



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 25.10.2019

Saksnr.: 18-075217ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer	Fredrik Charlo Borchsenius
Kst. lagdommer	Thomas Frøberg
Ekstraordinær lagdommer	Svein Kristensen

Ankende part	Telenor Norge AS	Advokat Kristin Veierød
--------------	------------------	-------------------------

Ankemotpart	Tdc AS	Advokat Per Conradi Andersen
-------------	--------	------------------------------

Ankemotpart	Staten v/Samferdselsdepartementet	Advokat Simen Hammersvik Advokat Tolle Stabell
-------------	-----------------------------------	---

Ankemotpart	TDC A/S	Advokat Per Conradi Andersen
-------------	---------	------------------------------

Saken gjelder gyldigheten av Samferdselsdepartementets vedtak 16. mars 2015. I dette ble Telenor Norge AS pålagt å betale 16 243 827 kroner til TDC AS. Beløpet er betalt, og Telenor Norge AS krever å få beløpet tilbake.

1. Sakens bakgrunn

1.1 Parter, sentrale aktører og begrep

Telenor Norge AS, heretter også bare **Telenor**, er et heleid datterselskap av Telenor ASA. Telenor er landets dominerende leverandør av tele- og datatjenester. Selskapet leverer tjenester innen telefoni, bredbånd og kabel-TV til privat- og bedriftskunder (sluttbrukere) over hele landet. Telenor selger også grossisttjenester til andre konkurrerende aktører i disse markedene.

Mobiltelefoni er avhengig av et nett med bakkestasjoner (radioaksessnett), også kalt mobilnett. Telenor eier et slikt mobilnett. Selskapet opptrer dermed som nettverksoperatør, tjenesteleverandør og innholdsleverandør.

TDC A/S er et dansk teleselskap. I Danmark har det en lignende stilling som Telenor har i Norge. **TDC AS**, også bare TDC, var det norske datterselskapet til TDC A/S. TDC hadde ikke eget mobilnett og kjøpte tilgang til Telenors mobilnett. På den måten kunne TDC tilby sluttbrukere offentlige mobile telekommunikasjonstjenester. TDC AS ble i 2018 kjøpt opp av Telia Norge AS og innfusjonert i dette. TDC brukes i dommen også som betegnelse på TDC A/S, TDC AS og Telia Norge AS samlet.

TDC hadde noe teknisk utstyr, såkalt kjernenett, og dette muliggjorde at selskapet kunne sende og ta imot samtaler, MMS og SMS fra andre tilbydere. Et selskap uten eget mobilnett, men med noe teknisk utstyr, kalles en **MVNO** (Mobile Virtual Network Operator / virtuell mobilnettverksoperatør). TDC var en MVNO i Telenors nett.

Et selskap med eget mobilnett (radioaksessnett) kalles **MNO** (Mobil Network Operator / mobil nettverksoperatør). Det var bare to fullt utbygde mobilnett i Norge, Telenors og Netcoms, og slik er det fortsatt. Netcom er kjøpt opp av Telia.

Network Norway AS, heretter også **Network Norway**, hadde i den perioden denne saken gjelder et eget mobilnett som dekket omtrent tre firedeler av landet. Network Norway bygget opp et tredje mobilnett for hele landet. For at Network Norway skulle kunne tilby mobiltjenester hvor de selv ikke hadde dekning, måtte selskapet gis tilgang til et annet selskaps mobilnett. Dette kalles **nasjonal gjesting** eller nasjonal roaming. Network Norway inngikk slik avtale med Telenor. Network Norway er ikke part i denne saken, men TDC anfører at avtalen mellom Telenor og Network Norway hadde en betraktelig lavere pris enn TDC fikk. Network Norway ble i 2015 kjøpt opp av selskapet ice.

Det finnes leverandører som ikke har eget kjernenett som leverer telekommunikasjonstjenester til sluttbrukere. Disse er rene tjenesteleverandører og er avhengig av å kjøpe inn grossisttjenester. Slike selskaper har ingen roller i saken her.

Nkom, Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, er et offentlig organ som driver tilsyn med tilbydere av post og teletjenester. Frem til 2015 het det Post- og teletilsynet, og i dommen her brukes Nkom som en fellesbetegnelse. Markedet for teletjenester reguleres av ekomloven. Nkom analyserer ulike markeder innenfor elektronisk kommunikasjon og kan etter loven utpeke tilbydere med sterk markedsstilling og pålegge særlige forpliktelser for slike tilbydere. Telenor har i flere vedtak blitt utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling.

Nkom er nå underlagt Kommunal- og moderniseringsdepartementet, og det var tidligere underlagt Samferdselsdepartementet.

1.2 Markedsregulering etter ekomloven og Marked 15-vedtaket

Ekomloven regulerer elektronisk kommunikasjon (ekommarkedet). Livsområdet er av stor samfunnsmessig og økonomisk betydning. Det er flere private aktører, og som alt nevnt er det bare to fullt utbygde mobilnett i Norge. Markeds- og konkurransesituasjonen er derfor spesiell og utfordrende. I Norge reguleres konkurranse gjennom konkurranseloven. Sanksjoner og myndighetenes inngrep kommer her i ettertid («ex post»). Som følge av den spesielle markeds- og konkurransesituasjonen og den store økonomiske og samfunnsmessige betydning, har ekomloven en spesiell regulering. Myndighetene har adgang til å utpeke en aktør med sterk markedsstilling og pålegge denne særlige plikter, herunder å inngå avtaler med andre aktører. Dette er en regulering med virkning fremover («ex ante»).

Ekommarkedet har flere produktmarkeder. Ett av disse er grossistmarkedet for tilgang til og oppstart av samtale (samtaleoriginering) i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Dette markedet kalles marked 15.

Nkom fattet vedtak 5. august 2010, og der ble Telenor utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i marked 15, jfr. ekomloven § 3-3. Dette vedtaket kalles heretter **Marked 15-vedtaket**. Marked 15-vedtaket av 2010 erstattet et tidligere markedsvedtak fra 2006, hvor Telenor også ble utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling. I 2016 ble det fattet et nytt marked 15-vedtak hvor Nkom igjen utpekte Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling.

I Marked 15-vedtaket ble Telenor ble pålagt en generell tilgangsforspliktelse, som innebar at Telenor måtte imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til og samtaleoriginering i sitt mobilnett, jfr. vedtakets punkt 8.1 og ekomloven § 4-1. Tilgangsforspliktelsen ble knyttet sammen med pålegg om ikke å diskriminere med hensyn

til pris og andre vilkår mellom Telenors interne tjenesteleverandørvirksomhet og eksterne kjøpere, mellom eksterne kjøpere og mellom ulike tilgangsformer, jfr. vedtakets punkt 8.2 og ekomloven § 4-7. Videre ble tilgangsforskriften knyttet sammen med pålegg om standardtilbud og offentliggjøring av standardavtale.

Telenor ble også pålagt å utarbeide regnskapsmessig skille mellom nettvirksomheten og den interne sluttbrukervirksomheten for sin mobilvirksomhet i Norge, jfr. ekomloven § 4-8 første ledd. Dette er en selvstendig forpliktelse for et selskap som er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling. Det regnskapsmessige skillet skulle splittes mellom tale/SMS og data. Rapporteringen skulle sammen med annen relevant informasjon gi grunnlag for å kontrollere at forbudet mot prisdiskriminering overfor MVNO-tilbydere og tilbydere med avtale om nasjonal gjesting i forhold til Telenors egen virksomhet ble overholdt, jfr. vedtakets punkt 8.4 og sammendraget på s. 4 i vedtaket.

Telenor ble pålagt å sende forslag til regnskapsmessig skille-rapportering innen 1. november 2010 og deretter rapportere regnskapsmessig skille innen 1. april hvert år for annet halvår året før og innen 1. oktober for første halvår.

Telenor har rapportert regnskapsmessig skille slik det ble pålagt i Marked 15-vedtaket i den perioden tilbakebetalingskravet gjelder, og Nkom har godkjent rapporteringene.

Telenor klaget på Marked 15-vedtaket fra Nkom. Samferdselsdepartementet tok ikke klagen til følge, jf. brev 6. april 2011.

1.3 Avtaler

TDC A/S inngikk avtale med Telenor den 29. juni 2005. Avtalen gav TDC rett til å tilby offentlige mobile telekommunikasjonstjenester basert på Telenors nettverk (MVNO-avtale). Avtalen hadde en variabel prisstruktur med en rabattskala basert på trafikkvolum. Avtalen hadde en varighet på fem år og skulle ha løpt ut 1. mai 2010. Partene inngikk en tilleggsavtale 3. mars 2010. I denne ble det avtalt et årlig fast vederlag på to millioner kroner, det ble avtalt to alternative prisplaner for data, og rabattskalaen og prisene ble noe endret. Det ble også avtalt en on net-rabatt på 75 prosent. On net-samtale er en samtale der både den som ringer opp (originerer) og den som blir oppringt er knyttet til samme tilbyder av mobiltelefoni, f.eks. Telenor. Avtaleforholdet løp videre, og sommeren 2010 startet TDC avtaleforhandlinger med Telenor om en ny avtale.

Network Norway inngikk avtale om nasjonal gjesting med Telenor i april 2008. Avtalen hadde tilsvarende oppbygging som TDC-avtalene med variabel prisstruktur og rabattskala basert på trafikkvolum. Det ble inngått en tilleggsavtale mellom partene 2. september 2009 (**Tilleggsavtale I**). Det oppstod etter hvert uenigheter om pris og betaling, og Network Norway klagde Telenor inn for Nkom og hevdet at Telenor skulle tilbakebetale 306 000 000 kroner til Network Norway.

Den 18. august 2010 inngikk Telenor en ny avtale med Network Norway (**Tilleggsavtale II**). Avtalen gjaldt fra 1. september 2010 og hadde en varighet på fire år. Avtalen hadde en annen prisstruktur enn de avtalene Telenor tidligere hadde inngått om tilgang, både MVNO-tilgang og nasjonal gjesting. Den nye avtalen med Network Norway inneholdt et betydelig fastpriselement i tillegg til variabel pris på faktisk bruk, mens tidligere avtaler i hovedsak hadde vært basert på variabel pris. Avtalen hadde videre et lavere prisnivå enn Tilleggsavtale I.

Det er på det rene at Tilleggsavtale II med Network Norway også inneholdt et element av forlik, og avtalen innebar at Network Norway trakk klagen til Nkom.

Tilleggsavtale II hadde en fastpris pr. måned på 19 millioner kroner for inntil 475 000 tellende SIM (subscriber identity mode – smartkort som brukes i mobiltelefoner). For hver 25 000 SIM ut over dette var det en fastpris på en million kroner. Hver SMS kostet 0,04 kroner. For samtaler var prisen fastsatt for hvert år, avtagende fra 0,12 kroner pr. minutt til 0,09 kroner pr. minutt.

Ventelo AS er en grossistkunde som kjøpte MVNO-tilgang fra Telenor. Telenor forhandlet parallelt med dette selskapet. Ventelo AS ble også gitt tilbud om og inngikk avtale med samme type prisstruktur som Network Norway.

Som nevnt forhandlet TDC med Telenor om ny avtale. Det er på det rene at TDC ikke fikk tilbud om tilsvarende avtale som Network Norway og Ventelo AS.

I brev til Telenor den 23. august 2010 opplyste TDC at MVNO-betingelsene ikke gav tilstrekkelig margin. Det er enighet om at TDC i forhandlingene gav uttrykk for en forventet prisreduksjon på 50 prosent. Telenor tilbød i august 2010 en prisreduksjon på 15 prosent og fastholdt dette tilbudet frem til endringsavtale ble inngått den 4. november 2010 (**Change order 2010.03**). Endringsavtalen innebar en forlengelse av avtalen i ett år og med tolv måneders oppsigelse, slik at den tidligst ville løpe ut den 1. november 2012. Avtalen hadde fortsatt en variabel prisstruktur og en rabattskala basert på trafikkvolum.

Prisene var delt på tre perioder. Det ble avtalt en avtrappende fast pris pr. måned, fra 141 666 kroner, til 134 999 kroner. Prisen for samtale ble fastsatt pr. minutt, uavhengig av volum og delt på tre perioder. I første periode var prisen 0,33 kroner pr. minutt både for oppstartet samtale og mottatt samtale, og i siste periode var prisen 0,20 kroner for mottatt samtale og 0,39 kroner for oppstartet samtale. For SMS var prisen også fastsatt for tre perioder, avtrappende fra 0,128 kroner pr. SMS til 0,122 kroner pr. SMS. For data var prisen avtrappende fra 0,194 kroner pr. megabyte til 0,185 kroner pr. megabyte. Det fulgte av endringsavtalen 3. mars 2010 at det var 75 prosent rabatt på on net-trafikk og en

glideskala for volumrabatt. Denne begynte på fire prosent ved åtte millioner ringeminutter i måneden, og TDC fikk aldri mer rabatt enn dette.

1.4 Vedtak og saksgang i forvaltningen

TDC klaget den 2. desember 2010 til Nkom. TDC anførte i klagen både at Telenors tilgangspriser var i strid med ekomlovens bestemmelser om tilgangsplikt, jfr. ekomloven § 4-1 og at Telenors priser innebar en diskriminering. TDC anførte at det var diskriminering både mellom TDC og Telenors egen virksomhet og mellom TDC og andre eksterne tilgangskjøpere (**rettesaken**).

Telenor bestred at selskapet hadde opptrådt i strid med kravet om tilgangsplikt og kravet til ikke-diskriminering.

Det var en del korrespondanse utover våren 2011. Nkom foretok beregninger. Nkom sammenlignet det TDC betalte etter Change order 2010.03 med det TDC med sitt volum og trafikksamsetning ville betalt etter Network Norways Tilleggsavtale II.

Med TDCs priser og avtale menes i det følgende det som er avtalt i Change order 2010.03, med mindre annet er særlig angitt. Med Network Norways priser og avtale menes det som er avtalt i Tilleggsavtale II, med mindre annet er særlig angitt.

Nkom kom til at det var en prisforskjell på 30 prosent, og i brev 28. mars 2011 ba Nkom om kommentarer til dette. Nkom varslet i brev 22. juni 2011 vedtak i klagesaken fra TDC. Det fremgår av varslet at Nkom mente at TDC ville hatt vesentlig lavere tilgangskost ved bruk av Network Norways avtale enn ved bruk av TDCs egen avtale. Nkom mente at selv om de objektive grunner Telenor oppga kunne forklare forskjeller i tilgangsvilkårene som ville være forenlig med kravet til ikke å diskriminere, hadde det formodningen mot seg at forskjellen kunne forklares i disse forholdene alene. Telenor ble derfor i varselet bedt om å tallfeste sin oppfatning av objektive forhold selskapet har oppgitt som grunnlag for forskjellig behandling av Network Norway og TDC.

Telenor svarte i brev av 9. september 2011. Det fremgår av Telenors kommentarer i brevet at tilgangskostnaden for Network Norways avtale om nasjonal gjesting lå 23 prosent lavere enn tilgangskostnaden for TDCs MVNO-avtale. Telenor benyttet en annen metode for å sammenligne de to avtalene. Telenor tok utgangspunkt i sitt eget volum og trafikksamsetning og beregnet kostnadene både med TDCs avtale og Network Norways avtale. Telenor forklarte videre forskjellen det fant med objektive forhold, herunder volumrabatt, plikten til å kjøpe tre milliarder ringeminutter i løpet av avtaleperioden mv.

