



DET KONGELIGE KOMMUNAL- OG MODERNISERINGSDEPARTEMENT

Ifølge liste

Deres ref

Vår ref

Dato

19/5646-3

10.juni 2020

Vedtak i klagesak om Nkoms pålegg om retting av Telenors standardavtaler for tjenesteleverandør og MVNO-tilgang

Det vises til klage fra Telenor ASA (Telenor) 23. august 2019 på to vedtak fattet av Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (Nkom) 12. juli 2019¹ om pålegg om retting av Telenors standardavtaler for henholdsvis MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang (Rettepålegget). Klagen er fremsatt rettidig. Telenor anmodet om utsatt iverksetting 28. august 2019. Anmodningen ble avslått av departementet 19. september samme år. Det vises videre til Nkoms oversendelse av klagesaken til departementet for behandling 24. november 2019, samt Telenors kommentarer til Nkoms innstilling 29. november 2019.

1. Sakens bakgrunn

Nkom fattet vedtak 1. juli 2016 om utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling, og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtale-originerer i offentlige mobilkommunikasjonsnett (M15-vedtaket). Telenor ble i M15-vedtaket blant annet pålagt å imøtekomme rimelige anmodninger om å inngå eller endre avtale om tilgang med "rimelige vilkår". Selskapet ble også pålagt å utarbeide og offentliggjøre standardavtaler, samt krav om at vilkårene i standardavtalene skal være "rimelige". M15-vedtaket trådte ikraft 15. september 2016, med unntak av plikter vedrørende tjenesteleverandørtilgang, som trådte ikraft 1. november 2016. Telenor påklaget vedtaket 19. august 2016, og anmodet om utsatt iverksetting. Departementet avslø anmodning om utsatt iverksetting 14. september 2016, og opprettholdt med enkelte presiseringer Nkoms vedtak 9. mars 2018 (Klagevedtaket).

¹ Nkom traff 12. juli 2019 to vedtak om pålegg om retting av Telenors standardavtaler for henholdsvis MVNO- og tjenesteleverandørtilgang. Som følge av svikt i Nkoms interne arkivsystem ble MVNO-vedtakets innhold likt vedtaket for tjenesteleverandøravtalen. Telenor gjorde Nkom oppmerksom på forholdet 12. august, og fikk oversendt korrekt versjon av MVNO-vedtaket 15. august.

Postadresse
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo
postmottak@kmd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
www.kmd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org.nr.
972 417 858

Avdeling
Avdeling for IT- og
forvaltningspolitikk

Saksbehandler
Jenny Lønn Barvik
22 24 70 88

I tråd med M15-vedtaket oversendte Telenor reviderte standardavtaler for MVNO- og tjenesteleverandørtlilgang til Nkom henholdsvis 15. september og 31. oktober 2016. Nkom sendte sine foreløpige vurderinger av deler av standardavtalene til Telenor 29. november 2016. Nkom mottok Telenors innspill 20. desember 2016, samt merknader fra Phonero, eRate og Get TDC, som da hadde tilgangsavtale med Telenor. På bakgrunn av dette varslet Nkom pålegg om retting av Telenors standardavtaler 14. juli 2017, og mottok kommentarer til varsel fra Telenor og Get TDC.

Nkom fattet deretter vedtak 12. juli 2019 om pålegg om retting av Telenors standardavtaler for MVNO- og tjenesteleverandørtlilgang. I Rettepålegget konkluderes det med at Telenors standardavtaler på flere punkt ikke er i samsvar med krav fastsatt i M15-vedtaket. Nkom pålegger i vedtakene Telenor å rette standardavtalene når det gjelder bestemmelsene om eksklusivitet, migrasjon, hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav, oppsigelsesadgang, innendørsdekning og forbud mot diskriminering mellom eksterne virksomheter.

Rettepålegget ble påklaget samlet av Telenor 23. august 2019. Telenor bestrider at det er faktisk eller rettslig grunnlag for Rettepålegget, og mener at Nkoms pålegg om retting av standardavtalene er ugyldig. Telia, som har overtatt Get TDCs norske virksomhet, innga kommentarer til klagen 18. september 2019. Nkoms innstilling ble oversendt til departementet 14. november 2019, med anbefaling om at Rettepålegget stadfestes, med unntak av pålegget om å innta vilkår i standardavtalen som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret tilgangsavtalen på grunnlag av ikke-diskrimineringskravet jf. kapittel 3 nedenfor om avgrensning av klagesaken.

Telenor rettet delvis opp innholdet i standardavtalen for MVNO-tilgang fra 9. august 2019. Endringene som ble gjort, innebærer at standardavtalene for MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtlilgang ble like på de punkt som var gjenstand for Nkoms pålegg om retting. Der det nedenfor vises til konkrete kapittel eller sidetall i Rettepålegget, er det derfor vedtaket om pålegg om retting av standardavtalen for tjenesteleverandørtlilgang det henvises til. Tilsvarende er det ved konkrete henvisninger til punkt i standardavtalen vist til standardavtalen for tjenesteleverandørtlilgangen, med unntak av kapittel 7, hvor det er tatt inn konkrete henvisninger til standardavtalene for både MVNO- og tjenesteleverandørtlilgang.

2. Kort om Telenors anførsler

Prinsipalt har Telenor anført at det ikke er hjemmel i ekomloven §§ 4-1 jf. 4-6 til å pålegge Telenor en generell forpliktelse om at selskapets standardavtaler ikke kan inneholde "urimelige vilkår". Etter Telenors syn er det ikke hjemmel til å stille krav til innholdet i standardavtalene, samt å pålegge endringer i dem. Subsidiært anfører Telenor at forpliktelsen i M15-vedtaket uansett ikke er tilstrekkelig klart utformet til å være et gyldig pålegg. Forutsatt at det er tilstrekkelig hjemmel, og forpliktelsen anses tilstrekkelig klart utformet, mener Telenor uansett at de konkrete påleggene om retting er ugyldig, fordi det ikke er sannsynliggjort at vilkårene i standardavtalen er urimelige. Departementet går nærmere inn i de konkrete anførslene under kapittel 5.1 til 5.6.

3. Avgrensning av klagesaken

I Telenors klage på M15-vedtaket 19. august 2016 hadde selskapet liknende innsigelser til hjemmelsgrunnlaget, som selskapet har fremmet i den foreliggende sak om pålegg av retting av standardavtalene. Dette gjelder Telenors anførsler knyttet til manglende hjemmel i ekomloven §§ 4-1 jf. 4-6 til å pålegge Telenor å tilby tilgang på "rimelige vilkår". Det vises til Klagevedtaket kapittel 6.4.4 om regulering av tilgangsvilkår, og kapittel 6.4.4.1 om rimelighet. Departementet behandlet Telenors anførsler i Klagevedtaket, og opprettholdt Nkoms vedtak med enkelte presiseringer. Anførselen om at forpliktelsen i M15-vedtaket ikke er tilstrekkelig klart utformet til å være et gyldig pålegg, ble ikke problematisert. M15-vedtaket er nå rettskraftig avgjort, jf. ekomloven § 11-8. Klagesaken avgrenses på bakgrunn av dette mot Telenors anførsler om manglende hjemmelsgrunnlag.

Videre avgrenses klagesaken mot Telenors anførsler knyttet til innendørsdekning, siden dette også er avgjort i M15-vedtaket. Det vises til M15-vedtaket kapittel 7.1.7.3 avsnitt 194, samt avsnitt 386 jf. avsnitt 251. Departementet viser også til presiseringene i Klagevedtaket kapittel 8.1 og 8.3.

Nkom har innstilt på at Rettepålegget stadfestes, med unntak av kravet om å innta vilkår i standardavtalen som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret tilgangsavtalen på grunnlag av kravet om ikke-diskriminering mellom eksterne kjøpere av tilgang (bestevilkårslæren), jf. Rettepålegget kapittel 10. Dette er blant annet begrunnet med at Telenor har opplyst at når en tilgangskjøper har fremforhandlet bedre vilkår, gis øvrige tilgangskjøpere tilbud om å innta det samme vilkåret i sine avtaler. Nkom anser det mer hensiktsmessig å presisere kravene nærmere i ny regulering. Nkom fattet nytt markedsvedtak i mobilmarkedet 14. mai 2020. Vedtaket trer ikraft 1. juni 2020, med unntak av plikten til å utvikle og offentliggjøre nye standardvilkår som trer ikraft en måned etter vedtaksdato. På bakgrunn av dette vil departementet følge Nkoms tilrådning på dette punkt, og opphever denne delen av Rettepålegget uten å gå nærmere inn på de konkrete anførselene.

