telenor forstår klagevedtaket fra SD er det dette som er utgangspunktet for vurderingen av rimelighet. I denne vurderingen må det hensyntas om vilkåret ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse, herunder om vilkåret er utbredt i kommersiell praksis. Vilkaåret kan likevel være rimelig dersom det anses å være i Telenors legitime interesse å ha det forutsatt at det ikke går lenger enn nødvendig og er forholdsmessig.

I Vedtakene om retting synes Nkom imidlertid å ha snudd vurderingen av rimelighet på hodet, og hvorvidt det er i Telenors legitime interesse å ha vilkåret blir styrende for om vilkåret er urimelig eller ikke. Dette kan åpenbart ikke være rett. Et vilkår kan bare være urimelig dersom vilkåret som sådan hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse, herunder om vilkåret ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse. Slik Telenor forstår reguleringen er dette sannsynlig dersom vilkåret er utbredt i kommersiell praksis, i alle fall heves terskelen for urimelighet i et slikt tilfelle. Det er disse vurderingene Nkom må foreta og sannsynliggjøre.

### **4. Eksklusivitet**

Nkom pålegger retting av standardavtalen slik at en eventuell inkludering av begrepet «tilknyttede bruker» innebærer at Telenor ikke betinger seg eksklusivitet utover det marked 15 -vedtaket tillater. Slik Telenor leser vedtaket innebærer pålegget om retting at Telenor – dersom begrepet «tilknyttede bruker» skal inngå i tilgangsavtalen - pålegges å innta en definisjon i overensstemmelse med den forståelsen Telenor har gitt til Nkom i kommentarene til varselet.



Telenor fastholder at pålegg om retting også av dette forhold er ugyldig, jf. punkt 1 over. Utover dette bemerker Telenor at Nkom synes å akseptere Telenors forklaring av hvordan avtalen på dette punkt er å forstå. Rettepålegget relatert til «tilknyttede bruker» er dermed utelukkende et krav om at dette begrepet må være definert i avtalen. En slik detaljert regulering av innholdet i Telenors avtaler faller klart nok utenfor ekomloven § 4-1. Videre er det i alle markeder – også i markeder «preget av konkurranse» - en rekke avtalebegreper i kontrakter som ikke er gitt en utdypende definisjon. Også av denne grunn er dette ikke et «urimelig» avtalevilkår.

Nkom pålegger videre retting av vilkåret i avtalen om at tilgangskjøper ved videresalg av tilgang til Telenors nett har en plikt til å «sikre» gjennomføring av eksklusivitetskrav. Dette er etter Telenors oppfatning ikke et urimelig vilkår, og Nkom har etter Telenors syn ikke grunnlag i marked 15 – reguleringen for å pålegge retting av det.

Nkom har for det første ikke vurdert og sannsynliggjort at vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. I Vedtakene har Nkom lagt til grunn at bestemmelsen er urimelig fordi den etter Nkoms syn kan begrense muligheten for tilgangskjøper til å videreselge tilgang. Dette er imidlertid kun en påstand fra Nkoms side og ikke basert på fakta. Størstedelen av Telenors tilgangsavtaler er relatert til aktører som videreselger tilgang. Det er derfor åpenbart at bestemmelsen ikke har en slik effekt Nkom påstår og heller ikke er egnet til å få det, all den tid bestemmelsen har vært i markedet i flere år.

Nkoms andre innvendig mot ordlyden i vilkåret er at den kan få urimelige virkninger overfor en tredjepart. Slik Telenor leser Nkoms innvendinger mot bestemmelsen på dette punkt er det i realiteten innvendinger mot konsekvenser av brudd i senere salgsledd som Nkom mener er urimelig, ikke forpliktelsen om å sikre at videre salgsledd bryter forbudet mot bruk av parallelle tilgangsavtaler. Det er således ikke bestemmelsen som sådan, men konsekvensene av hevingsretten som følger av brudd på den Nkom mener er urimelig. Innvendingen er dermed den samme som Nkom anfører under bestemmelsen om hevingsrett. Det er på denne bakgrunn ikke nødvendig å pålegge retting av vilkåret når Nkom samtidig pålegger retting av hevingsbestemmelsen for å oppnå det samme.