Telenor forklarte forskjellen dels med volumrabatt, Network Norway hadde nemlig et betydelig høyere volum enn TDC. Telenor hevdet at denne rabatten utgjorde 13,5 prosent.

Den resterende forskjellen på 9,5 prosent forklarte Telenor med følgende forhold: For det første hadde Network Norway en forpliktelse på kjøp av 3 milliarder minutter gjeldende fra 1. januar 2011 og så lenge avtalen løp (volumforpliktelsen). Videre skulle Network Norway betale minimum 19 millioner kroner per måned uavhengig av volum (betalingsforpliktelsen). Telenor viste videre til at Network Norway tidligst kunne si opp avtalen 30. juni 2013 med 12 måneders oppsigelsestid (avtalelenge). Det var også en del andre forskjeller i avtalene som Telenor hevdet utgjorde objektive forskjeller, bl.a. eksklusivitet og at avtalen inneholdt et element av forlik.

Telenor anførte videre i brevet av 9. september 2011:

I et marked hvor man inngår avtaler basert på kommersielle forhandlinger og hvor det er flere som konkurrerer om å tilby tilgang, er det ikke formålstjenlig eller mulig å nøyaktig kvantifisere de ulike delelementene i en avtale - det bør gjøres en helhetlig vurdering av de samlede vilkår. En detaljert kvantifisering av hvert enkelt element vil resultere i redusert konkurranseintensitet fra Telenor og således redusert konkurranse i markedet som helhet. Forståelsen og håndhevelsen av kravet til ikke-diskriminering må sees i lys av dette.

Nkom fattet vedtak den 23. mars 2012. Telenor ble der pålagt å redusere prisen med 20 prosent overfor TDC fremover i tid. Ved sammenligningen av TDC og Network Norways tilgangsavtaler foretok Nkom en beregning av TDCs kostnader under forutsetning av at TDC hadde tilsvarende vilkår som Network Norway hadde. Beregningen ble foretatt over en periode på seks måneder og basert på opplysninger fra TDC om selskapets volumer for andre halvår 2010. Nkom beregnet TDCs tilgangskostnad ved bruk av egen avtale til ca. 20 millioner kroner, mens tilgangskostnad ved bruk av Network Norways avtale ble beregnet til ca. 12 millioner kroner.

Nkom la vekt på at de volumer som ble lagt til grunn for sammenligningen skulle være realistiske sett fra tilgangskjøpers perspektiv og egnet for formålet. Telenor ble derfor ikke hørt med at det var Telenors volum som måtte legges til grunn ved sammenligningen.

Volumrabatt ble akseptert som objektiv grunn til prisforskjell. Nkom var av den oppfatning at volumforpliktelser kunne begrunne forskjeller i pris, men at det ikke var dokumentert at volumforpliktelsen i Network Norways avtale kunne tilsi prisreduksjon utover volumrabatt. Betalings- og minsteprisforpliktelsen ble ansett å ha begrenset betydning. Nkom viste til at Telenor – på tross av oppfordringer – ikke hadde kvantifisert de objektive grunnene som var oppgitt som årsak til prisdifferansen.

Nkom kom til at heller ikke andre påberopte forhold som eksklusivitet, forventninger til ulik prisutvikling, forlikselementet, sanksjonsklausul eller forhøyet forsinkelsesrente kunne begrunne prisforskjellen.

Nkoms konklusjon var at Telenor hadde brutt plikten til ikke å diskriminere mellom eksterne tilgangskjøpere i perioden fra 1. september 2010 til 23. mars 2012 ved å kreve høyere tilgangspris fra TDC enn fra Network Norway, uten at prisdifferansen kunne begrunnes i objektive forhold. Telenor hadde også brutt plikten til ikke å diskriminere ved ikke å tilby TDC tilsvarende avtalestruktur som i avtalen til Network Norway. Nkom fant at Telenor ikke hadde opptrådt på den måte bestevilkårslæren gir anvisning på og hadde operert med tilgangsvilkår for TDC som var strukturelt forskjellige fra vilkårene til øvrige kjøpere av regulert tilgang. På den bakgrunn fant Nkom at Telenor reduserte mulighetene for å kontrollere etterlevelse av kravet til ikke å diskriminere. Telenor ble pålagt å tilby TDC avtale om regulert tilgang som skulle være i overensstemmelse med gjeldende krav om ikke å diskriminere mellom eksterne virksomheter. Vilårene i den tilbudte tilgangsavtalen skulle tilfredsstille de krav som stilles i Marked 15-vedtaket og innbar at TDCs tilgangskostnad måtte reduseres med 20 prosent. Fristen var 30 dager.

Telenor påklaget vedtaket den 30. mars 2012 og sendte utfyllende klage i rettesaken den 23. april 2012. Telenor fastholdt i klagen at bruk av Telenors volum, trafikkmonster og kundesammensetning i beregningene både mellom Telenors interne tjenesteleverandør og eksterne tjenesteleverandører, og mellom eksterne tjenesteleverandører ga best grunnlag for å vurdere om Telenor oppfylte kravet til ikke å diskriminere.

Klagen ble ikke gitt oppsettende virkning. Telenor oversendte derfor den 23. april 2012 tilbud om reviderte tilgangsvilkår til TDC med prisreduksjon på 20 prosent basert på fast-variabel prismodell og nedskalerte volumforplikelser. TDC svarte at selskapet ville ha 20 prosent reduksjon på eksisterende avtale. Partene var uenige om forståelsen og oppfølgingen av rettepålegget. Nkom uttalte i brev av 25. juni 2012 til Telenor og TDC at det var grunnlag for endringer i Telenors tilbud av 23. april 2012 og at Nkom forutsatte at Telenor innen 3. juli 2012 oversendte revidert tilbud til TDC.

Nkom oversendte Telenors klage over vedtaket 23. mars 2012 i rettesaken til Samferdselsdepartementet 18. juli 2012. I innstillingen fastholdt Nkom sitt vedtak. Departementet avgjorde klagen den 20. desember 2012 og stadfestet Nkoms vedtak, likevel slik at departementet gjorde en endring, og prisreduksjonen ble fastsatt til 19,8 prosent og ikke 20 prosent. Samferdselsdepartementet kom til at TDC hadde krav på prisreduksjon på gjeldende avtale, slik TDC krevde etter at Telenor hadde presentert et nytt avtaleforslag i april 2012.

Telenor satte deretter ned TDCs tilgangspriser i januar 2013 og fremover i tid. Videre godskrev Telenor TDC overprisen for tiden fra Nkoms første vedtak av 23. mars 2012 og frem til klagebehandlingen var avsluttet i januar 2013.

I brev av 22. mars 2013 anmodet TDC om at Nkom fattet vedtak om tilbakebetaling for tiden før 23. mars 2012 **(tilbakebetalingssaken)**. Nkom varslet vedtak om tilbakebetaling

etter ekomloven § 10-12 den 24. september 2013, og Nkom traff vedtak den 21. februar 2014. Overpris for perioden 1. september 2010 til 23. mars 2012 ble beregnet til 18 048 696 kroner, inklusive renter. Dette var basert på at forskjellen var 19,8 prosent, jf. departementets vedtak i rettesaken 20. desember 2012.

Telenor betalte beløpet til TDC, men tok i brev av 6. mars 2014 følgende forbehold:

Telenor er som TDC kjenner til sterkt uenig i tilsynets vurdering og konklusjon og vil påklage vedtaket til Samferdselsdepartementet og/eller bringe tvistespørsmålet inn for domstolen til prøvelse. Men vil i påvente av slik avgjørelse innrette seg etter vedtaket og tilbakebetale til TDC A/S det beløpet PT har vedtatt, 18 048 696 kroner, innen fristen som er to uker etter vedtaksdato.

Telenor tar forbehold om at Telenor vil kreve pengene tilbake dersom klagen vinner frem hos Samferdselsdepartementet og/eller en domstol gir Telenor medhold i at det ikke foreligger grunnlag for TDCs tilbakebetalingskrav.

Den 14. mars 2014 påklaget Telenor Nkoms vedtak om tilbakebetaling.

TDC gikk til sak mot Telenor og krevde erstatning fra Telenor for tap lidt ved at selskapet hadde blitt utsatt for overpris. Stevningen var av 28. juni 2014. Telenor fremmet motkrav om tilbakebetaling av beløpet som Telenor hadde utbetalt, men Telenor trakk motkravet uten at det ble oppgitt. Asker og Bærum tingrett avsa dom 26. november 2014 (TAHER-2013-113235). Telenor ble frifunnet for erstatningskravet. TDC anket dommen.

Samferdselsdepartementet avgjorde **16. mars 2015** Telenors klage over Nkoms vedtak i tilbakebetalingssaken. Vedtaket bygget på departementets tidligere vedtak av 20. desember 2012 i rettesaken. Der hadde departementet kommet til at det forelå brudd på plikten til ikke å diskriminere, og det ble der gitt pålegg om retting fremover i tid. I vedtaket av 16. mars 2015 vurderte og kommenterte Samferdselsdepartementet dommen fra Asker og Bærum tingrett. Departementet kom til at dommen ikke fikk betydning for departementets vurdering når det gjaldt spørsmålet om Telenor hadde opptrådt i strid med ikke-diskrimineringsplikten. Samferdselsdepartementet opprettholdt pålegget om tilbakebetaling. Men departementet kom til at estimatet over SIM i forskjellige kategorier tilsa at tilbakebetalingsbeløpet reelt sett var noe lavere enn det Nkom tidligere hadde kommet frem til. Departementet la inn en forsiktighetsmargin og reduserte beløpet med ti prosent til 16 243 827 kroner, inklusive renter.

Etter anmodning fra Telenor betalte TDC tilbake differansen mellom beløpet i tilbakebetalingsvedtaket fra Nkom og departementets vedtak av 16. mars 2015.

Borgarting lagmannsrett avgjorde TDCs anke i erstatningssaken i dom 29. februar 2016 (LB-2015-23344). Lagmannsretten konkluderte med at det var grunn til å stille spørsmål

ved om det forelå prisdiskriminering i strid med Marked 15-vedtaket. Men lagmannsretten fant ikke å ha tilstrekkelig grunnlag for å trekke en entydig konklusjon og en slik konklusjon var heller ikke nødvendig for å avgjøre tvisten. Anken fra TDC ble forkastet.

På bakgrunn av lagmannsrettens dom anmodet Telenor den 22. april 2016 Samferdselsdepartementet om å omgjøre vedtaket i tilbakebetalingssaken av 16. mars 2015 i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Departementet fant at lagmannsrettens dom ikke endret forvaltningens tidligere vurderinger og avslø anmodningen i brev 2. november 2016.

1.5 Saksgang for domstolene

Telenor tok ut stevning den 17. februar 2017 mot staten v/Samferdselsdepartementet, TDC A/S og TDC AS med påstand om at departementets vedtak 16. mars 2015 var ugyldig og at TDC skulle betale tilbake de 16 243 827 kroner Telenor hadde betalt til TDC etter vedtaket 16. mars 2015.

Oslo tingrett fant at vedtaket var gyldig og frifant staten og TDC. Dommen er av 6. mars 2018, og slutningen lyder:

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet frifinnes
2. TDC AS frifinnes
3. TDC A/S frifinnes
4. Telenor dømmes til innen 2 – to - uker fra dommens forkynnelse å betale saksomkostninger til Staten v/ Samferdselsdepartementet med 329 500 – Trehundreogtjuenitusenfemhundre - kroner
5. Telenor dømmes til innen 2 –to- uker fra dommens forkynnelse å betale saksomkostninger til TDC AS og TDC A/S med til sammen 1 385.518 - Enmilliontrehundreogåttifemtusenfemhundreogatten - kroner.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Telenor har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 27. august til 4. september 2019 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt fire vitner og tre sakkyndige vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

2 Den ankende part, Telenor Norge AS, har i hovedtrekk anført:

2.1 Regulering gjennom ekomloven

Ekomloven regulerer markedet for telekommunikasjon. Loven legger opp til enkeltvedtak som virker fremover, «ex ante-regulering». Tilbydere med sterk markedsstilling kan

pålegges særskilte forpliktelser. Dette tilsier at forpliktelsene må oppfylle særlige krav til klarhet og forutberegnelighet.

Forvaltningen kan ikke forbeholde seg en frihet til selv å definere det nærmere innholdet av forpliktelser på håndhevelsesstadiet. I den grad etterlevelse av forpliktelsene gjør det nødvendig med skjønnsmessige vurderinger, er det pliktsubjektet som i utgangspunktet har «skjønnsmarginen». Forvaltningen står imidlertid fritt til å endre, utfylle eller detaljere pålagte forpliktelser med virkning fremover i tid.

Ved forvaltningens håndhevelse gjelder forvaltningens utredningsplikt på vanlig måte. Det er opp til forvaltningen å påvise at det foreligger brudd på pålagte forpliktelser, og «omvendt bevisbyrde» krever særskilt hjemmel.

2.2 Domstolsprøvelse

Forvaltningens vedtak om håndhevelse etter ekomloven kapittel 10 kan i tråd med vanlig lære bringes inn for domstolene. Domstolene kan fullt ut prøve om det foreligger brudd på forpliktelser fastsatt i eller i medhold av loven. Domstolen kan også fullt ut prøve i hvilken utstrekning det eventuelt er slikt brudd, her hvor stor overpris det eventuelt er tatt.

På enkelte livsområder følger det av rettspraksis at domstolene er tilbakeholdne ved prøvelse av forvaltningens vedtak, jf. bl.a. Rt-1975-606 (Swingball). Dette gjelder der forvaltningen reelt sett har bedre forutsetninger og erfaringsgrunnlag enn domstolene til å foreta den konkrete vurderingen. Det er ikke tilfelle her. Saken her gjelder brudd på plikten til ikke å diskriminere mellom to eksterne tilbydere. Forvaltningen har meget begrenset erfaring med dette. Det er derfor ingen grunn til at domstolene skal være tilbakeholdne ved prøvelsen. Under enhver omstendighet må forvaltningens vurderinger fremstå som «godt overveid og begrunnet», jf. HR-2017-1258 (Statnett II) avsnitt 55.

2.3 Forbudet mot diskriminering i ekomloven og Marked 15-vedtaket

Ekomloven § 4-7 gir hjemmel til å pålegge å tilby samtrafikk og tilgang med plikt til ikke å diskriminere. Paragrafen regulerer to situasjoner. Første ledd gjelder mellom eksterne tilbydere, og annet ledd gjelder mellom ekstern tilbyder og egen, intern virksomhet. Loven og forarbeidene gir begrenset veiledning om det nærmere innholdet av plikten til ikke å diskriminere. Bestemmelsene må anvendes i lys av lovens generelle utgangspunkt om at tilbydere skal forhandle om tilgang på forretningsmessig grunnlag, se Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) side 40.

Selve plikten til ikke å diskriminere følger av Marked 15-vedtaket. I dette er det en omfattende redegjørelse for plikten til ikke å diskriminere mellom ekstern tilgangskjøper og intern virksomhet, jf. ekomloven § 4-7 annet ledd. Formålet er å hindre at like effektive aktører som Telenor blir utestengt fra markedet på grunn av prisklemme. Dette følges opp ved rapportering av regnskapsmessig skille som Telenor er pålagt.

