



# NORGES HØYESTERETT

Den 15. september 2020 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Bull, Falch og Steinsvik i

**HR-2020-1790-U, (sak nr. 20-085241SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:**

Telenor ASA  
Telenor Norge AS

(advokat Siri Teigum)

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Alf Henrik Evjenth Kolderup)

avsagt slik

## K J E N N E L S E :

### Sakens spørsmål og bakgrunn

- (1) Saken gjelder tvist om bevilgning i sak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.
- (2) Telenor ASA og Telenor Norge AS – samlet omtalt som Telenor – har saksøkt staten ved Konkurransetilsynet med krav om at Konkurransklagenemndas vedtak 19. juni 2019 er ugyldig. I vedtaket er Telenor ilagt et overtredelsesgebyr på 788 millioner kroner med hjemmel i konkurranseloven § 29, for overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.
- (3) Vedtaket bygger på at Telenor utilbørlig har utnyttet sin dominerende stilling i perioden 2010 til 2014, ved å ha hindret utbyggingen av det tredje mobilnettet i Norge. Dette skal ha skjedd ved at Telenor i 2010 inngikk en tilleggsavtale – omtalt som gjestingsavtale – med Network Norway AS, hvor prisstrukturen for tilgang til Telenors mobilnett ble lagt om. Network Norway AS deltok den gang i utbyggingen av det tredje mobilnettet i Norge.
- (4) Søksmålet er anlagt for Gulating lagmannsrett, jf. konkurranseloven § 39 siste ledd.
- (5) Under saksforberedelsen ba Telenor staten fremlegge følgende dokumenter:
  - a) Konkurransetilsynets vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) der punkt 8.1 «Vurdering av partenes forslag til avhjelpende tiltak og forholdsmessighet» fremgår i sin helhet/usladdet.
  - b) Gjestingsavtale mellom Telia og Ice som det er vist til i vedtak V2015-1 i usladdet versjon, alternativt prisstrukturen i avtalen.

- c) Interne dokumenter og/eller vurderinger som Konkurransetilsynet har fra seg eller andre som knytter seg til punkt 8.1 i vedtak V2015-1, i usladdet versjon.
  - d) Brev fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) til Konkurransetilsynet 27. januar 2015 vedrørende forslag om avhjelpende tiltak i vedtak V2015-1, i usladdet versjon.
- (6) Telenor ba også om fremleggelse av noen andre dokumenter, som det ikke lenger er tvist om.
- (7) Staten motsatte seg fremleggelsen, og Gulating lagmannsrett – forberedende dommer – avsa 16. april 2020 kjennelse, der Telenors begjæring om tilgang til dokumentene ikke ble tatt til følge.
- (8) Lagmannsretten la til grunn at alle de refererte dokumentene utgjør bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for avgjørelsen av saken, jf. tvisteloven § 21-7 første ledd. Dokumentene ble imidlertid avskåret etter § 21-7 andre ledd bokstav b, fordi de ikke ble ansett egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig.

