



GULATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 24.06.2021

Saksnr.: 19-137886FØR-GULA/AVD2

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Bjarte Askeland
Elisabeth Deinboll
Beate Blom

Saksøker Telenor Norge AS

Advokat Siri Teigum
Advokat Eirik Wensell Raanes
Advokat Eivind Andreas Nakken
Sæveraas

Saksøker Telenor ASA

Advokatfullmektig Kristoffer Grøndahl
Advokat Siri Teigum
Advokat Eivind Andreas Nakken
Sæveraas
Advokat Eirik Wensell Raanes
Advokatfullmektig Kristoffer Grøndahl

Saksøkt Konkurransetilsynet

Advokat Kristin Hallsjø Aarvik
Advokat Alf Henrik Evjenth Kolderup
Advokat Lucy Isabelle Klæboe
Furuholmen

DOM

Sakens bakgrunn

Saken gjelder rettslig prøving av vedtak fra Konkurranseskilnemennda.

Konkurransetilsynet traff 21. juni 2018 vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr på MNOK 788 millioner for brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. I vedtaket ble det lagt til grunn at Telenor Norge ASA (heretter Telenor) hadde «utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 gjennom omlegging av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 til Network Norway AS' (heretter NwN) avtale om nasjonal gjesting i Telenors mobilnett.»

Konkurransetilsynet la videre til grunn at overtredelsen fant sted «fra inngåelsen av Tilleggsavtale 2 med Network Norway AS 18. august 2010, og frem til avtalen om nasjonal gjesting mellom Telenor Norge AS og Network Norway AS opphørte 30. juni 2014». Vedtaket ble påklaget av Telenor til Konkurranseskilnemennda (heretter KKN), som ved vedtak av 19. juni 2019 stadfestet Konkurransetilsynets (heretter KT) vedtak.

KTs vedtak gir en grundig redegjørelse for sakens faktiske og regulatoriske bakgrunn. Partene har ikke hatt særskilte innvendinger til denne og lagmannsretten legger den til grunn. For øvrig har KKN gitt en konsentrert presentasjon av sakens parter og andre aktører, samt markedene og det regulatoriske rammeverket, som lagmannsretten finner det hensiktsmessig å gjengi innledningsvis:

2.3 Om Klager

2.3.1 Telenor ASA

(15) Telenor ASA er morselskapet i Telenor-konsernet. (Telenor-konsernet vil som nevnt under punkt 1 bli benevnt Telenor og omfatter alle selskapene i konsernet, det vil si alle selskaper som direkte eller indirekte kontrolleres av Telenor ASA). Ifølge hjemmesidene til Telenor har konsernet virksomhet innen tele, data og medietjenester i Norden, Sentral- og Øst-Europa og Asia. Mobilvirksomhet er Telenor-konsernets hovedvirksomhet, med ca. 174 millioner kunder og egen mobilvirksomhet i åtte land.

(16) Forgjengeren til Telenor-konsernet er Telegrafverket (senere Televerket). Telegrafverket ble etablert i 1855 som et statlig eid monopol med oppgave å drive telefon- og telegrafvirksomhet i Norge. Telenor-navnet ble innført i 1995 etter at Televerket ble omdannet til et statlig aksjeselskap i 1994. Selskapet ble børsnotert i år 2000 som Telenor ASA. Den norske stat er fremdeles majoritetsaksjonær i Telenor ASA, med en aksjeandel på 54 prosent.

(17) Telenor ASA har siden 2006 vært utpekt av ekommyndighetene som eneste tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett i Norge. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har derfor pålagt Telenor særskilte forpliktelser, herunder å gi tilgang til selskapets mobilnett

på nærmere angitte vilkår. Dette er nærmere beskrevet i Konkurransetilsynets vedtak punkt 4.3.

(18) Telenor er den klart største mobiltilbyderen i Norge, og er også den ledende leverandøren av mobiltelefoni, mobilt bredbånd og fast bredbånd til privat- og bedriftskunder. I grossistmarkedet tilbyr Telenor blant annet overføringskapasitet, bredbåndsnett og mobilnett. I følge Telenor Group Årsrapport 2017 var Telenorkonsernets driftsinntekter i 2017 i Norge på ca. 25,9 milliarder kroner.

2.3.2 Telenor Norge AS

(19) Telenor Norge AS har virksomhet innen mobiltelefoni, salg av mobilt bredbånd, fast bredbånd og fasttelefoni, med tilknyttede produkter og tjenester til både privat- og bedriftskunder. Dette tilbys gjennom merkevarene Telenor, Talkmore og Dipper. I grossistmarkedet tilbyr Telenor Norge AS blant annet overføringskapasitet, bredbåndsnett og mobilnett.

(20) Telenor Norge AS er eid av Telenor Mobile Holding AS (50,4 prosent) og Telenor Networks Holding AS (49,6 prosent), som begge er heleide datterselskaper av Telenor ASA.

(21) Telenor Norge AS' driftsinntekter i 2017 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 24,5 milliarder kroner.

2.4 Nærmere om andre markedsaktører

2.4.1 Tele2 Norge AS (opphørt)

(22) Tele2 Norge AS (heretter Tele2) ble etablert i 1995 som et heleid datterselskap av Tele2 Sverige AB, og var en del av Tele2-konsernet. Tele2 leverte tjenester innen mobiltelefoni, fasttelefoni og mobilt bredbånd i Norge til privat- og bedriftskunder.

(23) Tele2 Sverige AB inngikk 21. juli 2011 en avtale med de største aksjonærene i Network Norway AS om erverv av 66,65 prosent av aksjene i Network Norway AS. Tele2konsernet overtok dermed kontroll over Network Norway AS og over fellesforetaket Mobile Norway AS (heretter Mobile Norway).

(24) Telia Sonera AB og Tele2 Sverige AB avtalte 4. juli 2014 at Telia Sonera AB skulle erverve samtlige aksjer i Tele2 og Network Norway AS. Konkurransetilsynet tillot oppkjøpet på vilkår, herunder at immaterielle rettigheter knyttet til foretaksnavnet og varemerket Network Norway ble solgt til Ice Communication Norge AS (heretter «Ice Norge»). Salget skulle også omfatte samtlige kunder under varemerket Network Norway, og basestasjoner mv. tilhørende Mobile Norway, se Konkurransetilsynets vedtak V 2015-1, av 5. februar 2015.

(25) Driftsinntektene til Tele2 i 2014 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 1,5 milliarder kroner.

2.4.2 Network Norway AS (opphørt)

(26) Network Norway AS (heretter Network Norway) ble opprettet i 2005, og leverte mobilabonnement og andre mobile kommunikasjonsløsninger i Norge til privat- og bedriftskunder. Mobilabonnementene ble solgt under merkenavnene One Call, Network Norway og Lebara (senere MyCall).

(27) Network Norway startet utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge gjennom selskapet Mobile Norway, tidligere Automobil Invest, i 2006. Network Norway og Tele2 samarbeidet om utbyggingen fra og med 2007, etter Tele2 sitt oppkjøp av 50 prosent av aksjene i Mobile Norway AS. Ice Norge overtok det tredje nettets infrastruktur i forbindelse med Telia Sonera ABs kjøp av aksjene i Network Norway og Tele2, som et vilkår for oppkjøpet.

(28) Tele2 Sverige AB kjøpte som nevnt 66,65 prosent av aksjene i Network Norway i 2011. Network Norway ble dermed en del av Tele2-konsernet. I 2015 ble Tele2 og Network Norway en del av TeliaSonera-konsernet.

(29) Network Norways totale driftsinntekter i 2014 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 2,2 milliarder kroner.

2.4.3 Telia Norge AS

(30) Telia Norge AS (heretter omtalt som Telia, omfatter i det følgende alle selskapene i konsernet, det vil si alle selskaper som direkte eller indirekte kontrolleres av Telia Norge AS) er et heleid datterselskap av Telia Company AB (tidligere Telia Sonera AB), som er morselskapet i Telia-konsernet. Telia er morselskapet i Telia-konsernets norske virksomhet.

(31) Telia har det andre landsdekkende mobilnettet i Norge ved siden av Telenor. Det var opprinnelig NetCom GSM AS som ble tildelt konsesjon for å anlegge eie og drive mobilnett i 1991. Telia AB overtok NetCom i 2001. Telia har hatt virksomhet under navnet NetCom for sin norske virksomhet frem til 1. mars 2016 ...

(32) Telia har virksomhet innen mobilkommunikasjon til privat- og bedriftskunder og mobilt bredbånd med tilknyttede produkter og tjenester. Telia overtok merkenavnene OneCall og MyCall fra Network Norway ved oppkjøpet i 2014. I grossistmarkedet tilbyr Telia blant annet tilgang til mobilnett. Telias totale driftsinntekter i 2017 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 9,3 milliarder kroner.

2.5 Mobiltjenester i Norge

(33) Markedet for mobiltelefoni er kjennetegnet av i hovedsak tre ulike typer mobiloperatører.

(34) Det er mobilnettverksoperatører (MNO-er) som opererer og drifter egne mobilnettverk, inkludert alle andre komponenter som kreves for å produsere mobiltjenester, herunder frekvenstillatelser, nettverk av basestasjoner (radioaksessnett), og mulighet til å føre signaler til basestasjoner og teknologi til å formidle mobiltrafikk mellom mobiloperatører (kjernenett). Mobiloperatørene kan ha varierende grad av geografisk dekning, og operatører med bare delvis geografisk dekning vil være avhengig av å leie tilgang av mobiloperatører med landsdekkende nett.

(35) Videre finnes det mobile virtuelle nettverksoperatører (MVNO-er) som eier og drifter enkelte elementer av et mobilt nettverk; spesifikt et kjernenett og andre tilhørende elementer. MVNO-er har ikke eget radioaksessnett, og er derfor avhengig av å leie tilgang hos en MNO. I den relevante tidsperioden var det fire aktive MVNO-er i det norske markedet: TDC AS (heretter TDC) og Ventelo var de største MVNO-ene. Ventelo (kjøpt

av Phonero som senere er blitt en del av Telia) og TDC hadde begge MVNO-avtale med Telenor fra 2005.

(36) Den tredje kategorien mobilselskaper er tjenesteleverandører. Tjenesteleverandører leier tilgang til mobilnett, og videreselger mobiltjenester. De har egne kunder, eget varemerke og egen markedsføring.

2.6 Mobiloperatører i den relevante perioden

(37) Telenor og Telia var mobilnettverksoperatører, og eide i den relevante perioden hvert sitt mobilnett med tilnærmet full befolkningsdekning. Konkurransetilsynets definisjon av den «relevante perioden» til grunn i det følgende, det vil si perioden fra 18. august 2010, og frem til 30. juni 2014. Både Telenor og Telia var vertikalt integrerte selskaper, og opererte i hele verdikjeden for mobiltjenester. Fra 2006 var det likevel kun Telenor som var utpekt av myndighetene som en tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet for mobiltelefoni, og som derfor var pålagt å imøtekomme forespørsler om nasjonal gjesting, MVNO-tilgang, og fra 2016 også tjenesteleverandørtilgang.

(38) Fra 2007 startet Network Norway og Tele2 utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge, gjennom det felleseide mobilnettselskapet Mobile Norway. Mobile Norway, Network Norway og Tele2 var derfor mobilnettverksoperatører med delvis utbygd mobilnett i den relevante perioden. Fra april 2008 og gjennom den relevante perioden kjøpte Network Norway nasjonal gjesting fra Telenor. Fra 2007 og frem til Telias oppkjøp av Tele2 i 2015 hadde Tele2 en nasjonal gjestingsavtale med Telia.

(39) Network Norway disponerte gjennom Mobile Norway et ufullstendig utbygget mobilnett i den relevante perioden. I tilfellet hvor en Telia-kunde ringte en Network Norway-kunde, ville samtalen bli sendt fra Telias kjernenett til Network Norways kjernenett. Network Norway mottok termineringsinntekter fra Telia for terminering av samtalen. På bakgrunn av at Network Norway kun hadde et delvis utbygget mobilnett, ville det som skjedde videre med samtalen, avhenge av hvor Network Norways kunde befant seg. Dersom kunden befant seg i dekningsområdet til Mobile Norways mobilnett, sendte Network Norway samtalen ut til kunden gjennom dette nettet. Dersom kunden befant seg utenfor dekningsområdet til Mobile Norways nett, ble samtalen sendt ut til kunden gjennom Telenors nett, mot betaling i henhold til Network Norways avtale om nasjonal gjesting (roaming) med Telenor. Dersom Network Norways kunde mottok samtalen i Mobile Norways dekningsområde, men i løpet av samtalen beveget seg ut av dette, ble samtalen overført fra Mobile Norways nett til Telenors nett, såkalt handover.

2.7 Regulatorisk rammeverk for mobiltjenester

2.7.1 Generelt

(40) Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, tidligere Post- og teletilsynet (heretter Nkom), er det sentrale utøvende tilsyns- og kontrollorgan på området for elektronisk kommunikasjon i Norge, og er underlagt Samferdselsdepartementet. Nkom skal gjennom markedsregulering sikre at formålet i lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) om bærekraftig konkurranse i markeder innen blant annet elektronisk kommunikasjon, oppnås.

(41) Regulerte markeder som er relevante for denne saken presenteres helt kort i det følgende. For en mer detaljert gjennomgang vises det til Konkurransetilsynets vedtak del I punkt 4.2 flg.

2.7.2 Marked 7 – terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett

(42) Terminering av tale er den tjenesten et teleselskap yter når det tar imot en samtale fra et annet teleselskap. Mobiloperatørene tar betalt for denne tjenesten, og terminering utgjør derfor en inntektskilde ved mottak av samtaler fra en annen operatør, og en utgiftspost når egne kunder ringer til kunder av andre operatører.

(43) Alle MNO-er og MVNO-er er utpekt av Nkom som tilbydere med sterk markedsstilling i markedet for terminering av tale i individuelle offentlig kommunikasjonsnett (marked 7). Bakgrunnen for reguleringen er blant annet at mobiloperatørene er tilnærmet monopolister når de tilbyr terminering i eget kjernenett. Nkom har derfor regulert markedet, gjennom blant annet å fastsette et tak på termineringsprisen den enkelte mobiloperatør kan kreve for mottak av samtaler fra andre operatører.

(44) Network Norway lanserte kommersielle tjenester i februar 2007, og var ved opprettelsen av selskapet ikke underlagt noen regulering av termineringsprisen. Network Norway ble første gang underlagt prisregulering i Nkoms vedtak av 17. november 2008. Etter dette vedtaket hadde Network Norway fortsatt adgang til å ta høye termineringspriser, men stod da ikke helt fritt til å ta den prisen de ønsket.

(45) I februar 2009 ble alle etablerte MNO- og MVNO-er pålagt et pristak for terminering og krav om å imøtekomme rimelige anmodninger om samtrafikk i form av terminering. Videre ble Telia, Network Norway, Tele2 og Telenor ASA pålagt krav om ikke-diskriminering. Telenor ASA og Telia har i tillegg vært pålagt å utarbeide og offentliggjøre standardtilbud for samtrafikk. En slik plikt gjaldt også for Tele2 frem til 2010.

(46) Nkom innrettet virkemiddelbruken i marked 7 for å støtte opp om etableringen av et tredje mobilnett. Nkom tillot derfor Network Norway og Tele2 å ta høyere termineringspriser (asymmetriske termineringspriser eller såkalt skjevterminering) enn de øvrige aktørene, i vedtak av henholdsvis 8. mai 2007 for Tele2 og tilleggsvedtak 17. november 2009 for Network Norway. Network Norway og Tele2 påklaget vedtakene til Samferdselsdepartementet, da de blant annet mente at pristaket var satt for lavt. Departementet forhøyet pristaket både for Network Norway og for Tele2 fra og med 1. juli 2009.

(47) I Samferdselsdepartementets avgjørelse 19. mai 2009 fastsatte departementet et styringsmål. Merinntektene fra terminering for Network Norway og Tele2 skulle tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett med 75 prosent befolkningsdekning innen utløpet av 2011, i tråd med Network Norway og Tele2s utbyggingsplan. Departementet la videre til grunn at det å bygge til 40 prosent befolkningsdekning som Mobile Norway var pålagt i sin frekvenstillatelse, ville være for lite til å bli en fullverdig konkurrent til de to landsdekkende nettene.

(48) I klagevedtaket fra Samferdselsdepartementet baserte departementet seg på selskapenes estimat for investeringskostnaden for et nett med 75 prosent befolkningsdekning. Effektiv termineringspris ble beregnet basert på LRIC-metoden.

Merinntekten ble videre beregnet med bakgrunn i differansen mellom regulert termineringspris og effektiv pris. Departementet la til grunn at Network Norway i vedtaksperioden ville ha en forventet merinntekt på 370 millioner kroner, og Network Norways andel av investeringskostnaden ville dermed være mottatt i løpet av 2013. Tilsvarende for Tele2 var deres merinntekt beregnet til å være 550 millioner kroner, som etter departementets vurdering ville gi inntekter tilsvarende Tele2s investering i løpet av 2012.

(49) For å sikre at utbyggingen av det tredje nettet skjedde i henhold til fastlagt plan, ble Network Norway og Tele2 pålagt å rapportere til Nkom om fremdriften i utbyggingen på halvårlig basis, til perioden med asymmetriske termineringspriser var avsluttet. Dersom det viste seg at det tredje nettet ikke ble bygget i henhold til planen, kunne Nkom vurdere å endre virkemiddelbruken.

(50) Nkom varslet 26. mars 2010 om ny regulering av marked 7 for perioden 2011 til 2013. I varselet gjorde Nkom nye LRIC-beregninger som medførte en nedjustering av estimert investeringskostnad for utbyggingen av det tredje nettet. I det påfølgende vedtaket 27. september 2010 hadde imidlertid Nkom oppjustert forventet investeringskostnad for det tredje nettet med en befolkningsdekning på 75 prosent, til 2 milliarder kroner. Pristaket for Network Norway ble derfor forhøyet fra 20 til 30 øre for perioden frem til juli 2012, i forhold til prisene i varselet. Videre endret Nkom perioden for å beregne Network Norways merinntekter. For Tele2 sin del mente Nkom at det burde innføres symmetriske termineringspriser så raskt som mulig, da Tele2 allerede ved utgangen av 2010 hadde oppnådd merinntekter som omtrent tilsvarte selskapets andel av de relevante investeringskostnadene.

(51) Vedtaket fra Nkom ble påklaget av Network Norway og Tele2 til Samferdselsdepartementet, som i endringsvedtak av 11. mai 2011 besluttet å forhøye pristaket ytterligere for Network Norway, og for Tele2 i tidsrommet 1. januar 2011 frem til 31. desember 2012. Vedtaket kunne endres til ugunst for Network Norway og Tele2, dersom det tredje nettet ikke i tilstrekkelig grad ble bygget ut som forutsatt i planen, og rapporteringsplikten ble opprettholdt.

(52) Perioden med asymmetriske termineringspriser ble avsluttet ved utgangen av 2012. Tele2 og Network Norway anmodet i 2011 om en forlenget periode med asymmetriske termineringspriser basert på planer om ytterligere utbygging. Dette ble avslått av Nkom i vedtak 26. juni 2012 og av Samferdselsdepartementet i klagevedtak 20. desember 2012.

2.7.3 Marked 15 – tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett

(53) Mobiloperatører som ikke har egne radioaksessnett, eller ufullstendig utbygge radioaksessnett, må ha tilgang til en etablert aktørs radioaksessnett for å kunne tilby landsdekkende mobiltjenester. Dette markedet omtales i ekomreguleringen som markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Dette markedet omtales som marked 15 av norske ekommyndigheter.

(54) Nkom fattet for første gang vedtak i marked 15 under ekomloven 23. januar 2006. Nkom utpekte i vedtaket Telenor som en tilbyder med sterk markedsstilling. I vedtaket ble Telenor pålagt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til og samtaleoriginering i Telenors mobilnett. Forespørsler om nasjonal gjesting, MVNOtilgang og samlokalisering ville normalt måtte etterkommes. Telenor ble derimot ikke pålagt å gi

tilgang for tjenesteleverandører, fordi det syntes å være noe konkurranse mellom Telia og Telenor for å tiltrekke seg slike tilbydere. Vedtaket ble påklaget til Samferdselsdepartementet, som opprettholdt pålegget i vedtak 6. oktober 2006. Departementet omgjorde imidlertid Nkoms vedtak når det gjaldt prisreguleringen av nasjonal gjesting, fra kostnadsorientering ut fra et kost pluss-prinsipp til et pris minusprinsipp. Prisregulering basert på pris minus-prinsippet kunne etter departementets vurdering gi en høyere tilgangspris enn det som fulgte av kost pluss-prinsippet, men det ville i større grad gi insentiver til å investere i eget nett og bidra til langsiktig infrastrukturkonkurranse. Departementet bestemte videre at tilgangsprisene måtte ta utgangspunkt i trafikkprisene for Telenors gunstigste abonnement, dvs. storkundeavtaler, og ikke være differensiert etter geografiske forhold.

I vedtaket av 23. januar 2006 (på s. 8) er et av de prinsipper som ville være styrende for PTs valg av virkemidler formulert slik:

Prinsipp 3: I markeder der PT vurderer det som sannsynlig at duplisering av infrastruktur vil kunne oppnås over tid, vil PT sørge for at virkemiddelbruken støtter opp under overgangen frem mot et marked med bærekraftig konkurranse.

Det heter videre i KKNs gjennomgang av sakens bakgrunn:

(55) Telenors forpliktelser om å gi tilgang til nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering i Telenors mobilnett ble videreført i Nkoms vedtak av 5. august 2010. Nkom fant det imidlertid ikke nødvendig å videreføre prisregulering for nasjonal gjesting, fordi krav om ikke-diskriminering og regnskapsmessige skiller ifølge Nkom ville være tilstrekkelige reguleringsverktøy for å ivareta hensynet bak en slik prisregulering. Samferdselsdepartementet mottok flere klager på Nkoms vedtak, men opprettholdt vedtaket i sitt vedtak av 6. april 2011. Nkom traff nytt vedtak med utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling 1. juli 2016, men med noen endringer i forpliktelsene.

KKN har i sitt vedtak også gitt en kort oversikt over systemet med frekvenstillatelser, som lagmannsretten finner det hensiktsmessig å gjengi innledningsvis:

2.7.4 Frekvenstillatelser

(56) For å etablere et mobilnett i Norge er det nødvendig å inneha tillatelse til å bruke frekvenser i det elektromagnetiske frekvensspekteret, jf. ekomloven § 6-2. Slik tillatelse gis av Nkom eller Samferdselsdepartementet ved enkeltvedtak. Frekvenstillatelsene gis med en tidsbegrensning på opptil 25 år, og alle individuelle frekvenstillatelser er gebyrpålagt.

(57) Frekvensene som brukes til mobiltjenester ligger mellom 300 og 3000 MHz, i et frekvensbånd som kalles Ultra High Frequency (UHF). Kvaliteten på de ulike frekvensene varierer med hensyn til rekkevidde og gjennomtrengningsevne. Frekvensene i 900 MHz-båndet og 800 MHz-båndet er eksempler på frekvenser med lang rekkevidde og god gjennomtrengningsevne. Slike frekvenser blir ofte ansett som de mest attraktive i forbindelse med etablering av mobilnett. Frekvensene som er godt egnet til å dekke større områder med færre basestasjoner er for eksempel 1800 MHz eller 2100 MHz.⁴

(58) Dersom det er overskuddsetterspørsel etter frekvensressurser, kan myndighetene beslutte at tildelingen skal skje ved auksjon. Prisen for frekvenser avhenger av budgiverens

betalingsvilje. Network Norway ble i januar 2006 tildelt frekvenstillatelser avsatt til 2G/GSM i 900 MHz-båndet, og startet gjennom Mobile Norway utbyggingen av et tredje mobilnett. I frekvensauksjonen som ble avsluttet 12. desember 2007, vant Mobile Norway frekvenstillatelse i 2100 MHz-båndet til etablering av mobilnett basert på 3G-teknologi. Frekvenstillatelsen ble gitt på vilkår om at det tredje nettet tilbød 3G-tjenester med 40 prosent befolkningsdekning innen 6 år.

(59) I desember 2013 avholdt Nkom auksjon av frekvenser i 800 MHz-båndet, som var blitt tilgjengelig for mobilkommunikasjon som følge av overgangen fra analoge til digitale sendinger i bakkenettet for fjernsynskringkasting. I den samme auksjonen var det anledning til å by på ledige frekvenser i 900 og 188 MHz-båndene. I auksjonen vant Telenor, Telia og Ice Norge frekvenser. Tele2 vant derimot ingen frekvenser, og mistet frekvensene Mobile Norway hadde i 900 MHz-båndet. Konkurransetilsynet la til grunn i sitt vedtak V2015-1 [KT-2015-1V] av 5. februar 2015 at dette ville føre til at det tredje nettet ikke lenger kunne opprettholde en sammenhengende dekning, at kvaliteten ville bli svært lav, og at det derfor oppstod en fare for at nettet måtte stenges ned. Etter frekvensauksjonen startet Tele2 Sverige AB en salgsprosess som endte med at Tele2 Sverige AB inngikk avtale 4. juli 2014 med Telia Company AB om salg av samtlige aksjer i Network Norway, Tele2 og Mobile Norway

Som det fremgår av det siterte, har utbygging av det tredje nettet siden før år 2000 vært ønsket av Post- og Teletilsynet (heretter PT) og Samferdselsdepartementet (heretter SD), fordi det ville styrke konkurransen på sektoren. Dette ønsket har blitt formulert gjentatte ganger i vedtak fra PT og SD.

Investering i mobilnett kjennetegnes av høye investeringskostnader, som ikke gir umiddelbar avkastning. Investering i mobilnett er mer lønnsomt i sentrale strøk med stor befolkningskonsentrasjon enn i griskrendte strøk med lav befolkning. I de sistnevnte områder vil det være lavere trafikk som via de lokale abonnentenes betaling kan finansiere bygging av basestasjonene. For å bidra til at basestasjoner likevel kan bygges i griskrendte strøk, har telemyndighetene operert med et prinsipp om at prisingen av mobiltelefonitjenester ikke skal baseres på geografi, et prinsipp som kan utledes av ekomloven § 1-1:

Lovens 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.

I 2007 inngikk Tele2 og NwN avtale om etablering og finansiering av Mobile Norway (heretter benevnt MN) var tiltenkt å stå for utbygging av det tredje mobilnettet i Norge. (MN bar på dette tidspunktet navnet Automobile AS). De to selskapene var hovedaksjonærer i MN med like deler hver. I avtalens innledning under «Definitions» er det angitt at partene er enige om å bygge «base network» som skulle omfatte om lag 1850 basestasjoner (FU657). En nærmere beskrivelse av denne avtalen er gjort i punkt 4.4.4 nedenfor.

MN vant ved frekvensauksjon som ble avsluttet 12. desember 2007 frekvenstillatelse i 2100 MHz-båndet til etablering av mobilnett basert på 3G-teknologi. Frekvenstillatelsen

ble gitt på vilkår om at det nye mobilnettet skulle tilby 3G-dekning til 40 % av befolkningen innen 6 år.

NwN ønsket å inngå en nasjonal gjestingsavtale med Telenor. Telenor avslo først NwNs henvendelse under henvisning til at man ikke ville tillate NwN dobbeltroaming, men ble ved PTs vedtak av 20. september 2007 med hjemmel i ekomloven pålagt å inngå gjestingsavtale med NwN. Telenor klaget over vedtaket og oppnådde ved SDs vedtak av 14. november 2007 å få utsatt iverksetting av vedtaket, men på vilkår om at Telenor forhandlet videre med NwN «med sikte på å få i stand en roamingavtale».

For sammenhengens skyld bør nevnes at Telenor i mars 2007 hadde tapt Tele 2 som gjestingskunde til Telia. Telenor hadde dermed interesse av å få inn en ny nasjonal gjestingskunde med en langvarig kontrakt.

NwN og Telenor inngikk National Roaming Agreement (NRA) 3. april 2008. Avtalen innebar at NwN var bundet til eksklusivt å gjeste i Telenors nett. Avtalens minste løpetid var frem til 1. januar 2011.

I avtalen var prisen for gjesting basert på faktisk trafikkvolum med spesifikke tariffer. Prisene skulle revideres løpende hvert halvår på bakgrunn av prisstatistikker fra PT.

Avtalen inneholdt videre en volumrabatt (Discount) basert på månedlig bruk av taleminutter.

Hendelsesforløpet i 2009 – 2010:

MN hadde ved inngangen til 2009 fortsatt en plan om å bygge 1850 basestasjoner – med en befolkningsdekning på 75 %. Som følge av finanskrisen og manglende finansiering hadde imidlertid utbyggingen av basestasjoner i 2008 stoppet opp på tallet 320 stasjoner og en dekningsgrad på 16,6 % av befolkningen.

Tidlig i 2009 arbeidet NwN for å skaffe finansiering til videre drift og utbygging. Aksjonærer i selskapet hadde bidratt med et konvertibelt, subordinert ansvarlig lån, og øvrige aksjonærer ble bedt om å bidra på tilsvarende måte. Arbeidet med finansiering av selskapets videre drift pågikk utover våren 2009. Arild Hustad tiltrådte som selskapets «Chief Executive Officer» (CEO) den 14. april 2009.

Våren 2009 innledet Telenor og NwN reforhandlinger av NR2008, som ledet til at det ble inngått en tilleggsavtale (TA1) den 2. september 2009 og senere tilleggsavtale 2 (TA2) 18 august 2010.

Reforhandlingene ble krevd av Hustad, som i brev av 19. mai 2009 bl.a. ga uttrykk for at det kunne være aktuelt å

diskutere en fast pris per mobilt bredbåndsabonnement med volumbegrensninger, tilsvarende de prisplaner som i dag er vanlige i sluttbrukermarkedet.

Utsillet ble besvart negativt av Telenors sjef for wholesale-avdelingen, Harald Krohg. Hustad responderte da med å true med rettslige skritt, og fulgte opp med en klage på NRA 2008 til PT 24. juni 2009. Telenor åpnet da for forhandlinger.

Forhandlingene mellom NwN og Telenor endte i første omgang med at «Tilleggsavtale» (TA1) ble inngått 2. september 2009 med lavere priser på tale og SMS; samtidig som avtaleperioden etter NRA2008 ble forlenget til 31. desember 2012. Videre ble det innført en volumforpliktelse for NwNs kjøp av taletid under avtalen. Spørsmålet om dataprisene, som var hovedgrunnen til at reforhandling ble innledet, var imidlertid ikke løst. Utover høsten fortsatte forhandlingene mellom Telenor og NwN om en prismodell for mobilt bredbånd. Etter hvert ble det direkte kontakt i form av muntlige samtaler og e-poster mellom CEO Arild Hustad i NwN og wholesalesjef Harald Krohg i Telenor, og disse to førte forhandlingene som ledet frem til prisomleggingen i TA2, som ble inngått 18. august 2010.

Våren 2010 oppstod det uenighet mellom NwN og Tele2 vedrørende Tele2 sin forpliktelse til å bruke MNs nett. Tele2 var bundet av en gjestingsavtale med NetCom og ønsket å optimalisere sin kombinasjon av gjesting og bruk av MNs nett. Sentralt i dette bildet stod aksjonæravtalens klausul (punkt 9) om fordeling av driftsutgifter (Opex) etter bruk. For NwN var det maktpåliggende å få Tele2 til å bruke nettet, slik at de kunne være med å finansiere driftsutgiftene, men det var uenighet om Tele2s forpliktelser. Lagmannsretten kommer tilbake til konflikten med Tele2 i punkt 4.4.4 nedenfor.

Den siste delen av forhandlingene om TA 2 dreide seg i første rekke om fra hvilket tidspunkt avtalen skulle starte sin løpetid. Ved e-postutveksling av 17. mars 2010 ble det klart at partene stod langt fra hverandre på dette punktet. Mens Telenor ville at avtalen skulle bli virksam fra 1. januar 2011, ville NwN at den skulle ha virkning fra 1. april 2010. Uenigheten om dette kulminerte med at Hustad sendte et formelt brev til Telenor datert 17. mars, hvor det ble varslet om at NwN ville be PT om å megle mellom partene og at man ville vurdere å klage «forholdene knyttet til Telenors nasjonal roamingavtale» til Konkurransetilsynet og eventuelt ESA.

Da Telenor ikke var villig til å la avtalen løpe fra 1. april 2010, brøt NwN forhandlingene og holdt tilbake betaling av påløpt pengekrav for gjesting. NwN klaget samtidig NRA2008 i justert form (TA1) inn for PT. Forhandlingene kom først i gang igjen i juni 2010, etter at Telenor hadde sendt konkursvarsel til NwN.

NwN ble tilført 150 MNOK som følge av at selskapet den 15. juni 2010 vant en voldgiftssak mot mobiltelefonselskapet Ventelo, som hadde pågått over en viss tid.

Et nytt forhandlingsutspill fra Hustad ble sendt Telenor den 29. juni 2010, hvor det ble foreslått at deres mellomværende ble gjort opp ved at NwN betalte 41 MNOK mot at Telenor skulle trekke konkursvarselet. Det fulgte deretter sluttforhandlinger av TA2.

TA2 medførte at gjestingsavtalen ble forlenget med halvannet år. I dokument til Telenors styre av 10. august 2010 er forlengelsen omtalt slik:

Tilleggsavtalen med Network Norway medfører en forlengelse av dagens avtale med 18 mnd, som representerer en tilleggsverdi på rundt ca 600 mill. ut over verdien av gjeldende avtale.

Etter hvert ble partene enige om et kompromiss, slik at avtalen skulle løpe fra 1. september 2010.

Nærmere om innholdet i TA2:

Prisomleggingen i TA2 bestod i at det som tidligere fullt ut var variable priser for hver abonnents gjesting i Telenors nett ble erstattet med en todelt prisstruktur bestående av en fast månedlig simkortavgift i kombinasjon med langt lavere variable priser enn før på de tre tilgangsførmene tale, SMS og mobildata. Simkortavgiften var på initialt 19 MNOK per måned for inntil 475 000 simkort, dvs. 40 kroner per simkort. Deretter økte avgiften med én million kroner per påbegynte 25 000 simkort utover 475 000. Reduksjonen i variable priser var for tale fra 32 til 12 øre per minutt, for SMS fra 14 til 4 øre, mens prisen for data ble senket fra 17 til 5 øre per megabyte. Eksklusivitetsklausul og krav om minimumsvolum ble videreført. Varigheten av avtalen ble forlenget med 18 måneder frem til 30. juni 2014.

Hendelsesforløpet etter inngåelsen av TA2:

Umiddelbart etter at TA2 ble inngått, gjorde NwN gjennom sitt tjenesteleverandørselskap One Call et fremstøt i sluttbrukermarkedet. Det ble tilbudt pakkepriser på mobilabonnement der kundene fikk langt mer data enn før inkludert i pakkeprisen.

Våren 2011 hadde NwN finansielt en positiv utvikling, selv om det ble meldt om svakere inntjening enn antatt for både tjenesteleverandørselskapet Lebara og for desember også for One Call, jf. Referat fra styremøte av 20. februar 2011. Det ble i punkt 9 «presisert» at administrasjonens viktigste mål var «revidert glidebane frem til 2013 basert på dagens planlagte utbygging, samt ytterligere asymmetri ved bygging av landsdekkende nett».

Våren 2011 gjennomførte Harald Krohg på vegne av Telenor forhandlinger med Tele 2 om en gjestingsavtale med samme prisstruktur som TA2. Det er fremlagt interne dokumenter fra Telenor som viser forhandlingsstrategi og mandat for forhandlingene (FU6074 flg.). Forhandlingene strandet imidlertid tidlig på sommeren 2011 uten at det ble noen avtale mellom partene.

Ved SDs vedtak av 11. mai 2011 fikk både NwN og Tele 2 både forhøyet pristak og forlenget skjevterminering sammenlignet med PTs vedtak av 27. september 2010. Skjevterminering ble nå vedtatt gjennomført helt frem til og med fjerde kvartal 2012.

Tele2-konsernet kjøpte sommeren 2011 majoriteten av aksjene i NwN. Tele2 og NwN sendte den 19. september 2011 brev til SD, der det ble anmodet om at SD omgjorde sitt skjevtermineringsvedtak av 11. mai I brev fra PT til NwN/Tele2 av 26. juni 2012 ble anmodningen om skjevterminering for å finansiere bygging utover 1850 basestasjoner avslått under henvisning til at det ville være kommersielt regningssvarende for selskapene å bygge ut uten offentlig regulering.

NwN sa opp TA2 ved første mulige anledning, den 20. juni 2013 med virkning fra 1. juli 2014. NwN klaget samtidig inn Telenor for PT under henvisning til at avtalen innebar marginskvis, men fikk ikke medhold i klagen.

Ved frekvensauksjonen av 2. desember 2013 tapte Tele2, og måtte følgelig oppgi sine frekvenser den 1. oktober 2014. Frekvensene ble dermed beholdt ut TA2s virketid.

Særskilt om utbygging av basestasjoner før og etter inngåelse av TA2:

Per 6. juli 2009 hadde MN bygget det tredje nettet ut til 16,6 % befolkningsdekning, jf. selskapets brev til PT av 6. juli 2009 (FU 2693). 229 basestasjoner var satt i drift. Per 21. oktober 2009 var dette tallet øket til 237.

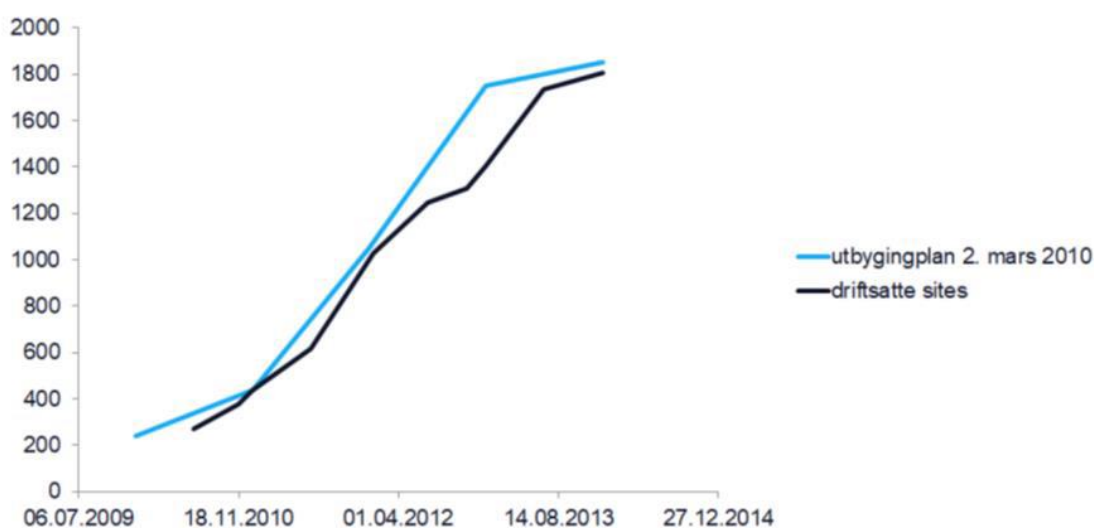
Per 31. desember 2009 var antallet driftssatte basestasjoner oppgitt å være 239. Befolkningsdekningen var i rapport av 15. januar 2010 med status for 31. desember 2009 oppgitt å være den samme som et halvt år tidligere, 16,6 prosent. Dette er forklart slik i rapporten:

Årsaken til at økningen fra 229 siter til 239 driftssatte siter ikke øker befolkningsdekningen eller arealdekningen, er at de nye siter er bygget for økt kapasitet og kvalitet.

I rapporten av 15. januar 2010 bebudet NwN at utbyggingsplanen ville bli revidert, og dette ble fulgt opp ved brev til PT av 2. mars 2010. Den reviderte utbyggingsplanen var som følger:

Oppsummering RollOut plan pr år					
	2009	2010	2011	2012	2013
Launched sites	240	200	610	700	100
Accumulated launched sites	240	440	1050	1750	1850

Under senere rapporteringer forholdt man seg til denne planen. Den faktiske utbygging sammenholdt med planen er illustrert slik i KT's vedtak:



Til styremøtet i MN av 6. mai 2010 ble det vedlagt en «rollout plan», som indikerte at 241 basestasjoner var driftssatte, mens det var planlagt 378 stasjoner satt i drift innen utgangen av oktober samme år. I protokoll fra styremøte i MN av 21. juni 2010 (FU3936) er det opplyst at utbyggingen går etter (den reviderte) planen.

PTs brev til SD av 10. juni 2010 (FU3905) redegjorde for NwNs finansieringsproblemer og bakgrunnen for den reviderte utbyggingsplanen. Det fremgikk at utbyggingen var på etterskudd i henhold til opprinnelig plan, men at man hadde mottatt uformelle signaler om at utbyggingen lå foran den reviderte planen av 2. mars 2010, som skulle ende opp med 1850 driftssatte basestasjoner i første kvartal 2013. PTs vurdering var at NwN hadde «evne og vilje» til å bygge ut nettet, jf. forutsetningen fra SDs skjevtermineringsvedtak av 19. mai 2009.

Utover høsten 2010 fortsatte MN sitt planlagte arbeid med utbygging. I Tele2s statusrapport til PT av 25. november 2010 fremgikk at driftssatte sider per 18. november var 379 mens tallet for 31. desember 2010 i brev av 14. januar 2011 er oppgitt å være 479. I begge brev er befolkningsdekningen oppgitt til 24, 9 prosent, mens antall stasjoner med 3G ble øket i perioden mellom rapporteringene. I intern presentasjon av «Roll Out plan» i forbindelse med MNs styremøte av 16. februar 2011, ble det gitt uttrykk for at man så langt hadde fulgt planen for utbygging som ble meldt inn 2. mars 2010. PTs brev til SD av 28. mars 2011 la til grunn at den nevnte planen «tilnærmet» ble overholdt.

I dokumenter fra styremøte i MN av 17. juni 2011 fremgikk det at selskapet hadde bygget etter plan for første halvår av 2011, og det ble opplyst at man hadde finansiering for ekstra sites utover dem som ble bygget etter plan (FU5013). Det ble opprettet en prosjektgruppe for bygging av nett utover de planlagte 1850 basestasjoner, som skulle arbeide inn mot SD for å oppnå skjevterminering for dette formålet.

