

V1999-78 01.11.99

Avtale mellom ElTele-selskapene og Bane Tele - forholdet til konkurranseloven § 3-1 - dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9

Sammendrag:

Bane Tele (Jernbaneverket), ElTele AS, ElTele Nord AS, ElTele Rogaland AS, ElTele Vest AS, ElTele Vestfold AS, ElTele Øst AS og ElTele Østfold AS har fått dispensasjon fra konkurranseloven for å samarbeide om prisfastsettelsen for salg av overføringskapasitet til sluttbrukere

Konkurransetilsynet viser til brev fra advokatfirma Steenstrup av 25. januar 1999 hvor det orienteres om avtaleinngåelse mellom ElTele AS, seks regionale ElTele-selskaper og Bane Tele. Videre vises det til møte i tilsynets lokaler 8. februar 1999 og til senere kontakt i sakens anledning.

Konkurransetilsynet beklager den lange saksbehandlingstiden.

Samarbeidet mellom ovennevnte selskaper går ut på at selskapene sammenkobler sine respektive nett i særskilte samtrafikkpunkter, og at hvert selskap gis gjensidig rett til å benytte hverandres nett ved inngåelse av avtaler om salg av overføringskapasitet i nettene til sluttbruker, jf. nedenfor. Selskapene hevder prinsipielt at samarbeidet ikke rammes av forbudet i konkurranseloven (krnl.)

§ 3-1. Subsidiært søkes det om dispensasjon i medhold av krnl. § 3-9 bokstav a) evt. bokstav b).

1. Nærmere om avtalen

Bane Tele, som er en forretningsenhet i Jernbaneverket, ElTele AS, ElTele Nord AS, ElTele Rogaland AS, ElTele Vest AS, ElTele Vestfold AS, ElTele Øst AS og ElTele Østfold AS (heretter kalt Partene) ønsker gjennom avtalen å tilby sluttbrukere overføringskapasitet i et helhetlig telenett, uten at Partene er avhengig av samtrafikk med andre tilbydere. Tjenestene som skal tilbys er i hovedsak digitale samband, bredbånd LAN-LAN, såkalt "Telehotel" og driftstjenester. ElTele-selskapenes nett består av geografisk avgrensede og adskilte aksessnett, mens Bane Tele besitter et transportnett langs det offentlige jernbanenettet. Som nevnt ovenfor er disse nettene koblet sammen i særskilte samtrafikkpunkter.

Etter avtalen kan hver av Partene opptre som selger (såkalt Selgende Part) overfor sluttbruker. ElTele AS, som er eiet av fem av ElTele-selskapene, disponerer i dag ingen operative ressurser og har heller ingen ansatte, ifølge opplysninger Konkurransetilsynet har fått fra Partene. De øvrige av Partene som disponerer telenett som er nødvendig for deler av leveransen fra Selgende Part til sluttbruker, betegnes Supporterende Part(er). Supporterende Part skal i hvert enkelt tilfelle akseptere overfor Selgende Part å levere sin del av produktet til sluttbruker.

Prisen sluttbruker skal betale for overføringskapasitet fastsettes i utgangspunktet av den Selgende Part. Normalt tas det utgangspunkt i den Selgende Parts egen veiledende prislister, fratrukket en evt. fremforhandlet rabatt. Avtalen mellom Partene inneholder en nøkkel for hvordan vederlaget fra sluttbruker skal fordeles mellom Partene.

(Unntatt offentlighet, jf. offl. § 5 a), jf. fvl. § 13, første ledd nr. 2, opplysningene finnes i vedlegg punkt 1.)

2. Forholdet til konkurranseloven § 3-1

Konkurranseloven § 3-1 lyder som følger:

To eller flere ervervsdrivende må ikke for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, fastsette eller søke å påvirke priser, avanser eller rabatter bortsett fra vanlig kontantrabatt. Med vanlig kontantrabatt forstås rabatt ved kontant betaling eller ved betaling innen 30 dager. En sats på over 3 prosent skal i intet tilfelle anses som vanlig kontantrabatt.

Tilsvarende må en eller flere leverandører av varer ikke fastsette eller søke å påvirke priser, rabatter eller avanser for avtakernes salg av varer eller tjenester.

Forbudene i første og annet ledd omfatter også retningslinjer med slikt innhold som rammes av disse ledd. Forbudene omfatter både bindende og veiledende avtaler eller ordninger.

