

Simonsen Advokatfirma DA
Espen Tøndel
Postboks 6641 St. Olavs plass
0129 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/259 - 27
MAB KAAS 528.0

Saksbeh.: Katrine Askildsen
Christina Jakobsen

Dato: 6. desember 2006

■ Avgjørelse A2006-69 - NetCom ASA - konkurranseloven § 12 jf. § 11 - avslag på anmodning om å gripe inn mot Telenor ASAs tjeneste "Totalkunderabatt"

Innledning

Konkurransetilsynet viser til brev fra NetCom ASA representert ved advokatfirmaet Simonsen Føyen av 17. februar 2005 hvor Konkurransetilsynet anmodes om å pålegge opphør av Telenors Totalkunderabatt.

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av henvendelsen vurdert hvorvidt Telenor har utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11. Etter en samlet vurdering har Konkurransetilsynet ikke funnet grunnlag for å konstatere brudd på konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet vil derfor ikke forfølge saken videre.

Sakens bakgrunn

I november 2004 lanserte Telenor en såkalt "totalkunderabatt". Dette konseptet innebærer fem prosent rabatt på abonnement og trafikkpris for kunder som har abonnement på både fasttelefon, mobiltelefon og bredbånd hos Telenor. Totalkunderabatten kommer i tillegg til eventuelle andre rabatter. Totalkunderabatten gis automatisk i felles faktura for alle abonnemeter.¹

Den 17. februar 2005 mottok Konkurransetilsynet klage fra NetCom hvor det hevdes at totalkunderabatten begrenser konkurransen i markedene for fasttelefoni, mobiltelefoni og bredbånd på en måte som rammes av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. NetCom anfører at Telenor har en dominerende stilling i alle de ovennevnte markeder og at rabatten har lojalitetsskapende virkninger for kundene som hindrer markedsadgang for Telenors konkurrenter. NetCom anfører videre at det ikke foreligger relevante effektivitetsgevinster som kan forsvare rabattens utestengende virkninger

I Telenors brev av 18. mars 2005 anfører Telenor at det er hard konkurranse i alle de berørte markeder og at Telenor ikke har en dominerende stilling. Telenor anfører videre at totalkunderabatten verken er lojalitetsskapende eller utestengende, og at det i alle tilfeller følger kostnadsbesparelser med totalkunderabatten som kan forsvare rabatten på fem prosent.

¹ Informasjon fra <http://privat.telenor.no/Telefoni/fasttelefoni/Totalkunde.go>.

For å vurdere de konkurransemessige virkningene av totalkunderabatten har Konkurransetilsynet innhentet informasjon fra Telenor og Tele2. I brev av 13. juni 2005 ble Telenor bedt om å redegjøre for blant annet oppslutningen om totalkunderabatten og de kostnadsbesparelser Telenor mener er forbundet med kunder som har rabatten. I en ny forespørsel om informasjon av 23. januar 2006 ba Konkurransetilsynet om opplysninger om kostnader samt opplysninger om forbruksmønster hos kundene i de relevante markeder. Ettersom Telenor ikke var i besittelse av de etterspurte opplysningene på tidspunktet for henvendelsen, har spørsmålene blitt besvart etappevis i brev av 20. februar, 1. mars og 28. april 2006. I brev fra Konkurransetilsynet av 7. mars 2006 ble Tele2 bedt om å svare på tilsvarende spørsmål om kostnader og forbruksmønster. Konkurransetilsynet mottok svar fra Tele2 den 5. april 2006.

Beskrivelse av de berørte foretak

Telenor ASA er Norges største aktør innen kommunikasjonstjenester. Selskapet har blant annet virksomhet innen mobilkommunikasjon, fasttelefoni, datakommunikasjon og Internett. Telenor hadde en omsetning i Norge på ca 33,6 milliarder NOK i 2005. Telenors kjernevirksomhet er nå organisert i forretningsområdene Telenor Mobile, Telenor Networks, Telenor Plus og Telenor Business Solutions. Selskapet har videre eierinteresser i 12 mobiloperatører i Europa og Asia.

NetCom ASA leverer telekommunikasjon og internettrelaterte tjenester med fokus på mobile løsninger. Selskapet hadde en omsetning på 6,3 mrd NOK i 2005. Datterselskapet NetCom GSM AS tilbyr mobil kommunikasjon og utgjør hovedvirksomheten under NetCom ASA. Begge selskapene vil bli omtalt som NetCom i den videre fremstillingen. Telia AB ble i 2000 eneeier av NetCom ASA.

Rettslig utgangspunkt

Det følger av konkurranseloven § 11 første ledd at et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54. Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at praksis fra EU og EØS vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av innholdet i § 11.²

Konkurranseloven § 11 setter opp to vilkår som begge må være oppfylt for at et foretaks atferd skal rammes av forbudet. For det første må foretaket ha en dominerende stilling og for det andre må atferden innebære en utilbørlig utnyttelse. Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling, men konkurranseloven § 11 setter skranker for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd er skadelig for konkurransen.³

Dominerende stilling

Vurderingen av om det foreligger en dominerende stilling må skje med referanse til et eller flere relevante markeder. Konkurransetilsynet har i den foreliggende saken vurdert Telenors markedsstilling i tre relevante markeder.

