



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 09.03.2026

Saksnr.: 25-039998ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Jannicke Johannesen
Magnus Schei
Carl August Heilmann

Ankende part	Telenor Norge AS	Advokat Kaare Andreas Shetelig
Ankende part	Telenor ASA	Advokat Kaare Andreas Shetelig
Ankemotpart	Telia Norge AS	Advokat Andreas Stang Lund Advokat Sindre Johann Abusland Svendsen

Saken gjelder spørsmål om to erstatningskrav er foreldet. Kravene bygger på vedtak fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA) om brudd på EØS-avtalen artikkel 54 for utilbørlig utnyttelse (misbruk) av dominerende stilling i form av marginskvis.

Sakens bakgrunn

Ringerike, Asker og Bærum tingrett har i dom 13. januar 2025 gitt følgende ubestridte fremstilling av sakens bakgrunn og problemstillinger:

Ved stevning til Ringerike, Asker og Bærum tingrett av 24. november 2022 reiste Telia Norge AS («Telias») krav mot Telenor ASA og Telenor Norge AS (samlet «Telenor»), med krav om erstatning for tap som følge av konkurranseskadelige handlinger i det norske mobilmarkedet i perioden 2008 til 2014. Telia gjør gjeldende at Telenor ved misbruk av sin dominerende stilling forsettlig eller uaktsomt har påført flere aktører i markedet tap, – selskaper som etter oppkjøp og fusjoner senere er blitt en del av Telia. De aktuelle selskapene er Network Norway AS («Network Norway»), Ventelo AS («Ventelo»), TDC Norge AS («TDC»), Phonero AS («Phonero»), Tele2 Norge AS («Tele2») og Get AS («Get»).

Partene er enige om at det ikke skilles mellom de to saksøkte Telenor-selskapene, som vil være solidarisk ansvarlige hvis retten skulle komme til at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Telias krav bygger på to endelige vedtak fra konkurransemyndighetene:

1. Konkurransetilsynet fattet 21. juni 2018 vedtak om at Telenor hadde misbrukt sin dominerende stilling i grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet for mobiltjenester i Norge, ved å avtale en prismodell for tilgang til Telenors mobilnett som var egnet til å redusere Network Norways insentiver til å bygge et eget mobilnett. Tilsynet mente i korthet at en månedlig dekningsavgift per SIM-kort kombinert med lave trafikkpriser ga Network Norway mindre insentiv til å bygge ut eget nett fordi besparelsen ved å flytte trafikk over i eget nett da ble lavere. Tilsynet konkluderte med at Telenor hadde brutt konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, og ila et overtredelsesgebyr på NOK 788 000 000. Tilsynet la til grunn at misbruket varte fra inngåelsen av avtalen 18. august 2010 til opphør av avtalen 30. juni 2014.

Vedtaket ble opprettholdt i Konkurranseskjennelsen og stadfestet ved Gulatingslagmannsretts dom av 24. juni 2021. Videre anke til Høyesterett ble nektet fremmet ved kjennelse av 26. november 2021.

2. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) fattet 19. juni 2020 vedtak om at Telenor i perioden 2008-2012, hadde misbrukt sin dominerende stilling i grossistmarkedet for tilgang til mobilnett ved å gi tilgangskjøpere utilstrekkelige marginer til å konkurrere mot Telenors priser i markedet for frittstående mobilt bredbånd («MBB») til privatkunder («B2C»). ESA mente at Telenor hadde brutt EØS-avtalen artikkel 54 og ila en bot på EUR 111 951 000.

Vedtaket ble opprettholdt av EFTA-domstolen ved dom av 5. mai 2022 (Sak E-12/20).

Telia krever erstatning for økonomisk tap som anføres å være påført alle de ovennevnte selskapene som følge av den ulovlige marginskvisen. Tapet består dels av overpris, - differansen mellom betalt pris for data og riktig kontrafaktisk pris, og dels av tapt fortjeneste som følge av tapte kunder og markedsandeler. Telia krever også erstatning på vegne av Network Norway for økonomisk tap som følge av den ulovlige prismodellen i avtalen av 18. august 2010, såkalt Tilleggsavtale 2 («TA2»), som fastslått i Konkurransetilsynets vedtak.

Telenor gjør gjeldende at alle kravene er foreldet etter foreldelsesloven § 9 jf. konkurranseloven § 34 første ledd. Telia bestrider foreldelse under henvisning til konkurranseloven § 34 andre ledd, som gir tilleggsfrist for å anlegge søksmål på ett år fra endelig vedtak eller dom i saken. Telenor anfører at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse dels fordi forholdene var foreldet før bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2014, og dels fordi deler av kravet fremmes på vegne av aktører som ikke er omfattet av ESAs vedtak. Et hovedspørsmål er på hvilket tidspunkt hvert av de anført skadelidte selskapene hadde eller burde ha skaffet seg, tilstrekkelig kunnskap til å anlegge sak, jf. foreldelsesloven § 9. Det er enighet om at skjæringstidspunktet for kunnskap er 1. januar 2011, tre år før konkurranseloven § 34 andre ledd trådte i kraft. I den grad bestemmelsen kommer til anvendelse, er søksmålet reist i tide fordi det er gått mindre enn ett år fra endelig vedtak og dom.

Retten besluttet med samtykke partene å dele forhandlingene og pådømmelsen, slik at foreldesspørsmålet behandles og avgjøres først, jf. tvisteloven § 16-1 første og andre ledd tredje punktum. [...]

Ringerike, Asker og Bærum tingretts dom 13. januar 2025 har følgende slutning:

1. Ingen av kravene fra Telia Norge AS på vegne av selskapene Network Norway AS, Ventelo AS, TDC Norge AS, Tele2 Norge AS, Phonero AS og Get AS som følger av Telenor ASAs og Telenor Norge AS misbruk av dominerende stilling, jf. Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018 og ESAs vedtak av 19. juni 2020, er foreldet.
2. Sakskostnadsspørsmålet utstår til endelig avgjørelse i saken.

Telenor Norge AS og Telenor ASA har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Anken gjelder bare om Telias krav om erstatning for tap som Network Norway og Ventelo skal ha lidt som følge av marginskvis, er foreldet. Anken omfatter verken om Telias krav om erstatning for tap som TDC Norge, Tele2 Norge, Phonero og Get skal ha lidt som følge av marginskvis eller om Telias krav om erstatning for tap som Network Norway skal ha lidt som følge av SIM-kortavgiften etter Tilleggsavtale 2 (TA2), er foreldet.

Ankeforhandling ble holdt fra 22. til 28. januar 2026 i Borgarting lagmannsretts hus.

Ankende parter, **Telenor Norge AS og Telenor ASA**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Telias krav om erstatning for tap som de to tilgangskjøperne Network Norway og Ventelo påstår å ha lidt som følge av Telenors overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 ved marginskvis i markedet for mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder, er foreldet.

Network Norway og Ventelo fikk nødvendig kunnskap om overtredelsen av EØS-avtalen artikkel 54 før skjæringstidspunktet for kunnskap 1. januar 2011, jf. foreldelsesloven § 9.

Selv om det skulle følge av EØS-retten at foreldelsesfristen som hovedregel først begynner å løpe fra det tidspunktet da resyméet av ESAs vedtak ble publisert, er det uten betydning for vår sak. Telenor har godtgjort at Network Norway og Ventelo hadde nødvendig kunnskap for å anlegge erstatningssøksmål før dette tidspunktet. Den omvendte bevisbyrden som EØS-retten oppstiller, er dermed oppfylt, jf. EU-domstolens dom 18. april 2024 i sak C-605/21 (Heureka) avsnitt 64 til 71. Heureka-dommen avsnitt 71 gir ingen holdepunkter for at det gjelder en høy terskel for å godtgjøre slik kunnskap.

Det springende punktet for når foreldelsesfristen begynte å løpe, er når Network Norway og Ventelo hadde nødvendig kunnskap om at det relevante produktmarkedet var mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder, og ikke et bredere produktmarked som også inkluderte data på mobiltelefon (MTDS). Det var marginskvis i MBB-markedet, men ikke i et bredere marked. Avgrensningen av det relevante produktmarkedet beror på en vurdering av etterspørselssubstitusjon og tilbudssubstitusjon. Det er aktørene i mobil- og bredbåndsmarkedene som har best forutsetninger for å kjenne de faktiske omstendighetene som markedsavgrensningen bygger på. Aktørenes synspunkter er relevante, jf. ESAs retningslinjer om markedsavgrensning fra 1998 avsnitt 33, 34 og 40.

Network Norway og Ventelo hadde tilstrekkelig kunnskap før skjæringstidspunktet 1. januar 2011 til å foreta en kvalifisert avgrensning av det relevante produktmarkedet til mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder basert på *etterspørselssubstitusjon*, jf. de sakkyndige fra Menon Economics. Network Norway og Ventelo hadde informasjon om produktegenskaper, bruksområder og priser, og det forelå offentlig tilgjengelige markeds- og kundeundersøkelser. Dette forklarte også vitnene Harald Krohg og Geir Løvnes. Network Norway, Ventelo, Tele2, Phonero og Telia la selv til grunn at MBB var et eget marked i den aktuelle perioden.