Plikten til ikke å diskriminere mellom eksterne tilgangskjøpere, jf. ekomloven § 4-7 første ledd, er sparsomt regulert i Marked 15-vedtaket. Det er ikke krav om identiske vilkår, men det er et krav om at eventuelle forskjeller må være basert på objektive kriterier. I vedlegg 2 til Marked 15-vedtaket er det også angitt at bl.a. volumrabatter og klausuler om bindingstid kan inngå i en totalvurdering av om det foreligger diskriminering. Tilbudsplikt er basert på «en slags beste vilkårs bestemmelse», jf. Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) side 104. Det er ikke fastsatt noen metode for å sammenligne avtaler med ulike prisstruktur. Det er naturlig å ta utgangspunkt i Telenors eget volum og trafikkmønster så lenge Telenor selv er aktør og konkurrent i sluttbrukermarkedet.

For å støtte opp under plikten til ikke å diskriminere er Telenor pålagt regnskapsmessig skille og å utarbeide og offentliggjøre standardavtaler. Det er imidlertid ikke forbud mot å inngå avtaler som fraviker fra standardavtalen.

2.4 Samferdselsdepartementets vedtak 16. mars 2015 er ugyldig

Samferdselsdepartementets vedtak 16. mars 2015 er ugyldig. For det første bygger vedtaket på at Telenor har brutt plikten til ikke å diskriminere, men dette er ikke riktig (punkt 2.6 til 2.10). Videre er vedtaket hjemlet i ekomloven § 10-12, men denne bestemmelsen gir ikke hjemmel til å pålegge tilbakebetaling her (punkt 2.10). Under enhver omstendighet er diskrimineringselementet lavere enn det departementet la til grunn (punkt 2.11).

2.5 Telenors stilling sommeren 2010

Våren og sommeren 2010 forhandlet Telenor med Network Norway og TDC om tilgang. Telenor vurderte det slik at Tilleggsavtale II med Network Norway medførte en prisreduksjon på 23 prosent for Network Norway. Telenor hadde da en plikt til ikke å diskriminere TDC. Men samtidig måtte ikke TDC få for gode vilkår, for dette ville igjen være en diskriminering av Network Norway. Telenor la vekt på at Network Norway hadde betraktelig større volum enn TDC og ellers påtok seg betydelige forpliktelser. Telenor fant at dette måtte godskrives Network Norway, og Telenor fant at TDC ikke kunne få mer enn 15 prosent reduksjon i sine priser. Telenor har opplyst at det i tilbudet som ble gitt til TDC i august 2010 med en prisreduksjon på 15 prosent var forutsatt at TDC tok på seg de samme forpliktelser som Network Norway, dog tilpasset TDC. Men ved «klønete forhandlinger» ble ikke dette formidlet til TDC. Telenors vurdering med 15 prosent prisreduksjon ble gjort i beste skjønn etter en «totalvurdering» i tråd med anvisningene i Marked 15-vedtaket.

2.6 Sammenligning av avtalene med Network Norway og med TDC

Ved sammenligning mellom avtalen med TDC og avtalen med Network Norway har Telenor lagt til grunn Telenors trafikkvolum og trafikkmønster. Nkom og Samferdselsdepartementet på sin side legger til grunn TDCs trafikkvolum og

trafikkmønster. De sakkyndige er enige om at når to avtaler med flere forskjellige elementer skal sammenlignes, må det etableres et grunnlag for sammenligning og at valg av grunnlag for sammenligning er avgjørende for utfallet av sammenligningen.

Avtalen med Network Norway er tilpasset Network Norways trafikkvolum og trafikkmonster og kan ikke uten videre anvendes på TDCs trafikkvolum og trafikksamsetning. I departementets vedtak i rettesaken, 20. desember 2012, ble Telenor pålagt en prisreduksjon på 19,8 prosent overfor TDC. Hadde dette igjen blitt anvendt overfor Network Norway, ville Network Norway ha kommet bedre ut enn med sin avtale. Ved slik å endre sammenligningsgrunnlag kan det oppstå en spiraleffekt mellom eksterne tilgangskjøpere. Det tilsier at Telenors trafikkvolumer og trafikkmonster bør brukes ved sammenligningen.

Telenors tilnærming er en anvendelse av metoden med regnskapsmessig skille der Telenors trafikkvolum og trafikkmonster er anvendt. Metoden er avvist av Nkom og departementet som uegnet ved sammenligning mellom to eksterne tilgangsavtaler. Spørsmålet i saken er ikke om metoden med regnskapsmessig skille er den metoden som må benyttes, men om Telenor i mangel av nærmere regulering hadde adgang til å ta utgangspunkt i denne metoden. Verken ekomloven eller Marked 15-vedtaket ga anvisning på en bestemt metode for sammenligning av avtaler med ulik prisstruktur.

En frihet for forvaltningen til å velge sammenligningsgrunnlag har ikke hjemmel i loven. Det vil også være i strid med grunnleggende krav til forutberegnelighet for Telenor. Forvaltningen må akseptere Telenors valg av sammenligningsgrunnlag så lenge dette ikke er i strid med Marked 15-vedtaket.

2.7 Prisforskjell mellom avtalene basert på Telenors volum og trafikkmonster

Telenor har beregnet prisforskjellen mellom TDCs avtale og Network Norways avtale basert på Telenors volum og trafikkmonster. Telenor har funnet at forskjellen i utgangspunktet er 23 prosent. Når man tar hensyn til volumrabatt til Network Norway, er forskjellen mellom de to avtalene 8 til 9,5 prosent, jf. brev av 9. september 2011.

Nkom har også beregnet forskjellen mellom de to avtalene basert på Telenors volumer og med hensyn til volumrabatt. Nkom kom til at det for våren 2011 var en forskjell på 15 prosent etter at det var tatt hensyn til volumrabatt. Forskjellen skyldes ulike forutsetninger ved opsjoner for datakjøp i avtalen med TDC. Telenor har korrekt tatt utgangspunkt i den prisplan som best tilpasses den enkelte abonnementstype.

2.8 Prisforskjeller mellom avtalene basert på TDCs volum og trafikkmonster

Anførselene her er subsidiære i forhold til Telenors prinsipale anførsel om at Telenors volum og priser skal legges til grunn. Selv om man legger TDCs volum og trafikkmonster

til grunn, er prisforskjellen mellom avtalene langt mindre enn det Samferdselsdepartementet la til grunn.

Dette skyldes for det første de kostnader man har lagt til grunn for TDCs datakjøp. TDC hadde i sin avtale to prisplaner. Myndighetene har bare lagt til grunn den dyreste.

Videre har myndighetene lagt til grunn for lavt antall SIM ved beregning av TDCs kostnader gitt prisene fra Network Norways avtale. Det korrekte er å ta utgangspunkt i det antall SIM som TDC har rapportert inn ved ekomstatistikken. Myndighetene har tatt utgangspunkt i antall SIM som TDC har rapportert direkte i saken her. Tvilling- og trillingkort skulle ikke rapporteres i ekomstatistikken, og det er ikke grunn til å tro at de ble rapportert direkte fra TDC til Nkom. Likevel har Nkom gjort fradrag for dem, og det er ikke riktig. I hvert fall er fradraget satt for høyt. SIM til test og internt bruk faller utenfor ekomstatistikken og skulle kommet i tillegg. Det samme gjelder SIM til IP/VPN (internet protocol/virtuelt privat nettverk – metoder for overføring av data).

Etter Tilleggsavtale II er det avgjørende om SIM har trafikk, ikke om de genererer inntekt. Tar man hensyn til disse forholdene, er forskjellen mellom de to avtalene ned mot ti prosent.

2.9 Objektive grunner til prisforskjell

Det er klart at ulikheter i avtalevilkår kan være objektive grunner til prisforskjell. Samferdselsdepartementet har uriktig sett bort fra de forpliktelsene som Network Norway har påtatt seg som objektive grunner til prisforskjell

Volum og **volumrabatt** er sentralt. Det er ikke riktig at det er overlappende rabatter for volum. Volumrabatt knytter seg til faktisk kjøp hver måned og gir ikke noen vedvarende betalingsforpliktelse eller volumforpliktelse over tid.

Når det gjelder objektive forhold, har Telenor pekt på den faste betaling på minst 19 millioner kroner i måneden (**betalingsforpliktelsen**), plikten til å betale for tre milliarder ringeminutter i løpet av avtaleperioden (**volumforpliktelsen**) og avtalens lengde.

En sikret inntekt på 1,2 milliarder kroner har en økonomisk verdi som etter normale kommersielle kriterier gir grunnlag for en prisreduksjon ut over løpende volumrabatt. Det er ikke av betydning at betalingsforpliktelsen eller volumforpliktelsen ikke «kom på spissen» – forpliktelsene hadde sin verdi like fullt.

Det er ikke riktig av Samferdselsdepartementet å legge vekt på at **Telenor ikke har kvantifisert verdien av hver enkelt forpliktelse**. Dette er i realiteten å innføre en omvendt bevisbyrde der Telenor må bevise at det ikke foreligger brudd på plikten til ikke å diskriminere. Det er ikke krav etter Marked 15-direktivet at Telenor skal kvantifisere

verdien av hvert enkelt avtalevilkår. Dette kan ikke utledes av plikten til «oversiktlige vilkår». Sammenhengen mellom avtalevilkår og pris er i praksis et resultat av kommersielle forhandlinger, ikke av matematisk etterprøvbare beregninger. Telenor foretok en totalvurdering av de forpliktelsene Network Norway påtok seg og fant at de begrunnet forskjellen i pris mellom TDCs avtale og Network Norways avtale.

Samferdselsdepartementet har lagt vekt på at **TDC ikke ble tilbudt tilsvarende vilkår som Network Norway**. Men dette er det ikke grunnlag for. Telenor var åpen for å diskutere prisstrukturer og avtalevilkår med TDC både i 2010 og i 2011. Telenors tilbud om 15 prosent prisreduksjon forutsatte i utgangspunktet at TDC tok på seg tilsvarende forpliktelser som Network Norway, men dette ble som følge av «klønete forhandlinger» ikke formidlet til TDC. Under enhver omstendighet kan et manglende tilbud til TDC ikke begrunne at TDC skal få samme pris som Network Norway uten å påta seg de samme forpliktelsene.

Konkurransetilsynet fattet vedtak 21. juni 2018 der Telenor ble pålagt overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven og EØS-avtalen i forbindelse med avtalen med TDC. Telenor påklaget vedtaket til Konkurranseskjennemnda som fattet vedtak 19. juni 2019. Under dissens ble klagen ikke tatt til følge. I denne konkurransesaken fremkommer det opplysninger som kan forstås slik at Telenor ga gode betingelser til Network Norway for at Network Norway skulle foretrekke å bruke Telenors mobilnett fremfor å bygge ut sitt eget mobilnett. Telenor anfører at dette er irrelevant i saken her. Telenor anfører videre at uttalelsene som nemda har lagt vekt på ikke var slik ment. Telenor peker på at vedtaket er avsagt under dissens og opplyser for øvrig at vedtaket vil bli bragt inn for domstolene.

Oppsummeringsvis anfører Telenor at det ikke foreligger brudd på plikten til ikke å diskriminere. Den grunnleggende forutsetning for Samferdselsdepartementets vedtak var ikke til stede, og vedtaket er derfor ugyldig.

2.10 Ekomloven § 10-12 ga ikke hjemmel for vedtaket om tilbakebetaling
Ekomloven § 10-12 første ledd gir en tilbyder som har betalt for høy pris etter en «prisforpliktelse» et privatrettslig krav på tilbakebetaling av overprisen. Annet ledd gir forvaltningen adgang til å fatte vedtak om tilbakebetaling av slik overpris mellom tilbydere. Plikten til ikke å diskriminere er ikke en «prisforpliktelse» slik uttrykket er brukt i loven.

Prisforpliktelser er bestemmelser som direkte angir hvordan prisene skal fastsettes. Dette kan angis i lov eller forskrift, f.eks. ekomloven § 4-9 første ledd og ekomforskriften § 6-3.

Forarbeidene til ekomloven § 10-12 viser at den ikke tok sikte på å hjemle kravet om tilbakebetaling ved brudd på plikten til ikke å diskriminere. Arbeidsgruppen som utredet spørsmålene avgrenset mot dette. Se også Ot.prp. nr. 72 (2006–2007) side 63.

Ved brudd på prisforpliktelser er det selve prisen i den enkelte avtale som er rettsstridig. Ved diskriminering er det ikke prisen i seg selv som er rettsstridig, men forskjellsbehandlingen. Det foreligger heller ingen fast, etablert forvaltningspraksis til støtte for forvaltningens syn.

Ekomloven § 10-12 første ledd fikk i 2017 et nytt annet punktum som presiserer at også overpris som følge av brudd på plikten til ikke å diskriminere omfattes av plikten til å betale tilbake. Forarbeidene gir i Prop. 157 LS (2015–2016) side 24 og 26 inntrykk av at dette er en presisering av gjeldende rett, men dette kan ikke tillegges rettskildemessig betydning.

Samlet tilsier dette at forvaltningen ikke hadde hjemmel til å pålegge tilbakebetaling etter ekomloven § 10-12. Også av denne grunn er vedtaket ugyldig.

2.11 Fastsettelse av tilbakebetalingskravet

Forutsetningene for anførselene her er at det var brudd på plikten til ikke å diskriminere og at det var grunnlag for pålegget om tilbakebetaling.

Det er opp til forvaltningens skjønn om det skal gis pålegg om tilbakebetaling når vilkårene er oppfylt. Men det skjønnnet som er utøvet ved dette spørsmålet angripes ikke.

Det er til en viss grad opp til forvaltningens skjønn å fastsette størrelsen på tilbakebetalingen, men dette kan bare gjøres innenfor rammen av ulovlig overpris. Overprisen er langt lavere enn det Samferdselsdepartementet har lagt til grunn. Det vises til anførselene om hvordan avtalene skal sammenlignes og objektive grunner til forskjellene.

Domstolene kan ikke treffe nytt realitetsvedtak med riktig beløp for tilbakebetaling. Nytt vedtak må treffes av departementet. Konsekvensen av at overprisen er mindre enn departementet har lagt til grunn og at det må fastsettes et lavere beløp for tilbakebetaling er at Samferdselsdepartementets vedtak er ugyldig.

2.12 Telenors krav om tilbakebetaling fra TDC

Telenor har etter pålegg betalt 16 243 827 kroner til TDC. Telenor mener at pålegget er ugyldig og krever derfor pengene tilbake. Ved betalingen ble det tatt uttrykkelig forbehold om tilbakebetaling etter administrativ eller rettslig overprøving av pålegget.

Det er ingen hjemmel for at TDC skal beholde pengene om vedtaket er ugyldig. TDC har bare vist til ekomloven § 10-12 som grunnlag for kravet om tilbakebetaling og for å beholde pengene.

Den ulovfestede læren om tilbakesøkning av uriktig betaling (conditio indebiti) tilsier ikke at TDC kan beholde pengene. Den tilsier tvert om at TDC skal betale dem tilbake. Telenor viser til Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave, 2011, side 708 og Bergsåker, Pengekravsrett, 3. utgave, 2015, side 278.

2.13 Erstatningskrav mot staten

Forutsetningene for kravet her er at vedtaket er ugyldig og at TDC ikke har plikt til å betale tilbake det mottatte beløpet. Staten er da erstatningsansvarlig for det tap Telenor har lidt, jf. skadeserstatningsloven § 2-1. Det er en diskusjon om staten har objektivt ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse, men Telenor anfører ikke objektivt ansvar her. Det gjelder et strengt subjektivt ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse. Staten er både regelprodusent og utøvende myndighet og har mulighet for å pulverisere tapet gjennom beskatning. Forvaltningen står selv for utforming av reglene, og det er da særlig lite rom for rettsvillfarelse som unnskyldningsgrunn. Samferdselsdepartementet, og Nkom, har vært uaktsom både ved vurderingen av diskrimineringsspørsmålet, ved tolkningen av ekomloven § 10-12 og ved fastsettelsen av «overpris».