Det første markedet er markedet for fasttelefoni. Konkurransetilsynet har ikke funnet det nødvendig å ta stilling til om trafikk og abonnement skal defineres som del av samme marked, eller anses som to separate markeder. Det andre markedet er markedet for mobiltelefoni. Det tredje markedet er markedet for bredbåndsaksess (via xDSL, kabelmodem, fiber eller lignende), heretter omtalt som markedet for bredbånd. Konkurransetilsynet har i den foreliggende sak antatt at det må skilles

² Ot.prp. nr. 6 2003-2004 side 225.

³ Se for eksempel sak 322/81 Michelin mot Kommisjonen, premiss 57 og sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen, premiss 67.

mellom privat og bedriftsmarkedet for fasttelefoni, mobiltelefoni og bredbåndaksess. Det er imidlertid ikke avgjørende for sakens utfall om et slikt skille foretas.

I privatmarkedet for fasttelefoni har Telenor en markedsandel på nær 74 prosent målt som andel av totalomsetningen i markedet.⁴ Som eier av det kobberbaserte aksessnettet og et omfattende nasjonalt transportnett har Telenor en særskilt posisjon i dette markedet. Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at Telenor har dominerende stilling i privatmarkedet for fasttelefoni.

I privatmarkedet for mobiltelefoni har Telenor en markedsandel på ca 55 prosent.⁵ Telenor eier videre ett av to landsdekkende mobilnett og er i tillegg en av tre innehavere i Norge av lisens til et såkalt tredje generasjons mobilnett. På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet at Telenor trolig har dominerende stilling i privatmarkedet for mobiltelefoni.

I privatmarkedet for bredbånd har Telenor en markedsandel på ca 52 prosent.⁶ Videre er ytterligere 30 prosent av aksessene i markedet basert på at Telenors konkurrenter kjøper ulike former for tilgang til Telenors kobberbaserte aksessnett. Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at Telenor er dominerende i markedet for bredbånd til privatkunder.

Utilbørlig utnyttelse

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som begrenser konkurransen i markedet og således er skadelig for forbrukerne. Det avgjørende vurderingstemaet er om det dominerende foretaket opptre på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.⁷ Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen og den utilbørlige utnyttelsen.⁸ Vurderingen av hvorvidt det foreligger konkurransebegrensende atferd er i utgangspunktet objektiv.⁹

I klagen som Konkurransetilsynet har mottatt anføres det at Telenor skader konkurransen i markedet for fasttelefoni, mobiltelefoni og Internett ved å benytte seg av rabatter som kobler flere produkter sammen.

Produktsammenbinding innebærer at to (eller flere) produkter selges samlet. Produktsammenbinding kan gi både reduserte kostnader og økt kvalitet, hvilket i neste omgang bidrar til økt konkurranse. Produktsammenbinding kan imidlertid føre til at konkurrenter stenges ute fra markedet. Det er lagt til grunn i praksis fra EF-domstolen og Kommisjonen at denne type atferd kan utgjøre utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med EF-traktatens artikkel 82.¹⁰ Det følger også av konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav d at produktkobling kan rammes av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det sentrale er hvorvidt utestengingen fører til at konkurransen reduseres eller elimineres og derigjennom skader sluttbrukerne.

Den utestengende effekten må vurderes konkret i hvert tilfelle. Praksis fra EF-domstolen gir anvisning på relevante momenter i en slik vurdering. Det kan blant annet legges vekt på atferdens utforming og natur, på foretakets markedsandel, nettverkseffekter, hvor stor del av markedet som er bundet opp, hvilke kunder som er bundet opp, stordriftsfordeler og etableringshindringer. Både faktiske og potensielle virkninger av atferden er relevante. Produktsammenbinding kan imidlertid i

⁴ Se Post og teletilsynets telestatistikk for 2005 side 25.

⁵ Se Post og teletilsynets telestatistikk for 2005 side 27. Telenors markedsandel på 54,7 prosent målt som andel av omsetning.

⁶ Se Post og teletilsynets telestatistikk for 2005 side 28.

⁷ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25, sak 311/84 Télémarketing, premiss 27 og sak C-7/77 Bronner premiss 38.

⁸ Sak 6/72 Continental Can mot Kommisjonen.

⁹ Sak 85/76 Hoffmann La Roche mot Kommisjonen, premiss 91.

¹⁰ Se for eksempel sak T-30/89 Hilti og Kommisjonens avgjørelse 2002/180 EC De Post – La Poste.

enkelte tilfeller forsvares ut ifra en legitim begrunnelse, for eksempel fordi sammenbindingen fører til at effektivitetsgevinster blir realisert.

For å vurdere totalkunderabattens utestengende virkninger har Konkurransetilsynet innhentet opplysninger om forbruksmønster, priser og kostnader i de relevante markedene. Tilsynet har på bakgrunn av en samlet vurdering kommet til at rabatten neppe har faktiske eller potensielle konkurransebegrensende virkninger i strid med konkurranseloven § 11 på nåværende tidspunkt.