4. Rettslig utgangspunkt

Ekomloven § 4-1 om tilgang fastsetter følgende i første ledd (vår understrekning):

"Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å imøtekomme enhver rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett og -tjeneste."

Videre er det fastsatt følgende i ekomloven § 4-6 om offentliggjøring og standardtilbud fjerde ledd (vår understrekning):

"Myndigheten kan gi pålegg om hvor, hvordan og på hvilke vilkår informasjonen skal gjøres offentlig tilgjengelig, samt pålegge endringer i tilbudet."

Telenor ble i M15-vedtaket utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i mobilmarkedet, og underlagt særskilte forpliktelser. I kapittel 7.1.7 "Nærmere om tilgangsplikten", kapittel 7.1.7.1 om "Krav om rimelighet" fremgår følgende:

"173. Telenor vil som tilbyder med sterk markedsstilling kunne ha insentiv og mulighet til å stille urimelige krav i tilknytning til en rimelig anmodning om tilgang til selskapets mobilnett. Slike vilkår vil kunne være egnet til å til undergrave en utvikling mot bærekraftig konkurranse. Urimelige vilkår vil i noen tilfeller kunne rammes av øvrige forpliktelser, herunder kunne innebære brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen. For å gjøre tilgangsplikten tilstrekkelig effektiv, er det etter Nkoms vurdering nødvendig å pålegge Telenor en eksplisitt plikt til å møte enhver rimelig anmodning med rimelige og rettferdige² vilkår.

174. Ved vurdering av om et avtalevilkår 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 går lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og er forholdsmessig. Det forhold at vilkår ellers er utbredt i kommersiell praksis, vil etter Nkoms vurdering heve terskelen for å anse at vilkåret i denne sammenheng er i strid med et krav til rimelige og rettferdige vilkår."

Videre fremgår følgende av kapittel 7.3.3 "Krav til standardavtalene":

"255. Nkom finner også at Telenor skal pålegges en generell plikt til at vilkår også i standardavtalene skal være rimelige mv. Nkom viser til redegjørelsen under punkt 7.1.7.1 ovenfor. Hjemmel for pålegget er ekomloven § 4-6 fjerde ledd, jf. § 4-1."

5. Departementets vurdering

5.1. Rettsanvendelsen

Telenor anfører at Nkoms anvendelse av den generelle forpliktelsen ikke er i tråd med de føringer som følger av M15-vedtaket og Klagevedtaket. Selskapet viser til Klagevedtaket side 38, hvor det fremgår at vilkår som "*hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse*" vil være urimelige. Telenor mener derfor at et vilkår bare kan være urimelig dersom vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. Vilkaåret kan likevel være rimelig, dersom det anses å være i Telenors legitime interesse, forutsatt at det ikke går lenger enn nødvendig og er forholdsmessig. Telenor anfører at Nkom i Rettepålegget feilaktig har snudd denne vurderingen på hodet. Selskapet viser til at Nkom tar utgangspunkt i om det er i Telenors legitime interesse å ha vilkåret, og at dette blir styrende for om vilkåret er urimelig eller ikke, uten at Nkom først vurderer om vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse.

Departementet viser til at det fremgår av M15-vedtaket avsnitt 174 hva som vil være utgangspunktet for Nkoms vurdering av om et vilkår er rimelig. M15-vedtaket ble i Klagevedtaket opprettholdt på dette punkt, med unntak av kravet om at en rimelig anmodning om tilgang skal møtes med "rettferdige" vilkår, som ble opphevet. Bakgrunnen for endringen var at departementet etter en konkret vurdering kom til at det ikke var hensiktsmessig å problematisere forskjellen mellom "rimelige" og "rettferdige" vilkår i dette

² Kravet til "rettferdige vilkår" utgikk i Klagevedtaket, jf. kapittel 6.4.4.1, jf. kapittel 9.

tilfellet, og at vedtaket ikke underbygget at det var nødvendig å stille et eget krav til "rettferdighet" i tillegg til plikten til å tilby "rimelige" vilkår.

Når det gjelder departementets uttalelse i Klagevedtak kapittel 6.4.4.1, side 38, som Telenor henviser til, er denne knyttet til drøftelsen av hjemmelen i ekomloven til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å endre sine tilgangsvilkår:

"Adgangen til å pålegge endring av tilgangsvilkår må sees opp mot det særskilte formålet som tilgangsreguleringen har, herunder at pliktene som pålegges skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, jf. ekomloven § 3-4 tredje ledd. Dette innebærer at myndigheten kan pålegge Telenor tilgangsforpliktelser som innebærer at urimelige vilkår som hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse må fjernes eller endres. Myndighetens adgang til å påvirke kontraktsforholdet på denne måten, er et viktig verktøy for å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse. Dersom myndigheten ikke skulle kunne pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å fjerne eller endre urimelige avtalevilkår, ville tilgangsplikten i praksis blitt lite effektiv. Ut i fra en "fra det mer til det mindre"-betragtning har myndigheten også anledning til på forhånd å gi visse føringer for tilgangsvilkårene før en avtale inngås."

Departementets uttalelse gjelder selve kompetansen til å pålegge endringer i avtalevilkår, og er med andre ord ikke en erstatning for utgangspunktet som er oppstilt i M15-vedtaket avsnitt 174. Departementet legger til grunn at Nkom først og fremst vurderer avtalevilkår som kan være egnet til å hindre eller begrense konkurransen. Dette kommer til uttrykk på en rekke punkter i vedtaket:

Departementet viser til Rettepålegget kapittel 3.4 når det gjelder Nkoms vurdering av forbud mot eksklusivitet, og begrepet "tilknyttede brukere" og tilgangskjøpers plikt til å "sikre" gjennomføring av eksklusivitetskrav. Nkom har blant annet vektlagt at uklarhet om innholdet i kravet til leveringseksklusivitet er egnet til at tilgangssøker som ønsker parallell tilgang, begrenser bruken av den parallelle tilgangen mer enn nødvendig. Etter departementets syn fremgår det av dette at Nkom i sin vurdering har vektlagt at vilkåret kan være egnet til å begrense bærekraftig konkurranse.

Det vises videre til Nkoms vurderinger i Rettepålegget kapittel 4.4.3 om standardavtalens bestemmelser om migrasjon, hvor Nkom vektlegger at begrensningen i retten til utmigrering innebærer sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør, og således er egnet til å oppstille hindringer for bærekraftig konkurranse. Nkom uttaler blant annet at begrensningene i tilgangskjøpers rett til migrering gir innelåsende effekter, og dermed redusert dynamikk i grossistmarkedet. Etter departementets syn fremgår det av dette at Nkom har foretatt en vurdering av at vilkåret kan være egnet til å hindre eller begrense bærekraftig konkurranse.

Når det gjelder vilkåret om hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav, har Nkom i Rettepålegget kapittel 5.4 blant annet vektlagt at heving normalt vil være en svært inngripende sanksjon overfor tilgangskjøper, og vil kunne ramme en rekke tredjeparter. Dette

vil for eksempel gjelde der tilgangskjøper videreselger tilgang til andre tilgangskjøpere. Dersom Telenor hever tilgangsavtalen med bakgrunn i anført brudd på eksklusivitetsbestemmelsen hos en av de bakenforliggende tilgangskjøperne, så vil dette både ramme tilgangskjøperen som har avtalen direkte med Telenor, og dennes sluttbrukere, og eventuelle bakenforliggende tilgangskjøpere og deres sluttbrukere. Nkom har i vurderingen vektlagt at standardavtalens bestemmelser om hevingsrett ved brudd på eksklusivitetsbestemmelsen, dermed er egnet til å skape uforutsigbarhet om tilgangskjøpers rett til tilgang i Telenors nett. Etter departementets oppfatning ligger det i dette at vilkår som skaper tvil om rekkevidden av Telenors tilgangsplikt, er egnet til å hindre eller begrense bærekraftig konkurranse.

