

Tele2 Norge AS
Frode Lillebakken
Brynsengfare 6 B
0667 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/1239 - 33
MAB CHJA 528.1

Saksbeh.: Christina K Jakobsen
Jens Olav Aksdal

Dato: 11. september 2006

■ Telenors miniabbonnement - konkurranseloven § 12 jf. § 11 - avslag på anmodning om pålegg om opphør

Avgjørelse A2006-51

Sakens bakgrunn

Telenor ASA (Telenor) lanserte 8. november 2004 en differensiert abonnementsstruktur for tradisjonell fasttelefon. ¹ Telenor tilbyr dermed tre ulike abonnementstyper for ISDN/PSTN-fasttelefon til sluttbrukere: 1) Mini: Lav fastpris, høy ringepris, 2) Basis: Telenors gamle standardabbonnement, 3) Pluss: Høy fastpris, lav ringepris. ² I tillegg til disse abonnementene tilbyr Telenor bredbåndstelefon.

Den 12. november 2004 mottok Konkurransetilsynet klage fra Tele2 på Telenors nye abonnementsstruktur. Tele2 peker i klagen på at fastavgiften i Miniabbonnementet er lavere enn Tele2s grossistpris og hevder på denne bakgrunn at det foreligger marginskvis av Telenors konkurrenter i strid med forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Tele2 anmoder Konkurransetilsynet om å treffe vedtak med pålegg om opphør av overtredelsen med hjemmel i konkurranseloven § 12 første ledd, samt midlertidig vedtak om forbud mot Miniabbonnementet med hjemmel i konkurranseloven § 12 fjerde ledd.

I brev til Telenor av 26. november 2004 ba Konkurransetilsynet om synspunkter på klagen fra Tele2. I svarbrevet av 17. desember 2004 avviser Telenor at Miniabbonnementet innebærer en overtredelse av konkurranseloven § 11. Den 21. februar 2005 mottok Konkurransetilsynet en forretningsplan fra Telenor med forventede inntekter og kostnader for Miniabbonnementet. På bakgrunn av forretningsplanen ba Konkurransetilsynet 2. mai 2005 om faktiske inntektsdata og lønnsomhetstall for Miniabbonnementet. Telenor gir i svaret av 30. mai en oversikt over inntekter og kostnader for Miniabbonnementet f.o.m. november 2004 t.o.m. april 2005. Denne oversikten viste seg å inneholde feil, og nye tall har innkommet i brev fra Telenor av 27. januar 2006 og 8. september 2006.

Tele2 har overfor Konkurransetilsynet fortløpende kommentert Telenors opplysninger og vurderinger. I brev av 9. februar 2005 ble Tele2 informert om at Konkurransetilsynet ikke fant grunnlag for å treffe et midlertidig vedtak med hjemmel i konkurranseloven § 12 fjerde ledd.

¹ PSTN/ISDN

² For hver abonnementstype kan man velge mellom PSTN og ISDN, det er altså seks abonnementer til sammen.

Konkurransetilsynets vurdering

Konkurranseloven § 11 inneholder et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Forbudet retter seg mot foretak og inneholder to vilkår: For det første må foretaket ha en dominerende stilling, og for det andre må den dominerende stillingen utnyttes på en utilbørlig måte. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalens artikkel 54 og EF-traktatens artikkel 82. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11.

Dominerende stilling

Tilbydere av fasttelefoni må i vesentlig grad basere seg på kjøp av originerings-, terminerings- og transittjenester fra Telenor i ulike grossistmarkeder. Etter tilsynets vurdering er det sannsynlig at Telenor innehar en dominerende stilling i ett eller flere grossistmarkeder.

I sluttbrukermarkedene konkurreres det om å tilby abonnement og trafikk til sluttbrukerne. For å få et nyttig totalprodukt er en sluttbruker avhengig av både abonnement og trafikk, men muligheten til å benytte fast forvalg og prefiks innebærer at det ikke er nødvendig å kjøpe begge deler fra samme leverandør.³

Telenor leverer en meget høy andel av abonnementene og står for omkring 66 av prosent av trafikken i sluttbrukermarkedet.⁴ Telenors markedsandel målt som andel av den totale omsetningen av abonnement og trafikk er omkring 74 prosent.⁵ Etter tilsynets vurdering er det derfor sannsynlig at Telenor har en dominerende stilling i det norske privatmarkedet for fasttelefoni.