ESAs vurdering av etterspørselssubstitusjon bygde på markedsinformasjon som i hovedsak var tilgjengelig. Det var ikke nødvendig med informasjon om de marginale kundenes bruksmønster. Dersom Network Norway og Ventelo ønsket å utelukke at de marginale kundene ville gått over til data på mobiltelefon (MTDS) ved en liten varig prisøkning på mobilt bredbånd (MBB), kunne de gjort en enkel markeds- eller forbruksundersøkelse. Dette ville ikke medført noen uforholdsmessig kostnad. «Cellophane fallacy»-

problematikken er ikke relevant. At ESA brukte faktiske markedspriser, tilsier at «cellophane fallacy» ikke ble sett som et problem. Telia har heller ikke vist at kontrafaktiske konkurransepriser ville gitt mindre prisforskjell mellom MTDS og MBB.

Network Norway og Ventelo hadde også tilstrekkelig kunnskap før skjæringstidspunktet 1. januar 2011 til å foreta en kvalifisert markedsavgrensning basert på *tilbudssubstitusjon*, jf. igjen Menon Economics. Network Norway og Ventelo var hver for seg klar over at de selv ikke lønnsomt kunne tilby MBB-produkter med de tilgangsprisene som de hadde og at de andre tilgangskjøperne var i en tilsvarende situasjon. Network Norway og Ventelo var også klar over at Telenor var underlagt en ikke-diskrimineringsplikt. I tillegg var tilbydernes kostnadsstruktur og markedsandeler kjent. At det var netteiere som aktivt tilbød MBB-produkter, var også kjent. Network Norway og Ventelo trengte ikke informasjon om tilbyderne som allerede var i markedet for MBB-produkter ved bruk av «most suppliers»-testen som ESA brukte, jf. EFTA-domstolens dom avsnitt 161 og 166. Denne testen var i tråd med gjeldende rett. Dersom Network Norway og Ventelo hadde brukt denne testen, ville de kommet til samme konklusjon som ESA. Ved vurderingen av om MTDS-tilbyderne hadde økonomiske insentiver til å bytte til å tilby MBB, skal det tas utgangspunkt i de faktiske vilkårene, herunder eventuell marginskvis, jf. EFTA-domstolens dom avsnitt 175 og 176.

Nkoms tidligere markedsavgrensning er uten betydning for kunnskapskravet. Nkoms vedtak 23. januar 2006 så ikke på mobile datatjenester i det hele tatt, og Nkoms vedtak 5. august 2010 taler for at data på mobiltelefon (MTDS) og mobilt bredbånd (MBB) var to forskjellig markeder, som riktignok var i ferd med å konvergere, jf. den vedlagte markedsundersøkelsen avsnitt 63. Reguleringsmyndighetenes tidligere markedsavgrensninger er uansett ikke bindende, og de gir ikke grunnlag for noen berettiget forventning om en bestemt markedsavgrensning, jf. ESAs vedtak avsnitt 343 og 344 og EFTA-domstolens dom avsnitt 168. Angivelig innrettelse etter forvaltningspraksis er ikke unnskyldelig rettsuvitenhet.

Tidsnære bevis viser at *Network Norway* hadde tilstrekkelig kunnskap om at selskapet ble utsatt for marginskvis i markedet for mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder i juni 2009, senest høsten 2010. Network Norway ga uttrykk for at selskapet ble utsatt for marginskvis i MBB-markedet i møter med Telenor 8. mai 2009 og utover våren 2010, samt i brev til Telenor 19. mai 2009, 9. juni 2009 og 17. mars 2010. At Network Norway mente seg utsatt for marginskvis den gang, er lagt til grunn av ESA, EFTA-domstolen og Konkurransetilsynet. At selskapet ikke gikk til søksmål den gang, hadde andre årsaker enn mangel på kunnskap, jf. vitnet Geir Løvnes. At Network Norway fremsatte krav 8. mai 2013 og varslet søksmål 4. september 2013 overfor Telenor, uten at det var tilkommet nye opplysninger eller dokumenter, illustrerer at kunnskapskravet var oppfylt før skjæringstidspunktet.

Tidsnære bevis viser at *Ventelo* hadde tilstrekkelig kunnskap om at selskapet ble utsatt for marginskvis i markedet for MBB til privatkunder senest høsten 2009, jf. Harald Krohg og Ventelos brev til Telenor 3. november 2009. At kunnskapskravet var oppfylt før skjæringstidspunktet, underbygges av Ventelos uttalelse til ESA 16. mai 2014.

Dersom EØS-retten krever at foreldelsesfristen under enhver omstendighet ikke kan begynne å løpe før overtredelsen er opphørt, er også det uten betydning for vår sak. Bruttomarginskvisen som erstatningskravene bygger på, opphørte før skjæringstidspunktet, 1. januar 2011. En eventuell nettomarginskvis i perioden etter dette, utgjør et annet krav og faller dermed utenfor tilleggsfristen i konkurranseloven § 34 andre ledd. Bestemmelsen gjelder bare krav som bygger på «endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken», det vil si «follow on»-krav, jf. NOU 2015:11 punkt 13.3 og 13.5.9.2, og ikke «stand alone»-krav.

ESAs vedtak er klart avgrenset i tid. ESA har ikke funnet noen overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 i tiden etter 31. august 2010 for Network Norway og 30. november 2010 for *Ventelo*. ESA vurderte ikke eventuelle nettomarginer etter disse to datoene, jf. avsnitt 872. ESAs uttalelse i avsnitt 410 om at det var «likely» med negative nettomarginer etter disse datoene, står i en spesiell kontekst (tilbudssubstitusjon for tjenestetilbydere). Videre bygger uttalelsen på nedstrømskostnader fra Analysys Mason til tross for at det er Telenors nedstrømskostnader som er relevante, jf. avsnitt 677. Eventuell nettomarginskvis etter 31. august 2010 for Network Norway og 30. november 2010 for *Ventelo*, er uansett «stand alone»-krav. Negative marginer er bare nødvendig, og ikke tilstrekkelig, til å konstatere en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54.

Telia har heller ikke sannsynliggjort nettomarginskvis i tiden etter 31. august 2010 for *Network Norway* på selvstendig grunnlag. Med Telenors estimerte nedstrømskostnader hadde Network Norway positive nettomarginer fra september 2010 og ut 2012, jf. Menon Economics. Oslo Economics' bruk av nedstrømskostnader fra Analysys Mason, oppfyller ikke kravene til «Equally Efficient Competitor»-testen (EEC-testen) og er beheftet med en betydelig grad av usikkerhet. Med «periode for periode»-metoden som ESA brukte, blir det likevel positive nettomarginer fra september 2010 til september 2011. Oslo Economics er avhengig av at det bare er «Discounted Cash Flow»-metoden (DCF-metoden) som brukes og at analyseperioden forlenges til juni 2014, for å få negative nettomarginer. Konklusjonen blir da ikke robust.

Telia har ikke påvist negative nettomarginer for *Ventelo* etter 30. november 2010. Det kan riktignok ikke utelukkes.

Det er lagt ned følgende påstand:

1. Kravene fra Telia Norge AS for selskapene Network Norway AS og Ventelo AS, som følge av Telenor ASAs og Telenor Norge AS misbruk av dominerende stilling som fastslått i ESAs vedtak 29. juni 2020, er foreldet.
2. Telia Norge AS dømmes til å betale sakskostnader for tingretten og lagmannsretten for så vidt gjelder kravene for selskapene Network Norway AS og Ventelo AS.

Ankemotparten, **Telia Norge AS**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Telias krav om erstatning for tapet som Network Norway og Ventelo har lidt som følge av Telenors overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 i form av marginskvis, er ikke foreldet.

Det er to alternative grunnlag for at foreldelse ikke har inntrådt. For det første følger det av EØS-retten at foreldelsesfristen ikke begynner å løpe før overtredelsen er opphørt, jf. Heureka-dommen avsnitt 56 til 63. EFTA-domstolens dom 17. desember 2018 i sak E-10/17 (Nye Kystlink) står ikke i motstrid til EU-domstolens praksis. Uansett må EU-domstolens etterfølgende praksis, legges til grunn. For det andre følger det av EØS-retten at foreldelsesfristen som hovedregel ikke begynner å løpe før resyméet av konkurransemyndighetenes vedtak er kunngjort, jf. Heureka-dommen avsnitt 64 til 69. For at fristen skal begynne å løpe før kunngjøringen, må skadevolderen godtgjøre at skadelidte hadde fått kunnskap om opplysningene som var nødvendige for å anlegge søksmål på et tidligere tidspunkt, jf. avsnitt 70 og 71.

Telenors overtredelse opphørte ikke før skjæringstidspunktet 1. januar 2011. ESA åpnet for at overtredelsen overfor *Network Norway* kan ha pågått lenger enn til 31. august 2010, jf. avsnitt 410, men ESA prioriterte ikke å gå inn på dette, jf. avsnitt 871 og 872.

Overtredelsen opphørte ikke fra denne datoen. Oslo Economics' analyser bekrefter ulovlig marginskvis i perioden fra 1. januar 2011 til juni 2014. ESA anerkjenner kontantstrømmetoden DCF som en alternativ måte å vurdere marginskvis på. Riktig tidsperspektiv for DCF-vurderingen må være utløpet av tilgangsavtalen (TA2).

Investeringsbeslutninger tas med utgangspunkt i den avtalen man har. Avtalen ble heller ikke endret.

Også *Ventelo* forble i marginskvis etter utløpet av perioden som ESA prioriterte å gå inn på. Oslo Economics' analyser bekrefter negative marginer i perioden fra 1. januar 2011 til juni 2014. Dette synes også Menon Economics å være enig i.