Departementet er på bakgrunn av dette ikke enig i at Nkom i Rettepålegget har snudd vurderingen av hva som er å anse som et rimelig vilkår på hodet. Etter departementets oppfatning er det imidlertid ikke avgjørende hvilken rekkefølge Nkom eventuelt drøfter de ulike momentene som inngår i helhetsvurderingen. Telenors anførsel på dette punkt fører ikke frem.

5.2. Krav til sannsynliggjøring

Telenor anfører videre at Rettepålegget er ugyldig fordi Nkom ikke har sannsynliggjort at de aktuelle forpliktelsene i M15-vedtaket er brutt. Det vises til at alminnelige krav til sannsynlighetsovervekt og bevis også gjelder ved forvaltningens enkeltvedtak. Telenor viser til at både M15-vedtaket og Klagevedtaket gir rammer for hva som ligger i begrepet "urimelige vilkår". Når Nkom skal vurdere hvorvidt et vilkår er urimelig, må tilsynet sannsynliggjøre at vilkåret kan ha slike effekter som det fremgår av M15-vedtaket, samt vurdere om vilkåret er utbredt i kommersiell praksis, og ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse. Dette må etter Telenors syn baseres på fakta, det er ikke tilstrekkelig med tilsynets skjønsmessige vurderinger. Nkom må godtgjøre at vilkåret er urimelig basert på de vurderingstemaene som er angitt i klagevedtaket. Telenor anfører at det er Nkom som må foreta undersøkelser i markedet, eller andre markeder det er naturlig å sammenlikne seg med, og finne ut om vilkåret er utbredt i kommersiell praksis, eller blir tilbudt i et marked preget av konkurranse.

Avgjørelsen fra EU-domstolen som Nkom har vist til (C-28/15), er etter Telenors syn ikke relevant for saken. I dommen fremkommer det at det ikke kan kreves at en myndighet må godtgjøre at forpliktelsene som pålegges, rent faktisk virkeliggjør de formål reguleringen skal fremme. Dette er noe annet enn at myndigheten sannsynliggjør vurderingene et enkeltvedtak bygger på. Telenor mener dette særlig må gjelde dersom forpliktelsen som er pålagt, er av helt generell karakter, og det er gitt få føringer i reguleringen.

Telenor opplyser at selskapet har begrenset mulighet til å be om innsyn i andre aktørers vilkår (konkurrenter i Norge, eller aktører i land det er naturlig å sammenlikne seg med). Slike undersøkelser er imidlertid fraværende i Nkoms vurderinger av hvorvidt vilkårene i Telenors standardavtaler er urimelige. Nkom har heller ikke vist til emperi, foretatt økonomiske analyser eller markedsundersøkelser/spørreundersøkelser som grunnlag for vurderingene i

Rettepålegget. Dette innebærer etter Telenors syn at Nkom ikke har sannsynliggjort at vilkårene er urimelige, og at det ikke er tilstrekkelig grunnlag til å pålegge retting.

Departementet er enig med Telenor i at M15-vedtaket oppstiller rammer for hva som ligger i begrepet "urimelige vilkår". Det fremgår av M15-vedtaket avsnitt 174 at Nkom ved vurderingen av om et avtalevilkår er rimelig, vil ta utgangspunkt i følgende:

"(..) om det aktuelle vilkåret kan anses å være i samsvar med det som ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse og at begrensninger overfor tilgangskjøpere kan anses å være begrunnet i Telenors legitime behov, men ikke går lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og er forholdsmessig. Det forhold at vilkår ellers er utbredt i kommersiell praksis, vil etter Nkoms vurdering heve terskelen for å anse at vilkåret i denne sammenheng er i strid med et krav til rimelige og rettferdige vilkår."

Spørsmålet for departementet er hvilke krav som kan stilles til sannsynliggjøring av at vilkåret er oppfylt, for at Nkom skal kunne benytte sin inngrepskompetanse og pålegge retting. I Rettepålegget er det lagt til grunn at kravet til sannsynliggjøring, også etter norsk forvaltningsrett, må sees i lys av det aktuelle rettsområde. Departementet tiltrer dette utgangspunktet. Den sektorspesifikke markedsreguleringen i ekomloven er en ex ante-regulering, som innebærer at myndighetene ønsker å korrigere adferd før mulig konkurransebegrensende misbruk finner sted, dvs. at adferd normeres gjennom et sett av regler i forkant. Mobilmarkedet i Norge er underlagt sektorspesifikk forhåndsregulering, fordi det ikke er tilstrekkelig konkurranse i markedet. Nkom har på bakgrunn av en omfattende markedsanalyse konkludert med at Telenor har sterk markedsstilling i mobilmarkedet, og vurdert hvilke forpliktelser som er best egnet til å korrigere adferd og bøte på de identifiserte konkurranseproblemer. Departementet viser til at Nkom i Rettepålegget (kapittel 2.2.2, side 10) har vist til at forpliktelsene Telenor er pålagt i M15-vedtaket, er fastsatt ut fra en fremadskuende vurdering av hvilke plikter som er forholdsmessige for å avhjelpe de faktiske og potensielle konkurranseproblemer i markedet, og derigjennom understøtte målet med bærekraftig konkurranse. En slik vurdering vil også måtte ta innover seg aktørenes insentiver. Kravet til sannsynliggjøring må sees i lys av dette. Nkom har vist til at betegnelser som "godtgjøre" og "dokumentere" derfor blir lite treffende i denne sammenheng.

Departementet viser videre til sak C-28/15 hvor EU-domstolen tok stilling til om det kan kreves at nasjonal reguleringsmyndighet "godtgjør" at en forpliktelse, i den konkrete saken en prisforpliktelse, pålagt i medhold av ekomreguleringen "faktisk virkeliggjør" rammedirektivets formål. Domstolen avviste at det kan oppstilles en slik bevisbyrde (avsnitt 58) og uttalte i den forbindelse (avsnitt 59):

"Den omstændighed, at en sådan bevisbyrde pålægges en national tilsynsmyndighed, ville nemlig se bort fra, at vedtagelsen af regulerede forpligtelser er baseret på en fremtidsanalyse baseret på markedsudviklingen, der som reference ved afhjælpning af de konstaterede konkurrenceproblemer anvender en effektiv operatørs adfærd og/eller omkostninger. Hvad angår de fremtidige foranstaltninger er beviset for, at de effektivt virkeliggør de i rammedirektivets artikel 8 opstillede mål, umuligt og uforholdsmæssigt vanskelig at føre."

Det kan derfor ikke kreves at nasjonal reguleringsmyndigheter skal sannsynliggjøre at forpliktelser som pålegges, rent faktisk bidrar til å oppfylle reguleringsens formål. Etter departementets vurdering må dette gjelde tilsvarende ved håndheving av allerede pålagte forpliktelser. Det kan ikke kreves at Nkom ved pålegg om retting av vilkår i Telenors standardavtale, må sannsynliggjøre at avtalevilkårene som kreves rettet, rent faktisk har konkurransebegrensende virkninger. Det er tilstrekkelig å sannsynliggjøre at avtalevilkårene er egnet til å ha en slik virkning. Departementet er følgelig uenig i Telenors syn om at dommen ikke er relevant.

I et marked preget av konkurranse vil partene kunne fremforhandle avtalevilkår som i større grad balanserer partenes ulike interesser. Konkurransen i mobilmarkedet er imidlertid ikke tilstrekkelig til at markedsaktørene selv i tilstrekkelig grad kan fremforhandle balanserte vilkår, og Telenor er derfor underlagt sektorspesifikk forhåndsregulering. Dette innebærer at Nkom ikke kan ta direkte utgangspunkt i vilkårene som rent faktisk tilbys i det norske markedet. Dette er bakgrunnen for at vurderingstemaet er om det aktuelle vilkåret kan anses å være i samsvar med det som *"ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse"*.

