



OSLO TINGRETT



Avsagt: i Oslo tingrett,

Saksnr.: 17-030075TVI-OTIR/05

Dommer: Tingrettsdommer Heidi Heggdal

Saken gjelder: Krav om at forvaltningsvedtak kjennes ugyldig og krav om tilbakebetaling/erstatning

Telenor Norge AS

Advokat Kristin Veierød

mot

TDC A/S
Tdc AS
Staten v/Samferdselsdepartementet

Advokat Per Conradi Andersen
Advokat Per Conradi Andersen
Advokat Hallvard Gilje Aarseth

DOM:

Saken gjelder gyldigheten av Samferdselsdepartementets vedtak av 16. mars 2015, hvor Telenor Norge AS ble pålagt å tilbakebetale kr 16 243 827 inklusive renter til TDC AS.

I. Fremstilling av saken

1. Sakens aktører

Saksøker, Telenor Norge AS (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 over hele landet. Telenor selger også grossisttjenester til andre konkurrerende telekomaktører. I tillegg eier Telenor et av landets to landsdekkende mobilnett. Selskapet opptrer dermed som nettverksoperatør, tjenesteleverandør og innholdsleverandør.

Saksøkte, TDC A/S, er et dansk teleselskap som i Danmark har en lignende stilling som Telenor har i Norge. TDC AS er det norske datterselskapet til TDC A/S. TDC AS kjøper tilgang til Telenors mobilnett og får dermed rett til å tilby offentlige mobile telekommunikasjonstjenester basert på Telenors nettverk. TDC AS og TDC A/S benevnes heretter med fellesbenevnelsen TDC. TDC er en såkalt MVNO (Mobile Virtual Network Operator), som er en tilbyder uten eget mobilnett, men med noe teknisk utstyr som muliggjør at tilbyder kan sende og ta imot samtaler, MMS og SMS fra andre tilbydere.

Staten v/Samferdselsdepartementet (SD) er klageorganet for klager over vedtak fra Nasjonal Kommunikasjonsmyndighet (Nkom), tidligere Post- og Teletilsynet. Benevnelsen Nkom brukes heretter også for den perioden etaten ble kalt Post- og Teletilsynet.

Network Norway (NwN) hadde i den perioden denne saken gjelder et eget mobilnett som dekket ca. 75% av landet. For at NwN skulle kunne tilby mobiltjenester hvor de selv ikke hadde dekning, måtte selskapet gis tilgang til et annet selskaps mobilnett (i dette tilfellet Telenor). Dette kalles nasjonal gjesting eller nasjonal roaming. NwN er ikke part i denne saken, men er relevant å nevne fordi TDC hevdet (og fikk medhold i) at NwN inngikk en avtale med Telenor med en betydelig lavere pris enn det TDC fikk tilbud om.

Nkom er underlagt Samferdselsdepartementet og driver tilsyn med tilbydere av post- og teletjenester. Nkom analyserer ulike markeder innenfor elektronisk kommunikasjon, utpeker tilbydere med sterk markedsstilling og pålegger særlige forpliktelser for slike tilbydere. Telenor har i flere vedtak blitt utpekt som tilbyder med særlig sterk markedsstilling, bl.a i marked 15 vedtak av 2006 og 2010, som retten kommer tilbake til.

2. Markedsregulering med hjemmel i Ekomloven

Markedet for elektronisk kommunikasjon (Ekom-markedet) har flere produktmarkeder. Ett av disse er «Marked 15», som er grossistmarkedet for tilgang til og samtaleoriginering (oppstart av samtale) i offentlige mobilkommunikasjonsnett.

Telenor ble i vedtak fattet den 5. august 2010 av Nkom, 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 2010 var det to landsdekkende mobilnett i Norge. Telenor eide det ene og NetCom (senere Telia Norge AS) eide det andre. I tillegg eide som nevnt NwN et mobilnett som dekket ca. 75% av landet. 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 også pålagt en generell tilgangsforsikring, som innebar at Telenor måtte imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til og samtaleoriginering i sitt mobilnett, jfr. vedtakets pkt. 8.1 og ekomloven § 4-1. Tilgangsforsikringen ble knyttet sammen med pålegg om ikke-diskriminering med hensyn til pris og andre vilkår mellom Telenors interne tjenesteleverandørvirksomhet og eksterne kjøpere, mellom eksterne kjøpere og mellom ulike tilgangsformer, jfr. vedtakets pkt. 8.2 og ekomloven § 4-7. Videre ble tilgangsforsikringen knyttet sammen med pålegg om standardtilbud og offentliggjøring av standardavtalene.

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 særlig 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 pkt 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 som pålagt i Marked 15-vedtaket i den perioden tilbakebetalingskravet gjelder og Nkom har godkjent rapporteringene.

I Marked 15-vedtaket ble det ikke gitt noen tilsvarende anvisning på hvilken metode Telenor skulle benytte for å kontrollere og/eller dokumentere at plikten til ikke-diskriminering mellom eksterne aktører med ulike tilgangsformer ble overholdt. Telenor var imidlertid pålagt å oversende til tilsynet alle tilgangsavtaler og alle prisendringer i løpende avtaler. Telenor var også pålagt å utarbeide og sende inn standardavtaler.

Marked 15-vedtaket ble påklaget av Telenor, men SD tok ikke klagen til følge.

3 Avtalene, klager og vedtak

TDC inngikk avtale med Telenor den 29. juni 2005. Avtalen gav TDC rett til å tilby offentlig mobile telekommunikasjonstjenester basert på Telenor 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. Det var flere prisjusteringer underveis. Avtalen ble forlenget og sommeren 2010 startet TDC avtaleforhandlinger med Telenor om en ny avtale.

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%. Telenor tilbød i august 2010 en prisreduksjon på 15% 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 12 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.

NwN 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 oppstod etter hvert uenigheter om pris og betaling og NwN klagde Telenor inn for Post- og teletilsynet og hevdet at Telenor skulle tilbakebetale kr. 306 millioner til NwN.

Den 18. august 2010 inngikk Telenor en ny avtale med NwN (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 NwN 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 den tidligere avtalen mellom selskapene.

Det er på det rene at avtalen med NwN også inneholdt et element av forlik.

Telenor forhandlet parallelt med selskapet Ventelo AS, som er en grossistkunde som kjøper MVNO-tilgang. Ventelo AS ble også gitt tilbud om og inngikk avtale etter samme type prisstruktur som NwN. TDC fikk ikke tilbud om tilsvarende vilkår/prisstruktur.

TDC klagde den 2. desember 2010 til Post- og teletilsynet. 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 mellom TDC og Telenors egen virksomhet og mellom TDC og andre eksterne tilgangskjøpere.

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

Etter en del korrespondanse utover våren 2011 varslet Nkom i brev 22. juni 2011 vedtak i klagesaken. Det fremgår av varselet at Nkom mente at TDCs tilgangskost ved bruk av NwNs avtale ville vært vesentlig lavere enn ved bruk av egen avtale. Videre ble det påpekt at Telenor ikke har gitt innspill om alternative modeller å vurdere ikke-diskriminering mellom eksterne aktører. Nkom mente at selv om de objektive grunner Telenor oppga kunne forklare forskjeller i tilgangsvilkårene som ville være forenlig med kravet til ikke-diskriminering, 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 ulikebehandlingen av NwN og TDC.

Telenor svarte i brev av 9. september 2011. Det fremgår av Telenors kommentarer i brevet at tilgangskostnaden for NwNs avtale om nasjonal gjesting lå 23% lavere enn tilgangskostnaden for TDCs MVNO-avtale. Forskjellen ble forklart med volumrabatt (NwN hadde et betydelig høyere volum enn TDC), som Telenor hevdet utgjorde 13,5 %-poeng. Den resterende forskjellen på 9,5% ble forklart med at NwN hadde en forpliktelse på kjøp av 3 milliarder minutter gjeldende fra 1. januar 2011 og så lenge avtalen løper (volumforpliktelsen). NwN hadde en betalingsforpliktelse på minimum 19 millioner kr per måned uavhengig av volum (betalingsforpliktelsen) og at NwN kunne tidligst si opp avtalen 30. juni 2013 med 12 måneders oppsigelsestid (avtalelenge). Det var også en del andre forskjeller i avtalene som Telenor hevdet var objektive forskjeller, bl.a eksklusivitet og at avtalen inneholdt et element av forlik.

Telenor anførte videre i brevet av 9. september 2011:

1 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 delementene 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 såldes 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 (rettevedtaket), der Telenor ble pålagt å redusere prisen med 20% overfor TDC fremover i tid. Ved sammenligningen av TDC og NwNs tilgangsavtaler foretok Nkom en beregning av TDCs kostnader under forutsetning av at TDC hadde tilsvarende vilkår som NwN hadde i sin avtale av 18. august 2012.