Telias krav om erstatning er utvilsomt dekket av konkurranseloven § 34. Det dreier seg om krav som følge av en konstatert overtredelse av konkurransereglene. En overtredelse kan vare lenger enn det konkurransemyndighetene har lagt til grunn, jf. generaladvokatens forslag til avgjørelse i Heureka-saken avsnitt 85 til 89. Data på mobiltelefon (MTDS) og mobilt bredbånd (MBB) fortsatte å være to separate markeder i 2013 og 2014. Negative

nettomarginer i markedet for MBB er da tilstrekkelig for å påvise overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54.

Telenor har uansett ikke godtgjort at Network Norway og Ventelo hadde nødvendig kunnskap til å ta ut søksmål før skjæringstidspunktet 1. januar 2011.

Resyméet av ESAs vedtak ble kunngjort 3. september 2020. Det var først da det forelå et bindende vedtak som kunne danne grunnlag for et «follow on»-søksmål for nasjonale domstoler, jf. ODA-avtalen protokoll 4 artikkel 16. I saker om erstatning etter overtredelse av konkurransereglene, tilsier effektivitetsprinsippet at terskelen er høy for at skadevolder kan sies å ha godtgjort at skadelidte hadde slik kunnskap.

Et saksanlegg måtte basert seg på at mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder var et eget marked. Et saksanlegg før 2011 med en slik markedsavgrensning, ville hatt svært liten mulighet for å føre frem. Et krav om saksanlegg før 2011, vil dermed innebære at det blir umulig eller uforholdsmessig vanskelig i praksis å forfølge krav som følge av brudd på EØS-konkurransereglene. Dette vil være i strid med effektivitetsprinsippet.

At mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder var et eget marked, ville vært i strid med Nkoms vedtak og markedsanalyse 5. august 2010. Vedtaket og analysen er tidsnære og uavhengige bevis for hva som var den gjeldende markedsforståelsen den gangen. Nkom skal bruke de samme metodene ved markedsavgrensningen som i konkurranseretten, jf. ESAs retningslinjer for markedsanalyse og beregning av sterk markedsposisjon fra 2004. I motsetning til Network Norway, Ventelo og andre tilgangskjøpere, har Nkom tilgang til all relevant informasjon. Det må særdeles gode bevis til for å nå frem med en annen markedsforståelse enn den som et fagorgan som Nkom har. Tilgangskjøperne hadde ikke slike bevis den gang. Praksis fra EU-kommisjonen ga heller ingen holdepunkter for at MBB til privatkunder var et eget marked den gang – tvert imot. All praksis underbygde at vurderingen av eventuell marginskvis måtte gjøres på et aggregert nivå der data på mobiltelefon (MTDS) og mobilt bredbånd (MBB) utgjorde ett samlet produktmarked.

ESA vektla omfattende faktisk informasjon som verken Network Norway, Ventelo eller andre tilgangskjøpere hadde tilgang til før 2011. Ifølge EU-kommisjonens meddelelse om avgrensning av det relevante marked fra 2024 avsnitt 80, er interne dokumenter særlig relevante når de er utarbeidet som ledd i den normale driften. ESA la betydelig vekt på Telenors interne dokumenter. ESA hadde til og med et eget punkt om dette, jf. avsnitt 311 flg. ESA bygde også på markedsdata fra tiden etter 2010. At ESA hadde tilgang til mye informasjon som Nkom ikke hadde i 2010, var en viktig grunn til at ESA konkluderte annerledes enn Nkom.

Ifølge Oslo Economics var det ikke mulig for hver enkelt tilgangskjøper å dokumentere at det var begrenset *tilbudssubstitusjon* mellom data på mobiltelefon (MTDS) og mobilt

bredbånd (MBB) til privatkunder. Det var rett nok på det rene at samtlige tilbydere av MTDS var i stand til å tilby MBB, rent teknisk. Den enkelte tilgangskjøperen kunne imidlertid ikke vite at de øvrige tilbyderne av MTDS ikke hadde økonomiske insentiver til å gå inn i eller øke tilstedeværelsen i markedet for MBB, jf. ESAs vedtak avsnitt 366 og 367. Tilgangskjøperne kjente ikke hverandres vilkår, som var forskjellige tross Telenors ikke-diskrimineringsplikt. Hver enkelt tilgangskjøper kunne ikke dokumentere at andre tilgangsavtaler med Telenor innebar marginskvis. Hver enkelt tilgangskjøper kunne heller ikke dokumentere at konkurransen mellom tilbyderne Telenor og Telia var «dempet», at Tele2s tilgangsavtale med Telia ville gi negative marginer og at det ikke var mulig å oppnå en bedre avtale med Telia, slik ESA kunne, jf. avsnitt 372 og 373.

Ifølge Oslo Economics var det heller ikke mulig for hver enkelt tilgangskjøper å dokumentere begrenset *etterspørselssubstitusjon*. Den enkelte tilgangskjøperen manglet informasjon om fordelingen av MBB-kundenes forbruksmønstre. ESA kunne innhente interne dokumenter og data hos Telenor om dette. Gjennomsnittsberegninger av MBB-kundenes bruksmønstre er ikke tilstrekkelig. Det er nødvendig med detaljert informasjon om de marginale kundenes forbruksmønstre for å unngå feilslutninger for markedsavgrensningen.

Menon Economics har lagt for stor vekt på produktenes egenskaper og bruksområder. Omfattende opplysninger om produktenes egenskaper og bruksområder, prisforskjeller mellom MTDS og MBB samt forbruker- og markedsundersøkelser, fikk uansett ikke Nkom til å konkludere med at MBB til privatkunder var et eget marked i 2010. Det kan ikke kreves at Network Norway og Ventelo skulle gjort egne markedsundersøkelser.

At mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder ikke var et eget marked, var også Telenors syn den gangen. Ifølge Harald Krohg baserte Telenor seg nettopp på Nkoms markedsanalyser. Når Telenor ut fra sin kunnskap og dominerende stilling ikke så MBB til privatkunder som et eget marked, kan det ikke med noen rimelighet forventes at den enkelte tilgangskjøperen skulle legge det motsatte til grunn.

Korrespondansen i 2009, 2010 og 2013 som Telenor har vist til, viser ikke tilstrekkelig kunnskap til å begrunne søksmål. Den må ses i lys at partene var i krevende forhandlinger.

Uvitenhet om riktig markedsavgrensning er ikke uvitenhet om rettsregler. Markedsavgrensning etter konkurransereglene må skje konkret, basert på faktum, jf. EU-kommisjonens meddelelse om avgrensning av det relevante marked 22. februar 2024 avsnitt 14. Klarlegging av slike sammenhenger er av faktisk art, jf. HR-2020-1790-U avsnitt 28.

Det er lagt ned følgende påstand:

Anken forkastes.

Lagmannsrettens vurdering

1 Hva lagmannsretten skal ta stilling til

Telia krever erstatning for tapet som de to tilgangskjøperne Network Norway og Ventelo skal ha lidt i perioden 2008 til 2014. Kravet er en følge av Telenors overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54, jf. ESAs vedtak 29. juni 2020 og EFTA-domstolens dom 5. mai 2022 om misbruk av dominerende stilling i form av marginskvis i markedet for mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder i Norge. Spørsmålet som lagmannsretten skal ta stilling til, er om Telias erstatningskrav er foreldet.

For «krav som følge av brudd på denne loven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 gjelder foreldelsesloven, herunder § 9 [...]», jf. konkurranseloven § 34 første ledd. Det er gitt en bestemmelse om tilleggsfrist i konkurranseloven § 34 andre ledd, som lyder slik:

Selv om foreldelsestiden er ute, kan krav som nevnt i første ledd dessuten settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.

Konkurranseloven § 34 trådte i kraft 1. januar 2014. Det var først ved lov 15. april 2016 nr. 2 med ikrafttredelse 1. juli 2016 at bestemmelsen ble endret til også å gjelde for krav som følge av brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Partene er enige om at det er uten betydning for vår sak at det først var fra dette tidspunktet at bestemmelsen omfattet krav som følge av brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Lagmannsretten er enig i dette, og viser til at det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet ville ledet til det samme resultatet.

Telia fremsatte krav om erstatning som følge av brudd på EØS-avtalen artikkel 54 ved særskilt søksmål 24. november 2022. Dette var innen ett år etter EFTA-domstolens dom 5. mai 2022 i saken, jf. konkurranseloven § 34 andre ledd. Tilleggsfristen etter § 34 andre ledd kan imidlertid ikke påberopes om foreldelsesfristen etter foreldelsesloven var utløpt før ikrafttredelsen 1. januar 2014.

Telias erstatningskrav bygger på den ulovfestede culperegelen. Slike krav foreldes tre år etter «den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige», jf. foreldelsesloven § 9 første ledd første punktum. Telias krav vil således være foreldet dersom kunnskapskravet var oppfylt tre år før konkurranseloven § 34 trådte i kraft. Skjæringstidspunktet for kunnskap er etter dette 1. januar 2011.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Foreldelsesloven § 9

Etter foreldelsesloven § 9 løper foreldelsesfristen «fra det tidspunkt skadelidte fikk eller burde skaffet seg kunnskap om de konkrete økonomiske skadevirkningene han er – eller vil bli – påført som følge av den ansvarsbetingende handlingen». Skadelidtes kunnskap må i tillegg omfatte «alle vilkårene for erstatningsansvar», det vil i korthet si ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng, «men skadens omfang behøver ikke være klarlagt i detalj», jf. HR-2023-585-A avsnitt 34, jf. HR-2021-530-A avsnitt 29. Det uttales videre i HR-2023-585-A avsnitt 35 og 36:

(35) I Rt-2007-1665 avsnitt 54 er det videre forutsatt at de opplysningene som fordringshaver kjente eller burde ha kjent, må være så vidt sikre at de gir grunn til å reise erstatningssøksmål med utsikt til positivt resultat. I dette ligger at skadelidte – tross uvitenhet om utfallet – må ha rimelig grunn til å få ansvarsspørsmålet prøvet for domstolene, jf. Rt-2001-1702 på side 1712.