Telenor skal stilles som om pålegget om tilbakebetaling ikke var gitt. Telenor krever også erstatning for advokatkostnader knyttet til tilbakebetalingssaken. Hele tilbakebetalingssaken var foranlediget av det ugyldige vedtaket. Under enhver omstendighet har Telenor krav på omkostningene ved å få endret vedtakene av Nkom og Samferdselsdepartementet. For tiden april 2013 til november 2016 er kravet 375 502 kroner, og for tiden fra Nkoms vedtak 21 februar 2014 til november 2016 er kravet 197 568 kroner.

Telenor har fremsatt slikt krav:

1. Samferdselsdepartementets vedtak av 16. mars 2015 er ugyldig.

2. Prinsipalt:

TDC A/S og Telia Norge AS dømmes in solidum til å tilbakebetale til Telenor Norge AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra 21. januar 2017 til betaling skjer.

- Subsidiært:

Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet dømmes til å betale Telenor Norge AS erstatning etter rettens skjønn med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra 21. januar 2017 til betaling skjer.

3. TDC A/S, Telia Norge AS og Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet dømmes in solidum til å dekke Telenor Norge AS' sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

3 Ankemotpart nr. 1, staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet, har i hovedtrekk anført:

3.1 Innledning - sentrale problemstillinger

Saken gjelder gyldigheten av Samferdselsdepartementets vedtak av 16. mars 2015. Det er tre hovedspørsmål. Det første hovedspørsmål er om ekomloven § 10-12 ga hjemmel for vedtaket (punkt 3.2). Det annet hovedspørsmål er om vilkårene for tilbakebetaling er oppfylt. Dette igjen reiser to spørsmål. Det første er om myndighetenes sammenligning av avtalene med TDC og Network Norway er lovlig (punkt 3.4). Det annet er om prisdifferansen kan forklares med objektive grunner (punkt 3.5). Det tredje hovedspørsmål er om det er utmålt for høy overpris (punkt 3.6). Her er det sentrale om myndighetene har gjort en forsvarlig vurdering av TDCs antall tellende SIM.

Staten har lagt til grunn en prisdifferanse på 30 prosent, mens Telenor har lagt til grunn en prisdifferanse på 23 prosent.

Telenor har benyttet metoden med regnskapsmessig skille og har lagt til grunn Telenors volum og trafikksammensetning ved sammenligning mellom TDCs avtale og Network Norways avtale. Staten har lagt til grunn en konkret sammenligning og tatt utgangspunkt TDCs volum og trafikksammensetning. Network Norway er mye større enn TDC. Staten har tatt hensyn til dette og kommet til at dette representerer ti prosent, slik at aktuell prisdifferanse er 20 prosent, eller mer nøyaktig 19,8 prosent.

3.2 Ekomloven § 10-12

Telenor er i Marked 15-vedtaket uttrykkelig pålagt ikke å diskriminere med hensyn til pris. Diskriminering kan skje ved for høy pris eller på annet grunnlag.

Ekomloven loven § 10-12 første ledd gjelder tilbyder som har betalt «for høy pris». Den må være satt for høyt etter en prisforpliktelse i loven eller i medhold av lov. Begge Telenors plikter til ikke å diskriminere er fastsatt i medhold av loven, gjennom Marked 15-vedtaket.

Ot.prp. nr. 72 (2006–2007) er sentralt forarbeid. Det er her ingen avgrensing mot for høy pris som følge av prisdiskriminering. Rapporten fra arbeidsgruppen om tilbakebetaling m. m. etter ekomloven kom før denne proposisjonen, og rapporten kan ikke forstås slik at den taler for en innskrenkende forståelse av begrepet.

I forvaltningen har det siden 2011 vært lagt til grunn at ekomloven § 10-12 gir grunnlag for å kunne kreve tilbakebetaling ved for høy pris som følge av prisdiskriminering. Samferdselsdepartementet la dette til grunn i klagen over Marked 15-vedtaket,

departementets vedtak 6. april 2011. Vedtaket var en prinsippavgjørelse der alle involverte aktører ble hørt.

Ekomloven § 10-12 første ledd fikk i 2017 et tillegg der det ble tydeliggjort at overpris som følge av prisdiskriminering ble omfattet. I forarbeidene, Prp. 157 LS (2015–2016), fremgår at lovendringen ikke innebærer noen endring i materiell rettstilstand.

Det dreier seg her om grunnlag for privatrettslige krav mellom private rettssubjekter. Kravet til lovhjemmel er da ikke så strengt som ved betaling til staten, se Rt-1995-530 på side 537.

Reelle hensyn taler med tyngde for at det er hjemmel for å pålegge tilbakebetaling. Tilbakebetaling gir regulert aktør insentiv til å forsikre seg om at prissettingen ikke er diskriminerende. Det vil effektivisere oppfølgingen av plikten til ikke å diskriminere. Dette igjen kan bidra til økt konkurranse og effektivisering i ekommarkedet. De samme hensyn som tilsier at det er en plikt til ikke å diskriminere, taler for at det skal være en adgang til å pålegge tilbakebetaling her.

3.3 Domstolsprøvelse

Grunnlaget for å treffe avgjørelse etter ekomloven § 10-12 er at det er betalt en for høy pris, og dette omtales ofte som «inngangskriteriet». Hvorvidt dette er tilfelle, er rettsanvendelse og kan prøves fullt ut av domstolene. Men her er det skjønnsmessige vurderinger, og domstolene må være tilbakeholdne ved prøvelsen, jf. Rt-1975-603 (Swingball). Dette er faglige vurderinger på et spesielt livsområde. Nkom har omfattende og bred kjennskap til livsområdet og følger med i utviklingen. Det arbeider jurister, økonomer og ingeniører der.

3.4 Myndighetenes sammenligning er lovlig

Ekomloven § 4-7 første ledd påbyr likebehandling mellom eksterne tilgangskjøpere. De skal ha samme objektive vilkår for tilgang til nett. Vilkår kan ikke være forskjellige ut fra hva tjenesten skal brukes til eller hvem tjenesten tilbys. Bestemmelsen innebærer en form for «beste vilkårs bestemmelse», se Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) side 28 og 105.

Paragrafen annet ledd påbyr likebehandling av eksterne tilgangskjøpere med intern virksomhet. Bestemmelsen retter seg mot vertikal integrerte tilbydere med sterk markedsstilling. Regnskapsmessig skille i loven § 4-9 kommer inn her fordi det i mange tilfeller ikke er avtaler internt som kan brukes som utgangspunkt for sammenligning.

Ved vurdering av om det er brudd på plikten til ikke å diskriminere må man ta utgangspunkt i de plikter Telenor har etter Marked 15-vedtaket.

I dette ble Telenor pålagt regnskapsmessig skille for «å sikre ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet», jf. avsnitt 229 i vedtaket. Det skal gjennomføres en regnskapsoppstilling som kan vise at eksterne tilgangskjøpere kan drive med overskudd om de er like effektive som Telenor. Beregningen tar utgangspunkt i omsetning for alle produkter basert på Telenors volum og trafikkmønster, jf. avsnitt 231 i vedtaket. Brudd på testen innebærer at det har foregått diskriminering. Men om testen viser at en ekstern tilgangskjøper kan drive med overskudd, betyr ikke det at det ikke har vært diskriminering.

Marked 15-vedtaket gir anvisning på en fleksibel helhetsvurdering ved etterprøvingen. Også andre metoder enn regnskapsmessig skille kan brukes, jf. avsnitt 235 i vedtaket. Dette er også understreket i departementets vedtak av 6. april 2011.

For at plikten til ikke å diskriminere skal være effektiv må myndighetene gjennomføre kontroll. Vilåårene som tilbys de ulike aktører skal være oversiktlige, slik at det er mulig å kontrollere etterlevelse av prinsippet om ikke å diskriminere og objektivitetskravet, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) side 28. Telenor tilbød forskjellige avtaler til Network Norway og TDC. Network Norway hadde høye faste kostnader og lave variable kostnader, mens TDC fikk lavere faste kostnader og høyere variable kostnader. Dette vanskeliggjorde sammenligningen.

Myndighetene sammenlignet TDCs kostnader til Telenor basert på kontrakten TDC inngikk med Telenor 4. november 2010 og kostnaden TDC ville hatt med en kontrakt tilsvarende Tilleggsavtale II med Network Norway av 18. august 2010. Dette gir en differanse på 30 prosent. Se vedlegg til brev fra Nkom 28. mars 2011 med varsel om vedtak og Nkoms vedtak av 23. mars 2012, vedtaket side 16, begge gjelder rettesaken.

Telenor beregner også forskjellen og finner at denne er 23 prosent. Telenors beregning tar utgangspunkt i kostnader til nettoperåtor og ikke regnskapsmessig skille. Telenors beregning tar utgangspunkt i Telenors volum og trafikkmønster. Denne beregningsmåten er ikke riktig. Særlig andelen on net-trafikk er høy hos Telenor og gir et skjevt resultat.

Myndighetene tar utgangspunkt i den faktiske prisdifferansen, og det er en sammenligning mellom hva TDC faktisk betalte og hva TDC ville ha betalt med prisene fra Network Norways avtale.

Det er ingen holdepunkter i lov eller forarbeider som tilsier at Telenors volum og trafikkmønster skal brukes ved sammenligningen mellom to eksterne tilgangskjøpere. Heller ikke ved sammenligning mellom ekstern tilgangskjøper og intern virksomhet forbyr Marked 15-vedtaket en konkret helhetsvurdering, og metoden med regnskapsmessig skille er heller ikke her eneste måte å etterprøve om det har vært diskriminering.

Telenors tilnærming med bruk av Telenors volum og trafikk sammensetning er en teoretisk sammenligning. Den gir stort handlingsrom til Telenor. Den forutsetter at tilgangskjøpere

som sammenlignes er Telenor, men Telenor skiller seg markert fra alle andre tilgangskjøpere og egner seg derfor ikke som sammenligningsgrunnlag.

Det er ikke riktig at Telenor som sterk aktør etter Marked 15-vedtaket får manglende forutberegnelighet om myndighetenes tilnærming anvendes. Myndighetenes fremgangsmåte følger av en naturlig tolkning av loven. Forhåndsregulering skaper forutsigbarhet, men det er ikke et krav om absolutt forutsigbarhet.

Telenors anførsel om at selskapet ikke kjente antall tellende SIM hos TDC og derfor ikke kan bruke tallene for TDCs volum og trafikksammensetning kan ikke føre frem. Telenor kunne skaffet seg slik oversikt, slik de gjorde med Ventelo. Det er ikke grunnlag for Telenors anførsel om at det vil oppstå en prisspiral om myndighetenes metode anvendes.

Det er tre særlige grunner til at det er forskjell mellom statens tilnærming, med bruk av TDCs volum og trafikksammensetning, og Telenors tilnærming, med bruk av eget volum og trafikkmønstre.

Den første grunnen er on net-trafikk. TDCs avtale inneholder en rabatt på 75 prosent for oppstart av samtale ved on net. Telenor har en on net-andel på 56 prosent, og dette gir en stor rabatt under TDCs avtale. TDC har imidlertid bare en on net-andel på 14 prosent, og det gir langt mindre rabatt. Dette viser at bruk av TDCs trafikkmønstre gir korrekt bilde.

Den andre grunnen er bruk av variabel datapris. TDCs avtale hadde to prismodeller. Den ene hadde en variabel pris på 0,194 til 0,185 kroner pr. MB. Den andre var en fastpris på dedikerte SIM på 90 kroner og en variabel pris på 0,05 kroner pr. MB. Telenor har lagt til grunn at begge prisplaner ble brukt. I praksis ble den siste lite brukt fordi det forutsatte bytte av SIM. Myndighetene har derfor lagt til grunn at bare den første ble brukt. Eventuell beskjeden bruk av den andre prisplanen fanges opp av at myndighetene har innrømmet en forsiktighetsmessig reduksjon på ti prosent.

Den tredje grunnen knytter seg til enhetskostnad for dekning. Network Norways avtale hadde en fastpris for dekning på 19 millioner kroner for 475 000 SIM og en million kroner for hver påbegynte 25 000 SIM. Dette gir en gjennomsnittskostnad ved 475 000 SIM på 40 kroner, og det har Telenor brukt. Øker man med ett SIM, blir gjennomsnittskostnaden 42,1 kroner, og det har myndighetene brukt.

Departementets sammenligning i denne saken er ikke en ny forpliktelse som krever notifikasjon til ESA eller konsultasjon etter ekomloven § 9-3.

3.5 Prisdifferansen kan ikke forankres i objektive vilkår

Staten har som utgangspunkt at prisdifferansen er 30 prosent, mens Telenor mener den er 23 prosent. Det er enighet om at objektive grunner kan resultere i lavere pris og dermed

begrunne forskjellen. Objektive grunner må være oversiktlige, og de kan ikke differensieres ut fra hva tjenesten skal brukes til eller hvilken aktør som får den, se Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) side 28 og 104.

Network Norway hadde markert høyere **volum** enn TDC. Dette er en relevant og objektiv grunn til forskjell i vilkår og pris. TDC hadde en progressiv volumrabatt fra fire prosent for mellom åtte og 15 millioner ringeminutter og inntil elleve prosent ved mer enn 60 millioner ringeminutter. TDC oppnådde aldri mer enn fire prosent volumrabatt.

Network Norway hadde en progressiv rabatt i avtalen fra 2008 og Tilleggsavtale I fra 2009. Tilleggsavtale II fra 2010 hadde ikke en tilsvarende progressiv rabattskala. Her var det en fastpris for dekning på 19 millioner kroner, lavere variable kostnader samt en volumforpliktelse på tre milliarder ringeminutter.

Telenor ble bedt om å synliggjøre verdiene av forskjellene som ble anført å begrunne prisforskjellen med TDCs avtale. Men Telenor tallfestet ikke verdien av forskjellene som anføres som objektive vilkår.

Nkom verdsatte volumforskjellene mellom Network Norways avtale og TDCs avtale. Nkom fant at forskjellen tilsvarer en volumrabatt på 13 prosentpoeng, slik at differansen mellom avtalene reduseres fra 30 prosent til omtrent 20 prosent; departementet fastsatte differansen til 19,8 prosent i vedtaket 20. desember 2012.

Telenor har ikke sannsynliggjort noen merverdi for Telenor av stort volum hos Network Norway ut over det som allerede er hensyntatt.

I Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018 er saksfremlegg av 13. februar 2008 til ledermøte i Telenor gjengitt, og det lyder slik:

... økt volumrabatt på høye volum, denne prisreduksjonen forutsetter at Network Norway ikke kjører vesentlig volum i eget nett. Dette gir også Network Norway incentiv til å bygge mindre

Staten anfører at dette kan forstås slik at Telenor satt vilkår og priser for Network Norway slik at det ikke skulle lønne seg for Network Norway å bygge ut sitt eget nett. Det ville være en fordel for Telenor at det tredje mobilnettet som Network Norway hadde, ikke ble bygget fullt ut.