I tillegg er det slik at det er vanlig i kommersielle avtaler at avtaleparten pålegges å sikre at sentrale avtalebestemmelser også videreføres til neste salgsledd ved videresalg. Hvis ikke vil sentrale forpliktelser i alminnelige kommersielle kontrakter enkelt kunne omgås eller bli innholdsløse avhengig av om en kontraktsmotpart selger direkte til sluttkunden eller videreselger til grossistkunde som igjen selger til sluttkunder.

Dersom det ikke er mulig å ha en slik bestemmelse i tilgangsavtalen, vil forbudet mot parallell nettilgang enkelt kunne omgås og Telenors legitime interesse undergraves.

Pålegget om retting er av denne grunn ugyldig.

### **5. Migrasjon**

Telenors standardavtaler for tilgang er innrettet slik at avtalen er av begrenset varighet (18 måneder) med oppsigelsestid siste 6 måneder. Dette innebærer at dersom tilgangskjøper ønsker videre tilgang til Telenors mobilnett utover dette må avtalen fornyes for ny avtaleperiode på 18 måneder med ny oppsigelsestid siste 6 måneder. Flytting av kunder til eller fra Telenors mobilnett må i utgangspunktet skje innenfor oppsigelsesperioden.



Slik Telenor forstår Vedtakene forbys ovennevnte avtalevilkår fordi Nkom mener klausulen kan likestilles med suksessive avtaler med leveringseksklusivitet.

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

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

I tillegg har Nkom i marked 15 – vedtaket punkt 7.3.3 «Krav til standardavtalene» redegjort for enkelte vilkår som Nkom anser å være urimelige og som dermed ikke kan inngå i standardavtalen om regulert tilgang, jf. premiss 256. Deretter følger det av punkt 7.3.3.2 «Eksklusivitet» premiss 263 at *«Nkom anser at vurderingene av hvilke vilkår som kan inntas i standardavtalene, vil sammenfalle med vurderingene gjort i tilknytning til individuelle tilgangsavtaler, jf. kapittel 7.1»*. Det vil si de vurderingene som følger av premiss 180 og 182.

I øvrige premisser og konklusjoner i marked 15- vedtaket finnes det ingen spor av at dersom tilgangskjøper ikke har rett til utmigrering på ethvert tidspunkt ved fornyelse av tilgangsavtalen så kan dette også utgjøre leveringseksklusivitet. I klagevedtaket fra SD er videre standardavtalens bestemmelser om varighet og oppsigelse diskutert, jf. klagevedtaket side 42. Likevel er det ikke tatt inn i presiseringene av forbudet mot leveringseksklusivitet som fremgår av klagevedtaket side 73.

Etter Telenors oppfatning innebærer Vedtakene fra Nkom at Nkom nå stiller helt nye krav knyttet til tilgangskjøpers rett til å si opp avtalen etter fornyelse. Et slikt pålegg ville representert en tyngende begrensning på Telenors mulighet for å sikre forutsigbarhet i sine avtaler, og følgelig måtte det fremgå klart av ordlyden i markedsvedtaket dersom en slik plikt skulle vært pålagt. Dette forhold er overhodet ikke behandlet i marked 15-vedtaket. Standardavtalens system hva gjelder varighet og oppsigelsesadgang har for øvrig vært den samme siden 2013, slik at både Nkom og SD hadde god kjennskap til dette da marked 15- vedtaket og klagevedtaket ble fattet.

I vurderingen av hvorvidt avtalevilkåret er «rimelig» legger Nkom videre til grunn at problemstillingen som skal vurderes er om og i hvilke tilfeller Telenor har et legitimt behov for å ha et slikt vilkår om varighet og oppsigelse, og om dette vilkåret er forholdsmessig. Dette er å snu vurderingen på hodet. Nkom må først vurdere og sannsynliggjøre at vilkåret som sådan er urimelig, altså om det hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse og om det ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse. At vurderingen skal gjøres på denne måten fremgår klart av klagevedtaket, jf. side 38. En slik vurdering er nærmest fraværende i Vedtakene utover at Nkom mener at kravet innebærer sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør, og er således egnet til å oppstille hindringer for bærekraftig konkurranse. Denne påstanden er ikke underbygget med noe fakta eller vurderinger av hvordan dette innebærer slike begrensninger. Faktum er at tilgangskjøpere forhandler med flere tilbydere av tilgang ved fornyelse av

tilgangsavtalen, og således også bytter nett. De siste årene har tilgangskjøpere både byttet til og fra Telenors nett. Det er få indikasjoner at bestemmelsen i tilgangsavtalen med Telenor legger slike «sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør» som Nkoms viser til. 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.