### **Partenes syn på saken**

- (9) *Telenor ASA og Telenor Norge AS* har anket kjennelsen til Høyesterett og angrepet både rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Selskapene har i hovedsak anført:
- (10) De omtvistede dokumentene knytter seg til Konkurransetilsynets vedtak fra 2015, hvor Telias oppkjøp av Tele2 – som den gang eide Network Norway AS – ble godkjent på nærmere betingelser. Betingelsene var blant andre at det tredje mobilnettet skulle selges til Ice Norge AS, og at Telia skulle inngå gjestingsavtale med Ice Norge AS om tilgang til Telias mobilnett. Den gjestingsavtalen inneholdt samme prisstruktur som Telenors gjestingsavtale, hvilket kan indikere at konkurransemyndighetene da hadde en annen fagøkonomisk vurdering av samme prisstruktur i samme marked. Det er derfor behov for at disse dokumentene fremlegges.
- (11) De fagøkonomiske vurderingene utgjør bevis for om Telenors gjestingsavtale var en «utilbørlig» utnyttelse, det vil si om og eventuelt i hvilken grad avtalen skapte begrensede insentiver for utbygging av det tredje mobilnettet. De fagøkonomiske vurderingene vil være relevante bevis for tilstedeværelsen av slike insentiver.
- (12) Prisstrukturens teoretiske effekter på utbyggingsinsentivene er det sentrale bevisetema i saken. De omtvistede dokumentene vil kunne være sentrale bevis i så henseende, særlig de dokumentene som viser konkurransemyndighetenes vurderinger i Telia-saken. Disse antas også å vise faktiske og økonomiske vurderinger av konkurranseforholdene i det norske mobilmarkedet. Dette må ses i sammenheng med at det her gjelder et forsterket beviskrav.
- (13) Dokumentene inneholder ikke forretningshemmeligheter, og kan derfor ikke nektes etter tvisteloven § 22-3. Subsidiært veier hensynet til sakens opplysning tyngre, slik at bevisene må tillates uansett.
- (14) Fordi overtredelsesgebyr er straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6, har Telenor krav på å bli gjort kjent med «all material evidence» som konkurransemyndighetene besitter, herunder de omtvistede, etterspurte dokumentene. Det er opp til Telenor å vurdere bevisverdien.

- (15) Telenor ASA og Telenor Norge AS har nedlagt påstand om at Telenor gis tilgang til de omtvistede dokumentene, subsidiært at lagmannsrettens kjennelse oppheves. Det er også påstått at sakskostnader tilkjennes for begge instanser.
- (16) *Staten v/Konkurransetilsynet* har tatt til motmæle og i hovedsak anført:
- (17) De omtvistede dokumentene er ikke bevis for faktiske forhold. Klarlegging av insentivvirkninger er en del av de konkurranseøkonomiske vurderingene under subsumsjonen – det vil si rettsanvendelsen – og ikke en del av de rettsstiftende faktiske forhold. Under enhver omstendighet har ikke dokumentene bevisrelevans, fordi de gjelder vurderinger av en lignende prismekanisme i et annet saksforhold og i en annen rettslig og tidsmessig kontekst.
- (18) Staten slutter seg i det vesentlige til lagmannsrettens vurdering av at dokumentene ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget «nevneverdig». De konkrete kommersielle vilkårene i Telias gjestingsavtale og vurderingene av den kan i høyden ha minimal betydning for avgjørelsen av denne saken.
- (19) De dokumenter som bes fremlagt, inneholder dessuten forretningshemmeligheter og er derfor undergitt bevisforbud. Før spørsmålet er forelagt departementet, kan retten ikke beslutte at bevisene likevel skal føres, jf. tvisteloven § 22-3 tredje ledd.
- (20) EMK artikkel 6 pålegger ikke staten å fremlegge bevis uten relevans for avgjørelsen av saken. Det erkjennes imidlertid at den skranke som følger av artikkel 6, kan tenkes aktualisert når grunnlaget for nektelsen er tvisteloven § 21-7 andre ledd bokstav b. Den skranken får imidlertid ikke betydning her.
- (21) Staten har nedlagt påstand om at anken forkastes og at staten tilkjennes sakskostnader.

### **Høyesteretts ankeutvalgs syn på saken**

#### *Ankeutvalgets kompetanse*

- (22) Lagmannsretten har avsagt kjennelse som første instans. De begrensingene i ankeutvalgets kompetanse som følger av tvisteloven § 30-6, får derfor ikke anvendelse.
- (23) Av tvisteloven § 29-3 andre ledd følger at en kjennelse om saksbehandlingen som etter loven skal treffes «etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling», for den skjønnsmessige avveiningen bare kan angripes «på det grunnlag at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig». Bestemmelsen får også anvendelse ved anke til Høyesterett, jf. § 30-3 første ledd.
- (24) Denne begrensingen får betydning på ett punkt som ankeutvalget kommer tilbake til nedenfor.

#### *Tvisteloven § 21-7 første ledd – relevante bevis*

- (25) Etter tvisteloven § 21-7 første ledd kan partene bare føre bevis «om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes». Plikten til å gi bevis tilgang forutsetter

derfor at beviset «er bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter», se HR-2019-997-A avsnitt 56 og Rt-2013-817 avsnitt 9.