Telenor anfører at Nkom ikke har vektlagt eller sannsynliggjort hvorvidt de aktuelle vilkårene i tilgangsavtalen kan anses å være i samsvar med det som ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse, eller utbredt i kommersiell praksis. Departementet viser til at Nkom i stor grad er avhengig av informasjon fra markedsaktørene for å kunne tillegge dette momentet vekt. Mobilmarkedet er ikke underlagt sektorspesifikk forhåndsregulering i andre EØS-land, fordi disse landene har tilstrekkelig konkurranse mellom mobiltildbydere. Fraværet av sektorspesifikk forhåndsregulering medfører at ekommyndigheten i andre land etter hva departementet er kjent med, ikke har tilgang til avtaler mellom mobiltildbydere. Nkom kan derfor ikke innhente informasjon om innholdet i slike avtaler fra sine søsterorganisasjoner eller hos BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications), og er avhengig av informasjon fra markedsaktørene for å undersøke om Telenors vilkår i standardavtalen er utbredt i kommersielle avtaler.

Departementet viser videre til at både Telenor, og tilgangskjøperne som hadde tilgangsavtale med Telenor, gjennom to runder er gitt anledning til å kommentere på Nkoms vurdering av vilkårene i standardavtalen. De har også hatt anledning til å fremlegge dokumentasjon som de mener er relevant for saken. Telenor er for eksempel tilstede i flere land det er relevant å sammenlikne seg med, som Danmark, Sverige og Finland. Til tross for dette har Telenor ikke fremlagt kopi av selskapets tilgangsavtaler i disse landene. At vilkår er utbredt i andre kommersielle avtaler, kan heve terskelen for å anse slike vilkår som urimelige. Dette vil i så fall inngå som et av momentene i Nkoms helhetsvurdering. Det vil imidlertid være opp til Telenor å belyse den utbredelsen selskapet ønsker å påberope seg. Slik dokumentasjon er ikke fremlagt i saken.

Departementet er på bakgrunn av det ovennevnte kommet til at Telenors anførsler på dette punkt ikke fører frem.

5.3. Migrasjon

I Rettepålegget er Telenor pålagt å endre standardavtalens bestemmelser punkt 2.6 og 12 slik at avtalen tillater tilgangskjøper, som ikke er i en intitiell avtaleperiode, å utmigrere de første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder. Videre er Telenor pålagt å endre standardavtalen slik at den åpner for at migrasjonsperioden kan være lengre enn seks måneder, jf. Rettepålegget kapittel 11, jf. kapittel 4.

Telenor oppfatter Rettepålegget slik at avtalevilkårene om migrasjon forbys fordi Nkom mener klausulen kan likestilles med suksessive avtaler med leveringseksklusivitet. Etter Telenors syn er det ikke mulig å lese en slik forpliktelse ut av de premisene som følger av M15-vedtaket om leveringseksklusivitet. Det vises til at det ikke følger av M15-vedtakets premisser om leveringseksklusivitet, at dersom tilgangskjøper ikke har rett til utmigrering på ethvert tidspunkt ved fornyelse av tilgangsavtalen, så kan dette utgjøre leveringseksklusivitet. Telenor påpeker at dette heller ikke er presisert i Klagevedtaket, til tross for at departementet har kommentert standardavtalens bestemmelser om varighet og oppsigelse. Etter Telenors syn stiller Nkom gjennom Rettepålegget helt nye krav knyttet til tilgangskjøpers rett til å si opp avtalen etter fornyelse. Det anføres at et slikt pålegg er en tyngende begrensning på Telenors mulighet for å sikre forutsigbarhet i sine avtaler, og at det måtte fremgå klart av ordlyden i markedsvedtaket dersom det skulle vært pålagt. Det påpekes også at standardavtalens system hva gjelder varighet og oppsigelsesadgang, har vært den samme siden 2013, slik at Nkom og departementet hadde god kjennskap til dette da M15-vedtaket og Rettepålegget ble fattet.

Videre anføres det at Nkom snur vurderingen av om avtalevilkåret er "rimelig" på hodet, når Nkom legger til grunn at problemstillingen som skal vurderes, er om og i hvilke tilfeller Telenor har et legitimt behov for å ha et slikt vilkår, og om vilkåret er forholdsmessig. Telenor oppfatter at det fremgår av Klagevedtaket side 38 at Nkom først må vurdere og sannsynliggjøre at vilkåret er urimelig, i den forstand at det hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse, og om vilkåret ville blitt tilbudt i et marked preget av konkurranse. Det påpekes at en slik vurdering er nærmest fraværende i Rettepålegget, utover at Nkom mener at kravet innebærer sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør, og derfor er egnet til å oppstille hindringer for bærekraftig konkurranse. Telenor viser til at påstanden ikke er underbygget med fakta, eller vurdering av hvordan avtalevilkårene innebærer slike begrensninger.

Telenor opplyser at tilgangskjøperne er i forhandlinger med flere tilbydere ved fornyelse av tilgangsavtalen, og at noen også bytter nett. Det vises til at tilgangskjøperne de siste årene har byttet til og fra Telenors nett. Telenor mener dette underbygger at det er få indikasjoner på at tilgangsavtalen med Telenor legger slike "sterke begrensninger i tilgangskjøpers reelle mulighet til å bytte vertsoperatør", slik Nkom viser til. Telenor mener det må stilles desto høyere krav til at Nkom underbygger sine antakelser med fakta, når aktørenes opptreden i markedet ikke gir indikasjon på at Nkoms vurdering stemmer.

Telenor anfører at standardavtalens bestemmelser om varighet og oppsigelse, ikke kan anses som et "urimelig" avtalevilkår i strid med M15-vedtaket. Det vises til at det er normalt i kommersielle avtaleforhold at en avtale har en fast varighet på 12 til 36 måneder, og at ny avtale må inngås dersom avtaleforholdet skal fortsette ved utløpet av avtalen. Videre anføres det at det er vanlig at vilkårene fornyes med ny fast leveringsperiode og oppsigelsestid siste seks måneder. Telenor opplyser at selskapet har kjennskap til at dette er en vanlig måte å innrette varighet og oppsigelsestid på i kommersielle avtaler om tilgang til mobilnett i andre land det er naturlig å sammenlikne seg med.

Telenor oppfatter Nkom slik at tilsynet ikke synes det er relevant hva som er vanlig i kommersielle forhold hva gjelder leverandørbytter og klausuler om varighet og oppsigelse, fordi tilgangsmarkedet er noe annet enn markedene for andre innsatsfaktorer. Telenor oppfatter at dette hovedsakelig er fordi markedet etter Nkoms syn er preget av høy konsentrasjon på tilbudssiden, og at dynamikken i markedet i utgangspunktet er begrenset. Telenor mener Nkom ikke har begrunnet eller vurdert hvorfor disse markedsforholdene skulle innebære at klausuler som er vanlige i alminnelig kommersielle avtaler, og som tilbys i markeder preget av konkurranse, er urimelige i tilgangsmarkedet for mobil. Telenor anfører videre at Nkoms vurdering og uttalelse på dette punkt er i direkte motstrid med M15-vedtaket, hvor det fremgår at vurderingen av rimelighet 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"*.

Telenor anfører videre at selskapet har en legitim interesse i å ha et slikt vilkår, for å kunne forutse trafikken i mobilnettet utover eget salg. Dersom tilgangskjøper ved fornyelse av avtalen skal kunne si opp og migrere kundene over til annen leverandør på ethvert tidspunkt i avtaleperioden, vil Telenor ikke ha noen forutsigbarhet for volum og inntekt i avtalens varighet. Det påpekes at Nkom ikke har vurdert 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 selskapets insentiver til å konkurrere om tilgangskjøperne. Reguleringen vil dermed få motsatt effekt på konkurransen enn hva Nkom ser for seg.

Telenor anfører videre at Nkom ikke har sannsynliggjort at en migreringsperiode på seks måneder er et avtalevilkår som "hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse", og dermed er urimelig. Telenor mener de faktiske forhold viser det motsatte. Det vises til at tilgangskjøperne forhandler med flere netteiere ved fornyelse av avtalen, og at flere bytter vertsoperatør. Det vises videre til at de fleste som har byttet vertsoperatør fra eller til Telenor, har gjennomført dette på under seks måneder. Telenor anfører at det ikke er riktig at Telenor har avvist ønsker fra tilgangskjøper om noe lengre migreringsfase. Det Telenor har avvist, er at tilgangskjøper 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 forlenget oppsigelsesfase, hvor tilgangskjøper av tekniske grunner har behov for forlenget migreringstid for enkelte av kundene.