Telenor anfører at **volumforpliktelsen** som Network Norway påtok seg med å kjøpe tre milliarder ringeminutter i løpet av avtaleperioden, er en objektiv grunn som forklarer prisforskjell. Staten anfører at det ikke er grunnlag for dette. Staten viser til at det allerede er tatt hensyn til volumet. Videre har Telenor ikke sannsynliggjort noen merverdi som

følge av volumforpliktelsen. Endelig ble ikke TDC gitt tilbud om prisreduksjon i bytte mot volumforpliktelse.

Telenor har vist til at Network Norway uansett skal betale 19 millioner kroner pr. måned for tilgang (**betalingsforpliktelsen**), og at dette er en objektiv grunn som forklarer prisforskjell. Staten anfører at dette allerede er tatt hensyn til i forbindelse med volumrabatten. Telenor har ikke sannsynliggjort noen merverdi ved dette. Sikkerhet for betaling av 19 millioner kroner er ingen merverdi i dette konkrete tilfellet fordi Telenor allerede fikk mer enn det dobbelte fra Network Norway hver måned etter Tilleggsavtale I. Endelig ble ikke TDC tilbudt redusert pris i bytte mot økt fastpris. Det er en presumsjon for at Telenor ville gjort det om sikkerhet for betaling var den reelle grunnen for kontraktsvilkåret.

Avtalen med Network Norway var på fire år, og Telenor har anført at **avtalelengden** i seg selv er en objektiv grunn som forklarer prisforskjell. Staten anfører at dette allerede er tatt hensyn til i forbindelse med volum. Telenor har ikke sannsynliggjort noen merverdi ved avtalelengden. TDC ble heller ikke tilbudt redusert pris mot lengre avtaleperiode, og det tilsier at avtalelengden ikke er en objektiv grunn.

Avtalen mellom Telenor og Network Norway inneholdt et **forlikselement**, men dette er ikke et objektivt moment som forklarer prisforskjell.

3.6 Er det utmålt for høy overpris?

Overprisen beregnes ved differanse mellom hva TDC faktisk betalte og hva TDC ville betalt med Network Norways avtale. Beregningen forutsetter at man kjenner antall tellende SIM som TDC hadde i perioden, men det nøyaktige antall er ikke kjent og lar seg ikke beregne nøyaktig.

Det var prisendringer i perioden, og myndighetene beregner derfor tilbakebetalingskravet over fem perioder.

Tilleggsavtale II punkt 7 regulerer betaling for dekning. Punkt 7.2 bestemmer at prisen for dekning tar utgangspunkt i antall SIM som har vært i trafikk de siste 90 dager fratrukket antall SIM som ikke har vært i bruk de siste 30 dagene, tvilling- og trillingkort samt SIM brukt for telemetri (overføring av data mellom to maskiner).

TDC har opplyst til Nkom at selskapet ikke har oversikt over antall SIM. Selskapet har ikke hatt insentiv til å holde oversikt over antall SIM, og krav til sletting mv. gjør det ikke mulig å fremskaffe detaljert informasjon. TDC har derfor i saken her gitt estimer til myndighetene basert på fakturering og tall fra andre perioder. I tallene inngår tvilling- og trillingkort, men TDC har holdt SIM brukt til test eller internt utenfor.

Departementet kom til at det var noe usikkerhet rundt antall SIM og at beløpet for tilbakebetaling kunne være noe lavere enn det Nkom hadde lagt til grunn. Departementet la inn en forsiktighetsmargin og reduserte beløpet med ti prosent til 16 243 827 kroner, inklusive renter, jf. departementets vedtak 16. mars 2015.

Dette tilsier at beløpet beregnet for dekning etter Tilleggsavtale II og tilbakebetalingskravet ikke er for høyt. Det er grunnlag for å anføre at tilbakebetalingskravet skulle vært høyere.

Ved beregning av betaling for dekning har Telenor for fastsettelse av antall SIM tatt utgangspunkt i ekomstatistikken. Telenor har da fått for høye tall for SIM, for høye kostnader til dekning etter Network Norways avtale og for lavt beløp for tilbakebetaling.

Domstolenes prøvelse av departementets skjønnsmessig fastsettelse av tilbakebetalingsbeløpet må tilpasses den faktiske situasjon. Prøvingen må begrenses til en forsvarlighetskontroll, jf. Rt-1982-241 (Altasaken).

3.7 Uansett ikke grunnlag for erstatning

Det er ikke grunnlag for erstatningsansvar. Statens rettslige og faktiske vurderinger har vært forsvarlige. Det er vist til Rt-2010-291 (Vangen) avsnitt 34, 42 og 49, Rt-1957-860, Rt-1972-578 og Rt-1999-1273.

Staten har fremsatt slikt krav:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

4. Ankemotpart nr. 2 og 3, TDC A/S og Telia Norge AS, har i hovedsak anført følgende:

TDC har som utgangspunkt en ubetinget rett til å få tilbake og beholde den ulovlige overprisen Telenor har tatt.

Ekomloven § 4-7 forbyr diskriminering. Dette er satt i kraft gjennom Marked 15-vedtaket overfor Telenor.

Plikten til ikke å diskriminere må overholdes, og da må myndighetene håndheve forpliktelsen. Ekomloven eller Marked 15-vedtaket foreskriver ikke en bestemt metode for kontroll. Det kan ikke være slik at Telenor fritt kan velge en handlemåte som innebærer diskriminering bare fordi det ikke er noen definert kontrollmåte for dette i lov eller vedtak. Vurderingsnormer utvikles fra sak til sak. Det er ikke ekstraordinært at man ikke vet på

forhånd hvilken metode myndighetene bruker for kontroll, slik er det f.eks. også i skatteretten.

Ved kontroll av diskriminering mellom ekstern tilbyder og intern virksomhet legger Marked 15-vedtaket opp til regnskapsmessig skille. Men i avsnitt 235 fremgår at også andre metoder kan benyttes her. I avsnitt 177 pekes på at det må foretas en konkret vurdering.

Ekomloven § 10-12 gir hjemmel for tilbakebetaling av overpris.

Vedtaket om tilbakebetaling er gyldig. Domstolene må være tilbakeholdne med prøvelsen, jf. Rt-1975-603 (Swingball) og Rt-2008-1555. Forvaltningen har her særlig kompetanse.

Det er enighet om at det er prisforskjell mellom avtalen med TDC og avtalen med Network Norway. Spørsmålet er hvor stor prisforskjellen er og om den kan begrunnes objektivt. Statens tilnærming og beregning er korrekt.

Sommeren 2010 var Telenor i forhandlinger med TDC og Network Norway. TDC fikk en reduksjon på 15 prosent, men denne ble satt skjønnsmessig. Først i ettertid har Telenor vist til rapportering av regnskapsmessig skille. Det er ingen objektiv grunn til at Network Norway fikk bedre vilkår enn TDC. Videre fikk TDC beskjed om at endret varighet eller bulkkjøp ikke ville endre grensen på 15 prosent prisreduksjon. Overfor TDC viste Telenor til plikten til ikke å diskriminere i forhold til Network Norway, men det var ingen faktisk forankring for dette.

Selv om Samferdselsdepartementets vedtak av 16. mars 2015 er ugyldig fordi det mangler hjemmel, har TDC rett til å beholde overprisen. TDC har rett til å få ulovlig overpris refundert, jf. ekomloven § 10-12 første ledd. Videre følger det av avtalene mellom TDC og Telenor at de er inngått på ikke-diskriminerende vilkår. TDC må da ha rett til å få overprisen tilbake, se bl.a. LB-2006-134203.

Telenor tok forbehold om oppgjørskorreksjon da beløpet ble utbetalt. Det gikk 21 måneder før Telenor krevet pengene tilbake. Forbeholdet kan ikke lenger gjøres gjeldende.

Reglene om tilbakesøkning av uriktig betaling (*conditio indebiti*) tilsier at Telenor ikke har krav på å få pengene tilbake og at TDC må kunne beholde dem. Det er særlig pekt på at forbehold ikke varer evig, tidsmomentet og at TDC hadde en berettiget forventning om å beholde pengene.

Pengene ble betalt fra Telenor til TDC A/S, ikke til TDC AS. Det er da bare grunnlag for å kreve pengene tilbake fra TDC A/S, og de kan ikke kreves tilbake fra Telia Norge AS.

Det er ikke grunnlag for solidaransvar for eventuelle omkostninger som idømmes staten. Saksomkostninger må fordeles likt mellom Telia Norge AS og TDC A/S, og det er ikke grunnlag for solidaransvar.

TDC A/S og Telia Norge AS har fremsatt slikt krav:

1. Anken forkastes.
2. Telia Norge AS og TDC A/S tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsretten.

5. Lagmannsretten ser slik på saken:

Vedtaket 16. mars 2015 om tilbakebetaling er truffet med hjemmel i ekomloven § 10-12. Lagmannsretten behandler først spørsmålet om bestemmelsen ga hjemmel til dette.

5.1 Ga ekomloven § 10-12 hjemmel for vedtaket 16. mars 2015?

Ekomloven § 10-12 første ledd bestemmer at tilbyder som har betalt overpris kan kreve denne tilbake. Etter annet ledd kan myndighetene pålegge tilbakebetaling, og det er gjort i vedtaket 16. mars 2015. Ekomloven § 10-12 første og annet ledd lød slik da vedtakene i saken ble truffet:

Tilbyder som har betalt for høy pris i forhold til en prisforpliktelse fastsatt i eller i medhold av denne lov, kan kreve overprisen tilbakebetalt.

Etter anmodning fra den berettigede kan myndigheten fatte enkeltvedtak om tilbakebetaling av overpris mellom tilbydere. ...

Uenigheten mellom partene knytter seg til begrepet «prisforpliktelse». Telenor anfører at kravet til ikke å diskriminere ikke knytter seg til en prisforpliktelse, men til en forpliktelse til å behandle like tilfeller likt. Staten og TDC peker på sammenhengen mellom pris og øvrige forpliktelser og anfører at et brudd på plikten til ikke å diskriminere kan gi seg utslag i at man har krevet for høy pris og at dette kan være et brudd på en prisforpliktelse i § 10-12 sin forstand.

Uttrykket prisforpliktelse er ikke definert i ekomloven.

Etter lagmannsrettens syn tyder begrepet prisforpliktelse i seg selv på en forpliktelse knyttet direkte til pris, f.eks. maksimalpris. Dette styrkes av at det er egne bestemmelser i lov og forskrifter om fastsettelse av priser, se loven § 4-9 første ledd og ekomforskriften § 6-3. Synspunktet svekkes imidlertid noe av at det er en nær sammenheng mellom pris og de øvrige forpliktelser i en avtale.

Ekomloven § 10-12, slik den lød da vedtakene ble truffet, kom inn i loven ved lovendring i 2008. Ot.prp. nr. 72 (2006–2007) var forarbeid til denne. På side 63 kommenteres utkastet til ny § 10-12:

Myndighetens vedtak knytter seg til prisen på produktet/tjenesten i forhold til den enkelte kjøper. Krav om tilbakebetaling etter første ledd vil avhenge av at prisen er underlagt et prisreguleringskrav som ikke avklarer riktig pris på forhånd, jf ovenfor; det kan for eksempel være et krav til kostnadsorientert pris. Et slikt prisreguleringskrav kan følge enten direkte i lov, jf. gjeldende §§ 4-11, 4-12 og ekomforskriften § 6-3, eller vedtak gitt i medhold av lov, jf. § 4-9.

Plikten til ikke å diskriminere er ikke nevnt i forarbeidene, og det er ikke vist til ekomloven § 4-7. Etter lagmannsrettens syn taler forarbeidene for at prisforpliktelse skal forstås som en forpliktelse knyttet direkte til pris og ikke til brudd på plikten til ikke å diskriminere.

Proposisjonen bygget på en utredning fra en arbeidsgruppe som var nedsatt for å vurdere spørsmålet om det skulle inntas en hjemmel om tilbakebetaling/tilleggsbetaling i ekomloven. Arbeidsgruppens rapport er datert 19. januar 2005. Det fremgår av arbeidsgruppens rapport:

Ikke-diskrimineringsvirkemiddelet kan innebære krav til prisfastsettelsen, men da i form av lik pris for lik tjeneste. Arbeidsgruppen er i mandatet ikke bedt om å vurdere hvorvidt tilbakebetaling bør finne sted på bakgrunn av vedtak om ikke-diskriminering. Arbeidsgruppen har derfor valgt å avgrense mot å vurdere hvorvidt det bør innføres en hjemmel om etteroppgjør ved brudd på kravet til ikke-diskriminering. Dette spørsmålet bør eventuelt underlegges en særlig vurdering.

Arbeidsgruppens avgrensning mot plikten til ikke å diskriminere er ikke nærmere kommentert i proposisjonen. Det ville vært naturlig dersom departementet forutsatte at dette skulle omfattes av bestemmelsen om tilbakebetaling. Lagmannsretten forstår derfor lovhistorikken slik at den støtter synet om at det er forskjell på prisregulering og plikten til ikke å diskriminere.

I proposisjonen punkt 7.5, side 34, kommenteres bakgrunnen for innføring av bestemmelsen om tilbakebetaling:

Forslaget medfører at den som har krevd og fått en ulovlig høy pris, ikke skal ha rett til å beholde den ulovlige inntekten av overprisen. Formålet med forslag til hjemmel om tilbakebetaling er å bidra til at uenighet mellom tilbyderne når det gjelder pris for tilgang til nett ikke skal ta unødig tid og ressurser, og forhindre "trenering" som kan svekke utvikling og konkurranse i ekommarkedet.

Etter lagmannsrettens syn gir denne uttalelsen liten veiledning for forståelsen av begrepet prisforpliktelse og bestemmelsens rekkevidde. Samlet finner lagmannsretten at

forarbeidene taler for at overpris i forbindelse med brudd på plikten til ikke å diskriminere ikke omfattes av bestemmelsen om brudd på prisforpliktelse.

Lagmannsretten finner at det er flere reelle hensyn som taler for at overpris ved brudd på plikten til ikke å diskriminere skal omfattes av bestemmelsen. Lagmannsretten peker her på at det gir en regulert aktør et ekstra insentiv til å følge reguleringen. Den som har betalt overpris kan gå til sivilt søksmål, men dette tar tid og kan være kostnadskrevenende. Omfattes overpris her av bestemmelsen slik at tilbakebetaling kan bestemmes i vedtak, effektiviseres inndrivelsen og plikten til ikke å diskriminere. Alt dette bidrar til konkurranse og effektivisering i ekomarkedet.

På den annen side: om bestemmelsen ikke gjelder ved brudd på plikten til ikke å diskriminere, taper ikke tilgangskjøperen adgangen til å kreve eventuell for mye betalt tilbake. Adgangen til å fremme krav ved domstolene er fortsatt åpen.

Slik lagmannsretten oppfatter det, er det begrenset forvaltningspraksis rundt hjemmelsspørsmålet. Samferdselsdepartementet uttalte seg om spørsmålet i brev 6. april 2011. Det er vedtaket i Telenors klage over Marked 15-vedtaket. Her uttalte departementet:

Departementet mener at krav om ikke-diskriminering, både alene og i kombinasjon med krav om rapportering av regnskapsmessig skille, stiller et visst krav til Telenors prisfastsettelse og at dette må anses for å være en mild form for prisregulering.

...