Utilbørlig utnyttelse

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som skader konkurransen i markedet. Det avgjørende er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.⁶ Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen og den utilbørlige utnyttelsen.⁷

Spørsmålet i foreliggende sak er om Telenors tilbud av Miniabonnementet kan utgjøre en utilbørlig utnyttelse i strid med konkurranseloven § 11.

Tele2 anfører at Miniabonnementet innebærer marginskvis av konkurrentene, og at Telenor derfor utilbørlig utnytter sin dominerende stilling i sluttbruker- og grossistmarkedene for fasttelefoni.

Marginskvis brukes gjerne som betegnelse på tilfeller der et vertikalt integrert foretak utnytter sin dominerende stilling i et oppstrømsmarked på en slik måte at differansen mellom prisen i sluttbrukermarkedet og prisen som konkurrentene må betale i grossistmarkedet ikke blir tilstrekkelig stor til å dekke de produktspesifikke kostnadene i nedstrømsmarkedet.

Ifølge Tele2 er det tilstrekkelig for å påvise marginskvis at Tele2 ikke kan oppnå normal lønnsomhet i sluttbrukermarkedet gitt de priser som gjelder for kjøp av abonnement og trafikk fra Telenor i grossistmarkedene. Som støtte for dette viser Tele2 til Europakommisjonens meddelelse om anvendelse av konkurransereglene på tilgangsavtaler i telekommunikasjonssektoren (Kommisjonens meddelelse).⁸

³ Fra 2003 har Telenor også solgt abonnementer i grossistmarkeder og dermed muliggjort konkurranse i både abonnement- og trafikkmarkedet.

⁴ Abonnementstallet er beregnet på grunnlag av tallmaterialet fra Telenor. Trafikktallet er hentet fra side 24 i Post- og teletilsynets statistikk for 2005.

⁵ Se Post- og teletilsynets statistikk for 2005 side 24.

⁶ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25; sak 311/84 Télémarketing, premiss 27; og sak C-7/97 Bronner, premiss 38.

⁷ Sak 6/72 Continental Can mot Kommisjonen, premiss 27.

⁸ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications

Kommisjonens meddelelse inneholder to ulike kostnadstester som utgangspunkt for marginskvisvurderingen, se punktene 117 og 118. Testen i punkt 117 tar utgangspunkt i det dominerende foretakets nedstrømskostnader og innebærer at det vil foreligge marginskvis der det dominerende foretakets nedstrømsvirksomhet ikke vil gå med overskudd gitt den prisen konkurrentene betaler for den aktuelle innsatsfaktoren i oppstrømsmarkedet. Testen i punkt 118 innebærer at vurderingen må skje med referanse til en "rimelig effektiv konkurrent." Testene i punkt 117 og 118 vil kunne gi ulikt resultat dersom begrepet "rimelig effektiv konkurrent" i punkt 118 forstås slik at det kan omfatte konkurrenter med høyere kostnader enn det dominerende foretaket.⁹

Tele2 mener at testene i punkt 117 og 118 må oppfattes som alternative grunnlag for å påvise marginskvis, og at testen i punkt 118 må legges til grunn i den foreliggende saken med Tele2 som referanse for begrepet "rimelig effektiv konkurrent".

Praksis fra fellesskapets domstoler vedrørende EF-traktatens artikkel 82 (tilsvarende § 11) kan imidlertid tale for en marginskvisvurdering som baserer seg på den dominerende aktørens nedstrømskostnader. I den eneste rettsavgjørelsen som direkte synes å berøre spørsmålet, *Industrie des Poudres Spheriques mot Kommisjonen*, legger Førsteinstansdomstolen til grunn at "*the fact that the [Industrie des Poudres Spheriques] cannot, seemingly because of its higher processing costs, remain competitive in the sale of the derived product cannot justify characterising [the dominant firm's] pricing policy as abusive.*"¹⁰