Departementet viser til vurderingene i kapittel 5.1 og kapittel 5.2 ovenfor, når det gjelder Telenors anførsler knyttet til manglende vurdering og sannsynliggjøring av at vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. Når det gjelder vurderingen av hva som er utbredt i kommersiell praksis, vises det til at det ikke er fremlagt dokumentasjon fra Telenor eller andre tilgangskjøpere, som underbygger hva som er vanlig i kommersiell praksis når det gjelder oppsigelsestid, varighet og migrasjonsperiodens lengde. Spørsmålet for departementet blir etter dette hvorvidt standardavtalens bestemmelser om migrasjon i punkt 2.6 og 12, kan anses å være begrunnet i Telenors legitime behov og er forholdsmessige.

Telenors standardavtale har en avtaleperiode på 18 måneder, jf. standardavtalens punkt 12. Det følger videre av punkt 12 tredje avsnitt at dersom tilgangskjøper *"ikke ønsker å inngå ny avtale, har [tilgangskjøper] tidligst fra 6 måneder før Sluttdato rett til å starte overføring av Abbonnenter til annet nettverk i henhold til punkt 2.6"*. I standardavtalens punkt 2.6 tredje ledd heter det at begrensningene i rett til bruk av annet nett (eksklusivitet) ikke er til hinder for at tilgangskjøperen *"i en overføringsfase [kan] gjøre bruk av annet nett enn Telenor Norges Nett alene med det formål å overføre Abbonnenter til eller fra Telenor Norges nett, jf. pkt. 12"*.

Det fremgår av dette at tilgangskjøper i de første 12 månedene ikke har rett til å benytte annet enn Telenors nett, men kan i de siste seks månedene av avtaleperioden også benytte annet nett, dersom formålet er å flytte kunder over til en annen nettoperatør ved utløpet av avtaleperioden ("migrasjonsperioden").

I Marked 15-vedtaket avsnitt 184 er det gitt følgende føringer når det gjelder adgangen til å benytte annet enn Telenors nett og migrering av kunder til annen operatørs nett (vår understrekning):

"Sluttbrukertilbud som benytter parallell tilgang til annet eksternt mobilnett til å tilby en dekning som det reelt sett er grunn til å oppfatte som bedre enn hva Telenor selv kan tilby, vil etter Nkoms vurdering være et relevant og signifikant konkurransefortrinn. Telenor vil derfor kunne kreve at tilgangskjøper ikke benytter tilgang til Telenors mobilnett til å tilby sluttbrukerprodukter hvor sluttbrukeren kan velge mellom å tegne abonnement med dekning i Telenors mobilnett eller i annet eksternt mobilnett. Telenor vil normalt også kunne kreve at tilgangskjøperen ikke gir sine eksisterende sluttbrukere mulighet til å velge mellom Telenordekning eller dekning i annet eksternt mobilnett underveis i abonnementsforholdet. Tilsvarende gjelder eventuelle tilbud hvor valget om dekning foretas på vegne av den individuelle sluttbrukeren, for eksempel i form av en automatisert løsning. Slike krav skal likevel ikke hindre tilgangskjøper i å kunne migrere hele eller deler av sin kundemasse til annen vertsoperatør. Migrasjonsperiodens lengde skal være rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte ha overfor sine sluttkunder."

Marked 15-vedtaket fastsetter følgelig at migrasjonsperiodens lengde skal være rimelig, ut fra tekniske og kommersielle forhold, herunder eventuelle forpliktelser tilgangskjøper måtte

ha overfor sine kunder. Selv om det kan tenkes at en migrasjonsperiode på seks måneder i de fleste tilfeller vil være rimelig, vil seks måneder i andre tilfeller kunne være for knapt. Etter departementets vurdering tar ikke Telenors standardavtale høyde for dette behovet, og stiller et absolutt krav om migrering i løpet av seks måneder.

Standardavtalens bestemmelser innebærer i praksis at en tilgangskjøper som på grunn av tekniske eller kommersielle forhold ikke rekker å flytte sine kunder over til ny vertsoperatør innen fristen, må binde seg til ny 18-måneders avtale med 12 måneders leveringseksklusivitet, og vente til adgangen til å utmigrere kunder åpner seg på nytt. En slik absolutt migrasjonsfrist er etter departementets syn urimelig, og egnet til å begrense konkurransen i markedet ved å begrense adgangen til å skifte vertsoperatør.

Marked 15-vedtaket anerkjenner at Telenor har et visst behov for leveringseksklusivitet, for å forhindre at tilgangskjøper tilbyr bedre dekning enn det Telenor selv kan tilby. Det fremgår imidlertid eksplisitt at slike krav likevel ikke skal hindre tilgangskjøper å migrere til annen vertsoperatør. Departementet er på bakgrunn av dette enig med Nkom i at standardavtalen punkt 2.6 og 12 må endres, slik at den åpner for at migrasjonsperioden, dersom tilgangskjøper av tekniske eller kommersielle forhold har behov for det, kan være lenger enn 6 måneder. Dette innebærer at migrasjonsperioden vil kunne fortsette utover avtaleperioden på 18 måneder. Telenors anførsler knyttet til denne delen av pålegget fører følgelig ikke frem.

Når det gjelder Telenors anførsel om at avtalebestemmelser om varighet, eksklusivitet og migrasjon har vært de samme over mange år, slik at Nkom har hatt foranledning til å regulere dette særskilt i Marked 15-vedtaket, dersom Nkom mente det var grunnlag for det, vises det til at det er nettopp det Nkom har gjort, jf. M15-vedtaket avsnitt 184. For øvrig opplyser Nkom at når det gjelder migrasjon, så har dette ikke vært påklaget i perioden før gjeldende reguleringsperiode. Lignende vilkår som i dagens standardavtale, ble inntatt i Telenors standardavtaler i 2013. Det var først i 2016, etter at gjeldene marked 15-vedtak ble truffet, at virkningen av migrasjonsbestemmelsene ble aktualisert og gjenstand for Nkoms vurdering. Tidsforløpet kan uansett ikke sees som noen godkjenning fra Nkom av innholdet i de aktuelle bestemmelsene.

Departementet vil etter dette ta stilling til andre del av rettepålegget, som pålegger Telenor å endre standardavtalen slik at den tillater tilgangskjøper som ikke er sin første avtale om tilgang med Telenor, å migrere kunder over til annen vertsoperatør også i de første 12 måneder. For slike tilgangskjøpere, vil det innebære såkalt "fri migrering" i hele avtaleperioden. Departementet mener det går utover rammene i M15-vedtakets avsnitt 184 å pålegge retting av standardavtalene slik at hovedregelen blir en så lang migrasjonsperiode.

Etter departementets syn vil hensynet til å sikre en rimelig migrasjonsperiode være tilstrekkelig ivaretatt dersom Telenor pålegges å rette avtalens bestemmelse om migrasjonsperiodens lengde, slik at tilgangskjøper, som på grunn av tekniske eller kommersielle forhold har behov for en lengre migrasjonsperiode enn seks måneder, skal få

adgang til det. Dette utelukker ikke at det i et konkret tilfelle kan være rimelig med en 18 måneders migrasjonsperiode, eller mer, dersom det er nødvendig av tekniske og kommersielle grunner. Departementet er i lys av dette kommet til at Telenors anførsler på dette punkt fører frem.

Oppsummert er departementet kommet til at Telenors anførsler knyttet til pålegget om retting av standardavtalens bestemmelser om migrasjon, tas delvis til følge. Pålegget om å endre standardavtalens bestemmelser punkt 2.6 og 12, slik at den tillater tilgangskjøper som ikke er i en initiell avtaleperiode å utmigrere i de første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder, oppheves. Den øvrige delen av Rettepålegget når det gjelder bestemmelser om migrasjon, opprettholdes, herunder pålegget om at standardavtalen må endres slik at den åpner for at migrasjonsperioden kan være lengre enn seks måneder, når det er rimelig av tekniske eller kommersielle grunner.

5.4. Eksklusivitet

Telenor har i sine standardavtaler tatt inn vilkår som begrenser tilgangskjøpers mulighet til å inngå avtaler med flere vertoperatører om kjøp av tilgang (eksklusivitet). Telenors adgang til å stille krav om eksklusivitet, er etter reguleringen begrenset. Telenor vil imidlertid kunne ha en legitim interesse i å stille vilkår om at tilgangskjøper ikke skal kunne benytte regulert tilgang til Telenors mobilnett, og samtidig tilgang hos annen vertoperatør til å oppnå konkurransefortrinn i sluttbrukermarkedet.