(36) Kunnskapskravet gjelder som hovedregel de faktiske forhold. Såkalt rettsuvitenhet eller rettsvillfarelse – at skadelidte har vært ukjent med de relevante rettsreglene – har altså i utgangspunktet ikke betydning for når foreldelsesfristen begynner å løpe, jf. Rt-1979-492 Varfjell på side 497-498 og Rt-2008-1665 Periscopus avsnitt 31.

Om uvisshet om at et søksmål vil føre frem som utelukkende skyldes en uavklart rettstilstand, jf. Rt-2008-1665 Periscopus avsnitt 41, uttales det i avsnitt 42:

(42) I slike tilfeller kan det etter mitt syn ikke være tilstrekkelig å vente til man er kjent med at man har rimelig mulighet til å nå frem med et søksmål. Det avgjørende må – slik lagmannsretten har uttrykt det – være om kravshaveren – tross uvitenhet om hvilket utfall et søksmål vil få – har rimelig grunn til å få kravet prøvet av domstolene. Staten har i skranken for Høyesterett presisert dette som et spørsmål om kravet – tross usikkerhet om endelig utfall – er prosedabelt. Jeg kan slutte meg til denne måten å uttrykke det på, noe som innebærer at det i disse sakene må legges en noe større prosessrisiko på kravshaverne.

Det gjelder også en aktsomhetsplikt, jf. ordlyden «burde skaffet» og Rt-1994-190 (side 194), hvor det uttales:

Foreldelsesfristen kan begynne å løpe selv om en skadelidt ikke har positiv kunnskap om at ansvarsbetingelsene er oppfylt og at det foreligger årsakssammenheng. Det avgjørende er om skadelidte har rimelig foranledning til å gå til søksmål. Skadelidte har en undersøkelsesplikt, forutsatt at undersøkelsene kan føre frem uten urimelig besvær.

Ved vurderingen av om kunnskapskravet er oppfylt, må det ses hen til beviskravene som stilles for å tilkjenne erstatning. Bevissituasjonen må være «slik at det objektivt sett kunne konstateres grunnlag for å reise sak, det vil si at det var eller kunne være skaffet til veie bevis som gjorde det forsvarlig å anlegge sak». Ved denne vurderingen må det «tas hensyn til rettskraftvirkningene av en dom», jf. Rt-2007-1479 avsnitt 39.

2.2 EØS-rettens betydning

At Telia krever erstatning for tap som følge av overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54, reiser spørsmål om EØS-rettens betydning for tolkningen av foreldelsesloven § 9.

Det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet – som EFTA-domstolen har utviklet med hjemmel i lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3 – innebærer at nasjonale regler ikke må gjøre håndhevelsen av EØS-retten umulig eller uforholdsmessig vanskelig. Prinsippet er ansett som «en absolutt minstestandard for nasjonal rett», jf. Arnesen m.fl., Oversikt over EØS-retten, 2022, side 524. Høyesterett har lagt til grunn at prinsippet er gjennomført i norsk rett, jf. Rt-2005-597 avsnitt 36 flg. og Arnesen m.fl., side 636. Dette innebærer at foreldelsesloven § 9 må tolkes slik at håndhevelsen av EØS-avtalen artikkel 54 ikke gjøres umulig eller uforholdsmessig vanskelig, og at effektivitetsprinsippet ved konflikt går foran norsk rett, jf. EØS-loven § 2.

Lagmannsretten legger til grunn at foreldelsesloven § 9 ikke i seg selv er i strid med effektivitetsprinsippet, heller ikke når bestemmelsen anvendes på konkurranserettens område, jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 17. desember 2018 i sak E-10/17 (Nye Kystlink). EFTA-domstolen understreker imidlertid at effektivitetsprinsippet også stiller krav til *anvendelsen* av regelen, og at det i denne sammenhengen må tas hensyn til de særlige kjennetegnene ved konkurransesaker, jf. avsnitt 122. Hva som nærmere ligger i dette, er senere utdypet i praksis fra EU-domstolen, som også er relevant, jf. EØS-avtalen artikkel 6 og homogenitetsprinsippet.

Av særlig betydning for vår sak, er EU-domstolens rådgivende uttalelse 18. april 2024 i sak C-605/21 (Heureka). Saken gjaldt overtredelse av TEUV artikkel 102 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 54), og hadde sitt utspring i tsjekkiske foreldelsesregler med klare likhetstrekk med foreldelsesloven § 9, jf. avsnitt 9 og 10.

Under henvisning til tidligere praksis, la EU-domstolen for det første til grunn at effektivitetsprinsippet er til hinder for foreldelsesfrister som begynner å løpe før overtredelsen av konkurransereglene er opphørt. Dette ble særlig begrunnet med at private erstatningssøksmål for overtredelse av konkurransereglene forutsetter kompliserte faktiske og økonomiske analyser, at sakene kjennetegnes av informasjonsasymmetri på bekostning av skadelidte og at det er særlig vanskelig for skadelidte å godtgjøre eksistensen og rekkevidden av slike overtredelser, jf. 56 til 63. I saker som gjelder overtredelse av

konkurransereglene kan foreldelsesfristen derfor under ingen omstendighet, begynne å løpe før overtredelsen er opphørt.

Forutsatt at overtredelsen er opphørt, la EU-domstolen for det andre til grunn at det som hovedregel ikke foreligger nødvendig kunnskap til at foreldelsesfristen begynner å løpe før resyméet av kommisjonens avgjørelse er kunngjort, jf. avsnitt 64 til 69. Det er riktignok ikke utelukket at kunnskapskravet kan være oppfylt før kunngjøringen, men det påhviler da den som har fått erstatningssøksmålet rettet mot seg å godtgjøre at skadelidte hadde de opplysningene som var nødvendige for å anlegge søksmål før dette tidspunktet, jf. avsnitt 70 og 71. Dommen sier ikke noe om skadelidtes aktsomhetsplikt.

Etter lagmannsrettens syn gir Heureka-dommen veiledning for tolkningen og anvendelsen av foreldelsesloven § 9 på erstatningskrav for overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54. Lagmannsretten viser til at både Heureka-dommen og Nye Kystlink-dommen er begrunnet i effektivitetsprinsippet og at det ikke er noen egentlig motstrid mellom disse to dommene. Heureka-dommen er uansett avsagt etter Nye Kystlink-dommen. Som nevnt over, er EU-domstolens tolkning av tilsvarende bestemmelser som i EØS-avtalen også relevant.

Lagmannsretten legger etter Heureka- og Nye Kystlink-dommene til grunn at foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 9 ikke kan begynne å løpe før overtredelsen av EØS-avtalen artikkel 54 er opphørt, og at kunnskapskravet som hovedregel ikke er oppfylt før resyméet av konkurransemyndighetens avgjørelse er kunngjort. Kunnskapskravet kan være oppfylt før kunngjøringen dersom skadelidte fikk eller burde skaffet seg opplysningene som var nødvendige for å anlegge søksmål før dette tidspunktet. Det er imidlertid den som har fått erstatningssøksmålet rettet mot seg, som da må godtgjøre dette.

Etter lagmannsrettens syn, må vurderingen av om skadevolder har godtgjort at skadelidte hadde, eller burde ha skaffet seg, opplysningene som var nødvendige for å anlegge søksmål, iaktta effektivitetsprinsippet og konkurransereglenes særlige formål. At kunnskapskravet som hovedregel ikke er oppfylt før resyméet av konkurransemyndighetens avgjørelse er kunngjort, taler etter lagmannsrettens syn for at terskelen for å godtgjøre et tidligere utgangspunkt for fristen er høy.

Som nevnt i punkt 1 ovenfor, reiste Telia søksmålet om erstatning for tap som følge av overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 den 24. november 2022. Dette var innen tre år etter at resyméet av ESAs vedtak ble kunngjort 3. september 2020. Spørsmålet blir da om Telenor har godtgjort at Network Norway og/eller Ventelo likevel hadde, eller burde ha skaffet seg, de opplysningene som er nødvendige for saksanlegget før skjæringstidspunktet 1. januar 2011. Dersom dette er tilfellet, vil Telias krav være foreldet med mindre overtredelsen ikke var opphørt, men fortsatte, etter denne datoen.

3 Om Telenor har godtgjort at kunnskapskravet var oppfylt før 1. januar 2011

3.1 Innledning – hovedtvistepunktet

Det er uomtvistet at Network Norway og Ventelo allerede våren 2009 hadde kunnskap om at Telenor hadde en dominerende stilling i grossistmarkedet for mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder i Norge og at en like effektiv aktør som Telenor ville hatt negative marginer på salg av dette produktet som følge av Telenors tilgangspris til Network Norway og Ventelo. På denne tiden var grossistprisen 23 øre per megabyte, mens sluttbrukerprisen var 7 øre per megabyte. De to tilgangskjøperne tok opp denne situasjonen med Telenor. For eksempel skrev Network Norways administrerende direktør Arild E. Hustad i brev til Telenor 9. juni 2009:

Dataprisene i markedet har falt så mye at Telenors grossistpriser [tilgangspriser] er betydelig høyere enn tilsvarende tjeneste fra Telenor i sluttbrukermarkedet. Telenors grossistpriser medfører en prisklemmesituasjon for Network Norway. Dette er uholdbart for Network Norway. Siden markedet for mobile bredbåndstjenester er inne i en vekstfase vil en slik situasjon medføre at Network Norway ikke kan være med på å konkurrere om nye kunder.

