

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet  
Postboks 93  
4791 Lillesand

Vår dato  
20.12.2016

Ansvarlig advokat  
Geir Dyngeland

## NYE STANDARDAVTALER - INFORMASJONSINNHEMTING OG FORELØPIG VURDERING

### 1 Innledning

Vi viser til Nkoms brev 29.11.2016 om informasjonsinnhenting og foreløpig vurdering av Telenors nye standardavtaler for MVNO – og tjenesteleverandør tilgang.

Telenor vil gi de opplysninger Telenor har om de forhold Nkom etterspør. Innledningsvis under punkt 2 vil vi også knytte noen merknader til det rettslige grunnlag for brevet. Herunder vil Telenor kommentere det forhold at Nkom – uten å ha konkludert eller varslet et rettespørsmål – velger å fremme mulige synspunkter og kritikk i det som skal være en nøytral informasjonsinnhentingsfase, og samtidig sender dette på høring til tilgangskjøpere.

Når det ellers gjelder Nkoms foreløpige vurderinger, tanker og kritikk av standardavtalene finner Telenor det ikke hensiktsmessig å kommentere disse inngående på stadiet for informasjonsinnhenting.

Som Nkom kjenner til er markedsforholdene i grossistmarkedet under vesentlig endring, jf blant annet Telias oppkjøp av Phonero. Disse nye faktiske omstendigheter i markedet bekrefter Telenors gjentatte anførsler om at grossistmarkedet tenderer mot konkurranse og at det ikke er grunnlag for å utpeke Telenor som tilbyder med SMP. Det er bekymringsfullt at Nkom med kjennskap til disse markedsendringene, ikke på noe punkt reflekterer over hvilken betydning dette vil måtte få. I punkt 4 nedenfor vil Telenor redegjøre for de endrede markedsforholdene og betydning av dette både for konkurransesituasjonen og reguleringen.

Opplysninger markert med gult er forretningshemmeligheter og må unntas innsyn.

**Group Legal**  
Advokater MNA

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

**Advokater:**  
Eirik Andersen  
Geir Dyngeland  
Morten Foss  
Atle Garder  
Henrik Gerner-Mathisen  
Gaute Simen Gravir  
Ina L. Heidenreich  
Bjørn Hogstad  
Øyvind Iversen  
Christian Lindqvist  
My Muratori  
Ina Ore  
Paul Edward Paus  
Jørn T. Ramnæs  
Tone Ripel  
Philip Risbjørn  
Espen Skovly  
Vegard Thoresen  
Guru Wanda Wanvik  
Kaja Wølneberg  
Anette Halvorsen Aarset

## 2 Rettslig grunnlag for Nkoms pålegg om innhenting av informasjon

Innledningsvis vil Telenor understreke at Telenor ser positivt på at forvaltningsorganer på et tidlig stadium i en sak eller tilsyn med et område, ønsker fortrolig dialog om foreløpige hypoteser og problemstillinger som tilsynet vurderer å gå inn i, og hvor Telenor selvsagt vil bidra konstruktivt inn både i form av møter og korrespondanse. Ønsker tilsynet ellers å få informasjon generelt fra hele markedet om mulige hypoteser som tilsynet foreløpig ikke har grunnlag for å fatte eller varsle rettevedtak om, bør dette gjøres i pålegg om å gi opplysninger med spørsmål som er nøytrale og ikke bærer preg av at forvaltningsorganet har konkludert på forhånd. Dette blant annet for å unngå å legge føringer på den informasjonen som innhentes. Hvis et forvaltningsorgan mener å ha tilstrekkelig informasjon til å konkludere endelig eller foreløpig om mulige overtredelser, er det naturlig at dette i så fall kommer til uttrykk i et varsel om vedtak.