Forbudene i annet og tredje ledd er ikke til hinder for at en enkelt leverandør av varer oppgir veiledende priser for avtakernes salg av varer eller tjenester. Leverandøren må i alle henvendelser uttrykkelig betegne prisene som veiledende.

Ervervsdrivende må ikke påvirke en leverandør ved beregningen av veiledende pris.

For at forbudet i krrl. § 3-1 første ledd skal komme til anvendelse må det for det første tas stilling til om Partene fastsetter eller søker å påvirke priser, avanser eller rabatter. Det avgjørende her er om Partene gjennom avtalen har begrenset sin handlefrihet med hensyn til konkurranse-parameteren pris. Det må tas stilling til både om det foreligger begrensninger på Partene både i forhold til prisfastsettelsen overfor sluttbruker og ved salg til de øvrige av partene i avtalen. Dernest må det tas stilling til om eventuelle begrensninger på prisfastsettelsen er egnet til å påvirke konkurransen.

3. Vurdering av om avtalen legger bindinger på den enkelte Selgende Parts prisfastsettelse overfor sluttbruker

Det som her skal vurderes er om avtalen for så vidt gjelder prisfastsettelsen overfor sluttbruker, inneholder reguleringer som kan utgjøre et prissamarbeid i krrl. § 3-1s forstand. Spørsmålet er om avtalen legger bindinger på den enkelte Selgende Parts prissetting, dvs. begrenser den enkeltes handlefrihet med hensyn til konkurranseparameteren pris, ved salg til sluttbruker.

Avtalen legger opp til at hver av Partene lager en prisliste med maksimalpriser for de tjenester han skal levere til sluttbruker. Det benyttes ikke felles prislister. Den enkelte aktørs fastsettelse av egne prislister skjer i utgangspunktet uavhengig av de andre Partene i avtalen.

Selgende Part gir tilbud til sluttbruker basert på prisene i sin prisliste, fratrukket en eventuell fremforhandlet rabatt mellom Selgende Part og vedkommende sluttbruker. Dette sluttbrukerverderlaget skal så fordeles mellom Selgende og Supporterende Parter etter en fordelingsmodell som er fastsatt i avtalen.

Når Selgende Part fastsetter sin pris skal han benytte parametere som er definert i avtalen.

(Unntatt offentlighet, jf. offl. § 5 a), jf. fvl. § 13, første ledd nr. 2, opplysningene finnes i vedlegg punkt 2.)

Selv om prislistene fastsettes uavhengig av de andre Partene i avtalen, er Selgende Parts prisstruktur på denne måten fastsatt gjennom avtalen. Dette kan minne om en form for kalkulasjonssamarbeid. Konkurranselovutvalget omtaler slikt samarbeid på side 129 første og annen spalte i NOU 1991:27. Det heter her:

"Ved differensierte produkter vil et prissamarbeid kreve avtale om priser særskilt for den enkelte deltaker. Men også her er det mulig å gjennomføre skadelig samarbeid, f.eks. ved å fastsette kalkulasjonsregler for hvordan den enkelte deltaker skal beregne sine priser. Slike kalkulasjonsregler vil ofte virke sterkt normerende på prissettingen."

I dette tilfellet anser imidlertid Konkurransetilsynet det ikke som nødvendig å ta uttrykkelig stilling til om dette forhold isolert sett er tilstrekkelig til at det foreligger et ulovlig kalkulasjonssamarbeid. Dette fremgår av den videre fremstilling.

(Unntatt offentlighet, jf. offl. § 5 a), jf. fvl. § 13, første ledd nr. 2, opplysningene finnes i vedlegg punkt 3.)

Etter hvert som Partene får erfaring med avtalen og hverandres opptreden under denne, synes det naturlig, etter Konkurransetilsynets oppfatning, at den Selgende Part ved sin prissetting overfor sluttbruker vil ta hensyn til hvilken pris det er sannsynlig at de Supporterende Parter kan godta.

Den prisstruktur og fordelingsmodell som avtalen etablerer synes også å føre til at Partene i stor grad vil få kjennskap til hverandres sluttbrukerpriser.

Disse forhold taler for at den ordning som er etablert, vil kunne ha en prissnormerende virkning på Selgende Parts fastsettelse av sine sluttbrukerpriser.