I Kommisjonens avgjørelse i *Deutsche Telekom*, som gjaldt marginskvis av tyske videreselgere av telefon- og internettaksess i konkurranse med Deutsche Telekom, fremkommer også at det må tas utgangspunkt i de produktspesifikke kostnadene til det dominerende foretaket.¹¹

Til støtte for en marginskvisvurdering som tar utgangspunkt i det dominerende foretakets kostnader, kan det videre anføres at en slik kostnadstest fanger opp eventuelle effektivitetsgevinster ved vertikal integrasjon, samt at hensynet til det dominerende foretakets forutberegnlighet best ivaretas når foretaket kan ta utgangspunkt i egne kostnader.

På bakgrunn av ovennevnte har Konkurransetilsynet i den foreliggende sak vurdert om Telenor oppnår kostnadsdekning når Telenors priser i sluttbrukermarkedet vurderes opp mot Telenors produktspesifikke kostnader tillegg de priser som gjelder for aksess og trafikk for Telenors konkurrenter i grossistmarkedet. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en test som tar utgangspunkt i "en rimelig effektiv konkurrent" etter en konkret vurdering vil kunne anvendes i andre saker.

I vurderingen av om en atferd kan antas å utgjøre marginskvis i strid med konkurranseloven § 11 vil også potensielle og faktiske virkninger av atferden være relevante. Særlig vil dette kunne få betydning dersom marginskvisen bare berører segmenter av det relevante markedet.

Telenor har solgt Miniabonnementet som en pakke der abonnenten har måttet kjøpe trafikk til en atskillig høyere pris enn hva som gjelder i markedet generelt. Samtidig oppnår kundene en lavere abonnementspris. Telenors konkurrenter antas å kunne tilby tilsvarende produkter blant annet

sector – Framework, Relevant Markets and Principles som tilgjengelig i EUT 98/C 265/02.

⁹ I *Open network provision (ONP) Committee document 01-17 (2001)* gir Kommisjonen uttrykk for at det dominerende foretakets kostnader i alle tilfeller må fungere som *benchmark* for hva som er en "rimelig effektiv konkurrent," og at det derfor i praksis er tale om én marginskvistest.

¹⁰ Se sak T 5/97, premiss 179.

¹¹ Se Kommisjonens avgjørelse av 21. mai 2003 som publisert i EUT 2003 L 263/9. (...) *there is an abusive margin squeeze if the difference between the retail prices charged by a dominant [DT] undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable services is negative, or insufficient to cover the product-specific costs to the dominant operator of providing its own retail services on the downstream market* (premiss107).

basert på kjøp av grossisttjenester fra Telenor. På denne bakgrunn synes det klart at abonnements- og trafikkprisene må vurderes i sammenheng, og spørsmålet blir om den samlede pristariffen som tilbys gjennom Miniabonnementet innebærer at det foreligger et misbruk av dominerende stilling i form av marginskvis.

Den kortsiktige virkningen av at Telenor tilbyr Miniabonnementet med en lav abonnementspris og en forholdsvis høy ringepris vil være at enkelte kunder kommer bedre ut enn dersom alle kunder kun får tilbud om samme type kontrakt. Årsaken til dette er at tilbudet er tilpasset kunder som ringer lite. Dersom Miniabonnementet i tillegg tilbys til en lav pris (abonnement og trafikk) innebærer dette en ytterligere fordel for konsumentene. Spørsmålet blir derfor om tilbudet på lengre sikt bidrar til redusert konkurranse om kundene i massemarkedet for fasttelefoni. Dette kan være tilfellet dersom tilbudet innebærer en marginskvis slik at konkurrentene stenges ute fra markedet.

Det kan i enkelte tilfeller likevel være aktuelt å foreta en marginskvisvurdering med utgangspunkt i *deler* av den dominerende aktørens produktportefølje i det relevante markedet. Spesielt vil dette være aktuelt i tilfeller der tilgang til enkelte kundegrupper er avgjørende for konkurrentenes tilstedeværelse i markedet. I den foreliggende sak blir dette et spørsmål om Miniabonnementet vurdert isolert innebærer marginskvis. Selv om det etter tilsynets vurderinger ikke er korrekt å legge til grunn en slik begrenset vurdering i dette tilfellet (se nedenfor), har tilsynet i forbindelse med behandlingen denne saken også vurdert dette spørsmålet.