Beregningen ble foretatt over en periode på 6 måneder og basert på opplysninger fra TDC om selskapets volumer for andre halvår 2010. Nkom beregnet TDC tilgangskostnad ved

bruk av egen avtale til ca. 20 millioner kroner, mens tilgangskostnad ved bruk av NwNs 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 NwNs avtale kunne tilsi prisreduksjon utover volumrabatt. Betalings- og minsteprisforpliktelse ble ansett å ha begrenset betydning. Nkom viste til at Telenor- på tross av på oppfordringer- ikke har kunnet kvantifisere 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 kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere i perioden 1. september 2010 til 23. mars 2012 ved å kreve høyere tilgangspris fra TDC enn fra NwN, uten at prisdifferansen kunne begrunnes i objektive forhold. Telenor hadde også brutt kravet til ikke-diskriminering ved å ikke tilby TDC tilsvarende avtalestruktur som i avtalen til NwN. Telenor hadde etter Nkoms oppfatning, ved å ikke opptre på den måte bestevilkårslæren gir anvisning på og ved å operere med tilgangsvilkår for TDC som var strukturelt forskjellige fra vilkårene til øvrige kjøpere av regulert tilgang, bidratt til reduserte mulighetene for å kontrollere etterlevelse av kravet til ikke-diskriminering. Telenor ble pålagt innen 30 dager fra vedtakets dato å tilby TDC avtale om regulert tilgang som skulle være i overensstemmelse med gjeldende krav om ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter. Vilårene i den tilbudte tilgangsavtalen skulle tilfredsstillende de krav som stilles i marked 15 – vedtaket og innbar at TDCs tilgangskostnad måtte reduseres med 20%.

Telenor påklagde vedtaket den 30. mars 2012 og sendte utfyllende klage den 23. april 2012. Telenor fastholdt i klagen at bruk av Telenors volum, trafikkmønster 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-diskriminering.

Klagen ble ikke gitt oppsettende virkning. Telenor oversendte derfor den 23. april 2012 tilbud om reviderte tilgangsvilkår til TDC med prisreduksjon på 20% basert på fast-variabel prismodell og nedskalerte volumforpliktelser. TDC svarte at de ville ha 20% reduksjon på eksisterende avtale. Partene var uenige om forståelsen og oppfølgingen av

rettepåklegget. 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 fastholdt vedtaket i sin innstilling til SD av 18.juli 2012. SD avgjorde klagen i rettevedtaket den 20. desember 2012 og stadfestet Nkoms vedtak med den endring at prisreduksjonen ble fastsatt til 19,8 % og ikke 20%. SD 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 og krediterte TDC den i vedtaket beregnede overprisen fra Nkoms første vedtak (23. mars 2012) og frem til klagebehandlingen var avsluttet (januar 2013).

I brev av 22. mars 2013 anmodet TDC om at Nkom fattet vedtak om tilbakebetaling. Nkom varslet vedtak om tilbakebetaling etter ekomloven § 10-12, den 24. september 2013 og traff vedtak den 21. februar 2014 (tilbakebetalingsvedtaket). Overpris for perioden 1. september 2010 til 23. mars 2012 ble beregnet til 18 048 696 kroner, inklusive renter.

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.

Telenor påklaget deretter, den 14. mars 2014, Nkoms vedtak om tilbakebetaling.

TDC tok ut stevning den 28. juni 2014 og krevde erstatning fra Telenor for tap lidt ved at selskapet hadde blitt utsatt for overpris. Telenor fremmet motkrav om tilbakebetaling av beløpet som Telenor hadde utbetalt, men trakk kravet uten at det ble oppgitt. Dom ble avsagt den 26. november 2014. Telenor ble frifunnet for erstatningskravet. TDC anket dommen.

SD avgjorde klagen over tilbakebetalingsvedtaket i vedtak av 16. mars 2015. Vedtaket bygget på SDs vedtak av desember 2012 hvor SD kom til at det forelå brudd på ikke-diskrimineringsplikten og det ble gitt pålegg om retting fremover i tid. Dommen fra Asker og Bærum tingrett ble kommentert og vurdert. SD kom til at dommen ikke fikk betydning for SD vurdering når det gjaldt spørsmålet om Telenor hadde opptrådt i strid med ikke-

diskrimineringsplikten. SD opprettholdt pålegget om tilbakebetaling, men kom til at estimatet over SIM-kort i forskjellige kategorier tilsa at tilbakebetalingsbeløpet reelt sett var noe lavere enn det tilsynet tidligere hadde kommet frem til og reduserte beløpet til 16 243 827 inklusive renter.

Borgarting lagmannsrett avgjorde TDCs anke i dom av 29. februar 2016. Lagmannsretten konkluderte med at det var grunn til å stille spørsmål ved om det forelå prisdiskriminering i strid med Marked-15 vedtaket, men fant ikke å ha tilstrekkelig grunnlag for å trekke en entydig konklusjon og at slik konklusjon heller ikke var nødvendig for å avgjøre tvisten.

På bakgrunn av lagmannsrettens dom anmodet Telenor den 22. april 2016 SD om å omgjøre vedtaket i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. SD avslo anmodningen, jfr. brev av 2. november 2016, idet SD ikke fant at lagmannsrettens dom endret forvaltningens tidligere vurderinger.

Telenor tok ut stevning den 17. februar 2017 mot Staten v/samferdselsdepartementet, TDC A/S og TDC AS, med påstand om at SDs vedtak av 16.mars 2015 er ugyldig og at TDC, subsidiært Staten skal betale tilbake beløpet som Telenor betalte til TDC i mars 2014.

Hovedforhandling ble holdt 4.-8. desember 2017. Partene og deres prosessfullmektiger møtte. Det ble ført vitner og bevis som fremgår av rettsboken.

II. Partenes anførsler

1.Telenor Norge AS har i det vesentlige anført:

Samferdselsdepartementets vedtak av 16.03.15 er ugyldig.

Telenor har ikke opptrådt i strid med kravet til ikke-diskriminering og vedtaket bygger uansett på et uriktig faktisk grunnlag.

Den pris som ble avtalt med TDC i perioden 1. september 2010 – 23. mars 2012 er ikke er i strid med kravet til ikke-diskriminering, jf. Marked 15-vedtaket punkt 8.2, jf. ekomloven § 4-7. Det er ikke et vilkår at Telenor skal tilby alle tilgangskjøpere like vilkår, herunder lik prisstruktur.

Telenor skal utarbeide regnskapsmessig skille for å følge opp kravet om ikke-diskriminering. Det er denne testen Telenor skal bestå. Når det ikke er angitt annen modell så må regnskapsmessig skille brukes til å vurdere om ikke-diskrimineringsplikten er oppfylt mellom eksterne kjøpere.

I fravær av andre holdepunkter må Marked 15-vedtaket forstås slik at Telenors volum skal legges til grunn ved sammenligning av vilkår også mellom eksterne kjøperne.

Hvis regnskapsmessig skille ikke skal brukes på ekstern-ekstern diskriminering står man overfor en overordnet og generell norm ikke en håndhevbar ex ante –forpliktelse. I så fall må man se hen til den generelle konkurranseretten. Det er høy terskel for inngrep mot ikke-ekskluderende prisdiskriminering mellom eksterne kunder i konkurranseretten. Tilsvarende synspunkter må legges til grunn i ekomretten, jfr. ekomlovens formål.

Det foreligger ikke rettslig grunnlag for SDs bruk av TDCs volum ved sammenligningen mellom TDCs og NwNs avtale. Bruk av TDCs volum etter en «konkret vurdering» strider også mot grunnleggende krav til forutsigbarhet og gi vilkårlige resultater. Sammenligningen må i henhold til Marked 15- vedtaket baseres på Telenors volum og trafikkmønster i samsvar med Telenors regnskapsmessig skillerapportering.

Bruk av andre aktørers volum innebærer en endring av Marked 15- vedtaket som i tilfelle også måtte ha vært notifisert til ESA. SD har videre feilaktig kommet til at de forpliktelser NwN hadde påtatt seg og de øvrige forhold Telenor har vist til, ikke objektivt begrunner prisdifferansen mellom avtalene. Et eventuelt diskrimineringselement er under enhver omstendighet langt mindre enn det myndighetene har lagt til grunn.

Prisdifferansen på de to avtalene er begrunnet i objektive forskjeller mellom TDCs og NwNs avtale. Forpliktelsene i NwNs avtale hadde åpenbart en verdi for Telenor som ble sikret en minimumsinntekt på 1, 2 milliarder. Denne forpliktelsen var også tyngende for NwN. Det vises også til at lagmannsretten kom til at minstekjøpsforpliktelsene og avtalelengde var objektive forhold som i utgangspunktet begrunner en klar prisreduksjon som kommer i tillegg til volumrabatten.

Det er ikke korrekt at TDC ikke hadde mulighet til å inngå en avtale med tilsvarende prisstruktur og forpliktelser som NwN. Telenor var åpen for ulike prismodeller. Det var ikke TDC. Uansett kan ikke en eventuell overtredelse av en forpliktelse til å gi et tilbud begrunne et tilbakebetalingskrav.

SDs beregninger knyttet til hvorvidt det foreligger diskriminering og størrelsen av tilbakebetalingskravet bygger uansett på feilaktige faktiske forutsetninger blant annet når det gjelder TDCs volum og antall SIM-kort. Beregningene er basert på tall myndighetene har innhentet i ettertid, og som Telenor ikke kjente og heller ikke kan verifisere og mener er uriktige, mens vurderingen av om Telenor har overholdt kravet til ikke-diskriminering må ta utgangspunkt i den informasjon Telenor besatt da Telenor fastsatte prisen. Også av disse grunner er vedtaket ugyldig.

Telenor anfører subsidiært at ekomloven § 10-12 uansett ikke hjemler et tilbakebetalingskrav ved et eventuelt brudd på kravet til ikke-diskriminering. Bestemmelsen gir myndighetene adgang til å pålegge tilbakebetaling ved brudd på en

«prisforpliktelse». Kravet til ikke-diskriminering er ingen «prisforpliktelse. SDs vedtak av 16. februar 2015 må derfor også av denne grunn settes til side som ugyldig.

