



Advokatfirma DLA Piper Norway DA
Kjetil Haare Johansen
Postboks 1364 Vika
0114 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2011/650
MAB KAJO 528.3

Dato: 08.11.2011

Vedtak V2011-18 - Telenor Norge AS - LOS Bynett AS / Bynett Privat AS - konkurranseloven § 19 tredje ledd - pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud 03. november 2011. Partene har varslet i brev av 7. november 2011 at de ikke vil motsette seg gjennomføringsforbud.
- (2) Telenor Norge AS (heretter "Telenor Norge") inngikk 8. juli 2011 avtale med Agder Energi AS (heretter "Agder Energi") om erverv av 100 % av aksjene i LOS Bynett AS og Bynett Privat AS (heretter "LOS Bynett" og "Bynett Privat", samlet "LOS"). Ervervet utgjør en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. konkurranseloven² § 17.
- (3) Telenor Norge er et heleid datterselskap av Telenor ASA. Telenor Norge leverer internett/bredbånd, mobiltelefoni, fasttelefoni og kabel-tv til private og bedrifter i Norge.
- (4) LOS Bynett og Bynett Privat er heleide datterselskaper av Agder Energi AS. Virksomheten i LOS er basert på fiberoptiske høyhastighetsnett som er lagt i forbindelse med Agder Energis strømmnett. LOS Bynett eier og drifter fibernettnet, samt leverer bredbånd over optisk fiber til bedriftskunder og offentlig sektor, mens Bynett Privat leverer til private husstander.
- (5) Av konkurranseloven § 19 første ledd fremgår at foretakssammenslutninger som er underlagt meldeplikt til Konkurransetilsynet etter reglene i § 18 første ledd, ikke må gjennomføres før fristen for pålegg om fullstendig melding etter § 18 tredje ledd er utløpt. Ved pålegg om fullstendig melding etter § 18 tredje ledd videreføres det automatiske gjennomføringsforbudet frem til fristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt, jf. § 19 første

¹ Opplysninger i dokumentet som er merket svart er unntatt offentlighet i medhold av offentleglova av 19. mai 2006 nr. 16 § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven av 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 2.

² Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

ledd annet punktum. Fristen for slikt varsel er 25 virkedager etter at fullstendig melding er mottatt, jf. § 20 andre ledd første punktum.

- (6) I herværende sak mottok Konkurransetilsynet fullstendig melding om foretakssammenslutningen 29. september 2011. Konkurransetilsynet sendte 3. november 2011 varsel om at inngrep kan bli aktuelt. Varselet ble sendt rettidig. Samme dato sendte Konkurransetilsynet varsel om at det kunne bli aktuelt å pålegge midlertidig gjennomføringsforbud i saken.
- (7) Formålet med det automatiske gjennomføringsforbudet er å sikre en effektiv kontroll med foretakssammenslutningen, ved å forhindre at partene ellers gjennomfører tiltak som senere vil kunne vanskeliggjøre et inngrep mot foretakssammenslutningen.
- (8) Etter konkurranseloven § 19 tredje ledd kan Konkurransetilsynet på visse vilkår pålegge et midlertidig gjennomføringsforbud utover det automatiske gjennomføringsforbudet i § 19 første ledd. På tilsvarende måte som for det automatiske gjennomføringsforbudet er regelen om midlertidig gjennomføringsforbud i konkurranseloven begrunnet i behovet for en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger.³
- (9) Konkurransetilsynet har nedenfor vurdert om vilkårene for pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud i medhold av konkurranseloven § 19 tredje ledd er oppfylt i herværende sak.