Nkoms brev av 29. november 2016 er imidlertid benevnt «informasjonsinnhenting og foreløpig vurdering», og inneholder dels spørsmål til Telenor og dels Nkoms foreløpige vurdering av om enkelte bestemmelser i Telenors oppdaterte standardavtaler for MVNO- og tjenesteleverandørtilgang er i samsvar med Marked 15-vedtaket av 1. juli 2016. Nkom går langt i å konkludere med at det ikke er tilfellet og oversender også brevet til andre markedsaktører for kommentarer.

Det er Telenors oppfatning at brevet strider både mot forvaltningslovens system og mot grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper på flere punkter. Brevet går vesentlig lenger i å redegjøre for Nkoms synspunkter enn det som er nødvendig i et pålegg om å gi opplysninger, men er på den annen side heller ikke formulert som et varsel om vedtak. Dersom Nkom allerede nå mener å ha grunnlag for å konkludere med at Telenors nye standardavtaler på flere punkter er i strid med ekomreguleringen og Marked 15- vedtaket, bør dette komme til uttrykk gjennom et varsel om vedtak. Det forhold at Nkom i samme brev også ber om at Telenor besvarer en rekke spørsmål, tilsier imidlertid at Nkom ikke har avsluttet informasjonsinnhenting, og tilsier videre at NKOM selv må mene at myndigheten ikke har tilstrekkelig grunnlag for å varsle vedtak.

Telenor reagerer på at Nkom på informasjonsinnhentingsstadiet går langt i å gi uttrykk for at Telenors standardavtaler er i strid med reguleringen før Telenor har fått anledning til å besvare Nkoms spørsmål og for øvrig bidra til å opplyse saken, og kan ikke se at det foreligger rettslig grunnlag for denne type uforpliktende «foreløpige vurderinger» fra tilsynets side.

Det er etter Telenors oppfatning videre særdeles uheldig og i strid med kravet til forsvarlig saksbehandling og kontradiksjon at Nkoms vurderinger gjøres offentlig tilgjengelige uten at Telenor har fått mulighet til å uttale seg. Nkoms foreløpige tanker og vurderinger går direkte på Telenors avtaleforhold med tilgangskjøperne, virker konfliktskapende og er egnet til å påføre Telenor et omdømmetap.

Telenor mener at det også på annet grunnlag er svært uheldig at Nkom gir uttrykk for sine foreløpige vurderinger uten at dette kommer til uttrykk i et varsel om vedtak eller vedtak. Vurderingene i brevet 29. november 2016 er, til tross for at det pretenderer å være «foreløpige betraktninger», konkluderende i formen. Formidling av slikt forhåndsstandpunkt til allmennheten kan etter omstendighetene lede til inhabilitet. Det forhold at tilsynet har gått så vidt bastant ut med sine synspunkter svekker under enhver omstendighet tilliten til at tilsynet vil foreta en objektiv vurdering av saken og Telenors tilbakespill på de spørsmål som er stilt.

Når det gjelder det nærmere innholdet i brevet, fremstår Nkoms vurderinger etter Telenors oppfatning som skjønnspregede og uten rettslig forankring. Nkom begrunner f.eks. på flere punkter de foreløpige konklusjonene sine med at avtalevilkårene er «urimelige», og viser til skjønnspregede vurderinger og generelle synspunkter, som etter Telenors oppfatning savner hjemmelsgrunnlag. Som Telenor også tidligere har gitt uttrykk for, herunder i klagen til Samferdselsdepartementet over Marked 15- vedtaket, kan Telenor bl.a. ikke se at Nkom med hjemmel i ekomloven § 4-1 har grunnlag for å fastsette vilkår i standardavtalen basert på generelle betraktninger om rimelighet, med mindre avtalebestemmelsene representerer tilgangsnekt.