I Tele2s brev til PT av 8. juli 2011 ble det opplyst om «økende utfordringer knyttet spesielt til leveransetiden på transmisjon» og «lang saksbehandlingstid for å få svar på samlokaliseringshenvendelser». Antall driftssatte basestasjoner var 617 og befolkningsdekningen var 26,5 %.

Også i siste halvdel av 2011 gikk utbyggingen om lag etter den reviderte planen av 2. mars 2010. I brev fra NwN/Tele2 til PT av 13. januar 2012 (åpenbart feilaktig datert 13. januar 2011) fremgikk det at utbyggingen tilnærmet hadde skjedd i henhold til planen og at befolkningsdekningen var 42,3 %. Det ble i brevet opplyst om problemer knyttet til samlokalisering og transmisjon.

Ved brev fra Tele2 til PT av 13. juli 2012 ble det opplyst at befolkningsdekningen var 56,9 %, mens antall driftssatte basestasjoner var kun 1245 mot planlagte 1400. Avviket ble forklart med «forsinket/manglende samlokalisering hos Telenor og NetCom, transmisjon fra Telenor og lang behandling av byggesaker.».

Etter å ha blitt bedt av PT om å redegjøre nærmere for om utrulling ville bli forsinket i henhold til planen, sendte Tele2 ny rapport om utbygging i brev av 26. november 2012. Her ble befolkningsdekningen oppgitt til å være 62, 9 %. I denne rapporten ble det opplyst

at prognosen for ferdigstillelse av 1850 driftssatte sites ville flyttes til tredje kvartal 2013. Avviket fra plan ble per 31. desember 2012 antatt å være 220 driftssatte sider (1550 mot planlagt 1770). Årsakene til avviket ble forklart på samme måte som i tidligere brev.

I brev av 20. desember 2012 fra PT til SD konkluderte PT med at det var «overveiende sannsynlig at utbyggingsrapportene og avviksforklaringene er basert på reelle forhold». Det ble videre positivt nevnt som følger: «PT mener likevel at det ikke er grunnlag for å hevde at Tele2s interesse går i retning av ikke å rulle ut mobilnettverk i Norge.» PT konkluderte videre med at selskapet så langt hadde «utvist den vilje og evne til å bygge nett i tråd med forutsetningene i SDs vedtak».

Utbyggingen av nettet fortsatte etter at skjevtermingeringen opphørte ved utløpet av 2012. I henhold til rapportene fra Tele2 til PT av 15. januar 2013 og 5. juli 2013 var befolkningsdekningen oppgitt til henholdsvis 65, 2 og 67,5 %. Av brev («sluttrapport») fra Tele2 til PT av 15. januar 2014 fremgår det at 1850 basestasjoner er bygget og at 1804 basestasjoner var satt i drift.

Prosesshistorie:

Telenor innga stevning til lagmannsretten den 18. september 2019. Staten, ved regjeringsadvokatembetet, innga tilsvaret den 4. november 2019.

Det har vært avholdt to planmøter i saken. Partene har inngitt en rekke prosesskriv, særlig i forbindelse med spørsmål om bevisavskjæring, som ble endelig avgjort ved lagmannsrettens kjennelse av 9. november 2020.

Ved skriv av 21. november 2020 innga ESA (Efta Surveillance Authority) uttalelse i saken i samsvar med EØS-konkurranseloven § 9 annet ledd, som implementerer EØS-avtalens protokoll 4, kapittel II, artikkel 15 (3).

Hovedforhandling ble avholdt over 17 rettsdager i tidsrommet 11. januar til 11. februar. Hele hovedforhandlingen ble avholdt som digitalt fjernmøte, hovedsakelig med hjemmel i Covid 19-loven § 3.

Telenor møtte ved sin partsrepresentant, Hilde Halvorsen, og sin prosessfullmektig, advokat Siri Teigum. Som rettslige medhjelpere for Telenor møtte advokatene Eirik Wensell Raanes og Eivind Andreas Nakken Sæveraas, samt advokatfullmektig Kristoffer Grøndahl.

Staten v/konkurransetilsynet møtte ved sin partsrepresentant, Hreidar Larsen og sin prosessfullmektig, advokat Kristin Hallsjø Aarvik. Som rettslige medhjelpere for Staten møtte advokatene Alf Henrik Evjenth Kolderup og Lucy Isabelle Klæboe Furuholmen.

Lagmannsretten hørte i tillegg til partsforklaring fra Telenors side, forklaring fra syv vitner, hvorav fire var sakkyndige. Dokumentasjon ble ellers foretatt slik rettsboken viser.

Partenes anførsler:

Av fremstillingstekniske grunner er enkelte ytterligere og spesielle anførsler gjengitt i forbindelse med lagmannsrettens bevisvurdering og rettsanvendelse.

Telenor har ved sin prosessfullmektig, advokat Siri Teigum, i hovedtrekk anført:

Generelt:

Sakens tyngdepunkt har vært uttalelser internt i Telenor som ga uttrykk for at beregninger av utbygging av det tredje nettet var en motivasjon for Telenors inngåelse av TA 2. Onde hensikter rammes imidlertid ikke av konkurranseloven § 11, og forsøk er heller ikke straffbart etter denne regelen. KKNs vedtak straffer i realiteten onde hensikter uten å definere regelen i § 11 på noen meningsfylt måte, uten å ta stilling til de faktiske spørsmål saken reiser.

Det foreligger ikke en overtredelse av kkr. § 11 og EØS-avtalen art. 54. Telenor hadde ikke en «dominerende stilling» i det relevante grossistmarkedet i 2009-2010.

Vedrørende beviskravet anføres at de økonomiske sakkyndiges forklaringer om fagøkonomiske sammenhenger må anses som faktum i relasjon til beviskravet, jf. HR-2020-1770 U avsnitt 28.

Vedrørende dominerende stilling:

Tilsynet og nemnda har gjort feil i markedsavgrensingen under dominansvurderingen. Telia var konkurrent i det relevante markedet, og de som var interesserte i å kjøpe nasjonal gjesting i 2009-2010 hadde betydelig markedsakt. Markedet for salg av nasjonal gjesting var «anbudslignende».

Markedet må avgrenses ut fra om kunder vil kunne bytte over til lett tilgjengelige substituerende produkter ved en liten prisøkning. Markedsavgrensningen i Nkoms vedtak er gjort for et annet formål enn i vår sak og er kun relevant i den grad de kaster lys over relevante faktiske omstendigheter i vår sak. Markedet må avgrenses til nasjonale gjestingsavtaler for tale, SMS og data.

Det vil være tre typer etterspørsel for slik nasjonal gjesting, og slik at Telenor leverer tre typer gjestingstilgang med hver sitt tekniske oppsett, NRO-er, MVNO-er og tjenesteleverandører. Denne oppdelingen medfører at det er liten grad av etterspørselssubstitusjon for disse tre gruppene, noe som betyr at man ikke kan operere med hele grossistmarkedet som ett marked. Det er i denne sammenhengen vist til at den som kjøper nasjonal gjesting ikke vil kjøpe tilgangsform tilpasset MVNO-er, jf. KTs vedtak avsnitt 375-388, mens tilgang for tjenesteleverandører ikke er substitutt for tilgang til nasjonal roaming, jf. tilsvarende synspunkt i PTs marked 15 –vedtak av 2006 (FU 224).

Tilsvarende er det ikke full tilbudssidesubstitusjon, fordi MVNO-er og tjenesteleverandører ikke hadde eget mobilnett og derfor ikke kunne tilby nasjonale gjestingsavtaler. Sak T-328/03 O2 avsnitt 12 sonderer mellom «the market for sites and site

infrastructure for digital mobile radiocommunications equipment», og «the market for wholesale access to national roaming for 3G communication services».

Tilbudssubstitusjonen i markedet for nasjonal gjesting gikk bare én vei, noe som innebærer at KT's vedtak avsnitt 379- 386 er upresist. MVNOene kunne ikke tilby nasjonale gjestingsavtaler, fordi de ikke hadde tilgang til eget mobilnett. Markedet må defineres ut fra hvilket marked man opererer i, men må også begrenses av avtaletypen; i dette tilfellet avtale om nasjonal gjesting.

Det er ikke grunnlag for KKNs oppfatning om at Telia var mest opptatt av å verne om sin sluttbrukervirksomhet. Det er ikke grunnlag for KKNs oppfatning om at konkurransepresset fra Telia ikke var særlig sterkt. At det var holdt eksklusive forhandlinger er vanlig i bransjen og i relasjon til store kontrakter. Periodene med eksklusive forhandlinger var kortvarige. Kundene spilte tilbydere opp mot hverandre, jf. Krohgs erfaringer fra sommeren 2011.

De som kjøpte eller ønsket å kjøpe en nasjonal gjestingstilgang for tale, SMS og data hadde betydelig kjøpermakt. Bevisførselen har vist at kontraktene var mye verdt, og at kundene hyppig brukte regelverket ved å klage for å bedre sin forhandlingsposisjon. NwN og Tele2 hadde profesjonelle og kompetente forhandlere, som stadig reforhandlet sine avtaler. Konkurransen mellom Telia og Telenor om salg av gjesting var «anbudslignende».

Lagmannsretten bør ikke vise tilbakeholdenhet i sin prøving av forvaltningsvedtakene, jf. at swingballprinsippet ikke passer i dette tilfellet. Det kreves ikke teknisk spesialkompetanse, så som eksempelvis patenttekniske vurderinger som krever ingeniørfaglig utdanning, men kun kunnskap om markedet, noe som retten har blitt forsynt med gjennom sakkyndige erklæringer. Beviskravet for at Telenor har opptrådt i merkbare grad uavhengig er klar sannsynlighetsovervekt.

Vedrørende misbruksvurderingen:

Telenors atferd var ikke utilbørlig. Det kreves for brudd på § 11 i denne saken at TA2 gjorde det vanskelig eller umulig å etablere seg eller å ekspandere i markedet. Det er ikke tilstrekkelig at det blir mindre lønnsomt å ekspandere. I vår sak er det ikke tale om å påvirke forbrukerne direkte, men å påvirke markedsstrukturen, som i sin tur påvirker forbrukernes konkurranse.

Ved vurderingen av TA2s virkninger på infrastrukturkonkurransen er MNs utbygginger relevante, men også Telenors utbygging. Effektene for disse to må veies mot hverandre.

For vurderingen av hva som er misbruk i vår sak er prejudikatet i Sak 85/76 (Hoffmann La Roche) avsnitt 91 jf. avsnitt 90 som er gjentatt i Tine avsnitt 67, veiledende. Kravet til egnethet er uttrykt ved «capable of», «tends to» eller lignende, men skal forstås som et krav til sannsynlighet for virkning. Det vises til en betenkning fra professor i rettsvitenskap, Erling Hjelmeng, skrevet som en vurdering av KT's vedtak, hvor det hevdes at det ved bedømmelse av atferd utenfor de «predefinerte kategoriene» ... «minst må kreves en sannsynliggjøring av konkurranseskade». Det vises i denne forbindelse særlig til premissene i sak C-13/14 (Post Danmark II).

Ved vurderingen av om TA2 har vært egnet til å påvirke markedsstrukturen, inngår de observerbare faktiske virkninger på markedsstrukturen gjennom avtalens løpetid som en «omstendighet», som må tas i betraktning, jf. «all the circumstances», jf. sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 25-26.

Virkningen av avtalen må vurderes i relasjon til et kontrafaktisk alternativsscenario. Her skal det legges til grunn det som samme som KKN legger til grunn, som er korrekt.

Telenor er enig i at reduksjonen i de variable prisene og innføringen av et fastpriselement gir en substitusjonseffekt som isolert sett trekker i retning av redusert utbygging. Det er likevel ikke sannsynliggjort at substitusjonseffekten var vesentlig større enn effekten av at NwN økte både sitt kundevolum og sitt volum av solgte data- og talemengder.

Det faktum at den etterfølgende utvikling ikke ledet til konkurranseskade, at nettet ble bygget ut til tross for TA2 ble inngått, utgjør et sterkt bevismoment for at TA2 ikke hadde en disinsentiverende virkning som kan representere misbruk av dominerende stilling.

NwN opplevde skjevtermineringsregimet som et insentiv til å bygge ut i tråd med plan fordi ekom-myndighetene hadde hjemler for å kreve tilbakebetaling av skjevtermineringsmidler, i alle fall i form av reduserte fremtidige maksimalpriser. Det vises til SDs klagevedtak av 19. mai 2009, hvor det ble uttalt at maksimalpriser for terminering kunne endres til ugunst dersom «forutsetningene om utbyggingstakt» var oppfylt og hjemlene for skjevreguleringen, ekomloven § 4-9 første ledd og § 3-4, samt ESAs brev til PT av 23. november 2008 og 22. september 2010. Regler om statsstøtte og ekomloven § 10-12 ga hjemmel for tilbakebetaling av midler. Risiko for å tape ytterligere skjevtermineringsinntekter for bygging utover 75 % av befolkningsdekningen ga et insentiv til bygging etter plan. Subsidiært: Selv om ekom-myndighetene ikke reelt hadde adgang til å sanksjonere NwN, var *frykten* for slik sanksjonering likevel et insentiv til bygging. NwN kjente på avtaletidspunktet, 18 august 2010 til innholdet i PTs vedtak av 27. september 2010.

NwNs beslutningstakere opplevde en forpliktelse til å bygge ut fra de ulike tilsagn de hadde gitt til myndighetene skriftlig og muntlig i møter med bl.a Kenneth Olsen i PT, jf. rapporter om nettutbygging av 6. juli 2009 og 15. januar 2010.

Tele2s oppkjøp av NwN har ikke påvirket utbyggingstakten. Brekkes grafer (hans presentasjon s. 52) knyttet til endringer i utbygging er ikke tilstrekkelig korrigert for etterslepet mellom beslutning om utbygging og faktisk utbygging, og det faktum at rapporter bare skjedde hvert halve år. Utviklingen i databruk var ikke uventet. Statens anførsel om håndhevingen av straffeklausulen i TA2 bygger på en misforståelse av avtalen.

Flertallet i KKN legger uriktig til grunn at prisstrukturen i TA2 hadde konkurranseskadelig virkning som følge av at insentivet til å bygge ut ble redusert.

Atferd rammes bare hvis den gjør etablering eller ekspansjon «vanskelig eller umulig for konkurrenter» Dette følger av EU-domstolens praksis i saker som har overføringsverdi for vår spesielle sak, som ikke gjelder en av de etablerte kategoriene for konkurranseskadelig

atferd. Det relevante spørsmål er om utbygging ble umulig eller vanskelig som følge av endringen i prisstruktur.

Uansett er ikke spørsmålet om det blir mindre lønnsomt å bygge ut enn det ellers ville ha vært. Spørsmålet er om det ble ulønnsomt å bygge ut hele eller deler av nettet med 1850 basestasjoner som planen tilsa.

Atferd rammes bare når den kan ha en virkning som gir en konkurranseskade. Dette innebærer at atferden må kunne ha en virkning på priser eller kvalitet som blir tilbudt i markedet.

De faktiske virkningene av avtalen er relevante, tungtveiende momenter i vurderingen av atferdens potensielle virkninger. Det vises til praksis fra EU-domstolen vedrørende dette spørsmålet, herunder T 684/14 Krka avsnitt 359 flg. Man skal legge den mest sannsynlige virkning til grunn mht avveiningen mellom kortsiktige og langsiktige konsekvenser. Myndighetene opererer i så måte med et tidsperspektiv på 2-3 år, jf. Kenneth Olsens forklaring. Avtalepartenes vurderinger inngår i det omstendigheter det er relevant å ta i betraktning.

KKN har lagt for mye i begrepet om at det dominerende foretak har et «særlig ansvar». Det ligger ikke annet i det særlige ansvaret enn at man plikter ikke å opptre utilbørlig. Det særlige ansvaret for dominerende foretaket innebærer ikke en «ekstraregel» utover forbudet mot utilbørlig å vitne en dominerende stilling.

For kravet til bevis må tas i betraktning synspunktene i artikkelen *Marc van der Woude*, «Judicial Control in Complex Economic Matters, Journal of European Competition Law & Practice», 2019, Vol. 10 No. 7.

Særskilt vedrørende ytelsesbasert konkurranse:

En dominerende aktør tillates å vinne i konkurransen på en slik måte at en konkurrent må legge ned virksomheten eller ikke klarer å ekspandere hvis foretaket ikke har opptrådt tilbørlig. Dersom en avtale er uttrykk for ytelsesbasert konkurranse («competition on the merits»), innebærer den ikke et misbruk av dominerende stilling. Det vises til en rekke dommer fra EU-domstolen som forutsetter en slik forståelse. En utestengelse kan være lovlig dersom den rammer en konkurrent som ikke er en EEC («Equally Efficient Competitor»). Spørsmålet er om TA2 har en slik virkning at den utestenger en EEC.

Prisstrukturen i TA2 var begrunnet i foretakenes forretningsmessige formål og derfor ikke et misbruk. Avtalen tjente flere formål med sikte på å fordele goder og byrder mellom avtalepartene: Prisstrukturen i varetok NwNs ønske om forutberegnelige kostnader med å tilby pakkeløsninger i sluttbrukermarkedet. Prisstrukturen ivaretok Telenors behov for betaling for verdien av tilgang til landsdekkende nett. Prisstrukturen imøtekom også et behov for forlik mellom partene.

TA2 er videre uttrykk for ytelsesbasert konkurranse, fordi prisstrukturen gjenspeiler den underliggende kostnadsstrukturen som ligger bak «dekningsfordelen». Telenor var berettiget til å ta betalt for den verdien muligheten til å ha dekning i hele Norge

representerte for de abonnenter som gjestet i Telenors nett. Prisstrukturen gjenspeilet kostnadsstrukturer som lå nedfelt i NwNs forretningsplaner og strategi for inngåelse av gjestingsavtale med Telenor. TA2 ble fremforhandlet under harde forhandlinger mellom likeverdige parter.

Avtalestrukturen er vanlig, og den ble benyttet av en rekke aktører i det samme markedet, jf. blant annet en avtale mellom TeliaSonera Norge AS/TeliaSonera AB og Ice Communications AS inngått i 2015. TA2 var laget for å ivareta NwNs ønske om forutberegnelige kostnader med tilby pakkeløsninger med inkludert en viss mengde data til fastpris i sluttbrukermarkedet.

Det må tas utgangspunkt i atferden og skilles mellom atferd som utelukkende er egnet til å begrense konkurransen og atferd, herunder prismekanismer, som har en kommersiell funksjon. TA2 faller i siste kategori fordi den inneholder ytelsesbaserte priser som har en objektiv begrunnelse, jf. bl.a. Sak T-203/01 (Michelin) avsnitt 107: «based on objective reasons». Bevisbedømmelsen i KKNs vedtak er ikke korrekt på dette punktet.

TA2 motsvarte også Telenors behov for å konkurrere om kundene og behovet for å få betalt for dekningen. Andre prismodeller var ikke egnet til å ivareta Telenors behov. Dette underbygges av Telenors interne dokumenter.

Gangen i forhandlingene, herunder skriftlig dokumentasjon viser at avtalen var kommersielt fremforhandlet og ikke et utslag av at NwN var i noen form for tvangssituasjon. Det er ikke dekning for vurderingen i KKNs vedtak avsnitt 386. En gjennomgang av styredokumenter og eposter mellom ulike involverte viser at NwN ikke på noe tidspunkt var bekymret for at TA2 ville ha konsekvenser for nettutbyggingen. NwN kjørte en hard forhandlingslinje for å realisere sin egen forretningsstrategi. Prisstrukturen i TA2 var ønsket av NwN og reflekterte partenes legitime behov. TA2 var dermed et resultat av ytelsesbasert konkurranse. TA2 ble valgt til tross for klage på de tidligere avtaler NRA og TA1.

Den faktiske utvikling etter inngåelsen av TA 2 viser at avtalen falt sammen med NwNs allerede etablerte strategi. Det var ikke sannsynlig utover det rent hypotetiske at TA2 ville begrense NwNs utbygging av nettet. Telenor hadde flere intensjoner med TA2 enn å disinsentivere utbyggingen av nettet.

Vedrørende rettferdiggjøring:

Telenor skal frifinnes dersom handlemåten var objektivt nødvendig og objektivt begrunnet. Det siste vil falle sammen med spørsmålet om avtaleinngåelsen var et uttrykk for ytelsesbasert konkurranse.

Dersom Telenor kan sannsynliggjøre at atferden har realisert effektivitetsgevinster eller at det var sannsynlig at dette ville skje og at atferden ikke eliminerte det meste av eksisterende konkurranse, kan Telenor ikke ilegges gebyr, jf. sak C-23/14 (Post Danmark II) avsnitt 48-49.

Det må tas hensyn til at prisstrukturen i TA2 førte til lavere total kostnader for NwN og ga grunnlag for et større og billigere tilbud til konsumentene. Prisstrukturen ga også nye og forbedrede produkter til forbrukerne. Pakkeprisene var etterspurt i sluttbrukermarkedet. Prisstrukturen ga NwN øket forutberegnelighet, herunder bedre mulighet for å planlegge investeringer med tanke på utbygging.

Prisstrukturen reduserte konfliktnivået mellom partene og ga derfor besparelser i relasjon til kostnader til juridiske bistand, management og kostnader knyttet til tap av goodwill.

Prisstrukturen sikret at Telenor fikk betalt for dekningsfordelen og beskyttet dermed Telenors insentiver til å investere i eget nett. Prisstrukturen var nødvendig for å realisere effektivitetsgevinstene. Muligheten til å tilby mer faste priser i sluttbrukermarkedet er nøkkelen til vekst i markedet.

Det må tas hensyn til at andre prisstrukturer ikke var aktuelle. Geografisk prising var ikke tillatt. Variabel pris med økning i tråd med NwN's bygging/dekningsgrad ville gitt noe av samme effekt som geografisk prising og var derfor ikke tillatt. Fast kundeuavhengig betaling for dekning i tillegg til variable priser ville ha skapt problemer i relasjon til ikke-diskrimineringsforbudet, og gi NwN en arbitrasjemulighet ved å kunne selge videre tilgang til Telenors nett.

Avtakende pris for dekning avhengig av NwN's utbygging ville ikke ha møtt Telenors behov for betaling for dekningsfordelen. Andre løsninger enn toprisindestrukturen ville ha økt kostnadene med å administrere avtalen. Sluttbrukerne nøt godt av effektivitetsgevinstene i form av produkter kvalitativt bedre tilpasset deres behov og lavere priser.

Vedrørende gebyrileggelse og utmåling:

De subjektive vilkår for gebyrileggelse er ikke oppfylt. De personer som kan identifiseres med Telenor utviste ikke forsett med hensyn til at TA2 hadde en konkurransebegrensende virkning i sluttbrukermarkedet og grossistmarkedet. Krohg var leder av Wholesale-avdelingen og utviste ikke forsett mht hvilke virkninger TA2 ville få på sluttbrukermarkedet. Dette underbygges av at han internt fikk kritikk for sin manglende forutberegning av virkninger på sluttbrukermarkedet. Telenor forholdt seg til at MN skulle levere til sine eiere. Det er ingen beviser for at Telenors folk forstod at NwN tok sikte på å være en aktør i grossistmarkedet.

Lagmannsretten bør ikke ilegge gebyr i medhold av konkurranseloven § 29, jf. «kan». Det bør her vektlegges at skadevirkningen aldri materialiserte seg. Den eneste observerbare effekt av TA2 er at konkurransen i sluttbrukermarkedet ble bedret. EU-domstolen har praksis for å ikke ilegge reaksjoner nå det forekommer nye former for brudd på konkurranseregelverk. I norske forarbeid (NOU 2003: 12) er det vist til at nye former for overtredelse kan møtes med forbud mot fortsatt virksomhet.

Dersom gebyr idømmes, må det reduseres betydelig. Det skal tas hensyn til momenter nevnt i konkurranseloven § 29 andre ledd. Det er 2012 som er det relevante regnskapsår for beregning av gebyr.

Faktisk virkning på markedet skal hensyntas ved beregning av gebyret. Utmålingsforskriften har rang foran ikke-bindende EØS-retningslinjer om bøteutmåling. Det skal tas hensyn til den lange tid som har gått mellom overtredelse og gebyrileggelse.

Telenor Norge AS og Telenor ASA har lagt ned slik

Påstand:

1. Konkurransetilsynets vedtak V2018-20 og Konkurransklagenemndas vedtak V03/2019 oppheves og Telenor Norges AS og Telenor ASA ilegges ikke overtredelsesgebyr.
2. Telenor Norge AS og Telenor ASA tilkjennes sakskostnader med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer.

Staten har ved sin prosessfullmektig, advokat Kristin Hallsjø Aarvik, i hovedtrekk anført:

Generelt:

Staten anfører oppsummert at NwNs og Tele2s utbygging av det tredje nettet ville styrke konkurransen i grossist- og sluttbrukermarkedet. Telenor innså dette og hadde som målsetting å begrense og/eller forsinke utbyggingen gjennom NwNs gjestingsavtale ved å etablere en ny prisstruktur, slik at NwNs insentiver for utbygging ble vesentlig redusert sammenlignet med TA1.

Omleggingen var egnet til å begrense og/eller forsinke utbygging i avtaleperioden (2010-2014), og dermed konkurransen. Telenor har ikke bevist at atferden var rettferdiggjort. Omleggingen utgjorde ikke, og skjedde heller ikke som ledd i, ytelsesbasert konkurranse. En slik atferd er uforenlig med Telenors særskilte ansvar for å sikre genuin, ubegrenset konkurranse. Hvorvidt Telenor faktisk lyktes med å begrense og/eller forsinke utbyggingen er rettslig irrelevant. Omleggingen av prisstrukturen utgjør misbruk av dominerende stilling, jf. krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54.

Lagmannsretten har kompetanse til å prøve alle sider ved saken, jf. krrl. § 39 tredje ledd likevel slik at det må ses hen til reglene om overprøving av forvaltningssanksjoner, jf. forvaltningsloven § 50. Retten har en adgang til overprøving, ikke en plikt. Lagmannsretten må se hen til de grenser for prøvingskompetanse som følger av norsk høyesterettspraksis i relasjon til fagkyndige vurderinger, og domstolenes prøving innenfor EU og EØS. Spørsmålet om prøvingsintensitet får uansett ingen betydning for sakens utfall.

Beviskravet for de faktiske omstendigheter som bringer krrl. § 11 og EØS-avtalen art 54 til anvendelse er klar sannsynlighetsovervekt, jf. Rt-2012-1556.

Beviskravet gjelder bevisbedømmelse, ikke rettsanvendelse. Den konkurranseøkonomiske konklusjonen hører til rettsanvendelsen. Rettslige og økonomiske vurderinger er ikke omfattet av det kvalifiserte beviskravet, jf. NOU 2012: 7 s. 70. Avgjørelsen ved kjennelse i nærværende sak gjelder hva som skal anses som bevis, ikke rekkevidden av beviskravet. Det vises til KKNs avgjørelse avsnitt 119-120.

Lagmannsretten må ved sin bevisvurdering i tråd med Høyesteretts praksis legge særskilt vekt på tidsnære bevis, mens etterfølgende forklaringer tillegges mindre vekt. Det vises til at en stor del av sakens vitneforklaringer har kommet fra Telenors ansatte, jf. som eksempel Harald Krohgs etterfølgende forklaring om at resonnementer om NvNs svekkede insentiv til å bygge nett som kan gjenfinnes i styredokumenter og intern kommunikasjon i Telenor var et innsalg i en intern diskusjon i selskapet.

De sakkyndige vitner er nyttige for å fortolke økonomiske sammenhenger, men deres vurderinger er ikke mer kvalifiserte enn andres hva gjelder bevisbedømmelse, og de har ikke hatt tilgang til alle sakens dokumenter.

Vedrørende dominerende stilling:

Dominanskriteriet i krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54 innebærer et krav til at det aktuelle foretak har en dominerende stilling i et marked. Det forutsetter en markedsavgrensning og en konkret vurdering av foretakets adgang til «to an appreciable extent» å opptre uavhengig av konkurrenter og kunde.

Markedsavgrensningen under dominanskriteriet skal omfatte all tilgang til og originering av trafikk i mobilnett – dvs. både nasjonal gjesting, MVNO- og tjenesteleverandørtilgang. Dette kan underbygges av ESAs ikke rettskraftige vedtak, som riktignok gjelder en annen type overtredelse, men likevel samme periode og samme grossistmarked. Det er ingen grunn til at lagmannsretten skal fravike ESAs markedsavgrensning og dominansvurdering, og et slikt fravik ville eventuelt reise spørsmål i relasjon til EØS-konkurranseloven § 8.

KKNs markedsavgrensning bygget på at grossistmarkedet omfatter tilgang til og originering av trafikk i mobilnett for nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og tjenesteleverandører og at disse produktene ble tilbudt og etterspurt samlet, er korrekt.

Synsmåten underbygges av at Kommisjonen også har vurdert tjenestene som ett samlet produktmarked. Samme nett ble bruk til å tilby ulike tjenester og tilgangsformer. Tilbudssidesubstitusjon var dermed en mulighet. At det forelå et samlet marked som inkluderte alle tilgangsformer, samsvarer med Nkoms markedsanalyser.

Produktmarkedet i sluttbrukermarkedet inkluderte tale, SMS, MMS, mobildata og internasjonal gjesting til sluttbrukere.

Et foretaks dominans på relevant marked beror på flere momenter, herunder markedsandeler og om markedsandelene har vært stabile over tid, jf. sak 85/76 Hoffmann la Roche og sak C-27/76 United Brands, jf. også kommisjonens veiledning og NOU 2003: 12 s. 58. Utfordringene for konkurrentene gjorde seg tilsvarende gjeldende på

sluttbrukermarkedet. Korrekte vurderinger er gjort i KT's vedtak, KKNs vedtak og ESAs vedtak punkt 9.2.3.

Telenor hadde høye markedsandeler både i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet. Det var lite konkurranse fra andre aktører og begrenset konkurranse fra Telia i grossistmarkedet, idet selskapet hadde kun 36 % markedsandel i 2009, mens selskapets andel i sluttbrukermarkedet var kun 25,8 % i 2010. Telenors eksklusivitetsklausuler forhindret konkurranse med Telia. Ekspansjon fra Telia i grossistmarkedet ville være negativt for selskapet nedstrøms, og Telenor vurderte ikke ekspansjon fra Telia som sannsynlig.

Telenor hadde også andre konkurransefortrinn vis-à-vis Telia, blant annet fibernettoverføring som Telia var avhengig av. Telenors dekningsfordel var en ekspansjonshindring for Telia. Konkurransen fra andre aktører enn Telia var begrenset. Korrekte vurderinger er gjort av KT i punkt 10.2.4 og 10.3.4, samt i KKNs vedtak punkt 6.5.6. Konkurrenters kjøpermakt er relevant for vurderingen, men konkurrentene hadde ikke sterk kjøpermakt. Korrekte vurderinger er gjort i KT 10.2.5 og 10.3.5, samt KKNs punkt 6.5.7.

Ekonomreguleringen fratar ikke Telenor en dominerende stilling. Det er sikker rettspraksis for at et foretak kan være omfattet av Ekonomregulering, men likevel misbruke sin dominerende stilling, jf. Deutsche Telekom avsnitt 92 og T-398/07 (Spain v. Commission) avsnitt 50. Synspunktet underbygges av ESAs vedtak punkt 9.2.5 og Asker og Bærum tingretts dom TAHER-2012-51158 s. 21-22. Korrekte vurderinger er gjort i KT's vedtak 587 og KKNs vedtak punkt 6.5.4. Telenors lønnsomhet og høye driftsmargin i perioden styrker grunnlaget for å anse dominanskriteriet for å være oppfylt, jf. KT's vedtak punkt 10.2.6 og 10.3.6.

Sak T-210/01 (General Electric) gjelder et annet typetilfelle, fusjonskontroll og samtidig kjøp av «jet engines», noe som er typisk for anbud. Det er illustrerende at NwN/Tele2 forgjeves prøvde å oppnå en anbudsprosess i 2012. Det foreligger ikke «bidding markets» kun fordi det er et fåtall aktører i markedet. Uansett vil markedsandeler fremdeles ha betydning i et «bidding market», jf. T-210/01 (General Electric) avsnitt 150-151. Telenors høye og stabile markedsandeler i grossist- og sluttbrukermarkedet må uansett tillegges vekt.

Det forelå betydelige etablerings- og ekspansjonshindringer i både grossist- og sluttbrukermarkedet i form av store irreversible kostnader ved å bygge ut mobilnett. Skjevtermineringsregimet endret ikke på dette utgangspunktet, pga. usikkerhet mht. prisnivå, kundegrunnlag og det faktum at lønnsomheten ved å bygge ut det tredje nettet var usikker til tross for skjevterminering. Betaling for radiofrekvens var også en reversibel kostnad. Behov for tilgang til egne siter for egen radioaksess var også en etableringshindring.

Telenor hadde stor kontroll over egen infrastruktur og kunne påvirke utbyggingstakt pga behov for samlokalisering. Kravet til samlokalisering ble brutt jf. Nkoms markedsanalyse (FU 3 6872). Samlokaliseringen fungerte ikke og utgjorde dermed en etableringshindring.

Telenor hadde stordriftsfordeler som utgjorde etableringshindre i markedet. Telenor hadde også samdriftsfordeler som var egnet til å redusere egne gjennomsnittskostnader per enhet.

Vedrørende misbruksvurderingen:

Misbrukskriteriet er en totrinnsvurdering med ulik bevisbyrde. Staten må godtgjøre at atferden, i sin kontekst, var faktisk eller potensielt konkurransebegrensende. Telenor må deretter bevise at atferden var rettferdiggjort. Begge disse trinn har samme funksjon, idet de begge skal skille misbruk fra lovlig atferd. Under rettferdiggjørende grunner finnes to alternativer; 1) objektivt nødvendig («objective justification») eller at 2) den konkurransebegrensende atferden oppveies av effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode.

Telenors argumentasjon reflekterer ikke den oppstilte strukturen, idet rettferdiggjøring flyttes til det første trinnet i strukturen ovenfor og blir behandlet sammen med en anførsel om at avvik fra ytelsesbasert konkurranse er et selvstendig vilkår. Det bestrides at dette er riktig regelforståelse. Telenors forståelse bryter blant annet med kravet om at foretaket har bevisbyrden under rettferdiggjøringen, noe som følger av EU-domstolens praksis. Bevisbyrdefordelingen er en del den materielle rettsnormen og må anvendes av norske domstoler, blant annet som følge av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet som gjelder i EU/EØS-retten.

Et foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt, og forbudet begrenser seg ikke til de opplistede alternativer i § 11 bokstav a) - d) eller til typetilfeller etablert i EU-domstolens og andre domstolars praksis, jf. sak C-208/08 P Deutsche Telekom avsnitt 173 og Rt-2011-910 (Tine) avsnitt 72.

Et dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å skade eller innskrenke konkurransen. Atferd som ikke ville vært konkurranseskadelig om den var foretatt av en annen aktør, vil ikke nødvendigvis være lovlig om den foretas av den dominerende aktør, jf. Sak C-52/09 (TeliaSonera) avsnitt 24.

Telenors anførsler om at prisstrukturen i TA2 var begrunnet i behov for betaling for dekningsfordelen må eventuelt inngå i vurderingen av rettferdiggjøring. Det samme gjelder eventuelle positive effekter av prisstrukturen. Telenors allokering av argumentene er ikke korrekt. Sondringen mellom de ulike effektene og hvor de skal rubiseres er korrekt utført i KKNs vedtak avsnitt 295.

Rasjonalet bak forbudsbestemmelsen er at den skal forebygge mot potensiell konkurranseskadelig virkning. Om atferden var egnet til å ha konkurransebegrensende virkning må derfor vurderes da handlingen ble begått av dominerende foretak. Egnetheten må vurderes i lys av det partene med rimelighet kunne forutse på det aktuelle tidspunkt, jf. EU-domstolens praksis.

Prisomleggingen i TA2 førte til en substitusjonseffekt som disinsentiverte NwN fra å bygge ut det tredje mobilnettet på en måte som var egnet til konkurranseskade. Hverken NwNs økede inntjening (volumeffekt), NwNs avtalebindinger eller

skjevtermineringsreguleringen var sterke nok insentiv til bygging til at substitusjonseffekten ble eliminert.

Skjevtermineringsregimet ga ikke insentiv til utbygging, fordi det ikke var hjemmel for tilbakebetaling. Heller ikke forvaltningsrettslig omgjøring av vedtak ga hjemmel for sanksjoner mot NwN for manglende utbygging, fordi adgangen til omgjøring til ugunst for part eventuelt må følge av vedtaket selv, jf. forvaltningsloven § 35.

Det kan ikke utelukkes at utbyggingen ville ha skjedd på en annen måte uten TA2. Utbyggingen kunne ha skjedd forttere og med større tetthet.

Den faktiske utbyggingen kan forklares med at Tele 2 kjøpte opp NwN. Staten viser i denne sammenheng til sakkyndig Brekkes presentasjon hvor det er illustrert en markant økning i utbyggingstakt etter Tele2s oppkjøp av NwN. Utviklingen i markedet for salg av mobildatatjenester ble uventet høy, og gjennom håndhevelse av straffeklausulen i TA2, undergravde Telenor avtalens disinsentiverende virkning.

Sakens hovedspørsmål er om omleggingen av prisstrukturen i NwNs gjestingsavtale ved inngåelsen av TA2 utgjorde en utilbørlig utnyttelse av Telenors dominerende stilling. Telenors slutninger fra saker om «prismisbruk» generelt, samt saker om rovprising, marginskvis etc er ikke nødvendigvis overførbare til misbruksvurderingen, idet prisnivået i TA2 ikke er temaet.

For misbruk er det tilstrekkelig at konkurransen påvirkes, det kreves ikke forbrukerskade, jf. sak V-59/09 (TeliaSonera). Det må hensyntas at reglene skal beskytte markedsstruktur. Det kreves ikke en AEC (As Efficient Competitor)- test for den atferdstypen vår sak gjelder, jf. sak C-23/24 (Post Danmark II) avsnitt 55-57.

KKNs slutning om at en EEC-test ikke var nødvendig for typetilfellet er korrekt.

Det generelle vurderingstemaet er knyttet til om atferden har til virkning å hindre opprettholdelse eller å hindre styrking av konkurransen, jf. C-52/09 (TeliaSonera) avsnitt 27, jf. også hindre eller vanskeliggjøre, avsnitt 63.

Telenor har stått for et ekskluderende misbruk, hvor fire vurderingstemaer er relevante for et dominerende foretaks «pricing practices»; 1) begrensning av kjøpers valgfrihet mht. leverandør, 2) utestenging av konkurrenter fra markedsadgang, 3) diskriminerende forretningsvilkår og 4) styrking av dominans ved konkurransevridding. For nummer 2, utestengning, omfattes atferd som gjør markedsadgang vanskeligere eller forsinker markedsadgang eller markedsvekst, jf. flere saker fra EU-domstolen, jf. også ulike uttalelser av Generaladvokaten.

Det er tilstrekkelig å bevise potensiell negativ virkning på konkurransen, at atferden er «egnet til» å begrense konkurransen. De ulike uttrykk i rettspraksis («tends to», «capable of», «liable to» etc.) skal forstås som en henvisning til samme norm, men slik at kravet til undersøkelser kan variere med misbrukstypen. Det er ikke noe krav til sannsynlighet for virkning, likevel slik at man skal se bort fra den rent hypotetiske virkning. Telenors

anførsel om at det gjelder en annen norm for tilfeller som faller utenfor kjente misbrukskategorier er ikke korrekt.

Tidsnære interne dokumenter om konkurransebegrensende strategier har blitt vektlagt i EU-domstolens praksis som objektive faktorer av relevans for misbruksvurderingen, jf. blant annet sak C-457/10 P (AstraZeneca) og C-2002/97 (France Telekom) avsnitt 98. Tidsnære Telenor-dokumenter om prisstrukturen i TA2 er derfor klart relevante i misbruksvurderingen, mens etterfølgende motstridende forklaringer har redusert troverdighet jf. sak 457/10 P (Astra Zeneca) avsnitt 136.

Det er prinsipielt uten betydning i saken om virkningen av atferden inntrådte eller ikke. Faktisk utvikling er kun relevant så langt den tilsier at atferdens konkurransebegrensende virkning var rent hypotetisk. Hvor foretaket har hatt en konkurransebegrensende strategi, er det uten betydning at atferden ikke fikk den virkningen som foretaket trodde/ tilsiktet.

Graden av Telenors styrke i markedet er relevant for misbruksvurderingen. Slik styrke kan underbygge atferdens egnethet til å begrense konkurransen, jf. f.eks. sak C-525/16 (MEO). Særlig ved høy markedsandel og strukturelle fordeler, og hvor fordelene har sammenheng med tidligere monopol, kan dette få betydning, jf. sak C-23/14 (Post Danmark II), avsnitt 59 og 23.

Telenor hadde dominerende stilling og styrke utover alminnelig dominans i både grossist- og sluttbrukermarkedet. For grossistmarkedet vises det til Telenors høye markedsandeler, de store etablerings- og ekspansjonshindringer. Begrenset konkurransepress fra andre aktører, at tilgangskjøperes kjøpermakt var begrenset, samt Telenors store lønnsomhet og alminnelige konkurransefortrinn trekker i samme retning. For sluttbrukermarkedet vises det til Telenors høye markedsandeler, Telenors dekningsfordel, stordriftsfordeler, samdriftsfordeler og selskapets muligheter til å påvirke konkurransen i egenskap av å levere innsatsfaktorer til konkurrenter, samt deres store salgs- og distribusjonsnett. Samlet sett tilsier dette at Telenors forsøk på å beskytte sin egen stilling var særlig egnet til å begrense konkurransen.

Særreguleringen gjennom ekomreguleringen er relevant for misbruksvurderingen. Atferd som strider mot særreguleringen er relevant for misbruksvurderingen, og tilsvarende må gjelde dersom konkurransefremmende regulering motvirkes, fordi det er synonymt med å vanskeliggjøre styrking av konkurransen i markedet.

EU/EØS-reguleringen på ekomområdet har som formål å fremme konkurransen. EU-praksis bygger på tilretteleggelse for klatring på investeringsstigen. Nkom forfulgte disse formål ved å motvirke strukturelle etableringshindre og bruke virkemidler for å etablere et tredje nett gjennom ulike vedtak som er gjennomgått i saken, herunder skjevtermineringsregulering. Særreguleringen viser at Telenor hadde særskilt sterk stilling og at det ikke var effektiv konkurranse i markedet, noe som gjorde det nødvendig å bygge det tredje nettet. Dette underbygger «vice versa» at motvirkende økonomiske insentiver for nettutbygger var særlig egnet til å forsinke eller begrense utbygging, og at dette var egnet til å vanskeliggjøre styrking av konkurransen.