[...]

Telenors egen markedsatferd kombinert med de høye grossistprisene medfører at Network Norway ikke klarer å konkurrere med Telenor i markedet for mobile bredbåndstjenester, verken på kort eller lang sikt. [...]

Brevet ble avsluttet med et varsel om rettslige skritt. Ventelos administrerende direktør, Stig M. Herbern, ga uttrykk for tilsvarende synspunkter i brev til Telenor 3. november 2009, men uten å varsle rettslige skritt.

Lagmannsretten bemerker at både Hustad og Herbern omtalte mobile bredbåndstjenester som ett marked, og at det var på dette markedet at de opplevde marginskvis. Dette taler for at Network Norway og Ventelo selv så på mobile bredbåndstjenester (MBB) som et eget marked den gangen, og ikke bare et segment i et bredere produktmarked som også inkluderte data på mobiltelefon (MTDS). På den andre siden inneholdt ingen av brevene noen konkurranserettslig avgrensning av det relevante produktmarkedet, og de ga heller ikke direkte uttrykk for å bygge på dette.

At markedsaktørene kan bruke markedsbegrepet på en annen måte enn i konkurranserettslige sammenheng, har også Kommisjonen tatt høyde for i sin meddelelse om avgrensning av det relevante markedet. I avsnitt 17 heter det blant annet:

Seventh, the concept of ‘relevant market’ in Union competition law is different from the use of the term ‘market’ in other contexts, in particular in business contexts.

Undertakings often use the term ‘market’ to refer to the area or place where they sell their products, or to refer broadly to the industry or sector to which they belong. For instance, undertakings may say that they are active in a global market where they consider that they compete globally for revenues against undertakings from all continents. However, that does not mean that the products of all globally active undertakings are substitutable for customers in the EEA, or that customers face sufficiently homogeneous conditions of competition globally, which are the relevant criteria for the Commission’s market definition under Union competition law, as further explained in Section 2. [...]

Det som er gjengitt over, tilsier etter lagmannsrettens syn at det må utvises varsomhet med å legge stor vekt på hva markedsaktørene selv omtaler som ett marked i forretningsmessige sammenhenger. Samtidig var det i vår sak ikke tale om generell markedsinformasjon, salgsfremstøt, e.l., men snarere om brev til Telenor med påstander om ulovlig marginskvis. At Hustad og Herbern selv karakteriserte mobilt bredbånd som ett marked i denne konteksten, er derfor ikke helt uten betydning for om kunnskapskravet var oppfylt.

Videre mener lagmannsretten at Hustads varsel om rettslige skritt, indikerer en viss grad av sikkerhet for påstanden om marginskvis i markedet for mobilt bredbånd. Dessuten oppga ikke Geir Løvnes, som var Network Norways tekniske direktør fra 2006 til oktober 2011, mangel på eller vansker med å skaffe kunnskap da han under sin forklaring for lagmannsretten ble spurt om hva som var årsaken til at varselet om rettslige skritt ikke ble fulgt opp før 1. januar 2011. Samtidig forklarte Løvnes at varselet ble gitt som «leverage» i forhandlingene med Telenor, og at forhandlingene førte frem ved at National Roaming Agreement (NRA) 3. april 2008 ble justert ved tilleggsavtale 2. september 2009 (TA1) og tilleggsavtale 18. august 2010 (TA2). Med tilgangsprisene etter TA2, ble Network Norways bruttomarginer umiddelbart positive. Network Norway gikk da heller ikke videre med varselet.

Lagmannsretten understreker at det forholdet at skadelidte selv velger å fortsette forretningsmessige forhandlinger, fremfor å forfølge et rettslig krav, naturligvis ikke kan forskyve starttidspunktet for foreldelsesfristen. At det er tale om påstander fremsatt i under forretningsmessige forhandlinger, illustrerer samtidig illustrer behovet for å utvise varsomhet med å tillegge formuleringer som i brevet 9. juni 2009 for stor vekt. Lagmannsretten tilføyer også at Hustads brev ikke var et formelt søksmålsvarsel etter tvisteloven § 5-2.

Videre er det uomtvistet at et søksmål mot Telenor med krav om erstatning for tap som følge av overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 i form av marginskvis, bare ville vært «prosedabelt» dersom Network Norway og Ventelo hadde eller burde skaffet til veie bevis som gjorde det forsvarlig å legge til grunn at mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder utgjorde et eget produktmarked i konkurranserettslig forstand. Dersom MBB til

privatkunder inngikk i det samme produktmarkedet som data på mobiltelefon (MTDS), forelå det ingen marginskvis på aggregert nivå.

Samlet sett vurderer lagmannsretten det slik at de skriftlige initiativene som ble tatt overfor Telenor i 2009 og 2010 med sikte på å få reforhandlet tilgangsprisene, ikke gir tilstrekkelige holdepunkter for at Network Norway og Ventelo satt på kunnskap som begrunnet at mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder var et eget produktmarked.

Det er spørsmålet om Network Norway og Ventelo hadde eller burde skaffet seg kunnskap om – og dermed også tilstrekkelig bevis for – at MBB til privatkunder var det relevante produktmarkedet før skjæringstidspunktet for kunnskap 1. januar 2011, som er hovedtvistetemaet i saken.

3.2 Det relevante markedet – markedsavgrensningen

ESA og EU-kommisjonen har utarbeidet retningslinjer for avgrensning av det relevante markedet. ESAs retningslinjer fra 1998 tilsvarer EU-kommisjonens retningslinjer fra 1997. I ESA-retningslinjene avsnitt 7 defineres det relevante produktmarkedet på følgende måte:

7. Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.

I ESA-retningslinjene avsnitt 15 heter det om substitusjon på etterspørselssiden (etterspørselssubstitusjon):

15. Vurdering av etterspørselssubstitusjon innebærer en undersøkelse av hvilke produkter forbrukeren anser som substituerbare. Dette kan f.eks. skje ved et tankeeksperiment, der man forutsetter en liten, men varig økning i de relative priser, og vurderer kundenes sannsynlige reaksjon på denne prisøkningen. Ved markedsavgrensningen fokuseres det av praktiske årsaker på prisene, særlig etterspørselssubstitusjon som følge av små, varige endringer i de relative priser. Dette kan gi klare indikasjoner på hva slags opplysninger som er relevante for markedsavgrensningen.

I ESA-retningslinjene avsnitt 20 og 21 heter det om substitusjon på tilbudssiden (tilbudssubstitusjon):

20. Substitusjon på tilbudssiden kan også tas i betraktning ved markedsavgrensningen dersom den har de samme umiddelbare og direkte virkninger som etterspørselssubstitusjon. Dette forutsetter at leverandørene som reaksjon på små og varige endringer i relative priser kan omstille produksjonen til de varene det gjelder og markedsføre dem på kort sikt uten at det medfører betydelige tilleggskostnader eller vesentlig risiko. Dersom disse vilkår er oppfylt, vil tilleggsproduksjonen som bringes på markedet, ha en

disiplinerende virkning på de berørte foretakenes konkurranseferd. Slike umiddelbare og direkte virkninger tilsvarer virkningene av etterspørselssubstitusjon.

21. Slike situasjoner vil ofte oppstå når foretak markedsfører et produkt i mange forskjellige kvaliteter eller varianter. Selv om de ulike kvalitetene ikke er substituerbare for en gitt endelig forbruker eller gruppe forbrukere, vil de ulike kvalitetene tilhøre samme produktmarked dersom de fleste leverandørene kan tilby og selge de forskjellige kvalitetene umiddelbart og uten betydelige tilleggskostnader som beskrevet ovenfor. I slike tilfeller vil det relevante produktmarked omfatte alle produkter som er substituerbare på etterspørsels- og tilbudssiden, og omsetningen av disse produktene vil bli sammenlagt for å beregne markedets samlede verdi eller volum. [...]

I ESA-retningslinjene avsnitt 25 heter det om vurderingsgrunnlaget for avgrensingen av det relevante produktmarkedet:

25. For å vurdere i hvilken grad substitusjon finner sted, kan en rekke ulike faktorer legges til grunn. I noen tilfeller vil enkelte av disse faktorene være avgjørende, avhengig av de forhold som kjennetegner den næring og de varer eller tjenester som undersøkes. De samme faktorene kan være uten betydning i andre saker. I de fleste tilfeller vil beslutningen måtte baseres på en vurdering av en rekke forskjellige kriterier og faktorer. EFTAs overvåkningsorgan har en åpen tilnærming til empirisk informasjon med sikte på å gjøre effektiv bruk av alle relevante opplysninger som foreligger i den enkelte sak, og følger ingen fastlagt rangorden som avgjør hvordan de ulike informasjonskilder eller faktorer skal vektlegges.

Overført til vår sak, og svært forenklet, vil mobilt bredbånd (MBB) og data på mobiltelefon (MTDS) være substituerbare dersom kunder av MBB bytter til MTDS ved en liten, varig prisøkning på MBB (etterspørselssubstitusjon), jf. retningslinjene avsnitt 15. Dersom MBB og MTDS ikke er substituerbare, vil det tale for at MBB er et eget produktmarked. Dersom de fleste leverandørene av MTDS, umiddelbart og uten betydelige tilleggskostnader, kan vri om produksjonen til MBB ved en liten, varig prisøkning på MBB (tilbudssubstitusjon), vil MBB og MTDS likevel inngå i det samme markedet, jf. avsnitt 21 andre punktum, jf. avsnitt 20 første punktum.