Etter Telenors oppfatning utgjør ikke standardavtalens bestemmelser om varighet og oppsigelse et «urimelig» avtalevilkår i strid med marked 15-vedtaket.

Nevnte bestemmelser innebærer ingen innholdsmessig begrensning av tilgangskjøpers bruk av parallelle nett, men en begrensning av avtalens varighet og oppsigelsestid. Standardavtalen har en fast varighet og løper til en fast avtalt dato. Deretter må det inngås en ny avtale. Det forhold at en avtale har en fast varighet og at ny avtale må inngås dersom avtaleforholdet skal fortsette ved utløpet av avtalen, er normalt i kommersielle forhold. Det er videre vanlig at avtaler kan ha en varighet på 12-36 måneder hvor vilkårene fornyes med ny fast leveringsperiode og oppsigelsestid siste 6 måneder. Etter det Telenor har kjennskap til er dette en vanlig måte å innrette varighet og oppsigelsestid kommersielt i avtaler om tilgang til mobilnett i andre land det er naturlig å sammenligne seg med. Dette er markeder som ikke lenger er regulert og som derfor må sies å være markeder «preget av konkurranse».

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

Nkom synes å være av den oppfatning at hva som er vanlig i kommersielle forhold hva gjelder leverandørbytter og klausuler om varighet og oppsigelse ikke er relevant. Bakgrunnen for dette synes å være at tilgangsmarkedet er noe helt annet enn markedene for andre innsatsfaktorer, hovedsakelig fordi markedet etter Nkoms syn er preget av høy konsentrasjon på tilbudssiden og at dynamikken i markedet i utgangspunktet er begrenset. Nkom har imidlertid ikke begrunnet eller vurdert hvorfor disse markedsforholdene skulle innebære at klausuler som er vanlige i alminnelige kommersielle avtaler og som tilbys i markeder som er preget av konkurranse, er urimelige i tilgangsmarkedet for mobil. Dessuten står Nkoms vurdering og uttalelse på dette punkt direkte i motstrid med at Nkom i marked 15 – vedtaket har presisert at vurderingen av rimelighet nettopp skal basere seg på «om det aktuelle vilkåret kan anses å være i samsvar med det som ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse».

I tillegg legger Nkom vekt på at tilgangskjøpere har opplyst til dem at de store vertsoperatørene har vist svært liten interesse av å tilby tilgang. Nkom legger imidlertid til grunn i markedsanalysen som ble lagt ved nytt varsel om marked 15 – regulering 31. mai 2019 at Telia de siste årene har inngått flere tilgangsavtaler og således konkurrerer med Telenor om å tilby tilgang. Selskapet tilbyr også i følge Nkom priser som ligger under Telenors priser, jf. markedsanalysen premiss 601 og 602.



Tilgangsavtalen legger etter Telenors syn til rette for en fleksibilitet de siste 6 månedene hvor tilgangskjøper står fritt til å flytte sine sluttbrukere på den måten og til det tidsforløpet tilgangskjøper måtte ønske. I disse 6 månedene kan tilgangskjøper ha tilgang til to nett samtidig. Dette innebærer for eksempel at tilgangskjøper som tilbyr tjenester i bedriftssegmentet under en og samme merkevare i migreringsfasen kan ha disse bedriftskundene på ulike nett under samme merkevare. Alt nysalg må imidlertid foregå i det nett det migreres til.

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

Dersom tilgangskjøper ved fornyelse av avtalen skal kunne si opp og migrere kundene over til annen leverandør på ethvert tidspunkt i avtaleperiode vil Telenor ha ingen forutsigbarhet for volum og inntekten i avtalens varighet. Det vil heller ikke være mulig å forutse størrelsen på trafikken i mobilnettet utover Telenors eget salg. Telenor har dermed en legitim interesse i et slikt vilkår.