Kommisjonens praksis i fusjonssaker bekrefter argumentene ovenfor, herunder at reduksjon av antall nettverksoperatører fra fire til tre begrenser konkurransen betydelig, noe som tilsier at begrensing av nettutbygging for en tredje nettverksoperatør er særlig egnet til å begrense konkurransen.

Særskilt om ytelsesbasert konkurranse:

Avvik fra normal/ytelsesbasert konkurranse er ikke et selvstendig vilkår, og Telenors tilnærming på dette punktet er rettslig feil. Misbruksvurderingen krever en vurdering av atferdens virkning. Avvik fra ytelsesbasert konkurranse er en beskrivelse av atferd som utgjør misbruk. Domstolens henvisning til ytelsesbasert konkurranse og misbruksvurderingen er derfor «to sider av samme sak». Det gir derfor ikke mening å vurdere ytelsesbasert konkurranse isolert fra atferdens virkning. Alle vurderingstemaene i rettspraksis gjelder virkning på konkurransen.

Sak C-85/76 (Hoffmann La Roche) kan ikke tas til inntekt for at ytelsesbasert konkurranse er et selvstendig frifinnende kriterium. Dette følger av at dommens avsnitt 91 må leses i sammenheng med avsnitt 90 og at karakteristikken mer er et navn på resultatet enn et virksomt materielt kriterium, jf. også C-52/09 (TeliaSonera) avsnitt 27.

Telenors anførsel har uansett ingen betydning, fordi omleggingen av prisstrukturen ved TA2 uansett ikke var et uttrykk for normal/ytelsesbasert konkurranse.

Ytelsesbasert konkurranse kan best forstås som en beskrivelse av konklusjonen, og er avvist som selvstendig rettsvilkår i relevant rettspraksis, se den engelske dommen C1/2009/1573 National Grid plc, avsnitt 36-41. Vilkåret drøftes ofte ikke særskilt, og aldri som eget vilkår. Ytelsesbasert konkurranse er heller ikke tatt med som en av «alle omstendigheter», jf. Kommisjonens veileder avsnitt 20.

Kriteriet tas oftest med hvor det åpenbart er misbruk, jf. f.eks. sak C-457/10 (Astra Zeneca). Det drøftes oftest i relasjon til det særlige ansvaret for å unngå konkurransevridende virkning., jf. C-457/10 (Astra Zeneca) avsnitt 98.

Høyesterettsdommen Rt-2011-910 (Tine) gjelder et saksforhold som er veldig forskjellig fra vår sak og det er mange grunner til en «distinguishing of the case» i den forstand at dommens slutninger ikke har overføringsverdi til vår sak. Det kan diskuteres om dommens premisser er fullt ut forenlige med EU-domstolens praksis slik den skal forstås i dag, jf. KKNs vedtak avsnitt 193.

Relevante forskjeller ligger i at Tine ikke hadde noen målsetting om å ekskludere Synnøve Finden, Tines tilbud kunne knyttes til konkretiserte motytelser, og forhandlingene mellom Tine og Rema gjaldt jevnbyrdige parter, der Rema satte premissene.

KKNs enstemmige oppfatning uttrykt i vedtakets punkt 7.2 («Normal/ytelsesbasert konkurranse») og punkt 7.3 («Det særlige ansvaret og retten til å disinsentivere konkurrenters investeringer») er korrekt.

Om intensjon og subjektive forhold:

Telenor har hatt en klar intensjon om disinsentivere NwNs utbygging av det tredje nettet.

Selv om det ikke er påkrevd å påvise en konkurransebegrensende intensjon, så er tilstedeværelsen av slik intensjon klart relevant, jf. rettspraksis. Intensjonen kan «i siste instans» etter omstendighetene være avgjørende for misbruksvurderingen.

Skyldkravet er oppfylt.

KKNs illeggelse av gebyr bør opprettholdes. Kommisjonspraksis bør ikke tillegges vekt for dette spørsmålet. Forarbeidene til forvaltningsloven tilsier at lagmannsretten bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningens vurderinger av de aktuelle allmenn- og individualpreventive hensyn.

Staten har lagt ned slik

Påstand:

1. Staten v/Konkurransetilsynet frifinnes
2. Staten v/Konkurransetilsynet tilkjennes sakens kostnader.

Lagmannsrettens vurdering:

1 Innledning

Lagmannsretten har kommet til at KKNs vedtak er lovlig og skal opprettholdes, jf. krrl. 39 tredje ledd jf. fjerde ledd. Staten v/Konkurransetilsynet skal dermed frifinnes jf. domsslutningen punkt 1.

Telenor hadde etter lagmannsrettens syn en dominerende stilling i den relevante perioden. Prismøleggingen ved inngåelse av TA2 18. august 2010 var egnet til å frembringe konkurranseskade og utgjorde misbruk av dominerende stilling. Telenor har ikke kunnet rettferdiggjøre sin atferd, og de subjektive vilkår for gebyrileggelse er oppfylt. Gebyret fastsatt av KT og senere KKN er opprettholdt av lagmannsretten.

Lagmannsretten skal prøve lovligheten av KKNs vedtak av jf. krrl. § 39 tredje ledd. Lagmannsretten kan prøve alle sider av saken, jf. bestemmelsens tredje punktum og Prop. 37 L (2015-2016) s. 89.

Avgjørelsen gjelder overprøving av en forvaltningssanksjon jf. forvaltningsloven § 50, som også gir kompetanse til å prøve «alle sider av saka». Forarbeidene i Prop. L 62 (2015-2016) s. 204 presiserer at overprøvingen gjelder

vilkårene for ileggelse av sanksjonen, utmålingen av sanksjonen, og den skjønnsmessige vurderingen av om sanksjon bør ilegges dersom vilkårene er oppfylt («kan»-skjønnnet).

Saker av denne typen skal reguleres av tvistelovens regler så langt disse passer, jf. krrl. § 39 tredje ledd siste punktum. Ileggelse av gebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff i EMKs forstand, jf. Rt-2011-690 avsnitt 48 og Rt-2012-1556 avsnitt 38. Det følger av Høyesteretts praksis at beviskravet for ileggelse gebyr er klar sannsynlighetsovervekt, jf. Rt-2011-910 avsnitt 48. Dette er ikke omstridt mellom partene. Partene er imidlertid uenige om hvilke tema som skal omfattes av det kvalifiserte beviskravet. Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til dette, men vil innledningsvis bemerke at kravet til klar sannsynlighetsovervekt gjelder bevis for de rettsfakta som bringer rettsregelen til anvendelse. Det kreves ikke at et hvert enkelt bevismoment hentet fra faktum er bevist med klar sannsynlighetsovervekt, jf. den parallelle problemstillingen i straffeprosessen, Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14.

Lagmannsretten skal vurdere om KKNs vedtak er lovlig på bakgrunn av en egen hovedforhandling med egen bevisførsel og egne rettslige anførsler. Lagmannsretten har på vanlig måte forholdt seg til det som kom frem under hovedforhandlingen. Når det gjelder KKNs premisser, vil disse kun trekkes inn i fremstillingen hvor det er hensiktsmessig for sammenhengen i fremstillingen.

2 Hjemmelsgrunnlag – krrl. § 11 og EØS-avtalen artikkel 54

2.1 Rettslige utgangspunkter

Hjemmel for ileggelse av sakens gebyr er krrl. § 29 første ledd bokstav a, som henviser til forbudsbestemmelsen i krrl. § 11. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden

Regelen i § 11 jf. § 29 må suppleres med EØS-avtalen artikkel 54 første ledd som lyder som følger:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden

Bestemmelsene må tolkes på bakgrunn av den tilsvarende bestemmelse i TFEU art. 102, denne regelens forgjengere i ulike tidligere EU-rettsakter og den tilhørende praksis fra EU-domstolen. Det følger av EØS-avtalens art. 6 at bestemmelser som «i sitt materielle innhold er identiske med» gitte EU-traktater, skal fortolkes i samsvar med rettsavgjørelser som EU-domstolen har truffet før vedtakelsen av EØS-avtalen, jf. også Avtale mellom EFTA-statene om opprettholdelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) art. 3 nr. 2. I forarbeidene til konkurranseloven er det fremhevet at praksis fra EU-domstolens, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAS overvåkingsorgan, vil være relevante tolkningsmomenter ved anvendelse av forbudsbestemmelsene i loven, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68.

Som følge av denne rettslige forankringen og konteksten for forbudsbestemmelsen i krrl. § 11 jf. EØS-avtalen art. 54, må bestemmelsenes ordlyd tolkes i samsvar med domstolskapte vilkår og presiseringer. EU-domstolens ulike avgjørelser utgjør på denne bakgrunn en sentral rettskilde i saken.

I bestemmelsens krrl. 11 andre ledd og EØS-avtalen artikkel 54 er det listet opp fire typetilfeller slik utilbørlig utnyttelse «særlig (kan) bestå i», jf. sitatene ovenfor. Det er klart og uomtvistet at Telenors handlemåte i saken ikke kan rammes av noen av alternativene i disse opplistingene. Lovbestemmelsen utforming, forarbeider og tilhørende praksis gjør det imidlertid klart at bestemmelsen rammer også tilfeller utenfor det positivt oppregnede.

2.2 Oversikt over vilkår og fremstillingen videre

Det følger av lovteksten i krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54 at det må etableres at Telenor har en «dominerende stilling». Spørsmålet om dette vilkåret er oppfylt drøftes under punkt 3 nedenfor.

Det kreves at foretaket har stått for «utilbørlig utnyttelse» av denne stillingen. Spørsmålet om det foreligger «utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, jf. krrl. 11 og EØS-avtalen art. 54, må tolkes i samsvar med EU-domstolens forståelse av det tilsvarende vilkåret «abuse of dominant position», jf. TFEU 102.

Vilkåret om «utilbørlig utnyttelse» av dominerende stilling må suppleres med EØS-avtalens art. 54 som sier at forbudet gjelder «i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom partene». Den tilsvarende bestemmelse i TFEU art. 102 bruker uttrykket «insofar it may affect trade». I EU-domstolens praksis har man brukt ulike formuleringer om årsaksleddet mellom et foretaks atferd og den påståtte konkurranseskadelige virkningen. Hva som ligger i dette kravet, som i norsk språkdrakt er oversatt til «egnet til» konkurranseskade, drøftes nærmere særskilt i punkt 4.3.

EU-domstolens praksis har blitt forstått som et krav om at misbruket må ramme konkurransen i seg selv, jf eksempelvis *Richard Wish and David Bailey*, Competition law (9th ed.) s. 202 med henvisninger til rettspraksis, bl. a. sak C-280/08 P (Deutsche Telekom), sak C-23/14 (Post Danmark II) og sak C-413/14 (Intel). I norsk språkbruk refereres det til at påstått misbrukende atferd må ha skadelig virkning på konkurransen. EU-domstolen har i en rekke saker stilt visse kvalifikasjonskrav til påvisningen av den konkurranseskadelige atferden og virkningen. Domstolen har gjennomgående vist til at foretakets atferd må utgjøre en ekskluderende virkning («exclusionary practice») som gjør det vanskelig («difficult» eller «more difficult») eller umulig («impossible») for den mulig ekskluderte å etablere seg i markedet, ekspandere i markedet, eller opprettholde sin posisjon i markedet, jf. eksempelvis sak C-95/04 P (British Airways) avsnitt 68 og sak C-280/08 (Deutsche Telekom) avsnitt 177.

Spørsmålet om hvorvidt Telenors atferd fyller vilkåret om at atferden må være egnet til å frembringe konkurranseskadelig virkning drøftes i kapittel 4 nedenfor. Den helhetlige vurderingen av om det foreligger «utilbørlig utnyttelse» drøftes i kapittel 5.

En rekke avgjørelser fra EU-domstolen gir uttrykk for at et foretak som er ansett å ha misbrukt sin dominerende stilling, likevel kan frifinnes dersom foretaket kan rettferdiggjøre sin atferd, jf. blant annet avgjørelsen i C-94/04 (British Airways) avsnitt 68, senere referert i en rekke saker. I denne vurderingen er det relevant hvorvidt tiltaket objektivt kan rettferdiggjøres og om tiltaket likevel kunne bringe effektivitetsgevinster som kom konkurransen til gode. Det er foretaket som har bevisbyrden for de faktiske forhold som begrunner rettferdiggjøringen, og beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Spørsmålet om Telenor har rettferdiggjort sin atferd drøftes i kapittel 6 nedenfor.

I EU-domstolens praksis drøftes de ovennevnte vilkårene under det brede vurderingstemaet «abuse of dominant position», idet de ulike kriterier står i nær sammenheng og dels overlapper hverandre. På tilsvarende måte blir det samlede vurderingstemaet i norsk sammenheng gjerne referert til som «misbruksvurderingen». Slik har også KKN innrettet sin rettslige tilnærming. Lagmannsretten følger et lignende opplegg, men slik at misbruksvurderingens ulike deler fremgår av kapittel 4, 5 og 6.

3 Dominerende stilling

3.1 Innledning

Lagmannsretten har kommet til at Telenor hadde en dominerende stilling i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet i den relevante perioden.

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at det ved domstolenes overprøving av forvaltningsavgjørelser etter omstendighetene kan være grunn til å vise tilbakeholdenhet dersom forvaltningsavgjørelsen i høy grad bygger på forvaltningens «spesielle sakkunnskap og brede erfaringsgrunnlag», jf. Rt-2015-1388 (plenumsavgjørelse) avsnitt 247 med henvisning til Rt-1975-603 (Swingball). Det er videre i samme avsnitt uttalt at det på slike områder er viktigst å sikre forsvarlig saksbehandling, og at man bør ta utgangspunkt i «det vedtaket som er truffet og den begrunnelse som er gitt».

Ved overprøving av KKNs vedtak gjør elementet av sakkunnskap seg særlig gjeldende i relasjon til vurdering av om et foretak er «dominerende» i markedet, jf. krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54. Så vel KT som KKN har gjort grundige vurderinger av markedsforholdene og partenes stilling i de to aktuelle markeder med sammenfallende vurderinger. Dette tilsier en viss varsomhet ved overprøvingen av KTs og KKNs vurderinger.

Ved avgjørelsen av om et foretak har en dominerende stilling i relasjon til krrl. § 11 og de tilsvarende bestemmelser i EØS art. 54 og TFEU art. 102, er det praksis for først å fastlegge en markedsavgrensning, for så å nærmere vurdere foretakets dominans i markedet. Lagmannsretten drøfter disse spørsmålene i lys av de anførsler som er gjort gjeldende i saken.

3.2 Markedsavgrensningen

Det er uomstridt mellom partene at markedet geografisk skal avgrenses til Norge, jf. vilkåret om «en vesentlig del» av det territorium som er omfattet av EØS-avtalen art. 54.

Partene har vært uenige om hva som skal utgjøre markedsavgrensning for dominansvurderingen på grossistnivå.

KKN la i avsnitt 130 til grunn at

det relevante produktmarkedet på grossistnivå omfatter tilgang til og originering av trafikk i mobilnett i form av både nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og tilgang for tjenesteleverandører.

Lagmannsretten har kommet til at denne markedsavgrensningen er korrekt.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at markedsavgrensningen gjøres etter en konkret vurdering, hvor det legges vekt på graden av etterspørselsside- og tilbudssidesubstitusjon, jf. bl. a. *Harald Evensen og Eivind Sæveraas* (red.), Konkurranseloven og EØS-

konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009 s. 286-287. Det følger av EU-domstolens praksis at det ikke gjelder definerte terskler for hvilken grad av substitusjon som må foreligge, jf. sak C-6/72 (Continental Can) avsnitt 32 og sak C-27/76 (United Brands) avsnitt 22.

Lagmannsretten mener at det er relevant at etterspørselen etter Telenors tjeneste, nasjonal gjesting, gjaldt ett tilbud blant flere i grossistmarkedet. Aktører på tilbudssiden har historisk beveget seg mellom ulike tilgangsformer. Tilgang av én type kan endres til en tilgang av en annen type gjennom teknisk mindre krevende endringer. Ideen om «ladder of investment» innebærer bl.a at en aktør kan bevege seg fra etterspørselssiden til tilbudssiden hva gjaldt nasjonal gjesting, MVNO-tilgang eller tjenesteleverandørtilgang. I avgjørelsen COMP/39. 525 (Telekommunikacja Polska) avsnitt 580 jf. 581 er det tillagt vekt at det teknisk er relativt enkelt å substituere tilgang ved å oppgradere den samme infrastrukturen i markedet; «the same network may be used to provide different types of services». Synsmåten samsvarer med en konsistent praksis, se COMP/M.6992 Hutchison 3G UUK/Telefonica Ireland avsnitt 155-156, med henvisninger til tidligere kommisjonspraksis i avsnitt 155, og COMP/M.7018 Telefónica Deutschland/E-plus avsnitt 77-79. Det samme poenget er påpekt i ESAs vedtak av 29. juni 2020 Case No 71480 Telenor. ESAs avgjørelse bekrefter sammen med kommisjonens avgjørelser at ulike konkurranseregulerende myndigheter på saksområdet ikke anser den imperfekte tilbudssidesubstitusjonen som et hinder for å operere med en markedsavgrensning som omfatter et samlet grossistmarked.

På bakgrunn av det ovennevnte, som viser en bred praksis for å behandle grossistmarkedet for mobiltelefoni under ett, finner lagmannsretten ikke grunn til å stille spørsmål ved den markedsavgrensning som er lagt til grunn i KKNs vedtak. Lagmannsretten slutter seg til konkurransenemndas premisser i avsnitt 126-129 og konklusjonen i avsnitt 130.

Når det gjelder avgrensning av sluttbrukermarkedet, har lagmannsretten ikke oppfattet at det er uenighet om at det omfatter de tjenester som er angitt i KKNs vedtak, avsnitt 136. Lagmannsretten slutter seg til første del av KKNs konklusjon:

Konkurransesklagemennda legger etter dette til grunn at det relevante produktmarkedet på sluttbrukernivå er markedet for mobile kommunikasjonstjenester som omfatter tale, SMS, MMS, mobildata, og internasjonal gjesting i offentlige 2G-, 3G- og 4G-nett til sluttbrukere i form av både privat- og bedriftskunder, samt både forhåndsbetalte og etterskuddsbetalte abonnement.

Lagmannsretten finner det for sakens avgjørelse ikke nødvendig å ta stilling til om MBB og M2M inngår i det relevante markedet.

3.3 Dominansvurderingen

Vedrørende spørsmålet om «dominerende stilling» konkluderte KKN i avsnitt 172 som følger:

Etter en samlet vurdering har Konkurransesklagemennda funnet det klart at Telenor hadde en dominerende stilling i både det relevante grossistmarkedet og det relevante

sluttbrukermarkedet i den relevante perioden. I denne vurderingen har nemnda lagt vekt på Telenors betydelige markedsandeler sammenlignet med andre aktørers andeler, det svake konkurransepresset fra aktuelle og potensielle konkurrenter, den svake kjøpermakten, samt Telenors konkurransefortrinn og høye lønnsomhet.

Lagmannsretten har kommet til at konklusjonen er korrekt og legger den til grunn for sin avgjørelse.

Lagmannsretten finner bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor hadde et konkurransefortrinn ved å ha et ferdig utbygget nett som andre aktører var avhengig av å benytte for gjesting, for samlokalisering og for transmisjon.

For konkurrentene forelå det betydelige etablerings- og ekspansjonshindringer i både grossist- og sluttbrukermarkedet. Det vises til at det var store irreversible kostnader forbundet med å investere i utbygging av et eget mobilnett. Skjevtermineringsregimet var egnet til finansiere utbygging, men var forbundet med usikkerhet, samtidig som inntjening og kundegrunnlag var usikkert for konkurrenter i etableringsfasen. De samme etablerings- og ekspansjonshindringer gjorde seg gjeldende for konkurrenter uten egen infrastruktur, som opererte i sluttbrukermarkedet.

Telenor hadde på sin side stor kontroll over egen infrastruktur og kunne nye fordelene av stordrift ved å være godt etablert både i grossist- og sluttbrukermarkedet. Stordriftsfordelen var egnet til å redusere kostnader per produksjonsenhet, en fordel som konkurrenter under etablering ikke hadde. Alle disse forhold underbygger at Telenor hadde en dominerende stilling i markedet.

Lagmannsretten konstaterer videre at Telenor i perioden hadde høye og stabile markedsandeler både i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet. Det vises til tabeller utarbeidet av KT, som er gjengitt i KKNs vedtak avsnitt 142, 145 og 146. Markedsandeler er ofte brukt som et viktig argument for å konstatere dominerende stilling jf. blant annet C-62/86 (AKZO) avsnitt 60-61.

Markedsandelens størrelse kan tidvis være av mindre avgjørende betydning. Et sentralt eksempel på dette er avgjørelsen sak T-210/01 (General Electric) avsnitt 149. Det fremgår av avsnittet at markedsandeler er mindre viktige for vurderingen («less significant») i markeder som er karakterisert av få kontrakter med høy verdi («a limited number of high value contracts»).

I avsnitt 150 fremgår at markedsandeler likevel kan ha betydning hvor markedsandelene er stabile over en rekke år:

However, such a finding does not mean that market shares are of virtually no value in assessing the strength of the various manufacturers on a market of that kind, especially where those shares remain relatively stable or reveal that one undertaking is tending to strengthen its position. In this instance, the Commission rightly inferred from the figures set out in the contested decision and referred to at paragraph 125 above that, over the five-year period preceding the contested decision, 'GE has not only succeeded in maintaining its

leading supplier position, but has also displayed the highest market share growth rate' (recital 74 in the contested decision).

Videre er det i avsnitt 151 presisert at dette gjelder selv i de tilfeller hvor markedet må karakteriseres som anbudslignende marked; «a bidding market».

Selv om markedet for nasjonal gjesting ved salg av mobiltelefon tjenester er karakterisert av at kontraktene er få, langvarige og har høy verdi, utgjør dette etter lagmannsrettens syn ikke en avgjørende innvending mot KKNs premisser og konklusjon hva gjelder dominansvurderingen. Det er dokumentert at Telenor har hatt store markedsandeler i grossistmarkedet stabilt over lang tid. Telenor hadde en markedsandel på 63 % i 2009 og i første halvdel av 2013, samt 64 % i 2014. De tilsvarende tallene for nest største konkurrent er 36 % (2009), 30 % (1. halvår 2013) og 28 % (2014).

Lagmannsretten har vurdert den særskilte anførsel knyttet til (tidligere) professor Sørgårds synspunkter, men funnet at argumentene som er fremført ikke kan endre vurderingen ovenfor. Sørgaards poeng synes å være at man ikke kan slutte noe om konkurransen ut fra stabile, høye markedsandeler alene. Den teoretiske argumentasjonen Sørgaard fremfører kan ikke ses å ha full relevans for spørsmålet om dominans i grossistmarkedet i vår sak.

Spørsmålet om dominerende stilling avgjøres uansett ikke alene ut fra Telenors stabile, høye markedsandeler. Som nevnt ovenfor, hadde Telenor også store fortrinn i utbygget infrastruktur og i at det forelå etableringshindringer for konkurrentene.

Lagmannsretten er ikke enig med Telenor i at selskapet ikke kunne opptre uavhengig av andre konkurrenter i markedet for nasjonal gjesting

Etter lagmannsrettens syn var konkurransen fra Telia for det første ikke særlig sterk på grunn av eksklusivitetsklausuler under forhandlingene. I tillegg finnes det bevisgrunnlag for at Telia ikke ville konkurrere hardt i grossistmarkedet fordi dette ville påvirke prisene i sluttbrukermarkedet negativt.

Bevisførselen under hovedforhandlingen gir visse holdepunkter for at Telia var en konkurrent i grossistmarkedet avgrenset til markedet for nasjonal gjesting. Det vises til det faktum at Telenor tapte NwN til Telia i 2007 og at NwN og Telia samlet sitt volum hos Telia i 2012. Videre fremgår det av et internt notat i NwN av 30. mars 2009 at NwN ønsket å sette de to tilbyderne av gjestingstjenester opp mot hverandre.

På den annen side foreligger det beviser i motsatt retning. I notat til NwNs styremøte av 26. juni 2009 heter det:

Dessverre så fikk vi ikke en sterk nok bekreftelse fra Netcom på at de faktisk ønsker Network Norways trafikk.

I notat til NwNs styremøte av 18. august 2009 heter det som følger:

Vi har opplevd Netcom/Telia-Sonera som utrolig lite villige til å imøtekomme våre prisforventninger til NRA kost per minutt, samt at deres evaluering av de potensielle

negative effektene av en redusert NRA kost til NwN kan få på prisutviklingen i markedet generelt. Altså at en attraktiv NRA kost til NwN vil iløpet av kort tid resultere i omsetningsbortfall hos Netcom ved prisreduksjoner mot egne kunder. Samt at dette potensielle bortfallet er større enn de potensielle NRA inntektene fra NwN. Dette betyr at Netcom vil ikke være en kommersiell part som sikrer oss bedre priser fra Telenor ved å spille de opp mot hverandre i forhandlinger. Det er derfor viktig at NwN posisjonerer seg forhandlingsmessig mot Telenor på en slik måte at vi sikrer oss til enhver tid bedre betingelser ved årlige reforhandlinger, samt at vi vitner alle PT initierte prosesser ift LRIC og andre vurderinger til å sikre oss videre forhandlingsmakt.

Notatet indikerer at Telia per august 2009 ikke var innstilt på å gå i skarp konkurranse med Telenor om å sikre seg NwNs trafikk.

Dette inntrykket bekreftes av at Krohg den 29. mai 2009 internt i Telenor ga uttrykk for en nokså avslappet holdning overfor muligheten for konkurranse fra Telia:

Jeg tror ikke NetCom vil gi NwN priser i nærheten av det de ber om.

Inntrykket av at Telia ikke ytet konkurranse i perioden bekreftes ytterligere av det som er opplyst om forhandlingene mellom NwN (ved Hustad) og Telenor (ved Krohg), jf. nærmere beskrivelse under «sakens bakgrunn» ovenfor. Disse forhandlingene foregikk både uformelt uten eksklusivitetsklausuler og innenfor perioder med eksklusivitet. Dokumentasjonen av forhandlingene har vist at Hustad og Krohg drøftet en rekke relativt ytterliggående alternativer sammenlignet med det som ble den endelige avtale. Ikke på noe tidspunkt i forhandlingene benytter Hustad den påståtte konkurrenten Telias eventuelle tilbud som brekkstang i forhandlingene.

Hovedinntrykket er at Telenor opererte nærmest som de ville overfor NwN uten å la seg affisere av en konkurranse fra Telia for den aktuelle kontrakten som er sakens kjerne. Telenors handlemåte var ikke uforenlig med kravet om uavhengighet av konkurrenter, «to an appreciable extent». Det ville være paradoksalt om man ut fra denne konkrete handlemåten skulle trekke den konklusjon av det var sterkt konkurransepress, slik Telenor har anført.

Lagmannsretten anerkjenner at spørsmålet om dominans må ses over en periode på flere år. Dette perspektivet må imidlertid avstemmes mot det faktum at det i det aktuelle markedet er få og store kontrakter. Av denne grunn må det ha betydning for dominansvurderingen at konkurransepresset for den aktuelle kontrakten i høyden kan betegnes som moderat. Alt i alt har det ikke kommet frem noe under hovedforhandlingen som rokker ved KKNs vurderinger i vedtakets punkt 161-163.

Lagmannsretten har på dette grunnlaget kommer til at Telenor hadde en dominerende stilling i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet i den relevante rettslige perioden. Lagmannsretten slutter seg til de vurderinger som er gjort i KKNs vedtak vedrørende samme spørsmål.

Etter dette legger lagmannsretten til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor hadde en dominerende stilling i så vel grossistmarkedet som sluttbrukermarkedet.

4 Var prisstrukturen i TA2 egnet til å frembringe en konkurranseskadelig virkning?

4.1 Innledning og problemstillinger

Lagmannsretten har kommet til omleggingen til ny prisstruktur i TA2 var egnet til å frembringe en konkurranseskadelig virkning.

For at konkurranseklagenemndas vedtak skal være gyldig, må det som nevnt i punkt 2.2 bevises med klar sannsynlighetsovervekt at prisomleggingen i TA2 var egnet til å frembringe en konkurranseskadelig virkning. Det materielle kravet som ligger i «egnet til», har vært omstridt mellom partene. Lagmannsretten tar stilling til innholdet i «egnet til» i punkt 4.3 nedenfor.

Spørsmålet om TA2 var egnet til å påføre konkurransen skade skal ta utgangspunkt i forholdene slik de fremstod på tidspunktet for den påstått konkurranseskadelige handling, jf. det faktum at bestemmelsen i krrl § 11 er en forbudsbestemmelse. Lagmannsretten slutter seg til KKNs presiseringer av riktig tidspunkt for vurderingen avsnitt 215-220. I vår sak er dette tidspunktet for partenes inngåelse av avtalen TA2, 18. august 2010. Det skal i vurderingen tas hensyn til alle omstendigheter, jf. «all circumstances», jf. blant annet sak C-52/09 (TeliaSonera) avsnitt 28.

For å kunne gjøre en vurdering av om et dominerende foretaks atferd er egnet til å ha en konkurranseskadelig virkning, er det etter lagmannsrettens oppfatning nødvendig å stille opp et alternativscenario. Dette er ikke omstridt mellom partene. Nærmere om dette straks nedenfor i punkt 4.2.

Den av staten anførte potensielle konkurranseskaden er knyttet direkte til at NwNs utbygging av et tredje nett av basestasjoner for telekommunikasjonstjenester i Norge ble hindret eller forsinket. I anførselen ligger det implisitt en påstand om at hindring eller forsinkelse av nettutbygging i sin tur vil føre til skade for konkurransen. Det er altså reelt tale om to årsaksledd: Først må det bevises at TA2 var egnet til å hindre eller forsinke nettutbygging. Deretter må det bevises at denne hindringen eller forsinkelsen var egnet til å skade konkurransen.

Under hovedforhandlingen har sakens bevisførsel og prosedyre i høy grad vært konsentrert om det første årsaksleddet nevnt ovenfor; hvorvidt Telenors atferd ved inngåelsen av TA2 var egnet til å hindre eller forsinke utbygging av det tredje nettet. Lagmannsretten drøfter i punkt 4.4 dette bevisspørsmålet.

Lagmannsretten drøfter i punkt 4.5 om en hindring eller forsinkelse av nettutbyggingen var egnet til å påføre konkurransen skade (det andre årsaksleddet) og om denne skaden er

tilstrekkelig kvalifisert ut fra EU-domstolens krav til ekskluderende virkning som gjør det vanskelig eller umulig å etablere seg eller å ekspandere i markedet.

4.2 Alternativscenario

Oppstilling av et alternativscenario er særlig aktuelt hvor det påståtte misbruket av dominerende stilling faller utenfor kjente atferdskategorier som kan medføre misbruk av dominerende stilling. Når atferdsformen ikke tidligere er vurdert opp mot konkurranserettens regelverk, trenger man i større grad enn ellers kriterier knyttet til effekten av atferdsformen enn hvor atferdsformen i seg selv, på bakgrunn av EU-domstolens praksis, peker mot konkurranserettsbrudd.

Dersom det skal finnes tilstrekkelig bevist at den påstått konkurranseskadelige atferden kunne ha en negativ effekt på konkurransen, er et nødvendig referansepunkt hvordan konkurransen ville ha vært dersom en påstått konkurranseskadelige atferd tenkes borte. Denne metoden er lagt til grunn i Kommisjonens veiledning punkt 21, hvor det angis at rettsanvenderen skal

sammenligne den faktiske eller sandsynlige fremtidige situasjon på det relevante marked (med den dominerende virksomheds adfærd) med en passende kontrafaktisk situasjon, for eksempel uden den pågående adfærd, eller med en realistisk alternativ situasjon vedrørende gængse forretningsmetoder.

Bruken av alternativscenario er også brukt av domstoler i andre land, jf, den engelske avgjørelsen C1/2009/1573 National Grid plc, som viser at fremgangsmåten er hensiktsmessig. Begge parter har for øvrig anført at et alternativscenario må legges til grunn.

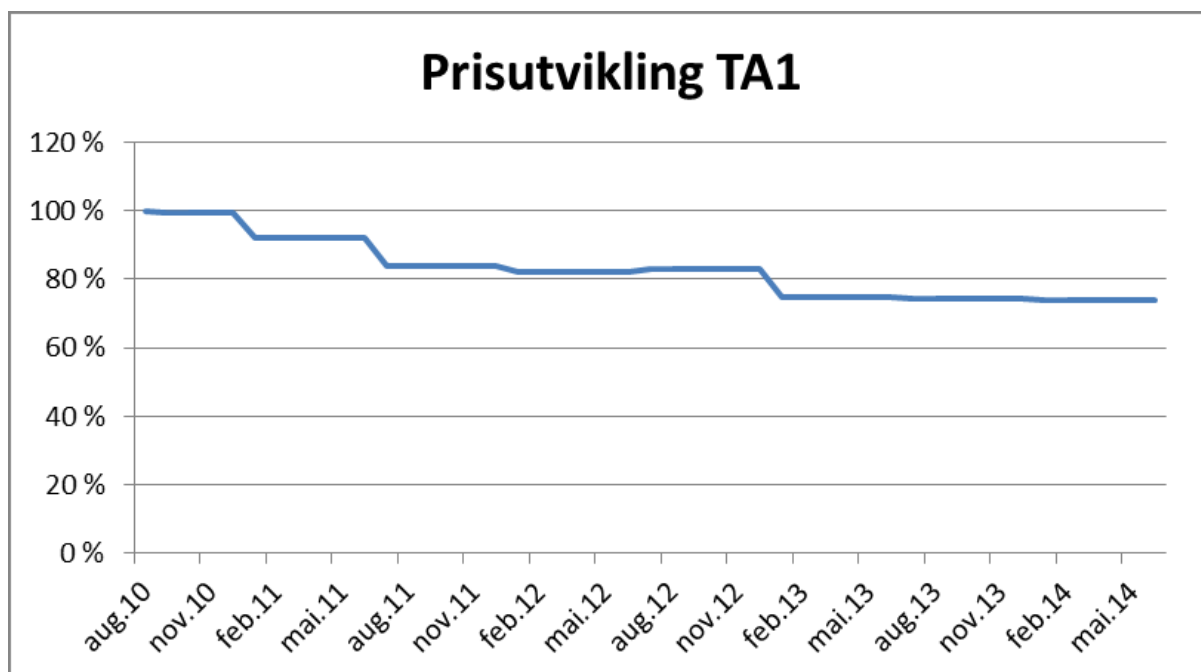
Konkurranseskjennelsen har lagt til grunn at alternativscenarioet her er TA1 videreført med priser justert i henhold til det regulatoriske rammeverket («TA1 justert»). Det er dette Telenor har anført, og lagmannsretten oppfatter statens anførsler slik at dette rettslige utgangspunktet ikke er bestridt.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn en justert variant av TA1 som alternativscenario. Det vises til at partene ved inngåelsen av TA2 var bundet av TA1, og at det er klart sannsynlighetsovervekt for at denne avtalen ville ha løpt videre ut sin virketid dersom TA2 ikke hadde blitt inngått

Når det gjelder den antatte prisutviklingen i TA1, legges det til grunn av fallet i priser på sluttbrukertjenestene ville ha redusert de variable prisene i TA1 i henhold til den reguleringsmekanismen som lå inne i avtalen.

Under bevisførselen er det lagt frem beregninger som viser hvordan utviklingen av priser i TA2 ville ha vært, jf. vitneforklaring fra Torbjørn Hauger med hjelpedokumenter. Hauger har benyttet prisene fra avtalen og lagt dem inn i beregningen av Telenors pålagte, regnskapsmessige skille, for slik å kontrollere at det er gitt tilstrekkelig margin. Hvis prisene i TA1 ikke ga tilstrekkelig margin, så «måtte de og ville de» ifølge Hauger ha blitt justert for å oppfylle kravet til ikke diskriminering og krav til å unngå marginskvis.

Lagmannsretten finner ingen grunn til å tvile på beregningene og legger dem til grunn for bevisvurderingen hva gjelder alternativscenariet. Tabellen gjengis nedenfor (FU8399):



Haugers tabell viser, som det fremgår, at de trafikkvariable prisene i TA1 ville ha sunket med en nokså jevnt fallende kurve til et endepunkt på ca. 25 % prisfall i andre kvartal 2014

Lagmannsretten kommer tilbake til den nærmere betydning av alternativscenariet hvor det er relevant nedenfor.

4.3 Innholdet i kravet om at atferden skal være «egnet til» («capable of») konkurranseskadelig virkning

EU-domstolen har brukt en rekke formuleringer for å betegne egnethetsravet, jf. eksempelvis begrepene «tends to» (f. eks. sak C-549/10 (Tomra) avsnitt 72) og «are capable ... of» (f.eks.sak C- 95/04 P (British Airways) avsnitt 68). Det vises til KKNs gjennomgang i vedtakets avsnitt 210. Mangelen på konsekvente og ensartede formuleringer etterlater usikkerhet om hvilket materielt krav som skal legges til grunn.

Det er ikke tvilsomt at kravet til årsaksevne må overstige det rent teoretiske eller hypotetiske. Dette følger av klare uttalelser i blant annet C-23/14 (Post Danmark II) avsnitt 65, C-307/18 (Generics) avsnitt 38 og C457/10 (AstraZeneca) avsnitt 63.

Spørsmålet er om det er tilstrekkelig at muligheten for konkurranseskadelig virkning ikke er rent hypotetisk eller teoretisk, eller om det kreves en grad av sannsynlighet utover dette. Partene har vært uenige på dette punkt.

I Erik Østerud, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings und EU Competition Law (2010) s. 45-46 sammenfattes problemstillingen slik:

The basic definition does not specify whether, for the purposes of establishing an abuse, the effect of hindering competition must be actual, likely or perhaps merely possible. Once again, the case law is inconsistent and refers to a variety of different standards. Some judgments simply hold that competition must be affected. Other judgments refer to a 'risk' of restricting competition. The EU Courts have also used terms such as 'likely', 'capable' and 'possibly'.

Choices made between these different standards of likelihood affect the scope of Article 102 TFEU. If the requirement for establishing abuse is a remote possibility that competition may be restricted, the scope of the provision is much broader than if there is a requirement to demonstrate actual or concrete effects on the market. The basic definition of abuse does not resolve this issue.

Lagmannsretten mener for det første at det ikke er grunnlag for å bygge på tilnærmingen om at kravet til sannsynlighet beror på atferdens art, «predefinerte kategorier», slik Telenor har anført med støtte blant annet i en betenkning fra prof. Erling Hjelmeng.

Utviklingen i EU-domstolens praksis og innføring av Kommisjonens retningslinjer for håndhevelse av reglene taler mot å legge vekt på om en atferdsform er «predefinert» eller ikke. EU-domstolen har implisitt gjennom en rekke saker vist at det kreves at en mulig konkurranseskadelig effekt kan påvises. Det er ikke nok å påvise en atferdsform, jf. slik også *Wish/Bailey* s. 206, om at det ikke finnes noen «per se» konkurranserettsbrudd. Klare uttrykk for dette er å finne i C-280/08 (*Deutsche Telekom*), C-52/09 (*TeliaSonera*) og C-209/10 (*Post Danmark I*), jf. også gjennomgangen i *Pablo Ibanéz Colomo*, «Beyond the More Economics-Based Approach: Legal Perspectives on Article 102 TFEU Case Law», *Common Market Law Review* (2016) s. 15-17. De to første sakene gjaldt marginskvis, mens den siste gjaldt selektive priskutt. Marginskvis faller innenfor såkalte «predefinerte» kategorier, men også her kreves det altså påvisning av en konkurranseskadelig effekt.

Denne utviklingen har i flere standardfremstillinger av konkurranseretten blitt forklart som et skift mot en «effect-based approach», se f.eks. *Jonathan Faull and Ali Nikpay*, *The EU Law of Competition*, Third edition s. 347-355, *Cristopher Bellamy and Graham Child*, *European Union Law of Competition*, Eighth Edition 2018 s. 898-899 og *Wish/Bailey* s. 205-206.

I en sak hvor man ikke kunne bygge på en «predefinert misbruksmåte», C-457/10 (*AstraZeneca*), er det i avsnitt 112 påpekt, med henvisning til sak *TeliaSonera* at det er tilstrekkelig å demonstrere en potensiell konkurranseskadelig effekt:

In the absence of any anti-competitive effect on the market, such an effect does not necessarily have to be concrete, and it is sufficient to demonstrate that there is a potential anti-competitive effect (see, to that effect *TeliaSonera Sverige*, paragraph 64).

Lagmannsretten oppfatter at det skillet som gjøres i *Colomo*, «Anticompetitive Effects in EU Competition Law», *Journal of Competition Law & Economics* (2021) s. 1-64, jf artikkelens punkt 8.2.3 mellom atferdsformer som *prima facie* medfører konkurranseskade og andre atferdstyper, er en *de lege ferenda* fremstilling, og ikke en sammenfatning av gjeldende rett. Lagmannsretten tillegger derfor ikke artikkelen vekt.

Formuleringer i rettspraksis av litt eldre dato (2010) trekker på samme måte som C-457/10 (*Astra/Zeneca*) i retning av at påvisning av et *potensial* for konkurranseskade er tilstrekkelig, uten at det kreves noen grad av sannsynlighet, jf. eksempelvis sak C-549/10 (*Tomra*) avsnitt 68:

[I]t is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect.

I saken C-23/14 (*Post Danmark II*), bruker EU-domstolen formuleringene "likelyhood " i avsnitt 46 og "likely effects" i avsnitt 49 ved vurderingen av om lojalitetsrabatten ville kunne ha konkurranseskadelig virkning. Domstolen slår i avsnitt 42 fast at den aktuelle rabatttypen er egnet til («capable of») å ekskludere konkurrenter, mens ordbruken i avsnitt 46 synes knyttet til det graduelle, det vil si hvilken sannsynlighet det er for en slik effekt på markedet. Poenget er at dersom rabatten omfatter et flertall av kundene, er dette en indikator for hvor sannsynlig det er at rabatten har effekt på markedet, og dermed vil lede til konkurranseskade. I avsnitt 67 og 69 brukes uttrykket «likely», mens det er i avsnitt 74 er brukt ordet «probable».