- (26) Staten har gjort gjeldende at de omtvistede dokumentene som Telenor har bedt om at staten fremlegger, ikke er bærere av informasjon av betydning for den faktiske bedømmelsen, men for den rettslige bedømmelsen. De utgjør derfor ikke «bevis», og de har under enhver omstendighet ikke «betydning» for avgjørelsen.
- (27) Ankeutvalget er, som lagmannsretten, ikke enig i dette.
- (28) I spørsmålet om Telenor har brutt blant annet konkurranseloven § 11, vil en rekke faktiske forhold kunne være av betydning ved fastleggingen av om selskapet «utilbørlig» har utnyttet sin dominerende stilling. Av særlig betydning synes å være om, og i tilfelle i hvilket omfang, den gjestingsavtalen Telenor inngikk, begrenset Network Norway AS' *insentiver* til å bygge ut det tredje mobilnettet. Dette peker mot en klarlegging av forretningsmessige sammenhenger og mekanismer av fagøkonomisk karakter, blant annet basert på analyser av de relevante markedsforholdene. Slike sammenhenger er her av faktisk, ikke rettslig art.
- (29) Den sladdede delen av Konkurransetilsynets vedtak i Telia/Tele2-saken – referert ovenfor i avsnitt 5 bokstav a – må antas å inneholde en vurdering av Telias gjestingsavtale. Den avtalen hadde etter det opplyste en likeartet prisstruktur og er inngått i samme mobilmarked i en viss tidsnærhet til løpetiden i Telenors gjestingsavtale. De fagøkonomiske vurderingene som måtte være gjort av markedsmekanismer og insentiver knyttet til Telias avtale, kan derfor kaste lys over soliditeten og konsistensen i de tilsvarende vurderingene som er gjort i nærværende sak.
- (30) Dette innebærer at de etterspurte sladdede delene av Telia/Tele2-vedtaket må anses som bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for avgjørelsen av saken. Det samme vil da måtte gjelde for de interne dokumentene som er referert ovenfor i avsnitt 5 bokstav c og Nkoms brev referert i bokstav d.
- (31) Bedømmelsen kan heller ikke bli annerledes for Telias gjestingsavtale, som er referert i avsnitt 5 bokstav b. Avtalen er gjenstanden for de nevnte fagøkonomiske vurderingene i Telia/Tele2-vedtaket, og vil derfor ha betydning for bedømmelsen av de vurderingene som er gjort i vedtaket. Som lagmannsretten skriver, kan Telias avtale også «ha betydning for bevisvurderingen av hva gjelder Telenors intensjon bak sin avtale».
- (32) Statens anførsel om at bevis tilgang ikke skal gis fordi vilkårene i tvisteloven § 21-7 første ledd ikke er oppfylt, fører derfor ikke frem.

***Tvisteloven § 21-1 § 21-7\* andre ledd – nevneverdig betydning***

- (33) Av tvisteloven § 21-7 andre ledd bokstav b fremgår at retten «kan» nekte bevis ført som «ikke er egnet til å styrke i avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig».
- (34) Det fremgår av Rt-2013-817 avsnitt 11 at bestemmelsen omfatter bevis som i seg selv har liten beviskraft, bevis om omstendigheter som fremstår som perifere, bevis som bare kan bidra lite sett i sammenheng med øvrig bevisførsel, og bevis som etter sin art eller karakter vil måtte tillegges liten vekt. Bare de bevis som kan bidra lite til avgjørelsen, kan med andre ord avskjæres.