Nkom anerkjenner i Vedtakene at Telenor kan ha en legitim interesse i å ha forutsigbarhet for salg til eksterne tilgangskjøpere, men hevder at vilkårene i standardavtalen hva gjelder rett til utmigrering ikke er nødvendig, men at Telenor heller «kan oppnå slik forutsigbarhet ved å konkurrere intenst om å tiltrekke seg tilgangskjøpere». Det Nkom imidlertid ikke vurderer er hvilken effekt det vil kunne ha for konkurransen i grossistmarkedet at Telenor forbyr å ha avtaler med fast varighet og oppsigelsestid med rett til utmigrering i oppsigelsestiden. Det er sannsynlig at en slik regulering, hvor Telenor ikke har noen sikkerhet for volum og inntekt ved fornyelse av tilgangsavtalen, heller vil svekke Telenors insentiver til å konkurrere om tilgangskjøperne og dermed få motsatt effekt på konkurransen av hva Nkom ser for seg.

Når det gjelder migreringsperiodens lengde har Nkom på ingen måte sannsynliggjort at en periode på 6 måneder er et avtalevilkår som «hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse» og dermed er urimelig. De faktiske forhold viser det motsatte. Tilgangskjøper forhandler med flere netteiere ved fornyelse av avtalen og flere av dem bytter faktisk vertoperator. De fleste av tilgangskjøperne som har byttet nettleverandør fra eller til Telenor har gjennomført dette på under 6 måneder.

Det medfører ikke riktighet at Telenor har avvist ønsker fra tilgangskjøper om noe lengre migreringsfase. Det Telenor har avvist – i ett tilfelle – er at tilgangskjøper ved fornyelse av tilgangsavtalen kunne inngå en avtale hvor tilgangskjøper fritt kunne migrere kunder i en periode på 24 måneder. Etter Telenors syn er dette noe annet enn spørsmål om noe forlenget oppsigelsesfase hvor tilgangskjøper av tekniske grunner har behov for forlenget migreringstid for enkelte av kundene.





### 6. Hevingsrett på ved brudd på eksklusivitetskrav

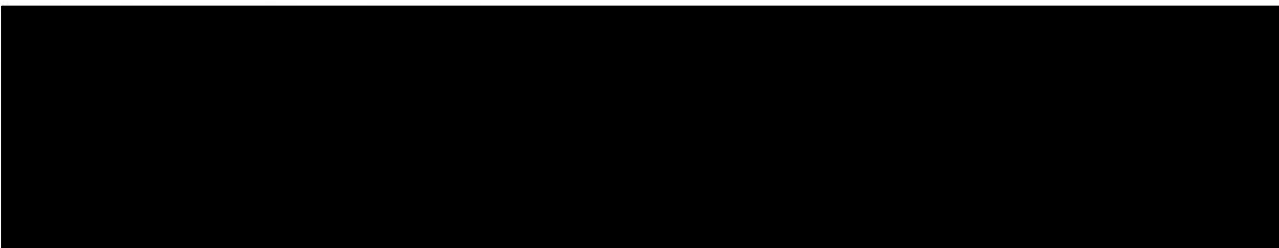
Forutsatt at det er hjemmel i ekomloven til å regulere avtalevilkår som ikke utgjør tilgangsnekt og at et krav om «rimelige» vilkår også skulle anses tilstrekkelig klart til å være et gyldig pålegg, har Nkom heller ikke sannsynliggjort at krav om hevingsrett ved brudd på bestemmelsen om eksklusivitet bryter med et krav om rimelige avtalevilkår.

Som også anført av Telenor i våre kommentarer til Nkoms varsel, har ikke Nkom sannsynliggjort at klausulen kan ha slik virkning som påstås. I Vedtakene uttaler Nkom at det er uklart hva Telenor siktet til med dette. Det Telenor sikter til er at Nkom ikke har underbygget med empiri, undersøkelser eller på annen måte at klausulen kan ha slik virkning. Det er i så måte illustrerende at Nkoms forsøk på å underbygge påstanden om klausulens vurdering også 2 år etter Nkoms varsel, fortsatt utelukkende er basert på Nkoms egne vurderinger uten henvisning til empiri, undersøkelser eller eksempelvis økonomisk litteratur. Det vises her til:

