



HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 6. februar 2019

Sag BS-14365/2018-HJR
(1. afdeling)

Telenor A/S
(advokat Søren Stenderup Jensen)

mod

TDC A/S
(advokat René Offersen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten på Frederiksberg den 5. juli 2016 og af Østre Landsrets 9. afdeling den 26. september 2017.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Marianne Højgaard Pedersen, Vibeke Rønne, Henrik Waaben, Kurt Rasmussen og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Appellanten, Telenor A/S, har gentaget sin påstand om, at indstævnte, TDC A/S, skal betale 2.781.551 kr., subsidiært 1.634.295 kr. med procesrente fra sagens anlæg.

TDC A/S har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Den 23. oktober 2017 indgav Telenor til Teleklagenævnet en klage over Erhvervsstyrelsens brev til TDC af 20. december 2012. I klagen anførte Telenor bl.a., at Erhvervsstyrelsen skal foranstalte, at teleudbydere, der som følge af

TDC's fejlindberetninger i forbindelse med LRAIC-prisfastsættelsen for 2010 og 2011 har betalt for meget for leje af TDC's fastnet, skal have tilbagebetalt den for meget indbetalte leje.

Vedrørende iagttagelse af klagefristen anførte Telenor bl.a., at Erhvervsstyrelsens beslutning af 20. december 2012 ikke var udformet som en afgørelse, og at brevet ikke indeholdt en klagevejledning.

Den 11. december 2017 afviste Teleklagenævnets formand Telenors klage bl.a. under henvisning til det meget lange tidsforløb, indrettelseshensyn og Telenors kendskab til Teleklagenævnet og klagefristen.

Retsgrundlag

På tidspunktet for IT- og Telestyrelsens afgørelser om TDC's maksimale engrospriser for 2010 og 2011 efter LRAIC-prisfastsættelsesmetoden (Long Run Average Incremental Cost, dvs. langsigtede gennemsnitlige differensomkostningers metode) havde §§ 51, 51 f, 101 og 102 i lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet følgende ordlyd (lovbekendtgørelse nr. 780 af 28. juni 2007 som senest ændret ved lov nr. 1412 af 27. december 2008):

"§ 51. IT- og Telestyrelsen skal pålægge udbydere med en stærk markedsposition, jf. § 84 d, en eller flere forpligtelser som nævnt i stk. 3, jf. dog ...

...

Stk. 3. Forpligtelser pålagt i medfør af stk. 1 og 2 kan vedrøre

...

5) priskontrol, jf. § 51 f,

...

§ 51 f. Ved forpligtelse vedrørende priskontrol, jf. § 51, stk. 3, nr. 5, forstås, at parter skal opfylde krav om omkostningsrelaterede priser i forbindelse med udbud af bestemte former for samtrafik.

...

Stk. 5. IT- og Telestyrelsen vælger på baggrund af hensynene nævnt i stk. 4, hvilken prisfastsættelsesmetode der skal finde anvendelse på samtrafikprodukter omfattet af § 40, når parter pålægges en forpligtelse som nævnt i stk. 1. Følgende prisfastsættelsesmetoder kan finde anvendelse:

...

4) Langsigtede gennemsnitlige differensomkostningers metode (LRAIC-metoden).

...

§ 101. For Teleklagenævnet kan indbringes klager over

...

6) IT- og Telestyrelsens afgørelser efter § ... 51 ...,

...

Stk. 4. Klage efter stk. 1, nr. 6, kan indbringes af

- 1) den, som IT- og Telestyrelsens afgørelse retter sig til, og
- 2) de udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, som på tidspunktet for IT- og Telestyrelsens afgørelse agerer på det relevante marked, som afgørelsen vedrører.

§ 102. Teleklagenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Stk. 2. Teleklagenævnets afgørelse kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende."

IT- og Telestyrelsens afgørelser af 30. oktober 2009 og 29. oktober 2010 om TDC's maksimale engrospriser for 2010 og 2011 efter LRAIC-prisfastsættelsesmetoden er truffet i medfør af henholdsvis bekendtgørelse nr. 1078 af 31. oktober 2006 og bekendtgørelse nr. 496 af 29. april 2010 om LRAIC-prisfastsættelsesmetoden.

