



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas avgjørelse V03/2019 19. juni 2019

Sak: 2019/34

Klager: Telenor Norge AS/Telenor ASA

Prosessfullmektig: Advokatfirmaet Thommessen AS v/advokat A

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Tore Lunde, Jan Yngve Sand og Ronny Gjendemsjø

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet traff 21. juni 2018 vedtak (heretter omtalt som vedtaket) om ileggelse av overtredelsesgebyr mot Telenor ASA og Telenor Norge AS (heretter i fellesskap omtalt som «Telenor» om ikke annet fremgår) for brudd på lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12 (konkurranseloven) § 11 og avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen) artikkel 54. I vedtaket la Konkurransetilsynet til grunn at Telenor Norge AS hadde en dominerende stilling i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet for mobiltjenester i Norge i perioden fra 2010 til 2014. Videre la Konkurransetilsynet til grunn at Telenor Norge AS utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i disse markedene ved omlegging av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 til Network Norway AS' avtale om nasjonal gjesting i Telenors mobilnett.
- (2) Konkurransetilsynet mottok 20. desember 2018 klage (heretter omtalt som klagen) fra Telenor representert ved advokat A i Advokatfirmaet Thommessen AS. Vedlegg 4 til klagen var en økonomisk rapport, «*Pris, investering og konkurranse*», utarbeidet av professor Nils-Henrik Mørch von der Fehr (heretter omtalt som von der Fehrs rapport).
- (3) Konkurransetilsynet vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt Konkurransklagenemnda ved Konkurransetilsynets innstilling 15. januar 2019 (heretter Konkurransetilsynets innstilling).
- (4) Konkurransklagenemnda avholdt planmøte i saken 4. februar 2019.

- (5) I brev 7. februar 2019 rettet Telenor inhabilitetsinnsigelser mot Konkurransklagenemndas leder Karin Fløistad. Karin Fløistad erklærte seg inhabil i brev 18. februar 2019. Tore Lunde ble derfor oppnevnt som setteleder for nemnda i brev fra Nærings- og fiskeridepartementet 25. februar 2019.
- (6) Telenor kommenterte Konkurransetilsynets innstilling i brev til Konkurransklagenemnda 7. februar 2019. Konkurransetilsynet har fått utarbeidet en økonomisk rapport – «*Simkortavgift, prisstruktur og incentiver til å investere i eget nett*» av professor Espen R. Moen og professor Christian Riis (heretter omtalt som Moen og Riis sin rapport) – som ble oversendt Konkurransklagenemnda 11. februar 2019. Telenor innga sine kommentarer til Konkurransetilsynets økonomiske rapport i brev 22. februar 2019. I tillegg innga Telenor 4. mars 2019 en betenkning fra professor Erling Hjelmeng datert 3. mars 2019 (heretter omtalt som Hjelmengs betenkning). Konkurransetilsynet innga sine merknader til Telenors prosesskriv i brev 11. mars 2019 og Regjeringsadvokaten innga i tillegg sine supplerende merknader i brev av samme dag.
- (7) Konkurransklagenemnda gjennomførte muntlig høring i saken 21. til 22. mars og 27. til 29. mars 2019. Partsrepresentanter, prosessfullmektiger, vitner og sakkyndige vitner møtte, holdt innlegg og ga forklaringer. Det ble utarbeidet protokoll fra høringen som ble oversendt Telenor og Konkurransetilsynet i e-post 2. mai 2019. Etter første del av høringen sendte Konkurransklagenemnda spørsmål til Telenor som ble besvart i brev 26. mars 2019. Etter den muntlige høringen innga Telenor ytterlige kommentarer i brev 8. april 2019. Konkurransetilsynet kommenterte Telenors kommentarer i e-post 11. april 2019.
- (8) EFTAs overvåkningsorgan (heretter ESA) leverte skriftlig innlegg til Konkurransklagenemnda i brev 8. mai 2019, jf. ODA-protokoll 4,¹ kapittel 2 artikkel 15 (3). Telenor innga sine kommentarer til ESAs innlegg i brev 16. mai 2019, og Konkurransetilsynet i brev 23. mai 2019.
- (9) Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan Konkurransklagenemnda prøve alle sider av saken. Dette betyr at nemnda kan prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd første punktum kan nemnda treffe nytt vedtak i saken.
- (10) Nemnda har i behandlingen av klagen forholdt seg til de dokumenter som inngår i saken, klagen, etterfølgende brev/prosesskriv, økonomiske rapporter, det som fremkom under den muntlige høringen og etterfølgende skriftlige merknader fra Telenor, Konkurransetilsynet og ESA.
- (11) Konkurransklagenemnda skal ta stilling til gyldigheten av Konkurransetilsynets vedtak V2018-20. Telenor har gjort gjeldende at vedtaket bygger på feil rettsanvendelse og feil faktum, og at det derfor må oppheves som ugyldig. Subsidiært – for det tilfelle nemnda finner at det foreligger en overtredelse, gjør Telenor gjeldende at det ilagte overtredelsesgebyret må reduseres vesentlig.

¹ Protokoll 4 til avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol av 2. mai 1992 (ODA).

2 Sakens bakgrunn

2.1 Innledning

- (12) Beskrivelsen av klager, konkurrenter og markedet i det følgende bygger på Konkurransetilsynets beskrivelse i vedtaket kapittel 1 «*Sakens bakgrunn*» og del I «*Sakens faktiske side*». Konkurransetilsynet har i vedtaket gitt en inngående beskrivelse av aktørene i grossist- og sluttbrukermarkedet. Verken Telenor eller Konkurransetilsynet har hatt innvendinger til denne beskrivelsen. Konkurransklagenemnda viser derfor til vedtaket for en mer detaljert beskrivelse.

2.2 Konkurransetilsynets vedtak

- (13) Konkurransetilsynet traff 21. juni 2018 vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. I vedtaket ble det lagt til grunn at Telenor hadde «*utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 gjennom omlegging av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 til Network Norways avtale om nasjonal gjesting i Telenors mobilnett.*» Konkurransetilsynet la videre til grunn at overtredelsen fant sted «*fra inngåelsen av Tilleggsavtale 2 med Network Norway AS 18. august 2010, og frem til avtalen om nasjonal gjesting mellom Telenor Norge AS og Network Norway AS opphørte 30. juni 2014*»
- (14) På denne bakgrunn ble det fattet vedtak med følgende slutning:

«Telenor Norge AS og Telenor ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på kroner 788 – syv hundre og åttiåtte – millioner for overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.»

2.3 Om Klager

2.3.1 Telenor ASA

- (15) Telenor ASA er morselskapet i Telenor-konsernet. (Telenor-konsernet vil som nevnt under punkt 1 bli benevnt Telenor og omfatter alle selskapene i konsernet, det vil si alle selskaper som direkte eller indirekte kontrolleres av Telenor ASA). Ifølge hjemmesidene til Telenor har konsernet virksomhet innen tele, data og medietjenester i Norden, Sentral- og Øst-Europa og Asia. Mobilvirksomhet er Telenor-konsernets hovedvirksomhet, med ca. 174 millioner kunder og egen mobilvirksomhet i åtte land.
- (16) Forgjengeren til Telenor-konsernet er Telegrafverket (senere Televerket). Telegrafverket ble etablert i 1855 som et statlig eid monopol med oppgave å drive telefon- og telegrafvirksomhet i Norge. Telenor-navnet ble innført i 1995 etter at Televerket ble omdannet til et statlig aksjeselskap i 1994. Selskapet ble børsnotert i år 2000 som Telenor ASA. Den norske stat er fremdeles majoritetsaksjonær i Telenor ASA, med en aksjeandel på 54 prosent.
- (17) Telenor ASA har siden 2006 vært utpekt av ekommyndighetene som eneste tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett i Norge. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har derfor pålagt Telenor særskilte forpliktelser, herunder å gi tilgang til selskapets mobilnett på nærmere angitte vilkår. Dette er nærmere beskrevet i Konkurransetilsynets vedtak punkt 4.3.

- (18) Telenor er den klart største mobiltilbyderen i Norge, og er også den ledende leverandøren av mobiltelefoni, mobilt bredbånd og fast bredbånd til privat- og bedriftskunder. I grossistmarkedet tilbyr Telenor blant annet overføringskapasitet, bredbåndsnett og mobilnett. I følge Telenor Group Årsrapport 2017 var Telenor-konsernets driftsinntekter i 2017 i Norge på ca. 25,9 milliarder kroner.²

2.3.2 Telenor Norge AS

- (19) Telenor Norge AS har virksomhet innen mobiltelefoni, salg av mobilt bredbånd, fast bredbånd og fasttelefoni, med tilknyttede produkter og tjenester til både privat- og bedriftskunder. Dette tilbys gjennom merkevarene Telenor, Talkmore og Dipper. I grossistmarkedet tilbyr Telenor Norge AS blant annet overføringskapasitet, bredbåndsnett og mobilnett.
- (20) Telenor Norge AS er eid av Telenor Mobile Holding AS (50,4 prosent) og Telenor Networks Holding AS (49,6 prosent), som begge er heleide datterselskaper av Telenor ASA.
- (21) Telenor Norge AS' driftsinntekter i 2017 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 24,5 milliarder kroner.

2.4 Nærmere om andre markedsaktører

2.4.1 Tele2 Norge AS (opphørt)

- (22) Tele2 Norge AS (heretter Tele2) ble etablert i 1995 som et heleid datterselskap av Tele2 Sverige AB, og var en del av Tele2-konsernet. Tele2 leverte tjenester innen mobiltelefoni, fasttelefoni og mobilt bredbånd i Norge til privat- og bedriftskunder.
- (23) Tele2 Sverige AB inngikk 21. juli 2011 en avtale med de største aksjonærene i Network Norway AS om erverv av 66,65 prosent av aksjene i Network Norway AS. Tele2-konsernet overtok dermed kontroll over Network Norway AS og over fellesforetaket Mobile Norway AS (heretter Mobile Norway).
- (24) Telia Sonera AB og Tele2 Sverige AB avtalte 4. juli 2014 at Telia Sonera AB skulle erverve samtlige aksjer i Tele2 og Network Norway AS. Konkurransetilsynet tillot oppkjøpet på vilkår, herunder at immaterielle rettigheter knyttet til foretaksnavnet og varemerket Network Norway ble solgt til Ice Communication Norge AS (heretter «Ice Norge»). Salget skulle også omfatte samtlige kunder under varemerket Network Norway, og basestasjoner mv. tilhørende Mobile Norway, se Konkurransetilsynets vedtak V 2015-1, av 5. februar 2015.
- (25) Driftsinntektene til Tele2 i 2014 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 1,5 milliarder kroner.

2.4.2 Network Norway AS (opphørt)

- (26) Network Norway AS (heretter Network Norway) ble opprettet i 2005, og leverte mobilabonnement og andre mobile kommunikasjonsløsninger i Norge til privat- og

² Beløpet gjelder segment «Norge» og utelater segmentene «Broadcast», «Øvrige virksomheter» og «Elimineringer».

bedriftskunder. Mobilabonnementene ble solgt under merkenavnene One Call, Network Norway og Lebara (senere MyCall).

- (27) Network Norway startet utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge gjennom selskapet Mobile Norway, tidligere Automobil Invest, i 2006. Network Norway og Tele2 samarbeidet om utbyggingen fra og med 2007, etter Tele2 sitt oppkjøp av 50 prosent av aksjene i Mobile Norway AS. Ice Norge overtok det tredje nettets infrastruktur i forbindelse med Telia Sonera ABs kjøp av aksjene i Network Norway og Tele2, som et vilkår for oppkjøpet.
- (28) Tele2 Sverige AB kjøpte som nevnt 66,65 prosent av aksjene i Network Norway i 2011. Network Norway ble dermed en del av Tele2-konsernet. I 2015 ble Tele2 og Network Norway en del av TeliaSonera-konsernet.
- (29) Network Norways totale driftsinntekter i 2014 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 2,2 milliarder kroner.

2.4.3 Telia Norge AS

- (30) Telia Norge AS (heretter omtalt som Telia, omfatter i det følgende alle selskapene i konsernet, det vil si alle selskaper som direkte eller indirekte kontrolleres av Telia Norge AS) er et heleid datterselskap av Telia Company AB (tidligere Telia Sonera AB), som er morselskapet i Telia-konsernet. Telia er morselskapet i Telia-konsernets norske virksomhet.
- (31) Telia har det andre landsdekkende mobilnettet i Norge ved siden av Telenor. Det var opprinnelig NetCom GSM AS som ble tildelt konsesjon for å anlegge eie og drive mobilnett i 1991. Telia AB overtok NetCom i 2001. Telia har hatt virksomhet under navnet NetCom for sin norske virksomhet frem til 1. mars 2016, i det følgende vil både NetCom og Telia bli omtalt som Telia, med unntak av i sitater.³
- (32) Telia har virksomhet innen mobilkommunikasjon til privat- og bedriftskunder og mobilt bredbånd med tilknyttede produkter og tjenester. Telia overtok merkenavnene OneCall og MyCall fra Network Norway ved oppkjøpet i 2014. I grossistmarkedet tilbyr Telia blant annet tilgang til mobilnett. Telias totale driftsinntekter i 2017 var ifølge Brønnøysundregistrene ca. 9,3 milliarder kroner.

2.5 Mobiltjenester i Norge

- (33) Markedet for mobiltelefoni er kjennetegnet av i hovedsak tre ulike typer mobiloperatører.
- (34) Det er mobilnettverksoperatører (MNO-er) som opererer og drifter egne mobilnettverk, inkludert alle andre komponenter som kreves for å produsere mobiltjenester, herunder frekvenstillatelser, nettverk av basestasjoner (radioaksessnett), og mulighet til å føre signaler til basestasjoner og teknologi til å formidle mobiltrafikk mellom mobiloperatører (kjernenett). Mobiloperatørene kan ha varierende grad av geografisk dekning, og operatører med bare delvis geografisk dekning vil være avhengig av å leie tilgang av mobiloperatører med landsdekkende nett.

³ <http://presse.telia.no/pressreleases/telia-fyller-ett-aar-i-norge-1831929>

- (35) Videre finnes det mobile virtuelle nettverksoperatører (MVNO-er) som eier og drifter enkelte elementer av et mobilt nettverk; spesifikt et kjernenett og andre tilhørende elementer. MVNO-er har ikke eget radioaksessnett, og er derfor avhengig av å leie tilgang hos en MNO. I den relevante tidsperioden var det fire aktive MVNO-er i det norske markedet: TDC AS (heretter TDC) og Ventelo var de største MVNO-ene. Ventelo (kjøpt av Phonero som senere er blitt en del av Telia) og TDC hadde begge MVNO-avtale med Telenor fra 2005.
- (36) Den tredje kategorien mobilselskaper er tjenesteleverandører. Tjenesteleverandører leier tilgang til mobilnett, og videreselger mobiltjenester. De har egne kunder, eget varemerke og egen markedsføring.

2.6 Mobiloperatører i den relevante perioden

- (37) Telenor og Telia var mobilnettverksoperatører, og eide i den relevante perioden hvert sitt mobilnett med tilnærmet full befolkningsdekning. Konkurransklagenemnda legger Konkurransetilsynets definisjon av den «relevante perioden» til grunn i det følgende, det vil si perioden fra 18. august 2010, og frem til 30. juni 2014. Både Telenor og Telia var vertikalt integrerte selskaper, og opererte i hele verdikjeden for mobiltjenester. Fra 2006 var det likevel kun Telenor som var utpekt av myndighetene som en tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkedet for mobiltelefoni, og som derfor var pålagt å imøtekomme forespørsler om nasjonal gjesting, MVNO-tilgang, og fra 2016 også tjenesteleverandørtilgang.
- (38) Fra 2007 startet Network Norway og Tele2 utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge, gjennom det felleseide mobilnettselskapet Mobile Norway. Mobile Norway, Network Norway og Tele2 var derfor mobilnettverksoperatører med delvis utbygd mobilnett i den relevante perioden. Fra april 2008 og gjennom den relevante perioden kjøpte Network Norway nasjonal gjesting fra Telenor. Fra 2007 og frem til Telias oppkjøp av Tele2 i 2015 hadde Tele2 en nasjonal gjestingsavtale med Telia.
- (39) Network Norway disponerte gjennom Mobile Norway et ufullstendig utbygget mobilnett i den relevante perioden. I tilfellet hvor en Telia-kunde ringte en Network Norway-kunde, ville samtalen bli sendt fra Telias kjernenett til Network Norways kjernenett. Network Norway mottok termineringsinntekter fra Telia for terminering av samtalen. På bakgrunn av at Network Norway kun hadde et delvis utbygget mobilnett, ville det som skjedde videre med samtalen, avhenge av hvor Network Norways kunde befant seg. Dersom kunden befant seg i dekningsområdet til Mobile Norways mobilnett, sendte Network Norway samtalen ut til kunden gjennom dette nettet. Dersom kunden befant seg utenfor dekningsområdet til Mobile Norways nett, ble samtalen sendt ut til kunden gjennom Telenors nett, mot betaling i henhold til Network Norways avtale om nasjonal gjesting (roaming) med Telenor. Dersom Network Norways kunde mottok samtalen i Mobile Norways dekningsområde, men i løpet av samtalen beveget seg ut av dette, ble samtalen overført fra Mobile Norways nett til Telenors nett, såkalt handover.

2.7 Regulatorisk rammeverk for mobiltjenester

2.7.1 Generelt

- (40) Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, tidligere Post- og teletilsynet (heretter Nkom), er det sentrale utøvende tilsyns- og kontrollorgan på området for elektronisk kommunikasjon i Norge, og er underlagt Samferdselsdepartementet. Nkom skal gjennom markedsregulering sikre at formålet i lov om elektronisk kommunikasjon av

4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) om bærekraftig konkurranse i markeder innen blant annet elektronisk kommunikasjon, oppnås.

- (41) Regulerte markeder som er relevante for denne saken presenteres helt kort i det følgende. For en mer detaljert gjennomgang vises det til Konkurransetilsynets vedtak del I punkt 4.2 flg.

2.7.2 Marked 7 – terminering av tale i individuelle offentlige mobilkommunikasjonsnett

- (42) Terminering av tale er den tjenesten et teleselskap yter når det tar imot en samtale fra et annet teleselskap. Mobiloperatørene tar betalt for denne tjenesten, og terminering utgjør derfor en inntektskilde ved mottak av samtaler fra en annen operatør, og en utgiftspost når egne kunder ringer til kunder av andre operatører.
- (43) Alle MNO-er og MVNO-er er utpekt av Nkom som tilbydere med sterk markedsstilling i markedet for terminering av tale i individuelle offentlig kommunikasjonsnett (marked 7). Bakgrunnen for reguleringen er blant annet at mobiloperatørene er tilnærmet monopolister når de tilbyr terminering i eget kjernenett. Nkom har derfor regulert markedet, gjennom blant annet å fastsette et tak på termineringsprisen den enkelte mobiloperatør kan kreve for mottak av samtaler fra andre operatører.
- (44) Network Norway lanserte kommersielle tjenester i februar 2007, og var ved opprettelsen av selskapet ikke underlagt noen regulering av termineringsprisen. Network Norway ble første gang underlagt prisregulering i Nkoms vedtak av 17. november 2008. Etter dette vedtaket hadde Network Norway fortsatt adgang til å ta høye termineringspriser, men stod da ikke helt fritt til å ta den prisen de ønsket.
- (45) Fra 1. februar 2009 ble alle etablerte MNO- og MVNO-er pålagt et pristak for terminering og krav om å imøtekomme rimelige anmodninger om samtrafikk i form av terminering. Videre ble Telia, Network Norway, Tele2 og Telenor ASA pålagt krav om ikke-diskriminering. Telenor ASA og Telia har i tillegg vært pålagt å utarbeide og offentliggjøre standardtilbud for samtrafikk. En slik plikt gjaldt også for Tele2 frem til 2010.
- (46) Nkom innrettet virkemiddelbruken i marked 7 for å støtte opp om etableringen av et tredje mobilnett. Nkom tillot derfor Network Norway og Tele2 å ta høyere termineringspriser (asymmetriske termineringspriser eller såkalt skjevterminering) enn de øvrige aktørene, i vedtak av henholdsvis 8. mai 2007 for Tele2 og tilleggsvedtak 17. november 2009 for Network Norway. Network Norway og Tele2 påklaget vedtakene til Samferdselsdepartementet, da de blant annet mente at pristaket var satt for lavt. Departementet forhøyte pristaket både for Network Norway og for Tele2 fra og med 1. juli 2009.
- (47) I Samferdselsdepartementets avgjørelse 19. mai 2009 fastsatte departementet et styringsmål. Merinntektene fra terminering for Network Norway og Tele2 skulle tilsvare investeringskostnadene ved å bygge et tredje mobilnett med 75 prosent befolkningsdekning innen utløpet av 2011, i tråd med Network Norway og Tele2s utbyggingsplan. Departementet la videre til grunn at det å bygge til 40 prosent befolkningsdekning som Mobile Norway var pålagt i sin frekvenstillatelse, ville være for lite til å bli en fullverdig konkurrent til de to landsdekkende nettene.

- (48) I klagevedtaket fra Samferdselsdepartementet baserte departementet seg på selskapenes estimat for investeringskostnaden for et nett med 75 prosent befolkningsdekning. Effektiv termineringspris ble beregnet basert på LRIC-metoden. Merinntekten ble videre beregnet med bakgrunn i differansen mellom regulert termineringspris og effektiv pris. Departementet la til grunn at Network Norway i vedtaksperioden ville ha en forventet merinntekt på 370 millioner kroner, og Network Norways andel av investeringskostnaden ville dermed være mottatt i løpet av 2013. Tilsvarende for Tele2 var deres merinntekt beregnet til å være 550 millioner kroner, som etter departementets vurdering ville gi inntekter tilsvarende Tele2s investering i løpet av 2012.
- (49) For å sikre at utbyggingen av det tredje nettet skjedde i henhold til fastlagt plan, ble Network Norway og Tele2 pålagt å rapportere til Nkom om fremdriften i utbyggingen på halvårlig basis, til perioden med asymmetriske termineringspriser var avsluttet. Dersom det viste seg at det tredje nettet ikke ble bygget i henhold til planen, kunne Nkom vurdere å endre virkemiddelbruken.
- (50) Nkom varslet 26. mars 2010 om ny regulering av marked 7 for perioden 2011 til 2013. I varselet gjorde Nkom nye LRIC-beregninger som medførte en nedjustering av estimert investeringskostnad for utbyggingen av det tredje nettet. I det påfølgende vedtaket 27. september 2010 hadde imidlertid Nkom oppjustert forventet investeringskostnad for det tredje nettet med en befolkningsdekning på 75 prosent, til 2 milliarder kroner. Pristaket for Network Norway ble derfor forhøyet fra 20 til 30 øre for perioden frem til juli 2012, i forhold til prisene i varselet. Videre endret Nkom perioden for å beregne Network Norways merinntekter. For Tele2 sin del mente Nkom at det burde innføres symmetriske termineringspriser så raskt som mulig, da Tele2 allerede ved utgangen av 2010 hadde oppnådd merinntekter som omtrent tilsvarte selskapets andel av de relevante investeringskostnadene.
- (51) Vedtaket fra Nkom ble påklaget av Network Norway og Tele2 til Samferdselsdepartementet, som i endringsvedtak av 11. mai 2011 besluttet å forhøye pristaket ytterligere for Network Norway, og for Tele2 i tidsrommet 1. januar 2011 frem til 31. desember 2012. Vedtaket kunne endres til ugunst for Network Norway og Tele2, dersom det tredje nettet ikke i tilstrekkelig grad ble bygget ut som forutsatt i planen, og rapporteringsplikten ble opprettholdt.
- (52) Perioden med asymmetriske termineringspriser ble avsluttet ved utgangen av 2012. Tele2 og Network Norway anmodet i 2011 om en forlenget periode med asymmetriske termineringspriser basert på planer om ytterligere utbygging. Dette ble avslått av Nkom i vedtak 26. juni 2012 og av Samferdselsdepartementet i klagevedtak 20. desember 2012.

2.7.3 Marked 15 – tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett

- (53) Mobiloperatører som ikke har egne radioaksessnett, eller ufullstendig utbygde radioaksessnett, må ha tilgang til en etablert aktørs radioaksessnett for å kunne tilby landsdekkende mobiltjenester. Dette markedet omtales i ekomreguleringen som markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett. Dette markedet omtales som marked 15 av norske ekommyndigheter.
- (54) Nkom fattet for første gang vedtak i marked 15 under ekomloven 23. januar 2006. Nkom utpekte i vedtaket Telenor som en tilbyder med sterk markedsstilling. I vedtaket ble Telenor pålagt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til og

samtaleoriginering i Telenors mobilnett. Forespørsler om nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering ville normalt måtte etterkommes. Telenor ble derimot ikke pålagt å gi tilgang for tjenesteleverandører, fordi det syntes å være noe konkurranse mellom Telia og Telenor for å tiltrekke seg slike tilbydere. Vedtaket ble påklaget til Samferdselsdepartementet, som opprettholdt pålegget i vedtak 6. oktober 2006. Departementet omgjorde imidlertid Nkoms vedtak når det gjaldt prisreguleringen av nasjonal gjesting, fra kostnadsorientering ut fra et kost pluss-prinsipp til et pris minus-prinsipp. Prisregulering basert på pris minus-prinsippet kunne etter departementets vurdering gi en høyere tilgangspris enn det som fulgte av kost pluss-prinsippet, men det ville i større grad gi insentiver til å investere i eget nett og bidra til langsiktig infrastrukturkonkurranse. Departementet bestemte videre at tilgangsprisene måtte ta utgangspunkt i trafikkprisene for Telenors gunstigste abonnement, dvs. storkundeavtaler, og ikke være differensiert etter geografiske forhold.

- (55) Telenors forpliktelser om å gi tilgang til nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og samlokalisering i Telenors mobilnett ble videreført i Nkoms vedtak av 5. august 2010. Nkom fant det imidlertid ikke nødvendig å videreføre prisregulering for nasjonal gjesting, fordi krav om ikke-diskriminering og regnskapsmessige skiller ifølge Nkom ville være tilstrekkelige reguleringsverktøy for å ivareta hensynet bak en slik prisregulering. Samferdselsdepartementet mottok flere klager på Nkoms vedtak, men opprettholdt vedtaket i sitt vedtak av 6. april 2011. Nkom traff nytt vedtak med utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling 1. juli 2016, men med noen endringer i forpliktelsene.

2.7.4 Frekvenstillatelser

- (56) For å etablere et mobilnett i Norge er det nødvendig å inneha tillatelse til å bruke frekvenser i det elektromagnetiske frekvensspekteret, jf. ekomloven § 6-2. Slik tillatelse gis av Nkom eller Samferdselsdepartementet ved enkeltvedtak. Frekvenstillatelsene gis med en tidsbegrensning på opptil 25 år, og alle individuelle frekvenstillatelser er gebyrpålagt.
- (57) Frekvensene som brukes til mobiltjenester ligger mellom 300 og 3000 MHz, i et frekvensbånd som kalles Ultra High Frequency (UHF). Kvaliteten på de ulike frekvensene varierer med hensyn til rekkevidde og gjennomtrengningsevne. Frekvensene i 900 MHz-båndet og 800 MHz-båndet er eksempler på frekvenser med lang rekkevidde og god gjennomtrengningsevne. Slike frekvenser blir ofte ansett som de mest attraktive i forbindelse med etablering av mobilnett. Frekvensene som er godt egnet til å dekke større områder med færre basestasjoner er for eksempel 1800 MHz eller 2100 MHz.⁴
- (58) Dersom det er overskuddsetterspørsmål etter frekvensressurser, kan myndighetene beslutte at tildelingen skal skje ved auksjon. Prisen for frekvenser avhenger av budgiverens betalingsvilje. Network Norway ble i januar 2006 tildelt frekvenstillatelse avsatt til 2G/GSM i 900 MHz-båndet, og startet gjennom Mobile Norway utbyggingen av et tredje mobilnett. I frekvensauksjonen som ble avsluttet 12. desember 2007, vant Mobile Norway frekvenstillatelse i 2100 MHz-båndet til etablering av mobilnett basert på 3G-teknologi. Frekvenstillatelsen ble gitt på vilkår om at det tredje nettet tilbød 3G-tjenester med 40 prosent befolkningsdekning innen 6 år.

⁴ Nkom 2010, vedlegg 1 til vedtaket, markedsanalyse avsnitt 161.

- (59) I desember 2013 avholdt Nkom auksjon av frekvenser i 800 MHz-båndet, som var blitt tilgjengelig for mobilkommunikasjon som følge av overgangen fra analoge til digitale sendinger i bakkenettet for fjernsynskringkasting. I den samme auksjonen var det anledning til å by på ledige frekvenser i 900 og 188 MHz-båndene. I auksjonen vant Telenor, Telia og Ice Norge frekvenser. Tele2 vant derimot ingen frekvenser, og mistet frekvensene Mobile Norway hadde i 900 MHz-båndet. Konkurransetilsynet la til grunn i sitt vedtak V2015-1 av 5. februar 2015 at dette ville føre til at det tredje nettet ikke lenger kunne opprettholde en sammenhengende dekning, at kvaliteten ville bli svært lav, og at det derfor oppstod en fare for at nettet måtte stenges ned. Etter frekvensauksjonen startet Tele2 Sverige AB en salgsprosess som endte med at Tele2 Sverige AB inngikk avtale 4. juli 2014 med Telia Company AB om salg av samtlige aksjer i Network Norway, Tele2 og Mobile Norway.

2.8 Utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge

- (60) Det telepolitiske målet i Norge har over lengre tid vært å få til et tredje landsdekkende mobilnett i Norge. Det har vært en rekke forsøk på å etablere konkurrerende infrastruktur til Telenors og Telias mobilnett. Et vesentlig moment for Nkom og Samferdselsdepartementet har vært at det er nødvendig med flere enn to mobilnettverk for å sikre bærekraftig konkurranse i markedet. I brev 9. september 2008 til Kommisjonen vedrørende regulering av termineringspriser uttalte departementet:

«Norway is one of the few countries in Europe where the mobile market is dominated by only two network operators. Furthermore it can be argued that the geography and topography in Norway, makes it a high-cost country to serve when its landmass is compared to its total population. It is important for the Norwegian authorities that the mobile market, over time, can develop a sustainable third network operator to form a competitive market to the benefit of all users.»⁵

- (61) En sammenhengende og langvarig utbygging av et tredje mobilnett ble først igangsatt etter at Network Norway i januar 2006 ble tildelt frekvenstillatelse i 900 MHz-båndet avsatt til 2G/GSM, og startet utbyggingen av et tredje mobilnett gjennom Mobile Norway. Tele2 kjøpte 50 prosent av aksjene i Mobile Norway i 2007, og ble dermed med på utbyggingen. Som redegjort for over i punkt 2.7.2 ble Tele2 og Network Norway underlagt regulering av ekommyndighetene med tillatelse til å ta høyere termineringspriser enn øvrige mobiloperatører i perioden fra og med 2009 til utgangen av 2012, som støtte til etableringen av det tredje mobilnettet. Ved årsskiftet 2013-2014 hadde mobilnettet en befolkningsdekning på omtrent 75 prosent.
- (62) Telenor og Telia hadde tilnærmet landsdekkende befolkningsdekning basert på GSM-teknologi (2G). I tillegg har Telenor og Telia bygget ut sine mobilnett, først med 3G- og i løpet av de siste årene, med 4G funksjonalitet.
- (63) Network Norways opprinnelige plan for utbyggingen av et tredje nettverk var å bygge et mobilnett på mellom 300 og 425 basestasjoner, primært i Oslo, Bergen, Stavanger og Trondheim. Nettet ble satt i kommersiell drift i februar 2007, med egen dekning i de store byene og dekning gjennom nasjonal gjesting i Telias 2G-nett for øvrig. I løpet av 2006 innledet Network Norway diskusjoner med Tele2 om et samarbeid om nettutbygging. Tele2 gikk inn som medeier i Mobile Norway 25. september 2007 med

⁵ Samferdselsdepartementet, marked 7, brev om klagevedtak til Network Norway 19. mai 2009, punkt 3.12.

en aksjepost på 50 prosent. Aksjekjøpsavtalen mellom Network Norway og Tele2 om felles eierskap i Mobile Norway, var betinget av signering av aksjonæravtalen mellom Network Norway og Tele2, inntatt som vedlegg 20 til Konkurransetilsynets vedtak.

- (64) Aksjonæravtalen med vedlegg innebar en rekke rettigheter og plikter for Network Norway, Tele2 og Mobile Norway om utbygging og bruk av deres felles mobilnett. Selve nettutbyggingen var i hovedsak regulert i vedlegg 3 til aksjonæravtalen, omtalt som «Network plan».
- (65) «Network plan» inneholdt krav til kvalitet, frekvenser, valg av basestasjoner m.v. Det fulgte av Network plan punkt 9 at Mobile Norway skal bygge ut 1850 basestasjoner. Det følger av vedlegg 3 til utbyggingsplanen at dette ville tilsvare 75 prosent befolkningsdekning.
- (66) Ambisjonen til Network Norway og Tele2 ved inngåelsen av avtalen var å bygge mer enn 75 prosent befolkningsdekning. Dette skulle vurderes nærmere i løpet av 2010 og/eller 2011. Dette var nærmere regulert i aksjonæravtalen punkt 11 – «*ambition for additional build out*».
- (67) I desember 2007 fikk Mobile Norway tilsagn på den siste 3G-lisensen på 2100-MHz-båndet i frekvensauksjon høsten 2007. Lisensen satte som vilkår at lisenshaver måtte ha oppnådd 40 prosent befolkningsdekning innen seks år.
- (68) I løpet av høsten 2008 og utover i 2009 oppstod det finansieringsproblemer for Network Norway, som forsinket utbyggingstakten. I tillegg var det forsinkelser i relasjon til valg av leverandør for utbyggingen. Som redegjort for under punkt 2.7.2, traff Samferdselsdepartementet 19. mai 2009 vedtak som endret Nkoms termineringsvedtak til gunst for Tele2 og Network Norway. I den tredje utbyggingsrapporten, oversendt Nkom 21. oktober 2009, gjorde Network Norway rede for utbyggingens status per 31. desember 2009. I rapporten fremgår det at per 31. desember 2009 var befolkningsdekningen på 16.6 prosent. I brevet fremkom det videre at Network Norway nå hadde inngått avtale om full finansiering av utbyggingsplanene i aksjonæravtalen, og at de hadde inngått leverandøravtale med Ericsson AS.
- (69) I brev til Nkom av 2. mars 2010 la Network Norway frem en revidert utbyggingsplan, hvor nettet skulle nå 1850 basestasjoner innen første kvartal 2013. Dette innebar en forsinkelse på ca. ett år sammenlignet med den opprinnelige planen. I brevet tok Network Norway forbehold om at selskapet fremdeles møtte utfordringer med site-akkvisisjon, og at endrede forutsetninger i form av ytterligere utfordringer i forbindelse med dette kunne lede til flere endringer i utbyggingsplanen.
- (70) Mot slutten av mars 2010 varslet Nkom nytt termineringsvedtak i marked 7. Av referat fra styremøte i Network Norway 23. april 2010 fremgår det at de varslede termineringsbetingelsene var dårligere enn selskapet hadde håpet på, og at dette skapte bekymringer internt i Network Norway ettersom selskapet var «*sensitiv for reguleringsregime*». Network Norway vurderte imidlertid fortsatt muligheten for å utvide mobilnettet utover 1850 basestasjoner.
- (71) Nettet hadde per 1. juli 2011 oppnådd en befolkningsdekning på 26,5 prosent. I august 2011, før Tele2s oppkjøp av Network Norway, ble det fremlagt et forslag for styret i Mobile Norway om at det skulle bygges et landsdekkende nett på omtrent 4000

basestasjoner, men en forlenget asymmetri var en forutsetning for realiseringen av nettet. På bakgrunn av presentasjonen for styret ble det besluttet å beskrive det landsdekkende nettet med en tidsplan som kunne legges frem for Nkom.

- (72) Den 13. januar 2012 var befolkningsdekningen nådd 42,3 prosent. Ifølge utbyggingsrapporten fra Network Norway til Nkom skyldtes forsinkelsen nå forsinkede transmisjonsleveranser fra Telenor, problemer med samlokalisering med Telenors strømleveranser og lang behandlingstid på byggesøknader. Av tilsvarende årsaker var det forsinkelser utover i 2012, og per 26. november 2012 var befolkningsdekningen 62,9 prosent.
- (73) Samferdselsdepartementet stadfestet 20. desember 2012 Nkoms vedtak om ikke å forlenge perioden med asymmetriske termineringspriser jf. punkt 2.7.2 ovenfor, til tross for at Mobile Norway hadde lagt frem planer om et landsdekkende nett.
- (74) Som nevnt over i punkt 2.7.4 gjennomførte Nkom i desember 2013 en auksjon om frekvenstillatelser. Tele2 vant ikke nye frekvenser i auksjonen, og kunne fra 1. oktober 2014 heller ikke lenger benytte seg av de frekvenstillatelsene Mobile Norway hadde i 900-båndet. Per 1. januar 2014 var 1804 driftssatte basestasjoner ferdigstilt, som forutsatt i aksjonæravtalen mellom Network Norway og Tele2. Nettet hadde på dette tidspunktet en befolkningsdekning på 75 prosent.

2.9 Telenors gjestingsavtaler med Network Norway

2.9.1 NRA 2008

- (75) Telenor og Network Norway forhandlet om en gjestingsavtale i 2007 og 2008. I januar 2008 inngikk Telenor og Network Norway avtale om eksklusive forhandlinger. Endelig avtale ble signert 3. april 2008 (heretter omtalt som NRA 2008).
- (76) NRA 2008 med vedlegg spesifiserte vilkårene for gjesting i detalj, se vedlegg 65 til Konkurransetilsynets vedtak. Minste løpetid for avtalen var til 1. januar 2011. Network Norway forpliktet seg til å kjøpe nasjonal gjesting eksklusivt av Telenor. Network Norway skulle betale for mobiltrafikk i nettet til Telenor i form av tale, SMS og data. Det skulle gjøres halvårlige justeringer for prisutviklingen i markedet, basert på Nkoms rapporter om totalomsetning og totale trafikkvolum i sluttbrukermarkedet for tale, SMS og data.

2.9.2 Tilleggsavtale 1 (TA1)

- (77) Våren 2009 mente Network Norway at prisene som ble forhandlet i NRA 2008 var blitt for dårlige. Network Norway var også i en presset økonomisk situasjon. Samtidig fikk Telenor kjennskap til Network Norways planer om å bygge eget mobilnett med 75 prosent befolkningsdekning. Disse omstendighetene førte til reforhandlinger knyttet til den opprinnelige gjestingsavtalen med Telenor.
- (78) Telenors marginberegninger viste videre at prisene til tjenesteleverandørene, MVNO-er og Network Norway måtte justeres ned for å unngå å sette disse i en marginskvis. Derfor ble det i ledermøtet hos Telenor foreslått å redusere dataprisene for tjenesteleverandørene og MVNO-er fra og med 1. juli 2009. For Network Norway ble det foreslått prisreduksjoner for data, og at disse skulle gjøres gjeldende fra og med 1. mai 2009.

- (79) Forhandlingene kom i gang igjen i begynnelsen av august 2009, og foregikk hovedsakelig mellom B, daværende divisjonsdirektør i «Wholesale and Regulatory» i Telenor (heretter B), og C, daværende administrerende direktør i Network Norway (heretter C). Telenor og Network Norway signerte Tilleggsavtale 1 (heretter «TA1») 2. september 2009. Avtalen var et tillegg til NRA 2008, og inneholdt nye fremforhandlede vilkår, men for øvrig gjaldt vilkårene i NRA 2008 videre.
- (80) De reforhandlede prisene for tale fremgikk av avtalens punkt 1:

[Redacted text block]

2.9.3 Tilleggsavtale 2 (TA2)

- (82) Ved signering av TA1 i september 2009 var Telenor og Network Norway enige om å fortsette forhandlingene, særlig for å komme til enighet om nye priser for datatrafikk og dedikert mobilt bredbånd, hvor Network Norway mente seg utsatt for marginskvis.
- (83) Ifølge e-post fra D til E i Telenor (vedlegg 85 til Konkurransetilsynets vedtak) anså Telenor det som nødvendig å komme med et tilbud som inkluderte mobilt bredbånd. Videre anså Telenor det som en mulighet å utforme en ny tilleggsavtale slik at den ville kunne «*påvirke markedet mot mindre parallell infrastruktur*», se vedlegg 87 til Konkurransetilsynets vedtak.
- (84) Gjennom høsten 2009 møttes Telenor og Network Norway en rekke ganger for å komme til enighet om nye priser for mobildata og MBB, og etter hvert tilspisset forhandlingene seg. Dette resulterte blant annet i en rettssak mellom Network Norway og Telenor. Sommeren 2010 ble imidlertid ledelsen i Telenor og styreleder i Network Norway direkte involvert i forhandlingene, konflikten ble avsluttet og tilleggsavtale 2 ble signert 18. august 2010.
- (85) Tilleggsavtale 2 (heretter «TA2») til NRA 2008 mellom Telenor AS og Network Norway trådte i kraft fra 1. september 2010. Det fulgte av avtalen punkt 11 at varsel om oppsigelse tidligst kunne gis 30. juni 2013, og avtalen hadde 12 måneders oppsigelsestid. Følgelig var avtalens minste løpetid til 30. juni 2014.
- (86) Ifølge Telenors egne beregninger i fremlegg til styret, se vedlegg 112 til Konkurransetilsynets vedtak, innebar TA2 en prisreduksjon på [Redacted] sammenlignet med prisene og volumene i TA1. Videre innebar avtalen en ny type prisstruktur sammenlignet med NRA 2008 og TA1. Det sentrale for denne saken er at det ble innført en pris eller avgift som Network Norway skulle betale for hvert enkelt

aktive SIM-kort, som kom i tillegg til trafikkprisen. Samtidig ble det foretatt en reduksjon av trafikkprisene. Av avtalens punkt 4.1 fremgår det at:

«Partene er enige om å endre prismodell og priser for tale, sms og data som følger av NRA og Tilleggsavtalen.»