Isolert kan formuleringene i sak C-23/14 (*Post Danmark II*) tas til inntekt for det ved egnethetsvurderingen gjelder et krav om en sannsynlighet utover en påvisning av et potensial som ikke er hypotetisk.

Senere saker for EU-domstolen synes imidlertid ikke å ha fulgt opp en eventuell slik tilnærming. I sak C-413/14 (*Intel*) avsnitt 138 brukte domstolen formuleringen «capable of distorting competition» og i sak C.525/16 (*MEO*) opererer man med «tends ... to» (avsnitt 127) og «capable of» (avsnitt 128).

I *Bellamy/Child* (2018) er det vist til at man ved en vurdering «case by case» må se hen til «the actual and likely effects on competition». På s. 899 uttales:

Evidence of actual effects is not necessary, although the absence of actual effects may have evidential significance for determining whether an effect is *reasonably likely* (lagmannsrettens uthevning).

Begrepet «reasonably likely» er uklart, men kan trekke i retning av et krav om en viss grad av sannsynlighet. I *José Luís da Cruz Vilaca*, «The Intensity of Judicial Review in Complex Economic Matters – Recent Competition Law Judgements of the Courts of Justice of the EU», *Journal of Antitrust Enforcement* 2018, 6, s. 173-178 analyseres sak C – 413/14 (*Intel*):

Indeed, it follows namely from paragraphs 140 and 143 that the Court only requires that the conduct of the dominant undertaking is *capable of*, or *liable to*, or tends to, with a *sufficient degree of probability*, restrict or distort competition in the market and foreclose potential competitors or force actual competitors to leave the market place.

I *Wish/Bailey 2018* under avsnittet “What standard of proof” s. 215 fremgår:

The Court of Justice has not been consistent on this issue. In *Post Danmark II* the Court of Justice said that the anti-competitive effect of a rebate 'must be probable', the standard applied by the Guidance and required by the case law in merger cases. In some cases the EU Courts have required the Commission to show that a practice would merely be 'capable' of restricting competition. In *Post Danmark II* the Court of Justice seems to have used the terms 'capable' and 'likely' interchangeably to denote the standard of proof.

Etter lagmannsrettens syn er denne vurderingen treffende. EU-domstolen synes å bruke disse begrepene om hverandre. Allerede i et utsagn om at konkurranseskadelig virkning ikke må være hypotetisk, ligger det implisitt et minstekrav om sannsynlighet for den ekskluderende virkning. Nyanseringen som kan ligge i *Post Danmark II*, sammenholdt med *Bellamy/Child* og *Vilaca*, innebærer etter lagmannsrettens syn en mulig forskjell som i realiteten er relativt begrenset. Som det vil fremgå nedenfor, har dette spørsmålet uansett ikke avgjørende betydning slik denne saken ligger an. En annen sak er at prøvningsintensiteten kan variere med type sak og de konkrete omstendighetene.

4.4 Var prisomleggingen i TA2 egnet til å hindre eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet?

Lagmannsretten har kommet til at prisomleggingen i TA2 var egnet til å hindre eller forsinke NwNs utbygging av det tredje nettet. Ingen av de påberopte øvrige omstendigheter (jf. «all circumstances» i EU-domstolens praksis) motvirket tilstrekkelig effekten av prisomleggingen.

4.4.1 Presisering av problemstilling og bevistema

Bevistemaet er i det følgende om prisomleggingen i TA2 per august 2010 var egnet til å hindre eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet, tatt i betraktning alle omstendigheter («all circumstances», jf. bl.a sak 52/09 (TeliaSonera) avsnitt 28.

Lagmannsretten går i det følgende nærmere inn på den faktiske situasjonen per august 2010, og hvilke insentiv som på dette tidspunkt gjorde seg gjeldende i retning av bygging i henhold til utbyggingsplanen og insentiv som trakk i retning av å la være å bygge eller å bygge senere enn planlagt. Insentiv for og mot utbygging er rettslig sett å anse som relevante omstendigheter innenfor vurderingstemaet «all circumstances», jf. EU-domstolens praksis, f. eks. sak C-52/09 (Telia Sonera) avsnitt 28.

Først tas det stilling til om prisomleggingen i TA2 isolert sett hadde en disinsentiverende virkning (substitusjonseffekt) på utbyggingen (punkt 4.4.2.). Deretter vurderes en rekke anførte mulige faktorer som kunne motvirke det disinsentivet prisomleggingen førte med seg, og videre hvilken betydning etterfølgende utvikling skal tillegges (punkt 4.4.3 - 4.4.6).

Til sist foretar lagmannsretten i punkt 4.4.7 en samlet bevisvurdering vedrørende spørsmålet om TA2 var egnet til å hindre eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet.

4.4.2 Besparelse gjennom gjesting som disinsentiv til utbygging (substitusjonseffekten)

4.4.2.1 Substitusjonseffekten

Innføringen av en endret prisstruktur per 18.august 2010 innebar som nevnt at en fastavgift per gjestingsabonnent ble kombinert med variabel pris for gjesting som var vesentlig lavere enn før. Fastavgiften ble beregnet per simkort og var på om lag 40 kroner per måned, marginalt varierende med antall abonnenter (jf. at gjestingsprisen ble øket først ved hver 25000 nye kunde). De variable prisene for ulike tilgangsformer ble senket til gjennomsnittlig ca. en tredjedel av tidligere pris under TA 1.

Forskjellen på prisene under NRA 2008, TA 1 og TA2 er illustrert slik Kurt Brekkes tabell fremlagt for lagmannsretten:

	Tale (NOK per min.)	SMS (NOK per meld.)	Data (NOK per MB)	Kunde (NOK per SIM)
NRA 2008 April 2008-juli 2009	0,43 - 0,36	0,16 - 0,14	2,00 - 0,23	0
TA1 (Aug.2009-juni 2010)	0,34 - 0,32	0,14 - 0,14	0,23 - 0,17	0
TA2 (Aug. 2010-juni 2014)	0,12 - 0,09	0,04	0,05	40

- Tabellen viser priser ved inngåelse (fet skrift) og utgang av avtalen, justert for volumrabatt (14 %) under NRA og TA1 samt avtalte NKOM-justeringer. Prisene angir således effektive priser på gjesting.

Som det fremgår, innebar prisomleggingen i TA2, i tillegg til innføring av simkortavgiften, følgende endringer: Prisen for tale ble senket fra 32 til 12 øre per minutt, for SMS fra 14 til 4 øre, mens prisen for data ble senket fra 17 til 5 øre per megabyte.

NwN oppnådde ved omleggingen som følge av de to nye priskomponentenes nivå en umiddelbar besparelse. Det er uomstridt at besparelsen representerte 20 % av NwNs tidligere utgifter basert på TA1.

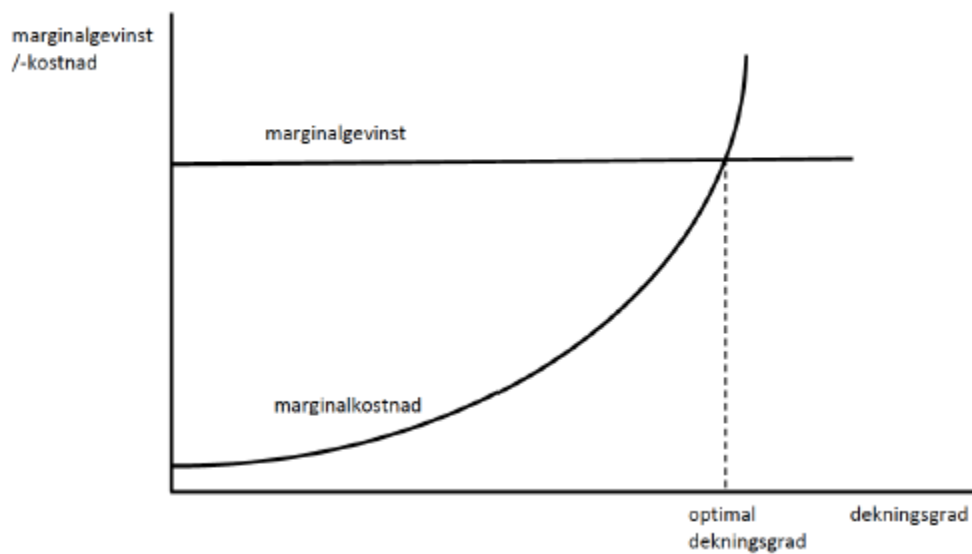
Besparelsens disinsentivering har av de sakkyndige blitt omtalt som «substitusjonseffekten». Begrepet og betegnelsen skal fange inn NwNs reduserte insentiv til å bygge nett som følge av at besparelsen ved å flytte kunder over i eget nett ble mindre enn den ville ha vært etter TA1 justert på grunn av at de variable priser ble vesentlig redusert ved overgangen til TA2, i kombinasjon med innføringen av en simkortavgift per abonnent. Simkortavgiften var upåvirket av hvor mye nett som ble bygget og hvor mye av trafikken NwN klarte å flytte over i eget nett.

Ved inngåelsen av TA2 ble det estimert at simkortavgiften utgjorde hele 53 % av gjestingskostnadene.

Substitusjonseffekten som insentivreduserende faktor for nettutbyggingen er omtalt slik i rapport fra Moen og Riis av 2019:

Insentivene til å investere i nett er avhengig av kostnadsbesparelsen ved å betjene kundene i eget nett fremfor å gjeste i Telenors nett. Denne kostnadsbesparelsen er lik produktet av samlet trafikk i nettet og besparelsen per enhet trafikk. En økt simkortavgift vil isolert sett føre til færre kunder og mindre trafikk i NwN sitt nett, og gir dermed svekkede insentiver til å bygge ut nett. En reduksjon i trafikkprisen gir flere effekter. For det første reduserer det kostnadsbesparelsen per enhet trafikk ved å bygge nett, noe som svekker insentivene til å investere. Dette omtales som substitusjonseffekten. Hvis NwN etter utbyggingen av nettet gjester så lite hos Telenor at gjesteprisen for trafikk har neglisjerbar betydning, er substitusjonseffekten den eneste effekten, og insentivene til å investere i eget nett vil falle.

Substitusjonseffekten kan også illustreres av en skisse som Krohg tegnet under sitt forklaringsopptak for konkurransetilsynet. Skissen viser forholdet mellom kostnader og utbygging. Skissen gjengis en enkel form nedenfor (hentet fra von der Fehrs presentasjon).



Krohgs skisse viser at kostnadsbesparelsen ved å bygge ut er lavere med TA2 enn den ville ha vært under et alternativscenario der TA 1 justert gjaldt. Poenget er at punktet for optimal dekningsgrad, optimal nettutbygging, flyttes mot venstre i skissen.

Den effekten som de sakkyndige og Krogh beskriver, understøttes av lignende fagøkonomiske beregninger gjort i saken, og innebærer at lønnsomheten ved å bygge ut nett er fallende i takt med at dekningsgraden av befolkningen øker. Dette skyldes at det er mindre besparelser å hente på å få kunder over i eget nett i grisgrendte strøk sammenlignet med folketette strøk, samtidig som en nettutbygger vil velge å bygge ut folketette strøk først. Dette var også tilfelle for NwNs utbygging via utbyggingsselskapet MN.

De sakkyndige vitnene er enige om substitusjonseffekten, som trygt kan forankres i økonomisk teori og teoretiske beregninger. Det er imidlertid uenighet om hvor stor den har vært, og i hvilken grad den oppveies av andre omstendigheter som trakk i retning av å bygge ut nettet som planlagt.

Lagmannsretten legger på bakgrunn av det ovennevnte til grunn at TA2 hadde en klar negativ effekt på NwNs insentiv til å bygge ut nettet, som virket fra avtalens inngåelse og per august 2010 måtte påregnes å virke i hele avtalens virketid.

4.4.2.2 Nærmere om substitusjonseffektens påvirkning av utbyggingen

Telenor har anført at sakens rette problemstilling er spørsmålet om når det under TA2 ville være ulønnsomt for NwN å bygge ut flere basestasjoner, ikke hva som relativt sett er «mindre lønnsomt», slik KKNs flertall formulerer seg i vedtakets avsnitt 282. Telenor har

anført at spørsmålet om hva som er lønnsomt må knyttes til planlagt utbygging, slik KKNs mindretall har gjort i sitt votum i avsnitt 433 og 436.

Staten har anført at prisomleggingen i TA 2 var egnet til å begrense og/eller forsinke utbyggingen av nettet sammenlignet med situasjonen uten slik motvirkning av bygging (TA1 justert) og at dette i seg selv er tilstrekkelig, uten å måtte kvantifisere de relative insentivene som fulgte av prisomleggingen i TA2. Det er så vist til at de etterfølgende forhold ikke tilbakeviser denne konklusjonen.

Lagmannsretten mener at en konkretisering til spørsmålet om prisomleggingen i TA2 var egnet til å påvirke konkrete beslutninger om utbygging samsvarer best med EU-domstolens krav til at atferden skal være egnet til en konkurranseskade.

Lagmannsretten mener videre at det relevante ikke kun er en binær vurdering av lønnsomhet versus ulønnsomhet. Realistisk sett vil også ulike grader av lønnsomhet kunne ha betydning for om det besluttes utbygging eller ikke og til hvilket tidspunkt. Når lagmannsretten i det følgende refererer til «lønnsomhet», er det mest presist tale om slik endring i lønnsomhetsgrad som kan påvirke en beslutning om å bygge ut. Som det fremgår nedenfor, opererer flere av de sentrale aktørene med en forestilling om at prisomleggingen i TA2 på ett tidspunkt ville føre til at utbygging var så lite lønnsomt at det ville påvirke utbyggingstempoet negativt.

Lagmannsretten legger til grunn at substitusjonseffekten gjorde seg gjeldende umiddelbart fra avtaleinngåelsen. I og med at avtalen ville gi svakere besparelse ved utbygging og gi et negativt resultat sammenlignet med TA1 justert, var prisomleggingen i TA2 potensielt egnet til å motivere en annen og forsinket utbyggingsplan fra første dag av avtalens virketid.

Prisomleggingen i TA2 medførte dermed at NwN rent økonomisk kunne se seg tjent med å gjeste i stedet for å bygge også hvor utbyggingsgraden var nede ved under 20 % befolkningsdekning, slik situasjonen var ved avtaleinngåelsen i august 2010. Dette fordi besparelsen ved å gjeste sammenlignet med TA1 ga en umiddelbar gevinst, mens investering i utbygging av nettet først ville gi inntekter og besparelser i fremtiden.

Hverken de sakkyndige eller partenes prosessfullmektiger har gjort forsøk på å beregne nøyaktig når det ville bli så lite lønnsomt å bygge ut den neste basestasjonen at prisomleggingen i TA2 påvirket beslutninger om å bygge, og det lar seg neppe gjøre.

Lagmannsretten finner det heller ikke for sin bevisvurdering nødvendig nøyaktig å tallfeste den prosentandelen av utbygning som måtte til for å nå dette punktet. For det første vises det til at kompetente økonomer, alle de sakkyndige, von der Fehr, Moen og Riis, samt Brekke, har forutsatt at utbygging av basestasjoner kunne være ulønnsomt hvor befolkningsdekningen var lav. Selv om von der Fehr i retten argumenterte for at volumeffekten gjorde at utbyggingen ikke ble hindret, var også hans underliggende premiss at TA2 hadde potensial til å gjøre bygging av basestasjoner ulønnsomme.

Det vises videre til de økonomiske sammenhenger som er påpekt av sakkyndig Brekke i hans presentasjon på s. 19-22. Brekke kommer til at den kundemasse som kreves for videre

nettutbygging under TA1 var 1149 med talepris 32 øre, mens det tilsvarende tallet for TA2 var 3 704. Slik kommer han til at prosentvis økning i kritisk populasjon/kundemasse er 222 %. Talleksempelen underbygger at utbygging av basestasjoner etter omstendighetene kan være ulønnsomt i grisevilt strøk.

For det andre la kompetente økonomer med lang erfaring fra spesialfeltet både i Telenor (Harald Krohg og Ragnar Kårhus) og NwN (Arild Hustad) til grunn at det ville være ulønnsomt for NwN å bygge ut flere basestasjoner når utbygging til befolkningsvekst på 40-50 % eller noe høyere var nådd.

Harald Krohg var den viktigste arkitekten bak prisstrukturen og hadde i dette arbeidet en uttalt målsetting om at denne skulle motivere NwN fra å bygge videre nett etter 40 % befolkningsdekning. Krohg la til grunn at skjæringspunktet mellom de to avtalenes respektive lønnsomhet i relasjon til utbygging og utbyggingsinsentiv var som beskrevet.

Kroghs vurderinger kom også til uttrykk i det underlagsmaterialet Telenors styre hadde ved godkjenning av TA2. Et notat til styremøtet av 10. august inneholder følgende passus:

Ved å inngå avtalen nå, i forkant av investeringsbeslutningene knyttet til omfanget av Mobile Norway sin dekning, vil vi insentivere en lavere utbyggingsgrad og et langsiktig høyere roamingvolum enn det som ellers ville kunne blitt oppnådd. Trolig vil Network Norway med denne avtalen neppe bygge en dekning som overskrider 40%-50%.

I den avsluttende sammenfatning/konklusjon i styrenotatet lyder et av strekpunktene som følger:

Vi har i praksis akseptert en prisreduksjon på ca 20% i det korte perspektivet, men etablert en prismodell som vil insentivere Network Norway å bygge vesentlig mindre enn tidligere anført, fra 70% til hva vi anslår ligger i området 40-50% (konsesjonskravet er 35%). Dette gir oss høyere inntekter enn tidligere forutsatt på mellomlang/lang sikt.

I retten forklarte Krohg at angivelsen av 40-50% ikke var et resultat av beregning, bare bygget på en «magefølelse» altså et estimat, fordi han var sikker på at NwN uansett ikke ville komme til å bygge mer. Krohg har under hovedforhandlingen videre forklart at alle hans ulike skriftlige utsagn i sakens dokumenter om at TA2 ville redusere NwNs nettutbygging skal leses som hans forsøk på å «selge inn» TA2 overfor sine overordnede og styret i Telenor, særlig på grunn av en underliggende strid om policy i selskapet knyttet til om man passivt skulle legges seg på den linjen som fulgte reguleringen fra Telekommyndighetene, eller om man skulle konkurrere så aggressivt som mulig. Dette utsagnet står i motstrid til det faktum at lignende utsagn har versert i kommunikasjon mellom Krohgs underordnede, se for eksempel Wibetoes notat til Krohg og andre vedlagt epost av 4. september 2009, hvor en egen overskrift lyder som følger: «Unngå incitament til å bygge eget nett» (FU2756). Hans forklaring må uansett ses i lys av at den kommer i ettertid og derfor etter læren om tidsnære bevis ikke skal tillegges stor vekt, jf. bl.a. Rt-1995-821 (på s. 828), Rt. 1998 s. 1565, HR-2018-1189-A avsnitt 57 og HR-2020-2202-A avsnitt 37. En lignende vurdering knyttet til etterfølgende forklaringer fra personer som må identifiseres med foretaket er lagt til grunn i EU-domstolens praksis, C-457/10 (AstraZeneca) avsnitt 136. Etter dette legger lagmannsretten til grunn alle utsagn fra Krohg om disinsentivering

til bygging som bevis for hva som var hans oppriktige mening etter beste skjønn på det tidspunktet utsagnene falt.

Det tilføyes at selv om man skulle legge til grunn at Krohgs utsagn var et «innsalg», er det like fullt et bevis for at Krohg som økonom anerkjente effektene han argumenterte for.

Lagmannsretten viser også til Krohgs e-post til sin sjef Ragnar Kårhus 25. mars 2010 (FU3764):

Disse incitamentene påvirkes ikke av en senere innføring av avtalen siden utbyggingen likevel i 2010 ikke vil komme opp i et nivå der den nye avtalen gjør det ulønnsomt å bygge ut.

At en av arkitektene bak den endelige avtalen opererer med en klar forutsetning om at avtalen på et tidspunkt gjorde det ulønnsomt å bygge ut, er et sterkt bevismoment for at avtalen hadde årsaksevne til å påvirke beslutning om utbygging stasjon for stasjon, område for område. At Krohg har hatt en slik oppfatning, kan også utledes av en rekke andre dokumenter. Hans oppfatning på dette punktet har vært fast, konsistent og entydig gjennom flere år, og lagt til grunn for forhandlingene av avtaler med både NwN (TA2) i 2009-2010 og med Tele2 i 2011.

Lagmannsretten viser videre til forklaringsopptaket fra Kårhus bl.a. avsnitt 37, der han uttaler:

Telenor så etter prispunkter ... som søkte å finne en balanse hvor det ikke nødvendigvis var så store insentiver for Network Norway til å bygge utover konsesjonskravet, og samtidig ville gi Network Norway den konkurransekraften de alternativt uansett var ute etter i sluttbrukermarkedet

Kårhus refererer til det samme prispunktet og punktet for NwNs beslutning om ikke å bygge ut lenger enn til en viss dekningsgrad også i avsnitt 56, 58, 76 og 77.

En annen økonom med erfaring fra det samme markedet, Arild Hustad, har gjennom forklaringsopptaket gitt klart uttrykk for at han så den negative effekten av TA2 for byggeaktiviteten allerede på et tidlig tidspunkt. I avsnitt 68 i hans forklaringsopptak fremgår at

... SIM-kortavgiften er *detrimental* i forhold til egen nettutbygging ... Hustad forklarer videre at modellen med SIM-kort og dekningsavgift ene og alene er konstruert slik at det skal være lønnsomt for Network Norway å bygge minst mulig dekning i eget mobilnett».

Hustad forklarte videre at effekten var et tema mellom ham og styremedlemmene i NwN fordi de sistnevnte var engstelige for konsekvensene av å ikke bygge ut nettet i samsvar med myndighetenes krav.

I forklaringsopptaket punkt 69 heter det videre:

Den nye SIM-kortmodellen måtte Network Norway også bruke mye tid på, for å kunne forklare og forstå effekten av den, ifølge Hustad. Det var ekstremt negativt for styret og eierne å se på en modell som ga insentiv til å bygge minst mulig. Hustad forklarer at selv om Network Norway skulle bygge landsdekkende nett, måtte de likevel betale for Telenors

landsdekkende dekning, selv om de bare brukte Telenors nett i for eksempel 10 % av landet. Dette henger ikke på greip, men henger på greip for Telenor for å desinsentivere Network Norway fra å bygge landsdekkende nett. Så Network Norway brukte mye tid på å se på når den negative effekten av SIM-kortavgift ville slå inn, i forhold til variable priser. Network Norway så at det de første 2-3 årene kanskje var positivt – operativt og pengemessig – og så ville avtalen løpe ut i juli 2014, sier Hustad.»

Hustad har også konkrete beregninger av når det vil være ulønnsomt å bygge ut flere basestasjoner, se forklaringsopptaket nr. 83, siste del:

På spørsmål om prismodellen da hadde en begrensende virkning på insentivene til å bygge ut mobilnettet i et 2-4 års perspektiv, svarer Hustad at de vurderte det dithen at på kort sikt hadde ikke avtalen noen effekt på utbyggingen, men på lang sikt hadde den det. Om kanskje ett år vil avtalen slutte å fungere effektivt for Network Norway, og da kan de ikke fortsette med denne avtalen sier Hustad. Da spiser dekningsavgiften opp det man får gjennom eget nett og egen dekning.

Lagmannsretten oppfatter ut fra konteksten at Hustad her refererer til ett år fra tidspunktet for intervjuet, som fant sted 24. oktober 2012. Ved intervjuet var utbyggingsgraden sannsynligvis nært opp til 62,9 % jf. opplysninger i KT's vedtak (FU7758) basert på rapport om basestasjonsdekning per 1. november 2012.

Dette leder til at tidspunktet for ulønnsom investering i nye basestasjoner kan ha vært noe forskjøvet sett i forhold til Krohgs opprinnelige skisse og beregninger, basert på at videre utbygging ville bli ulønnsomt ved utbygging utover 40-50 % befolkningsdekning.

I lys av Telenors prosedyre har lagmannsretten vurdert om denne forskyvningen av det antatte prispunktet har betydning for vurderingen om TA2 var egnet å påvirke nettutbyggingen. Den omstendighet at Hustad under sitt forklaringsopptak den 24. oktober 2012 antok at TA2 ville slutte å bli effektiv først et år etter at befolkningsdekningen var nær 62,9 % er isolert sett et argument mot at TA2 var egnet til å påvirke utbyggingstakten innenfor den planlagte perioden. Det må imidlertid tas i betraktning at TA2 ikke hadde nådd 75 % befolkningsdekning ett år etter forklaringsopptaket med Hustad, altså 24 oktober 2013. Dette punktet ble nådd først i første kvartal 2014. Dersom man tar Hustads prognose på ordet, er det et bevis for at TA2 var egnet til å hindre eller forsinke utbyggingen innenfor rammen av utbygging til 75 % dekning..

Lagmannsretten legger etter dette ikke avgjørende vekt på at punktet for «ulønnsom utbygging» lå lenger ute i tid og utbyggingsgrad enn Telenor internt forutsatte; antatt mellom 40 og 50 % befolkningsdekning. Hustads utsagn tyder klart på at utbyggingen ble ulønnsom før man hadde nådd 75 % befolkningsdekning. Hustads forklaringsopptak har i sin største bevisverdi i at den bekrefter at den omstendighet at TA2 på ett tidspunkt ville ha en «effekt på utbyggingen» ble oppfattet som en realitet også etter at avtalen hadde blitt virksom. Dette er et sterkt bevismoment for at den samme effekten var til stede ved avtalens inngåelse. At en bransjeøkonom som hadde vært med på fremforhandlingen av avtalen vurderte avtalens insentivvirkning til å ha en slik effekt, er i seg selv et betydelig bevismoment for at TA2 var egnet til å påvirke utbyggingen vurdert på tidspunktet 18. august 2010.

Også øvrige ansatte i NwN under kontraktsforhandlingene la til grunn at prisomleggingen i TA2 kunne ha en negativ effekt på utbyggingen. Dette går blant annet tydelig frem av e-post fra Geir Løvsnes til Hustad og Niels-Arne Mikkelsen av 9. mars 2010, hvor ordlyden er som følger:

Vedlagt er en forenklet beregning der vi kan se hva som lønner seg – å bygge selv, eller å benytte NRA.

At det ble vurdert som ulønnsomt å bygge ut basestasjoner i siste del av planlagt utbygging, er også godt forenlig med tabellene Niels-Arne Mikkelsen i NwN brukte for å beregne virkningene av TA2 FU4278). Et regneark med slike tabeller ble produsert i forhandlingsfasen våren 2010, og synes tydelig å være motivert av et ønske om å beregne kostnader ved bygging av nett kontra kostnader ved gjesting.

En tabell bygget på regnearket ble lagt frem for styret til det ekstraordinære styremøtet 12. august 2010. Tallene viser en prognose for gjestingskostnader i perioden basert på antall abonnenter, taleminutter, bruk av SMS og data i årene 2010-2014, beregnet ut fra utviklingen med TA2. Tabellen bygget på at utgifter til abonnentsutgifter, altså SIM-avgiften ville øke fra 228 MNOK til 360 MNOK i perioden. Tabellen gjengis nedenfor (FU4274):

Tabell 6: NwN årlig kostnader nasjonal roaming

Type	2010	2011	2012	2013	2014
Abo gebyrer	228 000 000	240 000 000	288 000 000	336 000 000	360 000 000
Minutter	171 188 640	157 900 050	125 671 770	93 117 503	90 054 427
SMS	26 085 888	25 748 352	22 112 890	17 858 481	16 942 059
Data	3 611 520	16 034 543	36 179 610	40 569 911	51 177 451
TOTAL	428 886 048	439 682 945	471 964 271	487 545 895	518 173 937
Eksisterende modell	550 627 611	553 589 503	553 802 941	489 157 184	510 036 085
Ny modell kun 4 mnd:2010	510 047 090				
Netto ny modell	510 047 090	439 682 945	471 964 271	487 545 895	518 173 937
Besparelse	40 580 521	113 906 558	81 838 671	1 611 289	-8 137 852
Besparelse	7 %	21 %	15 %	0 %	-2 %

Som det fremgår, beregnet NwN på tidspunktet før avtaleslutning at TA2 ville føre til en besparelse på hhv 7, 23 og 15 prosent i årene 2010 til 2012. Man ville gå i null i 2013, men tape på TA2 i 2014. Lagmannsretten mener dette tyder på at NwNs styre ville være mottagelige for forslag om å utsette utbygging, i alle fall et stykke ute i avtaleperioden

Styrenotatet inneholdt også inneholder en prognose over antatt roamingandel som i avtaleperioden 2010-2014 er antatt synkende fra 74 % til 28 % for tale/SMS, og fra 96 % til 26 % for data. I notatet heter det: (FU4275):

2011 tallene på nasjonal roaming er sannsynligvis optimistiske basert på roll out plan for 3G. Om den faktiske nasjonal roamingandel blir høyere vil besparelsen på nasjonal roaming bli markant høyere.

Utsagnet i siste setning peker direkte på besparelseeffekten (substitusjonseffekten). At sentralt plasserte aktører hadde en slik erkjennelse taler med styrke for at prisomleggingen kunne ha en disinsentiverende effekt på utbyggingen.

Lagmannsretten viser videre til at styret i MN var oppmerksom på at TA2 kunne påvirke beslutninger om utbygging. I protokoll fra MNs styremøte av 7. desember 2010 ble det

presentert et program for et landsdekkende nett. Under punktet «utbyggnadsstrategi» blir stilt følgende spørsmål:

Vad blir konsekvensen for NR priser når egen tåkning växer? Är ökad kostnad för 10 % trafik i NR högre än kostnad att bygga de siste 10 % tåkning?

Bevisene ovenfor viser at de beslutningstakerne som eventuelt skulle ta beslutninger om ikke å bygge basestasjoner som ellers – under et alternativscenario – ville ha blitt bygget på et bestemt tidspunkt, i tidsrommet før avtaleinngåelsen og på tidspunktet for avtaleinngåelsen var fullt bevisst at avtalen hadde en disinsentiverende effekt mht. til utbygging av nettet.

NwN var bundet til TA2 i fire år, hvorav de siste år av avtalen var preget av høyt priset dekningsfordel og relativt sett svakere dekningsbidrag fra trafikkvariable priser per utbygde basestasjon, fordi det var de mer grisgrendte strøk som gjensto. Disse egenskapene ved avtalen innebar en fare for at nettutbyggingen ikke ville skje med den samme hurtighet og kvalitet som ville ha vært tilfelle i alternativscenarioet. Dette underbygges ytterligere av at Hustad og hans administrasjon «solgte inn» TA2 med en henvisning til at avtalen kunne reforhandles i den perioden, se underlagsmateriale for ekstraordinært styremøte i NwN av 12. august 2010 (FU4274). Under overskriften «potensielle negative sider ved Tilleggsavtale 2» er det i punktet «budsjettmessige konsekvenser» skrevet som følger:

Kostnadsbesparelsen i tilleggsavtale 2 er størst i de første årene av avtalen, deretter lignes avtalene ut. Dette er resultat av strukturendringen i dekningsavgift som blir økende i perioden grunnet kundetilvekst. Det skal samtidig bemerkes at betingelsene knyttet til dekningsavgiften *vil høyst sannsynlig kunne forbedres i løpet av avtaleperioden gjennom reforhandlinger*. Dette vil da gi ytterligere reduksjoner av total varekostnad for NwN knyttet til nasjonal roaming (lagmannsrettens uthevnning).

Det kan i denne sammenheng vises til at NwN allerede i juni 2011 forsøkte å reforhandle avtalen. I forhandlingsmøtet 17. juni 2011 gjorde NwN gjeldende som følger:

Prismodellen passer ikke med dagens utbyggingsplan og gir urimelig høy NRA-kost (som medfører marginskvis» (FU5056)

Forsøket på reforhandling underbygger at avtalen ble oppfattet som negativ på sikt, noe som knyttet seg til lønnsomheten av å bygge nye basestasjoner.

Det hører med i det helhetlige bildet at eierne av NwN ikke var industrielt, men snarere kommersielt orientert, og åpne for oppkjøp av selskapet fra starten av avtaleperioden. At de hadde en slik orientering, gjorde eierne disponerte for at prisomleggingen i TA2 kunne motivere dem til utsettelse av utbygging sammenlignet med plan.

Lagmannsretten finner etter dette at substitusjonseffekten hadde en slik styrke at den var egnet til å påvirke utbyggingen. Spørsmålet i det følgende er om denne effekten kommer i en annen stilling som følge av øvrige omstendigheter som gjennomgås nedenfor i punkt 4.3 - 4.6. For helhetens skyld behandler lagmannsretten først betydningen av trafikklekkasje.

4.4.2.3 Betydningen av trafikklekkasje

Lagmannsretten legger til grunn at forekomsten av trafikklekkasje i årene etter prisomleggingen i TA2 forsterket substitusjonseffekten.

Det er på det rene at NwN opplevde en trafikklekkasje som ikke var forutsatt ved inngåelsen av TA2. Årsakene til trafikklekkasjen og virkningen av den er grundig omtalt i KKNs vedtak avsnitt 278-281, og var en del av grunnlaget for at flertallet mente at TA2 hadde en disinsentiverende virkning på utbyggingen. Betydningen av trafikklekkasje har ikke fått tilsvarende oppmerksomhet under hovedforhandlingen. I det lagmannsretten skal ta hensyn til alle omstendigheter («all the relevant circumstances» jf. f.eks. C-23/14 (Post Danmark II) avsnitt 30)) er temaet uansett relevant under bevisvurderingen.

Ut fra bevisførselen kan det legges til grunn at NwN i den aktuelle perioden opplevde trafikklekkasje opp mot 20 % sammenlignet med befolkningsdekning, jf. opplysninger anvendt i KKNs vedtak avsnitt 278. Trafikklekkasjen førte til at NwN måtte betale mer gjestingskostnader enn forutsatt i deres planlegging, og innebar et skjult tillegg i variable kostnader. At de variable kostnader til gjesting dermed ville bli høyere enn antatt, ville i utgangspunktet gi insentiver til å bygge mer nett for å eliminere trafikklekkasjen. Så langt kan lagmannsretten slutte seg til flertallets vurderinger i vedtakets avsnitt 278 - 281.

Som KKNs mindretall er inne på, var slik delvis eliminering av trafikklekkasjen imidlertid betinget av at det ble bygget tettere i de områdene som allerede hadde befolkningsdekning. Slik konsoliderende bygging av basestasjoner lå ikke innenfor NwNs hovedstrategi, som var orientert mot å nå den befolkningsdekning som myndighetene hadde forutsatt. Den etterfølgende utvikling har vist at NwN med få unntak holdt fast ved denne utbyggingsstrategien. Det finnes i dokumentene bare ett spor av at NwN bygget konsoliderende, nemlig rapporten av 15. januar 2010. Her fremgår det at befolkningsdekningen på 16, 9 % var den samme som et halvt år tidligere, med følgende forklaring:

Årsaken til at økningen fra 229 siter til 239 driftssatte siter ikke øker befolkningsdekningen eller arealdekningen, er at de nye siter er bygd for økt kapasitet og kvalitet.

Dette taler for at det ikke var helt uaktuelt for NwN å bygge konsoliderende, og at ikke kun befolkningsvekst var styrende for utbyggingen, og dette svekker argumentet om at det ikke var mulig å bygge ut fortere enn det som faktisk ble gjort. NwN hadde til enhver tid et valg mellom å prioritere økt befolkningsvekst eller kvalitet i nettet. En slik slutning bestyrkes av Tele2s rapport til PT av 14. januar 2011 sammenholdt med tilsvarende rapport av 25. november 2010. I begge rapportene er befolkningsdekningen angitt å være 24,9 % og med 439 ferdig driftssatte siter, men i den siste rapporten er det rapportert langt flere siter med 3G enn med 2 G, samtidig som det er forklart at man opererer med et «strengt signalnivåkrav». Befolkningsdekning var altså ikke det eneste parameter for utbygging.

Det ovennevnte tyder på at trafikklekkasje, som var en skjult faktor i 2010, men som ville vise seg i løpet av avtalens løpetid, kunne få betydning for utbyggingstakten. Prismøllleggingen i TA2 ga svakere motivasjon til å bygge for å tette lekkasjene sammenlignet med alternativsituasjonen under TA1 justert.

4.4.3 Betydningen av «volumeffekten»

4.4.3.1 Innholdet i «volumeffekten»

Telenor har anført at substitusjonseffekten ble oppveiet av at TA2s vilkår ga NwN mulighet til å vinne nye kunder i sluttbrukermarkedet, den såkalte «volum- eller skalaeffekten». Denne effekten er omtalt slik av von der Fehr i hans rapport av 2018 (FU7943):

Som forklart ovenfor, ga endringen i prisstrukturen Network Norway en kostnadsreduksjon og derfor en bedre konkurranseposisjon i sluttbrukermarkedet med tilhørende vekstmuligheter; denne «skalaeffekten» tilsier isolert sett et sterkere incitament til å bygge nett.

Lagmannsretten forstår «volumeffekten» slik at den omstendighet at TA2 genererte høyere inntekter for NwN gjennom besparelser, gjorde at NwN finansielt stod sterkere, og dermed var i bedre posisjon til å bygge ut nettet.

Det har vært omfattende bevisførsel med bl.a. flere sakkyndige vitner om forholdet mellom substitusjonseffekten og volumeffekten. Det er i denne forbindelse ført bevis for markedsutviklingen i perioden etter prismøllleggingen i TA2 Etterfølgende utvikling er relevant som bevismoment i den grad den kaster lys over egnethetsvurderingen per august 2010. Det er derfor hensiktsmessig først å redegjøre for markedsutviklingen etter inngåelsen av TA2.

4.4.3.2 Markedsutviklingen etter inngåelse av TA2.

Det er uomstridt at det i perioden før og etter inngåelse av TA2 skjedde en forholdsvis rask utvikling i den mobiltelefoneteknologi som var tilgjengelig for kunder på det norske markedet. Et viktig trekk ved utviklingen var at smart-telefoner kom på markedet, noe som endret kundenes bruksmåte for mobiltelefon ved at det ble brukt langt mer data enn tidligere. Databruk begrenses ikke fysisk som taletid, som maksimalt kan utgjøre 60 minutter i timen.

Lagmannsretten legger til grunn at det per august 2010 var alminnelig kjent i bransjen at de nevnte endringene var på vei og ville prege markedet i overskuelig fremtid. Omfanget av endringene, og når de ville slå inn, var imidlertid usikkert.

Umiddelbart etter at TA2 ble inngått, gjorde NwN gjennom sitt tjenesteleverandørselskap One Call et fremstøt i sluttbrukermarkedet. Det ble tilbudt pakkepriser på mobilabonnement der kunden fikk langt mer data enn før inkludert i pakkeprisen. NwN vant med dette kunder, blant annet fra Telenor, og fikk økt inntjening. De andre selskapene svarte med tilsvarende grep, og etter hvert jevnet markedssituasjonen seg ut med et lavere prisnivå.

Det fremgår av dokumentasjonen i saken at NwN likevel ikke vant vesentlig større markedsandeler i tiden etter TA2. Diagram inntatt i FU 8406 antyder at NwN hadde en jevn, moderat økning i markedsandeler både før og etter inngåelsen av TA2

Torbjørn Hauger, ansatt i Telenor, har sammenlignet NwNs hypotetiske gjestingskostnader i TA1 justert med de faktiske gjestingskostnadene selskapet fikk med TA2 (FU8090). Sammenligningen viser at NwN hadde besparelser av kostnader i hele perioden, men at besparelsen var synkende fra noe mer enn 20 % i tredje kvartal 2010 til ca. 10 % i andre kvartal 2014, med et laveste punkt på 2 % kostnadsreduksjon i første kvartal 2014. Kostnadsreduksjonen var altså fallende, men positiv i hele perioden.

Hauger har videre beregnet den faktiske utvikling av NwNs gjestingskostnader under TA2 og sammenlignet med hva de ville blitt etter TA1 justert, se tabell nedenfor:

Tabell 6: NwN årlig kostnader nasjonal roaming

Type	3T2010	2011	2012	2013	1H2014
Abo gebyrer	76.000.000	243.000.000	276.000.000	304.220.700	164.744.100
Minutter	57.241.330	174.106.342	169.834.437	151.720.007	7 3.553.520
SMS	9.365.767	33.100.493	34.466.322	32.226.442	15.870.361
Data	1.527.591	12.372.476	3 1.009.825	50.508.058	36.324.064
TOTAL	144.134.689	462.579.311	511.310.583	538.675.206	290.492.045
Eksisterende (TA1)	184.760.690	562.716.338	619.077.241	598.794.626	313.045.215
Netto ny (TA2)	144.134.689	462.579.311	511.310.583	538.675.206	290.492.045
Besparelse	40.626.001	100.137.026	107.766.658	60.119.420	22.553.170
Besparelse	22 %	18 %	17 %	10 %	7 %

Tabellen viser at Telenor i avtaleperioden sparte nominelt (kroneverdier år for år, ikke justert for inflasjon) over 330 MNOK i den perioden avtalen varte.

Hauger har også sammenlignet de faktiske tallene med den prognose for kundeutviklingen NwN opererte med under kontraktsforhandlingene ifølge Mikkelsens regneark nevnt ovenfor. Av Haugers tall fremgår det at kundeutviklingen ble noe svakere enn forventet, men at tallene for tale og SMS ble vesentlig høyere enn forventet. Trafikkutviklingen ble svakere enn forventet i 2010-2012, men tok seg opp de siste halvannet årene av avtalens virketid. Tabellen gjengis nedenfor:

År	2011	2012	2013	2014
Kundeutvikling	1 %	-4 %	-9 %	- 8%

Trafikkutvikling minutter	10 %	35 %	63 %	63 %
Trafikkutvikling SMS	29 %	56 %	80 %	87 %
Trafikkutvikling data	-23 %	- 14 %	24 %	42 %

Porteringsdata viser at Telenor i perioden etter iverksettelsen av TA2 mistet kunder til NwN. Mens selskapet før TA2 mistet 115 kunder per uke til NwN, var det tilsvarende tallet etter inngåelsen av TA2 415 per uke. Etter det som er opplyst, fikk NwN 15000 nye kunder og sterk vekst i hele fjerde kvartal av 2010. Det vises til vitneforklaring fra Brown.