Anbringender

Telenor A/S har anført navnlig, at TDC's indberetning til IT- og Telestyrelsen, nu Erhvervsstyrelsen, i 2010 og 2011 af et for lavt antal linjer uden samproduktion til brug for LRAIC-prisfastsættelsen medførte, at maksimalpriserne blev fastsat for højt, og at Telenor led et tab. Da Telenor har betalt mere end de omkostningsrelaterede udgifter, og idet TDC ellers ville oppebære en uberettiget berigelse, har Telenor et tilbagesøgningskrav på grundlag af reglerne om *condictio indebiti*.

Telenor har herved henvist til, at TDC havde mulighed for at indberette de korrekte tal, idet der netop ikke var tale om tal, som blev fastsat skønsmæssigt, men derimod udgjorde en absolut procentvis værdi, og at TDC derfor har handlet ansvarspådragende.

Det er uden betydning for denne sag, at TDC har undladt at rejse efterbetalingskrav mod andre teleoperatører, som måtte have betalt for lidt.

Det har heller ikke betydning, at IT- og Telestyrelsens afgørelser kunne påklages til Teleklagenævnet. Det er ubestridt, at afgørelserne af 30. oktober 2009 og 29. oktober 2010 om maksimale engrospriser er truffet på grundlag af TDC's fejlagtige oplysninger, og at afgørelserne ville have haft et andet indhold, hvis TDC havde indberettet korrekte oplysninger for disse år. Der er derfor ikke behov for en prøvelse af afgørelserne af 30. oktober 2009 og 29. oktober 2010,

og afgørelserne kan af de nævnte grunde ikke anses for retligt bindende i forhold til det tilbagesøgningskrav, som Telenor har rejst.

Erhvervsstyrelsens opgave på dette område har karakter af egentlig tvistløsning mellem private parter, og den udgør en smidig proces på et retsområde, der er meget teknisk og kompliceret. Teleoperatører, som er uenige i prisfastsættelsen, har derfor valgfrihed i forhold til, om de vil søge uenigheden afgjort ved domstolene eller ved Teleklagenævnet.

TDC har ingen beskyttelsesværdig interesse eller noget krav på at kunne indrette sig i tillid til afgørelserne, da de er fejlbehæftede som følge af TDC's egne fejl.

Afgørelserne er endvidere i strid med § 51 f i dagældende lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet samt intentionerne bag loven.

Erhvervsstyrelsens brev af 20. december 2012 har ikke retskraft overfor Telenor, da der ikke er tale om en afgørelse i forvaltningsretlig forstand. Telenor har ikke haft reel mulighed for at påklage den manglende tilbagekaldelse og ændring af LRAIC-prisfastsættelserne for 2010 og 2011 til Teleklagenævnet. Telenor har ikke haft anden mulighed end at forfølge sit krav ved domstolene.

Telenor har på baggrund af den indankede dom indleveret en klage til Teleklagenævnet, som blev afvist som for sent indgivet. Landsrettens grundlæggende præmis for sit resultat i den indankede dom er derfor ikke længere til stede, og Telenor har ikke andre handlemuligheder end at rejse kravet civilretligt over for TDC.

Det bestrides, at TDC har et modkrav vedrørende kundernes forbrug af data til VoD (Video on Demand), da kravet er forældet eller bortfaldet ved passivitet.

TDC A/S har anført navnlig, at IT- og Telestyrelsens afgørelser af 30. oktober 2009 og 29. oktober 2010 om maksimalpriser for 2010 og 2011 står ved magt og skal lægges uprøvet til grund. TDC's prissætning i 2010 og 2011 er sket i overensstemmelse med maksimalprisafgørelserne. Telemetryndighedernes LRAIC-afgørelser skal anfægtes over for myndighederne og kan ikke anfægtes under søgsmål mellem de berørte teleoperatører.

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. december 2012 om ikke at tilbagekalde og ændre maksimalprisafgørelserne hviler på en samlet skønsmæssig vurdering af teknisk faglig art og skal også lægges uprøvet til grund.

Det er uden betydning for TDC, at Telenor ikke påklagede Erhvervsstyrelsens afgørelse rettidigt, og at Telenor derved fortabte rekursmuligheden. Berettigelsen af TDC's prissætning for 2010 og 2011 skal afgøres efter maksimalprisafgørelserne, uanset om Erhvervsstyrelsens brev af 20. december 2012 indeholder en forvaltningsretlig afgørelse eller ej.