Kjernen i produktmarksavgrensningen kan illustreres med testen SSNIP (Small but Significant and Non-transatory Increase in Price). Testen er et tankeeksperiment som går ut på å spørre om det ville lønt seg for en hypotetisk monopolist å øke konkurranseprisen på det aktuelle produktet, i vår sak mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder, med 5 til 10 prosent på varig basis. Dersom svaret er ja, er ikke MBB et substituerbart produkt og produktmarkedet er avgrenset. Dersom svaret er nei, må det spørres om det ville lønt seg å øke prisen på MBB og nærmeste substitutt med 5 til 10 prosent på varig basis. Spørsmålet gjentas med innføring av stadig nye substitutter inntil svaret er ja. Sett av produkter som da gjenstår, er det relevante produktmarkedet. Årsaken til at en prisøkning ikke er

lønnsom, kan være at økningen får kundene til å bytte til et annet produkt (etterspørselssubstitusjon) eller får andre leverandører til å vri sin produksjon mot produktet (tilbudssubstitusjon).

Produktmarkedsavgrensingen klarlegges i praksis etter komplekse økonomiske analyser av etterspørsels- og tilbudssubstitusjon. Lagmannsretten deler tingrettens syn på side 25 og 26 i dommen om at slike økonomiske analyser er faktiske omstendigheter, jf. også HR-2020-1790-U avsnitt 28. Kunnskap om lovreglene, retningslinjene og prinsippene for anvendelse av analysene (subsumsjonen), er derimot rettsanvendelse som i prinsippet er uten betydning for når foreldelsesfristen begynner å løpe, jf. HR-2023-585-A avsnitt 36, jf. Rt-2008-1665 (Periscopos) avsnitt 41. Lagmannsretten deler også tingrettens syn på at produktmarkedsavgrensningen skjer etter en konkret og samlet vurdering av alle bevis i hver enkelt sak, jf. ESA-retningslinjene avsnitt 25 og EFTA-domstolens dom i vår sak, E-12/20, avsnitt 173, hvor det heter:

[...] The Court recalls that the market definition must be made on a case-by-case basis. ESA must take into account the circumstances and facts of the specific case and is required to carry out an individual appraisal of the circumstances of each case without being bound by previous decisions [...]

På den andre siden vil det for den som vurderer om det er grunnlag for å gå til søksmål med krav om erstatning for tap som følge av overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 i form av marginskvis, være naturlig å ta utgangspunkt i produktmarkedsavgrensninger som er gjort tidligere. Dette vil særlig gjelde avgrensninger som er gjort av relevante fagmyndigheter etter omfattende informasjonsinnhenting. Dersom det har dannet seg én rådende produktmarkedsforståelse, må det etter lagmannsrettens syn normalt sterke økonomiske bevis til for å nå frem med en annen forståelse. Dette får etter lagmannsrettens syn betydning for både terskelen for når tilstrekkelig kunnskap kan sies å foreligge og rekkevidden av aktsomhetsplikten.

Nedenfor i punkt 3.3 vil lagmannsretten derfor se nærmere på hvordan relevante fagmyndigheter hadde foretatt markedsavgrensningen. Per 1. januar 2011 var det bare Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom, tidligere Post- og teletilsynet (PT)) og EU-kommisjonen som hadde vurdert om MBB var et eget produktmarked.

3.3 Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) og EU-kommisjonen

Nkom er ikke satt til å håndheve brudd på EØS-avtalens konkurranseregler ved etterkontroll (ex post), slik som konkurransemyndighetene. Nkom er satt til å regulere grossistmarkedet og har kompetanse til å gi dominerende aktører pålegg for å regulere fremtidig atferd (ex ante). Nkoms og konkurransemyndighetenes markedsanalyser og markedsavgrensninger har således ulike formål, jf. ESAs vedtak avsnitt 343 og 344. Nkoms markedsavgrensninger gir dermed ingen berettiget forventning om

konkurransemyndighetenes avgrensning, jf. EFTA-domstolens dom i vår sak E-12/20, avsnitt 323. Samtidig skal Nkom bruke samme metoder for markedsavgrensningen som i konkurranseretten, jf. ESAs retningslinjer for markedsanalyse og beregning av sterk markedsposisjon for datatjenester i henhold til ekom-reglene fra 2004 avsnitt 24 og 26. ESA vurderte også Nkoms markedsanalyser som relevant bakgrunn for sin markedsavgrensning, jf. ESAs vedtak avsnitt 134.

Da Network Norway sendte varselet om rettslige skritt 9. juni 2009, hadde Nkom (PT) ikke vurdert mobilt bredbånd (MBB) særskilt. I PTs vedtak 23. januar 2006, foretok PT en omfattende markedsanalyse. Analysen fulgte som vedlegg 1 til vedtaket. Det fremgår av avsnitt 89 at PT ikke bare vurderte grossistnivået, men også sluttbrukernivået. Videre heter det i avsnitt 126 og 127:

126. På sluttbrukernivå er det i dag generelt liten eller ingen substituerbarhet på etterspørselssiden mellom taletelefoni og SMS på den ene siden, og andre mobile datatjenester på den andre siden. Delvis skyldes dette at datatjenester hittil er lite utbredt, men viktigere at de ikke anses å kunne erstatte tale. Storparten av de aktuelle datatjenestene vil i større grad bli et supplement til taletelefoni og ikke et substitutt.

127. Sluttbrukernes vurdering av substituerbarheten kan imidlertid raskt endre seg når nye tjenester blir lansert. Mobile datatjenester er drøftet i merknadene til [ESAs anbefaling], og det konkluderes der med ikke å definere noen egne relevante markeder for slike tjenester. Bruken av slike tjenester er foreløpig forholdsvis begrenset, til tross for at en stor andel av terminalene som selges har den nødvendige funksjonalitet. Videre er disse mobile datatjenestene i en tidlig fase av utviklingen, noe som gjør det vanskelig å fastsette en nærmere avgrensning i forhold til disse tjenestene. På grunn av denne usikkerheten har PT valgt å holde tall for slike datatjenester utenfor beregninger av markedsandeler mv. i denne analyse. Etter PTs oppfatning påvirker ikke dette resultatet av selve markedsanalysen.

Nkoms markedsanalyse fra 2006 ga således ikke grunnlag for å utpeke MBB som et eget produktmarked. MBB var ikke en gang oppstått som et produkt på dette tidspunktet.

Om lag ett år etter Network Norways varsel om rettslige skritt 9. juni 2009, og om lag to uker før inngåelsen av TA2 18. august 2010, vurderte Nkom (PT) MBB særskilt. I en ny omfattende markedsanalyse som fulgte som vedlegg 1 til PTs vedtak 5. august 2010, heter det i avsnitt 62 og 63:

62. På sluttbrukernivå tilbys tilgang til Internett gjennom mobilnettene også uavhengig av taletelefoni og SMS. Slike mobile bredbåndsabonnement, som gjerne tilbys med fast pris for bruk, har hatt en sterk vekst som forventes å fortsette i de kommende årene. Salg av slike mobile bredbåndsabonnement har således fått økende betydning i kampen om sluttbrukerne. På bakgrunn av den store veksten av mobile bredbåndsabonnement inkluderte PT mobilt bredbånd på Telepriser.no våren 2009.

63. PT mener det ikke er hensiktsmessig å skille mobile bredbåndsabonnement solgt som frittstående produkt [MBB] og mobil datatrafikk solgt bundlet sammen med tale og SMS [MTDS] med hensyn til avgrensningen av produktmarkedet. I motsetning til på sluttbrukernivå tilbys mobile bredbåndsprodukter ikke som et frittstående produkt på grossistnivå. Kostnaden knyttet til produksjon av mobil datatrafikk vil dessuten ikke være knyttet til hvordan produktet tilbys i sluttbrukermarkedet. Utviklingen i sluttbrukermarkedet med stadig flere såkalte smarttelefoner har i tillegg ført til en relativ stor økning mobil datatrafikk som ikke knytter seg til de rene mobile bredbåndsabonnementene. Det kan således forventes en konvergens mellom det rene mobile bredbåndet og annen mobil datatrafikk.

Etter lagmannsrettens syn ga heller ikke Nkoms markedsanalyse fra 2010 grunnlag for å utpeke MBB som et eget produktmarked, jf. avsnitt 63 første punktum. Telenor har vist til uttalelsen i femte punktum om at det kunne «forventes en konvergens», og gjort gjeldende at denne uttalelsen motsetningsvis må forstås slik at det var tale om to adskilte markeder som ennå ikke hadde konvergert til ett. Lagmannsretten er ikke enig i det. Uttalelsen i femte punktum om at det «således» kunne «forventes en konvergens», gjaldt etterspørselssiden, jf. uttalelsen i fjerde punktum om at stadig flere smarttelefoner hadde ført til en økning i mobil datatrafikk utenfor MBB. MBB og MTDS ble imidlertid vurdert som substituerbare på tilbudssiden, jf. andre og tredje punktum. Dette talte for at MBB og MTDS inngikk i det samme markedet. Uttalelsen om at det var forventet en konvergens også på etterspørselssiden underbygget dermed at MBB og MTDS ikke bare var substituerbare på tilbudssiden og at de to produktene inngikk i det samme markedet. Harald Koren Krohg, som var direktør i Telenors grossistdivisjon den gangen, forklarte da også for lagmannsretten at han så på MBB og MTDS som ett produktmarked før 1. januar 2011 fordi han la Nkoms synspunkt til grunn. Dette var også Telenors tolkning av Nkom overfor ESA og EFTA-domstolen, jf. EFTA-domstolens dom i vår sak E-12/20 avsnitt 168 og 322.