Nkom hjemler pålegget til Telenor om å gi opplysninger i ekomloven § 10-3. Bestemmelsen hjemler pålegg om opplysninger som er nødvendige for effektiv gjennomføring av lov og vedtak, og angir ingen begrensninger på hvilken type opplysninger som kan kreves i forhold til opplysningenes innhold, jf. merknadene til bestemmelsen inntatt i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003). Det må imidlertid sondres mellom opplysninger på den ene side og vurderinger, synspunkter og begrunnelser på den annen side. Flere av Nkoms spørsmål gjelder det siste, og faller således utenfor rammen av § 10-3. Telenor anser at faktiske opplysninger og denne typen vurderinger i stor grad blandes sammen i Nkoms spørsmål.

Telenor har ikke prinsipielle motforestillinger til å besvare og kommentere spørsmål som faller utenfor § 10-3, men en forutsetning må i tilfelle være at spørsmålene på dette stadiet av saksbehandlingen er stilt i en nøytral form. Det er på ingen måte tilfellet her. Telenor opplever det utfordrende og utilfredsstillende å bli bedt om å besvare spørsmål som hviler på faktiske og rettslige forutsetninger som verken er begrunnet eller som Telenor deler, og der Nkom for flere spørsmåls vedkommende allerede synes å ha konkludert. Telenor vil likevel forsøke å besvare de spørsmål Nkom stiller.

Endelig peker Telenor på at Nkom avslutningsvis i brevet punkt 1 gjør oppmerksom på at «vi vil kunne komme tilbake til deler av standardavtalene som ikke er vurdert i dette brevet». For det tilfellet at Nkom vil følge opp synspunktene i brevet med et varsel om vedtak, legger Telenor til grunn at varselet vil omfatte alle forhold i standardavtalene Nkom måtte mene er i strid med reguleringen. Telenor kan ikke risikere å utsettes for mulige etterfølgende sanksjoner og krav ved å videreføre bestemmelser i avtalene som Nkom senere måtte mene er i strid med reguleringen.

### **3 Telenors opplysninger om forhold Nkom etterspør**

*Hva mener Telenor om begrepene «nett» og «mobile nett» i standardavtalene, jf Nkoms brev s. 5*

**Svar:** Telenor har ikke tilsiktet at disse begrepene har ulikt innhold, «nett» og «mobile nett» er i denne sammenheng synonyme begrep og avtalen samsvarer etter Telenors oppfatning med kravene i reguleringen på dette punkt.

*Hva faller inn under flertallsformen «fysiske SIM» og «etc», jf Nkoms brev s 5.*

**Svar:** Telenor har anvendt flertallsformen «fysiske SIM» fordi dette etter vår oppfatning er riktig rettskrivning. Det skulle for øvrig vært et komma før ordet «etc» fordi det er en oppramsing som skal fange opp også andre former for SIM enn det som spesifikt er nevnt i definisjonen.

*Hvilke legitime behov har Telenor for eksklusivitet på abonnent – nivå og hvilke muligheter mener Telenor tilgangskjøpere uten krav om slik eksklusivitet har til å oppnå relevante og signifikante konkurransefortrinn, jf NKoms brev s 6, første avsnitt.*

**Svar:** Ordlyden i Standardavtalens punkt 2.3 er utformet for å sikre Telenors legitime behov for å beskytte dekningskonkurransen mellom mobile nettverk i samsvar med ny regulering. Siden flere abonnenter kan være på samme abonnementsforhold er avtalen utformet for å ta høyde for dette.

*Hva mener Telenor med begrepet «herunder for tilknyttede brukere», jf Nkoms brev s 6 annet avsnitt.*

**Svar:** Bakgrunnen for at begrepet «tilknyttede brukere» er benyttet er bl.a. for å fange opp flere brukere under bedriftsabonnement.

*Nkom ber Telenor redegjøre for om tilgangskjøpere ikke kan overføre hele eller deler av sin kundemasse før det har gått tolv måneder, jf Nkoms brev s 6 siste avsnitt.*

**Svar:** I henhold til Standardavtalene kan tilgangskjøper først starte migrering av kundemasse ut fra Telenors nett 12 måneder etter avtaleinngåelse. Tilgangskjøpere har likevel under hele avtaleperioden mulighet for den type dobbeltraaming som punkt 2.3 åpner for.