Da TDC ikke ble utsatt for noen prisdiskriminering, og/eller ekomloven § 10-12 ikke gir hjemmel for et tilbakebetalingspålegg ved et eventuelt brudd på kravet til ikke-diskriminering, og departementets tilbakebetalingsvedtak således er ugyldig, var Telenor heller ikke forpliktet til å tilbakebetale til TDC noen «overpris» for perioden 1. september 2010 – 23. mars 2012. TDC har heller ikke på annet grunnlag krav på å beholde det mottatte beløp.

Telenor krever på denne bakgrunn beløpet på kr 16 243 827 tilbakebetalt fra TDC på grunnlag av det uttrykkelige betalingsforbeholdet i brev 6. mars 2014, jf. bilag 24 til stevningen, eller reglene om *condictio indebiti*. Telenor krever i tillegg forsinkelsesrenter etter forsinkelsesrenteloven § 2 fra 21. januar 2017, som er 30 dager etter søksmålsvarselet ble sendt 22. desember 2016.

Subsidiært, for det tilfellet at retten ikke skulle pålegge TDC slik tilbakebetaling, vil Telenor kreve tilsvarende beløp samt sine saksomkostninger i anledning tilbakebetalingsvedtaket fra staten som erstatning for det tap Telenor i tilfelle har lidt ved å oppfylle et ugyldig vedtak. Videre kreves det forsinkelsesrenter, jf. punkt 4.3. Telenors advokatkostnader knyttet til tilbakebetalingsvedtaket beløper seg til kr 288 855 ekskl. mva. Kravet knytter seg til perioden 22. april 2013 til 3. november 2016 og utgjør 113,5 timer.

Staten v/SD er øverste tilsynsorgan på dette området, og nærmest til å bære ansvaret for sin eventuelle uriktige forståelse og praktisering av regelverket og det markedsvedtak det offentlige selv har fattet, og de følger et uklart regelverk får.

Telenor Norge AS har nedlagt følgende påstand:

1. Samferdselsdepartementets vedtak av 16. mars 2015 er ugyldig.
2. Prinsipalt:
TDC A/S og TDC AS dømmes in solidum til å tilbakebetale til Telenor Norge AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn.
3. Subsidiært:
Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale til Telenor Norge AS erstatning etter rettens skjønn.
4. TDC A/S, TDC AS og staten v/Samferdselsdepartementet dømmes in solidum til å dekke Telenor Norge AS' saksomkostninger

3. Staten v/ Samferdselsdepartementet har i det vesentlige anført:

Staten gjør gjeldende at Samferdselsdepartementets vedtak av 16. mars 2015 er gyldig. Vedtaket bygger på riktig jus og riktig faktum.

Samferdselsdepartementet har i vedtaket korrekt lagt til grunn at Telenor har brutt ikke-diskrimineringsplikten etter ekomloven § 4-7 både ved å unnlate å tilby TDC en avtale med tilsvarende prisstruktur som Network Norway, og ved å tilby TDC mindre fordelaktige tilgangsvilkår enn Network Norway, uten at forskjellen i tilgangspris kunne begrunnes med objektive kriterier.

Det anføres at det ikke kan anses som uriktig rettsanvendelse å vurdere om det foreligger diskriminering ved å undersøke om TDC har blitt tilbudt tilsvarende vilkår, og konkret vurdere hva TDC ville ha måttet betale for tilgang dersom TDC hadde blitt gitt en avtale med tilsvarende prisstruktur som Network Norway. Videre er det korrekt å deretter undersøke om det foreligger objektive grunner som kan begrunne en eventuell prisdifferanse.

De forutsetninger og valg med hensyn til metode og sammenligningsgrunnlag som departementet har gjort, er forsvarlige og innenfor rammen av departementets handlingsrom. Hvilken metode ekommyndigheten kan benytte ved kontroll av om ikke-diskrimineringsplikten mellom eksterne tilgangskjøpere er overholdt, er ikke nærmere angitt i ekomloven, Marked 15-vedtaket av 5. august 2010, eller direktivpakken som ekomloven gjennomfører. Ekomloven gir ingen anvisninger på at bestemte metodevalg eller fremgangsmåter skal benyttes ved sammenligning av eksterne tilgangsavtaler. Marked 15-vedtaket gir eksplisitt anvisning å at ulike vurderinger og ulike modeller/analyser vil kunne bli benyttet i oppfølging av det generelle ikke-diskrimineringskravet.

Marked 15- vedtaket oppstiller ingen plikt til å skulle benytte Telenors volum og Telenors trafikkmønster ved sammenligning av TDC og NwNs avtaler. TDCs volum ble benyttet fordi TDC etter en konkret vurdering ble ansett som en effektiv og representativ kjøper av tilgang til Telenors nett.

Telenor kan ikke høres med at selskapet ikke hadde tilstrekkelig kjennskap til relevante data hos TDC til å kunne benytte TDCs data ved sammenligning av TDCs og Networks Norways avtale.

Det anføres at Telenor har hatt god kjennskap til TDCs volum og trafikkmønster. Marked-15 vedtaket pålegger dessuten Telenor en plikt til å sørge for at det ikke finner sted diskriminering mellom eksterne aktører. Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling underlagt ikke-diskrimineringsforpliktelser, må da selv være ansvarlig for å skaffe til veie den informasjon som er nødvendig for å kunne vurdere om kravet til ikke-diskriminering er etterlevd.

Spørsmålet om departementets vedtak er ugyldig må avgjøres etter en vurdering av om departementet har handlet i strid med ekomregelverket, ikke etter reglene i konkurranseretten.

Staten vil videre anføre at departementet ikke har foretatt valg som forutsetter notifikasjon etter ekomloven § 9-3.

Både volumrabatter, volumforpliktelser og betalingsforpliktelser kan være objektive grunner til ulik pris. Departementet har imidlertid i det foreliggende tilfellet korrekt konkludert med at det her ikke foreligger objektive grunner utover volumrabatt som kan forsvare prisdifferansen mellom TDC og Network Norway.

Departementet har korrekt vektlagt at TDC ikke fikk tilbud om å påta seg en tilsvarende forpliktelse mot en forholdsmessig tilsvarende reduksjon. Et avtalevilkår kan ikke gis verdi ovenfor én tilgangskjøper, hvis en annen tilgangskjøper ikke kan oppnå bedre betingelser ved å påta seg tilsvarende forpliktelse. Telenor har heller ikke kunnet gjøre rede for hvilken verdi eller kostnadsbesparelse hver enkelt av de øvrige påberopte objektive grunner angivelig skal ha medført for Telenor. Verdien av de forpliktelsene for NwN er først estimert i etterkant som svar på påstand om diskriminering. Det er korrekt konkludert med at det her til dels er overlapp mellom de grunner til prisdifferensiering som Telenor har påberopt seg.

Når det gjelder tilbakebetalingskravet etter ekomloven § 10-12, vil staten anføre at dette bygger på korrekt rettsanvendelse. Ekomloven § 10-12 gir hjemmel til å pålegge tilbakebetaling av den overpris som Telenor har krevd fra TDC.

Usikkerhet rundt det faktiske grunnlaget er håndtert ved at Staten har lagt konservative anslag til grunn.

Beregningen bygger på hva TDC ville ha betalt med tilsvarende vilkår som i Network Norwayavtalen, men hensyntatt de ulikheter som skyldes akseptert volumrabatt. Telenor kan ikke høres med at kravet bare kan beregnes på grunnlag av opplysninger som var kjent for Telenor. Det forhold at Telenor eventuelt ikke fullt ut var kjent med hvor stor overfaktureringen av TDC var, er ikke til hinder for å pålegge tilbakebetaling. Tilbakebetalingshjemmelen er objektiv, og er ikke avhengig av at Telenor har utvist skyld.

Idet departementets vedtak må anses gyldig foreligger det ikke grunnlag for Telenors erstatningskrav.

Subsidiært vil staten anføre at selv om retten skulle mene at departementets vedtak er ugyldig, så foreligger det ikke grunnlag for erstatning i denne saken. Objektivt ansvar er

ikke aktuelt. Departementets faktiske og rettslige vurderinger må videre uansett anses forsvarlige og dermed ikke erstatningsbetingende.

Staten v/ Samferdselsdepartementet har nedlagt følgende påstand:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakens omkostninger

3.TDC AS og TDC A/S har i det vesentlige anført:

Kravet mot TDC A/S eller TDC AS er av Telenor knyttet til gyldigheten av Samferdselsdepartementets vedtak 16. februar 2015. TDC A/S eller TDC AS slutter seg til statens argumentasjon knyttet til gyldigheten av vedtaket.

Uavhengig av om vedtaket kjennes ugyldig gjøres det gjeldende at det ikke er faktisk eller rettslig grunnlag for å kreve tilbakebetalt inntil NOK 16 243 827 med tillegg av renter fra TDC A/S eller TDC AS.

Telenor tok en ulovlig høy pris i perioden fra 1. september 2010 til 23. mars 2012. Myndighetenes rettevedtak fra 2012 dokumenterer denne overtredelsen. Ekomloven § 10-12 gir sektormyndighetene nødvendig hjemmel til å pålegge tilbakebetaling av prisdifferansen ved brudd på diskrimineringsforbudet. TDC har uavhengig av departementets vedtak om tilbakebetaling rett til å beholde den tilbakeførte verdien av den fakturerte overprisen.