Network Norway skal betale for dekning basert på antall tellende MSISDN (punkt 4.2) og for faktisk trafikkforbruk for tale (minutter), sms (antall) og data (Mb) (punkt 4.3).»

(87) Det fremgår videre under punkt 4.2 at:

[Redacted text block]

«MSISDN» var i punkt 7.1 første avsnitt definert som «unik nummeridentitet som normalt tilordnes SIM (Subscriber Identity Module)». Videre var «MSISDN med trafikk» i punkt 7.1 andre avsnitt definert som:

«MSISDN som har hatt originerende trafikk, eller som har hatt trafikk som er terminert i radionettet, uavhengig av om dette er betalt eller ubetalt trafikk, og uavhengig av om det dreier seg om tale, SMS eller datatrafikk, og uavhengig av om det har vært i Telenor eller Network Norway sitt nett eller som gjestende kunde i et annet nett.»

(88) Punkt 7.2 omhandlet de «avtalte unntak» fra bestemmelsen i punkt 4.2. Av første og andre avsnitt fremgår det at:

[Redacted text block]

(89) Avgiften som er nevnt i punkt 4.2 i avtalen er det Telenor omtaler som dekningsavgiften, men som Konkurranselagenemnda vil omtale som SIM-kortavgiften i det følgende. Avgiften betales per aktive SIM-kort uavhengig av mengde trafikk i Telenor sitt nett.

Denne SIM-kortavgiften utgjorde minimum XX kroner per SIM-kort, uavhengig av antall aktive SIM-kort.

- (90) Det fremgår av punkt 4.3 i TA2 at prisen på tale ble XXXXX, prisen per SMS ble til og prisen per megabyte data ble satt til

[Redacted text]

- (91) Forskjellen på TA1 og TA2 er illustrert i Tabell 1 under.

Tabell 1 Priser som fulgte av TA1 og TA2.

[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]

3 Klagers og Konkurransetilsynets anførsler

3.1 Telenors hovedanførsler

- (92) Telenor har i hovedsak gjort gjeldende:
- (93) Konkurransetilsynets vedtak må kjennes ugyldig fordi Konkurransetilsynets anvendelse av beviskravet er uriktig. Det kan bare konstateres overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 dersom det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for det faktum avgjørelsen bygger på. Hva dette beviskravet konkret innebærer, er ikke nærmere berørt i Konkurransetilsynets vedtak. Det er uansett ikke godtgjort at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 11 eller EØS-avtalen artikkel 54, uavhengig av hvilket beviskrav som legges til grunn.
- (94) Konkurransetilsynets vedtak bygger på feil faktum og feil juss. Vedtakets faktumbeskrivelse er ensidig og ufullstendig, og vedtakets fremstilling av jussen er tilsvarende ensidig og selektiv.
- (95) Telenor hadde ikke en dominerende stilling i det nasjonale markedet for mobile kommunikasjonstjenester til sluttbrukere, slik Konkurransetilsynet har lagt til grunn i vedtaket. Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 kommer derfor ikke til anvendelse. Det er ikke grunnlag for å konstatere at Telenor har hatt en dominerende stilling i avtaleperioden, uavhengig av hvordan grossist- og sluttbrukermarkedet defineres.
- (96) Det forelå uansett ikke en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Nærmere bestemt er vurderingstemaet feilaktig presisert i vedtaket, og virkningskriteriet er heller

ikke riktig tolket og anvendt. I vedtaket er også rettspraksis om intensjoners betydning tolket galt. Subsumsjonen i vedtaket (misbruksvurderingen) er uriktig, blant annet fordi den aktuelle prismodellen ikke var en «uakseptabel forretningsmetode», de faktiske virkninger av TA2 viser at konkurransen ble forsterket, vurderingen av alternativscenariet i vedtaket er feil, begrenset konkurranse var ikke en sannsynlig konsekvens av prismodellen i TA2 og vurderingen av Telenors påståtte intensjoner samt betydningen av disse er feil.

- (97) Prisstrukturen i TA2 er uansett lovlig fordi den er objektivt nødvendig og medfører effektivitetsgevinster.
- (98) Skyldkravet for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 er ikke oppfylt. Telenor bestrider at en eventuell overtredelse av forbudet mot misbruk av dominerende stilling har skjedd forsettlig eller uaktsomt.
- (99) Subsidiært, dersom Konkurransklagenemnda skulle komme til at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, må overtredelsesgebyret reduseres vesentlig.
- (100) Det vises for øvrig til klagen og etterfølgende prosesskriv.

3.2 Konkurransetilsynets hovedanførsler

- (101) Konkurransetilsynet har i hovedsak gjort gjeldende:
- (102) Telenor Norge AS hadde en dominerende stilling i grossistmarkedet og i sluttbrukermarkedet for mobiltjenester i Norge i perioden 18. august 2010 til 30. juni 2014, og Telenor har utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 gjennom omlegging av prisstrukturen i TA2. Omleggingen av prisstrukturen var egnet til å hindre utbyggingen av det tredje nettet og begrenset dermed konkurransen på mobilmarkedet i Norge. Konkurransetilsynet har fastholdt at det ikke foreligger rettferdiggjørende forhold, at Telenor har handlet forsettlig og at det ikke er grunnlag for å frafalle eller redusere det ilagte overtredelsesgebyret.

4 Rettslige utgangspunkter

- (103) Saken gjelder spørsmål om Telenor utilbørlig har utnyttet en dominerende stilling gjennom å hindre utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge, i strid med konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.
- (104) Konkurranseloven § 11 forbyr foretak å utilbørlig utnytte sin dominerende stilling. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

«Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*

- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.»

(105) Konkurranseloven § 11 er utformet etter modell av EØS-avtalen artikkel 54, som igjen bygger på artikkel 102 i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV). Det følger av forarbeidene til konkurranseloven (Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 68 og NOU 2001: 28) at den identiske utformingen er en følge av formålet om å harmonisere norsk konkurranserett med EU/EØS-konkurranseretten. Det følger videre av forarbeidene at rettspraksis fra EU/EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved tolkningen av konkurranseloven § 11 (Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 68 og side 224). Tilsvarende ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt-2011-910 (*Tinesaken*).⁶

(106) EØS-avtalen artikkel 54 forbyr utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling innen EØS-området eller i en vesentlig del av det. Bestemmelsen er lik konkurranseloven § 11, men stiller i tillegg krav om at misbruket kan påvirke handelen mellom avtalepartene i EØS-avtalen. Bestemmelsens første ledd lyder:

«Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.»

(107) Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2 at praksis fra EU-domstolen er relevant for tolkningen av EØS-avtalen artikkel 54.⁷

(108) Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 oppstiller to vilkår for at forbudet skal være overtrådt. For det første må foretaket inneha en *dominerende stilling*. For det andre må det forekomme en *utilbørlig utnyttelse* av denne stillingen. Utilbørlig utnyttelse er i TEUV artikkel 102 beskrevet som «*misbrug*» eller «*abuse*». Den engelske språkversjonen av EØS-avtalen artikkel 54 benytter også «*abuse*». Det er klart at uttrykket *utilbørlig utnyttelse* i den norske versjonen av EØS-avtalen og i konkurranseloven § 11, ikke er ment å gi uttrykk for noen innholdsmessig forskjell.⁸

(109) For at EØS-avtalen artikkel 54 skal komme til anvendelse, kreves det også at den dominerende stillingen omfatter «*en vesentlig del av EØS-området*» og at den utilbørlige utnyttelsen «*kan påvirke handelen mellom avtalepartene*» i EØS-avtalen.

⁶ Se også Rt-2012-1556, *Brosaken*, avsnitt 27 og HR-2017-1229-A, *Taxisaken*, avsnitt 35.

⁷ At EU-domstolens praksis er relevant fremgår for så vidt også av EU-domstolens egen anvendelse av konkurransereglene i EØS-avtalen, se nærmere Gjendemsjø i Arnesen m.fl. (red.), *Agreement on the European Economic Area, A Commentary*, 2018 på side 525-526.

⁸ Rt-2011-910, *Tinesaken*, avsnitt 66.

- (110) En atferd eller handling som i utgangspunktet faller inn under forbudet i konkurranseloven § 11 eller EØS-avtalen artikkel 54, kan likevel faller utenfor forbudet dersom det dominerende foretaket rettfærdiggjør atferden. Foretaket må da enten godtgjøre at atferden er objektivt nødvendig, eller at den konkurransebegrensende virkningen oppveies av effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode.⁹

5 Beviskrav

- (111) Konkurransklagenemnda bemerker innledningsvis at hvilket krav til bevis som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, ikke er regulert i konkurranseloven. Det er imidlertid sikker rett at det gjelder et skjerpet beviskrav, som innebærer at det faktum som legges til grunn ved anvendelsen av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, må være bevist med klar sannsynlighetsovervekt, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 60 og Prop. 75 L (2012–2013) side 67 med videre henvisninger. Dette er det også enighet om mellom Konkurransetilsynet og Telenor. Klagen tilkjennegir imidlertid betydelig uenighet om det nærmere innholdet i beviskravet, og hvilken rekkevidde beviskravet får for de ulike vurderingene som saken reiser. Gjennom den etterfølgende skriftvekslingen og høringen synes riktignok uenigheten å være mindre tilspisset, men det er for nemnda ikke helt klart hvorvidt og i hvilken utstrekning Telenors anførsler om beviskravet fortsatt opprettholdes. Nemnda redegjør derfor i det følgende for hvilket beviskrav som legges til grunn for behandlingen av klagesaken.
- (112) Konkurransklagenemnda legger til grunn at kravet om klar sannsynlighetsovervekt bare gjelder *faktiske omstendigheter*. I tråd med nevnte proposisjon legger nemnda til grunn at den ved avgjørelsen av rettslige og økonomiske vurderinger, «... skal [...] legge til grunn den løsning som [nemnda] finner at alt i alt har de beste grunner for seg», med de presiseringer som fremgår av avsnitt (120) nedenfor. Det stilles heller ikke krav om at det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for det resultatet som legges til grunn. Det samme skjerpede beviskravet som nevnt gjelder også ved vurderingen av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjon, jf. Rt-2012-1556 (*Brosaken*), avsnitt 60. Konkurransetilsynet har anført at Høyesterett i *Brosaken* avsnitt 35 avgrenset mot beviskravets rekkevidde på *utmålingsmomenter* som inngår ved fastsettelsen av administrative sanksjoner. Nemnda går ikke nærmere inn på denne avgrensningen her (se for øvrig punkt 13.1).
- (113) Telenor har i klagen avsnitt 28 anført at kravet om klar sannsynlighetsovervekt innebærer at «... dersom den oppfatning Telenor gjør gjeldende om de faktiske forhold fremstår som en rimelig mulighet, må denne oppfatningen legges til grunn». Konkurransklagenemnda kan ikke se at det foreligger rettslig grunnlag for å forstå beviskravet på konkurranserettens område på denne måten.
- (114) Konkurransklagenemnda finner det videre åpenbart grunnløst at terskelen for hva som utgjør klar sannsynlighetsovervekt, «[...] må legges tilstrekkelig høyt til at beviskravet tilfredsstillende kravet om at enhver tvil skal komme tiltalte til gode [...], som følger av EMK artikkel 6.2[*footnote utelatt*]», som anført i klagen avsnitt 33. Anførselen innebærer i realiteten at beviskravet på konkurranserettens område hevdes å ha tilnærmet samme innhold som det strafferettslige beviskravet. Nemnda stiller seg avvisende til denne rettsoppfatningen. Nemnda finner det åpenbart at dommen Telfner mot Østerrike (EMD-1996-33501) som gjaldt spørsmål om krenkelse av uskyldspresumsjonen i

⁹ Sak C-209/10, *Post Danmark mot Kommisjonen* (Post Danmark I), avsnittene 40 og 41.

straffesak om uaktsom trafikkskade, som det er henvist til som støtte for argumentet, ikke gir holdepunkter for Telenors forståelse av beviskravet.

- (115) Konkurransklagenemnda kan heller ikke se at dommen i Rt-2007-1217, avsnitt 64, som Telenor har påberopt, gir støtte for argumentet, snarere tvert imot. Nemnda finner det tilstrekkelig å vise til førstvoterendes votum, på vegne av flertallet, i påfølgende avsnitt 65 der det fremgår: «... uttalelsen [i avsnitt 64] viser etter min mening at de rettssikkerhetsgarantier som EMK artikkel 6 sikrer i straffesaker, ikke kan håndheves like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett, men som likevel blir betraktet som straff etter EMK artikkel 6». Denne utlegningen av beviskravet i saker om administrative sanksjoner som har karakter av straff, ble stadfestet av Høyesterett i storkammer i Rt-2008-1409, avsnittene 104–105. Høyesterett la til grunn at et krav om klar sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig etter Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) artikkel 6.2, formulert som «*et krav til bevisets styrke som er lavere enn det straffeprosessuelle kravet om tilnærmet sikkerhet*».
- (116) Heller ikke Høyesteretts praktisering av beviskravet klar sannsynlighetsovervekt i saker om forsikringssvindel gir god veiledning for hvor terskelen for kravet til klar sannsynlighetsovervekt bør ligge i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, slik Telenor har anført. Den anførte kilden i klagens fotnote 4 – Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave side 896 med videre henvisninger til rettspraksis – gir åpenbart ikke grunnlag for å trekke slike slutninger. Skoghøys drøftelse av skjerpet beviskrav for særlig belastende faktum på side 896–897, som anførselen støttes på, er skrevet før Høyesteretts avgjørelse i Rt-2012-1556 (*Brosaken*), som tok stilling til beviskravet i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Drøftelsen i den anførte kilden fremstår derfor ikke som særlig relevant for konkurranserettens område.
- (117) Ut fra den konkrete bevissituasjonen og de konkrete bevisvurderinger Konkurransklagenemnda har stått overfor, og gjennomført, og slik saken fremstår etter høringen, kan nemnda ikke se at det har noen betydning for sakens utfall å foreta noen mer inngående vurdering av eller klargjøring av innholdet i terskelen klar sannsynlighetsovervekt.
- (118) Foranlediget av anførselene i klagen avsnitt 33 bemerker Konkurransklagenemnda likevel at det ikke kan ses å foreligge rettslig grunnlag for at terskelen for hva som utgjør klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, må forstås slik at et belastende faktum først kan anses bevist «... når det ikke foreligger noen andre rimelige (konkurrerende) forklaringer [fotnote utelatt]». Anførselen underbygges i fotnote 5 av henvisninger til Rt-1996-1634, Rt-1995-1641, Rt-1990-1082 og Rt-1987-657. Den første saken – Rt-1996-1634 – er åpenbart irrelevant, både isolert sett, og indirekte gjennom de saker dommen viser til. Saken gjaldt avskjæring av en ny anførsel kort tid før ankeforhandlinger om for sent fremsatt reklamasjon. De tre andre anførte sakene – Rt-1995-1641 (Torson-dommen), Rt-1990-1082 og Rt-1987-657 – gjelder bevisbedømmelsen i saker om forsettlig fremkallelse av forsikringstilfellet. Disse dommene har etter nemndas vurdering ingen overføringsverdi til spørsmålet om bevisvurderinger i konkurransesaker.
- (119) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at de faktiske forholdene som et vedtak som konstaterer overtredelse av konkurranseloven bygger på, må være funnet

bevist med klar sannsynlighetsovervekt, på grunnlag av en fri bevisvurdering. Nemnda kan altså ikke se at rettskildene på konkurranserettens område gir grunnlag for å oppstille en norm om at et belastende faktum bare kan anses bevist «... når det ikke foreligger noen andre rimelige (konkurrerende) forklaringer», slik Telenor har anført. Nemnda legger til grunn at beviskravet ligger et sted mellom det sivilprosessuelle og det straffeprosessuelle kravet. Det er altså ikke tilstrekkelig å legge til grunn som bevist et faktum som anses som mest sannsynlig. Bevisvurderingen gir imidlertid rom for mer tvil enn det som Telenors utlegning av beviskravet tilsier.

- (120) Når det gjelder konkurranseøkonomiske vurderinger, legger Konkurransesklagenemnda til grunn at det skjerpede beviskravet ikke gjelder for fagøkonomiske, vurderingspregede resonnementer og avveininger, idet slike vurderinger må anses å utgjøre integrerte deler av normanvendelsen.¹⁰ Oppfatningen har støtte i Prop. 75 L (2012–2013) side 67, som sitert i avsnitt (112). Nemnda legger i tråd med uttalelsen også til grunn at det ikke gjelder noe «krav om at det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for det resultatet som legges til grunn». Foranlediget av skriftutvekslingen¹¹ og Hjelmengs betenkning finner nemnda grunn til å presisere at bevisfakta som ligger til grunn for og inngår som faktiske premisser for konkurranseøkonomiske analyser og vurderinger, må være underlagt det skjerpede kravet til klar sannsynlighetsovervekt, noe det også synes å være enighet om. De fagøkonomiske vurderinger og konklusjoner som trekkes på grunnlag av det faktum som finnes bevist, er imidlertid ikke underlagt et beviskrav. En annen sak er at konkurranseøkonomiske teorier, resonnementer og vurderinger må være forankret i et relevant og etterprøvbart faglig fundament. Hvilke konklusjoner som trekkes fra slike vurderinger, må anses som en del av rettsanvendelsen.

6 Dominerende stilling

6.1 Markedsavgrensningen

- (121) Konkurransesklagenemnda skal ta stilling til om Telenor hadde en dominerende stilling på de relevante markedene i den relevante perioden. For å kunne ta stilling til om Telenor hadde en dominerende stilling, må de relevante markedene avgrenses.
- (122) I markedsavgrensningen tar Konkurransesklagenemnda utgangspunkt i praksis fra EU- og EØS-retten og ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.¹² Selv om en ekomrettslig og en konkurranserettslig vurdering ikke alltid vil være sammenfallende, er praksis fra Nkom også relevant siden Nkoms markedsavgrensning bygger på konkurranseøkonomisk metode, og Nkom som markedsregulator har betydelig innsikt i de aktuelle markedene. Nemnda vil derfor også legge vekt på vedtak fra Nkom så langt disse anses relevante for en konkurranserettslig analyse.
- (123) Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukernes oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og

¹⁰ Se tilsvarende Konkurransetilsynet innstilling avsnitt 60 og brev 7. februar 2019 fra Thommessen til Konkurransesklagenemnda, Kommentarer til Konkurransetilsynets innstilling, avsnitt 22.

¹¹ Konkurransetilsynets brev 11. mars 2019 avsnitt 30, sammenholdt med brev 7. februar 2019 fra Thommessen, avsnitt 21.

¹² Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) – EFT L 200, 16. juli 1998, side 46 og EØS-tillegget til EF-tidende No. 28, 16. juli 1998, side 3.

bruksområde.¹³ Et relevant geografisk marked omfatter et område der de berørte foretak tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige.¹⁴

- (124) Det avgjørende spørsmål er om partenes kunder ville skifte over til lett tilgjengelige substituerbare produkter eller til leverandører på andre geografiske områder som svar på en hypotetisk, liten, men varig relativ prisøkning (i størrelsesorden 5-10 prosent) for de produkter og områder som undersøkes.¹⁵ Dersom substitusjonen antas å være tilstrekkelig til at prisøkningen blir ulønnsom på grunn av tapt omsetning, regnes ytterligere substituerbare produkter og områder med i det relevante markedet, inntil det oppnås et sett produkter og geografiske områder der små, varige økninger i de relative prisene vil være lønnsomme og ikke føre til tapt omsetning.
- (125) Substitusjon på tilbudssiden kan også tas i betraktning ved markedsavgrensningen dersom den har de samme umiddelbare og direkte virkninger som etterspørselssubstitusjon. Dette forutsetter at leverandørene som reaksjon på små og varige endringer i relative priser kan omstille produksjonen til de varene det gjelder og markedsføre dem på kort sikt uten at det medfører betydelige tilleggskostnader eller vesentlig risiko.¹⁶

6.2 Grossistmarkedet

- (126) I vedtaket punkt 9.2 legges det til grunn at det relevante produktmarkedet på grossistnivå er markedet for tilgang til og originering av trafikk i mobilnett i form av nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og tilgang for tjenesteleverandører. Telenor mener at tilgang for tjenesteleverandører må skilles ut som et eget marked da ulike tilgangsformer ikke er substitutter for hverandre, og det er større konkurranse om å tilby tilgang til tjenesteleverandører (se Telenors merknader til varsel punkt 8.2). Nkom har av denne grunn ikke pålagt tilgangsfplikt for tjenesteleverandører.
- (127) Tilgang til og originering av trafikk i mobilnett ble i perioden tilbudt og etterspurt samlet. Kommisjonen,¹⁷ Konkurransetilsynet¹⁸ og Nkom¹⁹ har derfor betraktet tjenestene som et samlet relevant produktmarked, noe Konkurranseskjennemnda slutter seg til.
- (128) Ulik grad av infrastruktur begrenser mulighetene for etterspørselssubstitusjon mellom de ulike typene tilgangsavtaler. Det finnes imidlertid eksempler på at tilgangskjøpere har beveget seg mellom de ulike typene av tilgangsavtaler, særlig i form av at aktører har beveget seg oppover i investeringsstigen etter hvert som kundemassen økte.

¹³ Sak 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mot Kommisjonen* (Michelin I), avsnitt 37, sak E-14/15, *Holship*, avsnitt 79 og ESAs kunngjøring, punkt 7.

¹⁴ ESAs kunngjøring, punkt 8 og *Holship*, avsnitt 80.

¹⁵ ESAs kunngjøring, punkt 17.

¹⁶ ESAs kunngjøring, punkt 20.

¹⁷ Sak COMP/M.4947, *Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain*, avsnitt 15, sak COMP/M.5650, *T-mobile/Orange*, avsnitt 27, sak COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, avsnitt 61, sak COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland*, avsnittene 155 og 156, sak COMP/M.7018, *Telefonica Deutschland/E-Plus*, avsnittene 77-79, sak COMP/M.7612, *Hutchison-Telefonica UK*, avsnitt 300.

¹⁸ Konkurransetilsynets vedtak V2015-1, *TeliaSonera – Tele2 Norge/Network Norway*, avsnitt 154.

¹⁹ Jf. blant annet Nkom (2006), markedsanalyse marked 15, avsnitt 91; Nkom (2010), markedsanalyse marked 15, avsnitt 28, 52 og 65, Nkom (2014), markedsanalyse marked 15, avsnittene 25, 44, 85 og 86.

- (129) Det samme nettet kan benyttes til å tilby ulike tjenester og tilgangsformer, og det påløper ikke store kostnader ved å tilby flere tjenester dersom nettet har kapasitet til det. Det var ikke kapasitetsbegrensninger på telekomnettene i perioden. Tilbudssidesubstitusjon var derfor både en umiddelbar og direkte mulighet i grossistmarkedet. Både Telenor og Telia tilbød i perioden både nasjonal gjesting, MVNO-avtaler og avtaler om tjenesteleverandørtilgang. Nkom²⁰ og Kommisjonen²¹ la i perioden til grunn at det relevante markedet omfattet alle tilgangsformer.
- (130) Sett hen til mulighetene for tilbudssidesubstitusjon, legger Konkurransklagenemnda til grunn at det relevante produktmarkedet på grossistnivå omfatter tilgang til og originering av trafikk i mobilnett i form av både nasjonal gjesting, MVNO-tilgang og tilgang for tjenesteleverandører.

6.3 Sluttbrukermarkedet

- (131) Det synes i liten grad å være uenighet mellom Konkurransetilsynet og Telenor om definisjonen av det relevante markedet på sluttbrukernivå.
- (132) Telenor argumenterer for at det foreligger et helhetlig sluttbrukermarked som inkluderer tale, SMS, MMS, mobildata og internasjonal gjesting i offentlige 2G-, 3G- og 4G-nett, dedikert mobilt bredbånd (MBB) og maskin-til-maskin-kommunikasjon (M2M), samt at både privat- og bedriftskunder er del av et helhetlig sluttbrukermarked (se Telenors merknader til varselet punkt 8.3). Dette er også lagt til grunn i vedtaket (punkt 9.2), selv om Konkurransetilsynet reserverer seg mot å ta endelig stilling til om MBB og M2M inngår i det samme relevante markedet, og om privatkunder og bedriftskunder utgjør separate relevante markeder.
- (133) At det er et helhetlig sluttbrukermarked for tale, SMS, MMS og mobildata, sammenfaller med markedsavgrensninger gjort i vedtak av Kommisjonen²², Konkurransetilsynet²³ og Nkom.²⁴ I vedtaket punkt 9.2.3.3 er det også konkludert med at internasjonal gjesting inngår i det samme relevante markedet. Konkurransklagenemnda legger dette til grunn i det følgende. Nemnda finner det ikke nødvendig å ta endelig stilling om MBB og M2M inngår i det samme relevante markedet, da omsetningen av MBB og M2M kun utgjør en liten andel av den totale omsetningen av mobilkommunikasjonstjenester.²⁵ Dette vil derfor etter nemndas vurdering ikke ha avgjørende betydning for saken. Det er heller ikke avgjørende for

²⁰ Nkom (2016), markedsanalyse marked 15, avsnitt 133, Nkom (2014), markedsanalyse marked 15, avsnitt 83, Nkom (2006), markedsanalyse marked 15, avsnitt 94.

²¹ Jf. sak COMP/M.5650, *T-Mobile/Orange*, avsnitt 28, sak COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, avsnittene 59 og 61-63, sak COMP/M.7018, *Telefonica Deutschland/E-Plus*, avsnittene 77-79, sak COMP/M.

7612, *Hutchison-Telefonica UK*, avsnittene 299-300, sak COMP/M.8131, *Tele 2 Sverige/TDC Sverige*, avsnitt 102 og 107, sak COMP/M.7637, *Liberty Global/BASE Belgium*, avsnittene 101-102.

²² Kommisjonens avgjørelse av 1. september 2016 i sak COMP/M.7758, *Hutchison 3G Italy/WIND/JV* avsnitt 162, Kommisjonens avgjørelse av 2. juli 2014 i sak COMP/M.7018, *Telefonica Deutschland/E-Plus*, avsnittene 31-55, Kommisjonens avgjørelse av 28. mai 2014 i sak M.6992, *Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland*, avsnitt 141, Kommisjonens avgjørelse av 12. desember 2012 i sak M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, avsnitt 58.

²³ Konkurransetilsynets vedtak V2012-1, *Telia og Tele2/Network Norway*, avsnitt 110.

²⁴ Nkoms markedsanalyse for marked 15 (2010) kap. 2.3.6 og 2.3.7, (2014) kap. 2.3.1.1, (2016) avsnitt 59.

²⁵ Omsetningen fra MBB utgjorde mellom 5-7 prosent av samlet omsetning fra mobilabonnement og MBB abonnement, jf. vedtaket avsnitt 421. Omsetningen fra M2M utgjorde mellom 1-1,5 prosent av omsetningen fra mobiltelefoni, jf. vedtaket avsnitt 428.

utfallet av saken om privat- og bedriftskunder utgjør separate relevante markeder, og nemnda unnlater derfor også å ta stilling til dette.

- (134) I vedtaket punkt 9.2.3.7 inkluderes både forskuddsbetalte (kontantkort) og etterskuddsbetalte abonnement i det relevante sluttbrukermarkedet. Det er betydelige substitusjonsmuligheter både på etterspørsels- og tilbudssiden mellom ulike typer abonnementer, og Konkurranseskylagenemnda legger derfor til grunn at begge typer abonnenter er del av det samme markedet på sluttbrukernivå.
- (135) Sluttbrukermarkedet avgrenses imidlertid i vedtaket punkt 9.2.3.9 mot fasttelefoni, internettjenester over fastnett og taletjenester gjennom IP-nettverk (VoIP). Fasttelefoni er ikke et tilstrekkelig godt substitutt til mobiltelefoni da tjenesten ikke er mobil og kun kan benyttes til tale og ikke tekstmeldinger eller datatjenester. Internettjenester over fastnett eller bredbåndstelefonifoni (Voice over IP) er også mindre mobile løsninger enn datatrafikk og tale i mobile nettverk. Kommisjonen la i den relevante perioden til grunn at tjenester i fastnett ikke inngikk i det samme relevante markedet som mobile kommunikasjonstjenester.²⁶ Det samme ble lagt til grunn i vedtak av Konkurransetilsynet.²⁷ Konkurranseskylagenemnda anser på denne bakgrunn at det relevante markedet ikke omfatter fasttelefoni, internettjenester over fastnett eller bredbåndstelefonifoni.
- (136) Konkurranseskylagenemnda legger etter dette til grunn at det relevante produktmarkedet på sluttbrukernivå er markedet for mobile kommunikasjonstjenester som omfatter tale, SMS, MMS, mobildata, og internasjonal gjesting i offentlige 2G-, 3G- og 4G-nett til sluttbrukere i form av både privat- og bedriftskunder, samt både forhåndsbetalte og etterskuddsbetalte abonnement. MBB og M2M inkluderes også i det relevante markedet, mens markedet avgrenses mot fasttelefoni, internettjenester over fastnett og bredbåndstelefonifoni.

6.4 Det geografiske markedet

- (137) Telekommunikasjonsmarkedene har sin naturlige geografiske avgrensning knyttet til utbredelsen av telekommunikasjonsnettene. Disse er nasjonale i utstrekning. Det er ikke uenighet mellom partene om at det relevante geografiske markedet er nasjonalt. Konkurranseskylagenemnda legger derfor til grunn at det relevante geografiske markedet er nasjonalt, både på grossist- og sluttbrukernivå.

6.5 Dominerende stilling

6.5.1 Rettslige utgangspunkter og anførsler

- (138) Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 retter seg mot foretak som har en dominerende stilling på det relevante markedet. Dominerende stilling innebærer at foretaket har en økonomisk posisjon som medfører at det kan forhindre effektiv konkurranse på det relevante markedet gjennom at det i merkbar grad kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere.²⁸ Dette innebærer ikke at markedet er uten konkurranse, men at det dominerende foretaket kan utøve merkbar innflytelse på hvordan konkurranseforholdene utvikler seg.

²⁶ Se blant annet sak COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, avsnitt 57.

²⁷ Konkurransetilsynets vedtak V2015-1, *Telia og Tele2/Network Norway*, avsnitt 148.

²⁸ Sak C-27/76, *United Brands*, avsnitt 65 og sak C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 38.

- (139) Konkurransetilsynet legger i vedtaket punkt 10 til grunn at Telenor hadde en dominerende stilling i det relevante markedet både på grossist- og sluttbrukernivå i den relevante perioden. Det vises i vedtaket til at Telenor hadde markedsandeler på over 60 prosent i grossistmarkedet og over 50 prosent i sluttbrukermarkedet i denne perioden. Telia, som var den nest største aktøren, hadde betydelig lavere og synkende markedsandeler i perioden. Telenor opprettholdt sin posisjon i markedet til tross for ekspansjonen fra Network Norway. Det forelå store etableringshindringer på grossistmarkedet siden investering i et nytt nett er svært kostbart og tidkrevende. På grossistmarkedet var de andre konkurrentene, inkludert til dels også Telia, avhengig av tjenester fra Telenor. Telenor hadde også en dekningsfordel som gjorde at kundene oppfattet Telenors nett som bedre enn konkurrentenes, og stordrifts- og samdriftsfordeler siden Telenor også var den største leverandøren av bredbånd og fasttelefoni. Telenor hadde også større marginer enn konkurrentene, inkludert Telia, i perioden.
- (140) Telenor bestrider at foretaket hadde en dominerende stilling på de relevante markeder i den relevante perioden (klagen punkt 5 med henvisning til Telenors merknader til varselet kapittel 9). Telenor anfører at Konkurransetilsynet har anvendt konkurransereglene feil når de har lagt til grunn en presumsjon for at Telenor er dominerende basert på at Telenor har markedsandeler på over 50 prosent både på grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet. Det foreligger ingen slik presumsjon, og om det gjør det, er det i hvert fall bare en svak presumsjon. Under enhver omstendighet har Konkurransetilsynet lagt for stor vekt på markedsandeler i dominansvurderingen.
- (141) Ifølge Telenor har Konkurransetilsynet også vurdert faktum feil på en rekke punkter. For det første er det ikke relevant å inkludere Telenors internomsetning i vurderingen av Telenors markedsandeler. For det andre er det en rekke forhold i de relevante markedene som tilsier at Telenor ikke kan opptre uavhengig av konkurrenter og kunder, og dermed ikke er dominerende. Den strenge ekomreguleringen Telenor var underlagt, gjorde det umulig for Telenor å opptre uavhengig av konkurrenter og kunder. Telenor anfører også at det ikke er grunnlag for å legge til grunn at kvalitetsfortrinnene i Telenors nett eller Telenors stordrifts- og samproduksjonsfordeler forsterket Telenors dominerende stilling i grossistmarkedet. Etableringshindringene var ikke svært høye, og ble utlignet gjennom subsidiene (skjevtermineringen) i forhold til investeringene i det tredje mobilnettet. Grossistmarkedet var preget av anbudskonkurranser, slik at historiske markedsandeler har mindre betydning for dominansvurderingen. Telia hadde insentiver og kapasitet til å konkurrere sterkt med Telenor i anbudskonkurransene på grossistmarkedet. Denne markedsdynamikken viser at Telenor ikke kunne opptre uavhengig av konkurrentene i de enkelte anbudskonkurransene. Grossistkundene hadde i kraft av størrelsen av innkjøpene og bruken av anbudslignende konkurranser betydelig kjøpermakt i hele den relevante tidsperioden.

6.5.2 Telenors markedsandeler

6.5.2.1 Grossistmarkedet

- (142) Markedsandeler basert på omsetning i grossistmarkedet kan ikke etableres i denne saken grunnet manglende tall for internomsetning hos Telenor. I vedtaket er markedsandeler derfor beregnet på grunnlag av antall originerte minutter. Det er lagt til grunn at Telenor hadde markedsandeler på over 60 prosent i grossistmarkedet i 2009, 1. halvår 2013 og 2014 basert på antall originerte minutter dersom man inkluderer internomsetning. Dette fremgår av Tabell 2:

Tabell 2 Markedsandeler basert på antall originerte minutter²⁹

	2009	1. halvår 2013	2014
Telenor	63 %	63 %	64 %
Telia	36 %	30 %	28 %
Mobile Norway	1 %	7 %	8 %

- (143) Det er ifølge Telenor ikke relevant å inkludere Telenors internomsetning i vurderingen av Telenors markedsandeler, da Telenor ikke hadde mulighet til å ta i bruk den kapasitet som ble benyttet internt i konkurransen om nye tilgangskontrakter. Konkurransetilsynet hevder at internomsetning er relevant, og at selv om man unntar internomsetning, vedvarte Telenors markedsandeler på et nivå som indikerer dominans.
- (144) Konkurranseskjagenemnda er av den oppfatning at vertikalt integrerte aktører vil ta hensyn til virkninger på egen sluttbrukervirksomhet når de fastsetter priser og andre vilkår for eksterne grossistkunder. Europeiske reguleringsmyndigheter,³⁰ Nkom³¹ og Samferdselsdepartementet³² tar hensyn til internomsetning ved markedsavgrensning og vurdering av sterk markedsstilling i disse markedene. Denne markedsavgrensningen bygger på konkurranseøkonomisk metode. At Telenor og Telia faktisk tok hensyn til internomsetning ved fastsettelsen av vilkår til eksterne grossistkunder, fremgår av Telenors interne dokumenter³³ og Network Norways styrefremlegg fra forhandlingene av tilgangsavtaler med Telenor og Telia.³⁴ På denne bakgrunn mener Konkurranseskjagenemnda det er riktig å inkludere internomsetning når man beregner Telenors markedsandeler. Nemnda legger etter dette til grunn at markedsandelstallene i Tabell 2 gir et riktig bilde av Telenors markedsandeler i grossistmarkedet i den relevante tidsperioden.

6.5.2.2 Sluttbrukermarkedet

- (145) Når det gjelder sluttbrukermarkedet, viser statistikker fra Nkom som gjengitt i vedtaket avsnitt 619, at Telenor hadde over 50 prosent markedsandel i sluttbrukermarkedet i årene 2008 til 2014, basert på omsetning i mobiltelefonisegmentet. Dette vises i Tabell 3:

²⁹ Tallene er hentet fra Nkom (2014), Markedsanalyse marked 15, side 42 og Nkom (2016), Markedsanalyse marked 15, side 88.

³⁰ Body of European Regulators for Electronic Communications (2010) BEREC Report on self-supply, BoR (10)09.

³¹ Nkom (2016), markedsanalyse marked 15, avsnitt 135.

³² Samferdselsdepartementets klagevedtak datert 9. mars 2018, Vedtak i klagesak om Nkoms vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett, side 27.

³³ E-post fra F til G med kopi til B 22. mars 2012, vedlegg 117 til vedtaket.

³⁴ Styrefremlegg i Network Norway 18. juni og 26. juni 2009, vedlegg 76 og 67 til vedtaket.

Tabell 3 Markedsandeler for mobiltelefonisegmentet fra 2008 til 2014.

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Telenor	54,3 %	54,7 %	53,7 %	50,7 %	51,0 %	53,3 %	56,4 %
Telia	28,3 %	26,8 %	25,8 %	24,6 %	23,8 %	22,6 %	20,7 %
Tele2	8,1 %	7,8 %	7,8 %	9,5 %	9,0 %	6,7 %	5,9 %
Network Norway	3,5 %	4,8 %	6,2 %	7,9 %	8,9 %	9,9 %	10,4 %
Tele2/Network Norway					17,9 %	16,6 %	16,3 %
Ventelo	3,1 %	3,1 %	2,8 %	2,6 %	2,3 %	2,1 %	1,7 %
Øvrige	2,7 %	2,8 %	3,7 %	4,7 %	5,0 %	5,4 %	4,9 %

(146) For årene 2012–2014 hadde Telenor også over 50 prosent markedsandel basert på samlet omsetning for mobiltelefoni og mobilt bredbånd som vist i vedtaket avsnitt 621 og gjengitt i Tabell 4:

Tabell 4 Markedsandeler for samlet omsetning for mobiltelefoni og mobilt bredbånd fra 2012 til 2014.³⁵

	2012	2013	2014
Telenor	52,1 %	53,3 %	55,1 %
Telia	22,6 %	22,1 %	20,9 %
Tele2	8,0 %	6,2 %	5,6 %
Network Norway	8,5 %	9,0 %	9,2 %
Tele2/Network Norway	16,5 %	15,2 %	14,8 %
Ice	1,6 %	1,9 %	1,9 %
Ventelo	1,4 %	1,7 %	1,7 %
Øvrige	5,9 %	5,7 %	5,6 %

³⁵

- (147) Det finnes ikke tilsvarende oversikter som inkluderer både mobiltelefoni, mobilt bredbånd og M2M-kommunikasjon, men segmentet M2M utgjør en svært begrenset del av totalmarkedet som nevnt over i avsnitt (133). Telenor hadde en svært sterk markedsstilling i dette segmentet, med en markedsandel på rundt 90 prosent i 2013 og 2014.³⁶
- (148) Disse markedsandelsstatistikkene er ikke bestridt av Telenor, og Konkurranseskjematilrådene legger til grunn at de gir et riktig bilde av Telenors markedsandeler i sluttbrukermarkedet i den aktuelle tidsperioden.