I Rettepålegget er Telenor pålagt å endre standardavtalens bestemmelser punkt 2.6 bokstav b), jf. punkt 1.4 om begrensning i tilgangskjøpers rett til bruk av annet nett, slik at det tydelig fremkommer at en eventuell inkludering av "tilknyttede brukere" ikke innebærer at Telenor betinger seg eksklusivitet som går lenger enn M15-vedtaket tillater. Videre er Telenor pålagt å endre standardavtalen slik at det fremgår hvilke plikter tilgangskjøper har til å "sikre" at lovlige vilkår om leveringseksklusivitet etterleves i etterfølgende salgssledd, samt hvilken prosess som vil bli fulgt ovenfor tilgangskjøper som opplever brudd på slike vilkår hos etterfølgende salgssledd, jf. Rettepålegget kapittel 11, jf. kapittel 3.

Telenor mener pålegget om å rette standardavtalene slik at begrepet "tilknyttede bruker" defineres er ugyldig, fordi en slik detaljert regulering av innholdet i Telenors avtaler faller utenfor ekomloven § 4-1. I alle markeder, også i markeder "preget av konkurranse", er det en rekke avtalebegrep i kontrakter som ikke er gitt en utdypende definisjon. Dette er derfor ikke å anse som et "urimelig" avtalevilkår.

Når det gjelder pålegget om retting av vilkåret om at tilgangskjøper ved videresalg av tilgang til Telenors nett, har en plikt til å "sikre" gjennomføring av eksklusivitetskrav, er dette heller ikke å anse som et urimelig vilkår etter Telenors oppfatning. Det vises til at Nkom ikke har vurdert eller sannsynliggjort at vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. Videre er Nkoms vurdering om at bestemmelsen kan begrense muligheten for tilgangskjøper til å videreselge tilgang, ikke basert på fakta. Telenor viser til at størstedelen av Telenors

tilgangsavtaler er inngått med aktører som videreselger tilgang, og at det derfor er åpenbart at bestemmelsen ikke har en slik effekt.

Telenor oppfatter at Nkoms innvending til ordlyden er knyttet til urimelige virkninger overfor tredjepart, og viser til at det er den samme innvendingen Nkom har hatt knyttet til bestemmelsen om hevning. Det er ikke nødvendig å pålegge retting av vilkåret, når Nkom samtidig pålegger retting av hevingsbestemmelsen for å oppnå det samme. Telenor anfører videre at det er vanlig i kommersielle avtaler at avtaleparten pålegges å sikre at sentrale avtalebestemmelser også videreføres til neste salgslodd ved videresalg. Hvis ikke vil sentrale forpliktelser i alminnelige kommersielle kontrakter enkelt kunne omgås, eller bli innholdsløse, avhengig av om en kontraktspart selger direkte til sluttkunden eller videreselger til grossistkunde, som igjen selger til sluttkunde. Telenor anfører at dersom det ikke er mulig å ha en slik bestemmelse i tilgangsavtalen, vil forbudet mot parallell nettilgang enkelt kunne omgås, og Telenors legitime interesser undergraves. Pålegget om retting er derfor ugyldig.

Departementet viser til kapittel 3 når det gjelder Telenors anførsel om manglende hjemmel for å pålegge retting av avtalevilkår. Videre vises det til vurderingene i kapittel 5.1 og kapittel 5.2, når det gjelder Telenors anførsler knyttet til manglende vurdering og sannsynliggjøring av at vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse.

Når det gjelder pålegget om å klargjøre begrepet "tilknyttede brukere", har Telenor anført at det er vanlig i markeder "preget av konkurranse" at ikke alle avtalebegrep i kontrakter er gitt en utdypende definisjon, og at vilkåret derfor ikke er urimelig. Til dette bemerker departementet at pålegget om retting er begrunnet med at begrepet er uklart, og dermed skaper usikkerhet om rekkevidden av Telenors krav om leveringseksklusivitet, jf. Rettepålegget kapittel 3. Nkom har vektlagt at uklarheten er egnet til å undergrave tilgangskjøpers rett til parallell tilgang hos andre vertssoperatører. Departementet mener i lys av dette at Telenors anførsel er lite relevant. Pålegget om retting knytter seg ikke utelukkende til et krav om at begrepet må defineres i avtalen, men at begrepet som er benyttet i standardavtalen, har et uklart innhold. Dette kan riktig nok løses ved å definere begrepet, men det kan også tenkes andre måter å etterleve rettepålegget på. Standardavtalen skal utformes slik at avtalen reflekter alle tjenester og produkter som tilgangskjøper i medhold av reguleringen til enhver tid har krav på, jf. Klagevedtaket kapittel 9. Det er viktig at standardavtalene tydelig angir partenes rettigheter og plikter. Departementet er på bakgrunn av dette kommet til at Telenors anførsel ikke fører frem, når det gjelder pålegget om å klargjøre begrepet "tilknyttede brukere".

Spørsmålet for departementet blir etter dette om retten Telenor betinger seg i standardavtalen punkt 2.6, annet avsnitt, til at avtaleparten "skal sikre" overholdelse av eksklusivitetsplikten i etterfølgende salgslodd, kan anses å være begrunnet i Telenors legitime behov, men ikke går lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og er forholdsmessig.

Ordlyden "skal sikre" er i utgangspunktet vid, og bestemmelsen er taus om hvordan avtaleparten skal gjennomføre dette, og hva som kreves. Departementet er i lys av dette enig i at det kan være uklart om sikringsplikten for eksempel innebærer at tilgangskjøper har behov for å innta bestemmelser med vid adgang til revisjon og kontroll i etterfølgende salgssledd, jf. Rettepålegget kapittel 3.4 side 18. Telenor har anført at det er vanlig i kommersielle avtaler at avtaleparten pålegges å sikre at sentrale avtalebestemmelser også videreføres til neste salgssledd ved videresalg. Departementet kan ikke se at dette står i motsetningsforhold til Rettepålegget, der Nkom har anerkjent at Telenor kan kreve at tilgangskjøper viderefører lovlige krav til leveringseksklusivitet i egne tilgangsavtaler overfor andre tilbydere som det videreselges tilgang til. Et slikt krav vil for eksempel kunne sikres ved at det presiseres i standardavtalen at det stilles krav om at tilgangskjøper ved videresalg viderefører tilsvarende eksklusivitetskrav i avtalen med sine tilgangskjøper, som selskapet selv er underlagt i tilgangsavtalen med Telenor. Ordlyden "skal sikre" kan som nevnt omfatte mer vidtgående plikter enn dette. Dette taler etter departementets syn for at bestemmelsen går utover Telenors legitime behov, og fremstår som uforholdsmessig.

Telenor oppfatter at Nkoms innvending til ordlyden "skal sikre" er knyttet til urimelige virkninger overfor tredjepart, og viser til at det er den samme innvendingen Nkom har knyttet til bestemmelsen om hevningstrett. Departementet er enig med Telenor i at retting av bestemmelsen om hevingsrett, vil kunne begrense de potensielle negative virkningene for tredjepart. De potensielle skadevirkningene for tredjepart er imidlertid vist til som et eksempel på hvor inngripende virkninger bestemmelsen kan få. Slik departementet oppfatter det, er pålegget om retting først og fremst begrunnet i at kontraktsvilkåret er uklart, og eventuelle endringer knyttet til negative konsekvenser for tredjepart vil dermed ikke bøte på dette.

Telenor har videre påpekt at størstedelen av Telenors tilgangsavtaler er relatert til aktører som videreselger tilgang, og at det derfor er åpenbart at bestemmelsen ikke begrenser muligheten for tilgangskjøper til å videreselge tilgang, slik Nkom har lagt til grunn. Til dette bemerker departementet at uklare kontraktsvilkår vil kunne ha ulike negative virkninger for ulike kjøper av tilgang, og at tilgangskjøper kan oppfatte vilkåret ulikt, og derfor agere på forskjellig vis. Det kan derfor ikke utelukkes at vilkåret kan ha som virkning at tilgangskjøper oppfatter sin mulighet til videresalg mer begrenset enn nødvendig. Dette underbygger viktigheten av at standardavtalene utvetydelig angir partenes rettigheter og plikter for å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse og en effektiv regulering.