2 Midlertidig gjennomføringsforbud etter konkurranseloven § 19 tredje ledd

2.1 Rettslig utgangspunkt

- (10) Av konkurranseloven § 19 tredje ledd følger at Konkurransetilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud og andre tiltak dersom det er:
- a) rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen eller erverv som nevnt i § 16 annet ledd kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen og
 - b) nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av eventuelle inngrep etter § 16.
- (11) De angitte vilkårene er kumulative og må begge være oppfylt for at tilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud utover det automatiske gjennomføringsforbudet i første ledd.
- (12) I forarbeidene til konkurranseloven er det pekt på at konkurranseloven § 19 tredje ledd tilsvarer tidligere konkurranselov § 3-11 fjerde ledd og skal tolkes på samme måte.⁴ Lovforståelse og praksis knyttet til den sistnevnte bestemmelsen vil derfor være relevant ved tolkningen og anvendelsen av gjeldende konkurranselov § 19 tredje ledd. I vurderingen av

³ Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) side 9, jf. Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) kapittel 4.8.

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) kapittel 7.6.

om det vil være nødvendig å treffe et slikt vedtak, er det videre uttalt i forarbeidene at tilsynet skal ha en vid skjønnsadgang.

2.2 Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav a – rimelig grunn til å anta at ervervet kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen

- (13) Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav a oppstiller som nevnt ovenfor, et krav om at det må være rimelig grunn til å anta at ervervet kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. I forarbeidene til konkurranseloven av 1993 § 3-11 fjerde ledd er det pekt på at selv om vilkåret skal tolkes strengt, er det ikke meningen at Konkurransetilsynet i sin vurdering skal være nødt til å foreta en tilnærmet fullstendig materiell inngrepsvurdering, tilsvarende den som kreves ved vedtak mot selve foretakssammenslutningen.⁵
- (14) Dersom konkurransen er vesentlig begrenset, vil de involverte foretak kunne utøve markedsrett. Med markedsrett menes vanligvis en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning, uten at omsatt kvantum synker så mye at det blir ulønnsomt.
- (15) Det er flere forhold som er relevante i vurderingen av graden av konkurranseintensiteten i et marked, og dermed for aktørenes muligheter til å utøve markedsrett. Sentrale momenter er konsentrasjonsgrad, konkurrenters responsmuligheter, etableringsmuligheter, potensiell konkurranse, kjøperrett og produktenes substituerbarhet. Disse faktorene virker sammen og påvirker graden av konkurranse.
- (16) Markedsandeler brukes til å beregne konsentrasjonen i markedet. Konkurransetilsynet legger til grunn at høy markedskonsentrasjon normalt vil være en nødvendig, men ikke en tilstrekkelig betingelse for å fastslå at konkurransen er begrenset. Det er likevel slik at jo høyere konsentrasjonen er i et marked, desto mer sannsynlig er det at konkurransen i markedet er vesentlig begrenset.
- (17) For å beregne partenes markedsandeler og konsentrasjonen i markedet, må det foretas en avgrensning av det eller de relevante markedene. I en tidlig fase av saken vil Konkurransetilsynet normalt støtte seg på sin egen tidligere praksis, praksis fra andre konkurransemyndigheter, og partene sine egne vurderinger når de relevante markedene skal avgrenses. Dette er likevel bare ett utgangspunkt, og enhver sak må vurderes konkret og ut fra de opplysninger som foreligger på vedtakstidspunktet.
- (18) Melder har ved brev av 7. november 2011 stilt spørsmål ved begrunnelsen i forhåndsvarslet på dette punkt, herunder forholdet til tidligere markedsavgrensninger i Konkurransetilsynets vedtak V2005-6, Telenor-Tiscali.
- (19) I nærværende sak er imidlertid saksforholdet annerledes enn i V2005-6, Telenor-Tiscali, siden melder nå kjøper konkurrerende infrastruktur. Saken reiser således andre problemstillinger enn oppkjøpet i V2005-6, og vurderingene knyttet til markedsavgrensninger mv. vil derfor kunne avvike fra de vurderingene som ble gjort den gang. Konkurransetilsynet understreker

⁵ Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) s. 20.

at vurderingene nedenfor er av foreløpig karakter, og i stor utstrekning basert på de opplysningene som foreligger på det nåværende tidspunkt.