6.5.3 Betydningen av markedsandeler for dominansvurderingen

- (149) Konkurransetilsynet og Telenor er uenige i hvorvidt det innebærer en presumsjon for dominans at Telenor hadde markedsandeler på henholdsvis over 60 prosent i grossistmarkedet og over 50 prosent i sluttbrukermarkedet. Uenigheten synes å ha sitt utspring i at en presumsjon for dominans innebærer at så høye markedsandeler i seg selv er et tilstrekkelig bevis for dominans, uten at det er nødvendig å se på andre faktorer.
- (150) Utgangspunktet for uenigheten er EU-domstolens dom i *Hoffmann-La Roche* hvor domstolen uttalte i avsnitt 41:

«I øvrigt kan det, selv om andelenes betydning kan variere fra marked til marked, med rette antages, at meget store markedsandeler i seg selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling;»³⁷

- (151) *Hoffmann-La Roche* ble fulgt opp i *AKZO*, der EU domstolen uttalte:

«For så vidt angår spørsmålet om markedsandel fastslog Domstolen (dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 461, præmis 41), at meget store markedsandeler i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling. Dette er tilfældet med hensyn til en markedsandel på 50%, som konstateret i nærværende sag. »³⁸

- (152) EFTA-domstolen har lagt *Hoffmann-La Roche* og *AKZO*-doktrinen til grunn i *Holship* der EFTA domstolen uttaler:

«En markedsandel på 50 % eller mer er i seg selv bevis for at det foreligger en dominerende stilling, bortsett fra under ekstraordinære omstendigheter (jf. EU-domstolen i AKZO Chemie mot Kommisjonen, C-62/86, EU:C:1991:286 (avsnitt 60)).»³⁹

- (153) Underretten har i noen saker anvendt doktrinen i *Hoffmann-La Roche* og *AKZO* direkte⁴⁰ mens den i andre saker har vist til doktrinen, men samtidig gitt uttrykk for at

³⁶ Nkom (2016), markedsanalyse marked 15, avsnitt 532.

³⁷ Sak C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 41.

³⁸ Sak C-62/86, *AKZO*, avsnitt 60.

³⁹ Sak E-14/15, *Holship*, avsnitt 83.

⁴⁰ Saker T-65/98, *Van den Berg Foods*, avsnitt 154, T-340/03, *France Telecom*, avsnitt 100, T-336/07, *Telefonica*, avsnitt 150.

markedsandeler kun gir en klar indikasjon («*clear indication*») for dominans (*Hilti*)⁴¹ eller er en helt relevant indikator («*entirely relevant indicator*») for dominans (*Astra Zeneca*).⁴²

- (154) I juridisk litteratur er dette fortolket slik at indikator for dominans er noe annet enn presumsjon for dominans, og at en presumsjon er bevis i seg selv, mens en indikator må understøttes av andre faktorer.⁴³ Det fremheves også i juridisk litteratur at selv ved meget høye markedsandeler, vurderer domstolen i praksis likevel også andre faktorer enn markedsandeler, før den beslutter at et foretak er dominerende.⁴⁴ Derfor konkluderes det i juridisk litteratur med at veldig store markedsandeler kun er en første indikasjon på dominans, og at rettspraksis ikke etablerer noen presumsjon for dominans, eller i hvert fall bare en svak presumsjon.⁴⁵
- (155) Etter Konkurransklagenemndas oppfatning er det ikke avgjørende for saken å ta stilling til om høye markedsandeler innebærer en sterk eller svak presumsjon, eller eventuelt kun en indikator, for dominans. Markedsandeler er en viktig del av en dominansvurdering, uavhengig av om de etablerer en presumsjon eller kun er en indikasjon for dominans. Konkurransklagenemnda er enig med Konkurransetilsynet i at Telenors markedsandeler tilsier at Telenor hadde en dominerende stilling i det relevante markedet i den aktuelle perioden, og vil nå gå over til å se om dette understøttes eller motvirkes av andre faktorer i markedet.

6.5.4 Betydningen av ekomreguleringen

- (156) Telenor hevder i klagen kapittel 5 og merknadene til varselet punkt 9.3.1 at eksistensen av ekomreguleringen innebar at Telenor ikke kunne opptre uavhengig av kunder og konkurrenter. Den strenge ekomreguleringen Telenor var omfattet av, gjorde det umulig for Telenor å opptre uavhengig av kundene. Tilgangsplikten Telenor var underlagt under ekomreguleringen forsterket Telias insentiver til å konkurrere om kundekontraktene på grossistmarkedet, slik at Telenor heller ikke kunne opptre uavhengig av sin konkurrent Telia.
- (157) Etter Konkurransklagenemndas oppfatning kan ikke Telenor høres med dette argumentet. De forpliktelsene som Telenor er pålagt etter ekomlovgivningen, begrenser Telenors adgang til å misbruke sin sterke markedsstilling, men endrer ikke det konkurransepresset som Telenor er utsatt for i en slik grad at Telenor ikke lenger kan sies å ha en dominerende stilling i markedet.

6.5.5 Etablerings- og ekspansjonshindringer

- (158) Konkurransklagenemnda er ikke i tvil om at det forelå store etablerings- og ekspansjonshindringer på grossistmarkedet, fordi det var både svært kostbart og tidkrevende å bygge mobilnett. Dersom man skulle tilby disse tjenestene gjennom videresalg, var man avhengig av vilkår som ble bestemt i tilgangsavtalene med MNO-ene.

⁴¹ Sak T-30/89, *Hilti AG*, avsnitt 92.

⁴² Sak T321/05, *Astra Zeneca*, avsnitt 253.

⁴³ Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. utgave 2014 avsnitt 4.155-4.163 og Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 6. utgave 2016 side 323.

⁴⁴ Faull & Nikpay 4.161 med henvisning til sak T-228/97, *Irish Sugar*, avsnitt 71-73 flg.

⁴⁵ Faull & Nikpay 4.163.

- (159) Det er lavere etableringshindringer på sluttbrukermarkedet dersom man kun etablerer seg som tjenesteleverandør. Det er derimot kun dersom man etablerer seg med eget nett med god dekning, at man blir i stand til å konkurrere like effektivt som Telenor. Det er betydelige kostnader og tid forbundet med å etablere eget nett, og dermed høye etablerings- og ekspansjonsbarrierer for å bli en like effektiv konkurrent som Telenor.
- (160) De høye etablerings- og ekspansjonshindringene gjorde at det ikke var et sterkt konkurransepress fra potensielle konkurrenter til Telenor i perioden. Den største konkurransetrusselen var sannsynligvis fra det tredje nettet, noe som også ble understreket i Telenors interne dokumenter, se punkt 8.7.2 nedenfor.

6.5.6 Konkurransetryk fra andre aktører

- (161) I den aktuelle perioden hadde Telia, som var den nest største aktøren, betydelig mindre markedsandeler enn Telenor, både på grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet. Som det fremgår av tabell 2 og 3 over, hadde Telia i perioden 36-28 prosent markedsandel i grossistmarkedet og 28,3-20,7 prosent markedsandel i sluttbrukermarkedet. Andre aktører hadde kun små markedsandeler. Mobile Norway hadde en økende markedsandel fra 1-8 prosent i grossistmarkedet og Network Norway en økende markedsandel fra 6,2-10,4 prosent i sluttbrukermarkedet. Telenor opprettholdt og til dels øket svakt sin posisjon i markedet til tross for ekspansjonen fra Mobile Norway og Network Norway.
- (162) Vitnene fra Telenor under høringen understreket det betydelige konkurransestryket fra Telia på grossistmarkedet, men tidsnære bevis tilsier ikke at det var sterk konkurranse på dette markedet i perioden. Det fremgår av styrefremlegg i Network Norway 18. juni og 26. juni 2009 at Telia ikke var interessert i å konkurrere hardt med Telenor om grossistkundene, samt at både Telia og Telenor var opptatt av negative effekter i sluttbrukermarkedet dersom de konkurrerte hardt og tilbød Network Norway gode priser i grossistmarkedet.⁴⁶ Både Telenor og Telia krevde eksklusive forhandlinger med grossistkundene, noe som gjorde det vanskelig for kundene å spille dem opp mot hverandre. Ofte ble også tilgangsavtalene reforhandlet mens kundene allerede var bundet av langsiktige avtaler og dermed ikke kunne bytte leverandør. Selv om Telia hadde eget nett, var Telia fortsatt avhengig av avtale med Telenor om overføringshastighet med fiber til basestasjoner. Som det fremgår av Telias svar på informasjonsforespørsel fra Konkurransetilsynet av 26. mai 2015,⁴⁷ var denne avtalen mindre gunstig enn vilkårene Telenor benyttet overfor sin egen nedstrømsvirksomhet.
- (163) Konkurranseskjennemnda legger derfor til grunn at det konkurransestryket Telia utøvet på Telenor på grossistmarkedet, ikke var særlig sterkt, og at Telenor hadde en særstilling siden de andre aktørene var avhengig av avtaler med Telenor for å kunne tilby sine tjenester, noe som til dels også gjaldt Telia. Selv om det var større konkurransestryk og flere aktører i sluttbrukermarkedet, innebar Telenors særstilling i grossistmarkedet også at de andre aktørene kunne konkurrere mindre effektivt mot Telenor i sluttbrukermarkedet.

6.5.7 Kjøperkraft og betydningen av anbudskonkurranser

- (164) Telenor anfører i klagen kapittel 5 og merknadene til varselet punkt 9.3.2 at grossistmarkedet bar preg av anbudskonkurranser hvor tilbyderne konkurrerte om få, men store kunder, og vinneren fikk hele oppdraget, slik at konkurransen begynte på ny

⁴⁶ Vedlegg 76 og 67 til vedtaket.

⁴⁷ Vedlegg 12 til vedtaket.

for hver enkelt kontrakt. I slike markeder kan historiske markedsandeler ha mindre betydning. Konkurransklagenemnda kan ikke se at en slik beskrivelse stemmer med faktum, all den tid grossistkontraktene ble fremforhandlet gjennom forhandlinger, som til dels også var eksklusive. Det var heller ikke mer enn to tilbydere, og som nevnt ovenfor var ikke konkurransen fra Telia spesielt hard.

- (165) Det er kun ett eksempel på at aktører har byttet tilgangsløseleverandør der det har ledet til et kortvarig tap av markedsandel for Telenor. Som påpekt av Telenor falt deres markedsandel fra 77 prosent til 34 prosent i 2008 (to år før den relevante perioden). Konkurransklagenemnda bemerker at hyppige svingninger i markedsandeler kan tilsi at et foretak ikke er dominerende. Et dominerende foretak må ha en høy og stabil markedsandel over en viss tid for å bli ansett som dominerende. Nemnda kan imidlertid ikke se at markedet har vært preget av hyppige endringer i markedsandeler. Når det gjelder svingningene i Telenors markedsandel i 2008 skyldes det at Tele2 byttet nettleverandør til Netcom. I 2009 økte Telenors markedsandel igjen som følge av at Network Norway byttet fra Netcom til Telenor. Bortsett fra disse to enkelthendelsene har Telenors markedsandeler vært stabile, og de har vært stabilt høye i hele den perioden saken gjelder. Slik nemnda ser det har det ikke vært hyppige svingninger i Telenors markedsandeler i den aktuelle perioden som er uforenlig med dominans.
- (166) I og med at konkurransepresset fra Telia ikke var stort, var tilgangskjøpernes kjøpermakt også begrenset, idet det var få alternative leverandører, og eksklusive forhandlinger gjorde det vanskelig å spille leverandørene opp mot hverandre.
- (167) Sluttbrukermarkedet består av en rekke privat- og bedriftskunder. Selv de største bedriftskundene utgjør i seg selv kun en svært liten andel av markedet. Av den grunn er dette markedet ikke preget av sterk kjøpermakt.

6.5.8 Telenors konkurransefortrinn og lønnsomhet

- (168) Telenor hadde i perioden en dekningsfordel, idet kundene, og særlig bedriftskundene, anså Telenors nett som kvalitativt bedre enn Telias nett. Som den største netteieren hadde Telenor i tillegg betydelige stordriftsfordeler som andre aktører uten nett ikke hadde. Telia hadde også stordriftsfordeler, men var likevel avhengig av avtaler med Telenor på noen områder. Telenor hadde videre betydelige samdriftsfordeler på grunn av at Telenor også var en stor aktør innenfor fastnett, bredbånd og annen elektronisk kommunikasjon.
- (169) Som det fremgår av vedtaket punkt 10.3.6, understøttes Telenors særstilling i markedet av at Telenor i hele perioden hadde til dels betydelig høyere lønnsomhet enn de andre aktørene i sluttbrukermarkedet. Dette er en viktig indikasjon på Telenors dominerende stilling i markedet.

6.5.9 Økonomiske rapporter fra 2009

- (170) Telenor har trukket frem to økonomiske rapporter utarbeidet i 2009, som begge konkluderer med at Telenor ikke hadde sterk markedsstilling. Det dreier seg om en rapport utarbeidet av professor Lars Sørgard på oppdrag for NetCom,⁴⁸ og en rapport fra Copenhagen Economics på vegne av Telenor.⁴⁹ Begge rapportene er utarbeidet i

⁴⁸ Vedlegg 48 til Konkurransetilsynets tilsvare.

⁴⁹ Vedlegg 70 til Konkurransetilsynets tilsvare.

forbindelse med varsel fra Nkom om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og vedtak i marked 15 (grossistmarkedet) i oktober 2009.

- (171) Konkurransklagenemnda kan ikke se at disse rapportene endrer nemndas vurdering av Telenors dominerende stilling i vår sak. Nemnda bemerker at rapportene gjelder perioden forut for den perioden denne saken gjelder. For øvrig viser nemnda til at Nkom traff vedtak om at Telenor hadde sterk markedsstilling og opprettholdt tilgangsplikten for Telenor i det endelige vedtaket av 5. august 2010, til tross for de to rapportene. Dette ble også opprettholdt i en klagesak for Samferdselsdepartementet.

6.5.10 Konklusjon – Telenors dominerende stilling

- (172) Etter en samlet vurdering har Konkurransklagenemnda funnet det klart at Telenor hadde en dominerende stilling i både det relevante grossistmarkedet og det relevante sluttbrukermarkedet i den relevante perioden. I denne vurderingen har nemnda lagt vekt på Telenors betydelige markedsandeler sammenlignet med andre aktørers andeler, det svake konkurransepresset fra aktuelle og potensielle konkurrenter, den svake kjøpermakten, samt Telenors konkurransefortrinn og høye lønnsomhet.

6.6 Dominerende stilling i en vesentlig del av EØS

- (173) Det følger av EØS-avtalen artikkel 54 første ledd, at Telenor må ha hatt en dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av EØS-avtalen, eller i en vesentlig del av dette territorium, for at artikkel 54 skal komme til anvendelse.
- (174) Det er lagt til grunn i EU-domstolens praksis at en dominerende stilling som dekker et helt medlemslands territorium, normalt vil anses å dekke en «*en vesentlig del*» av en avtalestats territorium.⁵⁰
- (175) Telenors dominerende stilling dekker som redegjort for over hele det norske territoriet. Konkurransklagenemnda legger derfor til grunn at Telenors dominerende stilling dekker en vesentlig del av EØS, og at EØS-avtalen artikkel 54 kommer til anvendelse.

7 Utilbørlig utnyttelse

7.1 Rettslige utgangspunkter

- (176) Det er ikke forbudt for et foretak å inneha en dominerende stilling, og verken konkurranseloven § 11 eller EØS-avtalen artikkel 54 har til formål å hindre eller forby et foretak å oppnå en dominerende stilling gjennom konkurranse.⁵¹ Det er den utilbørlige utnyttelsen av en dominerende stilling som forbyes av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 lister opp eksempler på utilbørlig utnyttelse i annet ledd. I rettspraksis har det blitt utviklet rettslige tester for ulike typetilfeller av atferd. Verken listen i bestemmelsen eller testene utviklet av domstolene er uttømmende.⁵²

⁵⁰ Sak T-228/97, *Irish Sugar*, avsnitt 99. Se også sak 127/73, *BRT v SABAM*, avsnitt 5 og sak T-229/94, *Deutsche Bahn*, avsnitt 58.

⁵¹ Sak C-413/14, *Intel mot Kommisjonen*, avsnitt 133. Se også sak C-209/10, *Post Danmark mot Kommisjonen* (Post Danmark I), avsnitt 21.

⁵² Se blant annet sak C-280/08, *Deutsche Telekom mot Kommisjonen*, avsnitt 173, sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 26 og Rt-2011-910, *Tinesaken*, avsnitt 72.

- (177) Utilbørlig utnyttelse omtales ofte også som misbruk, jf. kapittel 4. Utilbørlig utnyttelse har i rettspraksis blitt definert som:

*«et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser».*⁵³

- (178) Det fremkommer av definisjonen at misbruksbegrepet er et objektivt begrep som omfatter atferd som har en virkning på markedsstrukturen og konkurransen. Det kommer også frem av definisjonen at det er tilstrekkelig at atferden hindrer opprettholdelsen av eller styrkingen av den bestående konkurransen i markedet.
- (179) Vurderingen av om et foretak har misbrukt sin dominerende stilling skal foretas på grunnlag av alle omstendigheter i saken, herunder atferdens egenskaper og karakter, den dominerende stillings betydning, hvor stor del av markedet som berøres, markedets karakter og struktur og eksistensen av en ekskluderende strategi.⁵⁴
- (180) Selv om også dominerende foretak kan konkurrere, og også konkurrere hardt, følger det av rettspraksis at dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å skade eller innskrenke en effektiv konkurranse.⁵⁵ Dette innebærer at selv om også dominerende foretak har adgang til å konkurrere på pris, kvalitet og effektivitet, så kan atferd som er lovlig for ikke-dominerende aktører, være ulovlig for dominerende aktører. Rekkevidden av dette særlige ansvaret kan variere fra sak til sak.⁵⁶

7.2 Normal/ytelsesbasert konkurranse

- (181) Telenor har fremhevet som sentralt argument i klagen at avvik fra normal eller ytelsesbasert konkurranse er et selvstendig vilkår under misbrukskriteriet, og at Konkurransetilsynet har unnlatt å ta stilling til om vilkåret er oppfylt (klagen punkt 6.3). Det anføres at fastpriselementet i TA2 er en betaling for dekningsfordelen som Telenors nett representerer, og at dette er utslag av normal eller ytelsesbasert konkurranse.
- (182) Konkurransetilsynet bestrider at normal eller ytelsesbasert konkurranse er et selvstendig vilkår, og fremholder at denne faktoren best kan forstås som en rettesnor ved tolkningen

⁵³ Sak 85/76, *Hoffman-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 91. Se også sak 322/81, *Michelin I*, avsnitt 70, sak T-228/97, *Irish Sugar mot Kommisjonen*, avsnitt 111, sak T-271/03, *Deutsche Telekom mot Kommisjonen*, avsnitt 233, sak E-15/10, *Posten Norge mot ESA*, avsnitt 130, sak C-549/10, *Tomra mot Kommisjonen*, avsnitt 17, sak C-457/10 P, *AstraZeneca mot Kommisjonen*, avsnitt 74, sak E-14/15, *Holship Norge mot Norsk Transportarbeiderforbund*, avsnitt 89, sak C-23/14, *Post Danmark mot Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, avsnitt 26, sak C-170/13, *Huawei Technologies mot ZTE*, avsnitt 45 og Rt-2011-910, *Tinesaken*, avsnittene 67 og 68.

⁵⁴ Sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 28, sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnittene 29 og 68, og sak C-413/14 P, *Intel mot Kommisjonen*, avsnitt 139.

⁵⁵ Rt-2011-910, *Tinesaken*, avsnitt 69, sak 322/81, *Michelin I*, avsnitt 57, Sak 202/07 P, *France Telecom mot Kommisjonen*, avsnitt 105, sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 24, sak C-209/10, *Post Danmark mot Kommisjonen (Post Danmark I)*, avsnitt 23, sak C-23/14, *Post Danmark mot Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, avsnitt 71 og sak C-413/14 P, *Intel mot Kommisjonen*, avsnitt 135.

⁵⁶ Se sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 84.

og anvendelsen av vilkåret om misbruk av en dominerende stilling.⁵⁷ Konkurransetilsynet har videre anført at TA2 uansett ikke utgjorde ytelsesbasert konkurranse, og at spørsmålet derfor bare har hypotetisk interesse i saken (se vedtaket punkt 11.6.2 og 11.7.3.8).

- (183) ESA har i skriftlig innlegg til Konkurransklagenemnda 8. mai 2019 uttalt at «... *there is nothing in the case law of these Courts [the EFTA Court and EU Courts] to suggest that whether or not something is 'competition on the merits' has evolved into the legal test by which potentially abusive behaviour must be judged*».
- (184) Konkurransklagenemnda finner at en rekke argumenter taler mot at konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 inneholder et selvstendig vilkår om at det må påvises avvik fra normal eller ytelsesbasert konkurranse for at det kan konstateres misbruk av dominerende stilling.
- (185) For det første bemerkes, som anført av Konkurransetilsynet, at Telenors tolkningsalternativ innebærer at en konkurransebegrensende atferd ville kunne gå klar av forbudet mot misbruk av dominerende stilling, såfremt atferden var utslag av normal/ytelsesbasert konkurranse. Underretten stilte seg avvisende til dette tolkningsalternativet i forente saker T-191/98 m.fl., *Atlantic Container Line*. Retten uttalte i avsnitt 1124: «*Det ville imidlertid fratage traktatens artikkel [102] dens betydning, hvis en adfærd ikke udgjorde misbrug, blot fordi den var almindelig praksis inden for en bestemt sector.*»
- (186) For det andre kan *Hoffmann-La Roche* ikke forstås slik at dommen oppstiller et selvstendig vilkår om avvik fra normal/ytelsesbasert konkurranse. Riktignok kan kanskje ordlyden i den innskutte setningen i avsnitt 91 – «*som følge af at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence*» – isolert sett oppfattes i denne retning. Konkurransklagenemnda kan likevel ikke se at dette er en naturlig tolkning av dommen. Etter nemndas vurdering er det mer nærliggende å forstå formuleringen som knyttet til beskrivelsen i det foregående avsnitt 90 av den konkrete, kritikkverdige konkurransebegrensende atferden i saken. Nemnda viser i denne forbindelse også til den britiske avgjørelsen *National Grid*,⁵⁸ avsnittene 36 til 41, sammenholdt med avsnittene 28 til 35. Avgjørelsen finner ikke holdepunkter i EU-rettslige kilder for anførselen om at «*normal competition*» er et selvstendig vilkår, som må vurderes atskilt fra vurderingen av atferdens konkurransebegrensende virkning. Selv om det er tale om en utenlandsk avgjørelse, som normalt har begrenset rettskildeværdi i norsk rett, er det etter nemndas vurdering grunn til å tillegge avgjørelsen vekt på grunn av dens argumentasjonsverdi. Dommen inneholder grundige og faglig overbevisende drøftelser av den samme problemstillingen som i vår sak, basert på flere av de samme EU-rettskildene som er sentrale i saken.
- (187) For det tredje legger nemnda vekt på at vurderingstemaet under misbruksbestemmelsen i nyere praksis gjelder atferdens konkurransebegrensende virkning, og ikke hvorvidt atferden var et resultat av ytelsesbasert konkurranse.⁵⁹ Dette underbygges også av at normal/ytelsesbasert konkurranse oftest ikke drøftes som et særskilt kriterium, men

⁵⁷ Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 93 og Regjeringsadvokatens supplerende merknader punkt 2.3.2.

⁵⁸ *National Grid plc vs. Gas and Electricity Markets Authority* (m.fl.), Court of Appeal (Civil Division), Case No: C1/2009/1573 [2010], EWCA Civ 114.

⁵⁹ Se henholdsvis sak C-52/09, *TeliaSonera*, avsnittene 24 og 28 med videre henvisninger og sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 68.

kommer inn som en rettesnor for vurderingen, begrunnelse eller argument for resultatet, eller knyttet opp til dominerende foretaks særlige ansvar for å unngå å skade en effektiv og uforstyrret konkurranse, se f.eks. *AstraZeneca*, avsnitt 98.⁶⁰ Nemnda viser særlig til *Tomra*, avsnitt 68, hvor det uttrykkelig ble uttalt at oppfyllelse av virkningskriteriet er tilstrekkelig for å konstatere misbruk.⁶¹

- (188) For det fjerde taler det dominerende foretakets særlige ansvar mot at normal eller ytelsesbasert konkurranse er et selvstendig vilkår. Atferd som ellers ville utgjøre normal eller ytelsesbasert konkurranse, vil nettopp på grunn av det særlige ansvaret som påhviler dominerende foretak likevel kunne kvalifisere som misbruk, jf. *Intel*, avsnitt 136 sammenholdt med avsnitt 134.⁶² Forskjellen i vurderingen er begrunnet i at atferden vil kunne ha ulik virkning, avhengig av om det er et dominerende foretak eller et mindre foretak som står bak atferden.⁶³ Nemnda viser videre til at det i *Continental Can*⁶⁴ ble fastslått at en styrking av dominans kan utgjøre misbruk, *uavhengig av hvilke midler og metode som anvendes* – et prinsipp som Kommisjonen har gjentatt i *Servier*.⁶⁵
- (189) For det femte kan Konkurranseskjagenemnda ikke se at det anførte tolkningsalternativet har støtte i Kommisjonens praksis eller i juridisk teori. Det er f.eks. ikke opplistet i Kommisjonens veiledning avsnitt 20 som én av flere faktorer som inngår i formuleringen alle omstendigheter, og Kommisjonens *Servier*-avgjørelse som nevnt i avsnitt (188) taler mot Telenors forståelse. I juridisk teori er riktignok normal/ytelsesbasert konkurranse nevnt som én av ti *relevante* faktorer i vurderingen av om atferden kvalifiserer som misbruk.⁶⁶ Det gis imidlertid ikke uttrykk for at avvik fra «*normal industry practice*» utgjør et *selvstendig* vilkår for at misbruksvilkåret kan være oppfylt. Andre juridiske fremstillinger taler for øvrig mot at normal/ytelsesbasert konkurranse kan anses som et selvstendig vilkår. Nemnda viser særlig til *O'Donoghue/Padilla*, som uttaler at

*«... "normal competition," as per Hoffmann-La Roche, is a vague phrase, not least because the Commission has rejected the notion that a common practice within an industry would necessarily constitute "normal competition" if carried out by a dominant firm[fotnote utelatt]. "Competition on the merits" and "genuine undistorted competition" are also vague, since not all competition on the basis of price, quality and functionality is allowed under Article 102 TFEU».*⁶⁷

- (190) Konkurranseskjagenemnda viser videre til Eirik Østerud, som i sin avhandling synes å stille seg kritisk til at normal/ytelsesbasert konkurranse utgjør et selvstendig vilkår.⁶⁸ Han uttaler bl.a. at «*[l]eft undefined, concepts such as 'performance-based competition' and 'competition on the merits' are largely unhelpful when determining whether a*

⁶⁰ Sak C-457/10 P, *AstraZeneca*, avsnitt 98.

⁶¹ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot Kommisjonen (Tomra)*, avsnitt 68.

⁶² Sak 413/14 P, *Intel*, avsnitt 136 og 134.

⁶³ Sak T-65/98, *Van den Bergh Foods*, avsnitt 159.

⁶⁴ Sak 6/72, *Continental Can*, avsnitt 27.

⁶⁵ Sak AT.39612, *Servier*, avsnitt 2921.

⁶⁶ Jf. Bellamy & Child, *European Union Law of Competition Law*, 8. utgave 2018, side 985 («how far the conduct in issue is normal industry practice or, on the contrary, is exceptional and plainly restrictive of competition;»)

⁶⁷ Robert O'Donoghue/Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, second edition, 2013, side 242.

⁶⁸ Eirik Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law*. The Spectrum of Tests, 2010, særlig side 40–47.

particular form of conduct is lawful or abusive» (side 44). De kritiske uttalelsene i juridisk teori viser etter nemndas vurdering med all tydelighet at kriteriet normal/ytelsesbasert konkurranse er uegnet som analytisk verktøy i misbruksvurderingen under § 11.

- (191) Telenor har særlig fremhevet i Rt-2011-910 (*Tinesaken*) til støtte for at avvik fra normal eller ytelsesbasert konkurranse er et selvstendig vilkår for å kunne konstatere misbruk av dominerende stilling, jf. særlig klagen punktene 6.2, 6.3, 7.3 og 7.9 samt prosesskriv av 7. februar 2019 punkt 5.
- (192) Gjennomgangen foran, og andre saker,⁶⁹ viser imidlertid at domstolene i EU/EØS ikke har oppstilt krav til *avvik fra normal eller ytelsesbasert konkurranse* som et selvstendig vilkår. Heller ikke er det oppstilt som selvstendig vilkår at atferden må være en utilbørlig påvirkning, en uakseptabel forretningsmetode eller et uakseptabelt virkemiddel.
- (193) Høyesteretts formuleringer i *Tinesaken* avsnittene 76 og 79 kan riktignok gi inntrykk av at avvik fra ytelsesbasert konkurranse, eller utilbørlig påvirkning jf. avsnitt 83, er et selvstendig vilkår for å kunne konstatere misbruk av dominerende stilling. Konkurransesklagemnda kan imidlertid ikke se at Høyesteretts dom i *Tinesaken* kan forstås slik at det har vært tilsiktet å fravike EU-domstolens praksis på dette området, men at det heller er tale om formuleringer som gir et noe upresist uttrykk for gjeldende rett.
- (194) Konkurransesklagemnda konkluderer etter dette med at konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 ikke kan forstås slik at det må påvises avvik fra normal eller ytelsesbasert konkurranse for at en atferd kan kvalifisere som misbruk av dominerende stilling. Nemnda konkluderer følgelig med at vedtaket ikke er beheftet med rettsanvendelsesfeil på dette grunnlag. En annen sak er at eventuelle påviste avvik fra normal/ytelsesbasert konkurranse vil kunne inngå i en totalvurdering av misbruksspørsmålet.

7.3 Det særlige ansvaret og retten til å disinsentivere konkurrenters investeringer

- (195) Telenor har under høringen anført som én av tre grunnleggende feil ved vedtaket at Telenor hadde rett til å disinsentivere utbyggingen av det tredje nettet, og at spørsmålet er om virkemidlene som ble brukt, var akseptable. Det anføres derfor at kriteriet «*betydelig reduserte utbyggingsinsentiver*» som Konkurransetilsynet har anvendt, er en utilstrekkelig og feil rettsanvendelse for å kunne konstatere misbruk.
- (196) Konkurransesklagemnda finner at anførselen om rett til å disinsentivere utbyggingen ikke kan føre frem, i lys av det særlige ansvaret som påhviler dominerende foretak til å unngå å svekke konkurransen. Det er sikker rett, og heller ikke omtvistet, at dominerende foretak har et slikt særlig ansvar. Det nærmere innholdet i det særlige ansvaret er imidlertid ikke skarpt avgrenset eller tydelig definert, verken i norske rettskilder eller i EU/EØS-rettslige kilder.

⁶⁹ Sak 322/81, *Michelin I*, avsnitt 57, sak 202/07 P, *France Telecom mot Kommisjonen*, avsnitt 105, sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 24, sak C-209/10, *Post Danmark mot Kommisjonen (Post Danmark I)*, avsnitt 23, sak C-413/14, sak C-23/14, *Post Danmark mot Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, avsnitt 71 og sak C-413/14 P, *Intel mot Kommisjonen*, avsnitt 135.

- (197) Konkurransklagenemnda peker innledningsvis på at det allerede i betegnelsen *særlig ansvar* – om det skal ha noe fornuftig innhold – må ligge handleplikter som begrenser dominerende foretaks handlefrihet, sammenlignet med hva som ellers ville gjelde for ikke-dominerende foretak i en tilsvarende kommersiell kontekst.⁷⁰ Nemnda ser det slik at dette er uttrykk for at det gjelder et spesielt og skjerpet krav til å påse at egen atferd i markedet ikke skaper unødige hindringer for konkurransen i markedet, hvor konkurransen allerede er begrenset på grunn av tilstedeværelsen av det dominerende foretaket.
- (198) Kjernen i og begrunnelsen for det særlige ansvaret er å unngå at atferden har en konkurransebegrensende virkning. Det påhviler derfor det dominerende foretaket en plikt til ikke å skape hindringer for opprettholdelsen av den konkurransen som fortsatt eksisterer i markedet, eller for utviklingen og styrkingen av denne konkurransen, jf. sak C-52/09, *TeliaSonera*, avsnitt 24, sammenholdt med avsnitt 27 og videre henvisninger.
- (199) Konkurransklagenemnda finner støtte for en slik forståelse i Underrettens dom i sak T-83/91, *Tetra Pak International SA mot Kommisjonen (Tetra Pak II)*, avsnittene 114, 115 og 151, opprettholdt av EU-domstolen i sak C-333/94 P. I avsnitt 114 i Underrettens dom understrekes det at forbudet mot misbruk av dominerende stilling omfatter «*enhver adfærd, ... som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for, at den endnu bestående konkurrence på et marked, der allerede er afsvækket som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse, opretholdes (jf. Hoffmann-La Roche-sagen, præmis 91)*». I det påfølgende avsnitt 115 heter det at «*... det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, følgelig vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder af enhver art, der følger af, at konkurrenceforholdene er svækkede*».
- (200) På grunnlag av disse rettslige utgangspunktene, kan Konkurransklagenemnda ikke se at det er en riktig generell lovtolkning at et dominerende foretak har rett til å opptre på en måte som disinsentiverer investeringer, dersom slike disinsentiv vil kunne være egnet til å ha negative virkninger for konkurransen. På den annen side kan det ikke utelukkes situasjoner hvor atferd som disinsentiverer konkurrenters investeringer, ikke er egnet til å svekke konkurransen.
- (201) Konkurransklagenemnda viser videre til at atferd som skaper disinsentiver for kommersielle handlinger, i flere andre saker har blitt vurdert som stridende mot forbudet mot misbruk av dominerende stilling, se bl.a. EFTA-domstolens dom i sak E-15/10, *Posten Norge*, avsnitt 173, hvor det heter: «*... ESA was correct to find that Norway Post's conduct created disincentives to deal with Norway Post's competitors during this period*». Liknende formuleringer kommer til uttrykk i avsnittene 57, 163–165, 168–169, 175–178, 245, 252 og 272. Nemnda viser videre til at det også i andre saker er lagt til grunn at ulike former for disinsentivering er betraktet som misbruk, se Underrettens dom i sak T-201/04, *Microsoft*, avsnittene 1043, 1054, 1129, 1288 (8. strekpunkt).
- (202) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 ikke kan tolkes slik at et dominerende foretak har en generell adgang til å disinsentivere konkurrenters investeringer, i lys av det særlige ansvaret dominerende foretak er underlagt. Hvorvidt, og i hvilken grad et dominerende foretak

⁷⁰ Jf. sak T-68/98, *Van den Bergh Foods*, avsnitt 159.

har slik adgang, vil i hovedsak bero på hvorvidt atferden er egnet til å begrense konkurransen.

7.4 Virkningskriteriet

7.4.1 Innledning

(203) Det fremgår av EU-domstolens definisjon av misbruk at atferden må ha en negativ virkning på konkurransen for at det skal foreligge en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. EU-domstolens praksis viser imidlertid at det ikke er et krav om å påvise en faktisk inntruffet virkning. En potensiell virkning er tilstrekkelig.⁷¹ Selv om en potensiell virkning er tilstrekkelig, må det være noe mer enn en rent hypotetisk virkning.⁷² Det samme har blitt lagt til grunn av EFTA-domstolen i *Posten*:

*«Accordingly, the argument of the applicant that ESA was required to demonstrate actual anti-competitive effects must be rejected. It was sufficient for ESA to show that the conduct in question was liable to distort competition».*⁷³

(204) Den konkurransebegrensende virkningen kan forekomme på ulike måter. For det første kan en begrensning eller fjerning av kunders mulighet til fritt å velge leverandør være et misbruk.⁷⁴ Videre kan utestengelse av konkurrenter utgjøre et misbruk. Dette omfatter ikke bare atferd som *forhindrer* markedsadgang, men også atferd som gjør det *vanskeligere* for konkurrenter å etablere seg i markedet.⁷⁵ Et misbruk kan videre bestå av atferd som styrker den dominerende stillingen.⁷⁶ EU-domstolens praksis viser også at diskriminering kan være en form for misbruk.⁷⁷ Til slutt kan en påvirkning av markedsstrukturen utgjøre et misbruk av en dominerende stilling.⁷⁸

(205) EU-domstolen har etablert ulike tester som anvendes for å avgjøre om en atferd har en konkurransebegrensende virkning. Som nevnt i punkt 7.1, er verken disse testene eller kategoriene nevnt i forrige avsnitt uttømmende. Det innebærer at Telenors atferd kan være et misbruk, selv om atferden ikke faller inn under en av de etablerte kategoriene eller testene, dersom den har en konkurransebegrensende virkning.

7.4.2 Krav om konsumentskade

(206) Telenor har i klagen punkt 6.4.3 anført at det i denne saken må etableres en negativ virkning for forbrukerne. EU-domstolen har omtalt skade for forbrukerne flere ganger, men ikke som et selvstendig vilkår. I *TeliaSonera*, som det vises til i klagen, fremkommer det at

⁷¹ Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 66, Sak C-295/12 P, *Telefonica mot Kommisjonen*, avsnitt 124, sak C-457/10, *AstraZeneca*, avsnitt 112, sak T-398/07, *Spania mot Kommisjonen*, avsnitt 90, sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 64, sak T-336/07, *Telefonica mot Kommisjonen*, avsnitt 268, sak T-203/1 og *Michelin II*, avsnitt 239.

⁷² Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 65.

⁷³ Sak E-15/10, *Posten Norge*, avsnitt 131.

⁷⁴ Sak 322/81, *Michelin I*, avsnitt 85, Sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 28 og 63, sak E-15/10, *Posten Norge*, avsnitt 131.

⁷⁵ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*, avsnitt 253, sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 28 og sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 29.

⁷⁶ Sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 28 og sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 29.

⁷⁷ Sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 28 og sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 29.

⁷⁸ Sak C-95/04 P, *British Airways*, avsnitt 106, sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 72, sak E-15/10, *Posten Norge*, avsnitt 131.

«Artikel 102 TEUF skal herefter fortolkes således, at denne ikke blot omhandler praksis, der kan påføre forbrugerne direkte skade (jf. i denne retning dom af 16.9.2008, forenede sager C-486/06 – C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia m.fl., Sml. I, s. 7139, præmis 68, og dommen i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen, præmis 180*), men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at skade den frie konkurrence».⁷⁹

- (207) Dette viser at det er tilstrekkelig med en skade på konkurransen, som igjen kan ha en indirekte skade på konsumentvelferden. Dette følger også av EU-domstolens dom i *British Airways*:

«Derudover omfatter artikel [102 TEUV], som Domstolen tidligere har fastslået i præmis 26 i dommen i sagen *Europemballage og Continental Can mod Kommissionen*, ikke blot praksis, der kan påføre forbrugerne direkte skade, men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at skade en effektiv konkurrencestruktur.»⁸⁰

- (208) Det er ingen støtte i rettspraksis for Telenors anførsel om at det eksisterer et skille mellom atferd som helt utelukker konkurransen, hvor en skade for forbrukerne kan presumeres, og andre former for mulige misbruk hvor en slik skade må påvises.
- (209) Telenor har i klagen avsnitt 185 anført at dersom det ikke påvises en direkte skade for konsumentene, må et misbruk etableres ved bruk av en AEC-test. Konkurranseskjennemnda er ikke enig i dette. Dette kommer klart frem i *Post Danmark II*, hvor EU-domstolen kom til at «[a]s efficient competitor-testen skal således betraktes som et instrument blandt andre med henblik på at vurdere, om der foreligger et misbrug af dominerende stilling i forbindelse med et rabatsystem».⁸¹ Selv om uttalelsen er begrenset til rabatter, er det ikke grunnlag for å slutte fra denne dommen eller rettspraksis for øvrig at AEC-testen er påkrevd for å konstatere misbruk. Det følger også av *Post Danmark II*, at selv utestenging av mindre effektive konkurrenter kan være et misbruk dersom dette er egnet til å begrense konkurransen.⁸²

7.4.3 Terskelen for å påvise konkurransebegrensende virkning

- (210) Det er uenighet mellom Telenor og Konkurransetilsynet om hva som er terskelen for å etablere en konkurransebegrensende virkning. Konkurransetilsynet har i sitt vedtak lagt til grunn at det som kreves, er at foretakets atferd er egnet til å begrense konkurransen.⁸³ Telenor anfører i klagen punkt 6.4.1 at en konkurransebegrensende virkning må være en sannsynlig følge av atferden. I vedtaket er det vist til en rekke dommer til støtte for at terskelen er at atferden er egnet til å begrense konkurransen. Konkurranseskjennemnda bemerker at den rettspraksis det vises til, ikke er konsekvent. EU-domstolen bruker ulike terminologi om hva som skal påvises. I tillegg til «egnet til», benyttes «til hensikt», «til formål at», «har», «kan» og «sandsynligvis» i de danske versjonene av de dommene det vises til.⁸⁴ På engelsk benyttes «capable of», «likely» og

⁷⁹ Sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnitt 24.

⁸⁰ Sak C-95/04 P, *British Airways*, avsnittene 106 og 107.

⁸¹ Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 61.

⁸² Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnittene 58-61.

⁸³ Vedtaket avsnittene 726, 727, 771 og 864.