For TDC AS' vedkommende har selskapet ikke blitt kreditert beløpet eller mottatt de aktuelle midlene. Det er derfor av denne årsak alene verken rettslig eller faktisk grunnlag for å kreve noe beløp fra TDC AS.

På vegne av TDC A/S, og subsidiært også for TDC AS, gjøres det også gjeldende at det er verken faktisk eller rettslig grunnlag for å kreve tilbakeført hele eller deler av beløpet basert på *condictio indebiti* eller forbehold. Både oppgjørs- og korreksjonshensynet tilsier at midlene blir værende hos mottaker.

Saken mot staten gjelder gyldigheten av vedtaket datert 16. februar 2015 om tilbakebetaling av overpris. Det er ikke krevet dom for at vedtaket fra 20. desember 2012 vedrørende selve overprisen er ugyldig. TDC gjør gjeldende at selskapet har rett til å beholde tilbakeført/kreditert overpris uavhengig av utfallet i den verserende ugyldighetssaken.

Ved brev datert 7. januar 2013 (bilag 8 til tilsvaret fra TDC) krediterte Telenor TDC overprisen for "perioden 23. mars 2012 til og med november 2012." Telenor har deretter

ikke forfulgt dette ytterligere og heller ikke krevet noen omgjøring av krediteringen eller tilbakebetaling fra TDC. TDC la derfor til grunn at Telenor hadde akseptert departementets vedtak knyttet til selve overprisen.

Da vedtak om tilbakebetaling av overpris var fattet av PT valgte Telenor å rette seg etter også dette vedtaket ved å foreta en tilbakebetaling til TDC, jfr brev datert 6. mars 2014 (bilag 24 til stevningen). Telenor tok i brevet forbehold om å kreve beløpet tilbake "*dersom klagen vinner frem hos Samferdselsdepartementet og/eller en domstol gir Telenor medhold i at det ikke foreligger grunnlag for TDCs tilbakebetalingskrav.*"

Kort tid etterpå, i forbindelse med den tilbakelagte erstatningssaken knyttet til konsekvensene av overprisen, valgte Telenor å utvide erstatningssaken med en anførsel om at PTs vedtak var uhjemlet og uriktig. TDC bestred adgangen til å gjøre gjeldende at vedtaket var ugyldig uten at dette ble fremmet som et krav mot staten. Ved prosesskriv datert 30. juni 2014 (bilag 10 til tilsvarende fra TDC) trakk Telenor sitt krav knyttet til tilbakebetalingsvedtaket.

Telenor vant ikke frem med sin klage til departementet. TDC fikk inntrykk av at saken var avsluttet inntil departementets siste vedtak ble bestridt rettslig gjennom denne saken med stevning datert 17. februar 2017.

Det har gått snart seks år siden overtredelsen opphørte. Telenor tok ut søksmål mot TDC kun uker før kravet ble foreldet. TDC har i denne perioden partene forholdt seg til, og innrettet seg etter, det aktuelle oppgjøret.

Telenor har i stevningen lagt ned påstand om at TDC AS og TDC A/S dømmes til å dekke sakskostnadene in solidum med staten ved Samferdselsdepartementet. Det er ikke grunnlag for dette. Kravet mot staten er et annet enn kravet mot TDC. Det kan ikke settes likhetstegn mellom ressursbruken i disse to sakene.

TDC AS og TDC A/S har nedlagt følgende påstand:

1. TDC AS og TDC A/S frifinnes.
2. TDC AS og TDC A/S tilkjennes sakens omkostninger.

III. Rettens vurdering:

1. Innledning

Domstolens kontroll med forvaltningen er en legalitetskontroll, som innebærer at retten skal ta standpunkt til påstander om feil (ved rettsanvendelsen eller faktum) i SD klagevedtak av 16. mars 2015. Det sentrale spørsmålet i saken er om departementets

vedtak bygger på riktig faktum og riktig jus. Det ikke er domstolenes oppgave å ta standpunkt til det hensiktsmessige (rimelige, opportune) i forvaltningens vedtak.

Retten skal først nedenfor først vurdere om tilbakebetalingsvedtaket er gyldig. SD vedtak av 16. mars 2015, bygger på flere tidligere vedtak, nemlig rettingsvedtaket av 23. mars 2012, klagevedtak over rettings vedtaket av 20. desember 2012, tilbakebetalingsvedtaket av 21. februar 2014 og Marked 15- vedtaket. Retten vil nedenfor viser til disse vedtakene der det er nødvendig for å vurdere om SDs vedtak er bygger på korrekt rettsanvendelse og faktum.

2. Gyldigheten av SDs vedtak av 16. mars 2016

2.1 Fortolkning og anvendelse av kravet til ikke-diskriminering.

Partene er, slik retten oppfatter det, enige om at det foreligger en prisdifferanse mellom tilgangsavtalene til TDC og NwN som går i NwNs favør. Uenigheten går ut på om prisforskjellen utgjør et brudd på ikke-diskrimineringsplikten.

Som nevnt ovenfor ble Telenor i Marked 15- vedtaket gitt et pålegg om ikke-diskriminering med hensyn til pris og andre vilkår. Pålegget er gitt i medhold av ekomloven § 3-3, jf. § 4-7 og § 4-7. Ekomloven implementerer i norsk rett EUs Ekomdirektiver (rammedirektiv (2002/21/EF) og tilgangsdirektiv 2002/EF), begge senere endret ved direktor 2009/140/EF).

Ekomloven § 4-7 første ledd og annet ledd lyder som følger:

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.

Ekomlovens formål er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon, jfr. ekomloven § 1-1. Lovens øvrige bestemmelser må tolkes i lys av formålet.

Ikke-diskrimineringsbestemmelsen innebærer at tilbyder med sterk markedsstilling kan pålegges forbud mot å fastsette ulike vilkår for likeartede tjenester eller tilgang avhengig av hvem som er kjøper eller hva tilgangen eller tjenesten skal brukes til.

Bestemmelsens første og annet ledd regulerer to forskjellige konkurranseforhold.

Bestemmelsens første ledd hjemler adgang til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å behandle *eksterne tilbydere* likt, mens annet ledd gir hjemmel til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å behandle *eksterne virksomheter* likt med *egen virksomhet*. Det er bestemmelsens første ledd som er relevant i denne saken. Spørsmålet er om Telenor har behandlet TDC og NwN likt.

Lovens forarbeider gir liten veiledning når det gjelder det nærmere innholdet kravet om ikke-diskriminering. I Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 101 fremgår 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.

Under merknadene til § 4-7 fremgår det:

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.

Retten forstår uttalelsen i forarbeidene slik at ved vurderingen av om ikke-diskrimineringsplikten mellom eksterne tilbydere er oppfylt, må myndighetene sammenligne de eksterne tilgangsavtalene med hverandre. Gjennomgangen viser likevel at hverken Ekomloven eller forarbeidene gir nærmere anvisning på hvordan myndighetene skal gå frem ved sammenligning av eksterne tilgangsavtaler.

2.2. Regnskapsmessig skille

I tillegg til pålegg om ikke-diskriminering, kan myndighetene pålegge innføring av regnskapsmessig skille mellom ulike forretningsområder, jfr. ekomloven § 4-8. Første ledd lyder som følger:

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 er også et virkemiddel for myndighetene til å etterprøve om kravet til ikke-diskriminering er oppfylt. I Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) 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.

Det fremgår ikke av loven, eller forarbeidene, om regnskapsmessig skille kan brukes til å sammenligne eksterne tilgangsavtaler.

Markedsvedtakene for Marked 15 inneholder en del uttalelser som er nyttige for tolkningen av kravet til ikke-diskriminering. Vedtakene har vært gjenstand for høring og klager og har også vært forelagt ESA for kommentarer. Uttalelsene i vedtakene må derfor tillegges betydelig vekt. I Marked 15-vedaket av 2010 avsnitt 164 heter 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.

I vedtaket legges til grunn at ikke-diskriminering ikke nødvendigvis innebærer at alle virksomheter skal gis identiske vilkår, men at eventuelle forskjeller i de vilkår som gis må være basert på objektive kriterier. I Marked-15 vedtakets avsnitt 168 fremgår det videre:

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.

Telenor ble pålagt å opprette regnskapsmessig skille for sin mobilvirksomhet mellom nettvirksomheten og sluttbrukervirksomheten. I dette arbeidet skulle Telenor bruke eget volum, se avsnitt 231. Det regnskapsmessige skillet skulle gi grunnlag for å kontrollere forbudet mot prisdiskriminering vertikalt både overfor MVNO-tilbydere og kjøpere av nasjonal gjesting, jf. ekomloven § 4-8.

Når det gjelder regnskapsmessig skille har Nkom i vedtaket lagt til grunn at hovedformålet med regnskapsmessig skille er å følge opp krav om ikke-diskriminering *mellom selskapsintern virksomhet og eksterne tilbydere*. Det vises til Marked 15 – vedtaket 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.

Vedtaket inneholder få uttalelser om hvordan plikten til ikke-diskriminering mellom eksterne skal kontrolleres. Det gis likevel enkelte føringer. Det vises til Marked-15 vedtakets 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.

Det samme gjelder nasjonal gjesting, jfr. avsnitt 240. Videre fremgår det av avsnitt 174 at:

Fordi diskriminerende adferd vil kunne opptre i mange ulike former, er det vanskelig å angi spesifikt hvilke forhold som vil rammes av et krav om ikke-diskriminerende vilkår.