I saken om marginskvis for ESA og EFTA-domstolen gjorde Telenor gjeldende at det relevante produktmarkedet besto av både mobilt bredbånd (MBB) og data på mobil (MTDS) og at det ikke forelå marginskvis på aggregert nivå. Telenor gjorde gjeldende at omfattende og langvarig praksis fra EU-kommisjonen i fusjonssaker bekreftet at MBB til privatkunder ikke var et eget produktmarked, jf. Telenors svar 1. februar 2016 punkt 3.4.2 på ESAs Statement of objections. Telenors fremstilling av EU-kommisjonens praksis på dette punktet er ikke omtvistet. EU-kommisjonen vurderte MBB og MTDS under ett også etter 1. januar 2011. Det fremgår av EU-kommisjonens beslutning 28. mai 2014 i sak COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland – avsnitt 147, jf. ESAs vedtak, fotnote 470:

Although consumers may distinguish between mobile broadband, which they purchase for use on their laptop or tablet, and bundles of voice and data services, which they purchase for their mobile phone, the Commission finds that they form part of the same market based on supply-side substitutability.

Lagmannsretten er ikke kjent med at det foreligger andre analyser eller praksis fra tiden før 1. januar 2011 om at MBB til privatkunder var et eget produktmarked.

Oppsummert ga etter lagmannsrettens vurdering verken Nkoms markedsanalyser eller EU-kommisjonens praksis før 1. januar 2011 grunnlag for å peke ut mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder som et eget produktmarked. Selv om Nkom vurderte et annet faktum og konkluderte med en annen markedsavgrensning enn ESA og EFTA-domstolen, jf. EFTA-domstolens dom avsnitt 323, og selv om EU-kommisjonens praksis gjaldt fusjon, og ikke misbruk av dominerende stilling som i vår sak, var den rådende forståelsen hos relevante fagorganer som hadde gått grundig inn i spørsmålet at MBB til privatkunder ikke var et eget produktmarked.

Som nevnt i punkt 3.2 ovenfor, må markedsavgrensningen skje konkret i hver enkelt sak. Å nå frem med at mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder var et eget produktmarked i strid med det som var den rådende forståelsen hos de relevante fagorganene, ville etter lagmannsrettens syn kreve omfattende og sterke bevis for at det ikke bare var begrenset substituerbarhet på etterspørselssiden, men også på tilbudssiden.

3.4 Opplysningene som manglet for å underbygge MBB som eget produktmarked

3.4.1 Etterspørselssubstitusjon

Som nevnt i punkt 3.2 ovenfor, vurderes etterspørselssubstitusjon ut fra produktenes egenskaper, bruksområde og pris.

I utgangspunktet dekket både mobilt bredbånd (MBB) og data på mobil (MTDS) det samme grunnleggende behovet for tilgang til internett over mobilnettet.

Det er likevel uomtvistet at produktenes egenskaper og bruksområder før 1. januar 2011 isolert sett tilsa at det var begrenset etterspørselssubstitusjon mellom MBB og MTDS, i alle fall for en ikke ubetydelig andel av MBB-kundene. Blant annet fikk kundene tilgang til internett med MBB via en bærbar eller stasjoner PC og med MTDS via mobiltelefon. Før utbredelsen av smarttelefoner, var det store forskjeller mellom hvilke handlinger kundene kunne gjennomføre via internett på PC (MBB) og på mobiltelefonen (MTDS). Det var dessuten bare rundt 40 prosent av befolkningen som hadde smarttelefon i 2010, og også for disse var funksjonaliteten svært begrenset sammenlignet med i dag. Fordi bruk av MBB hovedsakelig skjedde via PC, var bruksområdet mer stasjonært enn MTDS. Dette var kjent blant aktørene den gangen.

Etter ESAs retningslinjer avsnitt 36 er imidlertid ikke produktegenskaper og bruksområde tilstrekkelig for å kunne fastslå om to produkter er substituerbare. Forskjeller i produktegenskapene vil ikke i seg selv utelukke etterspørselssubstitusjon, fordi det beror

på en nærmere vurdering av kundenes preferanser. Ved vurderingen av etterspørselssubstitusjon vil også opplysninger om substitusjon mellom produktene i den senere tiden, prisforskjeller på produktene, synspunkter fra kunder og konkurrenter, forbrukerpreferanser, hindringer for og omkostninger ved kanalisering av etterspørselen til substituerbare produkter samt ulike kundegrupper og prisdifferensiering mellom dem, være typisk relevante, jf. avsnitt 37 til 43.

I tillegg til ulike produktegenskaper og bruksområder, har Telenor særlig trukket frem store observerte prisforskjeller på mobildata (MBB) og data på mobil (MTDS) før 1. januar 2011. Prisen per megabyte for MBB var en femtedel av prisen per megabyte for MTDS. Dette var også kjent den gangen. Det forelå også offentlig tilgjengelige forbruker- og markedsundersøkelser før 1. januar 2011 som talte for begrenset etterspørselssubstitusjon. Blant annet var MBB-kundenes dataforbruk 30 ganger høyere enn MTDS-kundenes. Lagmannsretten er enig med Telenor i at prisforskjellene og forbruker- og markedsundersøkelsene taler for begrenset etterspørselssubstitusjon. Lagmannsretten bemerker imidlertid at dette også var informasjon som var kjent for Nkom, uten at Nkom dermed trakk den konklusjonen at det var tale om to separate produktmarkeder.

Telia har særlig fremholdt at Network Norway og Ventelo manglet informasjon om andelen marginale kunder, det vil si andelen kunder som ville byttet til mobildata (MTDS) ved en liten varig prisøkning på mobilt bredbånd (MBB) og at slik informasjon var nødvendig for å unngå en grunnleggende feilslutning ut fra gjennomsnittskundene («toothless fallacy»). For eksempel kan MBB-kunder med lavt dataforbruk tenkes å være mer tilbøyelige til å bytte til MTDS. Informasjon om de marginale kundene har stor betydning for vurderingen av etterspørselssubstitusjon, jf. ESAs vedtak avsnitt 304. Et enkelt regneeksempel fra Oslo Economics som ikke er bestridt av Menon Economics, illustrerer hvordan en lønnsom prisøkning for en hypotetisk monopolist under gitte omstendigheter kan bli ulønnsom ved bare en liten økning i andelen marginale kunder.

For å avklare hvilken betydning de marginale kundene eventuelt hadde for vurderingen av etterspørselssubstitusjon i vår sak, viste ESA særlig til interne dokumenter hos Telenor, jf. ESAs vedtak avsnitt 304. Slike dokumenter hadde verken Network Norway eller Ventelo mulighet for å få tilgang til ved søksmål. Disse dokumentene ble først utlevert etter ESAs informasjonspålegg. Etter lagmannsrettens syn, er dette et eksempel på den informasjonsasymmetrien som EU-domstolen viste til i Heureka-dommen som begrunnelse for at effektivitetsprinsippet legger særlige føringer for anvendelsen av foreldelsesreglene i konkurransesaker.

Telenor og Menon Economics har fremholdt at Network Norway og Ventelo kunne ha gjennomført en enkel markeds- eller forbruksundersøkelse, og at kostnadene ved det ville vært forholdsmessig til det tapet de mente å ha. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at

Telenor har godtgjort at dette ville vært et tilfredsstillende alternativ til selskapets interne dokumenter.

Oppsummert forelå det en del opplysninger per skjæringstidspunktet 1. januar 2011 som talte for begrenset etterspørselssubstitusjon. Som nevnt i punkt 3.3 ovenfor, hadde imidlertid ikke relevante fagmyndigheter trukket en slik konklusjon. Network Norway og Ventelo manglet også informasjon om andelen marginale kunder. I alle fall i vår sak, mener lagmannsretten at dette bidro til å skape betydelig faktisk usikkerhet om produktavgrensningen. Det var tale om et nytt marked med relativt nye produkter. Både markedet og produktene var under rask utvikling. Samtidig hadde de enkelte tilgangskjøperne, som Network Norway og Ventelo, svært få MBB-kunder selv, og dermed liten innsikt uten tilgang til særlig Telenors interne dokumenter.

Under disse omstendighetene mener lagmannsretten at Network Norway og Ventelo ikke hadde rimelig foranledning til å gå til søksmål mot Telenor før skjæringstidspunktet med krav om erstatning for tap som følge av marginskvis. Et slikt søksmål ville vært beheftet med for stor faktisk usikkerhet om produktavgrensningen basert på etterspørselssubstitusjon. I vurderingen er det tatt hensyn til de særlige kjennetegn ved konkurransesaker, jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-10/17 (Nye Kystlink) avsnitt 112.

3.4.2 Tilbudssubstitusjon

Som nevnt i punkt 3.2 ovenfor, kunne mobilt bredbånd (MBB) og data på mobil (MTDS) tilhøre samme produktmarked basert på tilbudssubstitusjon, også om det skal vært begrenset etterspørselssubstitusjon. Dette forutsatte at «de fleste leverandørene» («most suppliers») av data på mobil (MTDS), umiddelbart og uten betydelige tilleggskostnader, kunne vri sin produksjon over til mobilt bredbånd (MBB) ved en liten, varig prisøkning på MBB, jf. ESAs retningslinjer fra 1998 avsnitt 21, jf. ESAs vedtak avsnitt 350 og EFTA-domstolens dom avsnitt 161.