- (35) Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, jf. Rt-2011-910 avsnitt 48 og Rt-2012-1556 avsnitt 38. Dette innebærer at den anklagete i utgangspunktet skal gjøres kjent med «all material evidence» som anklagemyndigheten er i besittelse av, hva enten dette er til den anklagetes gunst eller ugunst, se Den europeiske menneskerettsdomstolens storkammerdom 16. februar 2000 i sak *Rowe og Davis mot Storbritannia*, avsnitt 60.
- (36) Den anklagete – her Telenor – har derfor i utgangspunktet rett til å få tilgang til «alt relevant bevismateriale» som anklagemyndigheten – her konkurransemyndighetene – er i besittelse av, se Kjølbros, Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere, 5. utgave 2020, side 675 og 676. På den måten settes selskapet i stand til selv å vurdere bevisverdien nærmere.
- (37) Dette innebærer at tvisteloven § 21-7 andre ledd bokstav b må brukes med større varsomhet i saker som kan ende med straff etter EMK artikkel 6, enn i andre saker. I enkelte tilfeller vil artikkel 6 være en skranke. I andre tilfeller vil beviskraften være usikker, typisk når avgjørelsen treffes under saksforberedelsen og uten at domstolen har sett beviset, slik situasjonen var her. Da vil det etter ankeutvalgets syn som regel være grunn til å utvise forsiktighet med å bruke § 21-7 andre ledd bokstav b som grunnlag for bevisavskjæring. Dette har også sammenheng med at de prosessøkonomiske hensyn bestemmelsen hviler på, kan gjøre seg gjeldende på en annen måte i slike saker.
- (38) Lagmannsretten har ikke gjort noen særskilt vurdering av om hjemmelen i § 21-7 andre ledd bokstav b bør benyttes. Retten har heller ikke vurdert om EMK artikkel 6 er til hinder for avskjæringen av bevisene.
- (39) I en sak som denne, og i lys av ovennevnte, er dette en feil ved lagmannsrettens begrunnelse.
- (40) Kan-vurderingen etter § 21-7 andre ledd bokstav b vil omfatte elementer knyttet til «hensiktsmessig og forsvarlig behandling», hvor Høyesteretts prøvingskompetanse er begrenset etter tvisteloven § 29-3 andre ledd, jf. § 30-3 første ledd, jf. Rt-2014-1324 avsnitt 13. Ankeutvalget kan derfor ikke gjøre denne kan-vurderingen.
- (41) Lagmannsrettens kjennelse må derfor oppheves.
- (42) Det er da ikke nødvendig for ankeutvalget å ta endelig stilling til om de omtvistede bevisene er uegnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget «nevneverdig», og heller ikke om EMK artikkel 6 her er til hinder for å bruke tvisteloven § 21-7 andre ledd bokstav b. Dette trenger heller ikke lagmannsretten ta stilling til, dersom den skulle komme til at bestemmelsen under enhver omstendighet ikke bør benyttes. Partenes anførsler knyttet til reglene om bevisforbud må lagmannsretten i tilfelle ta stilling til ved sin nye behandling.

### ***Sakskostnader***

- (43) Telenor har vunnet frem med sin subsidiære påstand og har krav på dekning av sine sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 første og andre ledd, jf. HR-2020-636-U. Ankeutvalget finner ikke grunn til å gjøre unntak etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

- (44) Det følger av tvisteloven § 20-8 andre ledd andre punktum at Telenor skal tilkjennes sakskostnader både for lagmannsretten og Høyesterett.
- (45) Telenor har fremlagt oppgave, som viser at det er pådratt 19 339 kroner for lagmannsretten og 118 532 kroner for Høyesterett med tillegg av ankegebyret på 7 032 kroner. Kostnadene for Høyesterett er høye, men må ses i sammenheng med at saksbehandlingen her har vært relativt omfattende. Ankeutvalget finner at kostnadene etter omstendighetene har vært nødvendige.
- (46) Kjennelsen er enstemmig.

#### S L U T N I N G

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. Staten ved konkurransetilsynet betaler til Telenor ASA og Telenor Norge AS i fellesskap 19 339 – nittentusentrehundreogtrettini – kroner i sakskostnader for lagmannsretten og 125 564 – etthundreogtjuefemtusenfemhundreogsekstifire – kroner i sakskostnader for Høyesterett innen 2 – to – uker fra forkynnelse av kjennelsen.

Ingvald Falch  
(sign.)

Henrik Bull  
(sign.)

Kine Steinsvik  
(sign.)

*\*Rettet 28. oktober 2020 i medhold av tvisteloven § 19-8 første ledd.*

Ingvald Falch  
(sign.)

Dokumentet er i samsvar med originalen:  
Johannes Kaasen