TDC hverken vidste eller burde vide, at der var fejl i data, der blev indberettet til telemyndighederne, og som lå til grund for TDC's prissætning ifølge maksimalprisafgørelserne.

TDC og andre teleoperatører har indrettet sig i tillid til maksimalprisafgørelserne, og Telenor vil som den eneste teleoperatør samlet set have et tilbagebetalingskrav, såfremt der foretages en LRAIC-genberegning for 2010 og 2011. TDC vil som følge af forældelse have fortabt muligheden for at gøre efterbetalingskrav gældende over for alle andre operatører i anledning af korrektionen.

TDC skal ved opgørelsen af Telenors krav godskrives 1.147.256 kr. som følge af korrektion for fejl i VoD-forbruget for 2010 og 2011. Korrektionen skal ske ved eventuel genberegning af maksimalpriserne, fordi telemyndigheden efter sin praksis ved genoptagelse af LRAIC-prisafgørelser korrigerer for alle relevante forhold, hvor der efter den oprindelige afgørelse er konstateret ændringer af betydning for genberegningen. Det bestrides, at VoD-kravet er fortabt ved forældelse eller passivitet.

Højesterets begrundelse og resultat

Telenor A/S har betalt TDC A/S for anvendelse af TDC's fastnet (kobbernettet) for bl.a. 2010 og 2011. Det er ubestridt, at TDC's prissætning for disse år er sket i overensstemmelse med de afgørelser om maksimale priser, som IT- og Telestyrelsen, nu Erhvervsstyrelsen, har truffet henholdsvis den 30. oktober 2009 og den 29. oktober 2010. Det kan imidlertid lægges til grund, at der var fejl i data, som TDC indberettede til styrelsen, og som lå til grund for styrelsens beregning af maksimalpriserne for 2010 og 2011. Fejlene medførte, at de maksimale priser for brug af fastnettet for 2010 og 2011 blev fastsat højere, end tilfældet ville have været, hvis TDC's indberetninger havde været korrekte.

Sagen angår, om Telenor har et tilbagebetalingskrav over for TDC vedrørende betalinger for 2010 og 2011 ud fra princippet om *condictio indebiti*. Sagen rejser i første række spørgsmål, om Erhvervsstyrelsens afgørelser kan anfægtes under en retssag mellem TDC og Telenor.

Erhvervsstyrelsen har på en række engrosmarkeder udpeget TDC som udbyder med stærk markedsposition, og TDC må højst opkræve de priser, som Erhvervsstyrelsen har fastsat efter LRAIC-prisfastsættelsesmetoden, jf. lov om

konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet § 51, stk. 1 og stk. 3, nr. 5, jf. § 51 f.

Den 12. oktober 2012 anmodede Erhvervsstyrelsen TDC om supplerende oplysninger vedrørende TDC's indberetninger for 2009 og 2010 med henblik på at vurdere, om der var grundlag for at tilbagekalde eller ændre LRAIC-afgørelserne for 2010 og 2011.

Ved brev af 20. december 2012 til TDC, som Telenor modtog til orientering, meddelte Erhvervsstyrelsen, at der ikke var grundlag for at tilbagekalde eller ændre LRAIC-afgørelserne vedrørende maksimale engrospriser for 2010 og 2011.

Højesteret tiltræder af de grunde, som landsretten har anført, at brevet af 20. december 2012 indeholder en forvaltningsretlig afgørelse, og at afgørelserne af 30. oktober 2009 og 29. oktober 2010 vedrørende TDC's maksimale engrospriser for årene 2010 og 2011 står ved magt.

Som anført har IT- og Telestyrelsen ved afgørelserne fra 2009 og 2010 fastsat de maksimale engrospriser, som TDC kunne opkræve hos sine engroskunder for brug af TDC's fastnet. Afgørelserne har ikke karakter af afgørelse af en tvist mellem private parter. Det følger heraf, at Telenor ikke under et søgsmål mod TDC kan anfægte styrelsens afgørelser om maksimale priser.

Under henvisning hertil har Telenor ikke et tilbagebetalingskrav, og Højesteret stadfæster derfor landsrettens dom.

THI KENDES FOR RET:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Telenor A/S inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse betale 100.000 kr. til TDC A/S.

Sagsomkostningsbeløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.