⁸⁴ Sak T-203/1, *Michelin II*, avsnitt 239, sak T-219/99, *British Airways*, avsnitt 293, sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 68, sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnittene 64-69, Sak C-280/08, *Deutsche Telekom mot Kommisjonen*,

«tends to», på de samme stedene. På fransk varierer det mellom «susceptible», «tend à enlever», «de la capacite» og «probable» på de samme stedene. På denne bakgrunn er det vanskelig å slå fast at nettopp formuleringen «egnet til» gir uttrykk for den terskelen som gjelder for å påvise en virkning. Nemnda bemerker at inkonsistensen også forekommer innad i det enkelte resonnement.⁸⁵

- (211) Telenor anfører at den språklige inkonsistensen kan forklares med at sakene angår ulike kategorier misbruk. Egnethet er da terskelen i kategoriene av predefinerte kategorier av misbrukshandlinger, og sannsynlig er terskelen i saker som faller utenfor disse kategoriene. Konkurransklagenemnda kan ikke se at den rettspraksis Telenor viser til, støtter dette synspunktet. Ettersom den inkonsekvente språkbruken til og med forekommer innad i EU-domstolens resonnementer, er Telenors argument klart uholdbart.
- (212) Når EU-domstolen gjentatte ganger benytter de ulike uttrykkene om hverandre, er den mest nærliggende tolkningen at uttrykkene er ment å si det samme. Det medfører at egnet til ikke betyr noe annet enn sannsynlig eller kapabel til.⁸⁶ Disse uttrykkene gir først og fremst uttrykk for at det ikke kreves en konkret og faktisk virkning, og samtidig at atferden må være av en slik karakter at den i sin kontekst vil kunne ha en negativ virkning på konkurransen. Det at atferdens potensielle virkning skal vurderes i sin kontekst, følger også av at det ikke er tilstrekkelig med en rent hypotetisk virkning.⁸⁷ Når det kommer til terskelen, viser Konkurransklagenemnda til NOU 2012:7, hvor det ble lagt til grunn at ved «avgjørelsen av rettslige og økonomiske vurderinger skal konkurransemyndigheter og domstolen legge til grunn den løsning som de finner at alt i alt har de beste grunner for seg».⁸⁸ Konkurransklagenemnda legger til grunn at dette gir uttrykk for hvor terskelen ligger for om en atferd vil ha en negativ virkning på konkurransen. Nemnda vil i fortsettelsen bruke uttrykket egnet til, fordi det tydelig beskriver at det ikke kreves en faktisk inntruffet virkning. Det understrekes at nemnda med det ikke legger til grunn en terskel som er lavere enn det som ligger i at en skal legge til grunn den løsning som har de beste grunner for seg.

7.4.4 Merkbarhet

- (213) Konkurransklagenemnda legger til grunn at konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 ikke inneholder et merkbarhetsvilkår.⁸⁹ Begrunnelsen er at eksistensen av en dominerende stilling indikerer at konkurransen allerede er svekket,⁹⁰ og at enhver ytterligere svekkelse av konkurransen vil kunne kvalifisere som et ulovlig misbruk. Fraværet av et merkbarhetsvilkår innebærer at det ikke gjelder et krav om at konkurransen (faktisk eller potensielt) må påvirkes *merkbart* som følge av

avsnittene 250-254, sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnittene 31, 63, 72, 76, 94 og 101 og sak T-336/07, *Telefonica mot Kommisjonen*, avsnitt 268.

⁸⁵ Se f.eks. sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnittene 64-69.

⁸⁶ Se *O'Donoghue and Padilla* (2013) side 269-270 som gir uttrykk for det samme.

⁸⁷ Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 65.

⁸⁸ NOU:2012:7 «Mer effektiv konkurranselov», side 70. Uttalelsen fikk tilslutning i Prp.L. 75 (2012–2013), side 67-68.

⁸⁹ Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 72 og 73, sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 123 og sak C-525/16, *MEO*, avsnitt 29.

⁹⁰ Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 70.

misbrukshandlingen. Følgelig er det ikke grunnlag for å oppstille en minimumsterskel for at misbruk kan rammes av forbudet.⁹¹

- (214) Fraværet av et merkbarhetsvilkår innebærer imidlertid ikke i vår sak, slik Konkurransklagenemnda ser det, at en hvilken som helst reduksjon i utbyggingsinsentivene vil være tilstrekkelig til at konkurransebegrensningsvilkåret er oppfylt. Hvorvidt en reduksjon av utbyggingsinsentiver utgjør et misbruk av den dominerende stillingen, er nært forbundet med spørsmålet om reduserte insentiver var egnet til å begrense konkurransen. Denne vurderingen må etter nemndas vurdering bero på en nærmere vurdering av i hvilket omfang og med hvilken styrke utbyggingsinsentivene eventuelt ble svekket. For denne vurderingen viser nemnda til punkt 8.4.

7.4.5 Tidspunktet for misbruksvurderingen og betydningen av etterfølgende utvikling

- (215) Telenor har i klagen punkt 6.4.4 og 6.4.5 gjort gjeldende at det i misbruksvurderingen må tas i betraktning alle beviser, også den faktiske utviklingen etter inngåelsen av TA2. Det anføres at vedtaket feilaktig ser bort fra manglende faktisk negativ virkning, som Telenor mener må tillegges betydelig vekt i misbruksvurderingen.
- (216) Konkurransetilsynets vedtak (avsnitt 728) bygger på at misbruksvurderingen skal foretas på grunnlag av omstendighetene på handlingstidspunktet. Dette anføres også som begrunnelse for ikke å ta hensyn til at den påståtte virkningen ikke inntrådte, jf. vedtaket avsnittene 969 og 972.
- (217) Konkurransklagenemnda legger til grunn at vurderingen av om en handling utgjør et misbruk, skal ta utgangspunkt i omstendighetene på handlingstidspunktet. Dette følger av at vurderingstemaet er om atferden er egnet til å begrense konkurransen, og at konkurranseloven § 11 er en forbudsbestemmelse, som innebærer at misbrukshandlingen er ulovlig på handlingstidspunktet.
- (218) Dette utgangspunktet medfører ikke at den faktiske utviklingen i markedet er irrelevant i vurderingen. Den rettspraksis om tidspunktet for vurderingen av handlingens potensielle virkning som det vises til i vedtaket, viser først og fremst at det ikke kreves faktisk virkning for å etablere et misbruk.⁹² Dette er noe annet enn at vurderingen utelukkende skal baseres på omstendigheter som forelå på handlingstidspunktet. EU-domstolens uttalelser i *AstraZeneca* kan ikke tas til inntekt for at det kun er omstendigheter på handlingstidspunktet som er relevante. Uttalelsene er begrenset til spørsmålet om den dominerende stillingen må foreligge ikke bare på handlingstidspunktet, men også på virkningstidspunktet.⁹³ Det foreligger heller ikke annen rettspraksis som tilsier at det utelukkende er omstendighetene på handlingstidspunktet som er relevante i misbruksvurderingen.
- (219) Konkurransklagenemnda legger til grunn at den etterfølgende utviklingen i markedet kan gi indikasjoner på hvilke virkninger atferden var egnet til å ha på handlingstidspunktet.⁹⁴ Selv om manglende virkninger ikke i seg selv er avgjørende,

⁹¹ Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 73.

⁹² Sak C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera*, avsnittene 64, 63, 28, sak T-219/99, *British Airways*, avsnitt 293 og sak T-203/1, *Michelin II*, avsnittene 239-241.

⁹³ Sak C-457/10, *AstraZeneca*, avsnitt 110.

⁹⁴ Sak E-15/10, *Posten Norge*, avsnitt 192. Se også Robert O'Donoghue og A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. utgave, 2013 side 269.

kan slike faktorer tilsi at det bør vurderes hvorfor virkningen har blitt en annen enn det en analyse av handlingens potensielle virkninger tilsier. Dette er etter nemndas oppfatning også i samsvar med Underrettens vurderinger i *British Airways* og *Intel*, hvor synkende markedsandeler ikke var til hinder for å etablere et misbruk, ettersom reduksjonen av markedsandeler kunne vært større uten misbruket.⁹⁵

- (220) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at vurderingen av om en handling utgjør et misbruk av en dominerende stilling skal ta utgangspunkt i omstendighetene som forelå på tidspunktet for handlingen.

7.5 Betydningen av det dominerende foretakets intensjoner

7.5.1 Problemstilling og anførsler

- (221) Telenor og Konkurransetilsynet har sterkt divergerende oppfatninger av hvilken betydning intensjoner kan tillegges i misbruksvurderingen. Konkurransklagenemnda drøfter først dette generelle tolkningsspørsmålet i punkt 7.5.2. Deretter foretas det i punkt 8.7 en konkret bevisbedømmelse av de såkalte intensjonsbevisene, og betydningen av disse i misbruksvurderingen.
- (222) Telenor har i hovedsak anført at rettspraksis ikke gir holdepunkter for at konkurransebegrensende intensjoner kan tillegges «*betydelig vekt*» i misbruksvurderingen, slik vedtaket hevdes å legge til grunn i avsnittene 727 og 987. Eventuelle intensjoner om å begrense konkurransen er bare én av mange faktorer i vurderingen av virkningene av en atferd. Telenor gjør gjeldende at vedtaket i realiteten ikke bare bygger på at intensjonsbevis kan tillegges *betydelig vekt*, men at det forutsetter at intensjonsbevis kan tillegges *helt avgjørende vekt*, jf. klagen avsnittene 193 og 404, kommentarer til Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 213, jf. Telenors brev 7. februar 2019 avsnittene 138, 140, 148 og 149 og prosesskriv av 16. mai 2019 avsnitt 13.
- (223) Telenor viser til at misbruksvurderingen er objektiv, og hvilke virkninger et foretak trodde eller håpet en atferd ville få, kan derfor ikke i seg selv begrunne eller utgjøre et etablerende argument for at det foreligger et misbruk, slik det hevdes at vedtaket langt på vei bygger på, jf. klagen avsnitt 228 og Hjelmengs betenkning side 10–11 og side 14. Konkurransetilsynets rettsanvendelse er derfor ifølge Telenor også i strid med Høyesteretts rettsanvendelse i Rt-2011-910 (*Tinesaken*). At Tine forsto, og kanskje ønsket at atferden skulle ha en faktisk konkurransebegrensende virkning, var ikke tilstrekkelig til å kunne konstatere misbruk. Telenor hevder at Konkurransetilsynet har gått rett på en vurdering av egnethet og intensjon, uten først å etablere – på selvstendig grunnlag – at atferden avviker fra normale forretningsmetoder eller bryter med det dominerende foretakets særlige ansvar, som er nødvendig før man kan anvende en egnethetstest og derunder se hen til intensjon.
- (224) Telenor har endelig anført at den intensjonen som etableres i vedtaket, ikke går ut på å begrense konkurransen i grossist- eller sluttbrukermarkedet, men mer fremstår som et ønske om å sikre roaminginntekter.
- (225) Konkurransetilsynet har anført (Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 115) at Telenor i klagen avsnitt 204 og punkt 6.5.3.3 feiltolker *Intel*. Det anføres at intensjonsbevis etter omstendighetene må tillegges vekt når slike bevis foreligger, og at de kan tillegges

⁹⁵ Sak T-219/99, *British Airways*, avsnittene 207–298 og sak T-286/09, *Intel*, avsnitt 186.

betydelig vekt, avhengig av omstendighetene, og at dette også må gjelde i saker der AEC-testen ikke har relevans, som i vår sak. Konkurransetilsynet har videre anført (Innstillingen avsnitt 116) at *Tomra*, avsnittene 17–21, viser at intensjonsbevis etter omstendighetene både kan og må tillegges vekt.

- (226) Konkurransetilsynet anfører at intensjonsbevisene inngår som ett av flere momenter i den helhetlige misbruksvurderingen. Selv om de er sentrale i vurderingen, bestrider Konkurransetilsynet at det er lagt avgjørende vekt på intensjonsbevisene, slik Telenor hevder. Det anføres imidlertid i Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 215 at det rettslig sett er adgang til å tillegge intensjonsbevis betydelig vekt i en misbruksvurdering.

7.5.2 Konkurransesklagemenndas vurderinger

- (227) Konkurransesklagemennda bemerker at det er en vesentlig forskjell på om misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 skal tolkes slik at intensjonsbevis bare er ett av flere relevante momenter i misbruksvurderingen, eller om slike bevis kan tillegges «betydelig» eller «avgjørende vekt».
- (228) Etter Konkurransesklagemenndas vurdering gir ikke de rettskildene som Konkurransetilsynet har anført, grunnlag for å oppstille et generelt rettsprinsipp om at en konkurransebegrensende hensikt eller intensjon kan eller skal tillegges *stor* betydning i misbruksvurderingen. Nemnda skal i det følgende begrunne sitt standpunkt.
- (229) Konkurransesklagemennda kan ikke se at de to avgjørelsene *AstraZeneca* og *Compagnie Maritime Belge* som det er vist i vedtaket,⁹⁶ gir grunnlag for generelle slutninger om at subjektive intensjoner skal eller kan tillegges *betydelig* vekt i vurderingen av om det foreligger utilbørlig atferd.
- (230) En slik rettssetning ble, som anført av Telenor, ikke uttalt i *Compagnie Maritime Belge*, verken i Underrettens avgjørelse avsnittene 148–149, eller i EU-domstolens avgjørelse avsnittene 119–120. Avgjørelsen og de aktuelle avsnittene kan etter Konkurransesklagemenndas vurdering heller ikke *tolkes* slik at den oppstiller eller gir uttrykk for at det gjelder et slikt generelt prinsipp. Etter nemndas vurdering taler dessuten nyere praksis mot at avgjørelsen kan forstås på den måten som vedtaket avsnittene 727 og 987 gir uttrykk for, særlig *Tomra* og *Intel*.⁹⁷
- (231) Etter Konkurransesklagemenndas vurdering gir uttalelsen i *Intel*, avsnitt 139, ikke uttrykk for annet enn en forpliktelse til å undersøke *eksistensen* av en eventuell konkurransebegrensende strategi eller intensjon. Hvilken vekt en eventuell slik strategi eller intensjon skal eller kan tillegges, isolert sett, og relativt til andre momenter, uttaler EU-domstolen seg ikke om. Uttalelsen er imidlertid i tråd med uttalelsene i *Tomra*, avsnittene 19 og 20, som viser at subjektiv hensikt/intensjon er én av flere faktiske omstendigheter, som kan tas i betraktning i misbruksvurderingen. Nemnda kan derfor ikke se at Telenor har feiltolket *Intel*, som anført i Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 115.
- (232) Konkurransesklagemennda kan heller ikke se at *AstraZeneca*, avsnittene 84, sammenholdt med avsnittene 93, 98 og 111 som er fremhevet i vedtaket (fotnote 706),

⁹⁶ Vedtaket avsnitt 727, fotnote 796 og avsnitt 987, fotnote 831.

⁹⁷ Sak C-549/10 P, *Tomra*, avsnittene 19–20 og sak C-413/14 P, *Intel*, avsnitt 139.

gir støtte for et generelt prinsipp om at det i misbruksvurderingen kan legges betydelig vekt på det dominerende foretakets intensjoner. De aktuelle avsnittene gjelder vurderingen av det dominerende foretakets forsettlig og sterkt villedende opplysninger fremsatt overfor patentmyndighetene med sikte på å opprettholde foretakets monopolstilling. Etter nemndas vurdering er klanderverdigheten av handlingene i *AstraZeneca* i seg selv så vidt åpenbare, at dommen ikke gir grunnlag for å utlede et prinsipp om at det kan legges betydelig vekt på subjektive intensjoner, løsrevet fra de konkrete handlinger.

- (233) For øvrig taler det mot Konkurransetilsynets tolkning av *AstraZeneca* at EU-domstolen i dommen avsnitt 197 understreket at foretakets *forventninger* om en konkurransebegrensende effekt, ikke ble ansett tilstrekkelig til å bevise at deregistreringen av markedsføringstillatelser hadde slik effekt, i motsetning til det Kommisjonen synes å ha lagt til grunn.
- (234) Konkurransesklagemennda konkluderer etter dette med at rettskildene som er gjennomgått foran, ikke gir grunnlag for å oppstille et generelt rettsprinsipp om at en konkurransebegrensende hensikt eller intensjon kan eller skal tillegges *stor* betydning i misbruksvurderingen.
- (235) Konkurransesklagemennda ser imidlertid ikke bort fra at det kan foreligge tilfeller hvor den relative vekten av slike intensjoner kan eller bør være relativt høy, avhengig av hvilke andre objektive forhold som peker i retning av at atferden har karakter av misbruk. På den annen side er det grunn til å understreke at det ikke kreves påvisning av en konkurransebegrensende intensjon som vilkår for å konstatere misbruk. Atferden vil i seg selv kunne være tilstrekkelig til å konkludere med at det foreligger misbruk, jf. *Tomra* avsnittene 21–22.
- (236) Når det gjelder Telenors anførsel om at Konkurransetilsynets standpunkt er i strid med Høyesteretts rettsanvendelse i Rt-2011-910 (*Tinesaken*), finner Konkurransesklagemennda ikke grunn til å gå nærmere inn på dette, da det uansett ikke har betydning for nemndas avgjørelse, jf. vurderingen i punkt 7.2.
- (237) Konkurransesklagemennda legger etter dette til grunn, som det også er enighet om, jf. bl.a. klagen avsnitt 191, at en konkurransebegrensende intensjon kan være *relevant* i vurderingen av om en atferd er utilbørlig og/eller konkurransebegrensende.⁹⁸ Tilsvarende fremgår av ESAs skriftlige innlegg av 8. mai 2019, avsnitt 10.

8 Misbruksvurderingen

8.1 Oversikt over misbruksvurderingen – flertallets og mindretallets vurderinger og konklusjoner

- (238) Konkurransesklagemennda legger som vist i kapittel 7, til grunn at en handling må være egnet til å begrense konkurransen for å utgjøre et misbruk. Vurderingen av om handlingen er egnet til å begrense konkurransen må gjøres i den relevante rettslige og

⁹⁸ Sak C-549/10 P, *Tomra*, avsnittene 19–21, forente saker T-24/93 flg., *Compagnie Maritime Belge*, avsnittene 148–149, opprettholdt i forente saker C-395/96 P og 396/96 P, avsnittene 119–120, sak C-202/07 P, *France Telecom mot Kommisjonen*, avsnittene 107–113, sak C-209/10 *Post Danmark AS mot Konkurrencerådet (Post Danmark I)*, avsnittene 27–28, sak C-457/10 *AstraZeneca mot Kommisjonen (AstraZeneca)*, avsnittene 93, 98 og 111 og sak C-413/14 P, *Intel Corp. mot Kommisjonen, (Intel)*, avsnitt 139.

økonomiske konteksten. Det er ikke tilstrekkelig at handlingen bare kan ha en teoretisk eller hypotetisk virkning.

- (239) Konkurransklagenemnda har delt seg i et flertall og et mindretall i vurderingen av om Telenors omlegging av prisstrukturen i TA2 utgjorde et ulovlig misbruk av dominerende stilling.
- (240) *Flertallet, medlemmene Lunde og Sand*, har konkludert med at Telenors atferd var egnet til å begrense konkurransen, og utgjorde et ulovlig misbruk av dominerende stilling, slik det er nærmere begrunnet i punktene 8.2–8.10.
- (241) *Mindretallet, medlemmet Gjendemsjø*, har kommet til at det ikke er godtgjort at atferden var egnet til å begrense konkurransen, og at det derfor ikke kan konkluderes med at atferden rammes av forbudet, slik det nærmere fremgår i punkt 8.11.
- (242) Flertallet og mindretallet har i all hovedsak sammenfallende syn på de rettslige utgangspunktene og den utledningen av misbrukskriteriet som fremkommer i kapittel 7. Uenigheten består hovedsakelig i vurderingen av hvordan noen av de ulike omstendighetene var egnet til å påvirke utbyggingsinsentivene. På hvilke av punktene det er henholdsvis sammenfallende vurderinger eller ikke, er redegjort for i mindretallets begrunnelse.
- (243) Flertallet og mindretallet har sammenfallende syn på blant annet alternativsituasjonen som drøftet i punkt 8.2, og betydningen av et tredje nett for konkurransen i punkt 8.3.
- (244) Som det fremgår av punktene 8.4 til 8.10 har Konkurransklagenemndas flertall kommet til at Telenor misbrukte sin dominerende stilling ved inngåelsen av TA2 med Network Norway. Konklusjonen er basert på at prisstrukturen i TA2 var egnet til å redusere lønnsomheten ved utbyggingen av et tredje mobilnett, og at denne lønnsomhetsreduksjonen reduserte Network Norways insentiver til å bygge ut det tredje nettet. Selv om det foreligger andre omstendigheter som gir Network Norway insentiver til å bygge ut nettet, oppveier ikke disse den negative virkningen TA2 har på utbyggingsinsentivene. Flertallet legger til grunn at denne insentivreduksjonen var egnet til å begrense utbyggingen av det tredje mobilnettet, og at dette var egnet til å ha en negativ virkning på konkurransen i grossist- og sluttbrukermarkedet.
- (245) Flertallets vurdering av hvordan TA2, og da særlig prisstrukturen, påvirket Network Norways insentiver til å bygge ut det tredje nettet, er tatt inn i punkt 8.4.1. Flertallet finner at utbyggingsinsentivene ble redusert som en følge av at TA2 reduserte lønnsomheten ved å bygge ut det tredje mobilnettet. Det fremgår videre av punkt 8.4.2 at TA2 etter flertallets vurdering kan ha hatt en umiddelbar positiv effekt på Network Norways konkurransekraft i sluttbrukermarkedet, men at denne ikke er tilstrekkelig til å motvirke den lønnsomhetsreduksjonen som TA2 hadde på utbyggingen.
- (246) Flertallet har i punkt 8.5.2 vurdert hvordan skjevtermineringsregimet påvirket Network Norways utbyggingsinsentiver. Flertallet finner at skjevtermineringsregimet ikke skaper utbyggingsinsentiver i en slik grad at det motvirker og oppveier de negative effektene av TA2.
- (247) I punkt 8.6 drøfter flertallet hvordan eierstrukturen i Mobile Norway og forholdet mellom Network Norway og Tele2 påvirket Network Norways insentiver til å bygge det

tredje nettet, og i hvilken grad dette motvirket den negative effekten TA2 hadde på Network Norways utbyggingsinsentiver. Flertallet har kommet til at det delte eierskapet kun i begrenset grad påvirket Network Norways utbyggingsinsentiver.

- (248) Flertallet drøfter i punkt 8.7 Telenors intensjoner og hvilken betydning disse har for misbruksvurderingen. Flertallet finner at Telenor hadde en intensjon om å begrense Network Norways utbygging av det tredje nettet, for å unngå sterkere konkurranse.
- (249) I lys av Telenors anførsler om at TA2 var utslag av normal/ytelsesbasert konkurranse, jf. punkt 7.2, drøfter flertallet i punkt 8.8 om TA2 med sin todelte prisstruktur var en normal avtale i markedet, og om dette eventuelt har betydning for om TA2 skal anses for å være egnet til å begrense konkurransen eller ikke. Flertallet konkluderer med at dette argumentet ikke rokker ved flertallets vurdering av TA2s egnethet til å begrense konkurransen.
- (250) I punkt 8.9 drøftes betydningen av den etterfølgende faktiske utviklingen – det forhold at det tredje nettet likevel ble bygget ut til tross for reduserte utbyggingsinsentiver. Flertallet har i denne vurderingen kommet til at utbyggingen kan skyldes en rekke andre utenforliggende faktorer, som ikke endrer konklusjonen om at TA2 var egnet til å redusere utbyggingsinsentivene på en måte som var egnet til å begrense konkurransen.
- (251) Til slutt foretar flertallet i punkt 8.10 en samlet vurdering av hvordan de ulike omstendighetene og faktorene påvirket Network Norways insentiver til å bygge det tredje nettet.
- (252) Mindretallets vurderinger er inntatt i punkt 8.11.

8.2 Alternativsituasjonen uten TA2 – kontrafaktisk analyse

- (253) Når Konkurransklagenemnda skal avgjøre om Telenors atferd er konkurransebegrensende, og dermed utgjør et misbruk, må det foretas en kontrafaktisk analyse. Det må legges til grunn en alternativsituasjon, og den aktuelle atferdens potensielle virkning må vurderes mot denne alternativsituasjonen. I de aller fleste tilfeller vil alternativsituasjonen være *status quo*, hvor handlingen eller atferden som vurderes, tenkes bort. Kun i tilfeller hvor et annet konkret alternativ sannsynliggjøres, kan nemnda legge noe annet enn *status quo* til grunn som alternativsituasjon.⁹⁹
- (254) Konkurransetilsynet har under den muntlige høringen anført at det ikke er påkrevd med en nøyaktig fastlegging av alternativsituasjonen. Til støtte for dette er det vist til *National Grid*,¹⁰⁰ avsnittene 53-57. Dommen legger til grunn at det ikke finnes noen regel som krever at en fastlegger en konkret eller nøyaktig alternativsituasjon som skal fungere som en *benchmark* i misbruksvurderingen. Til støtte for dette vises det til saker hvor spesifikke tester utviklet av EU-domstolen har blitt anvendt for å vurdere eventuelle misbruk, uten at disse testene inneholder et krav om en nøyaktig *benchmark*. Videre vises det i *National Grid* til at alternativsituasjonen kan være alt fra en *status quo*-situasjon hvor atferden tenkes bort, til en annen sannsynlig eller realistisk atferd. Vekten av alternativsituasjonen hører inn under rettsanvenderens skjønn.

⁹⁹ Slik også Kommisjonens veiledning avsnitt 21.

¹⁰⁰ *National Grid plc vs. Gas and Electricity Markets Authority (m.fl.)*, Court of Appeal (Civil Division), Case No: C1/2009/1573 [2010], EWCA Civ 114.

- (255) Konkurransklagenemnda er ikke enig i at *National Grid* kan tas til inntekt for at en ikke behøver å vurdere atferden mot en alternativsituasjon. Det som kommer frem i *National Grid* om at en ikke alltid må ha en presis *benchmark*, er for så vidt riktig. Dette fremgår også av noen av testene som er utviklet av EU-domstolen, for eksempel testene for vurdering av eksklusivitetsavtaler og rabatter som misbruk. Dette er ikke det samme som å hevde at en ikke vurderer atferden opp mot en alternativsituasjon. Når en anvender disse testene, vil alternativet normalt være at det ikke er avtalt eksklusivitet eller ikke er avtalt rabatter. Alternativet er altså at en tenker bort handlingen. Dette er så opplagt at en ikke ser noen eksplisitt vurdering av alternativsituasjonen i vedtakene eller dommene.
- (256) Når en, som i vår sak, er utenfor anvendelsesområdet for de etablerte testene, og derfor må vurdere den potensielle virkningen av en konkret atferd eller handling, er det naturlig at spørsmålet om denne handlingen begrenser konkurransen, må vurderes opp mot et alternativt faktum. Denne alternativsituasjonen vil normalt være at en tenker handlingen eller atferden borte.¹⁰¹ For at en annen alternativsituasjon skal legges til grunn, må det være sannsynliggjort. Konkurransklagenemnda finner det ikke nødvendig å ta stilling til om det gjelder et skjerpet beviskrav dersom det skal legges til grunn en alternativsituasjon til skade for foretaket. Dette fordi den alternativsituasjonen som legges til grunn, er *status quo* justert for offentligrettslige reguleringer. Det er også den alternativsituasjonen som er anført av Telenor.
- (257) Telenor og Konkurransetilsynet er uenige om hva som er den mest realistiske alternativsituasjonen. I vedtaket avsnittene 785–787 har Konkurransetilsynet lagt til grunn at Network Norway, uten inngåelsen av TA2, kun ville betalt for trafikk, og at prisene ville ha blitt redusert, sammenlignet med prisene i TA1 slik disse var i august 2010. Det fastsettes ikke noen størrelse på den antatte prisreduksjonen i vedtaket, men det antas at prisen måtte reduseres for at Telenor skulle unngå å komme i en marginskvisituasjon.
- (258) Telenor har i klagen punkt 7.6 og under den muntlige høringen bestridt at Network Norway ville fått en betydelig prisreduksjon uten TA2. Telenor anfører at den realistiske alternativsituasjonen er en videreføring av TA1, justert for de faktorer som påvirket hvor høy pris Telenor kunne ta (heretter kalt «justert TA1»). Disse faktorene er prisutviklingen i ekomstatistikken (som var utgangspunkt for prisjusteringen i TA1) og kravet til ikke-diskriminerende priser. Telenors anførsel om alternativsituasjon er blant annet begrunnet med at styrefremlegget til Telenor, vedlegg 112 til vedtaket, ved inngåelsen av TA2 inneholdt en feil angående fremtidig markedsregulering. Argumentet er at uten inngåelsen av TA2 ville det ikke vært nødvendig å foreta den prisjusteringen som fremkommer av styrefremlegget.
- (259) Uenigheten mellom Konkurransetilsynet og Telenor gjelder i hvilken grad Network Norway uansett ville fått en prisreduksjon, dersom de ikke inngikk TA2. Telenor hevder at det er et alternativ hvor TA2 tenkes bort som må legges til grunn. Det vil si prisene som er avtalt i TA1, med de justeringene som var nødvendige i henhold til markedsreguleringen. Konkurransetilsynet legger til grunn at Network Norway ville fått en prisreduksjon som var større enn dette, basert på blant annet styrefremlegget omtalt i forrige avsnitt. Vedtaket inneholder ikke noe om størrelsen på prisreduksjonen.

¹⁰¹ Slik også Kommisjonens veiledning avsnitt 21.

- (260) Det er uklart hvor stor uenigheten mellom Telenor og Konkurransetilsynet er på dette punktet. Det er ikke urealistisk at partene ville kommet frem til en annen avtale som resultat av forhandlingene, dersom de ikke inngikk TA2, men det er høyst usikkert hvilket innhold en slik avtale ville kunne fått. I mangel av en annen sannsynliggjort alternativsituasjon legger Konkurransklagenemnda til grunn at alternativsituasjonen vil være TA1, justert for marginskvisforbudet og prisreguleringsmekanismen inntatt i avtalen, som anført av Telenor.
- (261) Hvilken alternativsituasjon som legges til grunn har først og fremst betydning for Network Norways konkurransekraft på sluttbrukermarkedet. Telenor anfører at denne ble betydelig styrket som følge av både prisstrukturen og prisreduksjonen i TA2. Konkurransetilsynet hevdet derimot at Network Norway uansett ville fått en prisreduksjon, og at effekten av TA2 på Network Norways konkurransekraft derfor var begrenset. Som nevnt i avsnittet over, legger Konkurransklagenemnda i sin analyse av avtalens potensielle virkninger til grunn en fortsettelse av TA1 med de nødvendige justeringer. Det fremgår av vurderingen nedenfor at selv med en fortsettelse av TA1 med de nødvendige justeringer, er ikke effekten av TA2 på Network Norways konkurransekraft tilstrekkelig til å oppveie for den negative virkningen avtalen har på utbyggingen av det tredje nettet.
- (262) Konkurransklagenemndas flertall har på grunnlag av vurderingene i punktene 8.3 til 8.9 konkludert med at TA2 utgjør et misbruk av en dominerende stilling, basert på Telenors anførte alternativsituasjon. Flertallet anser det ikke nødvendig å undersøke nærmere om det er grunnlag for en annen alternativsituasjon. Begrunnelsen er at en annen alternativsituasjon først og fremst ville innebære en reduksjon av avtalens positive virkning på Network Norways konkurransekraft på sluttbrukermarkedet. En slik redusert positiv virkning ville bare styrket den konkurransebegrensende virkningen av TA2.

8.3 Et tredje netts betydning for konkurransen

- (263) Telenor har i klagen punkt 7.8 anført at Konkurransetilsynets standpunkt om at det tredje nettet ville styrket konkurransen, er svakt begrunnet i vedtaket. Telenor viser også til at Konkurransetilsynet ikke har vurdert om et tredje nett var samfunnsøkonomisk lønnsomt. Videre anfører Telenor at en ikke kan konkludere med at konkurransen ville blitt styrket basert på at et tredje nett ville ført til lavere grensekostnader, all den tid det ikke var planlagt å bygge et landsdekkende nett. Den tredje nettverksoperatøren ville da fortsatt ha behov for en gjestingsavtale. Telenor viser videre til at en operatør i mobilmarkedet ikke kan prise basert på grensekostnader alene, fordi faste kostnader også må dekkes inn. Mobile Norways målsetning var å bygge et nett med 75 prosent befolkningsdekning. Telenor gjør gjeldende at det må etableres hvorfor en forsinket eller begrenset utbygging i forhold til denne målsetningen, begrenset konkurransen.
- (264) Konkurransetilsynets vedtak punkt 11.5.4 er basert på at en ny infrastrukturbasert aktør ville ha ført til en sterkere konkurranse i markedet. Begrunnelsen er at infrastrukturbaserte aktører har lavere grensekostnader enn aktører som kjøper nettilgang. Dette fører til at infrastrukturbaserte aktører kan sette lavere priser for å skaffe seg kunder. Små og nye aktører vil i mindre grad tape inntekter på å sette lav pris, fordi de ikke har mange eksisterende kunder. Store aktører har insentiver til å beskytte egen sluttbrukervirksomhet når de tilbyr tilgang i grossistmarkedet. Vedtaket er videre basert på at flere infrastrukturbaserte aktører bedrer konkurransen på grossistmarkedet,

som igjen kan gi tilgangskjøperne bedre vilkår. Vedtaket viser til at den manglende infrastrukturkonkurransen er en hovedårsak til at markedet er regulert i Norge. Kommisjonen har grepet inn mot foretakssammenslutninger som ville redusert antallet nettoperatører fra fire til tre. Vedtaket viser også til Telenors egne vurderinger av at et tredje mobilnett ville føre til økt konkurranse.

- (265) Konkurranseskilagenemnda har kommet til at et tredje mobilnett fører til økt konkurranse på grossist- og sluttbrukermarkedet. Dette standpunktet har støtte i Kommisjonens praksis i fusjonssaker, hvor Kommisjonen har grepet inn mot foretakssammenslutninger som ville ført til en reduksjon i antall nettverksoperatører fra fire til tre.¹⁰²
- (266) Konkurranseskilagenemnda viser også til BERECs rapport fra 2018 som undersøker virkningene på konkurransen etter fusjoner i Irland, Østerrike og Tyskland.¹⁰³ Rapporten viser til signifikante prisøkninger i alle tre markedene etter at man gikk fra fire til tre MNO-er. Rapporten viser videre at den disiplinerende effekten på konkurransen fra MVNO-er kan ta lang tid å etablere, og ikke alltid er effektiv. Selv om mobilmarkedene i Østerrike, Tyskland eller Irland ikke er identiske med det norske mobilmarkedet, viser rapporten robuste indikasjoner på at infrastrukturkonkurranse har en positiv virkning på prisene i sluttbrukermarkedet i tre markeder som i seg selv er forskjellige. Nemnda anser dette som en god indikasjon på at et tredje nettverk har en positiv virkning på konkurransen.
- (267) Konkurranseskilagenemnda legger videre til grunn at investering i eget nett bidrar til lavere marginalkostnader enn ved leie av kapasitet. Dette følger av at en nettverkseier kan utnytte nyere og mer effektiv teknologi, men ikke minst at en ved gjesting må betale et prispåslag utover nettverkseierens kostnader. Dette standpunktet finner støtte i økonomisk teori, som finner at en operatør som etablerer eget nett vil få økte insentiver til å konkurrere aggressivt, sammenlignet med hva operatøren hadde uten eget nett.¹⁰⁴ På den annen side viser nemnda til at det er stordriftsfordeler i et mobilnettverk, som innebærer at enhetskostnadene faller når volumet øker. Denne effekten kan virke i motsatt retning av kostnadsreduksjonen som følger av etablering av eget nett. LRIC-modelleringer fra Nkom viser imidlertid at stordriftsfordelene kan utnyttes i tilnærmet samme grad av aktører med ulike markedsandeler.¹⁰⁵ Nemnda legger derfor til grunn at stordriftsfordeler ikke er til hinder for at en tredje nettverksoperatør kan bidra til økt konkurranse som følge av kostnadsreduksjoner ved bygging av eget nett.
- (268) Telenor har anført at vedtaket er basert på en feil når det kun tar hensyn til marginalkostnaden. Argumentet om lavere kostnader gjelder imidlertid selv om en ikke kun baserer seg på marginalkostnaden. Dersom den nye nettverksoperatøren ikke kan prise basert på kun marginalkostnaden, kan heller ikke de etablerte nettverkseierne gjøre dette når de tilbyr gjesting. En operatør som gjester vil fortsatt slippe å betale et påslag

¹⁰² Sak COMP/M.7758 – *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*; sak COMP/M.7612 – *Hutchison 3G UK/Telefonica UK*; sak COMP/M.7018 – *Telefonica Deutschland/E-Plus*, sak COMP/M.6992 – *Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland*; sak COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*.

¹⁰³ Body of European Regulators for Electronic Communications BEREC (2018), *Report on Post-Merger Market Developments – Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany*, 15. June 2018.

¹⁰⁴ Hansen, Bjørn (2008). Samfunnsøkonomiske effekter av skjevterminering i marked 15, Telenor R&I, N13/2008. Vedlegg til Telenors klage på Nkom sitt vedtak i Marked 7 av 18. oktober 2010.

¹⁰⁵ Nkom, 16. januar 2014, Analyser av markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett, avsnitt 165.

på nettverkseierens kostnader ved bygging av eget nett, uavhengig av om kostnadene er marginale kostnader eller gjennomsnittskostnader. Konkurransklagenemnda finner derfor at Telenors anførsel ikke kan føre frem.

- (269) Konkurransklagenemnda kan heller ikke tiltre Telenors anførsel om at konkurransen ikke ville blitt styrket fordi det tredje nettet ikke ville bli landsdekkende. Network Norway ville riktig nok vært avhengig av nasjonal gjesting så lenge nettet ikke var landsdekkende. Uavhengig av dette ville lavere kostnader i et bedre utbygget eget nett, koblet sammen med større andel egettrafikk, innebære kostnadsbesparelser. Dette fordi trafikkostnadene i eget nett ville være lavere enn de variable trafikkostnadene ved gjesting. Nemnda finner derfor at behovet for fortsatt gjesting ikke er til hinder for at et nett med 75 prosents befolkningsdekning, kunne gi reduserte trafikkostnader.
- (270) Konkurransklagenemnda legger videre til grunn at de reduserte kostnadene som vil følge av eget nettverk kan føre til lavere priser for sluttbrukerne, og at en nyetablert aktør har større insentiver til å konkurrere hardt på pris. Tapet ved en prisreduksjon for en ny aktør er mindre enn for etablerte aktører med større kundemasse. Små, infrastrukturbaserte aktører har sterkere insentiver til å konkurrere hardere enn større aktører både på grossist- og sluttbrukermarkedet. Mindre nettverksaktører har ikke de samme insentivene til å beskytte egen virksomhet i sluttbrukermarkedet når de tilbyr nettverkstilgang på grossistmarkedet, og opptrer derfor som mer aggressive konkurrenter også i grossistmarkedet. Mindre gjesting innebærer også at Telenors insentiver til å konkurrere for å beholde sluttbrukerne, øker. Når Network Norway/Tele2 uansett kjøper tilgang fra Telenor, kompenseres tap i sluttbrukermarkedet for Telenor med økt gevinst i grossistmarkedet. Telenor måtte derfor forvente reduserte inntekter som følge av Mobile Norways nettutbygging.
- (271) Konkurransklagenemnda legger videre til grunn at den dynamiske siden av konkurransen i mobilmarkedet påvirkes positivt av flere tilbydere med egen infrastruktur. Infrastrukturbasert konkurranse kan stimulere til kostnadsreducerende innovasjon (såkalt prosessinnovasjon) som kan resultere i lavere marginalkostnader. I tillegg kan kontroll over produksjonsplattformen også resultere i innovasjon som gir bedre produkter (såkalt produktinnovasjon). Dette innebærer i så fall dynamiske effektivitetsgevinster av et tredje nettverk som kan komme kundene til gode gjennom økt konkurranse. Flere nett vil innebære økt konkurranse på grossistmarkedet, noe som ytterligere vil bidra til å forsterke konkurransen på sluttbrukermarkedet.
- (272) Konkurransklagenemnda legger derfor til grunn at et tredje nettverk ville øke konkurransen både på grossist- og sluttbrukermarkedet. For misbruksvurderingen er det tilstrekkelig å konstatere at det tredje nettet ville være positivt for konkurransen. Det er derfor ikke nødvendig å vurdere om det tredje nettet også ville være samfunnsøkonomisk lønnsomt, slik Telenor har anført.

8.4 Virkninger av TA2

8.4.1 TA2s påvirkning på lønnsomhet og utbyggingsinsentiv

8.4.1.1 Virkningen av TA2 på utbyggingsinsentivene til Network Norway

- (273) Flertallet har kommet til at TA2 var egnet til å redusere Network Norways lønnsomhet av å bygge ut eget nett, sammenlignet med situasjonen uten TA2. Denne lønnsomhetsreduksjonen reduserte Network Norways insentiver til å bygge ut nettet, og var dermed egnet til å begrense utbyggingen av det tredje mobilnettet. Flertallet har i

punkt 8.3 konkludert med at en hindring eller forsinkelse av utbyggingen av det tredje mobilnettet utgjør en begrensning av konkurransen, og TA2 er dermed – vurdert isolert sett – egnet til å begrense konkurransen. Flertallet skal i det følgende begrunne sine vurderinger.