Hauger har også lagt frem ulike diagram som viser at gjestingsvolumet per SIM-kort fikk en endring etter inngåelsen av TA2. Et svært markant trekk er at datatrafikken per simkort økte vesentlig. Gjestingskostnadene for databruk økte med 1600 prosent i perioden da NwN bygget ut nettet fra 25 % til 75 % befolkningsdekning. Selv om dette isolert sett var en sterk økning var betydningen av den begrenset, ettersom NwN hadde relativt lite databruk hos sine kunder ved inngåelsen av TA2. Etter det som er opplyst, utgjorde databruk kun 2 % av totale gjestingskostnader. En prosentvis fremstilling av utviklingen, kan derfor være misvisende, noe Hauger også vedgikk under vitneforklaringen.

Oppsummert legger lagmannsretten til grunn at TA2 hadde noen positive økonomiske effekter som er relevante ved vurderingen av den såkalte «volumeffekten». NwN sparte nevnt slutt 330 MNOK beregnet nominelt ved å legge sammen besparelsesbeløpene år for år. Prisstrukturen i TA2 gjorde det mulig for NwN å tilby kundene en fastpris for databruk og å gi kundene mer data for den samme abonnementsprisen. Dette, sammen med prisedsettelsen på 20 %, var reelle årsaker til at NwN opplevde en kundevekst i perioden etter inngåelsen av avtalen.

4.4.3.3 Nærmere om volumeffektens styrke

De sakkyndige vitnene er uenige om styrken av volumeffekten og forholdet mellom den og substitusjonseffekten.

Telenors sakkyndige vitne, von der Fehr, har søkt å underbygge volumeffektens styrke med en rekke tall hentet fra One Calls abonnentspriser og øvrige vilkår i 2009 sammenlignet med tilsvarende tall fra høsten 2010, etter inngåelsen av TA2. Tendensen er grovt tegnet at kundene fikk vesentlig mer valuta for abonnementsprisene etter inngåelsen av TA2. Dette gjaldt i første rekke hvilke mengder databruk som ble inkludert. Eksempelvis ga varianten «full pakke» 1000 mb data i 2010 mot kun 25 mb i 2009, selv om prisen var den samme. Han viste også at NwN fra avtalens start til dens avslutning hadde en økning i antall abonnenter på 65,7 prosent, mens markedet totalt hadde en økning på 8,7 prosent. Samtidig var veksten i samtaleminutter, SMS og megabytes (data) gjennomsnittlig per kunde henholdsvis 14,2 %, 25,2 % og hele 6 415 %.

Gjennom grafer (på s. 42 og 43 i presentasjonen) er det også vist hvordan produktkostnadene etter dekning i eget nett knyttet til å levere One calls produkt

«folkepakka» gikk vesentlig ned, selv om nettet ble bygget ut. Etter von der Fehrs beregninger ville det derfor være billigere å levere dette abonnementsproduktet med TA2 enn med TA1 justert helt frem til utbygging hadde nådd 94 % av befolkningsdekningen.

Von der Fehr har særlig fremholdt at TA2 samlet sett ga NwN konkurransekraft som bidro til at selskapet kunne fortsette sin forretningsdrift. Han viste til at den etterfølgende utvikling i markedet nettopp viser at volumeffekten var betydelig og at man derfor ikke kan vite om volumeffekten fullt ut oppveiet substitusjonseffekten.

Lagmannsretten kan etter bevisførselen ikke se at volumeffekten har vært så sterk som von der Fehr har argumentert for, og kan heller ikke se at den ikke har hatt en så sterk motvirkende effekt på substitusjonseffekten som fremholdt. Lagmannsretten støtter denne vurderingen særlig på beregninger og argumentasjon fra statens sakkyndige, Brekke, Moen og Riis.

Lagmannsretten legger til grunn at den rent matematiske effekten av besparelsen knyttet til TA2 var så markant at bare en urealistisk høy økning av antall abonnenter kunne oppveie effekten. Moen og Riis har vist til at «en halvering av gjestingskostnaden» vil måtte

«motsvares av en dobling av trafikken for at for at samlet gjestingskostnad – og dermed insentivene til å investere i eget nett – skal forbli konstante. Forutsetningen er her at man ignorerer enhetskostnadene i eget nett» (se Moen & Riis' presentasjon s. 33).

Brekke har vist den samme effekten ved sine beregninger gjengitt på s. 29 og 30 i sin presentasjon. Han tar utgangspunkt i at prisreduksjonen for variable gjestingspriser fra TA1 til TA2 var i størrelsesorden ca. 1/3 av prisen. (Tale; fra 32 til 12 øre, SMS; fra 14 til 4 øre og data fra 17 til 5 øre, se presentasjonen s. 30). Essensen forklares slik:

Dersom trafikkprisen reduseres med [til] 1/3, så må trafikkvolumet minst tredobles for at utbyggingsinsentivet skal være uendret.

(Ut fra sammenhengen antar lagmannsretten, som påpekt av statens prosessfullmektig under prosedyren, at ordet «med» i Brekkes presentasjon, rettelig skal være «til», slik det er ført inn i sitatet.)

Disse matematiske beregningene er godt underbygget og nærmere forklart i de sakkyndiges muntlige fremstillinger.

Lagmannsretten viser videre til Brekkes presentasjon på s. 33-35, basert på Ekoms statistikker, som viser at det ikke skjedde en slik markant volumøkning som påkrevd i tiden etter innføringen av TA2. Grafene fremstiller utvikling i antall abonnenter, utvikling i talevolum per måned per abonnent og TA2s markedsandeler i perioden før og etter inngåelsen av TA2. Brekke fremholdt at dersom volumeffekten ga NwN en så høy konkurransekraft som måtte kreves for å oppveie substitusjonseffekten, så ville dette ha gitt utslag i høyere markedsandeler. En slik økning i markedsandeler kan ikke spores i statistikken.

I denne forbindelse vises det til følgende tabellmateriale fremlagt av Brekke, basert på ekomstatistikker som viser forskjeller mellom faktisk trafikkvolum i året før og etter inngåelsen av TA2 (H2009 + V2010 versus H2010+ V2011):

For tale var trafikkvolumet før TA2 895 469 000 minutter mot 987 304 000 minutter etter inngåelse av TA2

For SMS var volumet 391 510 000 før TA2 mot 452 276 000 etter inngåelse av TA2

For data var volumet før TA2 27 392 000 mb mot hele 230 262 000 mb etter inngåelse av TA2.

Det fremgår av tabellen at tale representerte 84 % av gjestingskostnadene, mens SMS stod for 14 % og data kun 2 % av gjestingskostnadene.

Tallene tyder på at TA2 ikke tilnærmevis hadde den volumeffekt fagøkonomene har kalkulert med at må til for å oppveie substitusjonseffekten. Selv om databruk økte, utgjorde denne ved inngåelsen av TA2 bare en liten del av de samlede gjestingskostnadene, og representerte aldri mer en 30 % av gjestingskostnadene totalt. Lagmannsretten viser for så vidt også til tabeller og grafikk i KKNs vedtak avsnitt 301, som peker i samme retning.

Det ovennevnte er godt forenlig med tidsnære bevis om den faktiske utviklingen i NwN, Det vises til referat fra styremøter og oppslag i pressen fra høsten 2010. Selv om NwN gjorde en offensiv i sluttbrukermarkedet, var veksten i inntjening ikke så stor som de sakkyndiges vitneutsagn legger til grunn var nødvendig for utligne substitusjonseffekten. Diagram over markedsandeler for utvikling i antall abonnementer 2006-2014, inntatt i FU 8402, og i KKNs vedtak avsnitt 301, indikerte ingen dramatisk vekst for NwN. Det er videre betegnende at det fremgår av referat fra styremøte i NwN av 20. desember 2010 at det for 2011 ble budsjettert med en økning i omsetning på kun 11 % sammenlignet med 2010.

Den store prosentuelle økningen i megabytes (data) må etter lagmannsrettens vurderes i lys av at NwN før inngåelse av TA2, hadde en svært liten andel av mobildatamarkedet, dels fordi Telenor opererte med høye grossistpriser, noe som var en viktig del av bakgrunnen for fremforhandlingen av TA2. Data representerte ved avtaleinngåelsen som nevnt bare 2 % av NwNs gjestingskostnader. Økningen i datavolum som del av gjestingsproduktet var dermed relativt sett meget stor for selskapet, men som nevnt ovenfor er den prosentuelle økningen misvisende.

NwN fikk etter inngåelsen av TA2 høyere markedsandeler, men stabiliserte seg etter hvert på samme vekstrate som andre i markedet slik det fremgår av Brekkes presentasjon s. 33-35.

Den faktiske markedsutviklingen kan fortelle noe om hvilket potensiell virkning TA2 kan antas å ha hatt per august 2010, og må leses i lys av det faktum at både SMS og tale i perioden økte langt mer enn NwN forventet under kontraktsforhandlingene med Telenor. For databruk var likevel det faktiske gjestingsvolumet noe lavere enn forventet i årene 2011 og 2012, mens dette endret seg de to siste år. Det vises til Haugers tallberegninger der

NwNs prognoser antall abonnenter, for tale, for SMS og databruk er sammenlignet med faktisk bruk i årene 2010-2014, se tabell gjengitt ovenfor (Haugers tabell 5 jf. FU4278 og FU8091).).

Lagmannsretten konstaterer etter dette at NwN på enkelte punkter undervurderte hvordan utviklingen ville bli med TA2, mens effekten i relasjon til databruk ble overvurdert. Avvikene er betydelige, men likevel ikke større enn at både forventet og faktisk utvikling kan gi en indikasjon på hva som var en rimelig forventning til volumeffekten per august 2010.

Både forventet utvikling og faktisk utvikling viser etter dette at den volumeffekten TA2 per august 2010 kunne antas å bringe, ikke på langt nær kunne oppveie substitusjonseffekten.

For fullstendighetens skyld bemerkes at lagmannsretten har vurdert von der Fehrs påstand om at dataprisene representerte en høyere pris enn monopolprisen, men ikke lagt vekt på den. Som nevnt, utgjorde disse under enhver omstendighet kun 2 % av NwNs gjestingskostnader på tidspunktet for inngåelse av TA2. Moen og Riis' antakelse om at det ikke er rimelig å legge til grunn at Telenor ville operere med priser høyere enn monopolprisen har uansett full gyldighet for de øvrige tjenestene TA2 omfattet, altså 98% av gjestingskostnadene. Lagmannsretten tiltrer på dette punktet KKNs bemerkninger i vedtakets avsnitt 312.

4.4.4 Betydningen av NwNs kontraktsforpliktelser

Telenor har anført at NwNs kontraktsrettslige forpliktelser overfor i første rekke Tele2, men også overfor långivere og utbygger (Ericsson) utgjorde sterke insentiv for NwN til å bygge ut nettet i henhold til utbyggingsplanen som gjaldt per august 2010.

Staten har gjort gjeldende at avtaleverket ikke innebar at prisomleggingen i TA2 likevel ikke var egnet til å begrense eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet,

4.4.4.1 Avtalen mellom NwN og Tele2

NwN og Tele2 inngikk 25. september 2007 en aksjonæravtale «Share purchase agreement» i forbindelse med stiftelsen av utbyggingsselskapet Automobile Invest AS, det selskap som senere ble til Mobile Norway (MN). I aksjonæravtalen (FU 565 flg.) finnes en rekke klausuler om bygging av basestasjoner. Blant annet er tallet 1850 basestasjoner angitt under «definitions», samtidig som det er tatt med et punkt om «additional build out», jf. punkt 11. Det er konkretisert en «business plan» og en «network plan». I «network plan» er det konkretisert hvor mange stasjoner som skal bygges fra år til år, mens det i et eget appendix (Appendix 3 FU 639) er gitt en detaljert oversikt over byer som skal bygges ut.

Beslutning om bygging i MN ble truffet gjennom enstemmige avgjørelser, jf. aksjonæravtalen punkt 17 første avsnitt (FU665). Minst to styremedlemmer fra hver av sidene måtte være tilstede, jf. aksjonæravtalen punkt pkt. 17 tredje avsnitt. En

styrebeslutning i MN om å redusere eller forsinke utbygging sammenholdt med utbyggingsplan rapportert av begge selskaper til PT, kunne derfor ikke skje uten Tele2s samtykke.

I «Business plan» er det laget et system for hovedaksjonærenes forpliktelser til å bidra til investeringsutgifter (Capex) og driftsutgifter (Opex). Capex ble fordelt likt mellom Tele2 og NwN, mens Opex ble fordelt med en fast del og en variabel del etter bruk av nettet, slik at den faste delen ble mindre etter hvert som nettet ble bygget ut. Avtalen hadde en voldgiftsklausul og kunne således håndheves utenfor domstolene.

I aksjonæravtalens punkt 9 er det avtalt definerte krav til utbyggingstakten, jf. særlig følgende setninger:

The Parties agree that the Network shall be built so that it does not deviate from the following thresholds: The Network shall be able to handle 40 % of Tele2's voice, SMS and dataTraffic, respectively, year 2010. The corresponding percentage is 40 % year 2011, 43 % year 2012 and 50 % year 2013. HSPA data is not included in the thresholds.

Lagmannsretten går ikke nærmere inn i øvrige detaljer i denne aksjonæravtalen, men konstaterer at NwN gjennom sitt eierskap i MN hadde definerte avtalerettslige forpliktelser overfor Tele2 til å bidra til finansieringen av utbyggingen og til at utbyggingen faktisk fant sted.

Tele2 hadde betydelig økonomisk interesse i å optimalisere sin kombinasjon av gjesting i Netcoms nett og bruk av MNs nett etter hvert som det ble bygget ut. Aksjonæravtalens punkt 9 la til rette for dette. Telenor har fremlagt korrespondanse mellom advokatfirmaene Kvale og Schjødt, som nettopp underbygger at avtaleklausulen (punkt 9) var ment å sikre Tele2s interesser i at «fordelingen av trafikk mellom MNs nett og Netcoms nett ble optimalisert» (Brev fra Kvale v. Steinar Nundal til Schjødt av 1. november 2010).

Korrespondansen viser at Tele 2 hadde finansiell interesse i utbyggingstakten. Korrespondansen må forstås slik at det oppsto en konflikt fordi Tele 2 ikke flyttet trafikk over i MNs nett så tidlig som forventet av NwN. Dette må igjen ses i sammenheng med at utbyggingen av nettet lå etter den opprinnelige planen. Konflikten mellom partene hadde nær sammenheng med at fordelingen av driftsutgifter (Opex) i MN skulle beregnes etter NwNs og Tele2s respektive bruk av nettet. Den omstendighet at Tele2 ikke flyttet trafikk over i MNs nett, gjorde at NwN ble alene om å dekke driftsutgiftene, noe som var en kilde til konflikt.

Tele2 sitt engasjement for å ivareta sine interesser ved den konflikt som oppstod, underbygger at NwN hele tiden måtte forholde seg til og respektere Tele2s interesse i utbygging av nettet.

Per august 2010 var NwN forsinket i sin utbygging i henhold opprinnelig plan jf. blant annet revisjonen av 2. mars 2010. For NwN var det derfor påregnelig at MN bygget nettet ut noe for sakte i forhold til det som var optimalt for Tele2, som hadde forutsatt at de skulle bruke et nett som kunne ta 40 % av trafikken deres per 2010 med en opptrapping i årene etterpå. Selv om korrespondansen om konflikten skriver seg fra oktober og

november 2010, må det allerede per august 2010 ha vært klart at utbyggingstakten innebar et konfliktpotensial overfor Tele2. Det fremgår av Hustads forklaringsopptak at konflikten med Tele2 allerede hadde utviklet seg i løpet av våren 2010, og det er referert til konflikten i styredokumenter fra tiden før inngåelse av TA2, se referat fra styremøte i NwN av 25. juni 2010 punkt 7 (FU4022).

Gjennomgangen ovenfor viser at NwN per august 2010 i Tele2 hadde en avtalepartner som hadde likestilte eierinteresser i MN og som hadde interesse i at nettet ble bygget etter plan. Avtalepartneren hadde midler til å kontrollere dette, og midler og vilje til å håndheve sin rett dersom denne ikke ble respektert. På denne bakgrunn innebar aksjonæravtalen en kommersiell motivasjon for NwN til å bygge ut nettet i henhold til den plan som var lagt sammen med Tele2.

Betydningen av det rent kommersielle insentivet til å overholde avtalen må imidlertid veies mot andre bevismomenter som kan trekke i motsatt retning

Lagmannsretten viser til at NwN i annen sammenheng brukte mislighold av kontrakt som et virkemiddel dersom det ble ansett tjenlig økonomisk sett. Her er det nok å vise til NwNs betalingsmislighold overfor Telenor våren 2010 som var kombinert med en klage til PT, som senere ble trukket. Det kan videre vises til at NwN var i langvarig konflikt med Tele2 vedrørende Tele2s bruk av MNs nett og deres bidrag til Opex som forutsatt i aksjonæravtalen, jf. ovenfor. Begge konfliktene viser at NwN ikke vek tilbake for konflikter med avtaleparter dersom det ble ansett forretningsmessig gunstig. Det var derfor etter lagmannsrettens syn en realistisk mulighet for at NwN kunne ha forsinket sin utbygging av nettet til tross for at selskapet var bundet av en aksjonæravtale med Tele2.

Lagmannsretten tilføyer at det må tas i betraktning at Tele2s interesse i at NwN bygget ut nettet i første rekke gjaldt NwNs forpliktelse til å bygge ut slik at Tele2 kunne la 40 % av sin trafikk gå i MNs nett, jf. avtaleklausul 9 sitert ovenfor. Etter at dette punktet var nådd, og etter hvert den senere forutsatte opptrappingen, representerte avtalen med Tele2 et svakere insentiv til å bygge etter plan enn før.

4.4.4.2 Finansieringsavtaler

Telenor har anført at finansieringen av MN bidro til at utbyggingsplanene måtte følges. Det er i denne forbindelse fremlagt låneavtaler med Handelsbanken, hvor det blant annet er dokumentert punkt 14.4, som gir låntaker plikt til å rapportere avvik fra business plan, og punkt 15.20, som inneholder et forbud mot å gjøre avvik fra «Project Documents». Det er vist til at den sistnevnte klausulen kunne utløse en rett for banken til å tiltre sikkerheter, herunder garantier fra aksjonærene, Tele 2 og NwN, som hadde garantert for lånet.

To av NwNs aksjonærer, Orkla AS og Hafslund Venture AS og Hafslund ASA, garanterte (solidarisk), for 125 MNOK hver, jf. redegjørelse i protokoll fra styremøte i NwN 10. desember 2009. Telenor har anført at finansieringen av NwN dermed ga aksjonærer i NwN et insentiv til å bygge ut nettet, fordi garantiene ellers ville kunne tiltres med økonomisk

tap til følge for de nevnte aksjonærene. Det samme gjaldt for øvrig Tele2, som hadde stilt en garanti for 250 MNOK. Det er i denne forbindelse vist til at de økonomisk sakkyndige har antatt at de økonomiske disinsentivene ville komme et stykke ut i utbyggingsperioden. Den omstendighet at manglende bygging ville ha aktualisert garantiene, ga ifølge Telenor et insentiv til utbygging etter planen.

Lagmannsretten kan se at den omstendighet at finansieringen av MN var basert på garantier fra aksjonærer i NwN, isolert sett ga motivasjon til å følge «business plan» med den utbyggingstakt som var planlagt. Det er i denne forbindelse relevant at den avstanden som ellers i saken følger av at TA2 gjelder NwN, mens det er MN som bygger nettet, i relasjon til dette insentivet blir visket ut. Dersom MN ikke bygget ut slik långivere forutsatte, ville det gå direkte utover NwNs aksjonærer. Sammenhengen mellom NwNs aksjonærer og bevegelsene i MN hadde likevel et indirekte preg som følge av at de aksjonærene som hadde stilt garanti, bare kunne påvirke beslutninger i NwN og MN gjennom de styrerepresentanter som representerte deres interesser.

Avgjørende for lagmannsretten er uansett at det ikke er realistisk å legge til grunn at muligheten for reaksjoner fra dem som hadde finansiert MN ville hindre beslutningstakerne i å velge en forskyvning av utbyggingen dersom dette ellers var forretningsmessig begrunnet. Kontrollen fra kredittgiverne gjennom finansieringsavtalene var ikke så effektiv at det kan antas at den ville påvirke beslutninger om utbygging.

Lagmannsretten er videre enig med staten i at aksjonærenes garantistillelse ikke nødvendigvis ville virke i retning av bygging i stedet for gjesting. En garanterende aksjonær som frykter at garantien blir aktuell, vil øve et press i retning av at selskapet driver økonomisk godt, enten dette skjer gjennom bygging av eget nett eller gjesting. Avtalebindinger overfor kredittgivere virker derfor ikke direkte mot et valg om gjeste i stedet for å bygge, noe som taler for at garantiene bør tillegges begrenset vekt i den helhetlige vurderingen.

4.4.4.3 Avtale med utbygger Ericsson

Avtalen med Ericsson var inngått av MN og ikke NwN. Man kan derfor slutte at NwN i alle fall kun indirekte var bundet avtalen. Det er likevel grunn til på anta at NwN som hovedaksjonær i MN ville respektere avtalebindinger MN hadde med tredjeparter.

Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at MN per august 2010 ikke var bundet til å la Ericsson bygge ut alle 1850 basestasjoner. Det vises til avtale av november 2008, som hadde en klausul om at den trådte i kraft først ved underskrivelse av legitimerede på hver side, jf. avtalens punkt 6.1. Slik ikrafttredelse hadde etter forhandlingene mellom partene mot slutten av 2009 bare blitt gjort med bindende virkning for de første 600 basestasjonene, jf. dokumentert varsel fra MN til Ericsson av 19. desember 2009, sammenholdt med avtalens punkt 6. Dette innebar at MN per august 2010 ikke juridisk ville være forpliktet av denne avtalen til å bygge ut i henhold til plan, og i alle fall ikke hva

gjelder den siste delen av utbyggingen. MNs avtale med Ericsson må for beslutningstakerne i NwN etter dette ha fungert som et høyst begrenset insentiv til utbygging, i alle fall dersom man ser utbyggingsplanen og avtaleperioden under ett.

4.4.4.4 Oppsummering

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor finner lagmannsretten at de ulike avtalene NwN var forpliktet av kun ga et begrenset insentiv til å bygge etter planen. Avtalene innebar ikke så sterke forpliktelser at de realistisk sett ville hindre NwN i å fravike utbyggingsplanen. Det er for øvrig heller ingen spor i den tidsnære dokumentasjonen av at eierstrukturen eller avtaleverket har hatt konkret betydning for beslutninger om utbygging. Tilsvarende var avtaleverket kun i begrenset grad egnet til å motvirke effektene av prisomleggingen i TA2.

4.4.5 *Betydningen av skjevterminering*

4.4.5.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er om PTs skjevtermineringsregulering innebar at prisomleggingen i TA2 likevel ikke var egnet til å begrense eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet.

Som nevnt under sakens bakgrunn var NwN var underlagt en regulering som innebar en positiv diskriminering mht. priser for terminering i eget nett, såkalt «skjevterminering».

PT og SD hadde innført skjevterminering nettopp for å finansiere utbyggingen av det tredje nettet. PTs beregninger av maksimalpriser for det enkelte selskap tok utgangspunkt i at skjevtermineringen skulle fullfinansiere utbyggingen av det tredje nettet.

Den 19. mai 2009 traff SD vedtak i klagesak vedrørende skjevterminering. I vedtakets punkt 3.8 (FU2401) ble det forutsatt at skjevtermineringen skulle gi insentiver til å bygge det tredje nettet. Mot slutten av vedtakets punkt 3.13.2 (FU2410) heter det:

Dersom Network Norway viser evne og vilje til å bygge nett med dekning utover 75 prosent, vil det senere kunne vurderes om dette skal kunne gjenspeiles i termineringsprisen i en lengre periode.

Under overskriften «oppfølging» i punkt 3.13.3 ble det klargjort at «fortsatt utbygging er en forutsetning for tilsynets mildere regulering» og at NwN jevnlig måtte rapportere om fremdriften i utbyggingen. NwN hadde ved inngangen til 2010 allerede mottatt betydelige inntekter fra skjevtermineringen. I PTs varsel om nytt skjevtermineringsvedtak av 26. mars 2010 (FU3803) ble det lagt til grunn at NwN ved utgangen av 2010 ville ha mottatt 640 MNOK i skjevtermineringsmidler. Det ble videre uttalt:

Beregningene viser at Tele2 ved utgangen av 2010 vil oppnå merinntekter fra terminering på i overkant av 1 milliard NOK. Tilsvarende vil Network Norway oppnå merinntekter på

rundt 640 millioner NOK på samme tidspunkt. Dette gir en samlet merinntekt på i overkant av 1,64 milliarder NOK³¹ Gitt en investeringskostnad for å bygge det tredje mobilnettet tilsvarende 1,44 milliarder NOK betyr det at de to aktørene samlet har fått dekket inn investeringskostnaden ved utgangen av 2010. Network Norway vil imidlertid ha behov for en merinntekt fra terminering tilsvarende rundt 80 MNOK i neste reguleringsperiode for å få dekket inn sin andel (50 %) av den totale investeringskostnaden.

Som det fremgår, var PTs forutsetning i varselet videre at skjevtermineringen ville fullfinansiere nettutbyggingen ved utgangen av 2010 og at NwN skulle motta ytterligere 80 MNOK.

PTs vedtak av 27. september 2010 var mer gunstig for NwN enn varselet, og ga prisregulering for NwN ut fra beregninger om at NwN totalt ville trenge 580 MNOK for å dekke sin andel av finansieringen av nettutbyggingen i perioden (punkt 64.54, FU 4412). I vedtakets punkt 6.4.5.7 og 6.4.5.8 ble det understreket at forutsetningene for gjeldende prisregulering var at NwN viser «den evne og vilje som tidligere er tilkjennegjort overfor myndighetene», og at PT ellers ikke utelukket «vurdering av krav om tilbakebetaling».

Forskjellen mellom varselet og vedtaket var, som det fremgår, at finansieringen ble øket med 500 MNOK. I tillegg ble prisbanene noe endret, samtidig som sluttidspunktet for skjevtermineringen ble forskjøvet fra utløpet av andre kvartal til utløpet av fjerde kvartal i 2012.

Skjevtermineringen er relevant som insentiv til bygging i første rekke fordi håpet om gunstige skjevtermineringsvedtak kunne gi motivasjon til å bygge etter planen for å følge opp myndighetenes ønsker. Telenor har imidlertid i tillegg gjort gjeldende at NwN kunne bli utsatt for krav om tilbakebetaling av skjevtermineringsmidler eller omgjøring av begunstigende skjevtermingeringsvedtak dersom NwN ikke bygget som forutsatt i vedtakene fra PT. Det er anført at dette er relevant for skjevtermineringens insentivvirkning. Det blir nødvendig først å ta stilling til disse anførselene.

4.4.5.2 Spørsmålet om rettslig adgang til tilbakebetaling eller omgjøring

Lagmannsretten mener at det ikke var hjemmel for tilbakebetaling i ekomloven §§ 4-9 og 3-4, slik Telenor har anført. Bestemmelsene gir hjemmel for ulike virkemidler i forvaltningens politikk, men ikke for tilbakebetaling av midler som er tilstått en privat part gjennom skjevtermineringsreguleringen. Det er tale om midler som er betalt av én privat part til en annen privat part som følge av myndighetenes regulering. I alminnelighet må det kreves en klar hjemmel for at slike midler skal tilbakebetales. Lagmannsretten nøyer seg her med å vise til det alminnelige legalitetsprinsippet i forvaltningsretten.

Lagmannsretten kan heller ikke se at ekomloven § 10-12 gir hjemmel for tilbakebetaling, fordi denne regelen forutsetter at det er betalt for høy pris i henhold til regulering. Dette vilkåret kan ikke anses å være oppfylt i saken. Det vises for så vidt også til vitneutsagn fra

Kenneth Olsen, nå ansatt i Nkom, tidligere ansatt i PT, som i den aktuelle tidsperioden vurderte saken slik at man ikke hadde hjemmel for slik tilbakebetaling.

Heller ikke statsstøttereglene ga etter lagmannsrettens syn hjemmel for tilbakebetaling av skjevtermineringsinntektene. Anførselen fra Telenor om en slik hjemmel er for øvrig heller ikke underbygget av rettskilder.

Det forelå formelt sett hjemmel for å omgjøre PTs vedtak om skjevterminering til ugunst for part i medhold av forvaltningsloven § 35 etter det varsel om dette som var gitt i vedtakene av 19. mai 2009 (SD) og 27 september 2010 (PT). Det vises for så vidt til *Hans Petter Graver*, Alminnelig forvaltningsrett 2019 s. 519, hvor det uttales at et vedtak kan omgjøres på bakgrunn av uttalelser i det begunstigende vedtak, forutsatt at omgjøringen er forholdsmessig. Lagmannsretten mener at i alle fall en omgjøring med virkning for fremtidige skjevtermineringsinntekter ikke kom i konflikt med krav til forholdsmessighet.

Det er imidlertid av vesentlig betydning at en eventuell omgjøring bare kunne resultere i endrede skjevtermineringsvilkår *for fremtiden*, selv om det ville kunne tas hensyn til det som var betalt i forutgående periode. Dette innebærer at PTs regulering av termineringen ikke kunne innebære et utbyggingsinsentiv etter det tidspunkt da skjevtermineringen hadde blitt symmetrisk. I henhold til varselet av mars 2010 var dette tidspunktet utgangen av andre kvartal 2012

4.4.5.3 Skjevtermineringsreguleringen som insentiv til utbygging.

Det er uenighet mellom partene om hvorvidt NwN hadde kjennskap til innholdet i vedtaket av 27. september 2010 ved inngåelsen av TA2 i august 2010. Vedtaket ble i alle fall kjent for NwN i forbindelse med PTs notifikasjon av vedtaket til ESA, som etter regelverket skulle skje en måned før vedtaket treffes. Notifikasjonen skjedde da 26. august 2010, altså etter avtaleinngåelsen 18. august 2010.

Telenor har anført at NwN var kjent med PTs vedtak allerede på avtaletidspunktet 18. august 2010. Til støtte for dette er det særlig vist til forklaringsopptak med Per Kåre Svendsen avsnitt 80 (FU5697), hvor det er opplyst at

man i forkant av inngåelsen av Tilleggsavtale 2 hadde god forutsigbarhet om fremtidige termineringsinntekter, siden tilsynet hadde gjort store endringer i forhold til førsteutkastet, som kom våren 2010. Disse endringene tok til følge Network Norways kommentarer, og pristaket ble dermed økt.

Opplysningene i forklaringsopptaket står imidlertid i motstrid med Hustads uttalelser til Inside Telecom 26. august 2010 (FU4333), hvor Hustad gir uttrykk for at han «nettopp» hadde fått oversendt vedtaket

Det foreligger ikke i saken noen indikasjoner på at innholdet i vedtaket hadde lekket ut før ved notifikasjonen til ESA av 26. august 2010, som etter regelverket skulle skje en måned før vedtaket treffes. Det vises til at Kenneth Olsen i PT under sin vitneforklaring

understreket at etaten hadde praksis for å være nøye med å ikke å gi ut børssensitiv informasjon uten at alle fikk samme informasjon. Lagmannsretten kan etter dette ikke se at det er grunnlag for å anta at NwN kjente til innholdet i vedtaket på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Det vises særlig til at Svendsens uttalelse ikke fullt ut er nøyaktig på tidsangivelsene, og at det uansett etter to år (Svendsens forklaringsopptak var av 22.oktober 2012) kan ha gjort seg gjeldende en erindringsforskyvning.

NwN hadde på den annen side grunn til å forvente et noe bedre vedtak enn varselet av 26. mars tydet på, som følge av signaler gitt til pressen av PT-sjef Willy Jensen jf. hans uttalelse til Inside Telecom av 19. mai 2010:

Vi mener at vi har fulgt opp dette tilstrekkelig og til og med laget en buffer for å sikre at vi ikke er for stygge med dem

Det fremgår også av protokoll fra styremøte i NwN av 26. april 2010 at NwN allerede før Jensens uttalelser la til grunn at vedtaket ble «noe bedre enn varselet».

Håpet om et gunstig skjevtermineringsvedtak og eventuell videre skjevterminering ga dermed i utgangspunktet et visst insentiv for bygging etter plan. Lagmannsretten finner imidlertid ikke grunnlag for at NwN hadde konkrete forventninger om å få skjevtermineringsmidler for bygging av nett utover 75 % befolkningsdekning. Selv om NwN senere gjorde fremstøt i denne retningen, jf. beskrivelsen av hendelsesforløpet under «sakens bakgrunn», var slik utbygging ikke en del av aktuell plan i august 2010

NwNs plikt til halvårlig rapportering om sin virksomhet ga også et visst press i retning av å følge myndighetenes intensjon bak skjevtermineringen ved å bygge ut som planlagt. Rapporteringsrutinene bidro til en bevissthet om at PT førte kontroll med utbyggingen.

Det kan heller ikke ses bort fra at de aktuelle beslutningstakerne så seg tjent med å levere som lovet til myndigheter som var viktige i det bransjefeltet hvor de hadde valgt å bygge opp kompetanse og karriere. Det er i denne forbindelse av en viss betydning det var relativt tett pressedekning og offentlige oppmerksomhet rundt utbyggingen. Det vises for eksempel til PT-sjef Willy Jensens medieutspill, blant annet til Inside Telecom i mai 2009 («Forpliktet til bygging», FU2539) og til tu.no 27. mai 2009 («Til kamp for symmetriske priser», FU2552). I det siste oppslaget ga Jensen uttrykk for at PT ville «ligge bak hver busk» og påse at utbygging fant sted.

Betydningen av de nevnte motivasjonsgrunnlagene for utbygging må imidlertid balanseres mot øvrige omstendigheter:

Myndighetene hadde i perioden etter vedtaket i mai 2009 ikke signalisert misnøye med utbyggingstakten, og man hadde godtatt at NwN reviderte utbyggingsplanen jf. deres brev til PT av 2. mars 2010. På tross av tross forsinket utbygging, hadde det kommet signaler om at det nye skjevtermineringsvedtaket ville bli mer gunstig enn varselet. Faren for å bli møtt med en sanksjon i form av ugunstig skjevterminering dersom det ikke ble bygget ut etter plan, må derfor i høyden ha fremstått som moderat. En eventuell omgjøring med virkning for fremtiden må også ha fremstått som lite sannsynlig.

Rapporteringen hadde som kontrollsystem en iboende treghet, så lenge det kun skulle rapporteres hvert halvår. Rapporteringen ga heller ikke alltid det fulle bilde av situasjonen, og det forekom at PT ba om ytterligere opplysninger. Rapporteringssystemet var derfor lite effektivt som selvstendig motivasjonsfaktor for bygging etter plan.

Lagmannsretten har det videre lagt vesentlig vekt på at skjevtermineringsinntektene NwN fikk ikke ga et direkte økonomisk insentiv til bygging. Det økonomiske insentivet knyttet til å kunne ta høye priser for terminering i eget nett rettet seg direkte mot å skaffe flere kunder, noe som genererte flere termineringsminutter enn før. De merinntektene NwN fikk av skjevtermineringen kunne så i sin tur anvendes til å bygge nett, men kunne like gjerne brukes til andre formål, eksempelvis til markedsføring for å oppnå flere kunder. Fra et rent økonomisk perspektiv ga skjevtermineringsregimet kun et indirekte insentiv til å bygge basestasjoner. Lagmannsretten viser her særlig til forklaringen fra det sakkyndige vitnet Brekke og hans presentasjon s. 43. Det kan for øvrig også vises til Telenor egen argumentasjon overfor myndighetene om at skjevterminering ikke var effektivt som virkemiddel til nettutbygging, jf. eksempelvis Telenors presentasjon i møte med statssekretær Pollestad 2. april 2009 (FU2295 flg.)

I samme retning trekker den omstendighet at skjevtermineringen kom NwN til gode, mens selve byggingen ble utført av MN. I den grad skjevtermineringen påvirket NwNs insentiv til bygging, måtte disse insentivene konverteres til en motivasjon for MN til å bygge via en enighet mellom de to hovedaksjonærene om slik bygging. Også denne omstendighet gir den rent økonomiske insentivvirkningen fra skjevtermineringen et indirekte preg.

Det skal dessuten nevnes at skjevtermineringsreguleringen var på plass lenge før TA2 ble inngått, og det var derfor ingen sammenheng mellom prisomleggingen og skjevtermineringen som kunne virke mot den substitusjonseffekten som fulgte umiddelbart av prisomleggingen i TA2.

I tillegg legger lagmannsretten vekt på at skjevtermineringens insentivvirkning var avtakende i løpet av avtaleperioden:

Etter utbyggingsplanen som gjaldt i august 2010 ville det bli nådd en befolkningsdekning på 75 % i første kvartal 2013, samtidig slik at de siste 800 sites skulle bygges etter 1. januar 2012; 700 i løpet av 2012 og 100 innen utløpet av første kvartal i 2013.

Lagmannsretten har ikke fått opplyst de nøyaktige tall for befolkningsdekningen på de ulike tidspunkt korresponderende med ulike planlagte sites. Den samlede bevisførsel gjør det imidlertid klart at det vil være rasjonelt å bygge ut de basestasjonene og områdene med størst befolkningstetthet først, og slik at antall abonnenter som nås pr site har en fallende kurve etter hvert som nettet bygges ut. Synspunktet underbygges av at MNs opprinnelige «roll out plan» fra 2007 og vitneforklaring fra Øystein Myhrvold. Synspunktet underbygges også av de økonomiske realitetene knyttet til sammenheng mellom befolkningspopulasjon per basestasjon og lønnsomheten av utbygging, presentert av Brekke, jf. punkt 4.4.2.2.

I lys av disse tallene ville skjevtermineringsregimet ha redusert insentivvirkning for bygging når skjevtermineringen nærmet seg slutten, altså (etter det man kunne legge til

grunn i august 2010) i første kvartal av 2012. Rent økonomisk var det på dette tidspunktet mindre å tape for NwN dersom skjevtermineringsinntektene snart ville falle bort, fordi skjevterminering per august 2010 i det hele ikke kunne påregnes etter andre kvartal 2012.

Allerede tregheten i varslingsystemet ville føre til at det som ble opplevd som et press fra skjevtermineringsregimet i retning av bygging i august 2010 ville reduseres vesentlig i tiden frem mot forventet symmetritidspunkt ved utløpet av andre kvartal 2012.

Man må på dette punkt ta i betraktning at NwN var bundet til å betale simkortavgift uavhengig av den enkelte abonnents faktiske bruk av Telenors nett, samtidig som dekningsbidraget fra variable priser per basestasjon altså var mindre enn tidligere i utbyggingen, fordi det var færre abonnenter knyttet til basestasjoner i grisgrendte strøk enn i de store byene.

Etter dette legger lagmannsretten til grunn at skjevtermineringsregimet ga et begrenset insentiv til bygging som kunne motvirke effekten av prisomleggingen i TA2. Insentivet per 2010 var sterkest med tanke på planlagt utbygging frem til utgangen av andre kvartal 2012, som var det forespeilte symmetripunktet per august 2010. Når det gjelder insentivet for utbygging siste del av utbyggingsperioden og avtaleperioden, ville insentivvirkningen fra skjevtermineringsreguleringen bli langt svakere. Samlet sett var skjevtermineringsreguleringen ikke egnet til å oppveie effektene av prisomleggingen i TA2.

4.4.6 Betydningen av etterfølgende utvikling

Lagmannsretten har kommet til at den etterfølgende faktiske utvikling ikke er et viktig bevismoment mot at prisomleggingen i TA2 var egnet til å hindre eller forsinke utbyggingen.

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at det er korrekt, som staten og ESA har hevdet, at den etterfølgende utvikling prinsipielt ikke har betydning for den egnethetsvurdering som skal ta utgangspunkt i august 2010. Den omstendighet at det er mulig å foreta en form for test av avtalens virkning i lys av etterfølgende utvikling, endrer ikke at egnethetsvurderingen knytter seg til august 2010, jf. bl.a. C-457/10 (AstraZeneca) avsnitt 101-102 og 110-111 og T-336/07 (Telefónica) avsnitt 268-272.

Den faktiske utbyggingen som fant sted etter avtalens inngåelse er likevel én av flere faktorer som kan kaste lys over egnethetsvurderingen per 18. august 2010. Det vises for så vidt til den realistiske betraktningen i *Bellamy/Child* s. 899:

[T]he absence of actual effects may have evidential significance for determining whether an effect is reasonably likely.

Nettutbyggingen ble vesentlig forsinket i forhold til opprinnelig plan og ett år forsinket sammenlignet med revidert plan av 2. mars 2010, som var den som gjaldt da TA2 ble inngått. Forsinkelsene var i NwNs og Tele2s rapporter til PT forklart med problemer knyttet til samlokalisering, transmisjon og saksbehandlingstid for byggesøknader. PT og

SD som kontrollmyndigheter godtok til enhver tid forklaringene og oppfattet dem som reelle. Forklaringene er plausible, og lagmannsretten finner ingen grunn til å tvile på at de nevnte forklaringene på forsinkelsene var reelle.

Lagmannsretten finner på bakgrunn av sakens konkrete omstendigheter at den faktiske utbyggingen som fant sted, ikke er et sterkt bevismoment i retning av at prismøllleggingen i TA2 ikke var egnet til å hindre eller forsinke nettutbyggingen.

Lagmannsretten viser til at en mengde årsaksfaktorer kan påvirke et hendelsesforløp, her utbyggingen av det tredje nettet. Det er ikke mulig å trekke sikre slutninger om årsakssammenheng når man ikke på empirisk grunnlag kan sammenligne to hendelsesforløp med og uten den variabelen som skal undersøkes, jf. særlig om dette Brekkes presentasjon. Innenfor økonomifaget lar det seg ikke gjøre, som i naturvitenskapen, å utføre et laboratorieforsøk hvor aktuelle årsaksfaktorer og aktuelle virkninger kan isoleres og sammenlignes. I foreliggende sak er det en rekke ulike, inntrådte omstendigheter, som isolert og særlig i kombinasjon, er mulige forklaringer på den faktiske utviklingen og utbyggingstakten.