(Unntatt offentlighet, jf. offl. § 5 a), jf. fvl. § 13, første ledd nr. 2, opplysningene finnes i vedlegg punkt 4.)

Samlet sett må den ordning som avtalen etablerer sies å ha innflytelse på Selgende Parts prisfastsettelse overfor sluttbruker. Den etablerte ordning erstatter til en viss grad en normal markedsmessig pristilpassing og medfører således at den enkelte parts handlefrihet med hensyn til konkurranseparameteren pris begrenses. Avtalen medfører derfor en form for påvirkning av prisfastsettelsen overfor sluttbruker som i utgangspunktet er i strid med krrl. § 3-1. Videre er det Konkurransetilsynets vurdering at det er mulig at Partene til en viss grad kan konkurrere om å inngå avtaler med sluttbrukere som ønsker å ha aksesspunkter i flere av partenes aksessnett. Prisbindingen er dermed egnet til å påvirke konkurransen.

Avtalen medfører dermed et samarbeid mellom Partene i strid med krrl. § 3-1 første ledd for så vidt gjelder salg av tjenester til sluttbruker.

4. Vurdering av om avtalen legger bindinger på den enkelte Parts prisfastsettelse ved salg til de andre Partene i avtalen

BaneTele tilbyr gjennom avtalen overføringskapasitet i et fiberbasert transportnett som hovedsakelig er anlagt langs jernbanenettet, mens hvert av ElTele-selskapene tilbyr overføringskapasitet i sine aksessnett i geografisk avgrensede områder. Når det gjelder BaneTeles transporttjenester, må avtalen vurderes som et innkjøpssamarbeid mellom ElTele-selskapene fordi BaneTele er den eneste leverandør av denne type tjenester, og ElTele-selskapene kjøper disse tjenestene til de samme vilkår. I den grad avtalen legger bindinger på BaneTeles prissetting av disse tjenester når de selges til ElTele-selskapene, foreligger således et innkjøpssamarbeid som ikke er i strid med krrl. § 3-1.

Når det gjelder transporttjenester i aksessnett og aksesstjenester utgjør avtalen et samarbeid mellom flere selgere (ElTele-selskapene) av samme type produkt. På dette punkt gjelder avtalen således "salg av varer eller tjenester", jf. krrl. § 3-1 første ledd. Det må derfor undersøkes om avtalen innebærer et prissamarbeid i strid med § 3-1 ved salg av disse tjenestene til de øvrige deltakerne i samarbeidet.

Ved salg til sluttbruker skal hver av Partene ha vederlag for denne Partens bidrag til sluttproduktet. Hvordan vederlaget fra sluttbruker skal fordeles mellom Partene er bestemt gjennom fordelingsnøkkelen i avtalen. Fordelingsnøkkelen fastsetter ikke den endelige prisen på hver enkelt av Partenes bidrag til det produktet som tilbys sluttbruker, men fastsetter hvordan prisen på Partenes bidrag beregnes basert på sluttbrukers vederlag.

Etter krrl. § 3-1 tredje ledd omfatter forbudet i første ledd også retningslinjer med slikt innhold som rammes av første ledd. Dette kan eksempelvis være kalkylesatser eller indekser til bruk for prisberegningen som kan virke normerende på den enkeltes prisberegning, jf. sitatet ovenfor fra NOU 1991:27 s. 129. Selv om fordelingsnøkkelen ikke er bindende i den forstand at den alltid må følges, er det etter tilsynets mening klart at den legger føringer på fastsettelsen av den pris den enkelte part skal ha for de tjenester han leverer. Det følger uttrykkelig av § 3-1 tredje ledd at forbudet i første ledd omfatter både bindende og veiledende ordninger. Partene, det vil her si ElTele-selskapene, har derfor begrenset sin handlefrihet med hensyn til å sette pris på sin del av det sluttproduktet som tilbys. Det foreligger dermed etter tilsynets vurdering en pris-påvirkning i henhold til krrl. § 3-1 første ledd jf. tredje ledd.

Ovennevnte er imidlertid ikke tilstrekkelig til at forholdet rammes av krrl. § 3-1 første ledd. Etter lovens ordlyd kreves det at prispåvirkningen må være "egnet til å påvirke konkurransen". Når man er utenfor forbudets kjerne, kan det i visse tilfeller volde noe tvil om et forhold kan sies å være egnet til å påvirke konkurransen. Dette synes å være tilfelle her.