- (274) TA2 endret hvordan en beregnet prisen Network Norway betalte for gjesting i Telenors nett sammenlignet med TA1. Prisen bestod etter TA2 av to komponenter, hvorav kun én av dem var avhengig av mengden trafikk som gikk i Telenors nett. Som det fremgår av punkt 2.9.3 ovenfor var den andre komponenten, den såkalte SIM-kortavgiften, uavhengig av trafikkmengden. Samlet innebar TA2 en betydelig prisreduksjon for Network Norways gjesting hos Telenor. TA2 innebar en umiddelbar prisreduksjon på [redacted] sammenlignet med TA1.¹⁰⁶ Samtidig var SIM-kortavgiften noe Network Norway måtte betale helt uavhengig av hvor mye trafikk de klarte å flytte over i eget nett. Som flertallet kommer til i fortsettelsen, var TA2 dermed egnet til å redusere Network Norways insentiver til å bygge ut nettet. Besparelsen av å flytte trafikk over i eget nett ble betydelig mindre etter inngåelsen av TA2, sammenlignet med en justert TA1.
- (275) Utbyggingen av det tredje nettet ville føre til at en mindre andel av Network Norways trafikk ville gå i Telenors nett. Utbyggingen vil dermed også redusere Network Norways kostnader til gjesting. Andelen av gjestingskostnadene som ble spart som følge av å flytte trafikk over i eget nett, ble kraftig redusert som følge av endringen av prisstrukturen med overgangen fra TA1 til TA2. SIM-kortavgiften var en pris som måtte betales uavhengig av mengden trafikk som gikk i Telenors nett, og ble således ikke redusert som følge av at trafikken kunne flyttes over til Mobile Norways nett. Endringen illustreres av beregninger som viser at under halvparten av gjestingskostnadene for 2010 ville være trafikkavhengige.¹⁰⁷ Dette reduserer dermed betydelig størrelsen på innsparingen for Network Norway ved å flytte trafikk over i eget nett.
- (276) Denne reduksjonen i hvor mye Network Norway ville spare i gjestingskostnader ved å flytte trafikk over i eget nett, reduserte også lønnsomheten ved å bygge eget nett i vesentlig grad. Dette førte igjen til at prisstrukturen i TA2 hadde som virkning at insentivene til utbygging ble redusert. Når en mobiloperatør skal vurdere å bygge selv eller leie kapasitet, må en vurdere kostnadene ved leie opp mot kostnadene ved egen utbygging. En endring i gjestingskostnadene slik TA2 resulterte i, vil utvetydig påvirke insentivene til å bygge ut eget nettverk i negativ retning. Dette er det von der Fehr omtaler som *substitusjonseffekten* i sin rapport. Det synes ikke være omstridt at denne effekten er tilstede.
- (277) Denne reduksjonen i utbyggingsinsentiv kunne ha ført til både redusert dekningsgrad (befolkningsdekning) og reduksjon i kvaliteten på det tredje nettet.
- (278) Flertallet legger til grunn at trafikklekkasje var et problem for Network Norway/Tele2, slik det fremgår av vedtaket avsnittene 217–218. Utbyggernes hovedfokus var å få mest mulig trafikk over i eget nett, slik det fremgår av vedlegg 18 til vedtaket. Trafikklekkasje betyr at trafikken går i gjestende nett i stedet for i Mobile Norway sitt nett. Med befolkningsdekning på 40–44 prosent var andelen av trafikk som gikk i nettet til Mobile

¹⁰⁶ Saksfremlegg for styret i Telenor Norge, Endring i avtale med Network Norway om Nasjonal Roaming side 2 [vedlegg 112 til vedtaket]. Se også ekstraordinært styremøte i Network Norway torsdag 12. august 2010, Tilleggsavtale 2 til NRA med Telenor, side 4 [Vedlegg 113].

¹⁰⁷ Vedlegg til epost 11. august 2010 fra N til C mfl. [vedlegg 116] NRA prismodell 2010 tabell 6.

Norway ca. 26 prosent. Network Norway anslår at med 75 prosents befolkningsdekning ville andelen trafikk i Mobile Norways nett være på 55 prosent.

- (279) Flertallet oppfatter at årsakene til trafikklekkasjen er flere, som det fremgår av vedlegg 46 til vedtaket. Årsakene er blant annet midlertidig redusert dekningskvalitet i utbygde områder i utbyggingsperioden, håndsett som blir værende for lenge i gjestende nett, og begrenset frekvenstilgang.
- (280) Flertallet legger videre til grunn at Network Norway/Tele2 vurderte avviket mellom andel av trafikk i eget nett og befolkningsdekningen som svært alvorlig (vedlegg 18 til vedtaket). Grunnen var at det reduserte selskapenes muligheter til å utnytte verdien av investeringene i eget nett, og derved redusere kostnadene ved nasjonal gjesting. Spesifikt kan det pekes på at mindre trafikk i eget nett innebærer at man i mindre grad klarer å hente ut stordriftsfordeler, med tilhørende høyere kostnader enn konkurrentene. Selskapene sonderte blant annet mulighetene for å stenge gjesting i enkelte områder, for å begrense trafikklekkasjen.
- (281) Spørsmålet er på denne bakgrunn om TA2 påvirket insentivene til å bygge ut nettet på en annen måte enn i fraværet av TA2. Trafikklekkasje innebærer at en større andel av trafikken uansett går i Telenors nett. Flertallet legger grunn at prisstrukturen i TA2 ga svekkede insentiver for Network Norway til å flytte trafikk over i eget nett, slik det fremkommer i vedtaket avsnitt 813. Alternativsituasjonen med en justert TA1, med høyere trafikkpriser enn i TA2, innebærer at det ville være en større økonomisk belastning for Network Norway å opprettholde stor andel av trafikk i Telenors nett. Besparelsen ved å flytte trafikk over i eget nett under en justert TA1 relativt til under TA2, er i størrelsesorden [redacted]. Det ville således under en justert TA1 være betydelig sterkere insentiver for Network Norway til å investere slik at man begrenser trafikklekkasjene gjennom bedret dekningskvalitet i gitte geografiske områder. Dette kunne gjennomføres uten at det nødvendigvis bedret befolkningsdekningen ved at man tettet «hull» i dekningen til eget nettverk, og bedret kapasiteten på trafikkintensive steder.
- (282) Flertallet har derfor kommet til at TA2, ved å redusere lønnsomheten ved utbyggingen av det tredje nettet, og dermed redusere insentivene for utbygging, var egnet til å hindre, vanskeliggjøre eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet. Som det fremgår av punkt 8.3 innebærer en slik hindring, vanskeliggjøring eller forsinkelse også at atferden er egnet til å begrense konkurransen.

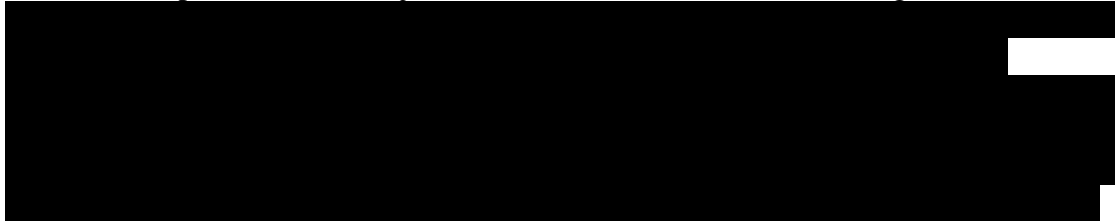
8.4.1.2 Virkningene av TA2 basert på Bs skisse

- (283) Telenor har anført i klagen punkt 7.3.7 at resonnementet om at TA2 er en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen, innebærer at enhver prisreduksjon fra Telenors side ville utgjort en utilbørlig utnyttelse, i og med at enhver prisreduksjon reduserer lønnsomheten av å bygge eget nett. Denne anførselen ble utdypet og illustrert ved bruk av en skisse fremvist av B under den muntlige høringen. Opprinnelsen er en skisse som ble tegnet av B under forklaringsopptak for Konkurransetilsynet.¹⁰⁸
- (284) Flertallet har tatt inn en figur som illustrerer skissen nedenfor. Figuren er noe utvidet sammenlignet med den skissen som ble benyttet av Telenor under den muntlige høringen. Flertallet forstår figuren slik at den illustrerer enhetskostnadene per volum

¹⁰⁸ Forklaringsopptak 11. desember 2013 med H [vedlegg 4 til vedtaket], vedlegg 2 til forklaringsopptaket.

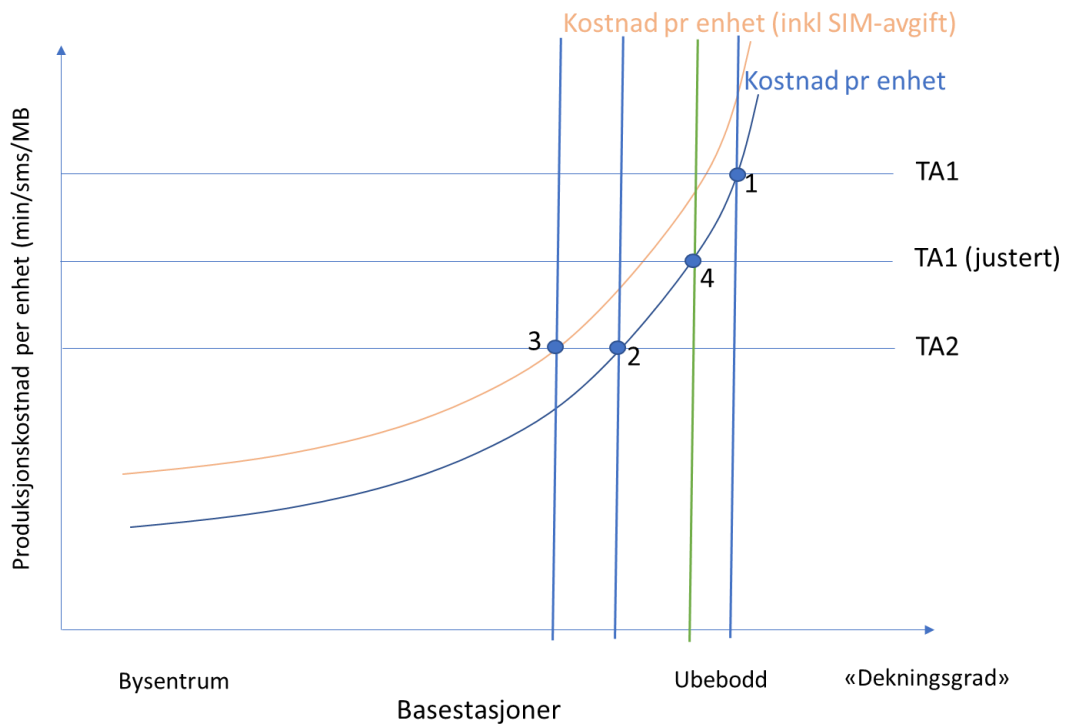
(min/SMS/MB) for ulike nivåer av dekningsgrad. Figuren viser en stigende og konveks kostnad per enhet, og konveksiteten er knyttet til dekningsgrad, i dimensjonen bysentrum-ubebodd. Flertallets forståelse av dette er at kostnaden per basestasjon i seg selv er mer eller mindre konstant. Anslaget vist til i strategidirektør Hs forklaring for Konkurransklagenemnda indikerte ca. 1 million kroner per basestasjon i investeringskostnad. I tillegg tilkommer kostnader knyttet til transmisjon og andre elementer. Med en fast kostnad per basestasjon innebærer dette at med mindre trafikk på de mer perifere basestasjonene, vil enhetskostnaden per enhet trafikk (min/SMS/MB) være høyere på disse enn på basestasjoner med mye trafikk i bysentra.

- (285) I den opprinnelig skissen og i figuren presentert under høringen, var ikke fastpriselementet i TA2 inkludert, noe som innebærer at man utelukkende ser på relative størrelser i den variable kostnaden per enhet trafikk. SIM-kortavgiften er altså ikke tatt med i figuren. Denne avgiften vil, selv om den er variabel per kunde når selskapet ekspanderer, være som en fast kostnad å regne når man skal vurdere kostnad per enhet trafikk på basestasjoner med ulik mengde trafikk.



Figur 1 inntatt nedenfor er en versjon av Hs skisse som også inkluderer eller tar hensyn til SIM-kortavgiften.

Figur 1 Hs skisse



- (286) Den horisontale linjen benevnt TA1 er den opprinnelige avtalen som hadde varighet ut 2012, som utelukkende er basert på trafikk. TA1 (justert) er en illustrasjon av alternativsituasjonen som Konkurransklagenemnda har lagt til grunn, og som er TA1

med reduserte trafikkpriser, se punkt 8.2 ovenfor. TA2 er prisstrukturen i avtalen som ble inngått i august 2010 mellom Network Norway og Telenor.

- (287) I figuren presentert av Telenor under høringen beskrives den vertikale differansen mellom den horisontale prislinsen (TA1 eller TA2) og kostnadskurven som utbyggingsinsentivet for Network Norway. Telenors bruk av figuren er ment å illustrere at enhver prisreduksjon fra Telenors side vil flytte den vertikale linjen mot venstre, og at enhver prisreduksjon dermed innebærer en reduksjon av lønnsomheten for Network Norway ved utbygging av sitt eget nett. Som nevnt ovenfor er Telenors argument at det ikke kan være slik at enhver prisreduksjon utgjør et misbruk, og videre at vedtaket ikke konkretiserer hva det er ved TA2 som begrunner at denne avtalen utgjør et misbruk.
- (288) Flertallet har, for å illustrere virkningen av TA2, tatt utgangspunkt i figuren presentert av Telenor i høringen, og lagt til SIM-kortavgiften. Når en skal vurdere Network Norways kostnader ved utbygging, er SIM-kortavgiften en fast kostnad som kommer i tillegg til Network Norways faste kostnader knyttet til utbygging, siden den ikke kan elimineres selv om all trafikk flyttes over i eget nett. Dette er med andre ord en ekstra kostnad for Network Norway, uavhengig av trafikkvolum. Resultatet av SIM-kortavgiften er at kostnadskurven forskyves oppover, og kostnadene per enhet vil ligge over den opprinnelige kostnadskurven, ettersom høyere faste kostnader fordeles på samme volum. Uavhengig av hvor mange basestasjoner Network Norway hadde bygget ut, ville denne delen av gjestingskostnaden påløpt uansett.
- (289) I figuren ville den opprinnelige tilpasningen av Network Norways utbygging vært i punkt 1 i figuren. Dette punktet illustrerer når videre utbygging ville blitt ulønnsomt. Det ville vært lønnsomt å bygge opp til det antallet basestasjoner som er gitt ved den vertikale linjen gjennom dette punktet. Med innføringen av TA2 ble trafikkprisene redusert betydelig, samt at det tilkom en kostnad knyttet til antall aktive SIM-kort. Denne endringen innebærer to effekter. Den ene, knyttet utelukkende til redusert variabel pris, flytter tilpasningen fra punkt 1 til punkt 2, noe som reduserer utbyggingsinsentivene. Effekten av SIM-kortavgiften kommer i tillegg til dette, som følge av at kostnadene per enhet trafikk øker på grunn av SIM-kortavgiften. Dette gir en tilleggseffekt som ytterligere reduserer insentivene til utbygging fra punkt 2 til punkt 3 i figuren. Tilpasningen til alternativsituasjonen med justert TA1 ville vært en reduksjon i utbyggingsinsentivene fra punkt 1 til punkt 4.
- (290) Telenors argument ved bruk av denne skissen er som nevnt ovenfor, at enhver reduksjon av gjestingskostnaden vil redusere besparelsen ved å bygge eget nett for så å flytte trafikk over i dette nettet. Som en konsekvens av det vil enhver prisreduksjon fra Telenors side innebære en reduksjon i lønnsomheten ved å bygge ut eget nett. Telenor anfører videre at ikke enhver prisreduksjon ville blitt vurdert som et misbruk. Ettersom TA2 ikke har noen annen virkning enn det en annen prisreduksjon ville hatt, kan ikke TA2 utgjøre et misbruk.
- (291) Flertallet er enig i at ikke enhver prisreduksjon er et misbruk. Etter flertallets syn viser imidlertid Figur 1 at det er en forskjell på at en kun reduserer de variable kostnadene, og at en innfører en trafikkavhengig pris per SIM-kort. SIM-kortavgiften er en betaling som Network Norway ikke kan redusere gjennom utbygging av eget nett. Den reduserte variable prisen ville Network Norway alltid kunne unngå å måtte betale, dersom de lyktes med å flytte trafikk over i eget nett. Sagt på en annen måte vil enhver utbygging som fører til at trafikk flyttes fra Telenor sitt nett over i Mobile Norway sitt nett, medføre

en reduksjon i gjestingskostnaden. Dette er ikke tilfelle for SIM-kortavgiften. Flertallet legger derfor til grunn at det er en forskjell på hvordan SIM-kortavgiften påvirket utbyggingsinsentivene, sammenlignet med at man kun reduserte den trafikkavhengige prisen. Flertallet bemerker i denne forbindelse at denne vurderingen ikke kan ses å innebære at det oppstilles en plikt til å velge en prisstruktur som optimaliserer utbyggingsinsentivene, slik det hevdes i Hjelmengs betenkning.

- (292) Når det gjelder spørsmålet ved hvilken utbyggingsgrad gjesting blir mer lønnsomt enn utbygging, eller hvor skjæringspunktet vil være, viser flertallet til interne vurderinger hos Telenor som anslår at skjæringspunktet ligger et sted mellom 40 og 50 prosent befolkningsdekning (vedtaket avsnitt 759 og 931, vedlegg 110 til vedtaket). Flertallet finner det utover dette ikke påkrevd å ta stilling det nøyaktige skjæringspunktet mellom lønnsom og ulønnsom utbygging.

8.4.1.3 Oppsummering

- (293) Flertallet har som det fremgår ovenfor kommet til at prisstrukturen i TA2 var egnet til å redusere Network Norways insentiver til å bygge ut eget nett. Dette følger først og fremst av at besparelsen ved å bygge ut nettet, for dermed å kunne flytte trafikk over i eget nett, ble vesentlig redusert som følge av SIM-kortavgiften. SIM-kortavgiften var trafikkavhengig, og Network Norway kunne dermed ikke bli kvitt denne ved å flytte trafikk over i eget nett. Denne avgiften utgjorde også en vesentlig del av Network Norways gjestingskostnader.
- (294) Flertallet deler ikke Telenors synspunkt om at denne vurderingen i realiteten innebærer at enhver prisreduksjon vil utgjøre et misbruk av en dominerende stilling. En ren prisreduksjon på de trafikkavhengige prisene, ville ikke forhindre at Network Norway kunne redusere kostnadene ytterligere gjennom å flytte trafikken over i eget nett. SIM-kortavgiften var derimot til hinder for dette, og utgjorde også en betydelig del av Network Norways gjestingskostnader.

8.4.2 Virkningen av TA2 på Network Norways konkurransevne i sluttbrukermarkedet

8.4.2.1 Innledning

- (295) Flertallet deler Telenors oppfatning av at TA2 potensielt kan ha virkninger på konkurransen i to henseender. Det første er hvordan virkningen av TA2 på Network Norways konkurransevne påvirket insentivene til å investere i eget nett. Den andre er knyttet til hvordan konkurransen i grossist- og sluttbrukermarkedet påvirkes direkte av TA2. Dette er to ulike vurderinger og vil behandles hver for seg. Den første påståtte virkningen er relatert til utbyggingsinsentivene og blir behandlet her. Den andre positive virkningen av økt konkurransekraft på sluttbrukermarkedet vurderes som en effektivitets- og rettferdiggjøringsgrunn i kapittel 9.

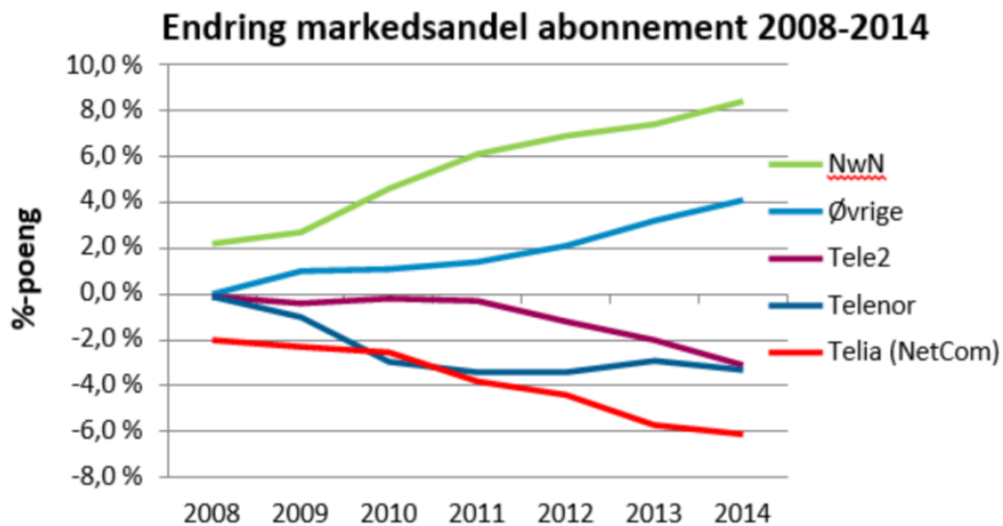
8.4.2.2 Telenors og Konkurransetilsynets anførsler

- (296) Telenor anfører i klagen punkt 7.4.3 at TA2 ga Network Norway en betydelig økt konkurransestyrke, og at dette underbygges av utviklingen i markedet etter inngåelsen av TA2. Telenor viser til at Network Norways insentiver til å konkurrere på sluttbrukermarkedet ble styrket, og at dette ble utnyttet til å øke selskapets trafikkvolum, kundevolum og markedsandeler. TA2 reduserte prisene på data betydelig, og dataforbruket økte med 850 prosent i løpet av avtaleperioden. Det vises i klagen også til hvordan Network Norway forbedret abonnementspakkene. Telenor gjør videre gjeldende at Network Norway hadde en stor økning i sine markedsandeler, og at

Network Norways utvikling var helt annerledes enn for Tele2 som de bygde nett sammen med, og som ikke hadde den samme prisstrukturen. Network Norway økte sine markedsandeler med 4 prosentpoeng, samtidig som Tele2s markedsandel ble redusert med 2 prosentpoeng.

- (297) Dette illustreres i Telenors klage med følgende figur som viser endringer i markedsandeler over tid (målt i prosentpoeng):

Figur 2 Endring i markedsandel abonnement 2008-2014.¹⁰⁹



- (298) Telenor viser også til von der Fehrs rapport, som argumenterer for at TA2 gjorde det mulig for Network Norway å tilby nye og forbedrede pakker i sluttbrukermarkedet. Det fremheves også at netto utporteringer (leverandørskifte) fra Telenor til Network Norway var mye høyere enn til Telia.
- (299) Konkurransetilsynet legger i vedtaket punkt 11.7.2 til grunn at dersom TA2 skulle ha den effekten på Network Norways utbyggingsinsentiver som Telenor hevder, måtte den positive effekten på konkurranseevnen og påfølgende volumøkning være så stor at den motvirker den negative effekten på utbyggingsinsentivene. Vedtaket avviser Telenors anførsler hovedsakelig på to grunnlag. For det første at Telenor har vurdert SIM-kortavgiften som en fast kostnad. For det andre at Telenor skal ha sammenlignet med feil alternativsituasjon når det sammenlignes med TA1. Vedtaket er videre basert på at TA2 på grunn av SIM-kortavgiften kun økte Network Norways konkurranseevne overfor høyvolumkunder, og at det ikke kan påvises noen umiddelbare skift i Network Norways volum eller markedsandeler i etterkant av inngåelsen av TA2.

8.4.2.3 Flertallets vurdering av TA2s virkning på Network Norways konkurransekraft i sluttbrukermarkedet

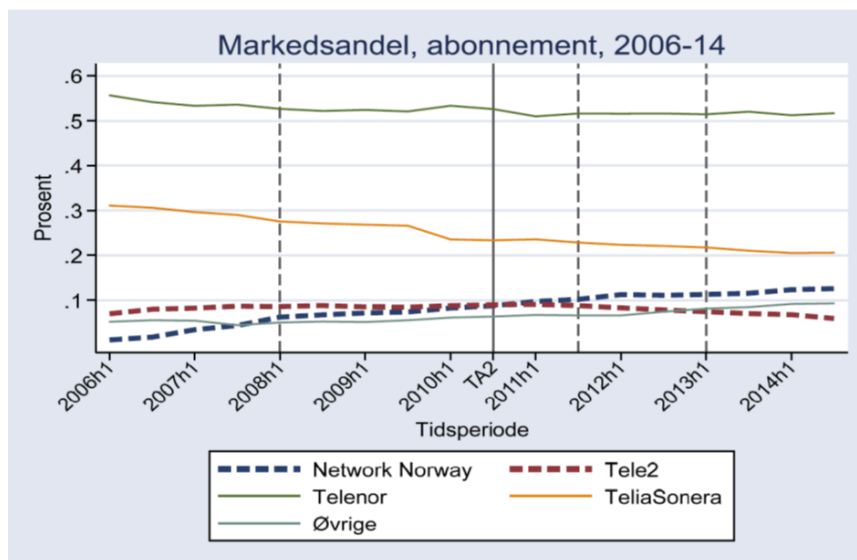
- (300) Flertallet har kommet til at TA2 var egnet til å ha en positiv virkning på Network Norways evne til å konkurrere på sluttbrukermarkedet. Denne forbedringen av Network Norways konkurransekraft var egnet til å øke Network Norway sitt volum, som igjen kunne ha en positiv effekt på utbyggingsinsentivene. Flertallet har imidlertid kommet

¹⁰⁹ Kilde: Ekomstatistikken.

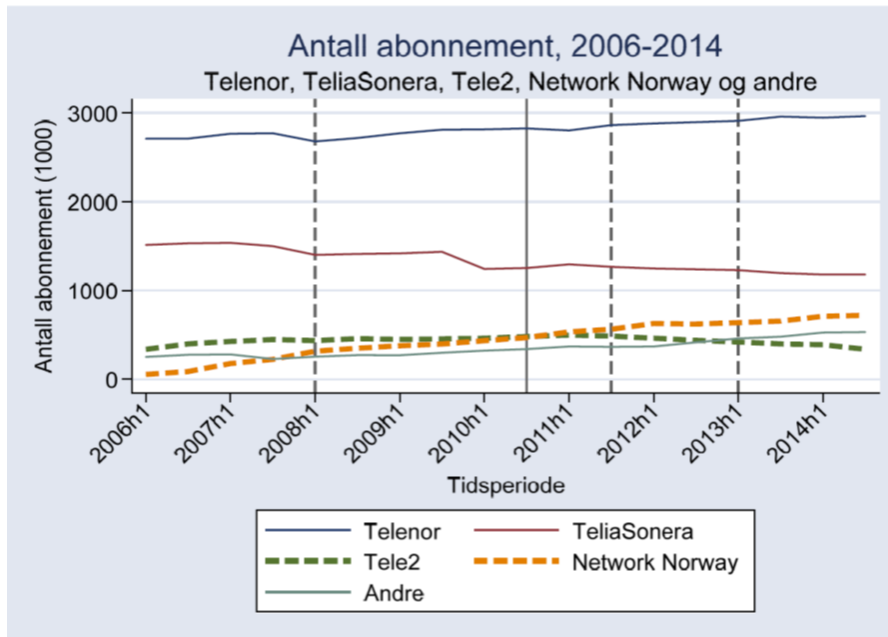
til at en slik volumøkning uansett ikke oppveier den negative effekten SIM-kortavgiften har på Network Norways utbyggingsinsentiver.

- (301) Flertallet drøfter først Telenors anførsler om at den faktiske utviklingen i sluttbrukermarkedet viser at Network Norway fikk en betydelig forbedring av sin konkurransevne som følge av TA2. Deretter vil flertallet vurdere om TA2 var egnet til å forbedre Network Norways konkurransevne.
- (302) Flertallet deler ikke Telenors oppfatning av markedsutviklingen som selskapet utleder fra Figur 2. Når det gjelder økningen i markedsandeler som Telenor viser til, er det ikke slik at Network Norway får en markert større vekst i markedsandeler etter inngåelsen av TA2. Ekomstatistikken som Konkurransetilsynet har lagt frem, viser at Network Norway har en jevn økning i antall abonnenter både før og etter inngåelsen av TA2. Det samme er tilfelle for økningen i markedsandeler. Selv om Network Norway hadde en stor økning i markedsandeler etter inngåelsen av TA2, er dette imidlertid en fortsettelse av en trend som også var til stede før inngåelsen av TA2.

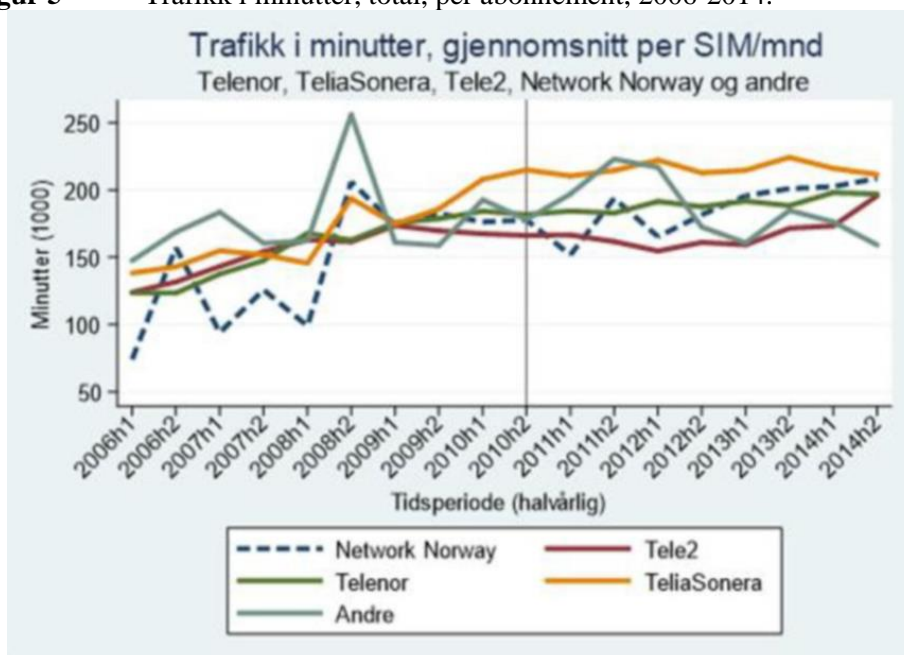
Figur 3 Markedsandeler basert på antall abonnement i perioden første halvår 2006 til første halvår 2014



Figur 4 Utvikling i antall abonnenter.



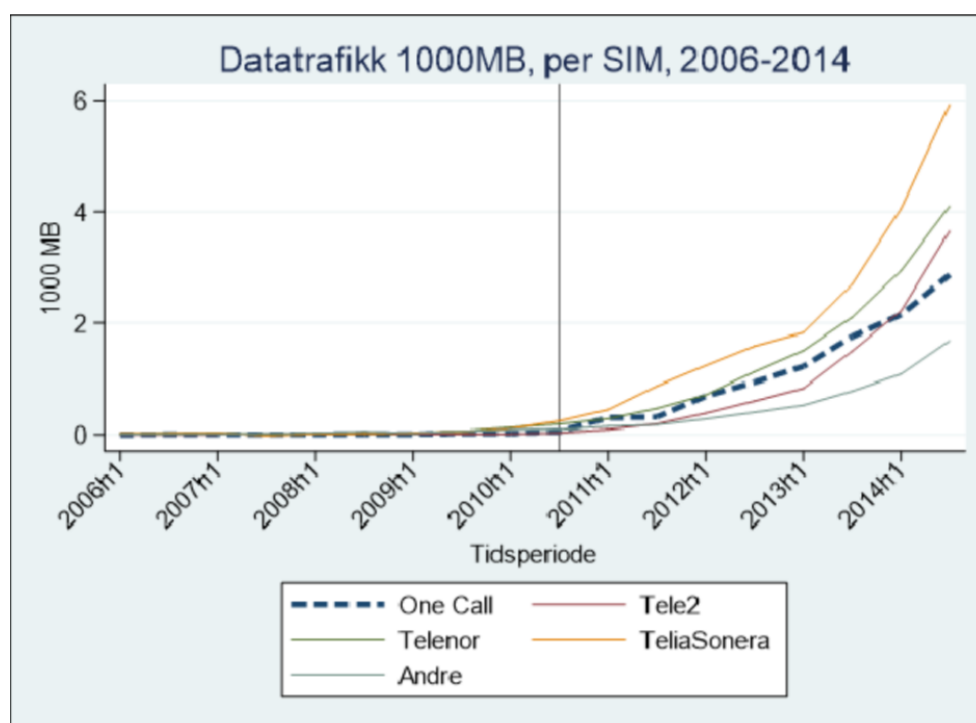
Figur 5 Trafikk i minutter, total, per abonnement, 2006-2014.



(303) Fra disse tre figurene er det lite eller ingenting som tyder på et merkbart skift i veksttaket til Network Norway, verken i markedsandel, antall abonnenter eller på trafikk i minutter per abonnement. Flertallet bemerker imidlertid at det manglende skiftet kan skyldes at konkurrentene møtte Network Norways aggressive atferd i markedet gjennom selv å tilby lavere priser.

- (304) Når det gjelder Telenors henvisning til porteringsdata, viser denne statistikken at Telenor mistet flere kunder til Network Norway enn hva de gjorde til en annen konkurrent, nemlig NetCom. Ettersom Network Norway på dette tidspunktet vokste, og Telia hadde ganske stabile markedsandeler, er ikke dette særlig overraskende.
- (305) Med hensyn til Telenors henvisning til Network Norways vekst i markedsandeler som illustreres i Figur 2, gir heller ikke denne et overraskende bilde all den tid Network Norway var et selskap i vekst som naturlig nok tok markedsandeler fra andre aktører. Endringene i markedsandeler for en liten aktør vil naturlig være større relativt til endringene i markedsandeler for store aktører i slike vekstfaser. Videre synes figuren å vise at denne veksten heller avtok etter 2010, noe som strider mot Telenors argument om den umiddelbare konkurransemessige effekten av TA2.
- (306) Når det gjelder Telenors anførsel om at veksten i datatrafikk hos Network Norway var betydelig høyere enn resten av markedet, viser flertallet til at dette ikke nødvendigvis gir et riktig inntrykk av de faktiske forhold. Telenor viser blant annet til at økningen i datatrafikk generelt er på 850 prosent i perioden 2009 til 2014, mens økningen i datatrafikk per SIM-kort hos Network Norways kunder var på 1500 prosent i Telenors nett (klagen avsnitt 527). Statistikk fra Nkom presentert av Konkurransetilsynet under høringen viser den aggregerte utviklingen i datatrafikk for alle aktører, og viser at Network Norway ikke utmerker seg med spesielt sterk vekst:

Figur 6 Datautvikling alle aktører.¹¹⁰



- (307) Etter flertallets vurdering viser den eksisterende statistikken at Network Norway, etter TA2, var i stand til å fortsette å konkurrere effektivt og vokse, men ikke at det forekommer en markant endring sammenlignet med situasjonen før TA2.

¹¹⁰ Kilde: Nkom

- (308) Selv om flertallet ikke deler Telenors vurdering av statistikken, har flertallet kommet til at TA2 var egnet til å ha en positiv virkning på Network Norways konkurransevne på sluttbrukermarkedet. Flertallet legger til grunn at omleggingen gjorde det mulig å tilby andre abonnementspakker hvor mer volum av tale, SMS og data ble inkludert i pakkene. Dette kan ha økt Network Norways evne til å konkurrere i sluttbrukermarkedet. TA2 førte til at Network Norway kunne sette ned prisene på trafikk. Dette viser likevel ikke det totale bildet av Network Norways evne til å konkurrere. Reduksjonen i trafikkprisene i TA2 ble koblet sammen med en fast avgift per aktive SIM-kort, og da er det ikke utelukkende trafikkprisene som gir uttrykk for lønnsomheten av å konkurrere om nye kunder. Flertallet har kommet til at SIM-kortavgiften er en relevant kostnad når Network Norway vurderte lønnsomheten av å konkurrere om nye kunder. SIM-kortavgiften vil da virke i motsatt retning av de reduserte trafikkprisene.
- (309) Rapporten til von der Fehr viser hvordan TA2 muliggjorde abonnementspakker som inkluderte mye høyere trafikkvolum enn det Network Norway kunne tilby før inngåelsen av TA2.¹¹¹ I vedtaket tilbakevises denne virkningen fordi Network Norway, etter Konkurransetilsynets vurdering, uansett ville fått en reduksjon i gjestingskostnaden. Som det fremgår av punkt 8.2 ovenfor, legger flertallet som alternativsituasjon til grunn en TA1 med de nødvendige justeringer som følger av markedsreguleringen («justert TA1»). Med et slikt utgangspunkt er flertallet langt på vei enig i von der Fehrs analyser, selv om en justert TA1 ville gitt noe lavere gjestingskostnader sammenlignet med opprinnelig TA1 som rapporten bygger på.
- (310) På denne bakgrunn legger flertallet til grunn at TA2 førte til en forbedring av Network Norways evne til å konkurrere på sluttbrukermarkedet, men som det vil fremgå av vurderingene nedenfor, oppveiet ikke dette den negative effekten på utbyggingsinsentivene som følger av SIM-kortavgiften.

8.4.2.4 *Flertallets vurdering av den økte konkurransekraftens påvirkning på utbyggingsinsentivene*

- (311) Network Norways økte konkurransekraft var egnet til å øke kundevolumet i sluttbrukermarkedet. Volumøkningen ville igjen ha en positiv virkning på utbyggingsinsentivene, ettersom høyere volum tilsier høyere innsparing ved å flytte en større andel av trafikken over i eget nett. Dette er det som omtales som volum- eller skalaeffekten, og er omtalt i både rapporten til von der Fehr og rapporten til Moen og Riis.
- (312) Volum- eller skalaeffekten virker i motsatt retning av substitusjonseffekten, som er den negative effekten SIM-kortavgiften har på utbyggingsinsentivene som flertallet har gjort rede for i punkt 8.4.1 ovenfor. Forholdet mellom den trafikkavhengige komponenten og SIM-kortavgiften innebærer likevel at innsparingen ved å flytte trafikken over i eget nett blir lav, selv ved en volumøkning i sluttbrukermarkedet. Rapporten til Moen og Riis, som flertallet finner må tillegges betydelig vekt, viser at for at volumeffekten skal dominere substitusjonseffekten, må en ha en kombinasjon av høy variabel pris og lav befolkningsdekning. Dette innebærer imidlertid at den variable gjestingsprisen må være høyere enn monopolprisen, for at volumeffekten skal være større enn substitusjonseffekten. Etter flertallets vurdering er det ikke rimelig å legge til grunn at Telenor ville satt prisen høyere enn det som maksimerer egen inntjening.

¹¹¹ von der Fehrs rapport, side 5 og 6.

- (313) Flertallet har på dette grunnlaget kommet til at selv om TA2 skulle ha ført til at Network Norway fikk en økt konkurransekraft på sluttbrukermarkedet, og at dette er egnet til å øke Network Norway sitt kundevolum, vil ikke den positive effekten kunne oppveie den negative effekten som SIM-kortavgiften har på utbyggingsinsentivene.