Etter departementets syn tilsier de generelle hensyn, som begrunnet innføringen av regelen i § 10-12, at også vedtak om ikke-diskriminering etter § 4-7 kan medføre tilbakebetaling, jf. gjennomgangen ovenfor. Siden Ot. prp.nr. 72 ikke utelukker at § 4-7 omfattes av bestemmelsen, kan departementet heller ikke se at arbeidsgruppens forutgående mandat kan innebære noen innskrenkende fortolkning av begrepet "prisforpliktelse".

Departementet finner på dette grunnlag at § 10-12 gir hjemmel til å kreve tilbakebetalt eventuell overpris som følge av brudd på kravet til ikke-diskriminering sammenholdt med kravet til regnskapsmessig skille.

Vedtaket ble truffet etter at alle involverte aktører ble hørt. Det styrker verdien av uttalelsen noe. Lagmannsretten peker på at dette bare er én sak og dermed begrenset praksis, og lagmannsretten tillegger derfor ikke uttalelsen stor vekt.

Ekomloven § 10-12 ble i 2017 endret slik at første ledd fikk et nytt annet punktum:

Dette gjelder også overpris som følge av brudd på plikten til ikke-diskriminering

Om denne endringer uttaler departementet i Prop. 157 LS (2015–2016) s. 26:

Departementet presiserer at arbeidsgruppen avgrenset mot å utrede ikke-diskrimineringstilfellene av tidshensyn, og fordi man ønsket å konsentrere seg om hovedspørsmålet, som var om det burde innføres en hjemmel for tilbakebetaling mellom tilbydere. Det er ikke foretatt en tilsvarende begrensning mot ikke-diskrimineringstilfeller i merknaden til tilbakebetalingsbestemmelsen i ekomloven. Tvert imot er problemstillingene om tilbakebetaling gjennomgått i merknaden på et generelt grunnlag med vekt på de hensyn som begrunnet innføring av en slik regel for alle former for prisforpliktelser. Departementets intensjon med endringen som nå foreslås i § 10-12 om tilbakebetaling, er ikke å endre på gjeldende rettsstilstand, men å tydeliggjøre at brudd på ikke-diskrimineringsplikten omfattes av bestemmelsen etter gjeldende rett.

Etter forarbeidene var lovendringen dermed ansett å være en presisering av gjeldende rettsstilstand og ikke en utvidelse av anvendelsesområdet for hjemmel til å fatte vedtak om tilbakebetaling. Etter lagmannsrettens syn har ikke en slik etterfølgende uttalelse fra lovgiverhold like stor vekt som uttalelser i forarbeidene.

Etter lagmannsrettens syn taler mye for å forstå lovendringen slik at det ikke var klart om overpris som følge av brudd på plikten til ikke å diskriminere var omfattet av loven. Etter lagmannsrettens syn gir lovendringen i seg selv ikke støtte for at overpris som følge av brudd på plikten til ikke å diskriminere var omfattet av loven. Snarere indikerer behovet for presisering at det ikke fremstod som opplagt at det var hjemmel for tilbakebetaling ved brudd på plikten til ikke å diskriminere.

Men lagmannsretten finner det på den annen side vanskelig å forstå lovendringen slik at den i seg selv er en støtte til at overpris som følge av brudd på plikten til ikke å diskriminere, ikke var omfattet av loven.

Staten har vist til at betalingen som pålegges her er til fordel for private og at kravet til klar hjemmel i lov da ikke er så strengt som ved pålegg om betaling til staten. Så lenge det dreier seg om pålegg overfor private om å betale, finner lagmannsretten at synspunktet ikke kan tillegges stor vekt.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at ekomloven § 10-12, slik den lød, ikke ga hjemmel til å pålegge tilbakebetaling ved brudd på plikten til ikke å diskriminere. Vedtaket 16. mars 2015 er derfor ugyldig.

5.2 TDCs krav om tilbakebetaling uavhengig av ekomloven § 10-12

Telenor krever at TDC skal betale tilbake pengene TDC fikk fra Telenor når betalingen bygger på et ugyldig vedtak. TDC på sin side anfører at selskapet har rett til å beholde pengene uavhengig av om ekomloven § 10-12 ga hjemmel for en plikt om tilbakebetaling.

TDCs anførsel her bygger på at Telenor har brutt plikten til ikke å diskriminere og at TDC derfor har betalt en overpris.

TDC har særlig vist til at både avtalen fra 2005 og avtalen fra 2010 med Telenor legger til grunn at prisene bygger på en forutsetning om at avtalene ikke er diskriminerende. I anneks 5 punkt 6 i avtalene står det:

...

The present tariffs reflect non-discrimination as regards access to and call origination in the Networks (ref. Market 15 as defined in the EU-Commission statement K(2003)497 dated 2003/02/11). ...

TDC har også vist til alminnelige rettsgrunnsetninger.

Telenor har vist til at det i forbindelse med utbetaling av beløpet til TDC ble tatt forbehold om å kreve pengene tilbake om klage eller domstolsbehandling skulle vise at det ikke var grunnlag for kravet om tilbakebetaling, jf. brev 6. mars 2014.

Lagmannsretten peker på at plikten til ikke å diskriminere følger av ekomloven § 4-7 og Marked 15-vedtaket. Dette reflekteres i nevnte punkt 6 i avtalen. I LB-2017-72236 ble det pålagt tilbakebetaling i en sak med likhetstrekk med denne. Lagmannsretten er av den oppfatning at alminnelige rettsgrunnsetninger tilsier at Telenor ikke kan beholde en pris som er for høy etter offentligrettslige regler som her. Lagmannsretten bemerker at partene ikke har tatt opp misligholdsbestemmelsene i kontrakten, men kan ikke se at de bestemmelsene ville medført et annet resultat. Har TDC betalt for mye, har TDC krav på å få dette tilbake. Lagmannsretten kan ikke se at forbeholdet i brev 6. mars 2014 medfører at TDC ikke har krav på det som er betalt for mye, selv om ekomloven § 10-12 ikke ga hjemmel for departementets vedtak.

Lagmannsretten må etter dette ta stilling til om Telenor har brutt plikten til ikke å diskriminere. Lagmannsretten tar først stilling til hvordan avtalene kan sammenlignes (punkt 5.3), videre til hvor stor forskjellen mellom avtalene er (punkt 5.4) og til slutt om det foreligger forhold som rettferdiggjør forskjellen (punkt 5.5).

Hvis lagmannsretten kommer til at plikten til ikke å diskriminere er brutt og at TDC har betalt for mye, må lagmannsretten ta stilling til hvor mye overprisen utgjør. Er beløpet mindre enn det som allerede er betalt, må lagmannsretten ta stilling til TDCs anførsel om at pengene likevel kan beholdes, jf. læren om *conditio indebiti*.

5.3 Sammenligning mellom avtalen med TDC og avtalen med Network Norway – valg av metode

For å fastslå om Telenor har brutt plikten til ikke å diskriminere må de to avtalene sammenlignes. Ettersom avtalene har forskjellig struktur, og det er flere variabler, byr dette

på utfordringer; man kan ikke bare sammenligne enkeltelementer. Særlig volum og trafikkstruktur har betydning. Man må finne et utgangspunkt for sammenligningen.

Ved sammenligningen har Telenor tatt utgangspunkt i regnskapsmessig skille og anvendt Telenors volumer og trafikksammensetning på henholdsvis prisene i avtalen med TDC og avtalen med Network Norway. Telenor har kommet til en forskjell på 23 prosent. Myndighetene har foretatt en mer direkte sammenligning og sett hvilke kostnader TDC med sitt volum og trafikksammensetning ville hatt med Network Norways avtale. Myndighetene har kommet til en forskjell på i utgangspunktet 30 prosent.

Ekomloven § 4-7 forbyr tilbyder med sterk markedsstilling å diskriminere. Første ledd gjelder mellom to eksterne tilbydere som begge får tilgang («ekstern/ekstern»). Annet ledd gjelder mellom ekstern tilbyder og egen virksomhet («ekstern/intern»). Bestemmelsene lyder:

Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til eksterne tilbydere på ikke-diskriminerende vilkår.

Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samtrafikk og tilgang til andre tilbydere på samme eller likeverdige vilkår og til samme eller likeverdig kvalitet som det tilbys egen virksomhet, datterselskaper eller partnervirksomheter.

Loven gir liten nærmere veiledning i hva plikten til ikke å diskriminere innebærer. Heller ikke forarbeidene gir særlig veiledning. I Ot.prp. 58 (2002–2003) side 101 står det:

Med ikke-diskriminerende menes at forpliktelsene som pålegges skal være like i like tilfeller, hensynet til forholdsmessighet innebærer at ulike tilfeller vil bli behandlet ulikt og at forpliktelsene som pålegges skal stå i forhold til det som ønskes oppnådd.

I merknadene til § 4-7, side 62, står:

Bestemmelsens første ledd hjemler myndighetens adgang til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å behandle eksterne brukere likt, dette medfører et forbud mot å diskriminere mellom eksterne brukere. Ordlyden innebærer en slags «beste vilkårs bestemmelse» i den forstand at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys til andre konkurrerende tilbydere.

Uttalelsen sier at ved vurderingen av om plikten til ikke å diskriminere mellom eksterne tilbydere er brutt må avtalene sammenlignes. Men det er ikke gitt noen veiledning for hvordan sammenligning skal skje.

Ekomloven § 4-8 gir myndighetene hjemmel til å pålegge et regnskapsmessig skille mellom ulike virksomheter, og første ledd lyder:

Myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å opprette regnskapsmessig skille mellom ulike virksomhetsområder eller mellom spesifiserte aktiviteter knyttet til samtrafikk og tilgang.

Et pålegg om å opprette regnskapsmessig skille er en selvstendig forpliktelse, men det er også et virkemiddel for myndighetene til å etterprøve om kravet til ikke-diskriminering er oppfylt. I Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) side 105 fremgår i merknadene til bestemmelsen:

Hovedformålet med bestemmelsen er å sikre at transaksjoner mellom tilbydere, og imellom tilbyders egne ulike forretningsområder skjer på vilkår som legger forholdene til rette for utvikling av bærekraftig konkurranse, og forhindrer konkurransevridende kryssubsidiering. Bestemmelsen gir myndigheten kompetanse til å pålegge innføring av regnskapsmessig skille mellom ulike forretningsområder, og i spesielle tilfeller også krav om strukturelt skille (dvs. oppdeling i juridiske enheter). Bestemmelsen bør også sees i sammenheng med evt. krav om ikke-diskriminering, jf. § 4-7. I relasjon til kravet om ikke-diskriminering vil supplerende krav om regnskapsmessig skille kunne gi myndigheten mulighet til å etterprøve oppfyllelse av eventuelle forpliktelser om ikke-diskriminering.

I Marked 15-vedtaket fikk Telenor pålegg om regnskapsmessig skille. I vedtaket ble det behandlet i forbindelse med plikten til ikke å diskriminere i forholdet mellom ekstern tilbyder og egen virksomhet. I avsnitt 164 står det:

En tilbyder med sterk markedsstilling kan ha mulighet og insentiv til å diskriminere mellom egen og andre tilbyders sluttbrukervirksomhet for å overføre markedsrett fra grossistmarkedet til det beslektede sluttbrukermarkedet. Diskrimineringen kan skje med hensyn til pris eller øvrige vilkår. En dominerende tilbyder kan videre ha insentiver til å diskriminere mellom eksterne kunder som en strategi for å utnytte markedsrett. Slik diskriminering kan finne sted mellom eksterne kjøpere av samme eller forskjellige former for tilgang. Diskriminering utgjør således et potensielt konkurranseproblem i markedet for tilgang og originering i mobilnett.

Videre står det i avsnitt 232:

PT mener fremdeles at regnskapsmessig skille er nødvendig for å gjøre kravet til ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet tilstrekkelig effektivt og utvider og klargjør derfor forpliktelser om rapportering av regnskapsmessig skille for MVNO-tilgang.

Marked 15-vedtaket sier ikke at regnskapsmessig skille er den eneste måten å kontrollere om det foreligger diskriminering i forholdet mellom ekstern tilbyder og egen virksomhet. Vedtaket sier at det må foretas en helhetsvurdering, og lagmannsretten forstår dette slik at også andre metoder kan trekkes inn, se avsnitt 235:

Regnskapsmessig skille er som nevnt innledningsvis et verktøy for å følge opp kravet til ikke-diskriminerende priser. Ved vurderingen av om kravet til ikke-diskriminering er overholdt, vil PT også kunne benytte andre økonomiske analyser. Hvorvidt prisene for MVNO-tilgang, herunder både tale, SMS og datatrafikk, er i overensstemmelse med kravet til ikke-diskriminering, vil således avgjøres ut fra en helhetsvurdering.

Lagmannsretten kan ikke se at Marked 15-vedtaket sier noe om hvordan etterlevelse av plikten til ikke å diskriminere mellom eksterne tilbydere skal kontrolleres eller hvordan avtaler mellom eksterne tilbydere skal sammenlignes. Slik lagmannsretten forstår loven, forarbeidene og Marked 15-vedtaket er det ikke noe pålegg i disse om at sammenligningen må skje ved regnskapsmessig skille. Lagmannsretten har merket seg siste setning i avsnitt 235, der det står at spørsmålet om det er brudd på kravet til ikke å diskriminere må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Dette er knyttet opp til sammenligning mellom ekstern tilbyder og intern virksomhet. Når man der ikke er bundet til regnskapsmessig skille, må det etter lagmannsrettens syn enn mer gjelde ved sammenligning mellom eksterne tilbydere der det ikke er gitt anvisning på noen metode for sammenligning.

Telenor har pekt på at regnskapsmessig skille er en naturlig måte å sammenligne avtaler med eksterne tilbydere på. Regnskapsmessig skille brukes allerede ved sammenligning mellom ekstern tilbyder og egen virksomhet. Gjennom regnskapsmessig skille har man sammenligning mellom egen virksomhet og én ekstern tilbyder. Man har da etablert et utgangspunkt og kan bruke den samme metoden til å sammenligne med en ny ekstern tilbyder, og slik kunne sammenligne de to eksterne tilbyderne. Telenor anfører videre at man med denne metoden slipper å innhente opplysninger utenfra.

Lagmannsretten peker på at det er gitt anvisning på metoden med regnskapsmessig skille i forbindelse med plikten til ikke å diskriminere mellom ekstern tilbyder og egen virksomhet. Der har man i utgangspunktet ikke noen annen ekstern å sammenligne med, og regnskapsmessig skille gir derfor et grunnlag for sammenligning.

Telenor har ved sammenligningen etter metoden med regnskapsmessig skille brukt sine egne tall for volum og trafikksammensetning. Sammenligningen bygger altså på Telenors tall basert på henholdsvis prisene for henholdsvis TDC og Network Norway. Myndighetene har sammenlignet TDCs faktiske kostnader med hva TDC ville hatt av kostnader med prisene Network Norway hadde i Tilleggsavtale II. Etter lagmannsrettens syn gir dette et resultat som er tettere på realitetene for de involverte selskapene enn metoden med regnskapsmessig skille.

TDC hadde i sin avtale en rabatt for on net-trafikk. Tilleggsavtale II med Network Norway hadde ikke det. Men med det volumet TDC hadde ble det ikke en omfattende on net-trafikk. Med Telenors langt større volum ble on net-trafikken langt større. Når da Telenor

anvendte sine tall for volum og trafikksammensetning, herunder on net-trafikk, fikk rabatten for on net-trafikk stor betydning. Det reduserte forskjellen mellom de to avtalene.