*Nkom ber videre Telenor om å begrunne hvorfor selskapet tilsynelatende anser at en migrasjonsperiode på seks måneder alltid vil være rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine slutt kunder jf Nkoms brev s 6 siste avsnitt.*

**Svar:** En migreringsperiode på 6 måneder har vist seg å være mer enn tilstrekkelig tid for samtlige tilgangskjøpere som har migrert ut av Telenors nett, og dette omfatter da også den største tilgangskjøpers migrering i 2015 da Tele2 migrerte hele kundemassen på noen måneder over til Telias nett.

*Nkom ber Telenor bekrefte at avtalen er slik å forstå at visse opplysninger er unntatt revisjon, eksempelvis tilgangskjøpers og tredjeparters forretningshemmeligheter, jf Nkoms brev side 9 første avsnitt.*

**Svar:** Formålet med revisjon her – som i andre avtaler – er å kontrollere at avtaleparter overholder sine forpliktelser. Dette skjer ved at en uavhengig tredjemann gjennomgår relevante dokumenter og informasjon uavhengig av om denne informasjonen inneholder forretningshemmeligheter. Den uavhengige tredjemannen vil deretter avgi en erklæring om forholdet som har vært revidert.

*Nkom ber Telenor begrunne hvorfor vilkår om innendørsdekning ikke inngår i de nye standardavtalene, jf Nkoms brev side 11 øverst.*

**Svar:** Det har lenge eksistert ulike ordninger for søknad om innendørsdekning, dette har Telenor tidligere redegjort for. De ordningene som til en hver tid gjelder kan benyttes av både tilgangskjøpere av MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang, samt Telenors egen sluttbrukervirksomhet. Slike ordninger har eksistert i flere år uten at de har vært inntatt som en del av Telenors standardavtaler og Telenor har derfor ikke sett behov for å innta det nå.

*Nkom ber Telenor redegjøre for hvordan tilgangskjøpere kan få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av bestevilkårslæren, jf Nkoms brev s 16 siste avsnitt.*

**Svar:** Under standardavtalene både vil og kan tilgangskjøpere på ethvert tidspunkt anmode Telenor om endringer. Avtalens regulering av endringsrett sikrer også bestevilkårslæren og likebehandling slik ekommyndighetene har fortolket dette begrepet i TDC-saken.

*Nkom ber Telenor redegjøre for sitt behov for ensidig endringsadgang av priser, herunder ber Nkom om eventuelle eksempler de senere årene der norske skatter og/eller avgifter uventet og på kort varsel har blitt endret til ugunst for Telenor.*

**Svar:** Å regulere adgang til å justere priser ved endringer i kostnader, herunder endringer i skatter og avgifter, er vanlig i kontraktsforhold ettersom man på avtaletidspunktet ikke kan ta høyde for fremtidige endringer. Telenor har eksempelvis endret prisene grunnet endringer i kostnader for trafikk til utlandet eller til spesialnummer.

*Nkom ber Telenor om å redegjøre for det legitime behov selskapet mener å ha for endringsadgang regulert i avtalen punkt 15.2 a) og 14.2 a).*

**Svar:** Etter Telenors oppfatning har Telenor et legitimt behov for å kunne endre vilkår når det er begrunnet i forhold utenfor Telenor Norges rimelige kontroll. I andre tilgangsavtaler er endringsadgangen ofte generell og ikke begrenset til forhold utenfor Telenors kontroll. Vi viser i den sammenheng til avtalen for videresalg av fasttelefoniabonnement hvor det fremkommer at:

*«TELENOR skal informere TILBYDER om eventuelle endringer i Tjenestens innhold senest to (2) måneder før endringene trer i kraft.»*

og videre om prisvilkår at:

*«TELENOR har rett til å endre sine priser i Avtalen med to (2) måneders varsel. Når Telenors sluttbrukerlistepriker, kostnadsstruktur eller kostnadsnivå endres, skal prisene under Avtalen rekalkuleres og alle relevante endringer skal danne basis for de oppdaterte prisene. Telenor kan endre priser uten varsel som følge av offentligrettslig pålegg, i de tilfeller der dette følger av pålegget. Tilsvarende gjelder ved opphevelse av offentligrettslige pålegg.»*

Se VAB avtalen punkt 6 og 9.4: [http://www.telenorwholesale.no/wp-content/uploads/2014/09/Telefoni\\_VAB\\_Bilag-1-Generelle-vilkår\\_gylding-fra-2013-05-01.pdf](http://www.telenorwholesale.no/wp-content/uploads/2014/09/Telefoni_VAB_Bilag-1-Generelle-vilkår_gylding-fra-2013-05-01.pdf)

*Nkom ber Telenor å redegjøre for hvilken funksjon uttrykket «også dersom inngått Avtale [...] ikke påvirkes direkte» er ment å ha, jf Nkoms brev side 23 tredje avsnitt.*

**Svar:** Bestemmelsen er ment å ivareta at Telenor vil kunne ha legitimt behov for å endre også avtaler som ikke påvirkes direkte av en endring i Marked 15- vedtaket og/eller rettevedtak, som følge av det endrede handlingsrommet Telenor i tilfelle vil ha. Når det gjelder Nkoms innvending om manglende forutsigbarhet for tilgangskjøperne, kan Telenor, i hvert fall for så vidt gjelder bestemmelsen i punkt 15.c, ikke se at tilgangskjøperne har noen legitim forventning om uendrede vilkår dersom Nkom endrer reguleringen.

*Nkom ber som for 15.2 c) / 14.2 c) Telenor redegjør for hvilken funksjon uttrykket «også dersom inngått Avtale [...] ikke påvirkes direkte» i punkt 15.2 d) og 14.2 d) er ment å ha, jf Nkoms brev s 23, sjette avsnitt.*

**Svar:** Som i svaret over vil også et rettevedtak med hjemmel i ekomloven kunne endre forutsetningene for alle avtaler som er inngått, også de som ikke direkte omfattes eller påvirkes av rettevedtaket.