8.5 Markedsreguleringen og skjevtermineringen

8.5.1 Innledning

- (314) Den neste omstendigheten som må vurderes er reguleringen av de aktuelle markedene. En nærmere beskrivelse av hvordan mobiltelefonmarkedet i Norge er regulert, er tatt inn i punkt 2.7 ovenfor. Det er først og fremst reguleringen av Marked 7 som er relevant for misbruksvurderingen. Reguleringen av Marked 7 fastsatte tak på de termineringspriser de ulike operatørene kunne ta for terminering av samtaler gjennom sine kjernenett. De regulerte pristakene var ulike for ulike operatører, og Network Norway og Tele2 hadde, som eiere av Mobile Norway, et høyere tak på termineringsprisene enn øvrige operatører, i tiden før og etter inngåelsen av TA2. Også MVNO-er som ikke bygget egne nett ble tilgodesett med høyere tak på termineringsprisene, men med noe lavere priser enn Network Norway og Tele2 som bygget eget nett. Det er denne adgangen til å ta høyere termineringspriser som omtales som skjevterminering. Formålet med skjevtermineringen var å finansiere og skape insentiver for utbyggingen av det tredje mobilnettet.
- (315) Telenor anfører i klagen punkt 7.7.6 at skjevtermineringen skapte insentiver for Network Norway til å bygge ut det tredje mobilnettet. For det første viser Telenor til at utbyggingen av nettet var fullfinansiert gjennom skjevtermineringen. Utbyggingen var derfor uansett lønnsom, og TA2 endret ikke på dette. Videre anføres det at selv om en legger til grunn at TA2 reduserte eller motvirket utbyggingsinsentivene, ville en forsinkelse eller begrensning av utbyggingen av nettet medføre en betydelig risiko for tap av fremtidige skjevtermineringsinntekter, og krav om tilbakebetaling av allerede mottatt skjevterminering. Telenor har også anført at det ikke kan legges vekt på hva Telenor tenkte om skjevtermineringen, slik Konkurransetilsynet ifølge Telenor har gjort, ettersom misbruksvurderingen er en objektiv vurdering. Til slutt har Telenor anført at Konkurransetilsynets vurdering av at det er vanskelig for myndighetene å oppdage, og dermed å sanksjonere, avvik fra utbyggingsplanen, er basert på ren synsing.
- (316) Konkurransetilsynet har i vedtaket punkt 11.5.3 og i Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 170 flg. lagt vekt på at styringsmålet om et tredje nett med 75 prosent befolkningsdekning ikke var juridisk bindende, og at skjevtermineringen derfor ikke motvirket insentivvirkningen som fulgte av TA2. På tross av at myndighetene kunne endre skjevtermineringen ved manglende utbygging, ville dette være vanskelig å få til på grunn av asymmetrisk informasjon om årsaken til forsinkelsen. Det vises videre til at de forsinkelsene som faktisk forekom, ikke fikk noen konsekvenser for skjevtermineringen. Den manglende insentivvirkningen av skjevtermineringsregimet er videre begrunnet i at den uansett ikke skapte insentiver for utbygging utover 75 prosent befolkningsdekning, eller andre investeringer i nettet som ville øke nettets kvalitet eller dekning. Under den muntlige høringen ble det lagt til at selv om skjevtermineringen skapte insentiver til å bygge nett, ble disse insentivene motvirket av TA2, og at det ikke er nødvendig å kvantifisere de ulike motstående insentivvirkningene for å konkludere med at det foreligger et misbruk. Konkurransetilsynet har også vist til at på tidspunktet for inngåelsen av TA2 var det planlagt at skjevtermineringen skulle avvikles sommeren 2012. Det har også blitt anført fra Konkurransetilsynet at Telenors egen vurdering var at

skjevtermineringen ikke motvirket TA2 sin innvirkning på insentivene for å bygge nettet.

8.5.2 Flertallets vurdering

8.5.2.1 Innledning

(317) Flertallet har kommet til at skjevtermineringen gir insentiver til å bygge nett, men kun i begrenset grad. Flertallet legger til at skjevtermineringen ikke endres ved overgang fra TA1 til TA2. Selv om skjevtermineringen i utgangspunktet har til formål å insentivere nettutbygging, så førte TA2 etter flertallets vurdering til en betydelig reduksjon av insentivene til å bygge. Flertallet legger også til grunn at skjevtermineringen primært synes å gi insentiver til å øke kundemassen heller enn utbygging av nett. Flertallet vil i det følgende begrunne sine vurderinger.

8.5.2.2 Insentivvirkninger av skjevtermineringen

(318) Flertallet har vurdert i hvilken grad skjevtermineringen påvirket insentivene til å bygge nett. Et viktig moment for å forstå hvordan skjevtermineringen kan påvirke utbyggingsinsentivene, er at inntektene fra termineringen går til Network Norway, og ikke til Mobile Norway, som er det selskapet som bygger nettet. Network Norway står dermed i prinsippet fritt til å benytte disse inntektene til de formål de finner mest lønnsomme. Flertallet viser videre til at merinntektene ikke er direkte koblet til Network Norways investeringer i nettet. Termineringsinntektene genereres av betaling fra andre aktører til Network Norway, og er drevet av antall kunder hos Network Norway, eller mer bestemt hvor mange samtaleminutter som termineres i Network Norways kjernenett. Da er det rimelig å legge til grunn at jo større kundebase Network Norway har, desto mer trafikk termineres i Network Norways nett, og desto høyere termineringsinntekter. Det er de andre selskapene, enten operatører av fastnett eller mobilnett, som bidrar til merinntektene gjennom å betale en høyere termineringspris til Network Norway. Network Norways inntekt fra terminering er uavhengig av om kundene gjester i Telenors nett eller bruker eget nett. På denne bakgrunnen fremstår skjevtermineringen i større grad som et insentiv til å skaffe flere kunder enn til å bygge nett, ettersom det er kundemassen, og ikke befolkningsdekningen i eget nett, som påvirker termineringsinntektene.

(319) Flertallet viser også til at Telenor i klage overfor Nkom anførte at skjevtermineringen ikke skapte tilstrekkelige insentiver til å bygge ut nettet, og at termineringsfordelen i alle fall delvis ble brukt til å forbedre konkurransekraften i sluttbrukermarkedet.¹¹² I klagen viser Telenor til at det på bakgrunn av de prisene som tilbys i sluttbrukermarkedet, må foreligge en krysssubsidierting fra termineringsinntektene til sluttbrukermarkedet.

(320) Videre er det for en aktør med nasjonal gjestingsavtale med Telenor slik at en i prinsippet kan tilby kundene akkurat den samme kvaliteten som det Telenor kan tilby sine kunder. Så lenge det foreligger en avtale om nasjonal gjesting, vil ikke investeringer i eget nett føre til noen betydelig kvalitetsforbedring av det produktet en tilbyr sine kunder. Investeringer i eget nett vil derfor ikke lede til kvalitetsforbedringer som fører

¹¹² Telenors klage av 18. oktober 2010 på Nkoms vedtak i Marked 7 datert 27. september 2010, Vedlegg 36 til vedtaket, side 3,5 og 6.

til flere kunder, slik at skjevtermineringen heller ikke vil ha en slik indirekte effekt på insentivene til å bygge nett.

- (321) Flertallet har etter dette kommet til at skjevtermineringen ikke i seg selv skaper insentiver til å investere i utbyggingen av nettet, men at den først og fremst skaper insentiver til å øke kundemassen.

8.5.2.3 Risiko for tilbakebetaling og fremtidig bortfall av skjevtermineringsinntekter

- (322) Flertallet legger til grunn at skjevtermineringen som sådan ikke utgjorde en rettslig forpliktelse til å bygge et mobilnett med en bestemt grad av befolkningsdekning. Det betyr imidlertid ikke at manglende utbygging ikke ville få noen konsekvenser overhodet. Flertallet finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Nkom kunne endre reguleringen av termineringsprisene med virkning fremover i tid, også for gjenværende periode av allerede fattet vedtak, blant annet på grunnlag av klagevedtakene fra Samferdselsdepartementet i 2009.¹¹³ Det samme fremkommer også av brev fra Nkom med svar på pålegg om å gi opplysninger til Konkurransetilsynet.¹¹⁴
- (323) Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt til grunn at trusselen om endring av skjevtermineringen ikke er særlig stor, ettersom prosessen med å endre reguleringen er tidkrevende, i tillegg til at det er informasjonsasymmetri om årsaken til en forsinkelse i utbyggingen. Telenor har anført at denne vurderingen er basert på synsing.
- (324) Flertallet bemerker at risikoen for endring omfatter to forhold; for det første risikoen for tilbakebetaling av merinntekter fra skjevtermineringen, og for det andre risikoen for tap av fremtidige skjevtermineringsinntekter, og drøfter disse i det følgende.
- (325) Flertallet konstaterer at utbyggingen var forsinket, og at utbyggingsplanene ble revidert, uten at dette har fått konsekvenser for skjevtermineringen, og at i alle fall deler av forsinkelsene i utbyggingen hadde sin årsak i andre forhold enn manglende vilje og evne til utbygging. Samferdselsdepartementet ga i forbindelse med sitt klagevedtak i 2009 uttrykk for at departementet var klar over forsinkelsene, men konkluderte med at både Network Norway og Tele2 hadde både vilje og evne til å bygge nett. Dette standpunktet kan innebære en bekreftelse på at det er informasjonsasymmetri om årsaken til forsinkelsen, men det kan også skyldes at forsinkelsen rent faktisk er forårsaket av andre forhold enn manglende evne og vilje til å bygge ut.
- (326) Det første spørsmålet er hvorvidt Network Norway risikerte krav om tilbakebetaling av mottatt merinntekt fra terminering dersom de ikke bygde ut nettet etter planen. Myndighetene hadde ikke selv noen mulighet til å kreve tilbakebetaling av eller å inndrive mottatt merinntekt fra asymmetrifordelen.¹¹⁵ Flertallet finner det usikkert om foretakene har rettslig adgang til å kreve tilbakebetalt det de har betalt i forhøyet termineringspris, ettersom termineringsprisen tross alt er lovlig fastsatt i tråd med den da gjeldende markedsreguleringen. Dette gjør det usikkert om konkurrenter vil ha grunnlag for å kunne vinne frem med tilbakesøkningskrav eller erstatningskrav. Flertallet legger etter dette til grunn at en risiko for eventuell tilbakesøknning av

¹¹³ Samferdselsdepartementet, marked 7, brev om klagevedtak til Network Norway 19. mai 2009, vedlegg 14 til vedtaket, punkt 3.13.3 side 28. Samferdselsdepartementet, marked 7, brev om klagevedtak til Tele2 19. mai 2009 (vedlegg 15), punkt 3.12.3, side 28-29.

¹¹⁴ Vedlegg 16 til vedtaket, Brev fra Nkom til Konkurransetilsynet datert 13. mai 2015 side 1, spørsmål 1.

¹¹⁵ Brev fra Nkom til Konkurransetilsynet datert 13. mai 2015, side 1, spm 1.

forhøyede termineringsinntekter må anses å ha vært liten, og ga derfor ikke insentiver til å bygge ut nettet.

- (327) Det andre spørsmålet er i hvilken grad risikoen for å miste fremtidig skjevterminering påvirket insentivene til å bygge ut nettet. I denne vurderingen vil manglende merinntekter i fremtiden være en alternativkostnad ved manglende utbygging. Nkom sitt vedtak i september 2010 om forlengelse av skjevtermineringen la til grunn en total merinntekt fremover på 580 millioner kroner.¹¹⁶ Dette vedtaket forelå imidlertid ikke på tidspunktet for inngåelsen av TA2. På dette tidspunktet forelå det bare et varsel fra Nkom som innebar at det kun var 80 millioner kroner som fortsatt skulle dekkes inn.¹¹⁷ I tiden fra varselet i mars 2010 om reduksjon og utfasing av skjevtermineringsordningen og frem til tidspunktet for inngåelsen av TA2 hadde det imidlertid vært en høringsrunde. Hva Network Norway og Telenor visste om hva som ville bli innholdet i vedtaket til Nkom, er uklart, slik det fremkom under høringen. For den analysen som skal foretas her, legger imidlertid flertallet til grunn at innspillene fra Network Norway til Nkom i denne prosessen medførte en forventning om at merinntekten ville bli oppjustert. Dette underbygges av forklaringsopptaket til O.¹¹⁸ Flertallet har imidlertid kommet til at det på tidspunktet for inngåelsen av TA2 forelå en viss usikkerhet rundt hvor gunstig termineringsreguleringen ville bli. Denne usikkerheten innebærer etter flertallets vurdering at risikoen for å miste fremtidig skjevterminering kan ha påvirket utbyggingsinsentivene, men ikke i særlig stor grad.
- (328) Flertallet finner derfor at risikoen for tilbakebetaling og/eller bortfall av fremtidig skjevterminering ikke har skapt særlige insentiver til å bygge ut nettet.

8.5.2.4 *Sammenligning av gevinster og tap ved manglende utbygging*

- (329) Flertallet vurderer i de følgende avsnittene Telenors argument i klagen avsnitt 257 om at man må se på gevinster og tap for Network Norway ved å ikke bygge. Manglende utbygging i forhold til planen som ikke kan tilskrives utenforliggende årsaker, ville med en viss grad av sannsynlighet kunne resultere i reduksjon i de fremtidige merinntektene. Dette kan tolkes som en forventet alternativkostnad knyttet til manglende utbygging. Dette tapet er oppad begrenset til 580 millioner kroner, tilsvarende den estimerte merinntekten fra terminering. Med begrenset risiko for krav om tilbakebetaling ved manglende utbygging, og usikkerhet rundt hvor gunstig reguleringsregimet ville være fremover, innebærer dette at forventet tap av skjevtermineringsinntekter vil ligge til dels betydelig lavere enn 580 millioner kroner.
- (330) Samtidig ville Network Norway hatt en kostnadsbesparelse i form av sparte utbyggingskostnader. Network Norway hadde gjennom Mobile Norway bygget ut ca. 500 basestasjoner per august 2010 (vedtaket avsnittene 194 og 200). Med en investeringskostnad på ca. 1 million kroner per basestasjon tilsvarer dette ca. 500 millioner kroner investert, av en total investeringskostnad på 2 milliarder kroner for å bygge et nett med 1850 basestasjoner og 75 prosent befolkningsdekning. På dette tidspunktet hadde Network Norway allerede fått 420 millioner i merinntekter, og Tele2 hadde fått merinntekter på anslagsvis 1 milliard kroner (Nkoms vedtak 27. september 2010). Av dette var det utelukkende investert ca. 500 millioner kroner. Det innebærer at det gjenstod totalt ca. 1.5 milliarder kroner i investeringer ved inngåelse av TA2. Av

¹¹⁶ Nkom (2010), vedtak marked 7, avsnitt 191.

¹¹⁷ Nkom (2010), varsel marked 7, avsnitt 189.

¹¹⁸ Sammendrag av forklaringsopptak 22. oktober 2012, med O, vedlegg 2 til vedtaket, avsnitt 80.

dette anslås Network Norways andel til å være halvparten, altså 750 millioner kroner. Hvis Network Norway valgte ikke å bygge ut, kunne man med stor grad av sikkerhet spare inn dette beløpet.

- (331) Et annet kostnadselement er gjestingskostnadene og hvordan disse påvirkes av manglende utbygging. Gjestingskostnader vil uansett påløpe så lenge det legges til grunn at Network Norway ikke bygget ut et landsdekkende nett. For å vurdere endringen i gjestingskostnad hvis man legger til grunn at Network Norway ikke hadde bygget ut mer enn per september 2010, måtte man ha etablert den kontrafaktiske situasjonen for trafikkutvikling for Network Norway. Manglende utbygging ville med stor grad av sannsynlighet resulterte i en annen trafikkutvikling enn det som legges til grunn i for eksempel Network Norways egen vurdering av gjestingskostnader i tabell 6 i vedtakets vedlegg 116.2. Dette har ikke flertallet hatt grunnlag for å vurdere. Det flertallet legger til grunn er at Network Norway forventet å betale omtrent like mye med TA2 som med justert TA1, helt til man kom til år 3 i avtalen, da man forventet å betale mindre med justert TA1 enn med TA2 det siste året i avtaleperioden.¹¹⁹ Jo mindre trafikkandel i eget nett Network Norway fikk, desto mer lønnsom ble TA2. Uten videre utbygging utover den 20 prosents befolkningsdekning man hadde ved inngåelse av TA2, ville trafikkandelen i eget nett være lav, og dermed ville TA2 innebære lavere kostnader enn justert TA1. Gitt at gjesting uansett var nødvendig, ville TA2 gjort gjesting betydelig billigere enn justert TA1 hvis man uansett ikke bygget mer ut. Dette styrker flertallets vurdering av TA2s egnethet til å hindre utbygging.
- (332) Basert på de foregående avsnittene konkluderer flertallet med at størrelsen på det forventede tapet av fremtidige merinntekter fra terminering, ikke er tilstrekkelig til å oppveie de andre fordelene gjennom både sparte utbyggingskostnader og påvirkning på gjestingskostnader. Videre mener flertallet at muligheten til å benytte merinntektene fra skjjevterminering til krysssubsidierting av egne kunder i konkurransen, ville gjort Network Norway enda mer konkurransedyktig i sluttbrukermarkedet. Dette styrker ytterligere flertallets vurdering.

8.6 Avtalen mellom Network Norway og Tele2 og eierstrukturen i Mobile Norway

- (333) Telenor har i klagen punkt 7.7.7 anført at TA2 ikke var egnet til å påvirke utbyggingen av det tredje nettet, fordi Network Norway var en av to eiere i utbyggingselskapet Mobile Norway. Det vises i klagen til at TA2 ikke påvirket den andre eieren av Mobile Norway – Tele2 – sine utbyggingsinsentiver. Videre vises det til at Tele2 sin skjjevtermineringsinntekt også var avhengig av at nettet ble bygget som planlagt. Videre anføres det at Network Norway hadde insentiver til å bygge ut nettet slik at det nådde en terskel som gjør at Tele2 blir forpliktet til å flytte sin trafikk over i Mobile Norway sitt nett, slik at Network Norway kunne dele driftskostnadene knyttet til Mobile Norway.
- (334) Konkurransetilsynet legger til grunn i vedtaket at det delte eierskapet i Mobile Norway ikke motvirket TA2 sin negative virkning på utbyggingsinsentivene. Dette er basert på Telenors egne oppfatninger om effekten av TA2, og at Network Norway kunne påvirke endringsbeslutningene i Mobile Norway som følge av sin eierandel på 50 prosent. Avtalen åpnet dessuten for revidering av utbyggingsplanene.¹²⁰

¹¹⁹ Vedlegg 116.2 til vedtaket, tabell 6.

¹²⁰ Vedtaket avsnittene 940-944.

- (335) Flertallet har kommet til at det delte eierskapet kun i begrenset grad kan ha påvirket Network Norways utbyggingsinsentiver. Flertallet viser til at partene var enige om å bygge et nett med 1850 basestasjoner,¹²¹ men det følger av punkt 5 i aksjonæravtalen at selve utbyggingsplanen skulle revideres minst en gang i året.¹²²
- (336) Flertallet legger dermed til grunn at avtalen i alle fall ikke var til hinder for en forsinket utbygging av nettet. Det er dermed usikkert i hvilken grad denne avtalen påvirket Network Norways insentiver til å bygge ut nettet. Flertallet viser videre til at utbyggingsplanen som fremkommer av Network Plan punkt 9 – som altså skal revideres minst en gang årlig – er omtalt som «assumed» roll out plan. Flertallet finner at dette støtter opp under at utbyggingsplanen ikke er endelig avtalt mellom partene.
- (337) På dette grunnlag finner flertallet at avtalen i hvert fall inneholdt en viss dynamikk i relasjon til utbyggingstakt. Dette er også en naturlig forståelse sett i sammenheng med de hindringene som faktisk oppstod, og som er beskrevet under punkt 2.8. En rekke av hindringene må avtalepartene på avtaletidspunktet ha vært kjent med at ville kunne oppstå, basert på tidligere erfaringer. Det var derfor vanskelig å avtale en ufravikelig tidsplan. Dette er også i tråd med de etterfølgende faktiske forhold, som viser at utbyggingen rent faktisk ble forsinket og revidert flere ganger, uten at dette fikk noen rettslig betydning for Network Norway.
- (338) Telenors anførsel om at Network Norway hadde insentiver til å bygge ut nettet slik at det nådde en terskel som gjorde at Tele2 ble forpliktet til å flytte sin trafikk over i Mobile Norway sitt nett, kan etter flertallets vurdering ikke føre frem. Flertallet viser til at det var uklart og omtvistet på hvilket stadium i utbyggingen denne terskelen ble nådd.¹²³ Forpliktelsen ville uansett ikke skape insentiver til å bygge nett utover denne terskelen. Flertallet legger derfor til grunn at denne omstendigheten kun motvirker de reduserte utbyggingsinsentivene i liten grad.
- (339) På denne bakgrunn legger flertallet til grunn at aksjonæravtalen og det delte eierskapet i Mobile Norway ikke var til hinder for at utbyggingen ble hindret eller forsinket av de reduserte utbyggingsinsentivene som følger av TA2.

8.7 Telenors intensjoner

8.7.1 Bevisvurdering

- (340) Flertallet skal ta stilling til om det bevisst med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor hadde en strategi eller intensjon om å redusere utbyggingsinsentivene til Network Norway, og å begrense konkurransen i grossist- og sluttbrukermarkedet.
- (341) Når det gjelder den rettslige betydningen av intensjoner i misbruksvurderingen, vises det til vurderingen i punkt 7.5 foran.
- (342) Flertallet tar utgangspunkt i at vedtaket utleder konklusjonen om at Telenor har hatt en intensjon om å begrense konkurransen i mobilmarkedet fra bevisvurderingen som konkluderer med at Telenor hadde intensjon om å begrense Network Norways insentiver til å bygge ut det tredje nettet.

¹²¹ Se Network Plan [vedlegg 19 til vedtaket] punkt 9.

¹²² Aksjeavtalen mellom Network Norway og Tele2, punkt 1 og 5, vedlegg 20 til vedtaket.

¹²³ Referat, Ekstraordinært styremøte i Network Norway AS 2. september 2010.

- (343) Resonnementet hviler på premisset om at det tredje nettet var et positivt bidrag til sterkere konkurranse i grossist- og sluttbrukermarkedet, og at svekkede utbyggingsinsentiver også ville begrense konkurransen.
- (344) Flertallet skal derfor i det følgende ta stilling til om det kan anses bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor hadde en strategi eller intensjon om redusere utbyggingsinsentivene, og – i så tilfelle – om det derved med klar sannsynlighetsovervekt kan anses bevist at Telenor hadde en strategi eller intensjon om å begrense konkurransen i grossist- og/eller sluttbrukermarkedet.
- (345) I den foreliggende saken foreligger det ikke dokumentbeviser som tilkjennegir uttrykkelig at Telenor hadde strategier eller intensjoner om å begrense konkurransen.
- (346) Flertallet bemerker imidlertid at strategier eller intensjoner om å begrense konkurransen, ikke nødvendigvis må være eksplisitt formulert i f.eks. interne dokumenter for å kunne legges til grunn som bevist ved anvendelsen av misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. Dette følger allerede av at prinsippet om fri bevisbedømmelse, jf. tvisteloven 21-2, jf. § 11-2 andre ledd tredje punktum, også gjelder i konkurranseretten. Strategier og intensjoner om konkurransebegrensende virkninger kan derfor i prinsippet ha ligget til grunn for en konkret atferd, uten at dette uttrykkelig er kommet til uttrykk skriftlig. Hvorvidt så er tilfelle, må bero på en nærmere fortolkning av den konkrete atferd og det bevisgrunnlaget som foreligger, i den rettslige og faktiske konteksten atferden og bevismaterialet er fremkommet i.
- (347) Spørsmålet vil være hvorvidt en konkret atferd og/eller andre bevisfakta – med klar sannsynlighetsovervekt – kan legges til grunn som uttrykk for strategier eller intensjoner om å begrense insentiver for konkurrenters markedsatferd, og som i så tilfelle også kan bedømmes som intensjoner om å begrense konkurransen.
- (348) Bevismaterialet som inngår i vurderingen av dette spørsmålet i vår sak består i første rekke av interne dokumenter fra Telenor. Konkurransetilsynet har anført at disse dokumentbevisene, som det finnes hensiktsmessig å sitere fra i det følgende, har relevans på (minst) tre måter: For det første viser de hvordan Telenors egne ansatte vurderte den påregnelige virkningen av prisomleggingen. For det andre belyser de hvilken strategi Telenor hadde ved å innføre prisomleggingen. For det tredje har dokumentbevisene betydning for skyldspørsmålet.
- (349) Telenor har anført at Konkurransetilsynet leser dokumentene selektivt og feil. Telenors intensjon var å konkurrere og vinne konkurransen i grossistmarkedet, og herunder vinne oppdrag for Network Norway, jf. forklaringene under høringen fra vitnene H og B, og at man i Telenor var innforstått med at enhver forbedring av Telenors tilbud til Network Norway ville styrke Network Norway i konkurransen med Telenor og andre i sluttbrukermarkedet. Telenor anfører at Konkurransetilsynet har lest de interne dokumenter uten å forstå at redusert utbygging ikke var et mål i se selv, men en logisk følge av konkurransen. Telenor understreker viktigheten av å lese dokumentene i sin helhet.
- (350) I den konkrete vurderingen av hvilke intensjoner og/eller strategier Telenor hadde overfor Network Norway tar flertallet utgangspunkt i situasjonen *før* etableringen av den første avtalen om nasjonal gjesting, NRA 2008, mellom Telenor og Network Norway i 2008. Flertallet viser i denne forbindelse til vedtaket kapittel 6, avsnittene

234–239. Telenor hadde før inngåelsen av avtalen kunnskap om at bygging av nye mobilnett kan styrke konkurransen. Dette fremgår bl.a. av en intern presentasjon fra desember 2007, inntatt som vedlegg 57 til vedtaket, lysbilde 2, hvor det heter:

«Vi forventer konsolidering og konkurranse fra færre og sterkere enheter

Det bygges nye mobilnett, som kan gi endret konkurransedynamikk i form av økt konkurranse, styrket tjenestetilbud til forbrukerne og økt dekning (NetworkNoray & Tele2, ICE og MTU-Gruppen)»

- (351) Tilsvarende har også kommet til uttrykk i senere interne dokumenter. I Strategiplan 2010-2012 for Telenor Norge fra april 2009 som er fremlagt som vedlegg 127 til vedtaket ble «*Infrastructure based rivalry*» trukket frem som en av utfordringene selskapet stod overfor. Under denne overskriften kom følgende til uttrykk:

«The third mobile network may eventually yield increasing returns to scale. Continued price pressure from tele2 and Network Norway and reduced national roaming revenue should therefore be expected.»

- (352) I en presentasjon av markedsstrategi 2011-2012 av 28. mars 2011 som er vedlagt som vedlegg 128 til vedtaket, fremgikk det at Telenor anså «*Mobile Norways nye mobilnett*» som en av flere «*[t]rusler*» i bedriftsmarkedet.

- (353) I strategiplanen for 2012-2014 av 18. mai 2011 som er vedlagt som vedlegg 129 til vedtaket under overskriften [REDACTED], heter det:

[REDACTED]

- (354) Tilsvarende fremgikk av en strategipresentasjon for 2012-2014 til styremøtet i Telenor Norge som er vedlagt som vedlegg 130 til vedtaket. Under overskriften [REDACTED] står følgende:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- (355) I styreprotokollen fra styremøte i Telenor Norge 15. juni 2011 som er vedlagt vedtaket som vedlegg 131 fremgår det:

[REDACTED]

- (356) De ovennevnte dokumentene viser at Telenor anså at det tredje mobilnettet ville styrke konkurransen i mobilmarkedet i Norge.

- (357) Flertallet vil i det følgende foreta en gjennomgang av dokumentbevis knyttet til Telenors intensjoner om å redusere Network Norways utbyggingsinsentiver.
- (358) Flertallet viser til de interne vurderinger fra januar 2008 av forhandlingene med Network Norway, som fremgår av vedtaket avsnitt 242, jf. vedlegg 58 til vedtaket. I e-post 20. januar 2008 fra D til B, vedlagt presentasjonen «Network Norway – Forhandlinger», heter det i lysbilde 4 med overskriften «Hva er viktig for Telenor»:

«Prismodell – pris minus inkl. justering for NwNs termineringspris

Geografisk faktor

Incentiver til at de bygger minst mulig?»

- (359) Samme tekst er inntatt i en presentasjon med tittelen «Network Norway – Vurderinger viktige områder» (lysbilde 9), sendt per e-post 22. januar 2008 fra D til B.
- (360) I et saksfremlegg for ledermøtet i Telenor Nordic 13. februar 2008, inntatt som vedlegg 59 til vedtaket, og som synes å være det siste dokumentet fremlagt for ledergruppen før NRA 2008 ble inngått 3. april 2008, heter det i punkt 10:

«I siste møte med NwN fremsatte Telenor et nytt pristilbud hvor NR-prisene ble redusert med ytterligere med [redacted]. (prisreduksjonen ble gitt ved økt volumrabatt på høye volum, denne prisreduksjonen forutsetter at NwN ikke kjører vesentlig volum i eget nett. Dette gir også NwN incentiv til å bygge noe mindre)» (kursivert i original).

- (361) Network Norway ønsket kort tid etter inngåelsen av NRA 2008, fra våren 2009, å reforhandle avtalen, fordi de mente at prisene som var fremforhandlet var blitt for dårlige, jf. vedtaket punkt 6.4. Reforhandlingen førte fram til det som i saken omtales som tilleggsavtale 1 (TA1). Som det fremgår i vedtaket avsnittene 267–269 så man fra Telenors side ikke grunn til reforhandling, ut fra rent kommersielle interesser. Dette fremkommer i e-post 29. mai 2009 fra B til I, jf. vedlegg 70 til vedtaket:

«Dersom de i løpet av 2011 faktisk bygger et nett på 75% vil trafikken som går i roaming med dagens kundemasse og priser være rundt [redacted]. Det vil være en høy pris å sikre denne gjennom en prisreduksjon nå når vi i alle fall kan gjøre det senere om vi mener det er nødvendig da.»

- (362) I en intern vurdering og konkurrentanalyse av Network Norway under det såkalte Telecruise 27.-29. mai 2009, på en foil med overskrift «Network Norway – Lite nytt.» heter det under overskriften «Subjektive vurderinger»:

«Kan ha viljen til å bygge nett, men mangler pr i dag evnen»

[...]

Hvis nettutbygging kan finansieres, så vil de [NwN] bruke maksimalt lang tid på å nå de 40% som konsesjonen sier, utbygging utover dette er svært usikkert.»

- (363) I de tilhørende støtteslides til presentasjonen er det uttrykt at «Reduced network build out will give higher wholesale revenues for Telenor, and limit the competitive strength of Both Network Norway and Tele2.»
- (364) Forhandlingene kom likevel i gang, etter at Telenor i juni 2009 ga et utspill til reduksjon av priser, forutsatt forlenget løpetid og volumforpliktelser, slik dette nærmere er beskrevet i vedtaket avsnittene 283–293. Ny tilleggsavtale (TA1) ble inngått 2. september 2009, med enighet om å fortsette forhandlingene etter signering, særlig med sikte på å komme til enighet om nye priser på datatrafikk, som nærmere beskrevet i vedtaket avsnitt 6.7.
- (365) Utover høsten 2009 ble det internt i Telenor gjort vurderinger av andre prismodeller for nasjonal roaming, for å imøtekomme Network Norways behov for å tilby data/mobilt bredbånd.
- (366) I e-post 4. september 2009 fra D til J, vedlagt et notat med overskrift «Opplegg for strategisk diskusjon MBB i wholesale grensesnittet 7/9 (vedlegg 86 til vedtaket), med kopi til B, og med ulike vedlegg, heter det:

«Målsetninger for et MBB tilbud:

Kapitalisere på verdien av dekning – ikke tilgangsmulighet uten å betale

Problemstilling: Nye nettbyggere investerer først og fremst i infrastruktur hvor det er stor befolkningstetthet fordi det er mest økonomisk lønnsomt. I andre områder ønsker de å bruke Telenors infrastruktur for å oppnå best mulig dekning for sine sluttkunder. Telenor må derfor kunne ta betalt for verdien av å ha tilgang til Telenors nett utenfor en nasjonal roamers egen dekning.

Unngå incitament til å bygge eget nett (utover minimum)

Problemstilling: Hvis det blir for "dyrt" å bruke Telenors nett vil dette skape incitamentet å bygge eget nett utover befolkningstette områder. Telenor må derfor ha et attraktivt tilbud til nettutbyggerne, men hvor attraktivt (ref spørsmålet ovenfor)?»

- (367) I PowerPoint-presentasjonen «Strategisk diskusjon MBB i Wholesale markedet 07.09.2009» heter det i tredje foil,

«Målsetninger

- *Kapitalisere på verdien av dekning*
- *ikke tilgangsmulighet uten å betale*
- *Unngå incitament til å bygge eget nett (utover et minimum)»*

- (368) I e-post 17. september 2009 fra K til B med presentasjonen «Strategisk handlingsplan Mobil og Tale, heter det i foil 2, med overskrift «Vi har en produktportefølje som møter konkurransen i de store casene»

- *«Kan vi påvirke markedet mot mindre parallell infrastruktur?»*

- *Undersøke om det er mulig å utforme NR tilbud til NwN og evt. Tele2 (på MBB?) som ikke gir incitament til å bygge egen infrastruktur utover minimumsforpliktelser 01.12.09»*

(369) I en presentasjon til Finance Allmøte 13. november 2009, Macro Market Competitors Technology Regulatory, jf. vedtaket vedlegg 89, heter det:

«Consequences for Telenor Norge:

- *Reduced network build out will give higher wholesale revenues for Telenor, and limit the competitive strenght of Both NwN and Tele2*
- *Less competition from NwN within MBB»*

(370) I vedlegg 88 til vedtaket, lysbilde 22, «Wholesalekundene ved overgangen til 2010 – de små blir mindre og de store større», fra november 2009, fremgår det:

«Selv om NwN bygger eget nett ønsker vi å beholde mest mulig trafikk i vårt nett (og at de bygger ut minst mulig) [lysbylde 22]

Alternativ infrastruktur er hovedkonkurrent!» [lysbylde 36]

(371) Forhandlingene fortsatte utover vinteren 2010, direkte mellom B og Network Norway, som beskrevet i vedtaket avsnittene 315–320. I e-post 25. mars 2010 fra B til I (vedlegg 102 til vedtaket), vedlagt dokumentet «Status Network Norwa[y]», uttalte B følgende:

«Jeg har de siste månedene før[...]t forhandlinger med Network Norway (NwN) om endrede vilkår for nasjonal roaming (NR). Målsetningen fra min side har vært å søke en avtale som gir mindre incitament til å bygge ut dekning, og beholde mer trafikk som NR. Fra NwN side har det vært et ønske om bedre vilkår knyttet til datatrafikk spesielt, men også til øvrige vilkår.

[...]

Fra min side har jeg ansett at det ikke er gevinster for Telenor knyttet til å innføre avtalen så tidlig som 1. april, siden gevinstene for Telenor er knyttet til forlengelsen av avtalen og reduserte utbyggingsincitamentene. Disse incitamentene påvirkes ikke av en senere innføring av avtalen siden utbyggingen likevel i 2010 ikke vil komme opp i et nivå der den nye avtalen gjør det ulønnsomt å bygge ut.»

(372) Deretter strandet forhandlingene i mars 2010, og det oppstod en konflikt som beskrevet i vedtaket avsnittene 321–322. Forhandlingene ble senere gjenopptatt sommeren 2010, slik det er nærmere beskrevet i vedtaket avsnittene 323–331.

(373) I e-post 27. juni 2010 fra B til I med vedlegg Notat om Network Norway til I, vedlegg 108 til vedtaket, fremgår det:

«Gitt at disse to forutsetningene (gjenopptakelse av betaling og avslutning av klageprosessen) kommer på plass mener jeg at Telenor er tjent med å reforhandle NRA slik at prisene tas ned ca [redacted], samtidig som incentivene for utbygging reduseres og avtalen forlenges.»

- (374) Det ble deretter konkludert enighet om å avslutte tvisten, jf. e-post fra C til I og B 29. juni 2010. Konsernledelsen ble orientert om utfallet slik det fremgår i vedtaket avsnittene 325–328.
- (375) Fra disse forhandlingene viser flertallet særlig til en e-post ca. én måned før inngåelsen av TA2, 11. juli 2010 fra I til konsernsjef L og styreleder M, med kopi til B, vedlegg 110 til vedtaket, hvor det heter:

«- Prismodellen endres slik at det betales en fast pris per aktive SIM hos NWN, og en vesentlig lavere variabel pris for tale og data. Slik er vi sikret en basisbetaling for vår dekning som går ut over marginalkostnadene ved å bygge dekning og kapasitet i by.»

- Vi har i praksis akseptert en prisreduksjon på [REDAKERT] i det korte perspektivet, men etablert en prismodell som vil insentivere NWN til å bygge vesentlig mindre enn tidligere anført, fra 70% til hva vi anslår ligger i området 40-45% (konsesjonskravet er 35%). Dette gir oss høyere inntekter enn tidligere forutsatt på mellomlang/lang sikt.»

- (376) I e-post 4. august 2010 fra B til D (vedlegg 111 til vedtaket) anmodet B om et notat som I kunne bruke overfor konsernsjef L og styreleder M, hvor det fremkommer at notatet må inneholde

«... økonomisk effekt (ved dagens volum og ved forventete volum utover), hva vi endrer av struktur og hvordan det påvirker incentiver for å bygge, samt krav om tilbakebetaling og lukking av dette».

- (377) I saksfremlegget 10. august 2010 til styret i Telenor Norge om *Endring i avtale med Network Norway om Nasjonal Roaming*, jf. vedlegg 112.2 til vedtaket, hvor B er oppført som ansvarlig leder, heter det under hovedpunktet «Vurderinger»:

«En slik struktur (med fast pris for tilgang til Telenors dekning) gir også Network Norway et mindre incentiv til å bygge ut dekning og et større incentiv til å kjøpe roamingtrafikk av Telenor, gir Telenor betalt for verdien i muligheten for å bruke Telenors dekning.»

[...]

«Totalt reduseres prisene med i ca [REDAKERT] sammenlignet med dagens priser og volum. Reduksjonen er synkende med synkende volum på grunn av strukturen.

Avtalen forlenges med [REDAKERT] som er maksimum av det som anses som mulig uten å være innelåsende.»

[...]

- (378) Under hovedpunktet «Økonomiske- og implementeringsmessige konsekvenser» heter det:

«Ved å inngå avtalen nå, i forkant av investeringsbeslutningene knyttet til omfanget av Mobile Norway sin dekning, vil vi insentivere en lavere utbyggingsgrad og et langsiktig høyere roamingvolum enn det som ellers ville

kunne blitt oppnådd. Trolig vil Network Norway med denne avtalen neppe bygge en dekning som overskrider 40-50%.»

[...]

«- Vi har i praksis akseptert en prisreduksjon på ca [REDACTED] i det korte perspektivet, men etablert en prismodell som vil insentivere NWN til å bygge vesentlig mindre enn tidligere anført, fra 70% til hva vi anslår ligger i området 40-45% (konsesjonskravet er 35%). Dette gir oss høyere inntekter enn tidligere forutsatt på mellomlang/lang sikt.»

- (379) Flertallet viser videre til at prismodellenes innvirkning på utbyggingsinsentivene også ble vurdert internt i Telenor etter inngåelsen av TA2, i forbindelse med forhandlingene med Tele2 våren 2011. Flertallet finner det hensiktsmessig å gjengi de sentrale uttalelsene i vurderingene, som kan ha betydning for vurderingen av prisomleggingen i TA2. I et utkast fra april 2011 til saksfremlegg til ledermøte i Telenor Norge, «Mandat og forhandlingsstrategi for nasjonal roaming (NR) avtale med Tele2», med B som ansvarlig leder, heter det (underbilag til vedlegg 4 til vedtaket) under overskriften

«MANDAT PRISNIVÅ OG MODELL

Det er ønskelig å ha en så lik modell mellom NwN og Tele2 som mulig slik at de har de samme incentivene til å ikke bygge et større nett en konsesjonen tilsier. Ut i fra prisnivået til NwN kan man modellere med en lavere fastpris og høyere variable priser. En lavere fastpris vil gi mindre inntekter til Telenor hvis Tele 2 bygger mer enn 40% eget nett, men en modell med fastpris er i dette scenariet allikevel bedre enn en modell med bare variable priser.»

[...]

Vi vurderer derfor at vi bør tilby Tele2 en fastprismodell og at vi ikke bør gå lavere enn [REDACTED] for å unngå problemer med prisnivå på mobilt bredbånd. Videre bør vi ikke gå lavere enn [REDACTED] for å ikke gi bedre vilkår enn NWN på høyvolumbrukere. Dersom variabel prismodell er det eneste Tele2 er villige til å inngå avtale om må det i så fall være med [REDACTED] slik at utbyggingsincentivet blir noe mindre i avtaleperioden. [REDACTED] vil også være gunstig i et slikt tilfelle. En slik avtale vil kunne bidra til å utsette beslutningen om salg av virksomheten.»

- (380) Under overskriften «Økonomiske- og implementeringsmessige konsekvenser» på side 5 i det samme saksfremlegget heter det:

«Ved å inngå avtalen nå, i forkant av investeringsbeslutningene knyttet til omfanget av Mobile Norway sin dekning, vil vi insentivere en lavere utbyggingsgrad og et langsiktig høyere roamingvolum enn det som ellers ville kunne blitt oppnådd. Tele2 vil med denne avtalen ha samme insentiv som Network Norway til ikke å bygge en dekning som overskrider 40%-50%.»

- (381) Under «Sammenfatning/Konklusjon» i saksframlegget side 6, heter det:

«Foretrukken prismodell er fastpris per aktive SIM med variabel pris for tale, SMS og data. Slik er vi sikret en basisbetaling for vår dekning som går ut over marginalkostnadene ved å bygge dekning og kapasitet i by. En slik modell vil gi Tele2 incentiver til å bygge vesentlig mindre enn tidligere anført, fra 70% til hva vi anslår ligger i området 40-50% (konsesjonskravet er 40%).

Dersom Tele2 kun vil inngå avtale med en variabel prismodell, skal det søkes å inngå en kortere avtale med incentiver til minst mulig nett.»

- (382) Utbyggingsinsentivene var også tema i et annet notat fra Tele2-forhandlingen våren 2011, hvor det i et notat – «Tele2» – fra B til I 11. mai 2011 (vedlegg 124 til vedtaket) heter:

«Siden vi allerede har en avtale med NwN som effektivt begrenser incentivene til videre utbygging er det ikke ønskelig å inngå en avtale med Tele2 som gir dem vesentlig sterkere utbyggingsincentiver. Vi har derfor stått hardt på en minimumsbetaling per kunde på [redacted]. Dersom vi skal inngå en avtale med kun variable priser vil i praksis de prisene og den rabattstrukturen som ligger i MVNO avtalen med TDC utgjøre et "tak".»