Dette tilsier etter lagmannsrettens syn at metoden med regnskapsmessig skille som Telenor har anvendt, gir et noe teoretisk bilde av forskjellene, og den direkte sammenligningen som myndighetene har gjort, gir et mer realistisk bilde.

Telenor har anført at ved direkte sammenligning etter myndighetenes metode kan man få en spiral nedover. Med bakgrunn i plikten til ikke å diskriminere kan eksterne tilbydere da bruke hverandres avtaler som argument for å få prisene ned. Bruker man metoden med regnskapsmessig skille og Telenors tall for alle, unngår man dette. Lagmannsretten viser til forklaringen fra de sakkyndige Fjell og Steen og forstår det slik at så lenge den tilbudte prisen er basert på objektive forhold, vil den ikke gi noen negativ prisspiral når de samme vilkår tilbys alle potensielle kunder.

Telenor har anført at metoden med direkte sammenligning som myndighetene har anvendt ikke gir tilstrekkelig forutsigbarhet. Lagmannsretten peker på at det ikke er foreskrevet noen metode for sammenligning i loven eller forskriften og at Marked 15-vedtaket for sammenligning mellom ekstern tilbyder og egen virksomhet legger opp til metoden med regnskapsmessig skille, men også foreskriver en helhetsvurdering. Det har dermed ikke vært helt uventet at den direkte metoden er anvendt.

Telenor har anført at selskapet ikke kjente tellende SIM hos TDC og at den direkte metoden derfor ikke kunne anvendes. Lagmannsretten legger til grunn at Telenor kunne skaffet seg slik kunnskap, i hvert fall tilstrekkelig oversikt over dette, til at metoden kunne anvendes.

Samlet sett ser lagmannsretten det slik at loven og Marked 15-vedtaket ikke foreskriver noen spesiell metode for å fastslå om plikten til ikke å diskriminere mellom eksterne tilgangskjøpere, her TDC og Network Norway, er overholdt. Lagmannsretten finner at den direkte metode som myndighetene har brukt gir et klart bedre bilde enn metoden med regnskapsmessig skille som Telenor har brukt. For å fastslå om det foreligger brudd på plikten til ikke å diskriminere tar lagmannsretten derfor utgangspunkt i myndighetenes vedtak og metoden der.

5.4 Forskjellen mellom TDCs avtale og Tilleggsavtale II med Network Norway basert på direkte sammenligning

Myndighetene har sammenlignet det TDC betalte etter sin avtale med det TDC med sitt volum og trafikksammensetning ville betalt med Network Norways avtale. Myndighetene har kommet til at dette er 30 prosent dyrere med TDCs avtale enn med Network Norways avtale. Myndighetene har videre kommet til at volumforskjellen mellom Network Norway

og TDC er en objektiv grunn som begrunner en reduksjon, slik at forskjellen reelt er i underkant av 20 prosent.

Telenor har anført at selv om man sammenligner direkte, er forskjellen markert mindre enn det myndighetene har kommet til. Det er anført to grunner for dette.

Den første er at myndighetene har beregnet for høye kostnader for TDC for data. TDCs avtale hadde to prisplaner for data. Myndighetene har bare brukt prisplan 1, som var noe dyrere enn prisplan 2. Telenor viser til at begge faktisk ble brukt og at begge derfor burde vært brukt i beregningen. Rent faktisk ble begge brukt. Men staten og TDC har opplyst at prisplan 2 forutsatte at kunden byttet SIM. Dette var svært upraktisk, og det ble derfor gjort i svært liten grad. Staten har videre opplyst at det endelige tilbakebetalingsbeløpet ble redusert med ti prosent for å ta høyde for usikkerhet. Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at prisplan 2 i svært liten grad ble brukt og at det var riktig bare å bruke prisene for data fra prisplan 1 på beregning av TDCs kostnader.

Telenor har for det andre anført at myndighetene har lagt til grunn for lavt antall SIM for TDC og dermed fått for lave kostnader ved beregning av hva TDC, med sine volum, ville betalt med Network Norways avtale.

Teleselskapene skal innberette antall SIM til ekomstatistikken. I beregningen tok myndighetene ikke utgangspunkt i det TDC hadde innberettet dit. Myndighetene tok utgangspunkt i tall TDC direkte oppga til Nkom. Telenor anfører at man burde ta utgangspunkt i tallene fra ekomstatistikken. Staten har vist til at TDC ikke hadde noen oppfordring til å begrense antall SIM eller holde oversikt over dem ved innrapportering og at tallene derfor er markert for høye. Staten har videre vist til at tallene ikke kan rekonstrueres fordi selskapet er pålagt å slette opplysningene og fordi TDCs interne system er endret. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at man fikk mer nøyaktige tall direkte fra TDC og at det ikke var uriktig å ta utgangspunkt i disse.

Etter Network Norways avtale skulle det ikke betales for tvilling- eller trillingkort. TDC hadde ikke tall for dette i de aktuelle periodene, men har estimert antall tvilling- og trillingkort basert på andre perioder. Ved beregning av antall SIM hos TDC har myndighetene gjort fradrag for dette. Tvilling- og trillingkort skulle ikke innberettes til ekomstatistikken. Telenor anfører at det ikke er holdepunkter for at tvilling- og trillingkort inngikk i tallene TDC oppga til myndighetene og at det derfor var galt å gjøre fradrag for dem, i hvert fall er fradraget satt for høyt. Etter bevisførselen finner lagmannsretten ikke grunnlag for Telenors anførsler her.

Det skal ikke innberettes SIM til internt bruk, testing eller IP/VPN til ekomstatistikken. Telenor anfører at disse derfor må komme i tillegg. Etter Network Norways avtale skulle det ikke betales for SIM til telemetri. Lagmannsretten legger til grunn at alle, eller så godt

som alle, SIM til IP/VPN omfattes av unntaket for telemetri og at myndighetene derfor korrekt ikke har gjort tillegg for SIM til IP/VPN. Etter avtalen var det bare SIM med trafikk det skulle betales for. De aller fleste SIM brukt til test ble lagt bort etter testing, og lagmannsretten finner det derfor riktig at disse ikke er tatt med.

Lagmannsretten forstår det slik at TDC ikke opplyste om antall SIM brukt internt i TDC og at myndighetene heller ikke har gjort noe tillegg for disse. TDC har i e-post 27. januar 2014 opplyst at selskapet ikke har tatt med SIM til internt bruk fordi det ikke er inntekter eller utgifter knyttet til dem. Lagmannsretten forstår det slik at TDC etter sin avtale ikke betalte noe til Telenor for de interne SIM. Her er imidlertid problemstillingen hva TDC ville betalt til Telenor med Network Norways avtale. Lagmannsretten kan ikke se at det i denne avtalen er unntak for interne SIM. Lagmannsretten forstod videre forklaringen fra Kennet Olsen i Nkom slik at han mente interne SIM skal telle med. Lagmannsretten er etter dette kommet til at interne SIM skal telle med ved beregningen av TDCs kostnader med Network Norways avtale. Dette medfører at antall SIM skulle vært noe høyere og differansen noe mindre. Etter det opplyste dreier det seg om mellom 130 og 200 SIM. I perioden har TDC ellers hatt i størrelsesorden 30 000 til 40 000 SIM, og de interne SIM har derfor liten betydning. Lagmannsretten peker på at i tilbakebetalingskravet Samferdselsdepartementet fastsatte ble det gjort fradrag på ti prosent, og lagmannsretten legger til grunn at den ekstra kostnad som disse SIM medførte fanges opp av dette.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at den beregningen som myndighetene har gjort og som viser en forskjell mellom avtalen TDC hadde og avtalen Network Norway hadde på 30 prosent bygger på riktige prinsipper og at innvendingene fra Telenor ikke fører frem, dog med unntak for interne SIM. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at differansen er i underkant av 30 prosent.

5.5 Objektive grunner til forskjellen mellom TDCs avtale og Tilleggsavtale II med Network Norway?

Ekomloven og Marked 15-vedtaket forbyr i utgangspunktet forskjellsbehandling. Men hvis forskjellsbehandling er basert på objektive og konkrete grunner, er det ikke forbudt.

Network Norway hadde et betydelig større **volum** enn TDC. Dette har myndighetene anerkjent som en konkret og objektiv grunn til forskjellsbehandling mellom avtalene. I tilbakebetalingssaken er det lagt til grunn at volumet tilsier en rabatt, slik at forskjellen mellom de to avtalene reduseres med ti prosent.

Telenor anfører at det er flere slike faktiske forskjeller mellom avtalen med TDC og Tilleggsavtale II med Network Norway som begrunner hele prisforskjellen mellom dem. De sentrale faktiske forskjellene som har vært fremme i saken knytter seg til:

- Volumforpliktelsen – Network Norways forpliktelse til å kjøpe tre milliarder ringeminutter i løpet av avtalen
- Betalingsforpliktelsen – Network Norways forpliktelse til å betale minst 19 millioner kroner pr. måned for dekning
- Avtalelengden – avtalen med Network Norway var på fire år
- Forlikselementet – Network Norway var i konflikt med Telenor og trakk sin klage til Nkom

Disse forholdene ble vurdert i Samferdselsdepartementets klagevedtak 20. desember 2012 i rettesaken og i departementets vedtak 16. mars 2015 i tilbakebetalingssaken. Men de ble ikke ansett som objektive og konkrete grunner for forskjellen. Samferdselsdepartementet la vekt på at Telenor ikke hadde tallfestet eller forsøkt å tallfeste verdien av disse momentene. Telenor anfører at det ville være å innføre en omvendt bevisbyrde og at det er myndighetene som har plikt til å sannsynliggjøre at grunnlaget for vedtak foreligger.

I merknad til ekomloven § 4-7 i Ot.prp. nr. 58 (2002–2003), side 105, står det:

Ulike tjenester kan leveres på ulike vilkår. Kravet om objektive vilkår kan imidlertid innebære at vilkår ikke kan differensieres alene ut fra hva tjenestene skal brukes til eller i forhold til hvilke tilbydere de tilbys. Vilkårene skal dessuten være oversiktlige, slik at det er mulig å kontrollere etterlevelse av ikke-diskrimineringsprinsippet og objektivitetskravet.

I Marked 15-vedtaket står det i avsnitt 168 og 177:

Ikke-diskriminering innebærer ikke nødvendigvis at alle virksomheter skal gis identiske vilkår, men at eventuelle forskjeller i de vilkår som gis er basert på objektive kriterier. Hovedpoenget med ikke-diskriminering er at tilbydere med sterk markedsstilling skal behandle likeartede situasjoner likt når det gjelder priser, informasjon og vilkår for øvrig, uavhengig av hvilken virksomhet det gjelder.

Når det gjelder prisdiskriminering mellom eksterne tilbydere, kan det for eksempel tenkes at Telenor vil gi dårligere vilkår til tilbydere som i større grad utgjør en konkurransemessig trussel for Telenor. Kravet om ikke-diskriminering gjelder imidlertid også mellom ulike tilgangsformer, som for eksempel MVNO-tilgang og nasjonal gjesting. Hvorvidt Telenor kan forskjellsbehandle tilbydere ut fra hvilken og hvor mye egen infrastruktur de har (for eksempel MVNO-tilbydere og tilbydere med egen infrastruktur), må likevel avgjøres konkret. Ulike vilkår kan være tillatt hvis forskjellene bygger på objektive og konkrete grunner.

Det er et krav at vilkårene skal være oversiktlige. I kravet om oversiktlige vilkår og den grunnleggende plikten til ikke å diskriminere ligger det etter lagmannsrettens syn et krav om at vilkårene skal kunne dokumenteres, slik at det skal være mulig å kontrollere etterlevelse av ikke-diskrimineringsprinsippet og objektivitetskravet. I kravet om objektive

og dokumenterbare vilkår ligger etter lagmannsrettens oppfatning en forutsetning om at verdien av de forskjellige vilkår i tilgangsavtalene må kunne sannsynliggjøres.

Etter lagmannsrettens syn er det Telenor som på de fleste punktene nevnt ovenfor er nærmest til å kunne redegjøre for hvilken virkning vilkårene har. Myndighetene har gitt uttrykk for sitt syn, bl. a. i departementets vedtak 20. desember 2012, og Telenor har fått klare oppfordringer til å sannsynliggjøre verdien av avtalevilkårene. Telenor har vist til at reguleringen legger opp til egne avtaler med hver enkelt ekstern tilbyder og forhandlinger om disse. Telenor har anført at det må bli konkrete og skjønnsmessige vurderinger, og at man vanskelig kan tallfeste betydningen av hvert enkelt vilkår. Lagmannsretten finner at synspunktet har relevans. Men plikten til ikke å diskriminere forutsetter at Telenor må ha gjort seg opp en oppfatning om verdien av de forskjellige vilkår. Etter lagmannsrettens syn er det derfor ikke galt av departementet i vedtaket 16. mars 2015 å legge vekt på at Telenor ikke har tallfestet eller til en viss grad søkt å tallfeste verdien av disse forpliktelsene.

I departementets vedtak er det lagt vekt på at TDC ikke fikk tilbud om samme vilkår som Network Norway. Telenor har anført at det ikke var noen plikt til å tilby TDC de samme vilkår som Network Norway fikk. Telenor har også forklart at det i tilbudet som ble gitt til TDC i august 2010 med en prisreduksjon på 15 prosent var forutsatt at TDC tok på seg de samme forpliktelser som Network Norway, dog tilpasset TDC. Men ved «klønete forhandlinger» ble ikke dette formidlet til TDC. Lagmannsretten er enig med Telenor i at det ikke var noen absolutt plikt å tilby TDC de samme vilkår som Network Norway fikk. Men så lenge likebehandling og objektivitet er sentralt, kan ikke lagmannsretten se at det var galt av departementet å legge vekt på dette.

Lagmannsretten forstår Telenor slik at selskapet ikke anfører at verdien av volumrabatten som myndighetene har beregnet i seg selv er uriktig, men at Telenor anfører at de andre anførte forholdene også er relevante og skal tas hensyn til slik at forskjellen mellom de to avtalene blir mindre.

Avtalen med Network Norway har en **volumforpliktelse** ved at Network Norway påtok seg å kjøpe tre milliarder ringeminutter i løpet av avtaleperioden. Lagmannsretten er enig med Telenor i at dette er et objektivt forhold som kan begrunne en forskjell i pris. Lagmannsretten påpeker også at en del av volumforpliktelsen i praksis er tatt hensyn til i forbindelse med volumrabatten. Volumforpliktelsen er kommentert slik i departementets vedtak 20. desember 2012, punkt 6.2:

Telenor anfører at når Network Norway har påtatt seg en volumforpliktelse som innebærer at de fra 1. januar 2011 skal kjøpe et gitt antall ringeminutter så lenge avtalen løper, så er dette et objektivt forhold som begrunner en prisreduksjon. Network Norways forpliktelse er et gode for Telenor, ettersom Telenor oppnår økt sikkerhet for fremtidige inntekter. Etter tilsynets vurdering kan ikke volumforpliktelsen i dette tilfellet anses som et objektivt forhold som kan forklare

den aktuelle forskjellen i tilgangskostnad, fordi betydningen av volum for tilgangsprisen vektlegges flere ganger. Videre fremgår det av innstillingen at TDC ikke har kunnet påta seg volumforpliktelser for å oppnå gunstigere vilkår.

Departementet er enig med Telenor i at volumforpliktelse kan utgjøre en objektiv grunn for ulikheter i tilgangsavtalene. En volumforpliktelse vil kunne gi Telenor økt forutberegnelighet, og gjøre dimensjoneringen av nettet mer robust og skape sikkerhet for investeringer i nettet. Videre vil kapasitets beslutninger bli enklere og mer forutsigbare ved at aktørene påtar seg en volumforpliktelse.