*«Etter Nkoms vurdering vil en nærliggende konsekvens av en bestemmelse om at ethvert mislighold gir hevingsrett, være at tilgangskjøpere legger inn en solid sikkerhetsmargin for å sikre seg mot påstander fra Telenor om brudd på kravet om leveringseksklusivitet. En slik «sikkerhetsmargin» vil reelt sett innebære en innskrenkning av adgangen til å ha parallelle tilgangsavtaler. Nkom fastholder derfor at klausulen vil kunne undergrave denne muligheten og slik er egnet til å undergrave reguleringens formål, jf. ovenfor.» [Telenors understrekning]*

Som Telenor anførte i sine kommentarer til varsel om vedtak for 2 år siden, er det en vesentlig og grunnleggende forutsetning for tilgangsavtalen bestemmelser om eksklusivitet ikke misligholdes. Nkom har også anerkjent at Telenor har en legitim interesse i å beskytte seg på dette området. Det er videre alminnelig i kontraktsforhold at brudd på grunnleggende forpliktelser eller grunnleggende forutsetninger som representerer vesentlig kontraktsbrudd gir en part rett til å heve. Slike klausuler er derfor vanlige i de fleste kommersielle avtaler. Brudd på vesentlige avtalevilkår vil typisk også representere vesentlig kontraktsbrudd som gir hevingsrett etter bakgrunnsretten. Etter Telenors oppfatning bryter ikke hevingsretten i standardavtalen mot kravet om å ha «rimelige» avtalevilkår.

Det er tilsvarende vanlig i andre kommersielle avtaler at part som videreselger tjenester og produkter må sikre at vesentlige vilkår for salg av tjenesten også sikres i neste salgssledd. Det er grossistkunden som har et avtaleforhold med neste salgssledd og som har kjennskap til hvem disse kundene er, og som har rettslig og faktisk mulighet for å følge opp disse avtaleforholdene. Alminnelig risikofordeling i kontraktsforhold tilsier at grossistkunden er nærmest til å følge opp og sikre at et videresalg da ikke bryter med de grunnleggende vilkår som opprinnelig er avtalt mellom grossistleverandør og grossistkunden. At Telenor har privatrettslig hevingsadgang dersom grossistkunden ikke sikrer at neste salgssledd etterlever dette grunnleggende vilkåret, er rimelig utfra de samme hensyn.



Telenor kan videre ikke se hvilken relevans reglene om bruksbegrensning i ekomloven § 2-5 har for spørsmålet om hevingsrett ved brudd på den aktuelle klausulen bryter med kravet om å ha «rimelige vilkår».

Nkom uttaler om dette:

*«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.»*

Dette er forfeilet. En privatrettslig avtale om hevingsrett kan selvsagt ikke begrense rekkevidden av preseptorisk lovgivning. Uavhengig av hva som er avtalt om hevingsrett, så vil verken Telenor eller andre aktører bli fritatt for de plikter som følger av ekomloven om innhenting av tillatelse fra ekommyndigheten ved bruksbegrensning. Reglene om bruksbegrensning kan følgelig heller ikke brukes som begrunnelse for å gripe inn mot Telenors legitime interesse i å sanksjonere brudd på den aktuelle klausul gjennom hevingsrett.

Nkom har videre feil forståelse av klausulen om heving som er inntatt i standardavtalen. I pålegget om retting fremgår at Nkom mener klausulen er slik å forstå at Telenor har rett til å heve avtalen ved *«enhver opptreden Telenor anse for å være i strid med eksklusivetsbestemmelsen»*.

Dette er ikke korrekt. Klausulen er ikke uformet slik at Telenor kan heve for enhver opptreden Telenor skulle anse å være i strid med eksklusivetsbestemmelsen. Rett til heving er betinget av at tilgangskjøper opptrer i strid med eksklusivetsbestemmelsen i avtalen jf. her eksempelvis for tjenesteleverandøravtalen punkt 8.3.1 bokstav d.

Pålegget om retting er av ovennevnte grunner ugyldig.

### **7. Oppsigelsesadgang**

Slik Telenor forstår Vedtaket pålegges Telenor å rette avtalen slik at tilgangskjøper gis en oppsigelsesadgang i de tilfellene Telenor endrer avtalene som følge av endringer i reguleringen eller pålegg fra myndigheter.