Konkurransetilsynet har hentet inn opplysninger fra Telenor om relevante kostnader og inntekter knyttet til tilbudene om Miniabonnement,¹² og som ledd i vurderingen av disse opplysningene har Konkurransetilsynet også tatt i betraktning tall og regnestykker fra Tele2.¹³ Konkurransetilsynet har ikke funnet grunnlag for å konkludere med at Telenors Miniabonnement innebærer marginskvis når det vurderes isolert. Som nevnt over er det tilsynets oppfatning at vurderingen av mulig misbruk av dominerende stilling i denne saken uansett ikke skal begrenses til om Miniabonnement isolert sett innebærer en marginskvis.

Utgangspunktet må etter Konkurransetilsynets syn være at Miniabonnementet vurderes i sammenheng med Telenors øvrige produktportefølje i privatmarkedet for fasttelefoni. Telenors konkurrenter leverer tjenester også til kunder i markedet som ikke har inngått avtalen om Miniabonnement. Følgelig vil konkurrentenes posisjon overfor øvrige kunder blant annet ha betydning for hvorvidt Miniprisabonnementet har utestengende virkning og dermed negative virkninger for konkurransen på lengre sikt. Fra lanseringen av Miniabonnementet i november 2004 og frem til desember 2005 steg oppslutningen gjennomsnittlig med [...] ¹⁴nye abonnementer i måneden. Ved årsskiftet 2005/2006 tilsvarte Miniabonnementet ca. [...] ¹⁵prosent av den totale kundemassen i det norske privatmarkedet for fasttelefoni. [...]. ¹⁶Dette tilsvare [...] ¹⁷prosent av den totale kundemassen i det norske privatmarkedet for fasttelefoni (bredbåndstelefon i ikke iberegnet). Det er derfor lite sannsynlig at Miniabonnementet har utestengende virkninger i privatmarkedet for fasttelefoni på en måte som innebærer en overtredelse av konkurranse-loven § 11.

Konklusjon

Etter Konkurransetilsynets vurdering er det neppe grunnlag for å konkludere med at Miniabonnementet innebærer at Telenor utilbørlig utnytter en dominerende stilling i strid med

¹² Se oversikt over korrespondanse under punkt 1.

¹³ Vedlegg til brev fra Tele2 til Konkurransetilsynet av 12. november 2004 og 18. mars 2005.

¹⁴ Opplysninger unntatt offentlighet og partsinnsyn i henhold til Forvaltningsloven § 13 første ledd nr.2 og § 19 første ledd bokstav b.

¹⁵ Opplysninger unntatt offentlighet og partsinnsyn i henhold til Forvaltningsloven § 13 første ledd nr.2 og § 19 første ledd bokstav b.

¹⁶ Opplysninger unntatt offentlighet og partsinnsyn i henhold til Forvaltningsloven § 13 første ledd nr.2 og § 19 første ledd bokstav b.

¹⁷ Opplysninger unntatt offentlighet og partsinnsyn i henhold til Forvaltningsloven § 13 første ledd nr.2 og § 19 første ledd bokstav b.

konkurranseloven § 11. Anmodningen om å pålegge opphør avslås og saken anses som avsluttet fra Konkurransetilsynets side.

Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at De med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd kan påklage konkurransetilsynets avgjørelse. Det må klages innen tre uker. Forvaltningslovens bestemmelser i kapittel VI om klage gjelder så langt de passer. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet gjør for øvrig oppmerksom på at foretak som mener seg rammet av en overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Man er således ikke avhengig av at Konkurransetilsynet involverer seg i saken og eventuelt griper inn for å beskytte seg mot en overtredelse.

Med hilsen

Jostein Skaar (e.f.)
avdelingsdirektør

Geir Pettersen
seksjonssjef

Vedlegg:

Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak

Kopi sendt til:
Telenor ASA
Advokatene i Telenor
v/ Inge Kaasen
1331 Fornebu