På bakgrunn av det ovennevnte er departementet kommet til at Telenors anførsler ikke fører frem, og at Rettepålegget opprettholdes også på dette punkt.

5.5. Hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav

I Rettepålegget er Telenor pålagt å endre standardavtalens bestemmelser punkt 8.3.1 om ensidig hevingsrett ved enhver opptreden Telenor anser som brudd på eksklusivitetsbestemmelsene, jf. Rettepålegget kapittel 11, jf. kapittel 5.

Telenor anfører at pålegget om retting når det gjelder hevingsrett ved brudd på eksklusivitetskrav, er ugyldig. Det vises til at Nkom ikke har sannsynliggjort med emperi, undersøkelser eller økonomisk litteratur at avtalevilkåret kan ha den påståtte virkningen, når Nkom legger til grunn følgende:

"Etter Nkoms vurdering vil en nærliggende konsekvens av en bestemmelse om at ethvert mislighold gir hevingsrett, være at tilgangskjøperen 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."

Telenor viser videre til at selskapet har en legitim interesse i å ha bestemmelsen. Det er en vesentlig og grunnleggende forutsetning for tilgangsavtalen at bestemmelser om eksklusivitet ikke misligholdes. Det vises til at det er vanlig i kontraktsforhold at brudd på grunnleggende forpliktelser eller grunnleggende forutsetninger som innebærer vesentlig kontraktbrudd, gir en part rett til å heve. Telenor anfører at slike klausuler derfor er vanlig i de fleste kommersielle avtaler, og at brudd på vesentlige avtalevilkår også vil anses som vesentlig kontraktsbrudd, som gir hevingsrett etter bakgrunnsretten. Telenor mener hevingsretten i standardavtalen ikke bryter mot kravet om å ha "rimelige" avtalevilkår.

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

Telenor kan 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". Telenor mener dette er forfeilet, og at reglene om bruksbegrensning ikke kan brukes som begrunnelse for å gripe inn mot Telenors legitime interesse i å sanksjonere brudd på den aktuelle klausulen gjennom hevingsrett.

Departementet viser til vurderingene i kapittel 5.1 og kapittel 5.2, når det gjelder Telenors anførsler knyttet til manglende vurdering og sannsynliggjøring av at vilkåret hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. Spørsmålet for departementet blir etter dette om retten Telenor har betinget seg i standardavtalen til å heve avtalen, helt eller delvis, med umiddelbar virkning, dersom avtaleparten opptrer i strid med eksklusivitetsbestemmelsen i avtalen, kan anses å være begrunnet i Telenors legitime behov, ikke gå lenger enn nødvendig for å ivareta slike behov, og er forholdsmessig.

Det fremgår av Rettepålegget at Telenors rett til å heve en avtale om regulert tilgang, må sees i lys av at M15-vedtaket pålegger Telenor en tilgangsplikt. En uklart formulert eller vidtrekkende adgang for Telenor til å heve avtaler om regulert tilgang, vil derfor kunne komme i konflikt med formålet med reguleringen. Departementet er enig i dette utgangspunktet, og viser til følgende vurdering i Rettepålegget kapittel 5.4 som tiltredes:

"Nkom viser også til at heving normalt vil være en meget inngripende sanksjon overfor tilgangskjøper og vil kunne ramme en rekke tredjeparter. Dette vil for eksempel gjelde der tilgangskjøper videreselger tilgang til andre tilgangskjøpere. Dersom Telenor hever tilgangsavtalen med bakgrunn i anført brudd på eksklusivitetsbestemmelsen hos en av de bakenforliggende tilgangskjøperne, så vil dette både ramme tilgangskjøperen som har avtalen direkte med Telenor, og dennes sluttbrukere, og eventuelle bakenforliggende tilgangskjøpere og deres sluttbrukere. Standardavtalens bestemmelser om hevingsrett ved brudd på eksklusivitetsbestemmelsen er dermed egnet til å skape uforutsigbarhet om tilgangskjøpers rett til tilgang i Telenors nett."

Telenors henvisning til bakgrunnsretten og alminnelig kontraktsrett er i dette tilfellet ikke relevant, fordi det er sektorspesifikke konkurranseregler på ekomområdet som i dette tilfellet begrenser Telenors handlefrihet til å innta bestemmelser om hevingsrett i avtaler på et område der Telenor er pålagt å tilby tilgang på nærmere vilkår. En utstrakt hevingsrett vil som nevnt kunne komme i konflikt med Telenors tilgangsplikt. Departementet anerkjenner at Telenor har en legitime interesse i å sikre at bestemmelser om eksklusivitet ikke misligholdes. Dette kan imidlertid oppnås på flere vis, med mindre inngripende sanksjonsmidler enn helt eller delvis heving av avtalen. Som vist til over, vil en rett til helt eller delvis heving av avtalen med umiddelbar virkning ved ethvert brudd på eksklusivitetsbestemmelsen i standardavtalen, kunne ha potensielt svært vidtrekkende og alvorlige konsekvensene både for avtaleparten og andre tredjeparter. Etter departementets syn vil hevingsrett i et slikt tilfelle gå utover Telenors legitime behov, og heller ikke være forholdsmessig i en standardavtale om regulert tilgang. Telenors anførsler tas ikke til følge på dette punkt.

Departementet bemerker for ordens skyld at heving av avtalen som følge av brudd på standardavtalens bestemmelser om eksklusivitet, også er å anse som en bruksbegrensning som etter ekomloven § 2-5 sjette ledd vil kreve tillatelse fra myndigheten.

5.6. Oppsigelsesadgang

I Rettepålegget er Telenor pålagt å endre standardavtalen punkt 14.2 annet ledd, jf. første ledd bokstav c) og d), slik at avtalen ikke gir Telenor ensidig endringsadgang uten en korresponderende oppsigelsesrett for tilgangskjøper, jf. Rettepålegget kapittel 11, jf. kapittel 8.

Telenor anfører at pålegget om retting er ugyldig, og viser til at Nkom verken har vurdert eller sannsynliggjort at manglende oppsigelsesadgang for tilgangskjøper, når Telenor endrer

avtalene som følge av endringer i reguleringen eller pålegg fra myndigheter, hindrer eller begrenser bærekraftig konkurranse. I begrunnelsen for pålegget om retting fremgår det heller ingen andre vurderinger av vilkårenes rimelighet, annet enn at Nkom mener at det er urimelig at tilgangskjøper ikke har rett til å si opp avtalen, når Telenor har en rett til å endre avtalen som følge av endringer i reguleringen eller pålegg fra myndigheter. Telenor mener selskapet har en legitim interesse i å kunne ensidig endre avtalen i slike tilfeller. Det vises til at Telenors virksomhet er regulert, og at selskapet er utsatt for en løpende usikkerhet knyttet til at myndigheten endrer reguleringen, eller gjennom sin håndhevelse fastlegger en annen forståelse av reguleringen enn det Telenor har lagt til grunn ved inngåelse av tilgangsavtaler. Dersom tilgangskjøper skulle kunne si opp avtalen i slike tilfeller, vil dette innebære at Telenor bærer hele den kommersielle risiko for endringer i reguleringen eller oppfatningen av denne.

Departementet viser til at M15-vedtaket oppstiller et forbud mot en ubetinget og ensidig endringsadgang i Telenors standardavtaler, jf. avsnitt 260. Det anerkjennes imidlertid at Telenor unntaksvis vil kunne ha en legitim interesse i ensidig å kunne gjennomføre endringer i selskapets tilgangsavtaler, eksempelvis som følge av endrede regulatoriske forhold. Det følger av M15-vedtaket avsnitt 258 at en slik betinget ensidig endringsadgang vil være rimelig å inkludere i Telenors standardavtaler.