Lagmannsretten viser for det første til at NwN ble kjøpt opp av Tele2 i 2011, noe som gjorde at insentivvirkningen av TA2 ble «utvannet». Tele2 hadde en gjestingsavtale med Netcom, hvor det gjaldt andre vilkår. Selv om NwN fremdeles var bundet av TA2 på samme måte som før oppkjøpet, er det grunn til å anta at maktforholdene mellom aksjonærene i MN ble forskjøvet på en måte som gjorde at den motivasjon til redusert utbygging som fulgte av TA2 fikk mindre betydning enn i en situasjon hvor NwN ikke var kjøpt opp. Fusjonen brakte med seg bedre rammebetingelser for å bygge etter planen. Det vises i denne forbindelse til at MN etter oppkjøpet ble et helintegrert datterselskap av Tele2, at Tele2 og NwN kunne koordinere tilbud i nedstrømsmarkedet, at man fikk felles rammebetingelser hva gjaldt skjevterminering og finansiering, samt doblet kundebase, jf. vitnet Brekkes presentasjon s. 50.

For ordens skyld nevnes at lagmannsretten ikke legger grunn at utbyggingstakten *økte markant* som følge av at Tele2 kjøpte NwN, slik Brekke antok, da Brekke ikke synes å ha korrigert for tidsrom mellom beslutning og faktisk bygging, samt tregheit i rapportering av driftssatte basestasjoner. Spørsmålet om slik midlertidig opptrapping har uansett mindre betydning. Det avgjørende er at Tele2-oppkjøpet var en del av årsaksbildet som ledet til den faktiske utbyggingen som fant sted, med en forsinkelse på ett år i henhold til planen som gjaldt per august 2010.

For det andre kom «straffeklausulen» i TA1 til anvendelse etter oppkjøpet, jf. Asker og Bærum tingretts dom av 29. november 2012 (TAHER-2012-51158). Det følger av dommen at Telenor gjorde sitt krav om straffepåslag gjeldende med virkning allerede fra 3. november 2011. På dette tidspunktet følger det av rapporteringene til PT at nettet ennå ikke var utbygget til mer enn en befolkningsdekning mellom 26,5 % og 42,3 %. Nettutbyggingen hadde altså ennå ikke nådd det punktet der Krohg og Kårhus hadde antatt at avtalens virkning på utbyggingen ville slå inn med full tyngde.

I og med at NwN ble avkrevd et straffepåslag i prisen i første halvdel av TA2s virketid, fikk ikke avtalen spilt seg ut slik den ellers ville ha gjort. Telenors krav om påslag i prisen i henhold til TA1 undergravde etter lagmannsrettens syn i realiteten den disinsentiverende virkningen prisomleggingen i TA2 ellers ville ha hatt. Dette gjelder selv om NwN til slutt ble frifunnet ved Asker og Bærum tingretts dom. Telenor skapte usikkerhet om betalingsplikten etter avtalen helt frem til domstidspunktet.

Telenor har anført at punkt 10 i TA2 ga et påslag i pris på 20 % på både trafikkvariable priser og SIM-avgiften og at dette svekker statens argument. Lagmannsretten mener imidlertid at påslaget på de trafikkvariable prisene isolert sett reduserte den disinsentiverende effekten av TA2, fordi det under straffeklausulens regime var mer å spare på å bygge ut i stedet for å gjeste, sammenlignet med en situasjon hvor TA2 fikk virke etter sitt innhold. Substitusjonseffekten var med andre ord langt svakere når straffeklausulen ble gjort gjeldende enn i en kontrafaktisk situasjon hvor straffeklausulen ikke slo inn.

Den etterfølgende utvikling ble for øvrig bestemt av utenforliggende årsaker som skapte forsinkelse i utbyggingen. Lagmannsretten viser til at det ble forsinkelser blant annet på grunn av samlokaliseringsproblemer og lang saksbehandlingstid i forbindelse med søknad om utbygging. Lagmannsretten bemerker at disse faktiske årsakene til forsinkelse ikke med nødvendighet ville gjøre seg gjeldende sett fra et perspektiv anlagt i august 2010. Hvis disse årsakene til en faktisk forsinkelse tenkes borte, ville det realistisk sett ha vært rom for beslutninger om å senke utbyggingstempoet. At den faktiske utbyggingen ble forsinket av de ovenfor presiserte årsakene, har derfor ingen selvstendig bevisverdi i relasjon til spørsmålet om hva som kunne ha skjedd sett fra perspektivet 18. august 2010.

Lagmannsretten viser videre til betydningen av markedsutviklingen og NwNs generelle finansielle utvikling. Som nevnt vant NwN markedsandeler i perioden, samtidig som det i markedet generelt skjedde en dramatisk oppgang i bruk av mobiltelefon generelt. I Brekkes presentasjon på s. 53 fremholdes:

Eksplosiv økning i datatrafikk i det norske mobilmarkedet pga. smart-telefoner, utrulling av 4G, m.m.

Denne markedstrenden gjorde det isolert sett mer lønnsomt å bygge nett ettersom trafikken (per basestasjon) vokste tilsvarende

Observasjonen samsvarer godt med Haugers tabell vedrørende bruk av tale og SMS, som var langt høyere enn forventet av NwN ved inngåelse av TA2 (jf. pkt. 4.4.3.2 ovenfor).

Utviklingen ble sterkere enn forventet, og kan bidra til å forklare hvorfor utbyggingen skjedde i den takten den fant sted.

Utover dette har NwNs finansielle utvikling og moderate bedring av markedsposisjonen begrenset betydning for vurderingstemaet knyttet til om prisomleggingen i TA2 var egnet til å ha en disinsentiverende virkning på byggingen sett fra august 2010. Det vises til Brekkes synspunkt nevnt ovenfor, om at det fra en fagøkonomisk synsvinkel alltid vil være

mange faktorer som påvirker en bestemt utvikling, og at man vanskelig kan skaffe empirisk belegg for hva som har vært reell årsak.

Gjennomgangen viser at den etterfølgende faktiske utvikling kan forklares ut fra en rekke andre årsaker enn at prisomleggingen i TA2 ikke var egnet til å påvirke utbyggingen. Lagmannsretten mener derfor at den etterfølgende utvikling hverken er uforenlig med, eller utgjør et viktig bevismoment mot, at prisomleggingen i TA2 var egnet til å påvirke utbyggingen.

4.4.7 Samlet bevisvurdering

Ved prisomleggingen i TA2 per august 2010 inntrådte en markant substitusjonseffekt; en besparelse ved å gjeste i stedet for å bygge disinsentiverte utbygging av basestasjoner. Substitusjonseffekten virket umiddelbart fra avtalens start og gjennom hele avtalens levetid.

Lagmannsretten har vurdert den samlede betydningen av volumeffekten, NwNs avtalebindinger og skjevtermineringsregimet, men kommet til at disse utbyggingsinsentivene, hverken hver for seg eller samlet sett, var sterke nok til å motvirke substitusjonseffekten i en slik grad at prisomleggingen i TA2 ikke var egnet til å påvirke utbyggingen. Som vist ovenfor, var de nevnte insentivene dels indirekte og dels avtakende mot slutten av avtaleperioden, da de minst lønnsomme basestasjoner skulle bygges ut. Den etterfølgende utviklingen rokker ikke ved denne vurderingen.

Oppsummert leder en vurdering av alle omstendigheter til at prisomleggingen kunne begrense eller forsinke utbyggingen. Sett fra tidspunktet for egnethetsvurderingen, 18. august 2010, anser lagmannsretten dette som en realistisk mulighet, som med margin overskrider det hypotetiske, jf. den terskelen som kan utledes av EU-domstolens praksis. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at prisomleggingen i TA2 var egnet til å påvirke utbyggingen av det tredje nettet.

Etter lagmannsrettens syn er den usikkerheten KKNs mindretall fremhever knyttet til når utbygging ville være ulønnsomt for NwN, ikke avgjørende for egnethetsvurderingen. Så lenge substitusjonseffekten er godt underbygget og virksom i avtaleperioden, samtidig som den ikke ble eliminert av motvirkende insentiver til å bygge nettet, var prisomleggingen i TA2 egnet til å påvirke beslutninger om utbygging av basestasjoner. At det ikke er bevist når og for hvilke basestasjoner beslutninger ville bli påvirket, kan ikke rokke ved denne bevisvurderingen.

4.5 Kravet til konkurranseskadelig virkning

Lagmannsretten har kommet til at den disinsentivering av NwNs utbygging som prisomleggingen medførte, var egnet til frembringe en konkurranseskadelig virkning.

4.5.1 Rettslige utgangspunkt og problemstillinger

EU-domstolens praksis setter visse krav til at den konkurransebegrensende effekten av det dominerende foretaks atferd er ekskluderende («exclusionary abuse») og gjør det vanskelig eller umulig («difficult or impossible») for en konkurrent å etablere seg eller å ekspandere i markedet, jf. blant annet sak C-95/04 (British Airways) avsnitt 68 og C-23/14 (Post Danmark II) avsnitt 31 og 42. Også Kommisjonens retningslinjer legger vekt på om det forekommer en ekskluderende atferd, jf. punkt 7 jf. kapittel III.

På denne bakgrunn drøfter lagmannsretten i det følgende om den mulige virkningen av Telenors atferd tilfredsstillende de kvalifikasjonskrav som kan utledes av praksis.

Lagmannsretten drøfter først i punkt 4.5.2 om den mulige hindringen eller forsinkelsen av utbygging av nettet var egnet til å ha en konkurranseskadelig virkning (- altså det andre årsaksleddet som er nevnt ovenfor i punkt 4.1.) Lagmannsretten drøfter så i punkt 4.5.3 om virkningen av TA2 tilfredsstillende det krav til ekskluderende virkning som er etablert i EU-domstolens praksis. I punkt 4.5.4 drøftes om den økonomiske virkningen av avtalen er tilstrekkelig forklart og bevist i henhold til det som kreves ut fra EU-domstolens praksis.

4.5.2 Spørsmålet om hindring eller forsinkelse av nettutbygging er egnet til konkurranseskadelig virkning

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at bygging av parallell infrastruktur i alminnelighet er ansett som positivt for konkurransen. Det følger av alminnelige konkurranseøkonomiske mekanismer at en endring fra kun to tilbydere med egen infrastruktur til tre slike tilbydere, er egnet til å øke konkurransen i grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet. At utbygging av et tredje nett er positivt for konkurransen på telekommunikasjonsmarkedet, har vært et helt sentralt premiss for myndighetenes politikk på området. Lagmannsretten viser for så vidt til premisser i KT's vedtak, avsnitt 819 – 825:

(819) Network Norway og Tele2 ville gjennom utbyggingen av det tredje mobilnettet på sikt og i stadig større grad bli infrastrukturbaserte aktører. Infrastrukturbaserte aktører hadde lavere grensekostnader enn aktører som kjøpte tilgang til mobilnett i grossistmarkedet, og dermed hadde infrastrukturbaserte aktører også bedre muligheter og sterkere insentiv til å skaffe seg kunder ved å sette lav pris. Videre er en tilbyders beslutning om å sette ned prisen en avveining mellom økte inntekter ved å skaffe seg nye kunder og tapte inntekter ved prisnedsettelse til eksisterende kunder. Små aktører ville i mindre grad enn store aktører tape inntekter ved en prisnedsettelse, som følge av at små aktører hadde færre eksisterende kunder, og de ville følgelig ha et sterkere insentiv til å sette lave priser. Samlet sett ville derfor små aktører med eget mobilnett, både som følge av lave grensekostnader og som følge av færre eksisterende kunder, ha insentiv til å konkurrere hardt og vinne kunder i grossist- og sluttbrukermarkedet fra allerede etablerte mobilnettteiere og fra andre konkurrenter.

(820) Mobiloperatører uten eget mobilnett, eller med lite utbygget eget mobilnett, var motsetningsvis avhengige av å kjøpe tilgang hos allerede etablerte mobilnettteiere for å kunne levere mobiltjenester. I norske mobilmarkeder var tilgangskjøpernes

konkurranseskraft derfor avhengig av hvilke vilkår tilgangskjøperne kunne oppnå hos Telenor og Telia.

(821) Telenor og Telia hadde store eksisterende kundebaser gjennom egen sluttkunde- og grossistvirksomhet, og hadde således insentiver til å beskytte sin egen sluttbruker- og grossistomsetning når de satte vilkår til tilgangskjøpere, jf. kapittel 10.2.2. Som vist i kapittel 10.2.2, tok både Telenor og Telia særlig hensyn til egen sluttbrukeromsetning da de vurderte hvilke vilkår de skulle tilby tilgangskjøpere i grossistmarkedet. Telenors og Telias tilgangsvilkår innebar at tilgangskjøperne, inkludert Network Norway og Tele2, hadde høye grensekostnader knyttet til antall kunder eller trafikkmengde, slik at tilgangskjøperne ikke utfordret netteierne i sluttbruker- eller grossistmarkedet.

(822) Muligheten for å kjøpe tilgang fra Telenors og Telias mobilnett kunne således ikke bøte på den begrensede konkurransen som fulgte av at det bare fantes to infrastrukturbaserte tilbydere norske mobilmarkeder i perioden. ...

(823) Flere konkurransedyktige, infrastrukturbaserte aktører i grossistmarkedet ville også øke konkurransen gjennom at tilgangskjøpere ville få flere aktører å sette opp mot hverandre ved kjøp av tilgang. Økt konkurransepress på Telenor og Telia i grossistmarkedet ville indirekte også føre til økt konkurranse i sluttbrukermarkedet, i tillegg til den ovennevnte direkte virkningen på konkurransen i sluttbrukermarkedet av at Network Norway og Tele2 selv fikk lave grensekostnader og insentiver til å konkurrere hardt.

(824) Endelig ville videre utbygging av det tredje mobilnettet føre til at Network Norway og Tele2 i stadig mindre grad kjøpte tilgang i henholdsvis Telenors og Telias mobilnett. Dette ville også gi Telenor og Telia insentiver til å konkurrere mer aggressivt. Når for eksempel Network Norway kjøpte tilgang til Telenor, ville en sluttkunde Telenor vant fra Network Norway når Telenor satt ned prisene sine i sluttbrukermarkedet, også medføre et tap for Telenor i gjestingsinntekter fra Network Norway. Motsatt, når Telenor økte prisen og kunder forsvant fra Telenor, ville Telenor vinne tilbake deler av den tapte omsetningen i sluttbrukermarkedet i den grad kundene byttet til Network Norway. Prisøkninger ble derfor relativt mer lønnsomt for Telenor og Telia, og prisreduksjoner tilsvarende mindre lønnsomt, når Network Norway og Tele2 kjøpte tilgang heller enn å basere seg på sitt eget mobilnett.

(825) Etablering og økt utbredelse av et tredje mobilnett ville skape en ny aktør med lave grensekostnader og med insentiver til å konkurrere hardt og utfordre de etablerte mobilnetteierne. Etablering og økt utbredelse av et tredje mobilnett var således egnet til å styrke konkurransen i både sluttbruker- og grossistmarkedet innen mobiltjenester

Lagmannsretten tiltrer disse bemerkningene og legger til grunn at en hindring eller forsinkelse av utbygging av det tredje nettet med nødvendighet ville ha en skadelig effekt på konkurransen. Det må legges til grunn at et hvert, ikke uvesentlig, hinder av eller forsinkelse av utbygging av det tredje nettet i et land som bare har to landsdekkende nett fra før, i seg selv er egnet til å skade konkurransen. En slik vurdering har god støtte i økonomiske analyser som bygger på empiri fra andre lands nettutbygging, jf. BEREC-rapporten som både KT og KKN har vist til i sine vedtak. Det er også i samsvar med

alminnelig konkurranseøkonomisk teori at duplisering av infrastruktur som muliggjør at flere aktører kan konkurrere vertikalt integrert, er egnet til å øke konkurransen. At utbygging av det tredje nettet har vært positivt for konkurransen, har videre vært et sentralt premiss for PTs, senere Nkoms, og SDs ulike vedtak på området jf. eksempelvis SDs vedtak av 11. mai 2011 s. 11. Synsmåten har videre lagt bak vedtak om ulike priser for terminering av telefonsamtaler i eget nett, det såkalte «skjevtermineringsregimet», jf. punkt 4.4.5 ovenfor.

Lagmannsretten tilføyer at det, uavhengig av argumentasjonen i konkurransetilsynets vedtak, følger av alminnelige fornuftsbetragtninger at det er bedre for konkurransen å ha tre sett av infrastruktur til forskjell fra bare to sett. En økning fra to mobilnett til tre vil klart nok øke konkurransen både i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet, fordi det da er rom for flere aktører på markedet som i prinsippet kan konkurrere både på pris og kvalitet.

Lagmannsretten kan på dette grunnlaget slutte seg til KKNs konklusjon i avsnitt 272 og drøftelse i avsnitt 263-271.

At hindring eller forsinkelse av nettutbygging vil være skadelig for konkurransen har ikke vært omstridt under bevisførsel og prosedyre.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at hindring eller forsinkelse av utbygging av det tredje nettet vil ha en negativ effekt på konkurransen. Dermed er også det andre leddet i vurderingen av om atferden er egnet til å frembringe konkurranseskade oppfylt. Telenors inngåelse av TA2 var dermed egnet til («capable of») å påføre konkurransen skade. Det er ovenfor under bevisvurderingen i punkt 4.4 konkludert med at muligheten for slik skade var tilstrekkelig godtgjort. Denne vurderingen endres ikke av at det andre årsaksleddet inkluderes. Vilåret er oppfylt.

4.5.3 Kvalifikasjonskravene til konkurranseskade

Lagmannsretten har kommet til at skadevirkningen på konkurransen fyller de nærmere kvalifikasjonskrav knyttet til eksklusjon og vanskeliggjøring.

Det er alminnelig antatt at konkurranseskade av den typen som er aktuell i vår sak frembringes enten gjennom en utnyttende («exploitative») eller ekskluderende («exclusionary») praksis, jf. blant andre *Whish/Bailey* s. 212-221 og *Faull/Nikpay* s. 332 (punkt 4.12) og s. 333 (punkt 4.16). I vår sak er det alternativet ekskluderende praksis som er aktuelt og anført fra statens side.

Staten har særskilt anført at EU-domstolens avgjørelser om ekskluderende effekt som følge av lojalitetsrabatter, rovprising og marginskvis ikke nødvendigvis er overførbare til vårt saksforhold. Det er implisitt anført at det ikke er nødvendig å etablere en ekskluderende virkning. Telenor har bestridt dette.

Til dette skal lagmannsretten bemerke at det følger av EU-domstolens nyere praksis at enkelte typer atferd *kun* vil bedømmes som misbruk forutsatt at det kan påvises en form for

ekskluderende virkning, se saker om marginskvis, sak C-280/08 (Deutsche Telekom) avsnitt 253 og sak C-52/09 (TeliaSonera Sverige) avsnitt 55-59. I en sak om selektive priskutt, sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 26 og 44 la domstolen også til grunn at atferdsformen i seg selv ikke ville medføre en «exclusionary effect», men at det kreves en egen vurdering av dette spørsmålet. I juridisk teori er disse sakene rubrisert under kategorien «practices that may be prohibited if an exclusionary effect is shown», jf. *Pablo Ibanéz Colomo*, “Legal Perspective on Article 102 Case law”, *Common market law review* 2016 s. 9.

Det er ikke tvilsomt at Telenors atferd ikke faller innunder atferdsformer som rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i medhold av lov, traktat eller tidligere rettspraksis. Saksforholdet kan likevel klart nok rammes av reglene, jf. blant annet uttalelser i sak C-6-/72 (Continental Can) avsnitt 26 og sak C-09/04 (British Airways) avsnitt 58-59 og 64. Det er i juridisk teori påpekt at man må arbeide sak for sak, og slik at tidligere saker kun gir en «imperfect guide» for å anvende regelen, jf. *Bellamy/Child* s. 904 punkt 10.075.

Alminnelige rettssikkerhetskrav taler for at det stilles samme krav til påvisning av ekskluderende effekt som i de nevnte sakene om marginskvis og selektive priskutt. Kravet om ekskluderende virkning og det videregående kravet om vanskelig- eller umuliggjøring må antas å ha overføringsverdi til den misbruksformen som er aktuell i denne saken. Det vises til at EU-domstolen opererte med et slikt krav i sak C-457/10 P (Astra Zeneca) avsnitt 111, 118 og 134, til tross for at denne saken ikke falt innenfor allerede etablerte kategorier av misbruksformer.

Etter dette legger lagmannsretten til grunn at det for konkurranserettsbrudd kreves at disinsentiveringen av NwN mht. å bygge det tredje nettet kunne ha en ekskluderende effekt.

EU-domstolens praksis stiller krav til at den ekskluderende atferden må gjøre det vanskelig («difficult») eller umulig («impossible») for en konkurrent å tre inn i eller å ekspandere i markedet. Det vises for så vidt til en konsistent praksis, blant annet sak C-95/04 (British Airways) avsnitt 68 «more difficult», sak C-280/08 (Deutsche Telekom) avsnitt 177 («more difficult or impossible for its co-contractors to choose between various supply or commercial partners») og 253, samt sak C-23/14 (Post Danmark II) avsnitt 42 («more difficult»). Alternativet ekspansjon i markedet er særskilt nevnt i Kommisjonens veiledning om utestengende misbruk nr. 17, jf. også *Harald Evensen og Eivind Sæveraas* (red.), *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Oslo 2009 s. 333.

Lagmannsretten legger til grunn at vanskeliggjøring av ekspansjon også omfatter *forsinkelse* av ekspansjon. Det vises til sak C-457/10 (AstraZeneca) avsnitt 118 og 122, samt sakene T-472/13 (Lundbeck) og C-307/19 (Generics) som alle gir eksempler på at den dominerende aktør gir konkurrenter insentiv til å *utsette* sin inntreden i markedet. Det var altså i disse sakene tale om vanskeliggjøring i form av forsinkelse. Saken C-457/10 (AstraZeneca) er særskilt relevant, fordi den, som nevnt, gjelder en misbrukstype som ikke tidligere har vært ansett konkurranseskadelig, slik tilfellet også er i vår sak. Saken gjaldt

AstraZenecas rettstridige bruk av ugyldige sertifikater for salg av legemidler til bekjempelse av magesykdom (SDC supplementary protection certificate) for å holde konkurrenter borte.

I sak C-457/10 (AstraZeneca) ble det lagt vekt på at det dominerende foretak forsinket konkurrentenes markedsadgang, altså «entry». Saken gjaldt et nokså grovt brudd på offentlige regler, men lagmannsretten finner likevel at den er veiledende for spørsmålet om hvorvidt forsinkelse av konkurrents markedsinntreden er relevant. Dette må særlig gjelde i en situasjon hvor det dominerende foretak har hatt intensjon om ekskludere en konkurrent, jf. punkt 5.3 nedenfor. På dette punktet er vår sak og C-457/10 (AstraZeneca) parallelle.

Selv om sakene gjelder utsettelse av *inntreden* i markedet, og ikke, som i vår sak, utsettelse av *ekspansjon* i markedet, mener lagmannsretten at den nevnte rettspraksis gir veiledning for vår sak. Lagmannsretten viser til at det etter omstendighetene kan være en glidende overgang mellom etablering i marked og ekspansjon. Saken C-457/10 (Astra Zeneca) gjaldt inntreden for å konkurrere i markedet for et bestemt legemiddel mot magesykdom. Vår sak gjelder utbygging av nye basestasjoner, med den følge at det tredje nettet etableres som en konkurrent innenfor et bestemt geografisk område. Konkurranserettslig er det neppe grunn til å skille mellom etablering av konkurranse vedrørende et bestemt legemiddel og ekspansjon i form av etablering av nye basestasjoner bygges i et område som før var forbeholdt to infrastruktur-eiere. Begge atferdstyper er egnet til å skade selve konkurransen, jf. det overordnede kriterium oppstilt i C-85/76 (Hoffmann La Roche) avsnitt 91, som er gjentatt i mange senere saker. Spørsmålet er om atferden har en nærmere kvalifisert effekt, jf. formuleringen:

has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.

Spørsmålet er etter dette om disinsentiveringen til bygging innebar en eksklusjon av NwN som forsinket selskapets ekspansjon i markedet for mobiltelefon tjenester og om forsinkelsen representerte en tilstrekkelig vanskeliggjøring av ekspansjonen. Det må godtgjøres med klar sannsynlighetsovervekt at kunne ha en ekskluderende virkning som var egnet til å gjøre det vanskelig («difficult») for NwN å ekspandere i markedet like raskt som foretaket ville ha gjort i alternativscenariet basert på TA 1 med justerte priser.

Lagmannsretten viser her til bevisvurderingen ovenfor vedrørende TA2s egnethet for å påvirke NwNs og MNs utbygging (punkt 4.4.7.) Lagmannsretten har funnet det bevist at disinsentiveringen via besparelsen prisomleggingen i TA2 ga (substitusjoneffekten) var egnet til å påvirke NwN til å utsette bygging.

En forsinket utbygging av nettet ville forsinke NwN i å komme i posisjon til å utnytte fordelene ved å benytte egen infrastruktur. Det følger av fagøkonomiske vurderinger at et foretak som opererer i både sluttbruker- og i grossistmarkedet med tilgang til eget nett vil ha lavere enhetskostnader og større evne til å konkurrere i sluttbrukermarkedet enn foretak som ikke har et eget utbygget nett. Selv om gjestingskostnader er lavt priset, vil det være billigere for en netteier å bruke eget nett fremfor å leie når nettet først er bygget ut. En

netteier slipper å betale det påslag i prisen en leier må betale for å bidra til utleiers overskudd, jf. drøftelsen i punkt 4.5.2 ovenfor.

Den tilsvarende forskjellen gjør seg gjeldende i spennet mellom et delvis utbygget nett (f.eks. med 60 % befolkningsdekning) og et mer utbygget nett (f.eks. 70 % befolkningsdekning). Så lenge en netteier utsetter bygging av basestasjoner som kan gi ham fordelene ved å eie eget nett i stedet for å leie, vil forskjellen i kostnader vanskeliggjøre en ekspansjon som ellers ville ha funnet sted.

Dette resonnementet kan overføres til forholdet mellom TA2 og en kontrafaktisk situasjon der TA1 justert var gjeldende. Så lenge NwN ble motivert til å bygge mindre nett under TA2, var det en fare for at utbygging ble utsatt i henhold til plan. Selv om utsettelse til fordel for gjesting kunne medføre økonomiske besparelser på kort sikt, ville muligheten til ekspansjon basert på stordriftsfordelen ved å konkurrere i sluttbrukermarkedet med bruk av egen infrastruktur, ikke bli realisert. Denne effekten innebar etter lagmannsrettens oppfatning en vanskeliggjøring av NwNs ekspansjon i markedet.

Insentivet som leder til at foretaket utsetter sin utbygging vil dermed vanskeliggjøre og forsinke ekspansjonen i markedet sammenlignet med et alternativscenario hvor det lønner seg å bygge ut nettet så raskt som mulig, slik situasjonen ville være med de høyere variable gjestingspriser under TA1 justert.

Resonnementet ovenfor underbygges av at det nettopp var denne effekten de sentrale aktørene i Telenor søkte gjennom prisomleggingen i TA2. Aktørene hadde godt kjennskap til både markedet og utbyggingsprosessen. Ulike utsagn kan leses som ønsker om å vanskeliggjøre NwNs ekspansjon i markedet gjennom utbygging av egen infrastruktur. Som eksempel hitsettes fra Krohgs notat til Kårhus av 26. mars 2010 (FU3764):

Målsetningen fra min side har vært å søke en avtale som gir mindre incitament til å bygge ut dekning, og beholde mer trafikk som NR.

Fra notat fremlagt til styrevedtak i Telenor (FU4268), utarbeidet av Krohg, vedlagt brev undertegnet av Kårhus, hitsettes:

Ved å inngå avtalen nå, i forkant av investeringsbeslutningene knyttet til omfanget av Mobile Norway sin dekning, vil vi insentivere til en lavere utbyggingsgrad og et langsiktig høyere roamingvolum enn det som ellers ville kunne blitt oppnådd.

Det siste sitatet viser implisitt en sammenligning mellom TA2s virkning og det som ville ha vært situasjonen i alternativscenariet, TA1 justert. Det finnes flere eksempler på at økonomer i Telenor har kalkulert med at TA2 ville hindre at NwN bygget nettet like raskt som i alternativscenariet, jf. bevisvurderingen ovenfor i punkt 4.4.2.2 ovenfor. Som det fremgikk der, har NwNs CEO, Hustad, også på flere punkter i forklaringsopptaket anerkjent at TA2 ville ha en slik effekt på nettutbyggingen, jf. bl.a de refererte avsnitt 68 og 69. Denne omforente oppfatningen gir samlet sett et godt bevisgrunnlag for å slutte at TA2 var egnet til å forsinke, og dermed vanskeliggjøre NwNs ekspansjon i markedet gjennom utnytting av egen infrastruktur.

Telenor har anført at ikke enhver hindring eller ulempe gjør ekspansjon vanskelig eller umulig. Det er i denne forbindelse vist til at hensynet til forutberegnelighet har bestemt utformingen av misbruksregelen og at det må tas hensyn til kravet om «legal certainty» jf. sak C-280/08 (Deutsche Telekom) avsnitt 202 og sak C-52/09 (TeliaSonera) avsnitt 44. Telenor har videre anført at det må påvises at foretakets atferd må kunne gi «konkurranseskade». Det er i denne forbindelse anført at det må kunne påvises at atferden kunne føre til at færre basestasjoner ble bygget.

Lagmannsretten har vurdert disse anførselene, men kommet til at den klare bedriftsøkonomiske og konkurranseøkonomiske effekten av forsinkelse i bygging av infrastruktur i form av mobilnettverk imøtekommer kravet til at disinsentivet til bygging kunne gjøre det vanskelig for NwN å ekspandere i markedet. Bevisvurderingen i punkt 4.4.7 ovenfor knyttet til at TA2 kunne påvirke utbyggingen, besvarer de spørsmålene som her er reist. Det er nettopp funnet bevist med klar sannsynlighetsovervekt at TA2 var egnet til å føre til konkurranseskade som følge av at basestasjoner ble bygget på et senere tidspunkt enn hva som ville ha vært tilfellet i alternativscenariet.

Kravet til «legal certainty» kan ikke endre på dette, slik vår sak ligger an. Lagmannsretten viser til at vi står overfor en dominerende aktør som har hatt som uttalt strategi å disinsentivere en konkurrent fra bygging av infrastruktur i strid med målsetninger myndighetene klart har tilkjennegjort, nærmere om dette i punkt 5.3 og 5.4 nedenfor.

Telenor har videre anført at man i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig konkurranseskadelig virkning må ta i betraktning den etterfølgende utvikling, jf. særlig premissene i T-684/14 (Krka) (ikke rettskraftig dom) avsnitt 360. Det er videre anført at bevismomentene fra etterfølgende utvikling er særlig tungtveiende i saken fordi det påståtte misbruket er basert på en teoretisk hypotese som er vag, fordi den bygger på ikke påvist, redusert lønnsomhet og fordi det ikke finnes noen etablert praksis knyttet til erfaringsmessige effekter av slikt misbruk.

Lagmannsretten vil til dette bemerke at det er korrekt at etterfølgende utvikling er et bevismoment som skal tas hensyn til i vurderingen av om den konkurranseskadelige virkningen er kvalifisert etter misbruksregelen. En slik forståelse vil samsvare godt med kravet om at man ved misbruksvurderingen skal ta i betraktning «all the circumstances», jf. eksempelvis sak C-52/09 (TeliaSonera) avsnitt 28 og sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 26. Den påberopte avgjørelsen T-684/14 (Krka) avsnitt 360 støtter også denne forståelsen.

Telenors anførsel på dette punktet gjelder imidlertid langt på vei det samme bevisspørsmål som er behandlet i punkt 4.4.6 ovenfor. Lagmannsretten konkluderte der med at den etterfølgende utvikling ikke var et avgjørende bevismoment mot at prisomleggingen i TA2 var egnet til å påvirke nettutbyggingen. Telenors anførsel vedrørende konkurranseskade mer spesifikt, gjelder den etterfølgende utvikling som bevismoment mot at forsinket nettutbygging var egnet til konkurranseskade. Det er i punkt 4.5.2 ovenfor funnet bevist at forsinket nettutbygging nettopp ville ha denne virkningen. Den etterfølgende utvikling rokker ikke ved denne slutningen.

Etter dette finner lagmannsretten det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at prisomleggingen i TA2 hadde en tilstrekkelig kvalifisert ekskluderende virkning. Telenors atferd ved inngåelsen av TA2 gjorde det vanskelig for NwN å ekspandere i markedet slik man ellers ville ha gjort under et alternativscenario regulert av TA1 justert.

4.5.4 Kravet til økonomisk påvisning av konkurranseskadelig virkning

Telenor har anført at ikke enhver hindring eller ulempe gjør etablering i markedet «vanskelig eller umulig» og at den påståtte potensielle endringen på markedsstrukturen må kunne ha hatt en innvirkning på priser, produkter osv. Det er i denne sammenheng vist til at vurderingen av Telenor må baseres på de kostnader Telenor kjente til på det avgjørende tidspunkt. Det er anført at det burde ha vært gjennomført en EEC-test, slik EU-domstolen har lagt til grunn i ulike saker, og slik Kommisjonens retningslinjer viser til. Det er også vist til at hensynet til forutberegnelighet har avgjort utformingen av reglene, idet det er vist til blant annet Sak 208/08 (Deutsche Telekom) avsnitt 202.

Staten har anført at det ikke kreves en konkret lønnsomhetsanalyse, og for dette synspunktet vist til EU-domstolens praksis, særlig utgangspunkter som kan utledes av C-95/04 (British Airways) avsnitt 96-100. Det er videre anført at lønnsomhetsanalyse kun er krevd i marginskvisaker.

Lagmannsretten oppfatter partenes uenighet på dette punktet som et spørsmål om i hvilken grad domstolen plikter å påvise, herunder beregne, den konkrete mulige virkningen av den konkurranseskadelige atferden.

Lagmannsretten støtter seg for dette spørsmålet til den tilnærming som er lagt til grunn i C-95/04 (British Airways) avsnitt 96-100. Det dominerende foretak, British Airways, hadde i denne saken påstått at førstinstansen ikke i tilstrekkelig grad hadde belyst effektene av de bonusordninger som begrunnet konkurranseskade, jf. formuleringen «did not examine the probable effects of the bonus schemes at issue» (avsnitt 96).

EU-domstolen viste imidlertid til at det var tilstrekkelig at førstinstansen hadde forklart mekanismene som gjorde at bonusordningene var konkurranseskadelige; «explained the mechanisms of those schemes» (avsnitt 96).

Overført til vår sak blir det i henhold til EU-domstolens krav et spørsmål om lagmannsretten i gjennomgangen ovenfor i tilstrekkelig grad har forklart mekanismene som bringer en konkurranseskadelig effekt. For nærmere å undersøke hva som kreves av denne vurderingen, kan EU-domstolens utsagn sammenholdes med hvordan førstinstansen forklarte de aktuelle rabattmekanismer i T-219/99 (British Airways) avsnitt 271-275. Det fremgår av disse premissene at førstinstansen forklarte hvordan bonusordningene prinsipielt virket som insentiver som ville ha en ekskluderende virkning på British Airways' konkurrenter. Førstinstansen gikk ikke inn i konkrete beregninger.

Lagmannsretten bemerker at avgjørelsen i sak C-95/04 (British Airways) er gammel og ikke nødvendigvis veiledende for hvilke krav EU-domstolen senere har utviklet vedrørende

krav til økonomisk analyse av den konkurranseskadelige effekten. Det vises til utviklingen mot en mer virkningsorientert tilnærming («effect-based approach») og i denne forbindelse Kommisjonens senere utviklede veiledning for håndhevelse av TFEU art. 102 overfor «exclusionary practice». Selv om Kommisjonens retningslinjer gjelder myndighetenes prioriteringer og ikke er bindende for EU-domstolen, er det i juridisk teori antatt at EU-domstolen ser hen til Kommisjonens retningslinjer, jf. *Wish/Bailey* s. 218 og *Bellamy/Child* s. 894-895. Det er antatt at EU-domstolen i noen saker har vært strengere enn Kommisjonens retningslinjer tilsier, jf. *Wish/Bailey* s. 183 med henvisning til sak C-52/09 (TeliaSonera Sverige) vedrørende marginskvis og sak C-549/10 (Tomra) vedrørende ekskluderende rabatter.

Det er etter dette et spørsmål om nyere praksis, og EU-domstolens skjeling til Kommisjonens retningslinjer, gir grunnlag for at det kreves en noe grundigere undersøkelse av den konkurranseskadelige effekten, særlig i betraktning av at EU-domstolen i ulike saker vedrørende rovprising og marginskvis har støttet seg til en kostnads- og prisanalyse og vurdert saken i lys av en EEC-test.

Telenor har i denne forbindelse, under henvisning til sak C-413/14 (Intel) avsnitt 140, anført at det i vurderingen ovenfor må trekkes inn hva som er objektivt rettferdiggjort og at en utestenging bare er aktuell dersom den rammer en «equally efficient competitor» (EEC).

Lagmannsretten er ikke enig i dette. Det nevnte avsnittet i sak C-413/14 (Intel) gjelder spesifikt spørsmålet om rettferdiggjøring, og domstolen peker på at denne vurderingen må gjøres med fokus på om en atferdsmåte er egnet til å utkonkurrere konkurrenter som er like effektive som det dominerende foretaket. Saken gjelder en ekskluderende rabattordning som medførte at en «efficient competitor would have had to offer prices which would not have been viable» (avsnitt 142), noe som ikke er en aktuell problemstilling i vår sak. Det følger for øvrig av avsnitt 142 at Kommisjonen selv i denne saken mente at en EEC-test ikke var nødvendig, men gjennomførte slik undersøkelse likevel.

Etter lagmannsrettens syn kan man ikke slutte fra sak C-413/14 (Intel) at det kreves en EEC-test av NwN i relasjon til hvilken effekt TA2 ville ha på foretakets ekspansjon i markedet. Det vises til at en EEC-test i første rekke har blitt anvendt i relasjon til rabattsaker, så som i den nevnte sak C-413/14 (Intel) og i marginskvisaker, så som C-52/09 (Telia Sonera) avsnitt 64-65, jf. for øvrig Kommisjonens veiledning nr. 23-27 vedrørende «prisbasert ekskluderende adfærd».

Det er videre i sak C-23/14 (Post Danmark II) avsnitt 53-57, en sak som gjaldt ekskluderende rabattordning, lagt til grunn at det ikke er nødvendig å anvende en EEC-test. En EEC-test er oppfattet som et instrument blant flere aktuelle for å fastslå misbruk av dominerende stilling. Premissene gjelder spesifikt den rabattordningen som var fremme i saken, men må antas å ha overføringsverdi til andre saker, hvor det ikke ligger godt til rette for en EEC-test. Synsmåten samsvarer godt med uttalelser om at lønnsomhetsanalyser knyttet til «negative price» ikke er nødvendig ved avgjørelsen av om en rabattordning representerer misbruk av dominerende stilling, se sak C 459/10 P (Tomra) avsnitt 72-75.

Diskrimineringssaker er også saker hvor lønnsomhetsanalyser ikke er nødvendig for å statuere misbruk.

Den nevnte rettspraksis trekker i retning av at det ikke er nødvendig å bygge på en EEC-test med mindre den potensielt konkurranseskadelige atferdsformen særskilt innbyr til slik vurdering. Lagmannsretten legger på dette punktet vesentlig vekt på at hvor den konkurransebegrensende effekten rammer utbygging av infrastruktur, vil det ligge til rette for å kunne konstatere konkurranseskade uten å gå inn på en nærmere prisberegning. At manglende utbygging av infrastruktur har negativ effekt på konkurransen, kan ut fra grunnleggende økonomiske læresetninger konstateres uten å undersøke om den aktuelle atferden kan ramme en «equally efficient competitor» - EEC. Det vises for så vidt til de sammenhengene mellom begrenset bygging av infrastruktur og konkurranse som er påpekt ovenfor i punkt 4.5.2. Slik vår sak ligger an, kan resonnementet om disse sammenhengene i tilstrekkelig grad erstatte de pris- og kostnadsanalyser som er anvendt i nyere rettspraksis fra EU-domstolen og i Kommisjonens retningslinjer.

Staten har anført at saker som gjelder ekskluderende insentiver vanskelig kan bygge på lønnsomhetsanalyser, fordi en konkurrent ikke vil ha tilgang til konkurrentens pris og kostnadsnivå, jf. forutsetningsvis sak C-280/08 (Deutsche) Telekom avsnitt 202, som viser til det dominerende foretaks behov for «legal certainty». Lagmannsretten er enig i at mangelen på informasjon rent praktisk kan by på problemer ved vurderingen, men reserverer seg mot å bruke det nevnte synspunktet i det dominerende foretaks disfavør.

Lagmannsretten har vurdert spørsmålet om tilstrekkelig undersøkelse av konkurranseskadelig effekt i lys av en artikkel av *José Luís da Cruz Vilaca* (dommer i EU-domstolen): «The intensity of judicial review in complex economic matters—recent competition law judgments of the Court of Justice of the EU»; *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018, 6, 173–188. Artikkelen drøfter i hvilken grad EU-domstolen bør overprøve Kommisjonens fagøkonomiske premisser i lys av sak C- 413/14 (Intel). Artikkelen gjelder i første rekke situasjonen ved rabattsaker, men synsmåtene i artikkelen må antas å ha generell gyldighet. *Vilaca* peker på s. 183-186 på at sak C-413/14 (Intel) ikke innebærer noen revolusjon, men en videreføring av de etablerte prinsippene i EU-domstolens praksis. Avgjørelsen i Intel må forklares ut fra at retten (The General Court) ikke imøtegikk Intels kritikk av Kommisjonens utførelse av en EEC-test. Artikkelen gir isolert sett ikke indikasjoner på at kravene til økonomisk analyse er oppfattet strengere enn det som følger av sak C-95/04 British Airways, og som er gjennomgått ovenfor. I samme retning trekker det begrensede kravet til analyse av den faktiske effekten av prismekanismene som var aktuelle i sak C-549/10-P (Tomra), jf. avgjørelsen avsnitt 79-80. Lagmannsretten har videre tatt hensyn til synspunktene i en artikkel av *Marc van der Woude*, «Judicial Control in Complex Economic Matters, *Journal of European Competition Law & Practice*», 2019, Vol. 10 No. 7, uten at det har endret lagmannsrettens vurdering.

For lagmannsretten er det etter dette tilstrekkelig underbygget at en overordnet analyse av mekanismene den konkurranseskadelige atferden utløser, sammen med en konkretisering av hvordan atferden er egnet til å skade konkurransen gjennom ekskluderende

insentivvirkninger for konkurrent, vil tilfredsstillende EU-domstolens krav til virkningsvurdering, jf. den øvrige rettspraksis som er gjennomgått ovenfor. Det kreves ikke i tillegg en konkret lønnsomhetsanalyse utover den forklaring av avtalens mekanismer som er gjort i punkt 4.4 og den virkning på konkurransen som er beskrevet i punkt 4.5.2.