Gjennomgangen ovenfor viser at hovedformålet med å pålegge regnskapsmessig skille er å følge opp krav om ikke-diskriminering *mellom intern og eksterne virksomhet*. Dette innebærer etter rettens oppfatning at det ikke kan legges til grunn at regnskapsmessig skille er den metoden som må benyttes for å vurdere om kravet til ikke-diskriminering er overholdt mellom eksterne tilbydere. Markedsvedtakene inneholder lite konkret om metoder for oppfølging av ikke-diskriminering mellom eksterne tilbydere. Likevel er retten av den oppfatning at de uttalelsene som er sitert ovenfor klart viser at spørsmålet om kravet til ikke-diskriminering er oppfylt, vil måtte bero på en helhetsvurdering av flere forhold.

Dette følger også av SDs vedtak etter klage over Marked 15- vedtaket av 6. april 2011:

Samtidig ser departementet at en ensidig vektlegging av rapporten om regnskapsmessig skille basert på en like effektiv tilbyder, kan gi et unyansert bilde av konkurransen i markedet og derfor være uheldig.

Og videre:

Det forutsettes at tilsynet foretar en nærmere helhetsvurdering av resultatene for å avgjøre om konkurrentene blir diskriminert sammenliknet med den interne tjenesteleverandøren i Telenor. Samferdselsdepartementet konkluderer således med at det ikke er behov for å definere spesifikke prisklemmetester på mer detaljert nivå.

Telenor anfører at kravet til forutsigbarhet tilsier at det ikke er rom for «konkret vurdering» eller «helhetsvurdering». Retten er ikke enig i dette. Det avgjørende er at det skal være mulig for Nkom å kontrollere at kravet til ikke-diskriminering blir oppfylt. Marked-15 vedtaket og SD vedtak etter klage på Marked-15 vedtaket inneholder flere uttalelser om at det må foretas en konkret helhetsvurdering. Telenor må derfor ha vært oppmerksom på at regnskapsmessig skille ikke ville gi tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag i alle situasjoner.

I Nkoms vedtak av 23. mars 2012, som gjaldt pålegg om retting, uttales følgende:

Regnskapsmessig skille er et verktøy for å følge opp kravet til ikke-diskriminerende priser mellom Telenors interne tjenesteleverandørvirksomhet og eksterne kjøpere av regulert tilgang. PT er naturligvis kjent med at det ved slik rapportering er lagt til grunn en såkalt «like effektiv operatør»-tilnærming. Tilnærmingen innebærer blant annet at Telenor ved rapporteringen skal legge til grunn sine egne volumer. Det følger imidlertid av PTs vedtak i marked 15 at også andre økonomiske analyser vil kunne inngå ved vurderingen av om kravet til ikke-diskriminering er overholdt. Regnskapsmessig skille er således ikke det eneste verktøyet ved oppfølgingen av det aktuelle ikke-diskrimineringskravet.

Etter rettens oppfatninger dette utgangspunktet korrekt oppsummert. Regnskapsmessig skille er et verktøy for å følge opp ikke-diskriminerende priser mellom eksterne tilgangskjøpere og Telenors interne virksomhet, men det er ikke det eneste verktøyet. For å vurdere om eksterne tilgangskjøpere er diskriminert, er ikke regnskapsmessig skille et egnet verktøy og da må det foretas en helhetsvurdering.

Retten er ikke enig med Telenor i at dersom regnskapsmessig skille ikke kan brukes for oppfølging av krav om ikke-diskriminering mellom eksterne tilbydere, så må spørsmålet om departementets vedtak er ugyldig må avgjøres etter prinsipper som følger av den alminnelige konkurranseretten.

Spørsmålet om lovligheten av departementets vedtak må avgjøres etter en vurdering av om departementet har handlet i strid med ekomloven. Ekomloven gir hjemmel for en

sektorspesifikk regulering i ett marked der myndighetene ikke har funnet at alminnelig konkurranserett er tilstrekkelig for å oppnår konkurranse, jfr. formålet i ekomloven § 1-1.

Retten har etter dette kommet til at myndighetens metode ved oppfølgingen av ikke-diskriminering mellom eksterne tilbydere hverken i ekomloven, forarbeidene eller i Marked 15-vedtaket er begrenset til regnskapsmessig skille.

I Nkoms vedtak av 23.mars 2012 fremkommer følgende:

"PT mener på denne bakgrunn at spørsmålet om Telenor har diskriminert mellom kjøpere av tilgang i strid med vedtaket, vil måtte bero på en vurdering av flere forhold. PT har sammenlignet TDCs vilkår med vilkårene Network Norway har i sin avtale om kjøp av nasjonal gjesting.»

Dette utgangspunktet for vurderingen av om kravet til ikke-diskriminering var oppfylt ble opprettholdt i SDs klagevedtak av 20. desember 2012. Etter gjennomgangen ovenfor er retten også enig i denne vurderingen. Myndighetene må kunne bruke andre økonomiske analyser enn regnskapsmessig skille og foreta en helhetsvurdering av flere forhold ved vurderingen av om eksterne tilbydere har blitt behandlet likt. Uten denne muligheten ville kontroll og oppfølging av plikten til ikke-diskriminering overfor eksterne tilgangskjøpere bli illusorisk.

2.3. Er SD forutsetninger for sammenligning av avtalene i strid med Marked 15-vedtaket?

I Nkoms vedtak av 22. mars 2012 på side 1 i vedtaket fremgår følgende:

Ved vurderingen av saken foretok PT en beregning av TDCs kostnader for tilgang hos Telenor over en periode på 6 måneder, gitt at TDC hadde tilsvarende vilkår som Network Norway AS (Network Norway) har i sin avtale om nasjonal gjesting. Beregningen var basert på opplysninger fra TDC om selskapets volumer for andre halvår 2010 og vilkårene i avtalen om nasjonal gjesting mellom Telenor og Network Norway datert 18. august 2010. PT sammenholdt deretter den beregnede tilgangskostnaden med hva TDC med tilsvarende forutsetninger om volum og trafikkstrømmer ville betale, gitt vilkårene i selskapets faktiske avtale om MVNO-tilgang, jf. avtale datert 4. november 2010.

Telenor har anført at sammenligningen må baseres på Telenors volum og trafikkmønster og at dette følger av Marked 15-vedtaket.

Etter rettens vurdering kan det ikke leses ut av marked 15- vedtaket at Telenors volum og trafikkmønster skal legges til grunn ved sammenligning av to eksterne avtaler. Retten viser til vurderingen ovenfor under pkt. 2.2. Regnskapsmessig skille. Regnskapsmessig skille rapporteringen er basert på Telenors volum, men er etter rettens vurdering kun ment å

skulle følge opp kravet til ikke-diskriminering mellom Telenors egen virksomhet og en ekstern tilbyder.

Retten er videre enig i SD uttalelse i vedtak av 20. desember 2012 som lyder som følger:

Samferdselsdepartementet kan ikke se at det ved en sammenlikning av tilgangsavtaler ment for tilbydere av en helt annen størrelsesorden enn Telenor skal benyttes Telenors volumer og trafikkfordelinger. Det kan neppe hevdes at Telenor med selskapets størrelse er representativ for kjøpere av tilgang i det norske ekornmarkedet. En sammenlikning må derfor skje med volumer som er realistiske sett i forhold til størrelsen på den tilbyderen som vurderes. I dette ligger at volumene til Telenor vil være langt høyere enn det som er realistiske for konkurrentene, så lenge Telenor er en aktør med sterk markedsstilling. Departementet finner således tilsynets tilnærming på dette punkt hensiktsmessig.

Den fremlagte dokumentasjon viser at TDC hadde en markedsandel på 0,7% i 2010, mot Telenors 52,9%. I 2017 var TDCs markedsandel på 0,5% mens Telenors andel har økt til 57,7%.

Når det gjelder Telenor trafikkmonster, er det også her store forskjeller. Telenor har en vesentlig trafikk som går mellom egne kunder i Telenors nett (on-net trafikk), noe TDC med sin markedsposisjon vil ha en mye mindre andel av. TDC avtalen inneholdt en betydelig rabatt for on-net trafikk (75%), jfr. Change Order 2010-01. Dersom Telenors andel on-net trafikk med et volum på 56% ble benyttet til sammenligningen mellom de eksterne avtalene, ville on-net rabatten gitt betydelig utslag. TDCs on-net trafikk utgjorde bare 14% av samlet trafikk og rabatten ville dermed ha lite utslag på prisen. NwNs avtale inneholdt ikke rabatt for on-net trafikk.

Disse forskjellene i markedsandel og trafikkmonster mellom Telenor og TDC er et sterkt moment for å bruke TDC volum og trafikkmonster ved vurderingen av om TDC har blitt utsatt for diskriminering.

Telenor har vist til at både TDCs avtale og NwNs avtaler «besto» regnskapsmessig skille-testen. Det er ikke uenighet om at Telenor foretok regnskapsmessig skille-rapportering i forhold til begge tilgangsavtalene til Nkom, slik som det er forutsatt i Marked 15- avtalene og at Nkom ikke hadde innvendinger mot avtalene. Det må derfor legges til grunn at dersom tilgangsavtalene skulle sammenlignes med Telenors interne sluttbrukervirksomhet, ville resultatet vært at kravet til ikke-diskriminering var oppfylt.