I den foreliggende sak er det av betydning for vurderingen av den utestengende effekten hvorvidt rabatten fratras eller legger restriksjoner på kundens valgmuligheter.¹¹ For at det skal være økonomisk rasjonelt for en totalkunde å velge en alternativ tilbyder for ett av produktene, må prisen som tilbys for produktet fra konkurrentene være lavere enn Telenors rabatterte pris for det konkurrerende produktet. Prisen må også være lav nok til å kompensere kunden for tap av rabatt på de to andre produktene. Tapte rabatt på de to resterende produktene vil således utgjøre skiftekostnaden for en kunde som har totalkunderabatten.

Allment tilgjengelig informasjon på www.telepriser.no¹² viser at det eksisterer flere konkurrenter i de berørte markedene som synes å kunne konkurrere med Telenors totalkunderabatt. De listepriene det opereres med indikerer at kundene for det første fortsatt har muligheter til selv å sette sammen produkter fra alternative leverandører slik at alle tre produktene til sammen vil ligge lavere i pris enn Telenors produkter med totalkunderabatten. For det andre viser listepriene at flere konkurrenter tilbyr sine produkter så lavt priset at prisforskjellen for et produkt alene er nok til å kompensere for tapet for de to andre produktene dersom kunden velger å kjøpe disse fra Telenor.

Det at flere konkurrenter ligger under Telenors listepriener i hvert av de berørte markedene tilsier at kundene fortsatt vil ha flere reelle valgmuligheter til lavere priser ved kjøp av de aktuelle produktene. Totalkundene vil derfor trolig ikke være bundet til Telenor, men tilgjengelig for konkurranse fra Telenors konkurrenter. Konkurransetilsynet har også mottatt opplysninger om totalkunderabattens churn tall for 2005. Avsluttede totalkundeforhold i forhold til gjennomsnittlig antall totalkunder var på [...] ¹³ prosent. Dette tyder på at totalkundene faktisk ikke har vært bundet til Telenor, og at kundene er tilgjengelig for Telenors konkurrenter.

Det kan også pekes på at flere av aktørene i de berørte markedene har tilnærmet like omfattende produktportefølje som Telenor. Disse aktørene vil kunne tilby tilsvarende rabatter som totalkunderabatten og har dermed en mulighet til å konkurrere med Telenor.

Konkurransetilsynet har videre mottatt opplysninger om antall kunder som har totalkunderabatten på det nåværende tidspunkt, samt Telenors prognoser for antall totalkunder de neste to årene. Ved utgangen av 2005 hadde Telenor [...] ¹⁴ totalkunder. Ifølge opplysninger fra Telenor legger selskapet til grunn et estimert gjennomsnitt av totalkunder på [...] ¹⁵ i 2006, [...] ¹⁶ i 2007 og [...] ¹⁷ i 2008. Dersom det totale antallet kunder er likt i 2008 som i dag, vil dette innebære at [...] ¹⁸ prosent

¹¹ Se for eksempel sak 85/76 Hoffmann La Roche, premiss 90

¹² Informasjon oppdatert august 2006.

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

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.

¹⁸ Opplysninger unntatt offentlighet og partsinnsyn i henhold til Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og § 19 første ledd bokstav b.

av kundene i fasttelefonmarkedet vil være total kunder. I mobilmarkedet vil det være tale om [...] ¹⁹ prosent av kundene i 2008. For bredbåndsmarkedet er det tilsvarende estimatet [...] ²⁰ prosent. Disse tallene viser at det nåværende og forventede antall kunder som har total kunderabatten uansett kun vil utgjøre en mindre andel for hvert av de berørte markedene de neste to årene.

Etter en samlet vurdering av total kunderabatten har Konkurransetilsynet funnet at rabatten på det nåværende tidspunkt ikke kan antas å medføre fare for at konkurransen i de relevante markeder elimineres eller reduseres. Rabatten har dermed neppe faktiske eller potensielle konkurransebegrensende virkninger i strid med konkurranseloven § 11.

Konklusjon

På bakgrunn av ovennevnte finner Konkurransetilsynet ikke grunnlag for å prioritere ytterligere ressurser i arbeid med saken. Anmodning om å pålegge opphør avslås derfor og saken anses som avsluttet fra Konkurransetilsynets side.

Konkurransetilsynet gjør for ordens skyld oppmerksom på at avgjørelsen kan påklages med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd. Klagefristen er tre uker. Forvaltningslovens bestemmelser om klage i kapittel VI gjelder så langt de passer. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

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

Med hilsen

Jostein Skaar (e.f.)
avdelingsdirektør

Asbjørn Englund
seksjonssjef

Vedlegg:

Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak

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

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

²⁰ Opplysninger unntatt offentlighet og partsinnsyn i henhold til Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og § 19 første ledd bokstav b.



Mottakere:

Simonsen Postboks 6641 0129 Oslo
Advokatfirma St. Olavs plass
DA