4.6 Konklusjon

Etter dette har lagmannsretten funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at prisomleggingen i TA2 var egnet til å påføre konkurransen skade, jf. krrl. § 11 jf. EØS-avtalen art. 54.

Som det har fremgått, har lagmannsretten ved sin bevisvurdering lagt vekt på fagøkonomiske vurderinger. Vedrørende Telenors anførsel om at fagøkonomiske vurderinger må anses som faktum som skal bevises med klar sannsynlighetsovervekt, skal særskilt bemerkes:

Telenor har særlig vist til avgjørelsen i HR-2020-1790-U avsnitt 28 og 29, hvor Høyesterett la til grunn at «mekanismer av fagøkonomisk karakter» og slike vurderinger av «markedsmekanismer og insentiver» skulle anses som «bevis om faktiske forhold», jf. tvistel. § 21-7 første ledd. Lagmannsretten har for sin bevisvurdering funnet det unødvendig å ta stilling til hvilket beviskrav som isolert sett gjelder for slutninger om økonomiske sammenhenger, idet slike slutninger uansett kun vil ha status som bevismoment som leder frem til de rettsfakta som skal bevises, jf. Rt-2005-1353 avsnitt 14 og klargjøringen av dette i punkt 1 ovenfor. Lagmannsretten har bygget på en rekke «fagøkonomiske vurderinger» og samlet sett kommet til at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenors atferd ved inngåelse av TA2 var egnet til å påføre konkurransen skade.

5 Innebar prisomleggingen i TA2 «utilbørlig utnyttelse» av dominerende stilling jf. krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54?

5.1 Innledning

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at prisomleggingen i TA2 objektivt sett var egnet å påføre konkurransen en skade som er kvalifisert for overtredelse av krrl. § 11 og EØS-avtalen § 54, slik disse bestemmelsene må tolkes ut fra EU-domstolens praksis og annen praksis. At vilkåret er oppfylt, er et nødvendig ledd i misbruksvurderingen slik der er utviklet i EU-domstolens praksis, og tilfredsstillende også ordlyden «kan påvirke handelen» i EØS-avtalen art. 54.

I punkt 5.2 – 5.5 nedenfor drøftes ulike andre relevante momenter i misbruksvurderingen. Spørsmålet i det følgende er om Telenors atferd alle forhold tatt i betraktning rammes av vilkåret «utilbørlig utnyttelse» av dominerende stilling, jf. krrl. § 11 og EØS-avtalen art.

54, hensett til hvordan det tilsvarende vilkåret «abuse of dominant position», jf. TFEU art. 102, tolkes i EU-domstolens praksis.

5.2 Kriteriet ytelsesbasert konkurranse

5.2.1 Innledning

I det følgende drøftes i punkt 5.2.2, foranlediget av Telenors anførsel, først om den omstendighet at det dominerende foretak har utøvd ytelsesbasert konkurranse («competition on the merits») i seg selv er nok til frifinnelse for brudd på konkurranselovgivningen.

I punkt 5.2.3 behandles spørsmålet om prisomleggingen i TA2 var et utslag av ytelsesbasert konkurranse og hvilken betydning dette i så fall har.

5.2.2 Spørsmålet om frifinnelse på grunnlag av ytelsesbasert konkurranse

Lagmannsretten har kommet til at konstatering av ytelsesbasert konkurranse ikke i seg selv kan føre til at det ikke foreligger misbruk av dominerende stilling. Spørsmålet om det foreligger ytelsesbasert konkurranse er likevel et moment under den helhetlige misbruksvurderingen, jf. «utilbørlig».

Lagmannsretten konstaterer at EU-domstolen i en rekke saker som en del av sin begrunnelse for konstatering av misbruk har vist til at foretaket har brukt metoder som skiller seg fra ytelsesbasert konkurranse, se den grunnleggende dommen sak C-85/76 (Hoffmann la Roche) avsnitt 91 («normal competition»). I andre saker er det brukt lignende formuleringer, se f.eks. sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 25 og sak C-457/10 (Astra Zeneca) avsnitt 134 («competition on the merits»)

Formuleringen «competition on the merits» og lignende formuleringer er i teorien blitt kritisert for å være vage og retts teknisk uheldige, se for eksempel *Faull /Nikpay* s. 387 og *Østerud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law s. 43-44. Forfatterne *Whish/Bailey* (s. 204) synes å oppfatte kriteriet i første rekke som en referanse til uforstyrret konkurranse, som motsetning til atferd som klart kan anses som konkurranseskadelig. Det er påpekt at Kommisjonens retningslinjer gir referanser for hva som er «competition on the merits».

The Commission has given examples of what it considers to be competition on the merits in paragraph 5 of its *Guidance on Article 102 Enforcement Priorities*: offering lower prices, better quality and a wider choice of new and improved goods and services. When compared to business behaviour of this kind, it is not difficult to see that other acts-such as the misleading of patent authorities leading to the award of additional patent protection from generic producers of pharmaceutical products and payments for delaying the launch of a competing product-do not amount to competition on the merits, and are therefore abusive.

Teoretiske fremstillinger kan ikke ses å gi noen støtte for at konstatering av ytelsesbasert konkurranse i seg selv er tilstrekkelig til å slutte at det ikke foreligger misbruk av dominerende stilling.

Ut fra konteksten i de ulike dommene hvor kriteriet brukes, oppfatter lagmannsretten henvisningen til «competition on the merits» og lignende formuleringer som et relevant moment under den konkrete anvendelsen av misbruksregelen. Kriteriet er oftest brukt som en formulering om hva som kjennetegner ulovlig konkurranse i motsetning til lovlig konkurranseatferd. Kriteriet fungerer som et kjennetegn på en atferd som har et potensial for å rammes av misbruksregelen, jf. fremstillingen i Østerud op.cit. s. 41-42.

Lagmannsretten peker særskilt på at de fleste dommene som bruker formuleringen, bruker negasjonen av «competition on the merits» som et kjennetegn på konkurranseskadelig atferd, jf. eksempelvis sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 25; «using methods other than those that are part of competition on the merits» og for øvrig den grunnleggende formulering i sak C-85/76 (Hoffmann La Roche) avsnitt 91.

Lagmannsretten deler derfor ikke Telenors oppfatning om at konstatering av «competition on the merits» alene utelukker misbruk. En slik forståelse ville stå i motstrid med den grunnleggende betraktning at avtaler mellom to parter kan være forretningsmessig attraktiv for begge, men samtidig konkurranseskadelige for det øvrige markedet, herunder forbrukerne. Videre ville et slikt kriterium stå i et vanskelig forhold til oppfatningen om at et dominerende foretak ikke kan tillate seg det samme som ikke-dominerende foretak, jf. synspunktene i KKNs vedtak avsnitt 188. Oppfatningen kan heller ikke ses å ha støtte i EU-domstolens praksis, som ikke gir noen eksempler på at kriteriet er brukt for å frifinne et foretak.

Lagmannsretten ser at avsnitt 68 i Rt. 2011 s. 920 (Tine) isolert sett kan forstås slik at tilstedeværelsen av ytelsesbasert konkurranse kan tale for frifinnelse. I dommens avsnitt 72 understrekes det imidlertid samtidig at spørsmålet om det foreligger brudd på konkurranseloven § 11 «må løses konkret». Dommen gir etter det lagmannsretten kan se ikke grunnlag for å oppfatte regelen i krfl. § 11 og EØS-avtalen art. 54 annerledes enn det som følger av EU-domstolens praksis og som er gjennomgått ovenfor.

Dommens premisser lest i sammenheng er forenlig med å anse spørsmålet om ytelsesbasert konkurranse som et relevant moment under rettsanvendelsen, men heller ikke mer.

Dommen gjelder et nokså forskjellig tilfelle fra vår sak. Saken omhandlet en sammensatt avtale som ga insentiv til å ekskludere en tredjepart, mens vår sak gjelder disinsentivering av en medkontrahents og konkurrents utbygging av infrastruktur. Lagmannsretten kan ikke se at dommen gir større veiledning for grensedragningen enn de ulike EU-dommer som er påberopt i saken.

Telenor har særskilt anført at den rettslige vurderingen av Tines atferd i dommens avsnitt 76-79 må tolkes i lys av EU-domstolens praksis og legges til grunn for lagmannsrettens vurdering. Det er blant annet vist til C-413/14 (Intel) avsnitt 140 og sak C-95/04 (British Airways) avsnitt 69. Telenor har under slik under prosedyren koblet sine anførsler om

ytelsesbasert konkurranse sammen med en anførsel om at ytelsesbasert konkurranse kan begrunne en «objective justification», slik EU-domstolen bruker dette begrepet.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. Det aktuelle avsnittet i sak C-95/04 P (British Airways) vedrørende «objective justification», refererer til rettferdiggjøringsspørsmålet, som etter strukturen i det regelsettet EU-domstolen har utviklet, referert ovenfor i punkt 2.2, kommer etter den initiale misbruksvurderingen. Strukturen i EU-domstolens avgjørelser gir etter lagmannsretten god støtte for at regelen skal forstås på denne måten. Det vises til avsnitt 68 og 69 i sak C-95/04 (British Airways), som i denne sammenheng er påberopt av staten:

68 It follows that in determining whether, on the part of an undertaking in a dominant position, a system of discounts or bonuses which constitute neither quantity discounts or bonuses nor fidelity discounts or bonuses within the meaning of the judgment in *Hoffmann-La Roche* constitutes an abuse, it first has to be determined whether those discounts or bonuses can produce an exclusionary effect, that is to say whether they are capable, first, of making market entry very difficult or impossible for competitors of the undertaking in a dominant position and, secondly, of making it more difficult or impossible for its co-contractors to choose between various sources of supply or commercial partners.

69 It then needs to be examined whether there is an objective economic justification for the discounts and bonuses granted. In accordance with the analysis carried out by the Court of First Instance in paragraphs 279 to 291 of the judgment under appeal, an undertaking is at liberty to demonstrate that its bonus system producing an exclusionary effect is economically justified.

Den første del av avsnitt 69 («It then ...») viser at spørsmålet om foretakets rettferdiggjøring behandles etter at man har tatt stilling til misbruksvurderingen, som i kortform er beskrevet i avsnitt 68. Lagmannsretten mener at denne strukturen går igjen i EU-rettens dommer, og også kan gjenfinnes i de dommer Telenor har påberopt som grunnlag for sitt syn, jf. for eksempel sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 40-42 og C-23/14 Post Danmark II avsnitt 48-49. Strukturen er lagt til grunn i juridisk teori, se *Faull/Nikpay* s. 395 jf. 387-394.

Staten har anført at vurderingstemaet ytelsesbasert konkurranse eventuelt hører hjemme under vurderingen av om det foreligger «objective justification», altså det etterfølgende spørsmål om rettferdiggjøring. Lagmannsretten oppfatter imidlertid spørsmålet om foretakets atferd kan karakteriseres som ytelsesbasert konkurranse som et relevant moment for misbruksvurderingen som ikke kun knytter an til spørsmålet om rettferdiggjøring. Vurderingen lagmannsretten har gjort ovenfor, samsvarer med KKNs forståelse av kriteriet, slik denne er beskrevet i KKNs vedtak punkt 181-194.

5.2.3 *Var prisomleggingen i TA2 et utslag av ytelsesbasert konkurranse?*

Lagmannsretten har kommet til at prisomleggingen i TA2 ikke var et utslag av ytelsesbasert konkurranse.

5.2.3.1 Innledning

En avtale som er utslag av ytelsesbasert konkurranse, eller «competition on the merits», som EU-domstolen refererer til, er basert på at fordeler og ulemper («burdens and benefits») utveksles mellom to parter. Det blir vektlagt at avtalens innhold er forretningsmessig og kommersielt begrunnet fra begge parters side. Det må videre anses relevant om avtaletypen er vanlig på det aktuelle konkurranseområdet, jf. «methods different from those which condition normal competition in products or services», jf. sak 85/76 (Hoffmann La Roche) avsnitt 91.

Misbruksvurderingen er objektiv, jf. sak 85/76 (Hoffmann La Roche) avsnitt 91, og f.eks. *Jones/Sufrin* 359-360. Dette utgangspunktet er særlig understreket også i sak C-459/10 P (Tomra) avsnitt 16-22.

Partene har under bevisførsel og prosedyre lagt stor vekt på fremforhandlingen av prisomleggingen i TA2. I det følgende behandler lagmannsretten først avtalens fremforhandling og balanse med tanke på kriteriet ytelsesbasert konkurranse (punkt 5.2.3.2). Deretter drøftes øvrige anførte argumenter for at prisomleggingen i TA2 lå innenfor ytelsesbasert konkurranse (punkt 5.2.3.3).

5.2.3.2 Særskilt om fremforhandling av og balanse i TA2

Initiativet til avtalens toprismodell

Partene har hatt ulike syn på hvem av Hustad og Krohg som tok initiativ til den toprismodell som ble fremforhandlet i avtalen. Telenor har hevdet at dette initiativet kom fra Hustad, mens staten har hevdet at initiativet kom fra Krohg, særlig under henvisning til en e-post Hustad sendte Krohg den 16. november 2009, som en oppfølging av et møte de to hadde hatt 9. november 2009. Det er vist til at Hustad skriver:

Jeg har tenkt en del på det du foreslo rundt å se på modeller hvor det kan være av interesse for NwN å benytte samme prinsipper for NRA kjøp hos dere som kjøp av nett-tjenester fra Mobile Norway.

Lagmannsretten mener at e-posten isolert sett tyder på at Krohg kom med forslaget om toprismodell først. En slik oppfatning finner støtte i forklaringsopptak gitt av Hustad.

På den annen side har Telenor dokumentert at NwN formulerte en tanke om fastpris for data allerede i en presentasjon under «management møte» med Telenor 8. mai 2009 (FU2356); «(t)ilby oss en abonnementsbasert pris innenfor et maksvolum», noe som ble fulgt opp ved Hustads brev til Krohg 19. mai 2009. Det bemerkes at denne forespørselen kun gjaldt den omstridte datakomponenten i gjestingsavtalen.

Det følger videre av Krohgs interne epost til Zubi av 4. august 2009 at Krohg var oppmerksom på at National Roaming-aktørene ønsket «fastpris- og volumbegrensning for MBB».

Disse bevisene peker i retning av at en prisstruktur av samme type som TA2 hadde, tidlig var ønsket også fra Hustad og NwNs side. En slik slutning er forenlig med Hustads mail til Krohg av 16. november, sitert ovenfor. Det er også ført flere beviser knyttet til spørsmålet om hvem som tok initiativet til toprisstrukturen, men lagmannsretten finner det unødvendig å gå nærmere inn på dette.

Lagmannsretten legger etter en samlet vurdering av bevisene til grunn at ideen og initiativet til topris-strukturen mest sannsynlig kom som et produkt av samtaler mellom partene i innledningen til forhandlingen, likevel slik at toprisstrukturen først ble konkretisert av Krohg. Lagmannsretten legger uansett mindre vekt på hvem som tok initiativet.

Krohgs og Telenor hadde en klar plan bak sine forslag om topris-modell, nemlig å disinsentivere NwNs utbygging av nettet, jf. dokumentasjonen for dette i interne dokumenter fremlagt i saken, eksempelvis Wibetoes notat av 4. september 2009 og Krohgs e-post til Kårhus av 16. mars 2010. Av denne grunn har den omstendighet at Hustad tidlig signaliserte interesse for en toprismodell begrenset betydning for den samlede bevisvurderingen, mens Krohgs klare plan bak sin handlemåte tillegges større vekt.

Partenes forhandlingsposisjon og avtalens balanse

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at NwN ved starten av forhandlingen om TA2 var bundet til NRA 2008 med de justeringer som fulgte av TA1. NwN var således bundet til eksklusivt å gjeste i Telenors nett, til en volumforpliktelse og til varigheten til frem til 31. desember 2012 Selskapet var videre bundet av sanksjonsklausulen mot klage til PT. Disse elementene medførte at Telenor allerede i utgangspunktet hadde en sterk forhandlingsposisjon.

På den annen side har bevisførselen underbygget at Telenor var opptatt av å beholde NwN som nasjonal gjestingskunde etter i 2007 å ha mistet Tele2, samtidig som Telenor sommeren 2009 var klar over at prisene for data var for høye og kunne representere marginskvis og reaksjoner for brudd på krrl. § 11. Den omstendighet at Telenor gikk til nye forhandlinger etter å ha inngått TA1, og etter å ha blitt utsatt for klage til PT, viser at også NwN i utgangspunktet hadde en viss forhandlingsposisjon.

Det er imidlertid ført bevis for at NwN i forhandlingsperioden var i en finansielt presset situasjon samtidig som selskapet var i konflikt med Tele2. Hustad uttalte i forklaringsopptaket at det i perioden var «en cocktail av materielle usikkerheter» (FU5718). Hustads beskrivelse underbygges av protokoll fra styremøte av 23. april 2010 (FU3855). NwN var også bundet av MNs avtale med Ericsson om kjøp av 600 basestasjoner, og hadde stort behov for likvide midler.

NwN fikk riktignok et tilskudd på 150 MNOK gjennom voldgiftsseieren mot Ventelo i juni 2010, men bevisførselen viser at dette hadde begrenset betydning for selve innholdet i

avtalen. Det meste av avtalens innhold var fremforhandlet før juni 2010, og det gjenstående stridspunktet var i første rekke spørsmålet om når avtalen skulle starte sin virkningstid. Innsprøytingen av 150 MNOK var først og fremst av betydning for at NwN gjenopptok forhandlingene i juni, etter at partene ikke hadde forhandlet siden slutten av mars.

For lagmannsretten har det stått sentralt for bevisvurderingen at NwN hadde et presserende behov for kapitaltilgang, og hadde tilsvarende behov for å inngå en avtale som kunne gi en kortsiktig positiv effekt. De siste forhandlingene endte med at partene inngikk et kompromiss mht. tidspunktet for avtalens start. Etter at partene først hadde stått hardt på datoene 1. april 2010 og 1. januar 2011, ble kompromisset 1. september 2010. Avtalen ga NwN en betydelig gevinst de første årene avtalen varte. Beregninger viser at avtalen innbrakte NwN nominelt 330 MNOK besparelser, jf. Haugers vitneforklaring og hjelpedokumenter gjengitt ovenfor i punkt 4.4.3.2

NwN valgte således den langsiktige negative effekten av avtalen for å oppnå den kortsiktige positive delen av avtalen.

Denne vurderingen fra NwNs side må ses i sammenheng med at NwN hadde håp om å reforhandle avtalen før de negative effektene meldte seg for fullt, jf. administrasjonens notat til styret av 12. august 2010 (FU4271flg.), som er gjengitt tidligere, og hvor det ble fremhevet at «betingelsene knyttet til dekningsavgiften vil høyst sannsynlig kunne forbedres i løpet av avtaleperioden gjennom reforhandlinger».

Den omstendighet at NwN nøt fordeler av lave variable gjestingspriser og store besparelser i første del av utbyggingsperioden, som ble oppveiet ved en ufordelaktig fastpris på gjesting mot slutten av utbyggingsperioden, underbygger at avtalens innhold var innrettet mot disinsentivering av bygging.

Etter bevisvurderingen ovenfor er det altså et markant trekk ved avtalens fremforhandling og resultat at balansen i avtalen er lagt langs en tidsmessig akse som var egnet til å disinsentivere NwNs bygging. At avtalen fikk denne profilen, hadde nær sammenheng med at NwN var i en presset finansiell situasjon under fremforhandlingen av avtalen. Det vises til elementer i Hustads forklaringsopptak og trekk ved fremforhandlingen av avtalen.

Forklaringsopptaket med Hustad viser at han våren og sommeren 2010 var fullt klar over den disinsentiverende effekten og ikke så positivt på den. Dette underbygges av at Hustad, da han gjenopptok forhandlingene i juni, kom med et revidert forslag vedrørende fastpriselementet, jf. Annex 5 punkt 2 «Coverage fee» (FU4040). Hustad foreslo her kun 17 MNOK per måned for de første 450 000 gjestingskundene og en variabel trapp med ytterligere 1 MNOK per 50.000 nye kunde. Selv om trappen begynte på kunde nr. 450.001, var simkortavgiften som ble foreslått langt lavere enn det som ble det endelig forhandlingsresultatet. Idet TA2 endte med 19 MNOK for de første 450.000 kunder og deretter en trapp med 1 MNOK i prisøking per overstiging av ytterligere 25.000 nye kunder, var Hustads forslag en halvering av simkortavgiften for de nye kunder som potensielt kunne vinnes ved bygging av nett (ca. 20 kroner mot ca. 40 kroner). Den omstendighet at Krohg og Telenor fastholdt de høye prisene på simkortavgiften viser etter

lagmannsrettens oppfatning av prisstrukturens disinsentiverende funksjon var viktig for Telenor, men reelt uønsket av NwN.

Lagmannsretten stiller også spørsmål ved balansen i avtalen på det punkt hvor NwN ville ha bygget ut sitt eget nett mest innenfor avtaleperioden. På dette punkt i avtalens virketid ville NwN betale simkortavgift for en mengde abonnenter som de facto ikke gjestet i Telenors nett, uten at avtalen hadde noen mekanisme for å justere for dette. Den for NwN ufordelaktige siste del av avtaleperioden må ses i sammenheng med den første del av avtaleperioden som var innbringende for NwN, jf også Moen og Riis' betraktninger om at en avtale sett under ett kan være «balansert». Avtalestrukturen var likevel av denne grunn objektivt sett egnet til å begrense utbyggingen av NwNs nett, noe som taler mot at den var utslag av ytelsesbasert konkurranse.

Den omstendighet at avtalen har en slik ufordelaktig struktur for den nettutbyggende part mot slutten av perioden, gjør det nærliggende å slutte at avtalestrukturen ikke kun er basert på de gjensidige ytelser, og dermed ytelsesbasert konkurranse, men delvis på det faktum at Telenor hadde en dominerende stilling og var i posisjon til å tilby NwN en avtale som var fordelaktig for NwN på kort sikt, men ikke på lang sikt. Det kan her vises til at NwN var avhengig av likviditet og at lagmannsretten har oppfattet bevisførselen slik at selskapet gjorde et valg av å gå inn på avtalen på tross av den langsiktige negative effekten. Det er for den objektive vurderingen av avtalens funksjon på dette punktet ikke uten betydning at Telenor hadde en dominerende stilling og NwN var en konkurrent som ville bygge ut konkurrerende infrastruktur. Telenors atferdsmåte må videre ses i sammenheng med det dominerende foretaks særlige ansvar for å ivareta restkonkurransen, jf. sak C-457/10 (AstraZeneca) avsnitt 98 og den nærmere gjennomgang av dette kriteriet i punkt 5.4 nedenfor.

I denne sammenheng har lagmannsretten dessuten lagt vekt på at Telenor brakte inn fastpriselementet først i den tredje versjonen av gjestingsavtalen, til tross for at dekningsfordelen hadde vært en del av ytelsen også i de to foregående versjonene av avtalen (NRA2008 og TA1). Det vises i denne sammenheng også til den sakkyndige vurdering av Moen og Riis 2019 punkt 3.3 hvor det fremholdes at det ikke finnes noen generell økonomisk teori om hvordan et fastpriselement skal legges inn i en toprisstruktur. Det vises videre til de sakkyndiges vurdering knyttet til at «adekvat prising» tilsier at betalingen for dekningsfordelen er fallende med NwNs utbygging av eget nett. Moen og Riis skriver:

Ettersom NwN bygger ut sitt eget nett, vil de i mindre grad gjeste i Telenors nett, og i henhold til adekvate prisingsprinsipper skal dette reflekteres i tilsvarende lavere gjestingskostnader for selskapet. For de trafikkavhengige kostnadene skjer dette automatisk, ettersom prisingen er per enhet bruk av Telenors nett. Men for at den trafikkavhengige betalingen skal falle må den knyttes opp mot NwN sin dekningsgrad. Forholdsmessighet tilsier også at NwN skal bidra mindre til å finansiere de faste kostnadene i Telenors nett når de selv pådrar seg økte faste kostnader i eget nett.

Lagmannsretten legger i lys av dette mindre vekt på at avtalen et stykke på vei ivaretok NwNs forretningsmessige strategi.

Etter lagmannsrettens syn trekker avtalens fremforhandling, innhold, balanse og profil klart i retning av at prisomleggingen ikke var et utslag av ytelsesbasert konkurranse.

5.2.3.3 Øvrige momenter

Telenor kunne som følge av et utbygd nett tilby en verdi i form av tilgang til kommunikasjon fra og til ethvert område i Norge. I en rettsordning med avtalefrihet må det i utgangspunktet kunne kreves betaling så langt en etterspørter er villig til å betale for det. Telenor har formulert dette som betaling for «dekningsfordel».

Telenor har henvist til en rekke rettskilder som viser at det er legitimt å kreve betaling for typiske investeringskostnader, også dem som av PT i ulike sammenhenger er blitt karakterisert som «irreversible» og som fagøkonomer på området karakteriserer som «sunk costs». Det er blant annet vist til ESAs vedtak i sak 71480 Telenor avsnitt 672-673, hvor det anerkjennes at det i marginskvissak kan tas hensyn til «long-run average incremental costs». Telenors adgang til å ta betaling for dekningsfordelen er også i samsvar med de bærende premisser i Generaladvokatens uttalelser i sak 7/97 (Bronner) avsnitt 64. Den omstendighet at kostnadene ved utbygging allerede var dekket inn på annen måte, kan ikke frata eieren av nettet muligheten for å oppnå inntjening på sin investering. Lagmannsretten viser for så vidt til vitneforklaringer fra Krohg og Hauger, samt en rekke av de interne dokumentene i Telenors korrespondanse fremlagt i saken, som samlet viser at man internt i Telenor var opptatt av å få tilstrekkelig betalt for dekningsfordelen. For en netteier som av myndighetene blir pålagt å inngå en gjestingsavtale, må det være legitimt å ta betalt for den ytelsen som presteres. Lagmannsretten finner derfor at betaling for dekningsfordel etter sin art ikke bringer avtaleforholdet utenfor området for konkurranserettslig lovlig «competititon on the merits».

Lagmannsretten viser videre til at en topris-struktur i seg selv er vanlig og kan ha fordeler for begge avtaleparter i en rekke sammenhenger. Andre aktører på området har ønsket seg en slik prisstruktur, og TeliaSonera Norge AS/TeliaSonera AB og Ice Communications AS inngikk 14. januar 2015 avtale med slik struktur. Toprisstruktur var også lenge et forhandlingstema mellom Telenor og Tele2 i 2011, jf. Krohgs vitneforklaring og gjennomgangen av hendelsesforløpet innledningsvis. I PTs vedtak av 23. mars 2012 legges videre til grunn at en toprisstruktur ivaretar behovene som viser seg i sluttbrukermarkedet (FU5349).

Etter dette legger lagmannsretten til grunn at det finnes elementer ved TA2 og Telenors atferd i forbindelse med inngåelse av avtalen, som kan trekke i retning av at avtalen er et utslag av ytelsesbasert konkurranse. Dette får imidlertid underordnet betydning i lys av avtalens fremforhandling og manglende balanse.

Det bemerkes i tillegg at intensjoner om ytelsesbasert konkurranse uansett ikke er avgjørende for vurderingen, jf. den eksplisitte presiseringen i sak C-549/10 Tomra avsnitt 22, siste setning, som spesifikt påpeker at intensjon om ytelsesbasert konkurranse ikke er egnet til å bringe foretaket utenfor misbruksregelens slagvidde:

The existence of an intention to compete on the merits, even if it were established, could not prove the absence of abuse.

I den grad Telenor, i tillegg til å ha hatt intensjon om å disinsentivere utbygging, også har hatt legitime forretningsmessige intensjoner, herunder å få betalt for dekningsfordelen, har det således ikke avgjørende betydning.

Telenor har særskilt anført at det må anvendes ulike tester for å avklare om det foreligger ytelsesbasert konkurranse. Det er vist til at saken må ses i lys av testen knyttet til «equally effective competitor», blant annet under henvisning til Kommisjonenes retningslinjer, avsnitt 20. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Det er ikke konsekvent gjennomført slike tester i de saker hvor det er vist til kriteriet ytelsesbasert konkurranse. Hvor konkurranserettstridig atferd er funnet bevist utenfor de kategoriene som er omtalt i Kommisjonens retningslinjer, finnes eksempel på at EEC-test ikke er brukt, jf. eksempelvis sak C-457/10 P (AstraZeneca). Vår sak skiller seg også fra rovprising- og marginskvis-saker ved at den konkurranseskadelige effekten er nært forbundet med forhindring eller forsinkelse av utbygging av infrastruktur, jf. punkt 4.5.2 og 4.5.4 ovenfor.

Slik vår sak ligger an, er det ikke behov for bevisførsel omkring spørsmålet om NwN var en EEC eller om Telenors atferd i forbindelse med TA2 ville ekskluderende for en EEC. Konkurranseskaden som stammer fra forhindret utbygging av infrastruktur er ikke påvirket av dette parameteret, jf. lagmannsrettens premisser i punkt 4.5.4 ovenfor. Lagmannsretten finner ut fra sammenhengen mellom forhindret nettutbygging og konkurranseskadelig virkning at det heller ikke er behov for andre tester for å fastslå om det foreligger «competition on the merits».

5.2.3.4 Konklusjon

Etter dette konkluderer lagmannsretten med at prisomleggingen i TA2 ikke var et utslag av ytelsesbasert konkurranse. Lagmannsretten finner at ovenfor beskrevne elementer ved avtalen godtgjør at det er brukt andre metoder enn dem som faller innunder ytelsesbasert konkurranse, jf. «[b]y using methods other than those which come within the scope of competition on the merits», sak C-208/08 P (Deutsche Telekom) avsnitt 177 og lignende uttalelser i øvrig praksis. Dette forholdet taler for å anse Telenors utnyttelse av sin dominerende stilling som “utilbørlig” og dermed i strid med krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54.

5.3 Betydningen av Telenors intensjoner

Lagmannsretten har kommet til at Telenor har hatt en intensjon om å disinsentivere NwNs utbygging av det tredje nettet, og at denne omstendighet taler for at det foreligger misbruk av dominerende stilling.

Lagmannsretten mener at Telenors intensjon på bakgrunn av EU-domstolens rettspraksis er relevant i den helhetlige vurderingen av om atferden rammes av de standarder som ligger i misbruksvurderingen, jf. «abuse».

Det vises til at EU-domstolen ved gjentatte anledninger har ansett subjektive forhold hos det dominerende foretak som relevant for den helhetlige misbruksvurderingen. I sak C-549/10 (Tomra) avsnitt 19 uttales det eksempelvis som følger:

[I]t is clearly legitimate for the Commission to refer to subjective factors, namely the motives underlying the business strategy in question.

Og videre i avsnitt 20:

Accordingly, the existence of any anti-competitive intent constitutes only one of a number of facts which may be taken into account in order to determine that a dominant position has been abused.

Oppfatningen støttes blant annet av uttalelser i C-525/16 MEO avsnitt 31 («It is open to such an authority or court to assess the possible ... strategy aiming to exclude») og sak C-307/18 (Generics) avsnitt 162-164, jf. avsnitt 162 («[A]n anticompetitive intent, or evidence of such an intent ... constitutes a fact that may be taken into account in order to determine that a dominant position has been abused»), jf. også Kommisjonens veileder punkt 20 siste strekpunkt («direkte bevis på en ekskluderende strategi»).

Foranlediget av Telenors prosedyre skal særskilt bemerkes at avgjørelsen i sak C-549/10 Tomra avsnitt 22, siste setning, spesifikt påpeker at intensjon om ytelsesbasert konkurranse ikke er egnet til å bringe foretaket utenfor misbruksregelens slagvidde:

In that regard, the General Court correctly stated, in paragraph 36 of the judgment under appeal, that it was perfectly legitimate for the contested decision to concentrate primarily on Tomra's anticompetitive conduct, since it was precisely that conduct which it was the Commission's task to establish. *The existence of an intention to compete on the merits, even if it were established, could not prove the absence of abuse* (lagmannsrettens uthevning).

I den grad Telenor, i tillegg til å ha hatt intensjon om å disinsentivere utbygging, også har hatt legitime forretningsmessige intensjoner, herunder å få betalt for dekningsfordelen, har således ikke avgjørende betydning, jf. tilsvarende påpekning i punkt 5.2.3 ovenfor.

Det vises også til at EU-domstolen etter omstendighetene konkluderer med misbruk selv om et forsøk på konkurranserettsstridig ekskluderende strategi ikke har lyktes, jf.

eksempelvis sak C-457/10 P (AstraZeneca) avsnitt 111 og T-24/93 (Compagnie Maritime Belge) avsnitt 149, som ble opprettholdt i sak C-395/96.

Etter dette er det klart nok relevant for misbruksvurderingen hvorvidt Telenor hadde en intensjon om å innføre en avtale som egnet til å skade konkurransen. At intensjonen faktisk ikke ble oppfylt, rokker ikke ved denne vurderingen.

Det foreligger etter lagmannsrettens syn klare beviser for at Telenor hadde en ekskluderende strategi bak utformingen av TA2. Det vises til de mange utsagn fra wholesalesjef Harald Krohg som er dokumentert under saken. Som eksempel kan fremheves notat til Kårhus av 25. mars 2010 om hans forhandlinger med NwN. Notatet inneholder blant annet følgende setning (FU3754):

Målsetningen fra min side har vært å søke en avtale som gir mindre incitament til å bygge ut dekning, og beholde mer trafikk som NR.

Telenor må etter omstendighetene klart nok identifiseres med Krohgs handlinger i saken, jf. krrl. § 29.

Den ekskluderende strategien ble dessuten i alle fall stilltiende akseptert av Kårhus, som Krohgs overordnede. En rekke beviser peker i retning av at også andre ansatte i Telenor var klar over den disinsentiverende effekten, og la den til grunn som en premiss for den strategien Telenor valgte i sitt avtaleforhold med NwN. Lagmannsretten viser blant annet til Wibetoes e-post til Krohg og andre av 4. september 2009.

Strategien ble videre på ett tidspunkt formidlet til styret i Telenor uten at det er noen holdepunkter for at ledelsen reagerte på strategien. Lagmannsretten viser til notat til Telenors styremøte til behandling av TA den 12. august 2010. I notatet heter det som følger (FU4268):

Ved å inngå avtalen nå, i forkant av investeringsbeslutningene knyttet til omfanget av Mobile Norway sin dekning, vil vi insentivere en lavere utbyggingsgrad og et langsiktig høyere roamingvolum enn det som ellers ville kunne blitt oppnådd. Trolig vil Network Norway med denne avtalen neppe bygge en dekning som overskrider 40%-50%.

Det ovennevnte må ses i sammenheng med en omfattende dokumentasjon av interne dokumenter som viser at Telenor hadde en klar strategi om å begrense konkurrentens utbygging av infrastruktur. Telenor fulgte med på NwNs nettutbygging og hadde dette som tema for intern diskusjon etter at avtalen var inngått. Telenor hadde en løpende vurdering av dette, se for eksempel Krohgs epost til Kårhus av 4. mars 2011 (FU4735). Det fremgår en sammenheng mellom denne strategien og Telenors innspill under møter med PT, herunder argumentasjon for at skjevtermineringen ikke hadde den for myndighetene tilsiktede virkning for NwN sin nettutbygging.

Basert på det som er kommet frem under hovedforhandlingen, finner lagmannsretten det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor hadde en strategi om å disinsentivere NwN mht. utbygging av mobilnettet. Denne vurderingen underbygges ytterligere av de skriftlige bevis KKN har trukket frem og sitert i vedtaket avsnitt 369-382.

Spørsmålet er så hvilken betydning eksistensen av den bevisste ekskluderende strategien, skal ha for misbruksvurderingen. Som det har fremgått av drøftelsen ovenfor, har lagmannsretten kommet til at TA2 var egnet til å svekke konkurransen i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet. Denne vurderingen er gjort på bakgrunn av det objektive faktum i saken, herunder økonomiske sammenhenger og de konkrete markedsforholdene, myndighetsreguleringen og aktuelle avtalebindinger via eierposisjoner i aksjeselskaper per 18 august 2010. Lagmannsretten har også kommet til at TA2 ikke kan ses som et utslag av ren ytelsesbasert konkurranse.

Beisvurderingen for Telenors subjektive innstilling til og intensjoner bak fremforhandlingen av TA2 utgjør et ytterligere argument for at den konkurranseskadelige atferden skal anses som «utilbørlig utnyttelse» av dominerende stilling, jf. krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54.

5.4 Det dominerende foretaks særlige ansvar

EU-domstolen har utviklet en rettssetning om at det dominerende foretak har et spesielt ansvar for å ikke utvise atferd som kan skade konkurransen, noe som først ble formulert i sak C-322/81 (Michelin I) avsnitt 57 og senere er gjentatt i en rekke saker., for eksempel sak C- 52/09 (TeliaSonera) avsnitt 24, som la til grunn som følger:

[I]t remains the case that, in accordance with settled case-law, an undertaking which holds a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition in the internal market (see, to that effect, Case C-202/07 P *France Télécom v Commission* [2009] ECR I-2369, paragraph 105 and case-law cited).

Det er også referert til det spesielle ansvaret i sak C-13/14 (Intel) avsnitt 135.

Det særlige ansvaret er videre anerkjent i Kommisjonens retningslinjer vedrørende praktiseringen av TFEU art. 102, innledningen punkt 1:

Article [102 TFEU] prohibits abuses of a dominant position. In accordance with the case-law, it is not in itself illegal for an undertaking to be in a dominant position and such a dominant undertaking is entitled to compete on the merits. However, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.

Et dominerende foretaks atferd kan bedømmes som konkurransebegrensende, selv om samme atferd utført av ikke-dominerende foretak ville ha vært lovlig, jf. *Bellamy/Child* s. 896-897, en rettssetning som for øvrig er uttalt også i Rt-2011-690 (Tine) avsnitt 69, siste setning.

Selv om årsaken til den dominerende stilling ikke ble tillagt betydning i den grunnleggende saken Michelin I, har EU-domstolen i sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 22 særlig understreket betydningen av at den dominerende stilling stammer fra et tidligere monopol:

When the existence of a dominant position has its origins in a former legal monopoly, that fact has to be taken into account.

Uttalelsen har relevans for vår sak, hvor Telenor historisk har blitt utviklet fra Televerkets monopol, jf. gjennomgangen av sakens bakgrunn innledningsvis. I juridisk teori (*Jones/Sufrin* s. 358) er uttalelsen ansett

highly significant ... where the incumbents are still reaping the advantages of their previous legal monopoly.

Den rettslige betydningen av Telenors dekningsfordel, muligheten for å tilby gjesting i hele landet, må vurderes i lys av disse utgangspunktene i EU-domstolens praksis.

Lagmannsretten ser det slik at det spesielle ansvaret for det dominerende foretak som her er omtalt, utgjør ytterligere et grunnlag for å komme til at Telenor «utilbørlig» har utnyttet sin dominerende stilling. Blant annet bør Telenors særskilte prising av dekningsfordelen i tredje versjon av avtalen vurderes i lys av at det dominerende foretak skal ivareta restkonkurransen og at en tidligere monopolist står i en særstilling, jf. sak C-209/10 (*Post Danmark I*) avsnitt 22. Det er vanskelig å se at prisomleggingen i TA2 er en ivaretagelse av særlig ansvar som nevnt.

Som gjennomgangen ovenfor har vist, har Telenor, som dominerende aktør, med en bevisst og vel gjennomtenkt strategi inngått en avtale med en konkurrent som var egnet til å demotivere konkurrentens utbygging av infrastruktur. Strategien er valgt med viten om at myndighetene hadde etablert en rekke tiltak for å legge til rette for, og stimulere til, at det tredje mobilnettet ble bygget ut for å oppnå større konkurranse i så vel grossist- som sluttbrukermarkedet. Lagmannsretten mener at denne atferden ikke er forenlig med et slikt særlig ansvar («special responsibility») som følger av EU-domstolens praksis.

5.5 Betydning av markedsforholdene

Staten har anført at det har betydning for misbruksvurderingen i hvilken grad foretaket hadde en dominerende stilling i markedet og for øvrig hvordan markedsforholdene generelt var innrettet, herunder hvilken stilling den aktuelle konkurrenten hadde i markedet. Det er særlig vist til EU-domstolens praksis, og Kommisjonens retningslinjer punkt 20, avsnitt 1-3, 5 og 7. Telenor har ikke imøtegått den rettslige anførselen om at markedsforholdene er relevante for den helhetlige misbruksvurderingen.

Et dominerende foretaks sterke markedsposisjon kan være relevant for misbruksvurderingen, se særlig sak C-23/14 (*Post Danmark II*) avsnitt 59. Telenor hadde relativt høye markedsandeler i så vel grossist- som sluttbrukermarkedet i den aktuelle perioden, jf. kapittel 3 ovenfor. Telenor hadde videre stordriftsfordeler ved at de allerede hadde et utbygget nett, kunne tilby samlokalisering og stod for transmisjon. Disse forhold er relevante for misbruksvurderingen, jf. Kommisjonens retningslinjer, punkt 20, strekpunkt 2.

Lagmannsretten finner at Telenors posisjon i markedet sammenholdt med NwNs posisjon i markedet styrker grunnlaget for å komme til at utnyttelsen av den dominerende stillingen var «utilbørlig». I lys av de øvrige drøftelser ovenfor, finner lagmannsretten det unødvendig å gå nærmere inn på markedsforholdene som argument for at det foreligger utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

5.6 Konklusjon

På bakgrunn av drøftelsene i kapitel 3, 4 og 5 ovenfor, konkluderer lagmannsretten med at vilkårene for misbruk av dominerende stilling, jf. krrl. § 11 jf. EØS-avtalen art. 54 er oppfylt, forutsatt at Telenor ikke kan bevise at det foreligger rettferdiggjørende grunner. Dette spørsmålet drøftes i kapittel 6 nedenfor.

6 Rettferdiggjøring og effektivitetsforsvar

6.1 Innledning og problemstilling

Lagmannsretten har kommet til at Telenor ikke har rettferdiggjort sin atferd i forbindelse med prisomleggingen ved inngåelse av TA2.