Borgarting lagmannsrett uttalte i dom av 29. februar 2016 at:

Lagmannsretten stiller seg også tvilende til at rapportering av regnskapsmessig skille "har ... ingen verdi når det gjelder å vurdere hvorvidt Telenor overholder kravet til ikke-diskriminering mellom to eksterne virksomheter", slik departementet legger til grunn i vedtaket punkt 5.2.4 om volumforutsetninger. Rapporteringen er rett nok innrettet på å etterprøve at kravet til ikke-diskriminering mellom intern og ekstern virksomhet overholdes. Rapporteringen synliggjør imidlertid forskjeller i tilgangspris mellom eksterne. Som eksempel nevnes at rapporteringen per 1. april 2011, som gjaldt regnskapene for andre halvår 2010, viste at prisene i TDCs avtale ville gitt Telenors sluttbrukervirksomhet en samlet tilgangskostnad på 1 173 millioner kroner, mens prisene i NwNs avtale ville gitt en lavere samlet tilgangskostnad, 865 millioner kroner.

Lagmannsrettens konklusjon er at det er grunn til å stille spørsmål ved om det foreligger noen prisdiskriminering i strid med Marked 15-vedtaket. Diskrimineringselementet er under enhver omstendighet langt lavere enn 19,8 prosent. Lagmannsretten har ikke tilstrekkelig faktisk grunnlag for å trekke noen entydig konklusjon og finner det heller ikke nødvendig for å avgjøre tvisten, se nedenfor.

Retten er enig med Telenor i at lagmannsretten ser ut til å mene at det er tvilsomt om det foreligger diskriminering i strid med Marked 15-vedtaket. Det var imidlertid ikke vedtakenes gyldighet som var tema i rettssaken, men spørsmålet om Telenor hadde opptrådt erstatningsplikt uaktsomt overfor TDC. Det er en annen vurdering enn vurderingen av vedtakenes gyldighet. Det skal også bemerkes at staten var saksøkt frem til Telenor trakk kravet mot staten under saksforberedelsen for tingretten. Statens argumentasjon og anførsler har derfor ikke i samme grad blitt utdypet som i denne saken. I saken som retten nå har til behandling er hovedspørsmålet vedtakets gyldighet. Retten legger til grunn at fokus og bevisføring vedrørende vedtakets gyldighet er mer omfattende i nærværende sak. Derfor legger ikke retten vesentlig vekt på uttalelsene i lagmannsrettens dom.

SD uttalte i brev av 2. november 2016 til Telenor følgende om lagmannsrettens vurdering av bruken av Telenors volum ved vurderingen av om det foreligger brudd på kravet til ikke-diskriminering:

Når man skal sammenlikne vilkårene som TDC og Network Norway oppnådde hos Telenor, er det derfor urealistisk å benytte tall for Telenors volum. TDC og Network Norways avtaler er laget for aktører som er langt mindre enn Telenor. Ettersom departementet mener volum kan utgjøre en objektiv grunn til forskjellsbehandling, er det ikke grunn til å tro at Telenor med de volumene selskapet har, ville inngått en avtale ment for en langt mindre aktør. Departementet har derfor

valgt å bruke TDCs volum ved sammenlikningen av TDC og Network Norways tilgangsavtaler.

Retten er enig i SDs syn. Det vises til vurderingen ovenfor. Det eneste naturlige og realistiske utgangspunktet ved prøvingen av om TDC har fått dårlige tilgangsvilkår enn NwN, er ved en konkret sammenlikning av de to avtalene.

Etter rettens vurdering er det heller ikke noe å si på den skjønnsutøvelsen SD har foretatt ved vurderingen av TDC svolum/trafikk på NwNs avtale. Av SDs vedtak av 20. desember 2012 fremgår følgende:

Departementet mener at ved sammenlikning av to avtaler som er strukturelt forskjellige, må det foretas enkelte forutsetninger. Det er kun TDCs avtale som inneholder to ulike prismodeller for kjøp av datatrafikk. For å kunne sammenligne denne avtalen med øvrige avtaler om tilgang til Telenors nett, er det slik tilsynet selv understreker, nødvendig å foreta en vurdering av hvilken fordeling av datatrafikk som er mest hensiktsmessig og relevant.

Det har fremkommet i saken at fastprismodellen i utgangspunktet ikke har kommet i stand etter ønske fra TDC. En endring fra en prismodell til en annen for eksisterende kunder vil innebære utstedelse av nytt SIM-kort. Utskifting av SIM-kort har en høy transaksjonskostnad som ikke står i forhold til den økonomiske gevinsten for tilbydereren. Fleksibiliteten som Telenor viser til, synes dermed å være svært begrenset. Ettersom det er den variable prismodellen som har blitt benyttet av TDC og at øvrige tilgangsavtaler kun inneholder alternativet variabel prismodell, mener departementet at det for dette tilfelle fremstår som mest hensiktsmessig å legge den variable prismodellen til grunn ved sammenlikning av de to aktuelle tilgangsavtalene.

Skjønnnet som er foretatt av SD fremstår som velbegrunnet og forsvarlig.

Det fremgår videre av Nkoms rettevedtak at Nkom også har foretatt en grundig vurdering ved fastsettelsen av pris pr. SIM-kort. Dette er en spesialisert øvelse som retten legger til grunn at Nkom har særlig kompetanse til å utføre. Retten viser til at domstolen bør utvise varsomhet ved å overprøve forvaltningens konkrete skjønnsutøvelse på områder der forvaltningen har særlig kompetanse, jfr. Rt. 2008-1555.

Rettens konklusjon er etter dette at departementets forutsetninger for sammenlikning av TDCs og NwNs avtaler, der det er lagt til grunn en konkret helhetsvurdering og benyttet TDCs volum og trafikkgrunnlag, ikke er i strid med Marked 15- vedtaket.

2.4 Notifisering til ESA, jfr. ekomloven § 9-3

Telenor hevder at bruk av TDCs volum innebærer en endring av Marked 15-vedtaket som burde ha vært notifisert til ESA.

I henhold til ekomloven § 9-3 første ledd skal *"et begrunnet forslag sendes til EFTAs overvåkningsorgan for konsultasjon med sikte på europeisk harmonisering"* når en avgjørelse etter §§ 3-2 annet ledd, 3-3, 3-4 første ledd, 4-1 fjerde ledd og 4-2 annet ledd vil kunne påvirke handelen mellom EØS-landene". Det følger av bestemmelsen at EFTAs overvåkningsorgan og andre berørte myndigheter innenfor EØS-området kan kommentere forslaget. Etter fjerde ledd kan konsultasjonsprosedyren gjennomføres etter at vedtak er fattet, når det av *"hensyn til å sikre konkurransen eller ivareta brukernes interesser er behov for en rask avklaring"*.

Borgarting lagmannsrett var inne på at det var forhold ved vedtaket som tilsa at det burde vært notifisert, se s. 20 i dommen:

Lagmannsretten bemerker at tilsynsmyndighetenes innfallsvinkel til volum og trafikkmonster har sterke likhetstrekk med en såkalt "reasonable efficient operator"-standard. I klagevedtaket i rettesaken punkt 5.2.4 pekte departementet på at det ble åpnet for en slik tilnærming ved departementets klagebehandling av Marked 15-vedtaket fra 2010. Lagmannsretten viser imidlertid til at departementet senere, i vedtak 26. november 2014, har lagt til grunn at en marginskvistest som bygger på en "reasonable efficient operator"-tilnærming, kan anses som en presisering av Marked 15-vedtaket som ikke kan anvendes før eventuell notifisering til ESA. Dette trekker i retning av at en slik metode heller ikke kunne brukes ved vurderingen av brudd på plikten til ikke-diskriminering mellom eksterne før den eventuelt er notifisert til ESA.

Det er på det rene at SD mener at ved å legge til grunn et realistisk volum ved sammenligningen av tilgangsavtaler, innebærer dette at SD benytter en «rimelig effektiv tilbyder» - tilnærming, jfr SDs vedtak av 20. desember 2012.

I SD vedtak 26. november 2014, ble det lagt til grunn at en marginskvistest som bygger på en "reasonable efficient operator"-tilnærming, kan anses som en presisering av Marked 15-vedtaket som ikke kan anvendes før eventuell notifisering til ESA. Vedtaket gjaldt imidlertid fastleggelse av en generell detaljert metode for videre oppfølging av kravet til ikke-diskriminering mellom interne og eksterne tilgangskjøpere. Vedtaket legger etter rettens vurdering ikke føringer for vurderingen av om kravet til ikke-diskriminering mellom eksterne tilgangskjøpere er oppfylt.

En sammenligning av to konkrete avtaler for å vurdere om en allerede pålagt forpliktelse er overholdt, er etter rettens oppfatning ikke en avgjørelse som skal notifiseres til ESA i henhold til ekomloven § 9-3. Retten er dermed enig med Staten i at SDs vedtak ikke

innebærer en ny markedsregulering. Det er i denne saken foretatt en konkret vurdering av to tilgangsavtaler i et regulert marked, ikke utarbeidet et standardisert detaljert metode som skal benyttes i alle saker og som krever europeisk harmonisering.

Rettens vurdering er etter dette at det ikke en endring av Marked 15- vedtaket å legge til grunn at det ved vurderingen av om ikke-diskrimineringsplikten er oppfylt mellom eksterne tilgangskjøpere, så må det foretas en sammenligning mellom tilgangsavtalene ved å foreta en konkret vurdering med utgangspunkt i TDCs volum og trafikkmønster. Notifisering til ESA er derfor ikke nødvendig.