Etter Telenors oppfatning har Nkom verken vurdert og sannsynliggjort at manglende oppsigelsesadgang for tilgangskjøper i nevnte situasjoner hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. I begrunnelsen for pålegget om retting på dette punkt fremgår det heller ingen andre vurderinger av vilkårenes rimelighet annet enn at Nkom mener at det er urimelig at tilgangskjøper ikke har en rett til å si opp avtalen når Telenor har en rett til å endre den som følge av endringer i reguleringen eller pålegg fra myndigheter.

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



Pålegget om retting er på denne bakgrunn ugyldig.

### **8. Innendørsdekning**

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

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

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

Telenor pålegges videre å innta et vilkår i standardavtalen hvor det fremgår at tilgangskjøper har rett til å få endret sine tilgangsvilkår på bakgrunn av tilgangsvilkår som er oppnådd av andre tilgangskjøpere. Som grunnlag for en slik plikt viser Nkom til marked 15- vedtaket punkt 237, kapittel 8.2 og 251 jf. 384. Nkom synes å legge til grunn at nevnte avsnitt gir uttrykk for en forpliktelse om å gjennomføre en bestevilkårsbestemmelse, og at Nkom kan pålegge Telenor å innta en forpliktelse i standardavtalen som synliggjør denne rettigheten.

Etter Telenors oppfatning har Nkom ikke hjemmel for å pålegge Telenor å innta en slik forpliktelse. Avsnitt 237 i marked 15- vedtaket utdyper innholdet av plikten til ikke-diskriminering mellom eksterne ved at det fremgår at dette innebærer en bestevilkårslære i den forstand at når en konkurrerende tilbyder oppnår bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys andre konkurrerende tilbydere. Bestemmelsen gir således uttrykk for en plikt for Telenor til å tilby nevnte vilkår. Av kapittel 8.2 fremgår at tilgangskjøper på samme tilgangsform skal ha mulighet til å velge blant alle eksisterende tilgangsavtaler. Som Nkom er godt kjent med har Telenor

Når en tilgangskjøper fremforhandler et annet bedre vilkår enn det som fremgår av standardavtalen, gis samtlige tilgangskjøpere på samme tilgangsform tilbud om å innta det samme vilkåret i sine avtaler. Avsnitt 251 omhandler innholdet av standardavtalene og at disse skal speile et tilbud om tilgang til de tilgangsformene som omfattes av Telenors tilgangsplikt på ikke-diskriminerende vilkår, samt at en anmodning om tilgang skal møtes med vilkårene som fremgår av standardavtalen. Som Nkom er kjent med har Telenor standardtilbud til alle tre tilgangsformer og de som anmoder om tilgang får de vilkårene som fremgår av standardavtalen for den tilgangsformen.

Ingen av de nevnte avsnittene omhandler en forpliktelse for Telenor til å innta et vilkår om endringsadgang i standardavtalen basert på en bestevilkårsbestemmelse. Pålegget om retting på dette punkt er således ugyldig.

### **10. Avsluttende merknader**

På denne bakgrunn er det Telenors oppfatning av Vedtakene om retting er ugyldige. Departementet må derfor oppheve Vedtakene. Subsidiært må departementet fatte nye vedtak og rette opp forholdene som påklages.

Pålegget om retting kommer neste 3 år etter at gjeldende Marked 15-vedtak trådte i kraft og standardavtalen ble publisert, og 2 år etter varselet som retting av standardavtalene. I tillegg er det allerede foretatt ny nasjonal høring av ny marked 15- regulering som ser ut til at skal snarlig vedtas. Flere av de varslede påleggene er heller ikke behandlet i Vedtakene, med likevel slik at de ikke er frafalt, jf. fotnote 2. Det fremkommer videre av Vedtakene at pålegget om retting ikke innebærer for

Øvrigt noen godkjenning av forhold i standardavtalene som ikke behandles i Vedtakene. Dette vil ifølge Nkom bli gjort i tilknytning til ny marked 15 – regulering. Dette er uforutsigbart og uheldig for både Telenor og tilgangskjøpere.

Med vennlig hilsen  
Group Legal



Kaja Wølneberg  
advokat