- (383) Flertallet vurderer de begivenhetsnære bevisene som er gjennomgått i det foregående slik at de klart viser at Telenor var klar over, og forventet, at utbyggingen av det tredje nettet ville få betydning for konkurransen. Dokumentbevisene viser videre at Telenor forventet at insentivene til utbygging ville bli redusert gjennom den retroaktive (tilbakevirkende) volumrabatten som var inntatt i NRA 2008. Etter reforhandling av NRA 2008 ble avtalen om nasjonal gjesting endret ved økte volumforpliktelser, og forlenget løpetid.
- (384) Dokumentbevisene tilkjenner gir at sentralt plasserte personer på ledernivå i Telenor hadde disse forventningene til avtale-/prisstrukturen både før, under og etter at TA2 var inngått. Flertallet finner det klart at dokumentbevisene gir et tydelig og tidsnært bilde som viser at Telenor hadde klare intensjoner om å begrense utbyggingen av det tredje nettet, og at bevisene også viser at Telenor internt vurderte atferden slik at denne objektivt sett var egnet til å fremkalle en slik virkning, slik det er lagt til grunn i vedtaket avsnittene 858–859. Flertallet er enig i, slik vedtaket bygger på, at det er en sterk indikasjon på at TA2 kunne virke begrensende på utbyggingen at Telenor, som part i avtalen og med svært gode markedskunnskaper, mente at prisomleggingen ville føre til begrensnings av utbyggingen av det tredje nettet.
- (385) Flertallet betrakter også disse bevisene som knytter seg til forhandlingene om TA2, og de etterfølgende forhandlingene med Tele2, slik at Telenor vurderte TA2 som egnet til å begrense og/eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet.
- (386) Flertallet har videre funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at også Network Norways vurderinger allerede ved inngåelsen vurderte TA2 som egnet til å begrense og/eller forsinke utbyggingen, slik dette fremkommer av vedtaket avsnitt 862. At Network Norway likevel aksepterte avtalen må ses i lys av den svært pressede økonomiske situasjonen selskapet var i utover i 2009, slik det fremgår av forklaringen til C (vedtaket vedlegg 3), og at man derfor vektla de kortsiktige gevinstene langt høyere enn de langsiktige.

- (387) Flertallet legger også til grunn at heller ikke Tele2 ønsket avtalen, og at de takket nei til en slik prisstruktur, jf. vedtaket avsnitt 767 Det fremgår her at Telenor

«... vurderer det nå slik at vi ikke kommer videre i forhandlingene med Tele2 basert på en langsiktig avtale med en fast pris pr kunde i den størrelsesorden vi ønsker. Vi ønsker heller ikke å inngå en langsiktig avtale uten et slikt fastpriselement. For å unngå at Tele2 inngår en ny avtale med NetCom vil vi derfor i stedet tilby en kortsiktig avtale basert på ... løpende priser for minutter, [...].

En slik avtale vil ikke på samme måte som en langsiktig avtale med en pris pr kunde redusere incentivene til å bygge, [...].»

- (388) Under «Oppsummering og konklusjon» i notatet fra B til I (vedlegg 124 til vedtaket) konkluderer B følgende:

«Det er ønskelig å ha en langsiktig avtale med Tele2 på NR som ikke gir incentiver til utbygging og som sikrer verdien av randsonen i Telenors nett. Dette oppnås best med en fast pris pr kunde, slik det er i avtalen med NwN. Tele2 ønsker ikke en slik prisstruktur, og vi har tilbudt en noe lavere pris pr kunde [REDACTED], men ser at det er vanskelig å oppnå enighet.»

- (389) Flertallet finner det klart at Telenor også gjennom forhandlingene med Tele2 betraktet prisstrukturen i TA2 som egnet til å begrense og/eller forsinke utbygging av eget nett, og at TA2 var utformet nettopp i hensikt å oppnå slike reduserte utbyggingsinsentiver.

- (390) Telenor har i prosesskriv 16. mai 2019 fremlagt et ytterligere dokumentbevis – «Saksfremlegg for ledermøtet i Telenor Norway» av 14. oktober 2010 – til støtte for at selskapets intensjon var å vinne grossistkontrakter, og ikke å disinsentivere Network Norways utbygging av det tredje nettet. Flertallet kan ikke se at det nye dokumentbeviset har noen betydning for vår sak, ettersom det gjelder etterfølgende forhandlinger med en annen aktør om andre forhold.

- (391) På grunnlag av en samlet vurdering av dokumentbevisene, finner flertallet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor hadde helt tydelige intensjoner om å strukturere pris- og tilgangsvilkårene i TA2 på en slik måte at det reduserte utbyggingsinsentivene slik at Network Norway ikke bygget mer enn til 40–50 prosent, i nærheten av konsesjonskravet på 40 prosent.

8.7.2 Intensjonens betydning for vurderingen av om TA2 var egnet til å begrense konkurransen

- (392) På grunn av den sentrale betydningen det tredje mobilnettet hadde for konkurransen i mobilmarkedet, som Telenor var fullt klar over, og som selskapet betraktet som den største konkurranseutfordringen, finner flertallet det klart at Telenors intensjoner om å begrense utbyggingsinsentivene til Network Norway må likestilles med at selskapet hadde intensjoner om å begrense konkurransen både i grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet. Intensjonene og det som ble forsøkt oppnådd gjennom prisomleggingen i TA2 var å motvirke myndighetenes målsetninger om å legge til rette for utbygging av det tredje nettet. Flertallet finner det klart at disse intensjonene er en viktig faktor i egnethetsvurderingen, som trekker i retning av at atferden utgjorde et misbruk av dominerende stilling. Flertallet finner ikke grunn til å ta nærmere stilling til hvilken vekt tilsynet har lagt på disse intensjonsbevisene.

- (393) Flertallet kan ikke se at det, som anført av Telenor, og bestridt av Konkurransetilsynet, er lagt avgjørende vekt på Telenors intensjon, og bemerker at vedtaket avsnitt 727 ikke kan forstås på denne måten, jf. også vedtaket avsnittene 750 og 987. Flertallet forstår vedtaket slik at intensjonsbevisene, ut fra en konkret vurdering, er tillagt betydelig vekt sammen med andre tungtveiende momenter i en helhetsvurdering av hvorvidt det foreligger misbruk, og at bevisene som knytter seg til subjektive intensjoner ikke alene er eller har vært avgjørende for misbruksvurderingen, jf. vedtaket kapittel 11.5 og 11.6. Ut fra nemndas egen vurdering av hvorvidt atferden var egnet til å begrense konkurransen, finnes de subjektive vurderingene ikke avgjørende, men nemnda finner at det samtidig er riktig i en helhetsvurdering av andre relevante faktorer i misbruksvurderingen å legge vekt på de subjektive vurderinger. Flertallet er for øvrig enig i Konkurransetilsynets vurdering av at Telenors interne vurderinger er en sterk indikasjon på at avtalen kunne få den virkning som Telenor ønsket og forventet, jf. vedtaket avsnitt 859, og at dette underbygger at TA2 var egnet til å begrense konkurransen.
- (394) Flertallet finner det for øvrig treffende som beskrevet i Konkurransetilsynets innstilling avsnitt 221 at et bærende element i omleggingen av prisstrukturen var å sikre gevinster ved å påvirke konkurransestrukturen i markedet i negativ retning, gjennom å svekke insentivene til Network Norway til å bygge ut det konkurrerende tredje nettet.

8.8 Todelt prisstruktur som normal konkurranse

- (395) Telenor har anført at TA2 utgjør normal og ytelsesbasert konkurranse, og at den dermed er lovlig.¹²⁴ Konkurransetilsynets nemnda har allerede i punkt 7.2 kommet til at konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 ikke kan forstås slik at det må påvises avvik fra «normal» eller «ytelsesbasert» konkurranse for at en atferd kan kvalifisere som misbruk av dominerende stilling. Selv om dette ikke er et selvstendig vilkår, kan eventuelle påviste avvik fra normal/ytelsesbasert konkurranse kunne inngå i en totalvurdering av misbruksspørsmålet, som nevnt i punkt 7.2.
- (396) Flertallet har vurdert om TA2 med sin todelte prisstruktur var en normal avtale i markedet og om dette eventuelt har betydning for om TA2 skal anses for å være egnet til å begrense konkurransen eller ikke.
- (397) Telenor har anført at prismodellen var gunstig for begge parter, at den var ønsket av begge parter og at den ivaretok legitime hensyn for Network Norway og Telenor.¹²⁵ Flertallet viser til at selv om det skulle stemme at avtalen var ønsket av begge parter, påvirket ikke dette avtalens egnethet til å begrense konkurransen. Det at den ivaretok legitime hensyn for partene kan heller ikke i seg selv være et argument for at den er lovlig, dersom den også er egnet til å begrense konkurransen.
- (398) Når det gjelder Telenors anførsel om at Nkom flere ganger har hatt muligheten til å vurdere avtalen i ettertid og henvisningen til at Nkom vurderte TA2-strukturen som bedre tilpasset konkurransestrukturen, legger flertallet til grunn at det Nkom vurderte i TDC-saken var om TDC måtte få tilbud om samme type avtale som Network Norway, og ikke TA2 sine konkurransemessige virkninger.¹²⁶

¹²⁴ Klagen punkt 6.3.

¹²⁵ Klagen punktene 7.3.2.2, 7.3.3 og 7.3.4.

¹²⁶ Møtoreferat – videomøte med Nkom 19.01.2018 [vedlegg 138 til vedtaket], side 2.

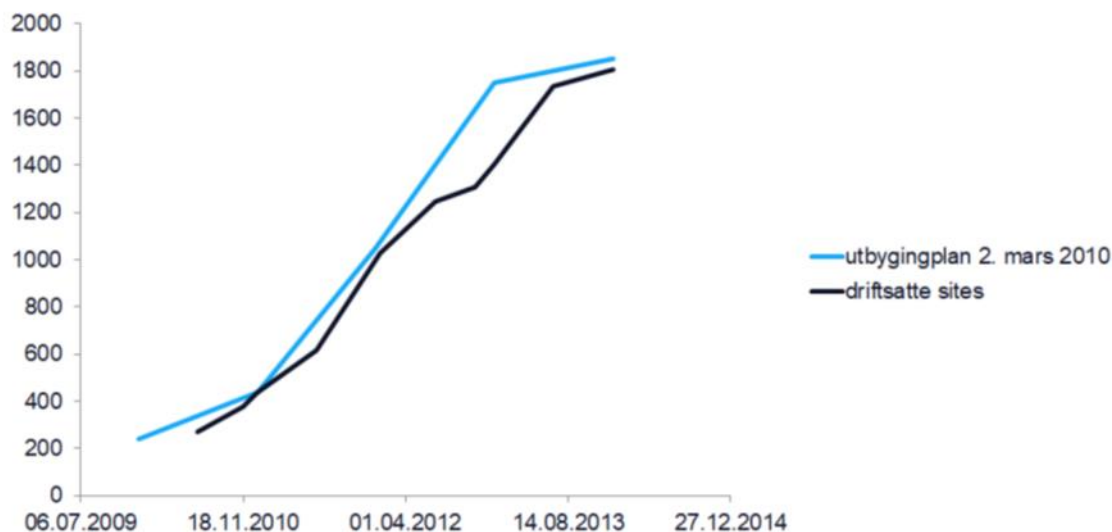
- (399) Telenor har i klagen punkt 7.3.5 videre anført at en todelt tariff er vanlig og bedre gjenspeiler kostnadene ved å tilby mobiltelefonitjenester, og at lignende prisstrukturer har blitt benyttet av andre aktører både før og etter inngåelsen av TA2.
- (400) Selv om en to-delt prismodell kan tenkes å være en effektiv prismodell, viser veletablert økonomisk teori at dette ikke nødvendigvis gjelder for andre tilfeller enn der kundene er identiske.¹²⁷ Hvis kundene er identiske, kan en to-delt prismodell realisere en effektiv ressursallokering. Man kan bruke den variable komponenten av tariffen til å justere etterspurt volum, og deretter den faste delen av tariffen til å hente ut hele betalingsviljen til kunden. Når alle kundene er identiske, treffer en slik enkelt to-delt tariff perfekt. For det tilfellet at det er snakk om heterogene kunder, viser den samme teorien at man trenger en meny av slike to-delte tariffen. I prinsippet trenger man like mange to-delte tariffen i denne menyen som det er ulike typer kunder for å oppnå effektivitet. Dette forsterkes av de problemer som følger av informasjonsasymmetri mellom kjøper og selger. Videre kan slike prismodeller ha uheldige effekter for konkurransen gjennom å ha en ekskluderende effekt hvis dekningsavgiften (SIM-kortavgiften) blir uforholdsmessig høy. Flertallet legger derfor til grunn at en todelt prismodell ikke nødvendigvis er effektivitetsfremmende.
- (401) Avslutningsvis bemerker flertallet at det at avtalen er vanlig, eller har blitt vanlig i ettertid, ikke nødvendigvis er et uttrykk for at den ikke er konkurransebegrensende.
- (402) Telenors argumenter knyttet til at en todelt prisstruktur er vanlig og normal konkurranse, påvirker etter dette ikke flertallets vurdering av TA2s egnethet til å begrense konkurransen.

8.9 Etterfølgende faktisk utvikling

- (403) Telenor har i klagen punkt 6.4.4 anført at fraværet av faktiske virkninger er et tungtveiende argument i virkningsvurderingen. Det anføres at fraværet av faktiske negative virkninger i seg selv utgjør bevis for at avtalen verken var egnet til eller hadde som sannsynlig virkning å begrense konkurransen. Telenor viser i klagen punkt 7.4.2 til at det tredje nettet stort sett ble bygget ut i henhold til plan, slik det fremgår av Figur 7 under. Forsinkelser og avvik forekom stort sett i perioden *før* TA2, og disse skyldtes andre omstendigheter enn tilgangsvilkårene mellom Network Norway og Telenor.

¹²⁷ Se for eksempel Pepall, Richards & Norman, *Industrial Organization: Contemporary theory and empirical applications*, 2014, Wiley-Blackwell, eller Christian Riis og Espen Moen, *Moderne Mikroøkonomi*, 2017, Gyldendal Akademiske.

Figur 7 Utbyggingsgrad i avtaleperioden.¹²⁸



- (404) Telenor viser videre til at utbyggingsplanene på tidspunktet for avtaleinngåelsen var et nett med 75 prosent befolkningsdekning, jf. klagen avsnitt 425. Myndighetene avsto imidlertid fortsatt skjevterminering etter at denne målsetningen var nådd, fordi videre utbygging ble ansett for bedriftsøkonomisk lønnsomt, jf. klagen avsnittene 430–431. Telenor anfører at vurderingen derfor må ta utgangspunkt i utbygging til 75 prosent befolkningsdekning, og eventuelt en hindring av denne utbyggingen, jf. klagen avsnitt 434.
- (405) Konkurransetilsynet har i vedtaket avsnitt 728 lagt til grunn at vurderingen av atferdens potensielle virkninger skal foretas i lys av omstendighetene på handlingstidspunktet. Dette anføres også som begrunnelse for ikke å ta hensyn til at den påståtte virkningen ikke inntrådte, jf. vedtaket avsnittene 969 og 972.
- (406) Konkurranseskjennemnda har i punkt 7.4.5 lagt til grunn at vurderingen av om en handling utgjør et misbruk av en dominerende stilling, skal ta utgangspunkt i omstendighetene som forelå på tidspunktet for handlingen. Etterfølgende utvikling i markedet kan likevel gi indikasjoner på hvilke virkninger atferden var egnet til å ha på handlingstidspunktet. Spørsmålet er om den faktiske, etterfølgende utviklingen skaper tvil om den egnethetsvurderingen som flertallet har foretatt i punkt 8.4, hvor det er konkludert med at TA2 var egnet til å begrense konkurransen i grossist- og sluttbrukermarkedet gjennom effekten på investeringene i Mobile Norways nett.
- (407) Flertallet legger til grunn som uomtvistet at nettet ble bygget ut i henhold til den utbyggingsplanen som forelå ved inngåelsen av TA2, men med en forsinkelse på ca. 1 år. I mars 2010 sendte Network Norway revidert utbyggingsplan til Nkom, hvor planen nå var at nettet skulle være ferdig utbygget i første kvartal i 2013. Utbyggingen av nettet lå bak prognosene. Nettet var bygget ut til mer enn 75 prosents befolkningsdekning i

¹²⁸ Kilde: Klagen avsnitt 423.

begynnelsen av januar 2014, med 1804 driftssatte siter.¹²⁹ Omtrent på samme tid mistet Tele2 frekvensrettighetene.

- (408) Forsinkelsene ble i kontakten med myndighetene i utbyggingsperioden opplyst å være forårsaket av problemer med samlokalisering, forsinkede transmisjonsleveranser, forsinkede strømleveranser og lang behandlingstid på byggesøknader, jf. vedtaket avsnittene 213 og 216 med videre henvisninger. Flertallet legger derfor til grunn at forsinkelsene ikke i særlig grad kan forklares med den nye prisstrukturen i TA2. Flertallet legger imidlertid vekt på at TA2 var egnet til å redusere lønnsomheten ved utbygging, og at en annen prisstruktur som ikke reduserte lønnsomheten i samme grad, kunne ha lagt til rette for raskere eller mer omfattende utbygging. I tillegg kommer at dersom utbygging og flytting av trafikk til eget nett var mer lønnsomt, kunne Network Norway ha bygget lettere.
- (409) At det tredje nettet faktisk ble bygget, til tross for innføringen av TA2, kan etter flertallets vurdering ha vært påvirket av andre, utenforliggende faktorer, slik som makroøkonomiske forhold etter finanskrisen i 2008–2009, og den økte etterspørselen etter datatrafikk som følge av den teknologiske utviklingen. Flertallet understreker imidlertid at det uansett ikke er krav om å påvise faktisk virkning for å kunne konstatere brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.
- (410) Flertallet finner ut fra en samlet vurdering at den faktiske utbyggingen ikke er en omstendighet som tilsier at TA2 på avtaletidspunktet ikke var egnet til å begrense konkurransen, slik flertallet har konkludert med under punkt 8.4.

8.10 Samlet vurdering av alle omstendigheter

- (411) Flertallet har i punktene 8.4–8.9 vurdert de ulike omstendighetene som er relevante for spørsmålet om TA2 var egnet til å begrense konkurransen. Et bærende premiss for disse vurderingene er at utbyggingen av et tredje nettverk ville øke konkurransen både i grossist- og sluttbrukermarkedet, slik det fremgår av vurderingene i punkt 8.3.
- (412) Flertallet har etter en samlet vurdering konkludert med at prisstrukturen i TA2 var egnet til å begrense utbyggingen av det tredje nettet, og egnet til å begrense konkurransen i mobilmarkedet. Telenors atferd ved omleggingen av prisstrukturen i TA2 var etter flertallets vurdering ikke forenlig med et dominerende foretaks særlige ansvar for ikke å påvirke konkurransen. Atferden utgjør derfor etter flertallets vurdering objektivt sett et misbruk av dominerende stilling, i strid med konkurranseloven § 11. Ettersom samhandelskriteriet er oppfylt, jf. vurderingen i kapittel 10, foreligger det også brudd på EØS-avtalen artikkel 54.
- (413) Sentralt i flertallets samlede vurdering og konklusjon er, som drøftelsen i punkt 8.4 viser, at prisstrukturen i TA2 var egnet til å redusere utbyggingsinsentivene, fordi den reduserte lønnsomheten ved å flytte trafikk fra Telenor sitt nett til eget nett. Riktignok er flertallet enig i at TA2 samtidig var egnet til å bedre Network Norways konkurransekraft på sluttbrukermarkedet. En økning av kundevolumet i sluttbrukermarkedet ville isolert sett bidratt til insentiver til å bygge ut nettet, fordi mengden trafikk som kunne flyttes over i eget nett, ville blitt større. Flertallet har

¹²⁹ Brev fra Tele2 til Nkom datert 15. januar 2014.

imidlertid funnet det klart at denne positive effekten langt fra er sterk nok til at den oppveier den negative effekten på utbyggingsinsentivene.

- (414) Med utgangspunkt i prinsippet om at misbruksvurderingen skal foretas på grunnlag av alle omstendigheter, har flertallet deretter vurdert om det foreligger andre faktorer eller forhold som oppveier prisstrukturens negative effekt på utbyggingsinsentivene. Som det fremkommer i punkt 8.5 finner flertallet at finansieringen av nettutbyggingen gjennom skjevtermineringsregimet kun i begrenset grad kunne påvirke utbyggingsinsentivene i positiv retning. Begrunnelsen er for det første at mer trafikk i eget nett ikke fører til høyere termineringsinntekter. For det andre har flertallet kommet til at risikoen for å miste skjevtermineringen kun i begrenset grad ga insentiver til å bygge nett, og at dette heller ikke er tilstrekkelig til å motvirke den negative effekten TA2 var egnet til å ha på utbyggingsinsentivene.
- (415) Flertallet har dernest i punkt 8.6 konkludert med at aksjonæravtalen og det delte eierskapet i Mobile Norway heller ikke motvirket den negative påvirkningen på utbyggingsinsentivene.
- (416) Når det gjelder betydningen av subjektive intensjoner, har flertallet som det fremgår av punkt 8.7 funnet det bevist at Telenor hadde intensjoner om, og forventet, at TA2 ville redusere insentivene til å bygge ut det tredje nettet. Etter flertallets vurdering er dette en omstendighet som i en samlet vurdering understøtter at TA2 var egnet til å redusere insentivene til å bygge det tredje nettet.
- (417) I den samlede vurderingen har flertallet også lagt til grunn at avtalens todelte prisstruktur, og det at slike strukturer ble vanlige og normale i bransjen, ikke påvirker i hvilken grad avtalen var egnet til å redusere utbyggingsinsentivene, slik flertallet har drøftet i punkt 8.8.
- (418) Videre har flertallet i den samlede vurderingen tatt i betraktning betydningen av den faktisk utviklingen – det at det tredje nettet ble bygget ut, om enn noe forsinket i forhold til utbyggingsplanene som forelå ved inngåelsen av TA2. Som det fremgår av punkt 8.9 har imidlertid flertallet i denne vurderingen kommet til at utbyggingen kan skyldes andre utenforliggende faktorer, og at det uansett ikke er et krav om å påvise faktisk virkning for at en atferd kan rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling.
- (419) Oppsummert har flertallet kommet til at verken skjevtermineringsregimet, avtale- og samarbeidsforholdet med Tele2, utbredelsen av en todelt prisstruktur eller den faktiske utviklingen oppveier den negative virkningen TA2 hadde på utbyggingsinsentivene. Etter flertallets vurdering har de enkelte faktorene isolert sett relativt svakt motvirkende effekter, og finnes derfor heller ikke samlet sett å kunne oppveie den svekkelsen av utbyggingsinsentivene og den negative påvirkningen av konkurransen som TA2 innebar. TA2 var derfor etter flertallets oppfatning, alle omstendigheter tatt i betraktning, egnet til å disinsentivere utbyggingen av det tredje mobilnettet, og derved egnet til å svekke konkurransen i mobilmarkedet.
- (420) Flertallet konkluderer etter dette med at Telenors atferd ved omleggingen av prisstrukturen i TA2 objektivt sett var i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling.

- (421) Flertallet vil i kapitlene 9 til 13 ta stilling til om atferden kan begrunnes som objektivt nødvendig eller i effektivitetsgevinster (kapittel 9), om samhandelskriteriet er oppfylt (kapittel 10), og om skyldkravet er oppfylt (kapittel 12). Til slutt vil flertallet ta stilling til spørsmålet om utmåling av overtredelsesgebyr (kapittel 13).

8.11 Mindretallets misbruksvurdering

8.11.1 Innledning

- (422) *Mindretallet, medlemmet Gjendemsjø*, har kommet til en annen konklusjon på spørsmålet om TA2 utgjør et misbruk av en dominerende stilling. Mindretallet er enig i de rettslige utgangspunktene som fremkommer i kapittel 4, og presentasjonen av og drøftelsen av de ulike elementer i vilkåret om utilbørlig utnyttelse som fremgår av kapittel 7. Uenigheten angår i all hovedsak subsumsjonen og vurderingen av hvordan de ulike momentene påvirker om TA2 er egnet til å begrense konkurransen.
- (423) Mindretallet deler ikke fullt ut flertallets vurdering av hvordan TA2s reduksjon av lønnsomheten ved å flytte trafikk over i eget nett påvirket utbyggingsinsentivene. Mindretallet er videre uenig med flertallet i vurderingen av i hvilken grad skjevtermineringen er egnet til å påvirke Network Norways utbyggingsinsentiver. Mindretallet har også et annet syn på vektleggingen av den faktiske utviklingen i saken.
- (424) Det er enighet om at misbruksvurderingen skal ta utgangspunkt i omstendighetene på handlingstidspunktet, slik som det fremkommer av punkt 7.4.5 ovenfor. Derimot er mindretallet av den oppfatning at den etterfølgende utviklingen i saken bekrefter at det er en stor grad av tvil om i hvilken grad TA2 var egnet til å begrense utbyggingen av det tredje mobilnettet.
- (425) Det bemerkes at mindretallets vurdering er basert på den samme alternativsituasjonen som flertallet har lagt til grunn i punkt 8.2. Videre bemerkes at det ikke er uenighet om betydningen et tredje nett vil ha på konkurransen, som drøftet i punkt 8.3. Med andre ord, dersom TA2 var egnet til å begrense utbyggingen av det tredje nettet, er det enighet i Konkurranseskjennemnda om at dette også medfører en begrensning av konkurransen. Mindretallet deler også flertallets vurdering i punkt 8.6 av hvordan avtaleforholdet mellom Network Norway og Tele2 kunne påvirke utbyggingsinsentivene. Det er videre enighet om det som fremkommer i punkt 7.5 om betydningen av det dominerende foretakets intensjoner. Mindretallet er videre enig i at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor hadde en intensjon om å begrense utbyggingen av det tredje nettet, slik det fremgår av punkt 8.7. Vektleggingen av intensjoner må imidlertid relateres til hva som følger av de øvrige omstendighetene.
- (426) I fortsettelsen vil det bli redegjort for mindretallets vurdering av hvordan de enkelte omstendighetene påvirket om TA2 var egnet til å begrense utbyggingen av det tredje nettet, herunder i hvilken grad TA2 var egnet til å redusere utbyggingsinsentivene, hvordan skjevtermineringsregimet påvirket utbyggingsinsentivene og den faktiske utviklingens betydning. Denne gjennomgangen er begrenset til de omstendigheter hvor mindretallet har et annet syn enn flertallet. Til slutt presenteres mindretallets samlede vurdering av de relevante omstendighetene.

8.11.2 TA2s virkning på utbyggingsinsentivene

- (427) Mindretallet er enig med flertallet i at TA2 reduserte lønnsomheten av å flytte trafikk over i eget nett etter hvert som nettet ble bygget ut. Det å oppnå større dekning som

igjen førte til at en større andel av egne abonnenters trafikk ble flyttet over til eget nett, førte ikke til den samme kostnadsreduksjonen under TA2 som under en justert TA1. Som det fremgår av flertallets vurdering i punkt 8.4.1, er dette en konsekvens av at betalingen for gjesting ble endret til å inkludere en trafikkuavhengig pris per SIM-kort, og at prisen per enhet trafikk ble vesentlig redusert. Kostnadsreduksjonen ved å flytte trafikken over i eget nett ble da mindre enn tidligere.

- (428) Mindretallet er derimot ikke enig i flertallets vurdering av i hvilken grad dette påvirket insentivene til å bygge ut nettet. Dette gjelder både i hvilken grad TA2 i seg selv var egnet til å påvirke insentivene, og i hvilken grad TA2 vurdert sammen med andre omstendigheter, var egnet til å ha denne virkningen.
- (429) Sentralt for mindretallet er at vurderingen av hva TA2 var egnet til, skal ta utgangspunkt i tidspunktet for handlingen, se punkt 7.4.5 ovenfor. På dette tidspunktet var utbyggingsplanen til Network Norway å bygge et nett med 75 prosent befolkningsdekning, se punkt 2.8.
- (430) Etter mindretallets vurdering er det ikke grunnlag for å hevde at utbyggingsinsentivene som følge av TA2 ble redusert i en slik grad at Network Norway ikke ville bygge ut nettet i henhold til planen om et nett med 75 prosent befolkningsdekning. Slik mindretallet ser det, er det ikke godtgjort i hvilken grad lønnsomhetsreduksjonen som TA2 førte til, påvirket utbyggingsinsentivene. Det er dermed usikkert hvor omfattende utbygging Network Norway fortsatt ville ha insentiver til å gjennomføre etter inngåelsen av TA2. Dette fører igjen til at det er uklart om denne lønnsomhetsreduksjonen var egnet til å påvirke utbyggingen av et nett med 75 prosent befolkningsdekning. Mindretallet finner det derfor vanskelig å konkludere med at TA2 var egnet til å redusere utbyggingen av nettet, sammenholdt med utbyggingsplanen på 75 prosent. I det følgende skal dette standpunktet begrunnes nærmere.
- (431) Mindretallet er enig med flertallet i at ikke enhver prisreduksjon, selv om den påvirket lønnsomheten ved å bygge ut nettet, kan anses som et misbruk (Se punkt 8.4.1.2). Spørsmålet er om SIM-kortavgiften er egnet til å begrense insentivene til å bygge ut nettet, og dermed begrense konkurransen. Flertallet har lagt vekt på at denne avgiften begrenser hvor mye av gjestingskostnaden som kan spares inn ved å flytte trafikk over i eget nett, og dermed også reduserer utbyggingsinsentivene. Mindretallet er ikke uenig i at lønnsomheten ved å flytte trafikk over i eget nett reduseres av SIM-kortavgiften sammenlignet med en justert TA1. Derimot er det etter mindretallets oppfatning ikke godtgjort at dette førte til en reduksjon av utbyggingsinsentivene som er tilstrekkelig til at den var egnet til å hindre utbyggingen av det tredje nettet.
- (432) På grunnlag av den informasjonen som er tilgjengelig for Konkurranseskjennemnda er det ikke mulig å si ved hvilken utbyggingsgrad TA2 skulle føre til at Network Norway ikke lenger hadde tilstrekkelige insentiver til å bygge nett. Det som er godtgjort, er at SIM-kortavgiften, kombinert med lavere trafikkpriser, rent teoretisk ville påvirke lønnsomheten av å bygge nett, men det er ikke godtgjort i hvilken grad. Dette poenget kan illustreres ved bruk av Bs skisse som flertallet viser til i punkt 8.4.1.2. Denne viser at når det skal foretas et valg mellom å bygge eget nett eller å gjeste hos Telenor, vil det å bygge eget nett bli relativt sett mindre lønnsomt etter hvert som utbyggingen nærmer seg den siste delen av utbyggingen relatert til befolkningsdekning. Dette innebærer at enhetskostnaden for trafikk stiger ved hvert utbyggingssteg. Figuren illustrerer at på ett punkt vil det bli billigere å gjeste enn å bygge eget nett, og at gjestingsprisen påvirker

hvor dette skjæringspunktet er. Den versjonen av figuren som er tatt inn i punkt 8.4.1.2 inkluderer også SIM-kortavgiften, og illustrerer at denne forskyver kurven oppover, slik at den krysser kostnadslinjen før den ville gjort det uten SIM-kortavgiften. Da flyttes skjæringspunktet for når det blir billigere å gjeste mot venstre i figuren. Mindretallet er ikke uenig i denne vurderingen, og deler flertallets oppfatning om at SIM-kortavgiften førte til at valget om å gjeste i stedet for å bygge, ble mer attraktivt ved en lavere utbyggingsgrad.

- (433) Mindretallet vil fremheve at det ikke er godtgjort ved hvilken utbyggingsgrad gjesting ble mer lønnsomt enn utbygging. Det er heller ikke godtgjort ved hvor mye mindre utbyggingsgrad gjesting ble det mest lønnsomme valget etter TA2, sammenlignet med alternativsituasjonen. For å illustrere, så er det ikke godtgjort om det fortsatt var mest lønnsomt å bygge eget nett frem til en dekningsgrad på 65 prosent, 75 prosent, 80 prosent eller en annen tenkt dekningsgrad. Det er dermed ikke godtgjort om TA2 var egnet til å flytte dette skjæringspunktet til et sted under 75 prosent dekningsgrad, som var hva Network Norway hadde planer om å bygge ved inngåelsen av TA2.
- (434) Det nærmeste vi kommer en antagelse om dette i vedtaket, er en henvisning til interne vurderinger hos Telenor som anslår at skjæringspunktet er ved 40 til 50 prosent (vedtaket avsnitt 759 og 931, vedlegg 110 til vedtaket), uten at det foreligger noen nærmere forklaring på hvorfor man anså dette som realistisk. Etter mindretallets oppfatning kan ikke denne antagelsen legges til grunn som en god indikasjon på hvilken utbyggingsgrad TA2 var egnet til å føre til. Dette skyldes for det første at den faktiske utviklingen viser at nettet ble bygget ut til en langt høyere dekningsgrad. Se mer om det i punkt 8.9 og punkt 2.8. Det er for det andre usikkert om denne antagelsen reflekterer hvordan skjevtermineringen og Network Norways kundevekst kunne påvirke utbyggingsinsentivene.
- (435) Flertallet har argumentert for at TA2 også reduserte insentivene til å bygge ut eget nett for å unngå trafikklekkasje, sammenlignet med TA1. Argumentet er at Network Norway ville hatt større insentiver til å bygge et tettere nett eller bygge ut på en annen måte under TA1, for å unngå trafikklekkasje. Mindretallet kan ikke se at dette stiller saken i et annet lys. Flertallets argument er logisk og teoretisk holdbart, men bygger etter mindretallets oppfatning på en forutsetning om at Network Norway kunne bygge raskere enn det de faktisk gjorde, i betydningen flere basestasjoner. Som det fremgår av mindretallets vurdering av skjevtermineringsregimet i punkt 8.11.3 var Network Norway opptatt av å bygge ut et nett med 75 prosent befolkningsdekning fordi skjevtermineringen i stor grad berodde på befolkningsdekning. Det fremgår også der at Network Norway lenge hadde et håp om forlenget skjevterminering for å bygge ut til enda høyere befolkningsdekning. Mindretallet kan ikke se at det er godtgjort at Network Norway både skulle kunne bygge ut til en befolkningsdekning på 75 prosent, og samtidig bygge et nett som var tettere i den aktuelle perioden. De vanskeligheter Network Norway støtte på for å bygge ut nettet (se nærmere om dette i punkt 2.8) ville vært til stede også under en justert TA1, og det er ingenting som tyder på at nettet ikke ble bygget så raskt som mulig. Det kan derfor ikke legges til grunn at Network Norway også skulle ha bygget et tettere nett under en justert TA1.
- (436) Mindretallet bemerker videre at målsetningen ved inngåelsen av TA2 var å bygge ut et nett med en viss grad av befolkningsdekning. Som mindretallet har bemerket ovenfor er det denne målsetningen TA2 sin virkning må vurderes i forhold til, og ikke en annen tenkt enda bedre eller større utbygging.

(437) Mindretallet har dermed kommet til at det er uklart i hvilken grad TA2 var egnet til å redusere insentivene, eller ved hvilken utbyggingsgrad Network Norway ikke lengre hadde tilstrekkelige insentiver til å bygge ut nettet. Videre er det etter mindretallets oppfatning ikke klart at Network Norway ikke ville ha insentiver til å bygge et nett med en befolkningsdekning på 75 prosent med TA2, slik som planen var på avtaletidspunktet.

8.11.3 Betydningen av skjevtermineringen

(438) Mindretallets oppfatning av hvordan skjevtermineringsregimet påvirker utbyggingsinsentivene, avviker fra flertallets vurdering. For en nærmere beskrivelse av skjevtermineringen vises det til punktene 2.7 og 8.4.2.

(439) Flertallet har lagt vekt på at skjevtermineringen ikke innebar noen rettslig forpliktelse til å bygge ut nettet, og at termineringsinntekten ble generert av kundevolum og ikke mengde trafikk i eget radionett, se punkt 8.4.2. Mindretallet er enig i at selve termineringsinntekten først og fremst skaper insentiver til å øke kundevolumet og ikke nødvendigvis utbyggingen.

(440) Mindretallet er videre enig i at skjevtermineringsregimet ikke innebærer en rettslig forpliktelse til å bygge ut nettet utover konsesjonskravet på 40 prosent (se punkt 2.7). Videre er det enighet om at risikoen for tilbakebetaling av forhøyede termineringsgebyr må ha fremstått som liten, og dermed ikke kan ha vært egnet til å påvirke utbyggingen av nettet.

(441) Derimot har mindretallet en avvikende vurdering av i hvilken grad risikoen for å miste fremtidig skjevtermineringsinntekt kunne gi insentiver til å fortsette utbyggingen. Mindretallet er enig med flertallet i at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Nkom kunne endre reguleringen av termineringsprisene med virkning fremover i tid, også for gjenværende periode av allerede fattet vedtak (se punkt 8.5.2.3).

(442) Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt til grunn at trusselen om endring av skjevtermineringen ikke var særlig stor, ettersom prosessen med å endre reguleringen var tidkrevende, i tillegg til at det var informasjonsasymmetri om årsaken til en forsinkelse i utbyggingen. Telenor har anført at denne vurderingen er basert på synsing.

(443) Mindretallet viser til flertallets vurdering i punkt 8.5.2.3 hvor det fremkommer at det er en risiko for å miste fremtidige skjevtermineringsinntekter dersom man lar være å bygge ut nett. Det vises videre til at tidligere forsinkelser i utbyggingen ikke førte til reduksjon av fremtidige skjevtermineringsinntekter. Dette kan imidlertid ikke tas til inntekt for at det ikke var en risiko for å miste fremtidig skjevterminering, ettersom myndighetene kom til at forsinkelsene hadde andre årsaker enn manglende evne og vilje til å bygge ut. At skjevtermineringen, eller risikoen for å miste denne, skapte insentiver til å bygge nett bekreftes også av forklaringen til C, avsnitt 90, hvor det ble uttrykt at:

«Nettutbyggingen har primært vært drevet av krav fra myndighetene til å levere et visst antall basestasjoner på halvårlig basis.»

(444) Cs forklaring stemmer også godt overens med myndighetenes egen oppfatning om at endring av skjevtermineringen kunne foretas relativt raskt.¹³⁰ I en presentasjon til styret

¹³⁰ Brev fra Nkom til Konkurransetilsynet datert 13. mai 2015 [vedlegg 16 til vedtaket], s 1. spm 1.

i Mobile Norway datert 23. august 2011, jf. (vedlegg 43 til vedtaket), blir det også gitt uttrykk for at man er oppmerksom på oppfølgingen fra myndighetene.

- (445) Når det gjelder omfanget av skjevtermineringens påvirkning av utbyggingsinsentivene må det legges til at det på tidspunktet for inngåelsen av TA2 forelå et varsel fra Nkom som innebar at Network Norway i fremtiden kun hadde behov for å dekke inn 80 millioner gjennom skjevterminering.¹³¹ Dette kunne åpenbart redusere insentivvirkningen av risikoen for å miste skjevtermineringen. I tiden fra varselet og frem til tidspunktet for inngåelsen av TA2 hadde det imidlertid vært en høringsrunde, og i det endelige vedtaket av 27. september 2010 ble det vedtatt en nedtrapping av skjevtermineringen frem mot utløpet av juni 2012, men med noe høyere pristak enn det som fulgte av varselet.¹³² Den 11. mai 2011 forlenget departementet skjevtermineringsperioden til utløpet av 2012, i tillegg til at pristakene ble forhøyet også for første halvdel av 2012.¹³³ Vedtaket tok sikte på å dekke inn om lag NOK 1 milliard for henholdsvis Network Norway og Tele2.¹³⁴ Hva Network Norway og Telenor visste om den fremtidige skjevtermineringen ved inngåelsen av TA2 er ikke sikkert. Mindretallet legger her til grunn at innspillene fra Network Norway til Nkom i denne prosessen medførte en forventning om at merinntekten ville bli oppjustert. Dette underbygges av forklaringsopptaket til O. Det hitsettes fra sammendraget av forklaringsopptaket:

«O forklarer at man i forkant av inngåelsen av tilleggsavtale 2 hadde god forutsigbarhet om fremtidige termineringsinntekter, siden tilsynet hadde gjort store endringer i forhold til førsteutkastet, som kom våren 2010. Disse endringene tok til følge Network Norways kommentarer, og pristaket ble dermed økt.»¹³⁵

- (446) Mindretallet legger derfor til grunn at risikoen for å miste fremtidig skjevterminering skapte insentiver for å bygge nett.
- (447) Flertallet har i sin vurdering av skjevtermineringens virkning lagt vekt på at det først og fremst var antall kunder og trafikkvolum inn til egne kunder som påvirket termineringsinntekten. Når det kommer til risikoen for å miste fremtidig skjevtermineringsinntekt, legger flertallet vekt på at størrelsen på fremtidig skjevtermineringsinntekt uansett var lavere enn gjenstående byggekostnader for å nå en befolkningsdekning på 75 prosent. Mindretallet er ikke uenig i regnestykket, men viser til at deler av utbyggingen fortsatt fremstod som lønnsom gjennom innsparte gjestingskostnader. Selv med TA2 var det et betydelig innsparingspotensial ved å flytte trafikk over i eget nett. Etter Network Norways egne beregninger var nesten halvparten av gjestingskostnadene fortsatt trafikkavhengig (Se tabell 6 i vedlegg 116.2 til vedtaket). Denne innsparingen må også tas med i regnestykket. I denne vurderingen er det ikke relevant at justert TA1 kunne føre til enda større innsparing av gjestingskostnader. Når det som vurderes er om risikoen for å miste fremtidig termineringsinntekt kan motvirke en eventuell reduksjon i utbyggingsinsentivene som følger av TA2, kan en ikke se bort fra at deler av utbyggingen fortsatt kunne finansieres av reduserte gjestingskostnader.