Det er uomtvistet at det hovedsakelig var netteierne, i første rekke Telenor og Telia, som aktivt tilbød mobilt bredbånd (MBB) til privatkunder og at de også tilbød data på mobil (MTDS) før 1. januar 2011. Leverandørene som allerede tilbød MBB skulle imidlertid ikke tas med i «most suppliers»-testen, jf. EFTA-domstolens dom avsnitt 166.

Det er også uomtvistet at alle MTDS-leverandørene som ikke allerede tilbød MBB, var i stand til å vri sin produksjon over til MBB, rent teknisk, jf. ESAs vedtak avsnitt 366. Dette var kjent blant aktørene den gangen. Spørsmålet er om MTDS-leverandørene som ikke allerede tilbød MBB, hadde økonomiske insentiver til å vri om produksjonen til MBB, jf. ESAs vedtak avsnitt 367, og om Network Norway og Ventelo hadde nødvendig kunnskap om dette.

Network Norway og Ventelo var hver for seg klar over at de selv ikke lønnsomt kunne gå over til å tilby MBB med de tilgangsprisene som de hadde etter NRA. Som nevnt i punkt 3.1 ovenfor, var dette selve kjernen i initiativene som de to tilgangskjøperne tok overfor Telenor i 2009 og 2010, og som for Network Norways del ledet til TA1 og TA2. Network Norway og Ventelo visste også hver for seg at deres kostnadsstruktur innebar en betydelig risiko ved bytte til MBB. Mens Network Norways og Ventelos kostnader knyttet kjøp av tilgang til data var variable, betalte sluttbrukerne gjerne fastpris, jf. eksempelvis Nkoms markedsanalyse fra 2010 avsnitt 62.

Telenor har imidlertid ikke godtgjort at Network Norway og Ventelo visste om det var manglende økonomiske insentiver som hindret andre MTDS-leverandører enn de som allerede tilbød MBB, i å tilby MBB. Network Norway og Ventelo kunne ikke gå ut fra at alle tilgangskjøpere hos Telenor hadde samme vilkår. Vilkårene ble forhandlet individuelt og var ulike tross ikke-diskrimineringsplikten. Reforhandlingen av NRA til TA1 og TA2 er i så måte illustrerende. Network Norway og Ventelo hadde således ikke opplysninger om de andre tilgangskjøpernes vilkår hos Telenor og om disse vilkårene innebar marginskvis. Network Norway og Ventelo hadde heller ikke opplysninger om tilgangskjøpernes vilkår hos Telia og om disse vilkårene innebar marginskvis. ESA fant i sitt vedtak at konkurransen mellom Telia og Telenor var begrenset, jf. avsnitt 372-373, jf. avsnitt 512 flg.

Telenor har etter dette ikke godtgjort at Network Norway og Ventelo hadde kunnskap om at «de fleste leverandørene» av MTDS som ikke allerede tilbød MBB, hadde økonomiske insentiver til å tilby MBB ved en liten, varig prisøkning på MBB. Uten slike opplysninger mener lagmannsretten at Network Norway og Ventelo ikke hadde rimelig foranledning til å gå til søksmål mot Telenor før skjæringstidspunktet med krav om erstatning for tap som følge av marginskvis. Et slikt søksmål ville vært beheftet med for stor faktisk usikkerhet om produktavgrensningen basert på tilbudssubstitusjon.» . I vurderingen er det tatt hensyn til de særlige kjennetegn ved konkurransesaker, jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-10/17 (Nye Kystlink) avsnitt 112.

3.5 Om opplysningene som manglet, burde vært skaffet

ESA og EFTA-domstolen avgrenset det relevante produktmarkedet til MBB til privatkunder. Avgrensningen skjedde etter omfattende informasjonsinnhenting.

ESA kan innhente markedsaktørenes syn på grensene for produktmarkedet og de faktiske opplysningene som kreves for å ta stilling til avgrensningen, jf. retningslinjene avsnitt 33 flg. Det er uomtvistet at ESAs hjemler for innhenting av opplysninger favner videre enn tvistelovens regler om bevistilgang. ESA kunne således skaffe flere opplysninger enn det Network Norway og Ventelo kunne skaffet med krav om bevistilgang i et erstatningssøksmål. ESA og EFTA-domstolen fikk blant annet tilgang til Telenors interne dokumenter, og ESA la vekt på at Telenor i flere interne dokumenter fra og med desember

2011, ga uttrykk for at MBB og MTDS var to separate markeder i perioden fra 2008 til i alle fall slutten av 2012, jf. vedtaket avsnitt 311 flg.

Som nevnt i punkt 3.4.1 ovenfor, manglet Network Norway og Ventelo blant annet opplysninger om andelen marginale kunder for å sannsynliggjøre begrenset etterspørselssubstitusjon. Lagmannsretten er ikke enig med Telenor i at slike opplysninger var uten betydning. Det fremgår av ESAs vedtak avsnitt 304 at det for etterspørselssubstitusjon er «mainly relevant to take into consideration the customer group that could provide insight into switching patterns».

Som nevnt i punkt 3.4.2 ovenfor, manglet Network Norway og Ventelo opplysninger om «de fleste leverandørene» av MTDS som ikke allerede tilbød MBB, hadde økonomiske insentiver til å tilby MBB ved en liten, varig prisøkning på MBB. I ESAs vedtak ble spørsmålet om tilbudssubstitusjon undergitt en grundig drøftelse i avsnitt 366 til 412. Det fremgår blant annet av avsnitt 373 at også tilgangskjøpere hos Telia ville hatt negative bruttomarginer.

Lagmannsretten deler tingrettens syn på side 33 i dommen om at Telenors interne dokumenter ikke nødvendigvis var avgjørende for ESAs og EFTA-domstolens konklusjon om at MBB til privatkunder var et eget produktmarked. Det er i det hele tatt vanskelig å peke ut hva som var avgjørende. Konklusjonen i ESAs vedtak og EFTA-domstolens dom bygget på en totalvurdering, jf. punkt 3.2 ovenfor. Det er da enda vanskeligere å peke ut hvilke opplysninger som Network Norway og Ventelo burde skaffet før skjæringstidspunktet 1. januar 2011 for et prosedabelt søksmål mot Telenor med krav om erstatning for tap som følge av overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 i form av marginskvis.

Lagmannsretten konstaterer imidlertid at ESAs og EFTA-domstolens grundige behandling av produktmarkedsavgrensningsspørsmålet, strakk seg over år. Både Network Norway og Ventelo måtte brukt betydelige ressurser for å sannsynliggjøre at MBB til privatkunder var et produktmarked før 1. januar 2011, særlig sett på bakgrunn av at verken Nkom eller EU-kommisjonen hadde gjort en slik avgrensning før 1. januar 2011 tross omfattende informasjon om både etterspørsels- og tilbudssubstitusjon.

At Nkom vurderte MBB og MTDS som samme produktmarked i 2010, var dessuten noe Telenor la til grunn før 1. januar 2011, jf. Krohgs forklaring. At Telenor, som var en dominerende aktør med særlig ansvar for å forstå hva som var det relevante markedet, jf. EFTA-domstolens dom avsnitt 194, slo seg til ro med Nkoms vurdering før 1. januar 2011, taler også mot at Network Norway og Ventelo burde skaffet kunnskap som tilsa noe annet den gangen.

Underrettspraksis kan dessuten tale for at muligheten for å nå frem med et syn på produktmarkedsavgrensningen som avviker fra Nkoms og konkurransemyndighetens, er liten, jf. Asker og Bærum tingretts dom 14. oktober 2020 i sak TAHER-2018-25842.

Etter en samlet vurdering, mener lagmannsretten at en plikt for Network Norway og Ventelo til å skaffe opplysningene som manglet, jf. punkt 3.4, før skjæringstidspunktet 1. januar 2011, ville gjort det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig for de to tilgangskjøperne å kreve erstatning for overtredelsen av EØS-avtalen artikkel 54. En slik tolkning og anvendelse av foreldelsesloven § 9 på konkurranserettens område som i vår sak, ville vært strid med effektivitetsprinsippet.

4 Konklusjon

Telenor har ikke godtgjort at Network Norway og Ventelo hadde nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige før 1. januar 2011, herunder avgrensningen av det relevante produktmarkedet. Telenor har heller ikke godtgjort at Network Norway og Ventelo hadde en undersøkelsesplikt til å skaffe opplysningene som manglet. En slik undersøkelsesplikt ville gjort det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å kreve erstatning for overtredelsen av EØS-avtalen artikkel 54, i strid med effektivitetsprinsippet.

Det er da ikke nødvendig for lagmannsretten å vurdere om Telenors overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54 fortsatte etter januar 2011.

Telias krav på vegne av Network Norway og Ventelo som følge av Telenors misbruk av dominerende stilling, jf. ESAs vedtak 29. juni 2020, er ikke foreldet. Kunnskapskravet var ikke oppfylt før 1. januar 2011.

I tingrettens domsslutning punkt 1 er ESAs vedtak feildatert 19. juni 2020. Det forutsettes at tingretten vurderer retting.

Tingrettens avgjørelse i domsslutningen punkt 2 om at sakskostnadsspørsmålet utstår til endelig avgjørelse i saken er ikke angrepet og Telia har ikke krevd sakskostnader.

Telenors anke blir etter dette å forkaste.

Dommen er avsagt etter lovens frist på grunn av andre presserende gjøremål.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

Anken forkastes.

Jannicke Johannesen

Magnus Schei

Carl August Heilmann

Dokument i samsvar med original,
Tonje Merethe Marcussen, førstekonsulent