Standardavtalen punkt 14.2 første ledd bokstav c og d fastsetter at Telenor kan gjøre endringer i vilkårene i følgende tilfeller:

c) Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (Marked 15-vedtaket) blir presisert, endret eller opphevet. Telenor Norges endringsrett etter denne bestemmelsen omfatter enhver endring det endrede markedsvedtaket gir grunnlag for, og omfatter også rett for Telenor Norge til å si opp Avtalen.

d) Ekommyndighetene i rettevedtak med hjemmel i ekomloven vesentlig endrer de forretningsmessige forutsetningene for tilbudet om tilgang som ligger til grunn for Avtalen, herunder dersom rettevedtaket får vesentlige konsekvenser for pris og/eller prisstruktur i Telenor Norge standardtilbud. Endringsrett etter dette punkt omfatter også rett til oppsigelse."

Etter departementets oppfatning vil vilkårene i bokstav c om ensidig endringsadgang ved endringer, presisering eller periodisk opphevelse av M15-vedtaket (som erstattes med nytt M15-vedtak) falle innenfor rammene av M15-vedtaket avsnitt 258, forutsatt at endringene som Telenor gjør, er i tråd med endringene i M15 reguleringen. Det fremgår direkte av ordlyden i M15-vedtaket at en betinget ensidig endringsadgang som følge av endrede regulatoriske forhold, vil være rimelig å inkludere i Telenors standardavtaler. Departementet er derfor enig med Telenor i at Rettepålegget må endres på dette punkt. Departementet legger til grunn at den ensidige endringsadgangen, uten korresponderende oppsigelsesadgang for tilgangskjøper, ikke gjelder dersom M15-vedtaket blir opphevet, uten

at det erstattes med nytt M15-vedtak. I et slikt tilfelle vil en ensidig endring fra Telenors side uten korresponderende oppsigelsesadgang for tilgangskjøper, ikke være en følge av Telenors etterlevelse av endringer fastsatt i regulatoriske pålegg.

Når det gjelder ensidige endringer etter bokstav d som følge av myndighetens rettevedtak, vil dette etter departementets syn stille seg annerledes. De regulatoriske rammene er i slike tilfeller ikke endret, og vil være de samme som før. Pålegg om retting fra myndigheten, vil være en konsekvens av at ekommyndigheten har konstatert brudd på Telenors plikter etter reguleringen. Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling, er den regulerte parten i avtalen, og forventes å sette seg inn i egne plikter. Telenor må selv bære risikoen for egen forståelse av reguleringen. Denne risikoen skal ikke skyves over på utfordrerne i markedet, som er langt mindre enn Telenor. I den grad tilgangskjøpers forhandlingsmakt til å bytte vertsoperatør til en viss grad styrkes som følge av en korresponderende oppsigelsesadgang ved ensidig endring av avtalevilkår fra Telenors side, vil det i tilfelle kunne være positivt for konkurransen. Målet med reguleringen er nettopp å tilrettelegge for bærekraftig konkurranse i mobilmarkedet.

Når det gjelder Telenors påstander om at Nkoms vurdering av vilkårenes rimelighet i Rettepåletegget er mangelfulle, bemerker departementet at det fremgår av Rettepåletegget kapittel 8.4 at Nkom blant annet har vektlagt følgende:

"Telenor betinger seg en rett til ensidig å endre avtalevilkår, uten at tilgangskjøper gis tilsvarende mulighet til å komme seg ut av avtaleforholdet og slik unngå å være bundet av nye og ukjente vilkår ensidig fastsatt av Telenor".

Slik departementet oppfatter det, har Nkom vektlagt at det skapes en ubalanse i avtaleforholdet, dersom Telenor ensidig skal kunne gjøre endringer i avtalen som potensielt kan endre tilgangskjøpers forutsetninger for å inngå avtalen, uten at dette åpner for en korresponderende oppsigelsesrett for tilgangskjøper. Departementet er enig dette. En tilgangskjøper har behov for forutsigbare rammer, og en trygghet for at avtalevilkårene som er avtalt, gjelder i avtaleperioden. Det ville være uforholdsmessig om den ene parten i et kontraktsforhold i et slikt tilfelle ensidig kan endre vilkårene, uten at den andre parten kan motsette seg vilkårene eller komme ut av avtalen, dersom forutsetningene for avtalen vesentlig endres. Departementet mener dette underbygger at vilkåret går lenger enn nødvendig for å ivareta Telenors legitime interesser.

Oppsummert er departementet enig med Nkom i at standardavtalen må endres, slik at en ensidig endringsadgang for Telenor som knytter seg til rettevedtak etter bokstav d må korrespondere med en adgang for tilgangskjøper til å kunne si opp avtalen.

Departementet opphever den delen av Nkoms pålegg om endringer av standardavtalen som knytter seg til endrede regulatoriske forhold i standardavtalen punkt 14.2 første ledd bokstav c, jf. M15-vedtaket avsnitt 258. Det bemerkes for ordens skyld at Nkom har kompetanse til å vurdere om slike ensidige endringer er innenfor Telenors handlingsrom etter reguleringen.

Når det gjelder retten for Telenor til ensidig å si opp avtalen etter standardavtalen punkt 14.2 bokstav c og d, bemerker departementet i likhet med Nkom at Telenor er underlagt tilgangsplikt og en rekke andre forpliktelser etter M15-vedtaket.

6. Annet

Telenor påpeker at pålegget om retting kommer nesten tre år etter at M15-vedtaket trådte i kraft og standardavtalen ble publisert, og to år etter varsel om retting av standardavtalene. Det er nå fattet nytt markedsvedtak i mobilmarkedet. Telenor mener det er uheldig og uforutsigbart for Telenor og tilgangskjøperne at flere av de varslede påleggene ikke er behandlet i Rettepålegget, men likevel ikke er frafalt av Nkom. Nkom presiserer at dette ikke innebærer noen godkjenning av forhold i standardavtalene som ikke behandles i Rettepålegget, og varsler at det er mer hensiktsmessig å se på dette i tilknytning til den nye reguleringen.

Departementet mener det er uheldig at det har tatt så lang tid å avklare sentrale rammebetingelser som Telenors standardavtaler for tilgang. Etter departementets syn er det en forutsetning for en effektiv regulering at Nkom raskt etter at nytt markedsvedtak foreligger, følger opp at standardavtalene er oppdatert i tråd med nytt markedsvedtak. Departementet forutsetter derfor at Nkom i forbindelse med nytt markedsvedtak vil prioritere nødvendige avklaringer knyttet til Telenors standardvilkår, og at dette skjer så snart som mulig etter at de nye vilkårene er offentliggjort.

7. Vedtak

Departementet treffer i medhold av ekomloven § 11-6 første ledd og forvaltningsloven § 34 fjerde ledd slikt vedtak:

Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak av 12. juli 2019 om pålegg om retting av Telenors standardavtaler for henholdsvis MVNO-tilgang og tjenesteleverandørtilgang, opprettholdes med følgende endringer:

- *Pålegget om å inkludere vilkår i standardavtalen som reflekterer tilgangskjøpers rett til å få endret sin tilgangsavtale på grunnlag av bestevilkårsbestemmelsen, oppheves.*
- *Pålegget om endring av standardavtalens bestemmelser punkt 2.3 og 13.1 (MVNO-tilgang) og punkt 2.6 og 12 (tjenesteleverandørtilgang), slik at avtalen tillater tilgangskjøper som ikke er i en initiell avtaleperiode å utmigrere de første 12 måneder av avtaletiden på 18 måneder, oppheves. Det presiseres at pålegget om endring av standardavtalens bestemmelser punkt 2.3 og 13.1 (MVNO-tilgang) og punkt 2.6 og 12 (tjenesteleverandørtilgang) opprettholdes, slik at standardavtalen åpner for at migrasjonsperioden kan være lengre enn 6 måneder når dette er rimelig ut fra tekniske og kommersielle forhold.*

- *Pålegget om å endre standardavtalens bestemmelse punkt 15.2 andre ledd, jf. første ledd bokstav c (MVNO-tilgang) og punkt 14.2 andre ledd, jf. første ledd bokstav c (tjenesteleverandørtilgang), oppheves.*

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. ekomloven § 11-6 femte ledd og forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Med hilsen

Heidi Kvalvåg (e.f.)
Avdelingsdirektør

Jenny Lønn Barvik
Seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

Kopi

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet

Adresseliste

Telenor ASA	Postboks 800	1331	FORNEBU
Telenor Norge AS	Postboks 800	1331	FORNEBU

KOPPI