2.5. Objektive vilkår for ulik pris.

Som nevnt ovenfor er partene enige om at det er en prisforskjell mellom tilgangsavtalene til TDC og NwN. Prisforskjell mellom tilgangsavtalene kan aksepteres dersom det foreligger objektive vilkår som begrunner prisforskjellen.

Det fremgår følgende av Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) merknad til§ 4-7, side 105:

"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 avsnitt 168 fremgår det:

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.

Det fremgår videre av vedtakets avsnitt 177:

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 dermed tillatt å for Telenor å tilby forskjellig pris og andre vilkår, dersom det foreligger objektive og konkrete grunner til forskjellene. Videre er det et krav at vilkårene skal være oversiktlige og dokumenterbare for at det skal være mulig å kontrollere etterlevelse av ikke-diskrimineringsprinsippet og objektivitetskravet. I kravet om objektive og dokumenterbare vilkår, ligger etter rettens oppfatning en forutsetning om at verdien av de forskjellige vilkår i tilgangssantale må kunne sannsynliggjøres.

Telenor har anført at NwNs forpliktelse til å kjøpe et minstevolum på minst tre milliarder minutter gjennom avtaleperioden (volumforpliktelsen), en plikt til minstebetaling på kr 19 millioner pr. måned (betalingsforpliktelsen) og en relativt langvarig avtale på 4 år (avtalelengde) er objektive grunner for forskjellsbehandling. Disse forpliktelsene sikret Telenor en minstebetaling på 1,2 mrd. kr i avtaleperioden.

Telenor viser videre til Borgarting lagmannsretts dom i saken mellom TDC og Telenor la til grunn at minstekjøpsforpliktelsene og avtalelengden var *"objektive forhold som i utgangspunktet begrunner en klar prisreduksjon som kommer i tillegg til volumrabatten"*. Lagmannsretten konkluderte som følger:

(...) det er grunn til å stille spørsmål ved om det foreligger noen prisdiskriminering i strid med Marked 15-vedtaket. Diskrimineringsmomentet er under enhver omstendighet langt lavere enn 19,8 prosent. Lagmannsretten har ikke tilstrekkelig faktisk grunnlag for å trekke noen entydig konklusjon og finner det heller ikke nødvendig for å avgjøre tvisten, se nedenfor.

Det er på det rene at SD i vedtaket av 20. desember 2012 la til grunn at volumforpliktelser og betalingsforpliktelser i utgangspunktet kan utgjøre objektiv grunner til ulikheter i tilgangssavtalene. SD kom til at når det gjaldt volumforpliktelsen var ikke denne i tilstrekkelig grad tallfestet eller forsøkt kvantifisert. Når det gjaldt betalingsforpliktelsen var SD av den oppfatning at denne forpliktelsen langt på vei overlappet vilkåret om volumforpliktelse, fordi en forpliktelse om kjøp av et nærmere angitt volum til en nærmere angitt pris innebærer en betalingsforpliktelse. Avtalelengden ble av SD heller ikke vurdert som en objektiv grunn til ulik pris i de to tilgangssavtalene fordi Telenor ikke hadde konkretisert hvilken verdi klausulen hadde.

Retten ser ikke bort ifra at de forpliktelser som NwN påtok seg i avtalen kunne begrunne en lavere tilgangspris. Det ble brukt mye tid under hovedforhandlingen på vurdering av forpliktelsens verdi. Etter rettens oppfatning kan de vilkårene som begrunnet lavere pris for NwN, neppe sies å ha vært oversiktlige. Verdivurderingen har vært komplisert og det er fortsatt uenighet mellom partene hvilken verdi som er sannsynliggjort for de ulike vilkår. I en slik situasjon må tilsynsmyndighetene foreta en skjønnsmessig vurdering av verdien av vilkårene i avtalene. Retten kan ikke se at denne skjønnsmessige konkrete vurderingen av verdien av vilkårene er vilkårlig eller urimelig, eller beheftet med slike faktiske feil at SDv

vedtak av den grunn er ugyldig. Retten viser også her til at retten må være tilbakeholden med å overprøve skjønnets til forvaltninger, der forvaltningsorganet besitter en spesiell kompetanse på området. I denne sammenheng har retten også lagt vekt på at saksbehandlingen har vært særdeles grundig med innhenting av informasjon og uttalelser i flere omganger, både fra Telenor og TDC.

Retten legger også vekt på at Telenor på det tidspunkt avtalene med TDC og NwN ble inngått ikke foretok noen vurdering av hvilken verdi forpliktelsene hadde for Telenor. Retten viser her til at det er et krav at vilkårene skal være oversiktlige, slik at det er mulig å kontrollere etterlevelse av ikke-diskrimineringskravet, jfr. sitat fra forarbeidene som gjengitt foran.

Retten finner det videre ikke nødvendig for vurderingen å fastsette en sannsynliggjort verdi av de ulike forpliktelsene, så lenge skjønnen fremstår som forsvarlig og velbegrunnet. Retten har i tillegg, i likhet med det som fremkommer av vedtakene, lagt stor vekt på at TDC ikke ble tilbudt de samme vilkår for å oppnå prisreduksjon i forbindelse med avtaleforhandlingene i 2010.

Borgarting lagmannsrett har uttalt at:

(...) den videre drøftelsen av om forpliktelsene i denne saken utgjør relevante objektive grunner, faller departementet imidlertid dels tilbake til en vurdering av om forpliktelsen gir dokumenterbare kostnadsbesparelser for Telenor. Dels avvises forpliktelsen som relevant fordi TDC ikke har hatt "mulighet til å påta seg en volumforpliktelse for å oppnå gunstigere tilgangsvilkår".

Det er uklart for lagmannsretten hva departementet sikter til med den siste innvendingen, ettersom tilsynsmyndighetene under behandlingen av rettesaken ikke har antydnet at TDC burde påta seg lignende, nedskalerte forpliktelser som NwN for å oppnå samme reduserte tilgangspris som NwN. Tvert imot innebærer klagevedtaket i rettesaken at TDC oppnådde samme reduserte pris uten å påta seg lignende forpliktelser.

Ikke-diskrimineringskravet innebærer imidlertid at det foreligger en plikt til å tilby lignende vilkår til eksterne tilgangskjøpere, jfr. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 105) hvor det fremgår at ordlyden i ekomloven § 4-7, første ledd *innebærer en slags «beste vilkårs bestemmelse» i den forstand at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår tilbys andre konkurrerende tilbydere.*». Et avtalevilkår kan ikke gis verdi ovenfor én tilgangskjøper, hvis en annen tilgangskjøper ikke kan oppnå bedre betingelser ved å påta seg tilsvarende forpliktelse. Når Telenor hverken foretok en verdivurdering av forpliktelsene på det tidspunkt avtalen ble inngått, eller tilbudte TDC de samme vilkår, er dette en sterk indikasjon på at vilkårene som NwN ble tilbudt innebar en diskriminering av

TDC. Det er vanskelig å spekulere i om TDC ville ha godtatt samme vilkår som NwN hvis de hadde blitt tilbudt slike vilkår. Etter rettevedtaket tilbudte Telenor den 26. april 2012 TDC en tilleggsavtale som inneholdt nye forpliktelser og en prisreduksjon. Partene er uenige om denne nye tilbudte avtalen oppfylte Nkoms pålegg om retting. Vilkårene som ble tilbudt i tilleggsavtalen ble i liten grad gjenstand for bevisførsel under hovedforhandlingen. Retten finner dermed ikke å legge vekt på at TDC ikke ville inngå en ny tilleggsavtale som tilbudt av Telenor i april 2012.

Telenor hevder at TDC ikke var opptatt av vilkår, men av prisnivå. Telenor hevder også at selskapet var åpen for ulike prismodeller. Retten ser ikke bortifra at dette er korrekt. Det som likevel er et faktum, er at TDC ikke ble tilbudt samme vilkår som NwN, eller Ventelo, og dette er etter rettens oppfatning i seg selv diskriminering i strid med de forpliktelser Telenor har etter ekomloven.

Etter dette har retten kommet til at Telenor har opptrådt i strid med kravet om ikke-diskriminering og at det ikke er beheftet feil ved den skjønnsmessige beregningen av tilbakebetalingsbeløpet.

3.Gir Ekomloven § 10-12 hjemmel for krav om tilbakebetaling?

Ekomloven § 10-12 lyder som følger (slik ordlyden var på vedtakstidspunktet):

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

Uenigheten mellom partene ligger i forståelsen av begrepet «prisforpliktelse». Telenor hevder at kravet til ikke-diskriminering ikke knytter seg til en prisforpliktelse, men til en forpliktelse til å behandle like tilfeller likt.

Uttrykket prisforpliktelse er ikke nærmere definert i ekomloven § 1-5, som inneholder en rekke definisjoner.

Retten er enig med Telenor i at det av forarbeidene til bestemmelsen kan synes som om for høy pris etter brudd på kravet til ikke-diskriminering ikke er gjenstand for en tilbakebetalingsplikt. Det vises til Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) på s. 63, som er kommentar 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.

Ikke-diskriminering er ikke nevnt i forarbeidene og det er heller ikke vist til ekomloven § 4-7.

En arbeidsgruppe ble nedsatt til utredning av spørsmålet om det skulle inntas en hjemmel om tilbakebetaling/tilleggsbetaling i ekomloven. Arbeidsgruppens rapport er datert 19. januar 2005. Det fremgår av arbeidsgruppens rapport på s. 10:

Ikke-diskrimineringsvirkemiddelet kan innebære krav til prisfastsettelsen, men da i form av likpris 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.