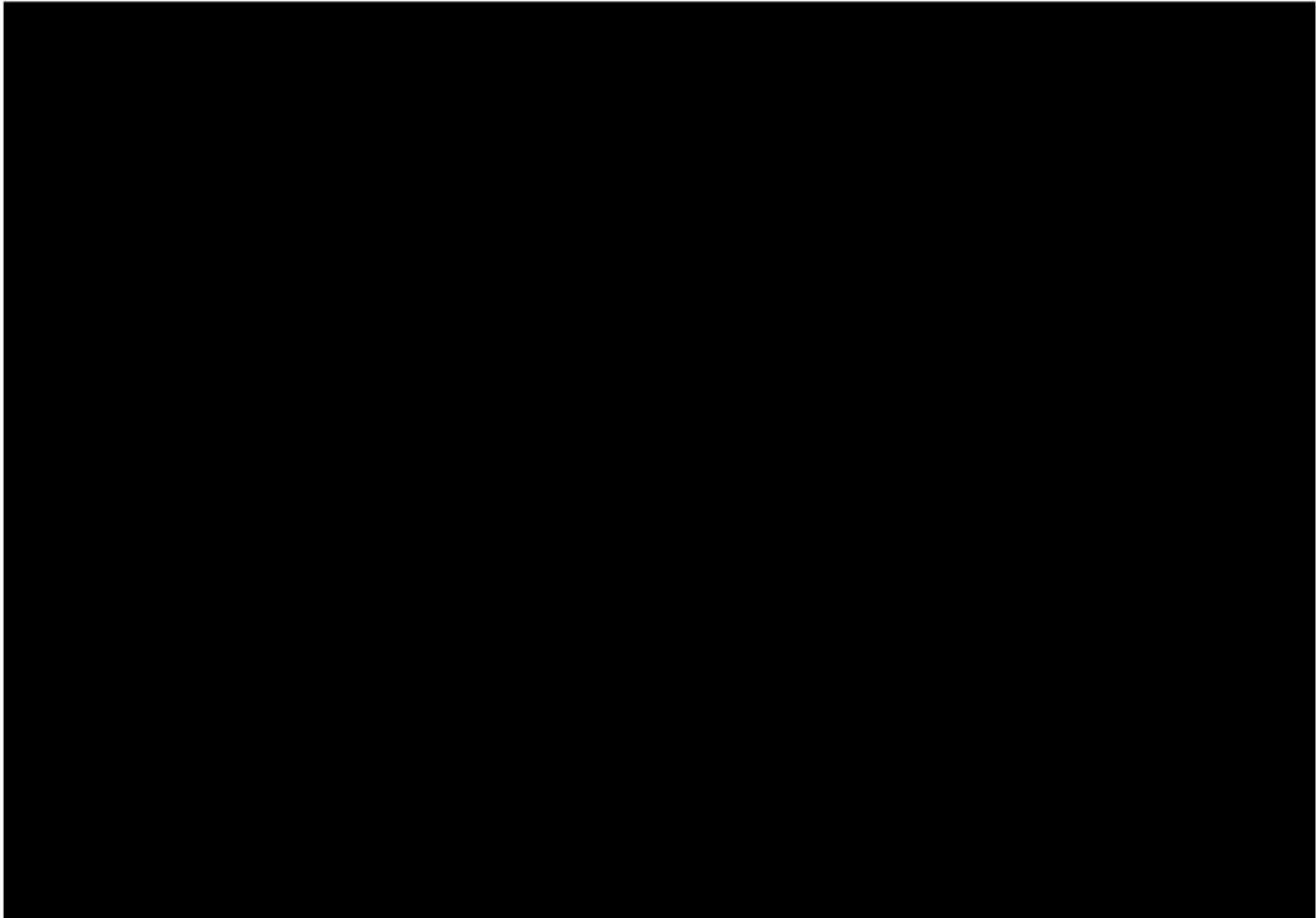
*Nkom ber Telenor redegjøre for hvilke legitime interesser mener Telenor å ha som tilsier at samtlige endringer skal kunne gjennomføres med to måneders varsel og hvordan Telenor har avvleid egne interesser mot tilgangskjøperes behov for forutsigbarhet, jf Nkoms brev side 25 annet avsnitt.*

**Svar:** Etter Telenors oppfatning vil to måneders varsel sikre at tilgangskjøpere kan oppfylle sin forpliktelse om å varsle egne slutt kunder om endringer til ugunst med 1 måneds frist.

#### **4 Endringer i markedet i etterkant av Nkoms vedtak 1. juli 2016**

Som redegjort for i videomøte med Nkom den 14. desember er det inntrådt betydelige endringer i markedet i etterkant av Nkoms marked 15-vedtak:

- Get har inngått tilgangsavtale med Telia for tilbud av mobilabonnement til både privat og bedrift
- Telia har kjøpt Phonero



Nkoms markedsanalyse, hvor Nkom konkluderer med at grossistmarkedet ikke tenderer mot bærekraftig konkurranse, er på denne bakgrunn basert på feil faktiske forhold. Det samme gjelder for Nkoms analyse av sterk markedsstilling. Konsekvensen av dette er at det ikke er rettslig grunnlag for å regulere markedet. Telenor viser for øvrig til Telenors brev av 8. desember 2016 til Samferdselsdepartementet som Nkom har fått kopi av.

Telenor finner det bekymringsfullt at Nkom ikke synes å ta disse vesentlige markedsendringene innover seg i oppfølgingen av markedsvedtaket.

\*\*\*

Med vennlig hilsen  
Group Legal



Geir Dyngeland  
advokat