Et foretak som er ansett å ha misbrukt sin dominerende stilling kan rettferdiggjøre sin atferd, med den rettsvirkning at foretaket likevel må frifinnes. Dette er sikker rett, og de nærmere vilkårene for slik rettferdiggjøring er utviklet i EU-domstolens praksis. Regelen utgjør en parallell til regelen om rettferdiggjørende grunner i krrl. § 10 tredje ledd, EØS-avtalen art. 53 nr. 3 og TFEU art. 101 nr.3.

Vilkåret om rettferdiggjøring er i EU-domstolens praksis referert til som «objective justification», jf. blant annet sak C-95/04 P (British Airways) avsnitt 69. I vurderingen er det relevant hvorvidt tiltaket er egnet til å bringe effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode jf. dommens avsnitt 86. Utgangspunktene er gjentatt i senere dommer, for eksempel sak C-52/09 (TeliaSonera) avsnitt 75-76 og sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 41.

Det er foretaket som har bevisbyrden for de faktiske omstendigheter som kan begrunne at den konkurranseskadelige atferd er rettferdiggjort. Beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Lagmannsretten tar for dette spørsmålet utgangspunkt i formuleringene i sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 41-42, hvor det legges til grunn at foretaket enten kan bevise at atferden var «objektivt nødvendig» («objectively necessary»), eller at atferden oppveier skaden ved at den bringer effektivitetsgevinster («advantages in terms of efficiency»).

Lagmannsretten forstår Telenors anførsler slik at atferden rettferdiggjøres av at prisomleggingen i TA2 var «objektivt begrunnet», fordi den var utslag av ytelsesbasert konkurranse. Lagmannsretten viser til drøftelsen ovenfor i punkt 5.2.3 som konkluderte med at TA2 ikke var et uttrykk for ytelsesbasert konkurranse.

Etter dette kan Telenors konkurranseskadelige atferd ikke rettferdiggjøres på dette anførte grunnlaget.

Telenors øvrige anførsler er knyttet til et effektivitetsforsvar, som da må tilfredsstille nærmere vilkår oppstilt i sak C-209/10 (Post Danmark I) avsnitt 42:

In that last regard, it is for the dominant undertaking to show that the efficiency gains likely to result from the conduct under consideration counteract any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets, that those gains have been, or are likely to be, brought about as a result of that conduct, that such conduct is necessary for the achievement of those gains in efficiency and that it does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition

Det kreves etter dette at atferden 1) er egnet til å gi effektivitetsgevinster som oppveier konkurransebegrensende virkninger av atferden, 2) at det er årsakssammenheng mellom atferden og effektivitetsgevinsten, 3) at den utviste atferden er nødvendig for å oppnå gevinstene, og 4) at atferden ikke eliminerer kilder til aktuell eller potensiell konkurranse.

Det foreligger så langt ingen saker for EU-domstolen hvor effektivitetsforsvaret har ført frem, jf. *Jones/Sufrin* s. 374.

6.2 Effektivitetsgevinster i sluttbrukermarkedet

Lagmannsretten finner det bevist at prisomleggingen i TA2 var egnet til å ha en viss positiv effekt på konkurransen og prisnivået i sluttbrukermarkedet. Bevisgrunnlaget ligger i første rekke i den faktiske utvikling i konkurransen i markedet, som gjør at det kan trekkes slutninger om rimelige forventninger til effektivitetsgevinster per august 2010.

Slike effekter var særlig til stede for abonnenter som brukte store mengder data, i det disse via NwN fikk lavere, forutberegnelige priser og mer data for pengene enn før. Det vises til en rekke presseoppslag, jf. blant annet One Calls opplysninger om endring i abonnementsvilkår i Tek.no av 23. september 2010, hvor det ble angitt at kunden fikk 4000 minutter og 400 SMS for bare 199 kroner. Videre heter det i presseoppslaget:

I tillegg får du med 10 MMS, og en svært god nyhet er at vi fra 1. oktober øker datamengden du får med i pakken fra 10 MB til 400 MB. Det gjør denne pakken meget gunstig for de aller fleste. Til info øker vi også datamengden på de andre pakkene våre fra 1. oktober. Full Pakke vil ha 500 MB data per måned (før 25 MB) og XXL (før ikke noe data inkludert). Mange gode nyheter med andre ord, avslutter Sandaker.

De samme opplysningene fremgår av oppslaget «One Call kutter prisene» i TEK.NO av 24. september 2010. I dette oppslaget blir det særskilt poengtert at storforbrukere av data fikk et godt tilbud:

I praksis blir det et priskutt for alle som bruker mer enn 10 MB per måned med dette abonnementet. Bruker du mer enn 4000 MB i måneden vil mobilregningen din kuttes med minst 169 kroner per måned.

Opplysningene ovenfor kan ses i sammenheng med tallmateriale i von der Fehrs presentasjon s. 10, hvor det fremgår at NwN i perioden 2010-2014 hadde en prosentvis akkumulert økning i tjenestevolum på 14,2 %, 15,2 % og 6 415 % for henholdsvis tale, SMS og data.

En hovedårsak til denne effekten var at de trafikkvariable grossistprisene ble senket i en slik grad at NwN ved inngåelsen av fikk redusert sine gjestingskostnader med omlag 20 %, til tross for at det ble innført en fastpris per abonnement på ca. 40 kroner, i noen grad variabel med antall abonnenter, jf. beskrivelsen av innholdet i TA2 ovenfor under «sakens bakgrunn».

Innføringen av fastpris i grossistleddet ga også grunnlag for å lage nye kombinasjonsprodukter, jf. bevisførselen omkring abonnementstypene «full pakke», «folkepakke» og flere. Lagmannsretten legger til grunn at TA2 på denne måten ga et bidrag til produktutvikling som var positivt for konkurransen i sluttbrukermarkedet. Det bemerkes imidlertid at pakkepristilbudene var lansert og blitt vanlige allerede i 2009, slik at elementet av innovasjon må anses å ha vært begrenset.

Det må på bakgrunn av bevisførselen legges til grunn at TA2 ga støtet til en umiddelbar priskrig, som etablerte en nytt og lavere prisnivå i sluttbrukermarkedet, jf. blant annet dokumentasjon fra intern presentasjon i Telenor Strategy Plan 2012-2014 (14. juni 2011) punkt 2.1 (FU4924)

Etter dette legger lagmannsretten til grunn at TA2 hadde en positiv virkning på konkurransen i sluttbrukermarkedet, jf. det første av vilkårene oppstilt i Post Danmark I avsnitt 42. Denne etterfølgende faktiske utvikling er et bevismoment som underbygger en oppfatning om at prisomleggingen i TA2 per august 2010 var egnet til å ha en positiv effekt på konkurransen i sluttbrukermarkedet. Det er denne effekten som skal veies mot de konkurranseskadelige effektene av TA2, men slik at de nærmere krav til årsakssammenheng også må vurderes.

Spørsmålet er så om prisomleggingen i TA2 var årsak til effektivitetsgevinstene og om avtalen var nødvendig for å utløse gevinstene, jf. punkt 2 og 3 nevnt innledningsvis.

På basis av bevisførselen finner lagmannsretten at størrelsen av effekten må vurderes i lys en sammenligning med alternativscenariet. At konkurranseeffekten ville oppstått uansett, gjør at Telenors atferd ved inngåelse av TA2 ikke var nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinsten («necessary for achieving those gains»). Årsaksspørsmålet må vurderes ut fra situasjonen per august 2010. Det har ikke avgjørende betydning at TA2 rent faktisk utløste effektivitetsgevinster så langt slike gevinster uansett, i det minste delvis, ville ha blitt utløst under alternativscenariet.

Det er etter bevisførselen grunnlag for å anta at det var en rekke andre omstendigheter som i tillegg til prisomleggingen i TA2, utløste en priskrig i sluttbrukermarkedet i 2010 og at prisene for forbrukerne ble lavere, jf. beskrivelsene ovenfor i punkt 4.4.3.2. En teknologidrevet senkning av prisene for forbrukerne ville etter alt å dømme ha kommet uansett. Priskrigen i sluttbrukermarkedet indikerer at tjenesteleverandører på tidspunktet

for inngåelsen av TA2 hadde beregnet seg for høy avanse på levering av mobiltelefon tjenester, og særskilt hva gjelder databruk. Det lå til rette for at prisene ville bli senket uansett, og en slik prissenkning var for en stor del teknologidrevet, fordi brukermønsteret endret seg med teknologien, noe som førte til større etterspørsel etter «small screen» datatjenester.

Det vises for så vidt til vitneforklaringer fra Brown og Hauger, hvor det ble understreket at alle i markedet forventet en endring fra «big screen» til «small screen». Det var grunn til å anta at databruken per kunde ville øke vesentlig. Den faktiske utvikling ble enda sterkere på dette punktet enn antatt av NwN under kontraktsforhandlingene våren 2010. Det synes klart at en teknologidrevet senkning av priser per august 2010 var forventet uavhengig av TA2.

Denne antakelsen underbygges av at prisnivået på mobiltelefon tjenester ville ha sunket også under TA 1 justert, se Haugers diagram basert på ekomstatistikk inntatt i punkt 4.2 under beskrivelsen av et alternativscenario. Som det fremgår av tabellen ville prisene under TA 1 vært jevnt fallende med et sluttunkt i 2014 som innebar 25% prisfall.

Det ovennevnte viser at det ikke alene var prisomleggingen i TA2 som virket til at konkurranse i sluttbrukermarkedet ble stimulert med lavere priser for forbrukerne til følge. Dette er igjen relevant for å trekke slutninger om hvorvidt TA2 sett fra situasjonen i august 2010 var egnet til å realisere effektivitetsgevinster som kunne oppveie («counterbalance») den konkurransebegrensende virkningen av TA2.

Lagmannsretten kommer på denne bakgrunn til at bare en del av de påberopte effektivitetsgevinster kan anses relevante som en oppveiing («counterbalancing») av TA2s negative effekter for konkurransen.

Telenor har videre anført at prisstrukturen var *nødvendig* for å realisere effektivitetsgevinstene. Muligheten til å tilby mer faste priser i sluttbrukermarkedet var nødvendig for vekst, og det kunne ikke brukes andre prisstrukturer idet geografisk prising ikke var tillatt. Avtakende pris for dekning avhengig av NwN's utbygging ville ikke ha møtt Telenors behov for betaling for dekningsfordelen. Andre løsninger enn topisstrukturen ville ha økt kostnader med å administrere avtalen. Det er videre anført at TA2 ga Telenor betaling for dekning og samtidig forutberegnelighet for NwN.

Lagmannsretten er enig i at forbudet mot geografisk prising eliminerte en del aktuelle prisvarianter. Lagmannsretten reserverer seg imidlertid mot Telenors oppfatning om at en prisstruktur der dekningsavgiften falt etter hvert som NwN bygget ut nettet, som Moen og Riis lanserte som alternativ, vanskelig kunne være kommersielt akseptabel for Telenor, jf. også Øystein Myhrvolds vitneforklaring for lagmannsretten. Oppfatningen står i motstrid med det faktum at Telenor ikke beregnet seg et særskilt vederlag for dekningsfordelen i de to første versjonene av gjestingsavtalen, NRA2008 og TA1. En prising for dekningsfordelen som var omvendt proporsjonal med NwNs utbygging ville være i samsvar med det alminnelige kontraktsrettslige prinsipp om ytelse mot ytelse, og praktisk fullt ut gjennomførlig.

Lagmannsretten er enig i at den omstendighet at andre aktører på grossistmarkedet har ønsket og valgt en todelt prisstruktur, er relevant for vurderingen av hvorvidt TA2 var nødvendig for å frembringe gevinster i sluttbrukermarkedet, men kan ikke se at dette momentet har særlig vekt.

Lagmannsretten kan etter dette ikke se at Telenor har ført bevis for at prisomleggingen i TA2 var nødvendig for å oppnå gevinster i sluttbrukermarkedet. Etter lagmannsrettens syn har den samlede bevisførsel gitt grunnlag for å anta at den samme konkurranse på sluttbrukermarkedet kunne ha blitt oppnådd ved bruk av en variabel pris, slik TA1 la opp til. Det er vanskelig å se at den prisstrukturen med en full dekningsavgift som måtte betales uavhengig av gjesting var nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinstene i markedet. Det har i denne forbindelse interesse at den priskrigen som ble innledet ved at One Call ga mer valuta for pakkeprisene høsten 2010, ble ført mot Tele2, som hang godt med i konkurransen, selv om selskapet opererte med variable priser og ikke et toprissystem (FU6689). Det vises til oppslag i Tek.no; 5. november 2010 (FU4579), hvor det fremgår at Tele2 «med et uttalt mål om å alltid å være billigst har satt lista høyt, men til tross for sterk konkurranse, ... langt på vei innfrir».

6.3 Andre påberopte effektivitetsgevinster

Telenor har videre anført som effektivitetsgevinster at Telenor fikk bilagt konflikten med NwN og sparte utgifter i så måte. Det kan ut fra retningslinjene i rettspraksis stilles spørsmål ved om slike effektivitetsgevinster er relevante. Eksempelvis opererer sak C-95/04 (British Airways) og senere dommer med effektivitetsgevinster som klarere berører konkurransen som helhet. At to parter kommer til enighet kan ikke i seg selv hevdes å være et gode for konkurransen. Årsakssammenhengen mellom en slik enighet og en opprettholdt eller bedret konkurranse er fjern. En vektlegging av enigheten ville også være problematisk i relasjon til at Telenor har bevisbyrden for effektivitetsgevinsten. Det er ikke ført bevis for at bileggelsen av konflikten og sparte utgifter for partene i seg selv har hatt positiv virkning på konkurransen. Lagmannsretten ser etter dette bort fra denne påståtte effektivitetsgevinsten.

Telenor har videre anført at TA2 hindret at konkurrenter oppnådde «fløteskumming» ved å motta en dekningsfordel de ikke betalte tilstrekkelig for. Telenor har i denne forbindelse henvist til Kommisjonens meddelelse, Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 106 og 107, som omhandler motvirkning av fløteskummingeffekter (JU12549). Den omstendighet at prisomleggingen i TA2 gjorde at Telenor fikk betalt for dekningsfordelen er relevant for en helhetlig vurdering av TA2s mulige positive bidrag til konkurransen. Lagmannsretten mener imidlertid at Telenor ville ha vedlikeholdt nettet uansett, og ikke var avhengig av prisomleggingen i TA2 for å gjøre dette. Det vises til at dekningsfordelen var en viktig del av Telenors konkurranseposisjon og et fortrinn som var brukt under markedsføringen. Betydningen av denne effektivitetsgevinsten må også vurderes i lys av reservasjonen i siste del av avsnitt 166 i C-307/18 (Generics). Her blir det påpekt at foretaket ikke kun kan basere seg på egne kommersielle interesser; «exclusively (rely) on

its own commercial interests». Utsagnet taler for varsomhet med å tillegge vekt at foretaket selv oppnår fordeler gjennom den påstått konkurransebegrensende atferden. Effektivitet knyttet til motvirkning av «fløteskumming» kan etter dette ikke ha særlig stor vekt i en samlet vurdering av de effektivitetsgevinster avtalen brakte med seg.

6.4 Samlet avveining

Etter gjennomgangen ovenfor finner lagmannsretten at de effektivitetsgevinster som kan tilskrives prisomleggingen i TA2, og som ikke ville ha kommet uansett, ikke var tilstrekkelige til å oppveie den konkurransebegrensende virkningen av prisomleggingen i TA2. Det vises til at en forsinket bygging av nettet ville ha konkurransebegrensende effekt både på grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet. At utbyggingen av markedenes infrastruktur kunne bli forsinket var negativt for konkurransen i begge markedene, jf. gjennomgangen ovenfor i punkt 4.5.2 og 4.5.3 med henvisning til premissene i KT's og KKN's vedtak. Effektivitetstapet som fulgte av en hindret eller forsinket utbygging kunne vanskelig oppveies av at én avtale mellom to parter i grossistmarkedet hadde en prisstruktur som på kort sikt kunne gi positive ringvirkninger i sluttbrukermarkedet i form av lavere priser. Lagmannsretten legger vekt på at det er et godt bevisgrunnlag for at prisene ville ha blitt senket uansett, jf. den etterfølgende utviklingen i sluttbrukermarkedet og vitneutsagnene om situasjonen vedrørende teknologisk utvikling og brukermønster i tiden før og etter TA2 ble inngått. De øvrige effektivitetsgevinstene Telenor har påberopt må oppfattes som beskjedne.

Lagmannsretten kan ikke se at Telenor har oppfylt bevisbyrden for at TA2 brakte med seg en mulig effektivitetsgevinst som oppveiet den mulige konkurranseskadelige effekten av TA2. Lagmannsretten konkluderer derfor med at Telenor har misbrukt sin dominerende stilling til skade for konkurransen, jf. «utilbørlig utnyttelse», jf. krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54.

7 Samhandelskriteriet

KKN har i vedtakets kapittel 10 konkludert med at EØS-avtalens vilkår «kan påvirke handelen mellom avtalepartene» er oppfylt. Dette vilkåret er et autonomt, EØS-rettslig kriterium, som skal vurderes særskilt i hvert enkelt tilfelle, jf. EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, 2006/EØS/59/06.

Telenor har ikke angrepet denne delen av KKN's vedtak. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å overprøve KKN's vurdering, og leger på samme måte til grunn at det nevnte vilkåret er oppfylt.

8 Skyldkravet

Lagmannsretten har kommet til at Telenor har handlet med tilstrekkelig grad av subjektiv skyld.

Bestemmelsen i krrl § 29 krever for gebyrileggelse at skyldkravet uaktsomhet eller forsett er oppfylt.

Lagmannsretten legger til grunn at forsettskravet i krrl. § 29 skal forstås på samme måte som i strafferetten, jf. Rt-2012-1556. Dersom det foreligger sannsynlighetsforsett i forhold til de objektive vilkår for gebyrileggelse, er det hjemmel for å ilegge gebyr.

På konkurranselovens område, som i strafferetten, kreves det ikke at forsettet omfatter den omstendighet at en handlemåte er ulovlig. Det er tilstrekkelig at forsettet omfatter de faktiske forhold som rammes av de objektive vilkår i sanksjonsbestemmelsen. En grense må trekkes mot unnskyldelig rettsvillfarelse. Denne grensen bør ut fra sammenheng med strafferettsreguleringen hva gjelder forsettskravet som er forutsatt i Rt-2012-1556, korrespondere med grensen for ikke uaktsom uvitenhet om at handlingen er ulovlig, jf. strl. § 26.

Lagmannsretten slutter seg for øvrig til de utdypinger av skyldkravet som er gjort i KKNs vedtak avsnitt 510-518.

Gjennomgangen i kapittel 3-6 ovenfor viser at de objektive vilkår for gebyrileggelse er oppfylt.

Bevisvurderingen vedrørende skyldkravet gjelder ulike personer som kan identifiseres med Telenor, jf. «handler på deres vegne», jf. krrl. § 29 første ledd. Innenfor denne persongruppen faller i alle fall Krogh og Kårhus, men også andre ansatte i organisasjonen. Også selskapets styre faller klart innenfor rammen for identifikasjon.

Lagmannsrettens legger til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at aktørene på Telenors side var klar over de omstendigheter som gjorde at Telenor kvalifiserte for å ha en «dominerende stilling», jf. krrl. § 11. Aktørene var godt kjent med Telenors posisjon i markedet.

Lagmannsretten finner det videre bevist med klar sannsynlighetsovervekt at sentrale personer som handlet på Telenors «vegne» var klar over at prisomleggingen i TA2 hadde en disinsentiverende effekt som var egnet til å skade konkurransen fordi en konkurrents utbygging av infrastruktur ble hindret eller forsinket.

Det har fremgått av gjennomgangen over at sentrale aktører som handlet for Telenor var klar over at prisomleggingen i TA2 kunne føre til at utbyggingen av nettet ble hindret eller forsinket. Aktører i bransjen med ansvar for wholesale-avdeling vil nødvendigvis vite at en forsinkelse i utbygging av infrastruktur vil ha en virkning for konkurransen både på grossistmarkedet og på sluttbrukermarkedet. Det finnes ingen holdepunkter for at noen av de sentrale aktørene på Telenors side, blant andre Krogh og Kårhus, ikke var klar over at prisomleggingen i TA2 var egnet til å frembringe en slik virkning. Det vises til det som er

lagt til grunn om at intensjonen nettopp var å hindre NwNs utbygging av nettet, jf. blant annet notatet fremlagt for styret til styremøtet den 12. august 2010. Sentrale aktører som «handlet på» Telenors «vegne» hadde dermed i det minste sannsynlighetsforsett mht. de objektive vilkårene knyttet til at atferden må være egnet til konkurranseskade, jf. «påvirke handelen», jf. EØS-avtalen art. 54.

Skyldkravet omfatter de objektive faktiske omstendigheter som gir grunnlag for å slutte at atferden innebærer «utilbørlig utnyttelse» av dominerende stilling, jf. § 11 jf. EØS-avtalen art. 54. Det er ikke krav om at forsettet omfatter den omstendighet at atferden blir bedømt som «utilbørlig». Lagmannsretten finner støtte for dette i alminnelig strafferettslig tilnærming til straffebud med vilkår som gjelder rettstridsvurderinger. Synsmåten harmonerer med EU-domstolens tilnærming til det tilsvarende problem vedrørende «abuse», jf. TFEU art. 102. Lagmannsretten viser til sak C-681/11 (Schenker) avsnitt 37-38, sak T-286/09 Intel avsnitt 1601 og sak C-322/81 (Michelin) avsnitt 106-107, jf. for øvrig *Erling Hjelmeng og Jørn Jacobsen*, «Skyldkravet i konkurranseretten», Tidsskrift for Rettsvitenskap 2021s. 3-45 på s. 27.

Lagmannsretten finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at de personer som handlet for Telenor var klar over TA2s virkninger og at denne kunne hindre konkurransen med de kjennetegn som kvalifiserer for utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å komme til at Telenor har handlet i unnskyldelig rettsvillfarelse eller uaktsom rettsuvitenhet, jf. strl. § 26.

Lagmannsretten kan for øvrig slutte seg til flertallets premisser i KKNs vedtak, avsnitt 522-532.

Lagmannsretten finner videre bevist med klar sannsynlighetsovervekt at aktørene på Telenors side har utvist forsett mht. at prisomleggingen i TA2 var egnet til å påføre konkurransen skade. Dette underbygges av det faktum at TA2 var designet for nettopp å bringe denne effekten. At effekten var realistisk var et underliggende premiss for styredokumentene som ble lagt til grunn av Telenors styre ved godkjenningen av TA2.

Lagmannsretten finner etter dette at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor eller noen som handlet på Telenors vegne var klar over, eller minst regnet det som overveiende sannsynlig at innføringen av TA2 var egnet til hindre eller å forsinke utbyggingen av det tredje nettet og at dette var konkurranseskadelig, jf. «kan påvirke handelen», jf. EØS-avtalen art. 54 jf. krrl. § 11.

9 Konklusjon

Etter dette er så vel de objektive som subjektive vilkår for illeggelse av gebyr i medhold av krr.l. § 29 jf. § 11 jf. EØS-avtalen art. 54 oppfylt.

10 Gebyrileggelse og utmåling av gebyr

10.1 Spørsmålet om gebyr skal ilegges

Etter de konklusjoner lagmannsretten har kommet til ovenfor, er det hjemmel for å legge gebyr, jf. krrl. § 29.

Lagmannsretten har kommet til at det ikke er grunn til å overprøve forvaltningens skjønn i dette konkrete tilfellet, og at gebyr skal ilegges.

Den omstendighet at overtredelsen ikke materialiserte seg i konkurranseskade, kan ikke være avgjørende, idet gebyrsanksjonen ellers ville miste mye av sin effektivitet. Etter lagmannsrettens syn taler både individual- og allmennpreventive hensyn med styrke for at gebyrhjemmelen benyttes. Lagmannsretten viser særlig til Telenors subjektive innstilling til inngåelsen av TA2. Den bevisste strategien for å motvirke en konkurrents utbygging av infrastruktur, og dermed samtidig myndighetenes arbeid for å styrke konkurransen, bør møtes med en følbart sanksjon.

10.2 Utmåling av gebyr

Det følger av krrl. § 29 andre ledd andre punktum at det ved utmåling av gebyr skal legges vekt på «foretakets omsetning» og «overtredelsens grovhet og varighet». Ved vurderingen av overtredelsens grovhet er det i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 11. desember 2013 nr. 1465 angitt ulike momenter som det «særlig (skal) tas hensyn til». Etter forarbeidene til loven «bør» utmåling av overtredelsesgebyr «så langt som mulig ... harmoniseres med det som følger av EU/EØS-reglene», jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 241, jf. også Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 41. Dette har blitt fulgt opp i Høyesteretts praksis, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 71-73. Konkurranseloven § 29 annet ledd må videre tolkes i samsvar med Rådsforordning 1/2003 art. 23 nr. 3, som lyder slik:

In fixing the amount of the fine, regard shall be had both to the gravity and to the duration of the infringement.

Ved tolkningen av den norske forskriften er det også relevant å se hen til ESAs «Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel i artikkel 23 nr. 2 bokstav a), som i innledningens avsnitt B og C viser til Kommisjonens retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 2 bokstav a.

Etter forskriften § 3 tredje ledd kan det ved gebyrfastsettelsen tas utgangspunkt i «omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter» i det aktuelle geografiske området for «det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen».

Ved bevisvurderingen under utmålingen legger lagmannsretten til grunn et krav om klar sannsynlighetsovervekt.

Telenor har anført at det ved gebyrfastsettelsen skal legges til grunn året 2012 som siste regnskapsår. Det er vist til at den omstendighet at NwN tapte frekvensauksjonen i 2013 og at det etter dette tidspunkt ikke forelå misbruk. Telenor har ikke vist til noen autoritative kilder som taler for at misbruksperioden skal begrenses slik det er anført.

Lagmannsretten finner at det gir best sammenheng i regelverket om man tar utgangspunkt i den tidsperioden som har lagt til grunn for misbruksvurderingen; altså 18. august 2010 til 30. juni 2014. Dette må i alle fall gjelde så lenge det er et faktum at TA2 gjaldt mellom partene ut hele avtaleperioden. At Tele2 og NwN tapte frekvensauksjonen 2. desember 2013, fikk ikke virkning for selve gjennomføringen av avtalen. Frekvensene ble tilbakelevert først i oktober 2014, altså tre måneder etter avtalens utløp.

Lagmannsretten har vurdert om den omstendighet at tapet av frekvensauksjonen gjorde det uaktuelt for NwN og Tele2 å bygge ut videre, bør påvirke hvilken periode som legges til grunn. Det vises til KKNs resonnement i vedtakets avsnitt 579, hvor det under tvil ble lagt til grunn at videre utbygging ikke lenger var aktuelt etter at Tele2 og NwN tapte frekvensauksjonen 2. desember 2013. Lagmannsretten mener for sin del at dette er et etterfølgende forhold som ikke bør tas i betraktning ved beregning av gebyret. Dersom forbudsregelen skulle ta hensyn til en slik, sett fra avtaletidspunktet 2010, upåregnelig og tilfeldig utvikling, ville forbudsregelens og gebyrets preventive effekt bli undergravd.

TA2 virket fra 1. september 2010 til 30. juni 2014. Dermed blir 2013 «det siste hele regnskapsåret», jf. forskriftens § 3.

Etter dette er KT's premisser for beregning av gebyret korrekte, og lagmannsretten tar på samme måte som KT utgangspunkt i omsetningen for 2013 ved beregning av gebyr.

Telenor har med utgangspunkt i Kommisjonens og ESAs retningslinjer punkt 13, fotnote 10 anført at gebyrfastsettelsen skal ta utgangspunkt i gjestingsmarkedet alene og Telenors omsetning til NwN (for 2012) beregnet til 512 MNOK. Lagmannsretten mener at denne forståelsen ikke er godt underbygget av ordlyden i retningslinjene, jf. Kommisjonens retningslinje punkt 13:

the value of the undertaking's sale of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates in the relevant geographic area within the EEA.

Den tilsvarende retningslinje i ESAs retningslinjer lyder som følger:

... verdien av foretakets omsetning av de varer eller tjenester overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det relevante geografiske området innenfor EØS.

Hvis meningen var så snever som Telenor har anført, ville det vært naturlig å formulere retningslinjen annerledes, blant annet ved ikke å ta med tillegget «or indirectly».

Telenors tolkning er videre uforenlig med EU-domstolens praksis, jf. særlig sak C-231/13 (Innolux) avsnitt 51. Her er det presisert at Kommisjonens retningslinjer om fastsettelse av bøter, punkt 13, som tilsvarende den norske forskriftsregelen, tar utgangspunkt i det aktuelle

berørte markedet («the market concerned by the infringement»). Det kan også vises til sak C-444/11 P (Team relocation) avsnitt 76-78 som peker på at en snever tolkning vil undergrave formålet med sanksjonsreglene. Lagmannsretten forstår etter dette utmålingsforskriften § 3 tredje ledd første punktum slik at det skal tas utgangspunkt i de markeder som direkte eller indirekte er berørt av overtredelsen, jf. bl. a sak C-231/13 (Innolux) avsnitt 51. I vårt tilfelle er dette grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet.

Henvisningen til eksempelet i retningslinjene fotnote nr. 10 kan ikke endre denne vurderingen. I og med at Telenor ved inngåelsen av T2 søkte å begrense eller forsinke NwNs utbygging av infrastruktur som ville øke konkurransen både i grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet, kan det ikke legges til grunn at overtredelsen kun omfattet avtalen med NwN.

Telenor har subsidiært anført at overtredelsen kun «omfatter» grossistmarkedet, jf. forskriftens § 3 tredje ledd første punktum, idet det er vist til myndighetspraksis der nedstrømsmarkedet ikke har blitt inkludert ved bøtefastsettelsen. Lagmannsretten mener at ESAs saker 59129 Color Line og sak 34250 Posten Norge ikke er sammenlignbare med vår sak, idet sakene ikke gjelder påvirkning av et grossistmarked som samtidig påvirker en infrastruktur som er av stor betydning for konkurransen i sluttbrukermarkedet. Kommisjonens sak COMP/39523 gir for øvrig, etter det lagmannsretten kan se, et eksempel på at det tas utgangspunkt i omsetning både på grossist- («wholesale») og sluttbrukermarkedet («retail»), jf. avgjørelsens avsnitt 1492. Lagmannsretten kan ikke se at denne praksisen kan tale mot den tolkningen av forskriften § 3 som er lagt til grunn ovenfor.

Sakens bevisførsel har grundig underbygget den nære sammenhengen mellom grossistmarkedet og bevegelser på sluttbrukermarkedet. Eksemplene på dette er mange, og lagmannsretten nøyer seg med særskilt å nevne den interne diskusjonen i Telenor om dynamikken mellom priser på grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet og den umiddelbare lanseringen av mer data i sluttbrukermarkedets pakkepriser etter inngåelsen av TA2 i grossistmarkedet, jf. beskrivelsen av hendelsesforløpet ovenfor. Hendelsen viser at billig tilgang til infrastruktur i grossistmarkedet har direkte betydning for pris- og ytelsesnivå i sluttbrukermarkedet. En hemming av NwNs utbygging av eget nett ville ha tilsvarende negativ betydning for sluttbrukermarkedet sammenlignet med alternativscenariet. Lagmannsretten finner det derfor klart at begge markeder «direkte eller indirekte» er «omfattet» av overtredelsen i forskriftens forstand. Telenors anførsel om at omsetning til sluttbrukermarkedet ikke skal tas med ved beregning av grunnbeløpet, kan etter dette ikke føre frem.

Telenor har under henvisning til forskriftens § 3 andre ledd bokstav b, særskilt anført at misbrukets manglende faktiske virkning på markedet skal hensyntas ved beregning av gebyret. Det er vist til at TA2 ikke fikk faktisk virkning og at norsk forskrift med hjemmel i lov har rang foran ikke-bindende EØS-retningslinjer om gebyrutmåling. Staten har anført at faktisk virkning bare hensyntas i skjerpende retning og uansett ikke er et tungtveiende moment slik saken ligger an. Staten har også anført at Telenors forståelse av at forskriften

går foran ESAs linjer ikke er forenlig med forarbeidenes forutsetning om EØS-harmonisering av det norske sanksjonssystemet.

Lagmannsretten peker på at forskriftens ordlyd bare angir at det skal «tas særlig hensyn til overtredelsens faktiske innvirkning på markedet». Formuleringen innbyr ikke til å legge vekt på at overtredelsen *ikke* har hatt virkning. En slik forståelse av forskriften ville stå i dårlig sammenheng med at EU-domstolen ved misbruksvurderingen ikke legger vekt på at en konkurranseskadelig effekt ikke har inntrådt, jf. blant annet sak C-457/10 (AstraZeneca) avsnitt 110-111.

Lagmannsretten finner at momentet faktisk virkning ikke gir selvstendig grunnlag for en skjerping av gebyrileggelsen, slik saken ligger an. Det ville imidlertid være inkonsekvent med den øvrige regelanvendelsen dersom fraværet av faktisk virkning skulle virke formildende.

Etter dette legger lagmannsretten under utmålingen ingen vekt på det forhold at overtredelsen ikke har hatt faktisk virkning. Med dette standpunktet blir det ikke nødvendig å ta stilling til hvilken av reglene som har forrang.

Når det gjelder øvrige utmålingsmomenter, legger lagmannsretten til grunn at foretakets skyld er relevant, jf. forskriftens § 3 andre ledd bokstav d. Her må det tale mot Telenor at foretaket har utvist forsett, jf. gjennomgangen ovenfor i punkt 8. Det samme gjelder det forhold at TA2 faktisk ble gjennomført, jf. retningslinjen nevnt i forskriften § 3 andre ledd bokstav f. Lagmannsretten tar videre hensyn til at markedsandeler kan tillegges vekt, jf. forskriften § 3 andre ledd bokstav e.

Telenor har gjort gjeldende at M2M og MBB ikke bør regnes med i omsetningsverdien. Det er korrekt at KKN i vedtakets avsnitt 133 ikke tok endelig stilling til om disse delene av omsetningen skulle inngå i markedet i forbindelse med dominansvurderingen. Lagmannsretten har heller ikke for sin del funnet det nødvendig å ta stilling til dette spørsmålet. Lagmannsretten finner i lys av de momentene i forskriften § 3 andre ledd bokstav d og f nevnt ovenfor, og det forhold at det er valgt en så lav prosentsats som 2 %, at det ikke er grunnlag for å gjøre fradrag i gebyrfastsettelsen på det nevnte grunnlaget.

Etter dette har lagmannsretten vurdert, men ikke funnet grunnlag for, å gjøre endringer i KT og KKNs valg av å bygge på 2 % av omsetningsverdien i begge markeder for 2013. Når det gjelder varigheten av overtredelsen, finner lagmannsretten som nevnt at det bør legges til grunn hele avtaleperioden.

Lagmannsretten har tatt hensyn til at Kommisjonen har endret praksis slik at avrundingsregelen i forskriftens § 3 fjerde ledd er endret, slik at det nå opereres med månedsberegning. Det innebærer at 3 år og 10 måneder vil være det korrekte utgangspunkt for beregningen. Lagmannsretten finner imidlertid etter en helhetsvurdering, og særlig i lys av at ileggelse av gebyr skal ha tilstrekkelig preventiv virkning, jf. forskriften § 3 sjette ledd bokstav f), at det ikke er grunn til å sette ned gebyret på bakgrunn av dette. Gebyret skal opprettholdes med den størrelse som er fastsatt av KT og stadfestet av KKN.

Når det gjelder den konkrete fastsettelsen av gebyret, har Telenor kommet med en rekke anførsler. Det er vist til at overtredelsen ikke er grov, idet det tredje nettet faktisk ble bygget ut og at TA2 hadde positive virkninger for konkurransen i sluttbrukermarkedet. Telenor har videre påpekt at det dreier seg om en ny type brudd på konkurransereglene. Som formildende momenter har Telenor ytterligere vist til at Telenor hadde grunn til å tro at de imøtekom NwNs forretningsmessige behov og strategi. Telenor har videre vist til at avtalestrukturen i TA2 var vanlig og var ansett hensiktsmessig i det aktuelle tidsrommet. Telenor har også vist til at etterforskningen har tatt lang tid og at Telenor på eget initiativ har tatt kontakt med KT for å avklare faktum.

Lagmannsretten har vurdert anførselene, men kommet til at de ikke kan få betydning for gebyrets størrelse.

Når det gjelder anførselen om at KKNs vedtak rammer en atferdsform som ikke konkret har vært vurdert tidligere, er lagmannsretten enig i at dette etter omstendighetene kan ha betydning. Lagmannsretten mener imidlertid at det eventuelt formildende ved dette er tilstrekkelig ivare tatt ved at gebyret er satt så lavt som til 2 % av omsetningsverdi som nevnt i forskriftens § 3. Det vises til at forskriften § 3 tredje ledd siste punktum angir at det kan tas utgangspunkt i inntil hele 30 % av omsetningsverdien, jf. også at ESAs retningslinjer i avsnitt 21 opererer med samme regel. Anførselen om at topriselementer er vanlig, må holdes opp mot den konkrete konteksten: Telenor inngikk som dominerende aktør en avtale objektivt sett egnet til å hindre eller forsinke en konkurrents utbygging av infrastruktur, med subjektiv hensikt å disinsentivere konkurrentens utbygging. Det høye fastpriselementet ble som lagmannsretten tidligere har lagt til grunn, opprettholdt gjennom sluttforhandlingen for å sikre denne effekten. Prisomleggingen i TA2 innebar at NwN måtte betale fastpris også for abonnenter som ikke brukte Telenors nett. Telenor kan vanskelig ha oppfattet denne siden ved avtalen som et ønsket element i tråd med NwNs forretningsmessige strategi. At andre avtaler har en topri modell, og at en slik prismodell er vanlig, med høyst varierende prisnivå på de to komponentene, kan i lys av Telenors konkrete handlemåte ikke innebære et formildende moment

At det har tatt lang tid å opplyse saken før det ble truffet vedtak, kan heller ikke få særskilt betydning. Lang saksbehandlingstid i denne typen saker ikke er uvanlig. Telenor har på adekvat måte bidratt til å opplyse saken, men dette kan ikke i seg selv føre til at gebyret settes ned.

Lagmannsretten har ikke funnet grunnlag for at overtredelsen er «særlig grov», jf. forskriften § 3 femte ledd.

Etter dette fastsettes gebyret til kr. 788 MNOK i tråd med KKNs vedtak, som stadfestet KT's vedtak. På dette grunnlaget blir staten v/Konkurransetilsynet å frifinne.

11 Sakskostnader

Staten har fått medhold i sitt krav om frifinnelse, og dermed «vunnet saken», jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Staten har dermed i utgangspunktet krav på erstatning for sine sakskostnader, jf. samme bestemmelses første ledd.

Saken har omfattet en prosessuell tvist om bevisfremleggelse, som Telenor vant etter at saken ble avgjort i Høyesterett, jf. HR-2010-1790-U. I bevisfremleggelsessaken ble det truffet en egen sakskostnadsavgjørelse, slik at denne delen av saken ikke får konsekvenser for sakskostnadsspørsmålet i hovedsaken.

I etterkant av Høyesteretts avgjørelse traff lagmannsretten ny avgjørelse jf. tvisteloven § 29-24. I denne avgjørelsen fikk Telenor medhold, jf. lagmannsrettens kjennelse av 9. november 2020. Hvor saken gjelder flere krav mellom samme parter, er det samlede utfall av saken avgjørende, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd siste punktum. I denne vurderingen kan det tas hensyn til hvor sakens tyngdepunkt ligger, og hvilke deler av saken som har krevd mest forberedelse, jf. Rt-2011-699 avsnitt 32 og Rt-2013-232 avsnitt 21. Selv om Telenor fikk medhold i krav om bevisfremleggelse, finner lagmannsretten at Staten likevel i lys av sakens tyngdepunkt og nødvendige tidsbruk, klart har vunnet saken i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd første punktum.

Lagmannsretten har vurdert om det er grunn til å fritta Telenor helt eller delvis for sakskostnadsansvaret på grunnlag av bestemmelsen i tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Av bestemmelsens ulike alternativ, har lagmannsretten særlig festet seg ved alternativet «om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom», jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a. Lagmannsretten mener at det for vurderingen av om dette vilkåret er oppfylt er relevant at KKN opprettholdt KT's vedtak under dissens. Den omstendighet at KKNs avgjørelse ikke var énstemmig, taler isolert sett for at det var grunn til å få saken prøvd for retten.

Det må likevel foretas en bredere vurdering av hvorvidt det er «tungtveiende grunner» til å fritta tapende part for sakskostnadsansvaret, jf. Rt-2011-878 avsnitt 13 og Rt-2010-1139 avsnitt 16. Det kreves med andre ord noe i tillegg til at saken var tvilsom. Idet Telenor er en vel oppdrevet, finansielt sterk bedrift som i lang tid har hatt høy omsetning, er det ikke grunn til å vektlegge partenes styrkeforhold. Velferdsmessige grunner er ikke aktuelt.

Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger andre spesielle omstendigheter som kan utgjøre «tungtveiende grunner» til fritak fra kostnadsansvaret. Lagmannsretten bemerker at hovedregelen om at den som vinner saken skal få erstattet sakskostnader ikke bør undergraves. Dette må særlig gjelde på et område hvor den tapende part har fått prøvd saken i en spesialtilpasset klageinstans. Lagmannsretten har alt i alt blitt stående ved at Telenor skal dekke statens kostnader med saken.

Staten har totalt krevd 3 987 125 kroner, hvorav 3 237 125 kroner er salær, mens 750 000 kroner er utgifter til sakkyndige. Lagmannsretten finner i betraktning av sakens omfattende karakter, og i lys av kostnadsoppgaven fremlagt av Telenor, at kravet faller innenfor

«partens nødvendige kostnader ved saken» som det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd første og andre punktum.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist, jf. tvisteloven § 19-4 femte ledd første punktum. Årsaken er at saken har vært så arbeidskrevende at det ikke har vært mulig å overholde fristen, jf. tvisteloven § 19-4 femte ledd tredje punktum, jf. annet punktum.

Dommen er énstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Staten v/konkurransetilsynet frifinnes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Telenor ASA 3 987 125 -
tremillionernihundreogåttisyvtusenettthundreogtjuefem – kroner. Oppfyllelsesfristen
er to uker fra forkynnelsen av dommen.

Bjarte Askeland

Elisabeth Deinboll

Beate Blom

Dokumentet er i samsvar med undertegnet original.

Hjørdis Skogen

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.