- (20) Partene har horisontalt overlappende virksomhet innen produkter som kan tilbys som følge av eierskap og tilgang til fast nett for elektronisk kommunikasjon. Herunder har partene overlappende virksomhet innenfor grossistsalg av overføringskapasitet, samt tilbud av bredbåndsaksess til bedrifter og private slutt kunder.
- (21) Konkurransetilsynets vurdering er at partene i foretakssammenslutningen i deler av Agder-fylkene og Vestfold vil være de eneste eierne av infrastruktur som kan benyttes til å tilby grossistprodukter som overføringskapasitet. For disse geografiske områdene vil kjøperne etter sammenslutningen ikke ha andre alternativer å velge mellom, og Telenor vil være en faktisk monopolist. I andre områder i Agder-fylkene vil TDC sammen med Agder Breiband og Tel-AG ha en infrastruktur som delvis er selveiet, og delvis er leiet, og som potensielt trolig vil kunne benyttes til å tilby grossistprodukter. Disse partene opplyser imidlertid at de ikke selger grossistprodukter til andre, og det vil som nevnt flere steder heller ikke være overlapp med LOS⁶ eller Telenors infrastruktur. Ventelo har alternativ infrastruktur i en del områder, men er som TDC avhengig av å kjøpe tilgang hos Telenor eller LOS for øvrig. I Vestfold har Ventelo og TDC enda mer begrenset utstrekning på egen infrastruktur. Her er til gjengjeld Infiber til stede i noen områder, men for deler av Vestfold synes det ikke å være alternativer til å kjøpe grossistprodukter av andre enn partene i nærværende sak. Den informasjon som tilsynet har om prisingen som skjer på grossistnivå så langt gir også rimelig grunn til å anta at prisene varierer for ulike geografiske områder blant annet med konkurransesituasjonen regionalt.⁶ Konkurransetilsynets foreløpige vurdering er derfor at det er grunnlag for å definere lokale/regionale geografiske markeder her.
- (22) Det er Konkurransetilsynets foreløpige oppfatning at verken kjøpermakt eller andre faktorer vil kunne motvirke den ensidige markedsmakten som Telenor vil kunne oppnå gjennom foretakssammenslutningen.
- (23) Konkurransetilsynet konstaterer videre at når det gjelder sluttbrukeraksess til private vil partene etter fusjonen få en anslått markedsandel i et teknologinøytralt marked der alle DSL varianter er inkludert, og målt i antall aksesser, på mellom ■■■ % i 12 av 20 kommuner der LOS har sin infrastruktur. I de resterende kommunene vil markedsandelene anslagsvis være på mellom ■■■ %. Også i dette markedet tyder opplysningene Konkurransetilsynet har så langt på at prisingen skjer til dels regionalt i form av introduksjonskampanjer, reduksjon i etableringsgebyr, mv.⁷ De høye markedsandelene til partene etter ervervet regionalt, indikerer at den tilgangen som andre operatører kan få på grossistnivå i Telenors kobberinfrastruktur nasjonalt ikke vil være tilstrekkelig effektiv til å hindre Telenor i å utøve markedsmakt regionalt.

⁶ Se herunder opplysninger i brev fra Get 21. oktober 2011 bokstav g, BKK 20. oktober 2011 bl.a. spørsmål d, Infiber 19. oktober 2011 bokstav d og n, Systempartner 16. oktober 2011, Ventelo 20. oktober 2011 bokstavene d og g, og epost av 31. oktober 2011, NextGenTel brev 26. oktober, bla i svar på spørsmål d og j.

⁷ Se herunder NextGenTel brev av 26. oktober 2011 spørsmål w, Lyse i brev av 20. oktober 2011 bokstav g, Agder Breiband i brev av 31. august og 20. oktober 2011 spørsmål w, samt LOS Bynett AS protokoll styremøte 3/10, s. 2.

- (24) Det er Konkurransetilsynets foreløpige oppfatning at verken kjøpermakt eller andre faktorer vil kunne motvirke den ensidige markedsmakten som Telenor vil kunne oppnå gjennom foretakssammenslutningen.
- (25) Konkurransetilsynet er etter dette kommet til at det foreligger rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen vil kunne lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.