I dette tilfellet har imidlertid ikke TDC hatt mulighet til å påta seg en volumforpliktelse for å oppnå gunstigere tilgangsvilkår. Departementet finner at TDCs manglende mulighet til å påta seg en slik forpliktelse, medfører at vilkåret bærer preg av subjektivitet. Telenor har videre heller verken tallfestet eller forsøkt til en viss grad å kvantifisere den verdi volumforpliktelsen har for selskapet. Det er således ikke synlig om og eventuelt i hvilken grad Network Norway har fått lavere tilgangspris som følge av at selskapet har påtatt seg denne forpliktelsen. Dette medfører at selskapets anførsel ikke kan føre frem, jf. departementets vurdering under punkt 5.1.3 hvor det konkluderes med at besparelser skal være dokumenterbare og til en viss grad være kvantifiserbare slik at det er mulig å identifisere hvilke kostnadsbesparelser en avtalepart bidrar til ved å påta seg slike forpliktelser. Og slik at det kan tas stilling til hvilken betydning besparelsen har for avtalen. Departementet anser på bakgrunn av dette ikke volumforpliktelse som en objektiv grunn til ulik pris i denne konkrete saken.

Lagmannsretten slutter seg til vurderingene her.

Avtalen med Network Norway har videre en **betalingsforpliktelse** ved at Network Norway har påtatt seg å betale minst 19 millioner kroner pr. måned for dekning, tilsvarende 475 000 SIM. Telenor har særlig pekt på at dette gir en fast inntektsstrøm. Lagmannsretten er enig med Telenor i at betalingsforpliktelsen er et objektivt forhold som kan begrunne en forskjell i pris. Lagmannsretten påpeker også at en del av betalingsforpliktelsen i praksis er tatt hensyn til i forbindelse med volumrabatten. Betalingsforpliktelsen er kommentert slik i Samferdselsdepartementets vedtak 20. desember 2012, punkt 6.3:

Telenor hevder at det er en objektiv grunn for ulik pris at Network Norway har påtatt seg betalingsforpliktelse hvor de forplikter seg til å betale et gitt antall millioner kroner per måned, uavhengig hvilket volum selskapet faktisk kjøper. Denne betalingsforpliktelsen er knyttet til tilgang til nasjonal gjesting for inntil et visst antall abonnement, og angir hva som minimum skal betales per måned i "SIM-pris". Kjøp av trafikk kommer i tillegg til betalingsforpliktelsen og vil ikke inngå i vurderingen av om betalingsforpliktelsen utløses. Network Norways kjøp av nasjonal gjesting kan derfor utgjøre mer enn den månedlige betalingsforpliktelsen, i motsetning til hva Post- og teletilsynet legger til grunn. Betalingsforpliktelse gir, sammen med forpliktelsen om avtalelengde, Telenor en sikkerhet som gir grunnlag for prisreduksjon og utgjør således et objektivt forhold som legitimerer

forskjellsbehandling. Telenor presiserer at også betalingsforpliktelser på lavere beløp representerer en verdi for Telenor.

Tilsynet har konkludert med at betalingsforpliktelsen ikke er en objektiv grunn til ulik pris i tilgangsavtalene, og har blant annet lagt vekt på at det er naturlig å betrakte betalingsforpliktelsen som et utslag av forskjeller i volum. Videre er det i innstillingen bemerket at TDC ikke har hatt anledning til å inngå langvarig avtale med virkning for selskapets tilgangskostnad hos Telenor.

Samferdselsdepartementet mener at en betalingsforpliktelse i utgangspunktet kan utgjøre en objektiv grunn til ulikheter i tilgangsvilkår. Hvorvidt betalingsforpliktelsen skal anses som en objektiv grunn må vurderes konkret og opp mot øvrige forpliktelser i tilgangsavtalene. I dette tilfellet vil vilkåret om betalingsforpliktelse langt på vei overlappe vilkåret om volumforpliktelse, fordi en forpliktelse om kjøp av et nærmere angitt volum til en nærmere angitt pris innebærer en betalingsforpliktelse. Dette medfører etter departementets vurdering i praksis at Telenor sikrer seg dobbelt opp. Departementet legger derfor til grunn at betalingsforpliktelsen i det foreliggende tilfellet ikke kan anses å ha en selvstendig verdi for Telenor. Videre har TDC heller ikke hatt adgang til å påta seg en slik forpliktelse for å oppnå gunstigere tilgangsvilkår. Departementet konkluderer derfor med at betalingsforpliktelse ikke kan anses som en objektiv grunn for ulike tilgangsvilkår i den foreliggende sak.

Lagmannsretten slutter seg til vurderingene her.

Telenor har anført at **avtalelengden** er et objektivt moment som begrunner forskjell i pris. Network Norways avtale hadde en varighet på fire år, og lagmannsretten forstår det slik at dette er forholdsvis lenge for slike avtaler. Lagmannsretten ser det slik at lang varighet kan ha en verdi i seg selv, særlig vet at det bidrar til forutsigbarhet og langsiktig planlegging. På den annen side avhenger verdien av dette i stor grad av de øvrige elementene i avtalen – det er uheldig å være bundet lenge til en avtale med lav pris. På denne måten har varigheten i seg selv mindre betydning. Betydningen av volumet er det allerede tatt hensyn til. Avtalelengden er kommentert i punkt 6.4 i departementets brev 20. desember 2012:

Telenor anfører at lengden på Network Norways avtale med selskapet utgjør et objektivt forhold ettersom dette har en økonomisk verdi for Telenor, da det gir større forutsigbarhet og sikkerhet for levering og omsetning.

Departementet er enig i at en klausul om en bestemt avtalelengde vil kunne gi Telenor større forutsigbarhet og sikkerhet for levering og omsetning. Departementet mener klausulen isolert sett ikke vil ha en verdi for Telenor, selv om den sammen med andre økonomiske forpliktelser som for eksempel volumforpliktelse og betalingsforpliktelse vil ha en verdi. I dette tilfellet har Telenor heller ikke konkretisert hvilken verdi den aktuelle klausulen om avtalelengde har for selskapet sett i sammenheng med avtalens øvrige klausuler. Telenors manglende konkretisering av hvilken verdi klausulen har, og det faktum at TDC ikke har hatt adgang til å påta seg tilsvarende forpliktelse med virkning for selskapets tilgangspriser, innebærer at selskapets anførsel ikke kan føre frem. Det vises til

departementets vurdering under punkt 5.1.3. Departementet konkluderer på bakgrunn av dette med at avtalelengde ikke kan anses som en objektivgrunn for ulike tilgangsvilkår i den foreliggende sak.

Lagmannsretten slutter seg til dette.

Tilleggsavtale II mellom Network Norway og Telenor hadde et forlikselement. Partene var i konflikt. Network Norway hadde klaget til Nkom, og klagen ble trukket. Lagmannsretten ser det slik at dette ikke er et objektivt forhold, og det er ikke relevant som grunn til forskjell i pris.

I forvaltningssakene har det vært fremme spørsmål om eksklusivitet, sanksjonsklausuler og forsinkelsesrente kunne utgjøre objektive forhold som kunne begrunne forskjell i pris. Departementet avviste det i brev 20. desember 2012, og lagmannsretten forstår det slik at anførselene ikke er opprettholdt.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at det ikke er objektive forhold, ut over volumet, som kan begrunne forskjellen i pris mellom avtalene TDC og Network Norway hadde. Den relevante prisforskjellen er i underkant av 19,8 prosent. Dette innebærer at Telenor har brutt plikten til ikke å diskriminere og at TDC hadde krav på å få det som var betalt for mye tilbake.

5.6 Størrelsen på tilbakebetalingskravet

I vedtaket 16. mars 2015 bestemte departementet at Telenor skulle betale 16 243 827 kroner til TDC for overpris i perioden 1. september 2010 til 23. mars 2012. Pengene er betalt, og Telenor har lagt ned påstand om å få dem tilbake. Lagmannsretten er kommet til at TDC hadde krav på å få det som er betalt for mye tilbake fra Telenor. Lagmannsretten må ta stilling til hva overprisen er. Hvis den er mindre enn det TDC allerede har mottatt, må lagmannsretten ta stilling til om Telenor har krav på å få dette tilbake fra TDC.

Lagmannsretten har ovenfor kommet til at den relevante prisforskjellen er noe i underkant av 19,8 prosent.

Nkom fastsatte tilbakebetalingsbeløpet i brev 21. februar 2014. Nkom tok da utgangspunkt i departementets vedtak 20. desember 2012 der den relevante prisforskjellen var fastsatt til 19,8 prosent. Nkom fastsatte overprisen til 15 312 632 kroner, i tillegg kom renter med 2 736 064 kroner, til sammen 18 048 696 kroner.

Departementet vurderte størrelsen på tilbakebetalingen i vedtaket 16. mars 2015. Departementet opprettholdt det grunnlag og de vurderinger Nkom hadde gjort. Men departementet pekte på usikkerhet ved noen poster og reduserte beløpet med ti prosent til 16 243 827 kroner.

Lagmannsretten ser det slik at reduksjonen på grunn av at interne SIM skal telle med, ligger godt innenfor denne marginen. Usikkerhet om antall interne SIM påvirker derfor ikke beløpet.

Telenors sentrale anførsler mot beløpets størrelse er knyttet til (i) valg av metode for sammenligning, (ii) selve sammenligningen med utgangspunkter for beregning av TDCs datakostnader og antall SIM ved beregning av TDCs kostnader ved Network Norways priser og (iii) objektive grunner til forskjell, volumforpliktelse, betalingsforpliktelse og avtalelengde. Disse forholdene er vurdert ovenfor, og lagmannsretten har ikke funnet at de medfører noe annet resultat enn det Samferdselsdepartementet har kommet til. Det er dog unntak for de interne SIM, men det ligger innenfor fradraget på ti prosent departementet har gjort. Den som fremmer et krav må sannsynliggjøre det, og lagmannsretten kan ikke se at Telenor har sannsynliggjort at selskapet har betalt for mye til TDC og heller ikke at selskapet har krav på å få noe tilbake fra TDC.

5.7 Erstatningskravet fra Telenor mot staten

For det tilfelle at Telenors krav mot TDC ikke fører frem, har Telenor subsidiært krevet erstatning av staten. Departementets vedtak er ugyldig. Men lagmannsretten har funnet at inngangsvilkåret var oppfylt og at TDC hadde rett til å få pengene og beholde dem. Lagmannsretten kan da ikke se at det er grunnlag for erstatningskravet.

5.8 Oppsummering

Lagmannsretten er etter dette kommet til at departementets vedtak 16. mars 2015 er ugyldig fordi ekomloven § 10-12 ikke ga hjemmel for å pålegge tilbakebetaling.

Lagmannsretten er videre kommet til at Telenor brøt plikten til ikke å diskriminere, og at TDC hadde krav på å få tilbakebetalt overprisen. Lagmannsretten har også funnet at de 16 243 827 kronene Telenor betalte tilbake til TDC, ikke er mer enn det TDC hadde krav på. TDC frifinnes derfor for Telenors krav. TDC ble frifunnet i tingretten. Telenors anke her forkastes.

Det er ikke grunnlag for Telenors subsidiære erstatningskrav overfor staten, og Telenors anke forkastes.

5.8 Saksomkostninger

Saken mellom **Telenor** og **staten** gjelder to krav, Telenors krav om at vedtaket er ugyldig og Telenors subsidiære krav om erstatning. Ved flere krav er det samlede utfallet avgjørende, jf. tvisteloven § 20-2 annet ledd annet punktum. Telenor vant frem med det første kravet, men ikke med det andre kravet. Staten fikk medhold i sine anførsler om brudd på plikten til ikke å diskriminere, hvordan avtalene skulle sammenlignes og beregning av forskjellen mellom dem. Av disse grunner fikk Telenor ikke medhold i sitt

krav mot TDC. Hverken Telenor eller staten har fått medhold fullt ut. Lagmannsretten kan heller ikke se at noen av de to partene har fått medhold i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 annet ledd første punktum. Lagmannsretten kan heller ikke se at tvisteloven § 20-3 om medhold av betydning kommer til anvendelse for noen av partene. Staten og Telenor må bære hver sine saksomkostninger for lagmannsretten.

I saken mellom **Telenor** og **TDC** fremmet Telenor to krav, at vedtaket var ugyldig og Telenors krav om tilbakebetaling fra TDC. Telenor har fått medhold i det første kravet, men har ikke vunnet frem med det andre. Ved flere krav er som nevnt ovenfor det samlede utfallet avgjørende. Når det gjelder vedtaket, er dette ugyldig fordi det ikke hadde tilstrekkelig hjemmel. Men TDC fikk medhold i sine anførsler om at det hadde vært brudd på plikten til ikke å diskriminere, hvordan avtalene skulle sammenlignes, beregning av forskjellen mellom dem, at TDC hadde krav på å få det som var betalt for mye og at det ikke var grunnlag for tilbakebetaling. Lagmannsretten legger til grunn at spørsmålet om hjemmel og vedtakets gyldighet er langt mer sentralt for Telenor og staten enn for TDC. For TDC er spørsmålene der selskapet har fått gjennomslag langt viktigere. Lagmannsretten finner under tvil at TDC har fått medhold i det vesentlige. Etter tvisteloven § 20-2 første ledd jf. annet ledd skal Telenor erstatte TDCs saksomkostninger, og lagmannsretten finner at unntaksreglene ikke kommer til anvendelse. Prosessfullmektigen har lagt frem omkostningsoppgave på 861 775 kroner, og lagmannsretten legger denne til grunn.

Lagmannsretten skal også avgjøre omkostningene for tingretten, og lagmannsrettens resultat skal legges til grunn, jf. tvisteloven § 20-9.

I saken mellom Telenor og staten la partene ned de samme påstander for tingretten som for lagmannsretten. Vurderingene blir de samme som for lagmannsretten, og de to partene bærer hver sine omkostninger for tingretten.

Med lagmannsrettens resultat skal Telenor også dekke TDCs omkostninger for tingretten, og lagmannsretten viser til begrunnelsen ovenfor. Det er lagt frem omkostningsoppgave på 1 385 518 kroner, og lagmannsretten legger denne til grunn.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Det skyldes sakens omfang, dommernes arbeidsbelastning og problemer med å samle retten. Partene er underrettet om utsettelsen.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Samferdselsdepartementets vedtak av 16. mars 2015 er ugyldig.
2. Anken fra Telenor Norge AS over tilbakebetalingskravet mot Telia Norge AS og TDC A/S forkastes.
3. Anken fra Telenor Norge AS over erstatningskravet mot staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet forkastes.
4. For lagmannsretten bærer staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet og Telenor Norge AS hver sine saksomkostninger.
5. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Telenor Norge AS 861 775 – åttehundreogseksientusensyvhundreogsyttifem – kroner til Telia Norge AS og TDC A/S.
6. For tingretten bærer staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet og Telenor Norge AS hver sine saksomkostninger.
7. I saksomkostninger for tingretten betaler Telenor Norge AS 1 385 518 – enmilliontrehundreogåttifemtusenfemhundreogatten – kroner til Telia Norge AS og TDC A/S.

Fredrik Charlo Borchsenius Thomas Frøberg

Svein Kristensen

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Grethe Pedersen, signert elektronisk