Det må etter dette konstateres at det i utgangspunktet synes å være en forskjell på prisregulering og ikke-diskriminering.

Det er imidlertid andre uttalelser som trekker i retning av at det var hjemmel for å treffe vedtak om tilbakebetaling også i 2015. I forarbeidene til endringer i ekomloven (ot.prp. nr. 72 (2006-2007)), kapittel 7.5 fremgår det følgende om formålet med innføringen av en hjemmel for å kreve 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.

Et brudd på ikke-diskrimineringsplikten vil innebære at en tilgangskjøper betaler for høy pris for tilgangen. Det er ikke mer rimelig at en tilbyder skal kunne beholde inntekten av brudd på ikke-diskrimineringsplikten, enn brudd på andre forpliktelser med hensyn til prisfastsetting. Formålet om at en hjemmel til pålegge 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 er også gyldig i forhold til ikke-diskrimineringsplikten.

Forvaltningspraksis har lagt til grunn at det foreligger hjemmel for å kunne kreve tilbakebetaling av for høy pris som følge av prisdiskriminering. Det vises til SDs vedtak av 6. april 2011 hvor SD uttaler:

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.

Og videre:

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.

SDs vurdering kom i en klage over marked 15-vedtaket og ble foretatt etter at alle involverte aktører var hørt. Uttalelsen har dermed særlig vekt.

I lov av 17.03.17 ble ekomloven § 10-12 endret slik at første ledd fikk et nytt annet ledd:

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 rettstilstand, men å tydeliggjøre at brudd på ikke-diskrimineringsplikten omfattes av bestemmelsen etter gjeldende rett.

Lovendringen var dermed ansett å være en presisering av gjeldende rettstilstand og ikke en utvidelse av anvendelsesområde for hjemmel til å fatte vedtak om tilbakebetaling.

Etter rettens vurdering taler også reelle hensyn for en slik forståelse av rettstilstanden. På samme måte som for annen ulovlig høy pris, gir tilbakebetalingsplikten den regulerte aktør

insentiver til å forsikre seg om at prisfastsettelsen mellom eksterne aktører er ikke-diskriminerende. Det formål som i forarbeidene er nevnt for å ha en hjemmel for å treffe vedtak om tilbakebetaling gjelder også i like stor grad for brudd på ikke-diskrimineringsplikten. Det er heller ikke rimelig at den regulerte aktør skal beholde overprisen.

Etter dette har retten kommet til at det i 2015 forelå hjemmel for å treffe vedtak om tilbakebetaling av for høy pris som Telenor har avkrevd TDC i strid med plikten til ikke-diskriminering. Det er ikke krav om subjektiv skyld for at det skal kunne treffes vedtak om tilbakebetaling.

4.Størrelsen på tilbakebetalingskravet

Spørsmålet er om vedtaket er ugyldig på grunn av faktiske feil ved beregningen av tilbakebetalingsbeløpet.

Det fremgår av SDs klagevedtak av 2015 at beregningen av tilbakebetalingsvedtaket er foretatt som følger:

Departementet viser til at tilsynet ved beregning av tilbakebetalingsbeløpet anvender et prinsipp om at "vilkårene i de aktuelle tilgangsavtalene skulle legges til grunn i den grad det var grunnlag og forutsetninger for det. " Departementet er enig i at dette er et hensiktsmessig utgangspunkt.

Og videre:

Det fremgikk av Network Norways tilgangsavtale at selskapet skulle betale en fast månedlig avgift per tellende SIM-kort. (...) TDC besitter ikke tall for disse kategoriene av SIM-kort for den aktuelle beregningsperioden.

Post- og teletilsynet og departementet har innhentet tilleggsinformasjon fra TDC som gir en indikasjon på hvor mange SIM-kort som omfattes i disse kategoriene. Dette dreier seg om punktestimater som til en viss grad er hentet fra andre perioder enn den relevante tilbakebetalingsperioden. Det er usikkerhet knyttet til å bruke disse tallene direkte inn i beregningen. Departementet mener likevel tallene indikerer at tilbakebetalingsbeløpet reelt sett er lavere enn tilsynet har kommet frem til. Det legges til grunn at tilbakebetalingsbeløpet eksklusive renter, skal fastsettes slik at det ikke blir høyere enn overprisen. I tilfeller der det kan fastslås at det er betalt for mye, men beløpets størrelse er noe usikkert, bør det derfor legges inn en forsiktighetsmargin. Departementet finner det riktig basert på de indikasjoner og estimater departementet har mottatt, skjønnsmessig å redusere tilbakebetalingsbeløpet med 10 prosent. Tilbakebetalingsbeløpet utgjør dermed NOK 16 243 827 inklusive renter.

Telenor har anført at beregningen av tilbakebetalingsbeløpet er for høyt. Anførlene knytter seg til hvordan tellende SIM-kort er beregnet og til at det ikke er hensyntatt TDCs M2M-abonnenter, SIM-kort brukt til IP- og VPN-løsninger, eller tvilling/trilling SIMkort.

Etter Telenors oppfatning har TDC for 2011 rapportert opp mot 6 000 flere abonnement til PT's ekornstatistikk enn hva PT legger til grunn i sin beregning av tilbakebetalingsbeløpet. Videre hevder Telenor at 50% av TDCs 3 000 M2M-abonnement hadde trafikk hver måned i den aktuelle perioden, og at tilsvarende tall for mobile back-up løsninger er 8 000. Dette innebærer at det beregnede tilbakebetalingskrav ville blitt redusert med NOK 620 000 pr. måned.

Telenor anfører at beregningen illustrerer viktigheten av å inkludere alle SIM-kort når eventuell overpris i forhold til ikke-diskrimineringskravet skal beregnes, og videre at selv små endringer i antallet SIM-kort har stor betydning for kravets størrelse.

Det er på det rene at det ikke finnes en eksakt oversikt over tellende SIM-kort i den aktuelle perioden. Dette skyldes bl.a at TDC er pålagt å slette trafikkinformasjon når fakturering er avsluttet. Nkom og SD har bygget på TDCs innrapporterte tall. Etter rettens oppfatning var det ikke grunn til å tvile på de tallene som TDC innrapporterte til Nkom. Uoverensstemmelse med innrapportering til Ekomstatisikken skyldes at det Nkom spurte TDC om var antall abonnement som tok sikte på å generere inntekter, mens Ekomstatistikken teller alle abonnement. Jfr. her fagsjef i Nkom Kenneth Olsen Olsens forklaring. Retten legger denne forklaringen til grunn.

Retten viser videre til at Nkom og SD foretok korrigeringer etter innspill fra Telenor og punktestimater innhentet fra TDC. SD reduserte i vedtaket av 16. mars å redusere tilbakebetalingskravet skjønnsmessig med 10%.

Etter rettens oppfatning var SDs skjønn forsvarlig ut ifra det Nkom visste eller burde ha skaffet seg kunnskap om da avgjørelsen ble truffet. Retten legger også vekt på at skjønnnet er foretatt en spesialisert myndighet som må forutsettes å ha en særlig kompetanse på området.

Etter dette finner retten at det ikke er grunnlag for å anse vedtaket ugyldig på grunn av faktiske feil.

4.Konklusjon

Rettens konklusjon er at SDs klagevedtak av 15. mars 2015, hverken er beheftet med feil i rettanvendelsen eller at det foreligger feil i faktum. Vedtaket er dermed gyldig. Staten skal dermed frifinnes.

5.TDC AS og TDC A/S

Retten er enig med TDC A/S at det er uklart hvorfor det danske morselskapet er saksøkt i og med at det er det norske selskapet som har mottatt pengene. Dette har etter det resultatet retten har kommet til ingen betydning. Begge selskapene skal frifinnes.

6.Saksomkostninger

Staten, TDC A/S og TDC AS har vunnet saken fullstendig og har i utgangspunktet krav på å få tilkjent sakens omkostninger. Retten kan ikke se at det er grunnlag for å fravike hovedregelen. Retten har vurdert om det faktum at Borgarting lagmannsrett gikk langt i å antyde at det ikke forelå diskriminering i strid med Marked !5- vedtaket har medført at saken ved stevningen var så tvilsom at det var grunn til å få saken prøvd for retten. Retten har kommet til at saken ikke har vært så tvilsom at Telenor av den grunn helt eller delvis bør fritas for saksomkostningsansvaret. Retten har etter den bevisføring som ble foretatt under hovedforhandlingen ikke vært i tvil. For øvrig ser ikke retten grunn til å anvende unntakene fra hovedregelen i tvisteloven § 20-2 om at den som vinner saken har krav på å få dekket sakens omkostninger.

Når det gjelder størrelsen på saksomkostningene er det stor forskjell på statens prosessfullmektig og de to andre prosessfullmektigenes omkostningsoppgave. Retten finner likevel å legge adv. Andersens omkostningsoppgave til grunn og viser til at adv. Veierøds omkostningsoppgave ligger over 400 000 kroner høyere. Retten legger dermed til grunn at også advokat Andersens arbeid har vært nødvendig i saken og at det er rimelig å pådra saken omkostninger i den størrelsesorden det her er snakk om. Hovedforhandlingens lengde og sakens omfang tilsier også at advokatsalærene ville bli vesentlige.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er stort arbeidspress og at det har vært en krevende dom å skrive.

DOMSSLUTNING

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.

Retten hevet

Heidi Heggdal

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.