2.3 Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav b – midlertidig forbud må være nødvendig for å sikre gjennomføringen av et eventuelt inngrep etter § 16

- (26) Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav b oppstiller videre et krav om at det må vurderes som nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av et eventuelt inngrep etter § 16. Hvorvidt det er nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av et inngrep skal ifølge forarbeidene bero på en konkret vurdering der bl.a. omstendighetene rundt foretakssammenslutningen og markedet, sannsynligheten for et senere inngrep og hensynet til partenes behov for å starte gjennomføringen av den aktuelle foretakssammenslutningen vil være sentrale momenter. Det vil også kunne være relevant å se hen til de økonomiske skadevirkninger for de involverte parter i vurderingen.
- (27) Som det fremgår av vurderingen av det første vilkåret, er det Konkurransetilsynets foreløpige vurdering at partenes samlede markedsandel tilsier at det kan bli tale om inngrep mot foretakssammenslutningen. Det er derfor viktig å sikre at et slikt eventuelt inngrep blir effektivt.
- (28) Konkurransetilsynet har forståelse for at partene ønsker en rask avklaring av hvorvidt Konkurransetilsynet vil gripe inn mot foretakssammenslutningen. Tilsynet ser det imidlertid som viktig at selskapene ikke får anledning til å foregripe utfallet av tilsynets behandling av saken ved å påbegynne integrasjonsprosessen, idet dette vil kunne medføre iverksettelse av tiltak og utveksling av forretningssensitiv informasjon som vil kunne vanskeliggjøre et eventuelt senere inngrep. Det samme gjelder dersom selskapene iverksetter felles prosjekter gjennom felles markedsføring eller salg, forhandlinger med kunder eller leverandører eller for øvrig iverksetter organisatoriske endringer.
- (29) Konkurransetilsynet legger videre vekt på at de konkurransemessige bekymringene som foretakssammenslutningen etter tilsynets foreløpige vurdering reiser, gjelder både i Agderfylkene og i Vestfold. Det vil derfor ikke være mulig å avgrense et pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud til deler av foretakssammenslutningen. Et fullt gjennomføringsforbud vil derfor være nødvendig og forholdsmessig.
- (30) Med henvisning til det ovennevnte er Konkurransetilsynet av den oppfatning at hensynet til å sikre gjennomføringen av et eventuelt fremtidig inngrepsvedtak i denne saken, veier tyngre enn partene sitt konkrete behov for å starte en integrasjonsprosess.
- (31) Konkurransetilsynet finner derfor at et midlertidig gjennomføringsforbud mot integrasjon av selskapenes virksomhet, er nødvendig for å kunne gjennomføre et eventuelt senere vedtak om inngrep etter konkurranseloven § 16.

3 Vedtak om midlertidig forbud

- (32) På denne bakgrunn, og med henvisning til konkurranseloven § 19 tredje ledd, har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

Telenor Norge AS og Agder Energi AS forbys å iverksette integrasjon av selskapene LOS Bynett AS og Bynett Privat AS med Telenor Norge AS virksomhet inntil Konkurransetilsynets endelige avgjørelse i saken foreligger. Dette innebærer at selskapene i denne perioden må opptre helt uavhengig av hverandre, både seg i mellom og i forhold til kunder, leverandører og andre.

Vedtaket trer i kraft fra dags dato og gjelder frem til endelig vedtak eller avgjørelse etter konkurranseloven § 16 foreligger.

Vedtaket kan påklages innen tre uker fra mottak av dette brev, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd. En eventuell klage stiles til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Med hilsen

Henrik Magnus Lande (e.f.)
seksjonsleder

Knut Alexander Johnsen
førstekonsulent

Kopi til:

Agder Energi AS v/ Wikborg Rein Postboks 1513 Vika 0117 Oslo

Mottakere:

Advokatfirma DLA Piper Norway DA Postboks 1364 Vika 0114 Oslo