En lignende problemstilling var oppe i Konkurransetilsynets vedtak V98-35. Dette vedtaket gjaldt et prissamarbeid mellom Haugesund Energi AS og Karmsund Kraftlag AS forut for gjennomføringen av en fusjon.

I V98-35 uttrykker tilsynet følgende vedrørende samordning av selskaperens priser for nettleie:

"Forbudet mot prissamarbeid er ment å skulle hindre at ervervsdrivende ved egne tiltak setter prismekanismen ut av funksjon, og derved hindrer markedets mulighet til å frembringe et produksjonskvantum som tilsvarer avtakernes marginale betalingsvillighet.

Dette forutsetter imidlertid at mulighetene for normal markedsmessig pristilpasning foreligger. Etter energiloven kan fordelings- og overføringsnett betraktes som et naturlig monopol, og nettleieprisene er underlagt regulering fra NVE. I tillegg er forbrukerne bundet til å kjøpe nettjenestene hos sin lokale netteier. Dette gjør at det uansett ikke kan finne sted noen konkurranse mht til nettleien. Et samarbeid om prisene på nettleie innenfor de rammer som NVEs regulering åpner for vil følgelig ikke være "egnet til å påvirke konkurransen" og rammes ikke av krrl. § 3-1."

Etter Konkurransetilsynets oppfatning gjør lignende forhold seg gjeldende i denne saken. Partenes aksessnett er utbygd sammen med partenes lokale nett for transport av energi. En utbygging av et aksessnett i andre områder enn der hvor Partene har etablert sine aksessnett for energi vil medføre store engangskostnader for bedriften(e) som ønsker å bygge ut. Dessuten vil en slik parallelletablering neppe være samfunnsøkonomisk lønnsomt. Etter tilsynets vurdering vil det derfor hverken på kort eller lang sikt være realistisk for en enkelt Part å tilby overføringskapasitet i aksessnett i de geografisk avgrensede områdene hvor hver av de andre Partene tilbyr slik overføringskapasitet.

Etter Konkurransetilsynets vurdering vil det følgelig, hverken på kort eller lang sikt, være naturlig å anse den enkelte Part som konkurrent til de andre Partene for så vidt gjelder salg av aksesstjenester og transporttjenester i aksessnett. Etter Konkurransetilsynets vurdering er samarbeidet således ikke egnet til å påvirke konkurransen, for så vidt gjelder disse produktene. Samarbeidet er derfor på dette punkt ikke i strid med krrl. § 3-1.

5. Dispensasjonsvurdering

Som det fremgår ovenfor har Konkurransetilsynet vurdert samtrafikkavtalen mellom Bane Tele og ElTeleselskapene, og funnet at avtalen innebærer prissamarbeid i strid med krrl. § 3-1 første ledd for så vidt gjelder prisfastsettelsen overfor sluttbruker. Partene trenger dermed dispensasjon for denne delen av samarbeidet i medhold av krrl. § 3-9.

Etter Konkurransetilsynets vurdering setter avtalen Partene i stand til å tilby overføringskapasitet til sluttbrukere i konkurranse med Telenor. Partene blir gjennom samtrafikk og utnyttelse av samlede nettressurser i stand til å tilby sluttbruker et alternativt telenett hvor både transportnett og aksessnett inngår. Etter tilsynets vurdering innebærer derfor avtalen mellom Partene med tilhørende konkurransereguleringer at konkurransen i markedet forsterkes.

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn og med hjemmel i krrl. § 3-9 første ledd bokstav a) fattet følgende vedtak:

Bane Tele (Jernbaneverket), EITele AS, EITele Nord AS, EITele Rogaland AS, EITele Vest AS, EITele Vestfold AS, EITele Øst AS og EITele Østfold AS gis dispensasjon fra konkurranseloven § 3-1 første ledd for å samarbeide om den enkelte Selgende Parts prisfastsettelse overfor sluttbruker som beskrevet i den forelagte orientering om avtaleinngåelse av 25. januar 1999 med vedlegg.

Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 1. november 2004.

Det opplyses for ordens skyld om at vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Administrasjonsdepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet. For øvrig vises til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".

[til toppen](#)