¹³¹ Nkom (2010), varsel marked 7, avsnitt 189.

¹³² Nkom (2010), vedtak marked 7, se særlig avsnittene 191-196.

¹³³ Samferdselsdepartementet (2011), klagevedtak marked 7, punkt 4.7.

¹³⁴ Samferdselsdepartementet (2011), klagevedtak marked 7, punkt 4.2.3.3.

¹³⁵ Sammendrag av forklaringsopptak 22. oktober 2012, med O [vedlegg 2 til vedtaket] avsnitt 80.

- (448) Videre viser interne diskusjoner i Network Norway at en i 2010 også vurderte enda større utbygging dersom det kunne oppnås forlenget skjevterminering.¹³⁶ Det fremstår som åpenbart at en stans i utbyggingen ville fjerne alt håp om å oppnå forlenget skjevterminering. Mindretallet legger også til grunn at det fremstår som tvilsomt at Network Norway basert på en ren lønnsomhetsanalyse skulle opptre så klart i strid med forventningene til markedsreguleringsmyndighetene som flertallet indikerer, uten at dette har betydning for mindretallets vurdering.
- (449) Etter dette legger mindretallet til grunn at skjevtermineringen, eller nærmere bestemt risikoen for å miste fremtidig skjevterminering, var egnet til å skape utbyggingsinsentiver for Network Norway, men at det også her er uklart i hvilken grad insentivene påvirkes.

8.11.4 Nærmere om den faktiske utviklingen

- (450) Telenor har i klagen punkt 6.4.4 anført at fraværet av faktiske virkninger er et tungtveiende argument i virkningsvurderingen, og at fraværet av faktiske negative virkninger i seg selv utgjør bevis for at avtalen verken var egnet til eller hadde som sannsynlig virkning å begrense konkurransen. Telenor viser i klagen punkt 7.4.2 til at det tredje nettet stort sett ble bygget ut i henhold til planen, og at forsinkelser og avvik stort sett forekom i perioden før TA2, og skyldtes andre omstendigheter enn tilgangsvilkårene mellom Network Norway og Telenor.
- (451) I vedtaket har Konkurransetilsynet lagt til grunn at vurderingen av atferdens potensielle virkninger skal foretas i lys av omstendighetene på handlingstidspunktet. Dette anføres i vedtaket punkt 11.7.3.1 også som begrunnelse for ikke å ta hensyn til at den påståtte virkningen ikke nødvendigvis inntrådte. Dette ble også understreket under den muntlige høringen.
- (452) Konkurranseskjemenemnda har i punkt 7.4.5 kommet til at misbruksvurderingen må ta utgangspunkt i omstendighetene på handlingstidspunktet, men at den etterfølgende utviklingen i markedet kan gi indikasjoner på hvilke virkninger atferden var egnet til å ha på handlingstidspunktet.¹³⁷ Mindretallet er enig i disse rettslige utgangspunktene.
- (453) Mindretallet bemerker at det tredje nettet per 1. januar 2014 hadde mer enn 75 prosent befolkningsdekning med 1804 driftssatte basestasjoner.¹³⁸ Dette var en forsinkelse på omtrent ett år sammenholdt med den opprinnelige byggeplanen. Som påpekt i punkt 8.11.3 kan i alle fall deler av forsinkelsen skyldes andre omstendigheter enn TA2.
- (454) Det er riktig som anført av Telenor at nettet ble bygget ut i henhold til den utbyggingsplanen som forelå ved inngåelsen av TA2, men med en forsinkelse på ett år. Denne forsinkelsen kan skyldes at TA2 var egnet til å redusere utbyggingsinsentivene, og i så fall er det ikke noe motsetningsforhold mellom den faktiske utviklingen og vurderingen av at TA2 var egnet til å begrense konkurransen. I prosessen opp mot myndighetene ble det gjentatte ganger vist til at årsakene til forsinkelsen var problemer med samlokalisering, forsinkede transmisjonsleveranser, forsinkede strømleveranser og lang behandlingstid på byggesøknader. Det fremkommer av vedtakene om

¹³⁶ Referat fra styremøte i Network Norway 29. september 2010 [vedlegg 35 til vedtaket].

¹³⁷ Se sak E-15/10, *Posten Norge*, avsnitt 192. Se også Robert O'Donoghue og A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. utgave, 2013 side 269.

¹³⁸ Brev fra Tele2 til Nkom datert 15. januar 2014.

skjevterminering at Samferdselsdepartementet hadde tillit til at dette var reelle begrunnelser for forsinkelsen.¹³⁹ Forsinkelsene kan derfor ikke i seg selv begrunne at TA2 var egnet til å forsinke utbyggingen av det tredje nettet.

- (455) Etter mindretallets oppfatning forsterker den etterfølgende utviklingen den usikkerheten som er knyttet til om TA2 er egnet til å redusere utbyggingsinsentivene. Mindretallet bemerker at selv om en legger til grunn at TA2 i seg selv var egnet til å begrense utbyggingen i noen grad, indikerer den faktiske utviklingen at denne effekten uansett har blitt motvirket av andre omstendigheter, slik som skjevtermineringsregimet. Etter mindretallets vurdering foreligger det heller ikke noen etterfølgende utenforliggende omstendigheter som kan forklare at nettet ble bygget selv om TA2 skulle ha vært i stand til å hindre dette.

8.11.5 Samlet vurdering av alle omstendigheter

- (456) Drøftelsen ovenfor viser at mindretallet er uenig med flertallet i vurderingen av hva TA2 isolert sett er egnet til, betydningen av skjevtermineringen og vektleggingen av den faktiske utviklingen. Dette fører etter mindretallets oppfatning til at når alle omstendigheter er tatt i betraktning, kan det ikke konkluderes med at TA2 var egnet til å begrense konkurransen.
- (457) Etter mindretallets oppfatning kan en ikke la være å legge vekt på den faktiske utviklingen, når momentene som tilsier at TA2 var egnet til å redusere utbyggingsinsentivene først og fremst er av teoretisk karakter, og at virkningen ikke kan konkretiseres eller kvantifiseres. En står da i fare for å gripe inn mot noe som minner om en hypotetisk virkning, uten at det tas hensyn til de konkrete omstendighetene som forelå på handlingstidspunktet. Slik mindretallet vurderer det, kan ikke Telenors intensjoner om å begrense utbyggingen av det tredje nettet oppveie for usikkerheten om i hvilken grad TA2 var egnet til å redusere utbyggingsinsentivene.
- (458) Konkurransetilsynet har anført at selv om andre faktorer enn TA2 kan ha hatt en positiv virkning på utbyggingen, så har TA2 uansett vært egnet til å hindre en ytterligere utbygging, en raskere utbygging eller tettere utbygging av nettet. Mindretallet kan ikke se at dette endrer på konklusjonen om at det ikke er godtgjort at TA2 var egnet til å begrense konkurransen. Når det gjelder en mer omfattende utbygging, viser interne vurderinger i Network Norway at beslutningene om bygging av et mer omfattende og tettere nett, først og fremst berodde på mulighetene for å oppnå ytterligere og forlenget skjevterminering (se vedtaket avsnitt 196, 199, 208).
- (459) Det bemerkes at denne konklusjonen etter mindretallets oppfatning ikke er i strid med at det ikke kan oppstilles noe merkbarhetskrav under konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. Mindretallet stiller seg bak det som kommer frem i punkt 7.4 om at fraværet av et merkbarhetskrav ikke innebærer at enhver reduksjon i utbyggingsinsentiver vil være et misbruk av en dominerende stilling. Det må kreves at utbyggingsinsentivene reduseres i en slik grad at de er egnet til å hindre utbyggingen og dermed begrense konkurransen.

¹³⁹ Samferdselsdepartementet, marked 7, brev om klagevedtak til Network Norway 19. mai 2009 (Vedlegg 14 til vedtaket).

- (460) Mindretallet konkluderer på denne bakgrunn med at det ikke er godtgjort at TA2 var egnet til å begrense utbyggingen av det tredje nettet.

9 Objektiv nødvendighet og effektivitetsgevinster

9.1 Innledning

- (461) Atferd som i utgangspunktet er i strid med forbudet i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, kan likevel være tillatt dersom det dominerende foretaket kan rettferdiggjøre sin atferd. Dette innebærer at det dominerende foretaket må godtgjøre at atferden enten var objektivt nødvendig, eller at atferdens konkurransebegrensende virkninger oppveies av effektivitetsgevinster som også kommer forbrukerne til gode.¹⁴⁰
- (462) Telenor anfører i klagen punkt 8.1 at det også er mulig å rettferdiggjøre atferden på det grunnlag at den er uttrykk for ytelsesbasert konkurranse.
- (463) Videre anføres det fra Telenor i klagen punkt 8.2.2 at prisstrukturen i TA2 var berettiget for at Telenor skulle få betaling for den fordel den innebar at Network Norway kunne benytte Telenors nett (den såkalte dekningsfordelen). Uten dekningsavgiften og med manglende kjennskap til Mobile Norways utbyggingsplaner, ville Telenor risikert «fløteskumming» fra Network Norways side, altså at Network Norway bygget kun i befolkede områder, og baserte seg på dekning hos Telenor i trafikksvake områder med høy utbyggingskostnad, til en lav kostnad. I praksis ville slik «fløteskumming» redusert infrastrukturkonkurransen gjennom å svekke grunnlaget for investeringer i nettene.
- (464) Telenor hevder i klagen punkt 7.3.5 med henvisning til rapporten fra von der Fehr at prisstrukturen bedre reflekterte Telenors underliggende kostnadsstruktur. Det hevdes også i klagen punkt 7.3.4 og 8.2 at prisstrukturen ga bedre forutsigbarhet for grossistinntektene, noe som beskyttet Telenors insentiver til betydelige investeringer i eget nett.
- (465) Telenor anfører videre i klagen pkt. 8.2.2 at prisstrukturen innebar effektivitetsgevinster gjennom at den satte Network Norway i stand til å konkurrere bedre og mer effektivt i sluttbrukermarkedet. Reduksjonen i trafikkpriser medførte at Network Norway fikk lavere grensekostnader, noe som kom forbrukerne til gode ved økt konkurranse og lavere priser. Prisstrukturen i TA2 var også bedre tilpasset produktutviklingen i sluttbrukermarkedet ved at man kunne tilby fastprisabonnementer med data inkludert i prisen. Videre bedret den Network Norways forutberegnelighet angående kostnader, noe som igjen ga Network Norway bedre grunnlag for å planlegge sine investeringer. Dette understøttes ifølge Telenor av markedsutviklingen i avtaleperioden. Den nye avtalen reduserte også konfliktnivået mellom Telenor og Network Norway og de betydelige omkostningene konflikten påførte i form av direkte kostnader, managementtid og goodwill.
- (466) Konkurransetilsynet hevder i vedtakets punkt 11.8.2 at Telenor ikke har dokumentert at TA2 førte til effektivitetsgevinster som kom forbrukerne til gode. Prisene i gjestingsavtalen ville blitt satt ned uansett. Dessuten må SIM-kortavgiften betraktes som en kostnad per kunde, og ikke en fast kostnad. Det innebærer at SIM-kortavgiften begrenser Network Norways konkurransekraft fordi Network Norway må ta hensyn til SIM-kortavgiften når de vurderer hvor aggressivt de skal konkurrere om nye kunder.

¹⁴⁰ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnittene 40–42 med videre henvisninger.

Midlertidig styrking av konkurransen på sluttbrukermarkedet kan heller ikke vurderes isolert, men må veies opp mot den langsiktige negative effekten på utbyggingen. En begrensning eller forsinkelse med hensyn til utbygging av det tredje nettet ville øke Network Norways grensekostnader både i grossist- og sluttbrukermarkedet.

- (467) Konkurransetilsynet påpeker videre i vedtaket punkt 11.8.1 at Telenors anførsel om at prisstrukturen i TA2 bedre reflekterte Telenors kostnadsstruktur, bygger på en forutsetning om at SIM-kortavgiften var en fast kostnad, noe som ikke stemmer, idet avgiften varierte med antall SIM-kort. Telenor har heller ikke vist at hvert nytt SIM-kort hos Network Norway ga Telenor en økning i kostnadene på i gjennomsnitt ■ kroner, og har dermed ikke vist en sammenheng mellom sin egen kostnadsstruktur og innføring av SIM-kortavgiften i TA2. Telenors kostnader er i all hovedsak faste, slik at gjennomsnittskostnaden per kunde reduseres med antall kunder. Telenor har således ikke vist at prisstrukturen bedre reflekterte Telenors kostnadsstruktur på en slik måte at Network Norway ville bli mer effektiv i sin prising i sluttbrukermarkedet. Telenor har dermed heller ikke sannsynliggjort at prisstrukturen førte til lavere priser eller på annen måte kom forbrukerne til gode.
- (468) I Konkurransetilsynets brev 11. mars 2019 punkt 7.10 fremheves det at Telenor heller ikke har vist at den konkrete utformingen av prisstrukturen i TA2 var nødvendig og forholdsmessig for å realisere de påståtte effektivitetsgevinstene. Det var mulig for Telenor å velge andre prismodeller som ikke ville hatt de samme negative virkningene. SIM-kortavgiften slik den ble utformet var verken et egnet eller et nødvendig virkemiddel for å oppnå effektivitetsgevinster.

9.2 Rettslig utgangspunkt

- (469) I henhold til EU/EØS-praksis må det dominerende foretaket godtgjøre at de konkurranseskadelige virkningene enten er objektivt nødvendige eller oppveies av effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode.¹⁴¹ I det siste tilfellet må det også godtgjøres at det er årsakssammenheng mellom atferden og effektivitetsgevinstene, at atferden ikke gikk lenger enn det som var nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinstene og at atferden ikke utelukket effektiv konkurranse i de relevante markedene ved å fjerne alle eller de fleste kilder til konkurranse.¹⁴² Det fremgår av *Posten Norge* at kravet til nødvendighet og forholdsmessighet også gjelder dersom man anfører en objektiv nødvendighetsgrunn.¹⁴³
- (470) Av Kommisjonens veiledning fremgår følgende om hva som kreves for at en atferd skal være objektivt nødvendig:

«Spørsmålet om, hvorvidt den pågældende adfærd er absolut nødvendig og står i forhold til den dominerende virksomheds målsætning, må afgøres på grundlag af faktorer, som den dominerende virksomhed ikke har nogen indflydelse på. Ekskluderende adfærd kan for eksempel betragtes som objektivt nødvendig af sundheds- eller sikkerhedsmæssige grunde, der er forbundet med det pågældende produkts art. Når det skal bevises, at adfærd af denne art er

¹⁴¹ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 42.

¹⁴² Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 42 og Meddelelse fra Kommissionen — Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd avsnitt 30 («Kommisjonens veiledning»).

¹⁴³ Sak E-15/10, *Posten Norge*, avsnitt 206.

objektivt nødvendig, må der dog tages hensyn til, at det normalt påhviler de offentlige myndigheder at fastsætte og håndhæve offentlige sundheds- og sikkerhedsstandarder. Det er ikke den dominerende virksomheds opgave selv at tage initiativ til at udelukke produkter, som den med rette eller urette anser for farlige eller af dårligere kvalitet end sit eget produkt.»¹⁴⁴

- (471) Flertallet viser til at verken retspraksis eller Kommisjonens veiledning gir noen støtte til Telenors anførsel om at et misbruk kan rettferdiggjøres fordi atferden er ytelsesbasert konkurranse. Flertallet viser for øvrig til drøftelsen i punkt 7.2, hvor Konkurranseskjennemnda konkluderer med at avvik fra ytelsesbasert konkurranse ikke er et selvstendig vilkår under konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. For øvrig har flertallet vurdert dette som et moment i misbruksvurderingen, se punkt 8.8.
- (472) Det er det dominerende foretaket som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt og beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. De faktorer som det dominerende foretaket baserer rettferdiggjøringen på, må være faktorer foretaket tok hensyn til på handlingstidspunktet. EU-domstolen har videre presisert at argumentasjonen og bevisføringen for den objektive rettferdiggjøringen ikke kan være vag, generell og teoretisk.¹⁴⁵

9.3 Flertallets vurdering

9.3.1 Rettferdiggjøring av prisstrukturen

9.3.1.1 Innledning

- (473) Telenor har som det fremgår av punkt 9.1 ovenfor anført en rekke grunner for å rettferdiggjøre prisstrukturen i TA2. Som vist i forrige avsnitt må en handling ha vært nødvendig og egnet til å sikre formålet eller oppnå effektivitetsgevinsten for å kunne rettferdiggjøre en konkurransebegrensning under konkurranseloven §11 og EØS-avtalen artikkel 54. For mange av grunnene anført av Telenor er det uklart for flertallet om anførselene innebærer at Telenor mener at prisstrukturen var objektivt nødvendig for å oppnå disse formål, eller om man mener at den har resultert i effektivitetsgevinster. Flertallet har som det fremgår av avsnittene nedenfor, kommet til at ingen av de anførte omstendighetene nødvendiggjorde prisstrukturen i TA2. Det er derfor ikke påkrevd for flertallet å gå inn på om de enkelte omstendighetene kan kvalifisere som en objektiv nødvendighetsgrunn eller en effektivitetsgevinst.

9.3.1.2 Prisstrukturen som betaling for dekningsfordelen

- (474) Det fremgår av tidsnære bevis som er vedlagt vedtaket som Vedlegg 110 og 112 og sitert i avsnitt (375) og (377) over at Telenor var opptatt av å sikre en basisbetaling for dekning som gikk ut over marginalkostnadene ved å bygge kapasitet i by, og betaling for tilgang til Telenors landsdekning uavhengig av faktisk bruk. Med synkende roaming-andel ville ellers Telenors grossistinntekter synke raskt.
- (475) Slik flertallet ser det, kan det være legitimt å ta seg betalt for en slik dekningsfordel til en viss grad. Et dominerende foretak står imidlertid ikke helt fritt til å ta seg betalt en hvilken som helst pris. Dette gjelder selv om foretaket ikke er pålagt kostnadsbaserte priser. Et dominerende foretak kan for eksempel ikke sette urimelig høye eller diskriminerende priser. Telenor har ikke dokumentert at SIM-kortavgiften var en god

¹⁴⁴ Kommisjonens meddelelse avsnitt 29 med videre henvisninger til EU retspraksis.

¹⁴⁵ Sak T-201/104, *Microsoft*, avsnitt 698.

måte å sikre betaling for Telenors kostnader forbundet med å tilby dekning, og heller ikke at den ikke gikk lengre enn det som var nødvendig for å sikre Telenor en rimelig betaling for dekningsfordelen. Det er på det rene at økt utbygging av Network Norways nett ville innebære stadig mindre gjesting i Telenors nett. En fast kostnad per kunde innebærer da at man betaler en stadig høyere effektiv pris for dekning siden opsjonen utnyttes i stadig mindre grad.

- (476) Flertallet legger videre til grunn at Telenor heller ikke har godtgjort at det ikke fantes andre prisstrukturer som like godt eller bedre kunne ivareta dette formålet, uten å begrense konkurransen negativt gjennom å redusere Network Norways utbyggingsinsentiver.

9.3.1.3 Sikring av grossistinntekter

- (477) Telenor anfører i klagen 7.3.4 at foretaket hadde et legitimt behov for å sikre grossistinntekter etter å ha gitt en betydelig prisreduksjon, og samtidig unngå at man satt igjen med en langvarig forpliktelse til å gi Network Norway landsdekning uten å få inntekter, dersom nettet ble bygget ut raskere eller i større omfang enn forventet. Dette ble også understreket av Telenors vitner under høringen.

- (478) Flertallet legger til grunn at Telenors ønske om å sikre seg høyest mulig grossistinntekter ikke kan underbygge at prisstrukturen i TA2 var objektivt nødvendig eller ga effektivitetsgevinster. Tilgangsavtalen inneholdt allerede volumforpliktelser, og Telenor ville under enhver omstendighet vært forpliktet til å redusere prisene i tilgangsavtalen for å unngå å havne i marginskvis, noe som også er erkjent av Telenor. Flertallet har dessuten vanskelig for å se hvordan forbrukerne fikk fordel av at Telenor sikret sine grossistinntekter.

9.3.1.4 Forholdet mellom prisstrukturen i TA2 og Telenors kostnadsstruktur

- (479) Flertallet viser til at Telenor ikke har vist at hvert nytt SIM-kort hos Network Norway ga Telenor en økning i kostnadene på i gjennomsnitt ■ kroner, eller annen kostnadsøkning i denne størrelsesordenen. Kostnadene ved mobilnettet er i det vesentlige faste og knyttet til kapasiteten. Kapasitetskostnadene er i hovedsak drevet av trafikkvolum og dekningsgrad. Antall kunder er også en kostnadsdriver, men bare i beskjeden grad. Det er følgelig ikke grunnlag for å hevde at antall kunder var en viktig kostnadsdriver ved utbygging og drift av nettet, og derved for kostnadene Telenor hadde ved å tilby dekning. Trafikkprisene i TA2 er betaling for trafikk. SIM-kortavgiften er ikke egnet til å reflektere kostnadsdriverne forbundet med dekning, ettersom disse kostnadsdriverne i liten grad er forbundet med antall kunder. Telenors kostnader er i all hovedsak faste, slik at gjennomsnittskostnaden per kunde reduseres med antall kunder. SIM-kort avgiften var imidlertid en avgift som varierte med antall SIM-kort. Telenor har dermed ikke vist en sammenheng mellom sin egen kostnadsstruktur og innføringen av SIM-kortavgiften i TA2.

- (480) Flertallet legger etter dette til grunn at SIM-kortavgiften ikke reflekterte Telenors kostnadsstruktur bedre enn andre alternativer. Telenor har heller ikke vist at det ikke fantes andre prisstrukturer som like godt kunne ivareta dette formålet, uten å begrense konkurransen negativt gjennom å redusere Network Norways utbyggingsinsentiver.

9.3.1.5 *Insentiver til å investere i utbygging av eget nett*

(481) Telenor har anført at prisstrukturen i TA2 var nødvendig for å gi Telenor forutberegnelighet for grossistinntektene og insentiver til ytterligere investeringer i eget nett. Det er i klagen figur 12 og under høringen fremlagt bevis for at Telenor foretar betydelige investeringer i eget nett hvert år. Det er imidlertid ikke fremlagt tidsnære bevis som tilsier at omleggingen av prisstrukturen i TA2 var viktig for Telenor for å opprettholde sine insentiver til investeringer i eget nett, og hvorfor denne prisstrukturen i så fall var bedre egnet enn andre alternativer med mindre konkurransebegrensende effekter. Gjestingsinntektene fra Network Norway var små i forhold til Telenors samlede omsetning, og synes således å ha hatt liten betydning for Telenors investeringsbeslutninger.

9.3.1.6 *Konklusjon*

(482) Som det fremgår av de foregående avsnittene legger flertallet til grunn at Telenor ikke har godtgjort at prisstrukturen i TA2 var nødvendig for å oppnå noen av de aktuelle formålene, eller at disse innebar effektivitetsgevinster som kom forbrukerne til gode. På det grunnlaget kan heller ikke disse omstendighetene rettfærdiggjøre prisstrukturen i TA2.

9.3.2 Effektivitetsgevinster i form av økt konkurranse og lavere priser i sluttbrukermarkedet

(483) Telenor har som vist i punkt 9.1, anført at TA2 bedret Network Norways evne til å konkurrere i sluttbrukermarkedet, og at dette er en effektivitetsgevinst som oppveier for den negative virkningen TA2 eventuelt var egnet til å ha på utbyggingen av det tredje nettet. Denne effektivitetsgevinsten har ifølge Telenors klage avsnitt 458 betydning i to henseender: For det første ga reduserte gjestingskostnader og økt kundemasse økte insentiver og muligheter til å bygge ut det tredje nettet. For det andre hadde TA2 en direkte og beviselig positiv effekt på konkurransen, som må vurderes opp mot en eventuell hypotetisk og fremtidig negativ konkurransemessig effekt av eventuell redusert utbygging.

(484) Flertallet har i punkt 8.4.2 konkludert med at TA2 styrket Network Norways konkurranseevne i sluttbrukermarkedet på kort sikt. Flertallet la imidlertid også til grunn at dette ikke kunne oppveie for den negative effekten SIM-kortavgiften hadde på Network Norways utbyggingsinsentiver. Et annet spørsmål er om den positive virkningen på sluttbrukermarkedet i seg selv kan utligne eller oppveie for at utbyggingen av det tredje nettet ble hindret eller forsinket.

(485) Flertallet har kommet til at den positive virkningen TA2 var egnet til å ha på sluttbrukermarkedet ikke er tilstrekkelig til å motvirke den negative effekten som følger av en hindret eller forsinket utbygging av det tredje mobilnettet. Dette har en klar sammenheng med den vurderingen nemnda har gjort av betydningen av et tredje nett for konkurransen på både grossist- og sluttbrukermarkedet. Som det fremgår av punkt 8.3 har nemnda kommet til at et tredje nett ville hatt en klar positiv effekt på konkurransen.

(486) I punkt 8.3 vises det blant annet til at en nettverksoperatør vil ha lavere marginalkostnader enn en operatør som leier kapasitet. Dette er en følge av at en kan forvente at man kan utnytte nyere og mer effektiv teknologi i eget nett, men også at Telenor ikke priser tilgang etter egne marginalkostnader. Kostnadene til Network Norway ville derfor blitt lavere ved å bygge eget nett enn hva de ville vært ved gjesting,

selv om TA2 reduserer kostnadene sammenlignet med TA1. Den kortsiktige gevinsten ved at TA2 forbedret Network sin konkurransevne oppveier ikke for fraværet av den langsiktige virkningen et tredje nett ville hatt på konkurransen.

- (487) På denne bakgrunn konkluderer flertallet med at de effektivitetsgevinster som følger av at TA2 økte Network Norways konkurransevne på sluttbrukermarkedet, ikke oppveier de konkurransebegrensende virkningene av TA2 på Network Norways utbyggingsinsentiver.

9.3.3 Konklusjon

- (488) Flertallet har i de foregående avsnittene vurdert om TA2 kan rettferdiggjøres enten fordi den er objektivt nødvendig eller fordi den fører til effektivitetsgevinster som oppveier for den konkurransebegrensende virkningen den er egnet til å ha. Flertallet har kommet til at Telenor ikke har godtgjort at prisstrukturen i TA2 var nødvendig for å oppnå de formål som Telenor har vist til. Videre har flertallet kommet til at selv om TA2 var egnet til å bedre Network Norways konkurransevne på sluttbrukermarkedet på kort sikt, kan ikke dette oppveie for at den også var egnet til å hindre eller forsinke utbyggingen av det tredje nettet og begrense konkurransen på lengre sikt.
- (489) Flertallet konkluderer dermed med at TA2 ikke var objektivt nødvendig, og heller ikke førte til effektivitetsgevinster som oppveier for at den var egnet til å begrense konkurransen.

10 Samhandelspåvirkning

- (490) For at Telenors atferd skal være en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54, kreves det at «den kan påvirke handelen mellom avtalepartene». Konkurransetilsynets og Konkurransklagenemndas kompetanse til å anvende EØS-avtalen artikkel 54 fremgår av lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. av 5. mars 2004 nr. 11 (EØS-konkurranseloven) § 6, jf. § 7 første ledd, som gjennomfører ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 5 i norsk rett. Det følger av bestemmelsene at norske konkurransemyndigheter har både kompetanse og plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 54 dersom Telenors adferd merkbart kan påvirke samhandelen mellom medlemsstatene. Vurderingen skal skje i samsvar med samhandelskunngjøringen fra ESA.¹⁴⁶
- (491) Samhandelskriteriet er et autonomt, EØS-rettslig kriterium, og skal vurderes særskilt i hvert enkelt tilfelle. Det er et jurisdiksjonskriterium, som avgrenser virkeområdet for anvendelsen av EØS-avtalens konkurranseregler. Samhandelskriteriet begrenser virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 54 til atferd som er egnet til å ha et visst minstenivå av grenseoverskridende virkninger innenfor EØS-området.¹⁴⁷
- (492) Etter EØS-avtalen artikkel 54 og EU-domstolens praksis er det ved anvendelsen av samhandelskriteriet særlig tre elementer som må vurderes.

¹⁴⁶ Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan, «Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54», 2006/EØS/59/06, avsnitt 12 (heretter «Samhandelskunngjøringen»).

¹⁴⁷ Samhandelskunngjøringen, avsnitt 13

- (493) For det første omfatter begrepet «*handelen mellom avtalepartene*» alle former for økonomisk virksomhet, herunder etablering,¹⁴⁸ og forutsetter et grenseoverskridende element som betyr at atferden ikke kun berører interne forhold i én EØS-stat. Det følger av fast rettspraksis at begrepet «*handel*» også omfatter tilfeller der atferden påvirker konkurransesstrukturen i markedet, slik at eksempelvis misbruk som har som formål å eliminere en konkurrent som driver virksomhet i EØS, er omfattet.¹⁴⁹
- (494) For det andre er det tilstrekkelig at misbruk «*kan*» påvirke handelen. Det vil si at det er tilstrekkelig å vise at opptreden er egnet til å påvirke¹⁵⁰ handelsmønsteret basert på en objektiv vurdering.¹⁵¹ Det er ikke nødvendig at handelen reduseres,¹⁵² misbruket må bare være egnet til å påvirke handelsmønsteret.
- (495) For det tredje må misbrukets påvirkning på handelen være merkbar. Dette elementet krever at påvirkningen på handelen mellom medlemsstatene ikke må være ubetydelig, og vurderes primært med foretakets eller foretakenes stilling i markedet for de berørte produktene.¹⁵³
- (496) Der et foretak med en dominerende stilling som omfatter en hel EØS-stat begår et utestengende misbruk, kan handelen mellom EØS-stater vanligvis påvirkes. Slik utilbørlig utnyttelse gjør det vanligvis vanskeligere for konkurrenter fra andre EØS-land å komme inn i markedet, noe som er egnet til å påvirke handelsmønsteret.¹⁵⁴
- (497) Som det fremgår av blant annet av kapittel 6, dekker Telenors dominerende stilling en hel EØS-stat.
- (498) Som det fremgår av kapittel 8, har Telenors atferd vært egnet til å forsinke og/eller begrense etableringen av det tredje mobilnettet. Som nevnt ovenfor vil en slik atferd normalt være egnet til å vanskeliggjøre inntreden i markedet. I denne saken kan det illustreres ved at hindringen av etableringen av et tredje nett kan påvirke muligheten for tjenesteleverandører å komme inn på det norske markedet. Telenors atferd har på denne måten vært egnet til å gjøre det vanskeligere for konkurrenter fra andre EØS-land å komme inn på det relevante grossistmarkedet og det relevante sluttbrukermarkedet.
- (499) Videre har foretak som har virksomhet i flere EØS-stater, faktisk vært berørt av misbruket. Det tredje nettet var deleid av det svenske selskapet Tele2 AB, først gjennom Tele2, og etter 2011 også gjennom Network Norway. Telenors opptreden har derfor gjort det vanskeligere for et foretak fra et annet EØS-land å få tilgang til det relevante grossistmarkedet og det relevante sluttbrukermarkedet.
- (500) Telenors atferd gjorde det derfor vanskeligere for konkurrerende foretak, som var etablert i andre EØS-land, å etablere seg som en bærekraftig infrastrukturbasert konkurrent på det norske markedet, og bidro til å dele opp markedet etter nasjonale

¹⁴⁸ Samhandelskunngjøringen, avsnitt 19. Se sak 172/80, *Züchner*, avsnitt 18; sak C-309/99, *Wouters*, avsnitt 95; sak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, avsnitt 49; sak C-215/96 og C-216/96, *Bagnasco m.fl.*, avsnitt 51.

¹⁴⁹ Forente saker T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 203.

¹⁵⁰ Forente saker C-241/91 P og C-242/91 P, *RTE (Magill)*, avsnitt 69.

¹⁵¹ Sak T-228/97, *Irish Sugar*, avsnitt 170.

¹⁵² Sak T-141/89, *Trefileurope mot Kommisjonen*.

¹⁵³ Sak 5/69, *Völk*; sak E-4/05 *HOB-vin*, 2006 EFTA Ct. Rep 4, avsnitt 49.

¹⁵⁴ Samhandelskunngjøringen, avsnitt 93 med videre henvisninger.

skillelinjer i strid med EØS-avtalens formål. På bakgrunn av disse omstendighetene var Telenors opptreden egnet til merkbart å «påvirke handelen mellom» EØS-stater.

- (501) På denne bakgrunn legges det til grunn at samhandelskriteriet i EØS-avtalen artikkel 54 er oppfylt, og at bestemmelsen derfor kommer til anvendelse.

11 Konklusjon om overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54

- (502) Konkurranseskilagenemndas flertall har i kapittel 8 konkludert med at Telenor ved innføringen av ny prisstruktur i TA2 med Network Norway, misbrakte sin dominerende stilling i grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet for mobiltjenester i Norge fra 18. august 2010 til desember 2013.
- (503) Det foreligger dermed en objektiv overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, som er funnet bevist med klar sannsynlighetsovervekt. Konkurranseskilagenemnda har heller ikke funnet at det foreligger rettfærdiggjørende forhold i form av objektiv nødvendighet eller effektivitetsgevinster, jf. kapittel 9.
- (504) Konkurranseskilagenemndas flertall skal etter dette ta stilling til Telenors anførsler om at Konkurransetilsynets vedtak må oppheves fordi skyldkravet ikke er oppfylt.

12 Skyldkravet

12.1 Innledning

- (505) Et grunnvilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr er at den aktuelle overtredelsen er begått forsettlig eller uaktsomt av foretaket eller noen som handler på foretakets vegne, jf. konkurranseloven § 29 første ledd.
- (506) Konkurransetilsynets vedtak punkt 14.3 bygger på at overtredelsen av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 er forsettlig, idet Telenor var klar over de faktiske forhold som begrunner konstateringen av at det foreligger en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, eller i det minste at Telenor har holdt disse faktiske forholdene som mest sannsynlige. Under enhver omstendighet finner Konkurransetilsynet at Telenor har opptrådt uaktsomt.
- (507) Telenor bestrider i klagen punkt 9 at en eventuell overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 har skjedd forsettlig eller uaktsomt. Telenor fremholder at skylden må dekke alle elementene i gjerningsbeskrivelsen i den handlingsnormen som er overtrådt. Telenor bestrider ikke at foretaket var kjent med de faktiske forhold som begrunner at foretaket hadde en dominerende stilling, og heller ikke at foretaket var kjent med innholdet i TA2. Derimot anfører Telenor at skylden ikke dekker det siste elementet i gjerningsbeskrivelsen; nemlig at prismodellen utgjorde en uakseptabel forretningsmetode som med sannsynlighet ville føre til konkurransebegrensende virkninger i grossist- og sluttbrukermarkedet. Telenor mener det er en feil ved vedtaket at Konkurransetilsynet har satt likhetstegn mellom reduserte utbyggingsinsentiver og redusert konkurranse i grossist- og sluttbrukermarkedet. Telenor var ikke klar over, eller holdt det for mest sannsynlig, at prismodellen i TA2 ville begrense konkurransen. Tvert imot ventet Telenor at omleggingen av prisstrukturen ville gi Network Norway økt konkurransekraft i sluttbrukermarkedet. Telenor var dermed ikke kjent med at en

eventuell konkurransebegrensende virkning ikke kunne rettferdiggjøres objektivt. Handlingen er derfor ikke begått forsettlig.

- (508) Telenor anfører videre at overtredelsen heller ikke har vært uaktsom, og påberoper seg dessuten å ha vært i unnskyldelig rettsvillfarelse. Til støtte for dette viser Telenor til at Nkom var kjent med TA2 og ikke hadde hatt innvendinger mot den, og at Asker og Bærum tingrett i 2012 vurderte lovligheten av TA2 og konkluderte med at den ikke var i strid med konkurranseloven § 11. Den uklare rettsstilstanden taler under enhver omstendighet for at Telenor ikke kan anses å ha opptrådt med den nødvendige grad av skyld.
- (509) Når Telenor ikke kjente til, eller holdt det for sannsynlig, eller burde ha forstått, at TA2 ville begrense konkurransen i grossist- eller sluttbrukermarkedet, er det ifølge Telenor irrelevant om Telenor hadde til hensikt å disinsentivere utbyggingen av det tredje nettet.

12.2 Rettslig utgangspunkt

- (510) De rettslige utgangspunktene for innholdet i kravet til forsett, som ikke er omtvistet, er konkurranselovens forarbeider, NOU 2003:12 Ny konkurranselov punkt 6.4.3, og Høyesteretts uttalelser i Rt-2012-1556, *Brosaken*.
- (511) I NOU 2003:12 Ny konkurranselov punkt 6.4.3 er det uttalt:

«Etter EU/EØS-reglene må overtredelsen være forsettlig eller uaktsom for at det skal kunne ilegges bøter. Det følger av praksis at det ikke er nødvendig at foretaket har hatt positiv kjennskap til at handlingen var ulovlig. Det er tilstrekkelig at foretaket ikke kunne være uvitende om at den aktuelle atferden kunne være konkurransebegrensende. Det er heller ikke nødvendig at den forsettlige eller uaktsomme atferden er utført av foretakets eiere eller den øverste ledelse. Det avgjørende er derimot at atferden er utvist av en person som handler på vegne av foretaket.»

- (512) Høyesterett uttalte i *Brosaken* at når det i en lov som gir hjemmel for illeggelse av administrativ sanksjon, fastsettes forsett som en av skyldformene,

*«kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig».*¹⁵⁵

- (513) I forlengelsen av dette understreket Høyesterett at «skylden – her som ellers – må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen».¹⁵⁶

- (514) Høyesterett pekte deretter på at det for foretak ofte kan være vanskelig å bevise hva den som har handlet på et foretaks vegne, har tenkt eller forstått. Høyesterett presiserte imidlertid at

«... her som ellers ved forsettsvurderingen, må en kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med «anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment

¹⁵⁵ Rt-2012-1556, *Brosaken*, avsnitt 63.

¹⁵⁶ Rt-2012-1556, *Brosaken*, avsnitt 66.

aksepterte erfaringssetninger», jf. Rt-1974-382 (Lillehammersaken) på side 385 og senere rettspraksis.»».¹⁵⁷

- (515) Det kreves imidlertid ikke at forsettet må omfatte at atferden rettslig sett utgjør en «*utilbørlig utnyttelse*» etter konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. Uvitenhet om at atferden er ulovlig eller det at man tror man handler legitimt utelukker ikke forsett med mindre det i helt spesielle tilfeller foreligger såkalt unnskyldelig rettsvillfarelse.¹⁵⁸
- (516) *Brosaken* gjaldt overtredelse av konkurranseloven § 10. Det finnes ikke høyesterettspraksis knyttet til skyldkravet i § 11, men i *Tinesaken* uttalte Borgarting lagmannsrett følgende om skyldkravet:

«Det følger av konkurranseloven § 29 at det kan ilegges overtredelsesgebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. Lagmannsretten legger til grunn at Tines overtredelse av konkurranseloven § 11 i forhandlingene med Rema, var fors[e]ttelig. I den forbindelse viser lagmannsretten til at Tines forhandlere la til grunn at Tine var en dominerende aktør. De visste at Tine ville styrke sin posisjon som leverandør av ost på det norske markedet betraktelig gjennom avtalen som ble inngått. Videre forsto de at det ville gå på bekostning av Synnøve Finden og at det ville få konkurransebegrensende virkninger.»¹⁵⁹

- (517) Høyesterett opprettholdt ikke resultatet fra lagmannsretten om at Tine hadde overtrådt § 11, men flertallet finner likevel at lagmannsrettens uttalelse om skyldkravet ved en eventuell overtredelse av § 11 har relevans.
- (518) I vilkåret om uaktsom overtredelse ligger et krav om at foretaket burde ha vært klar over de faktiske forhold som begrunner konstateringen av at det foreligger en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling.

12.3 Flertallets vurdering av skyldkravet

- (519) Flertallet legger til grunn, som fremholdt av Telenor, at skylden må dekke alle de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen, herunder også eventuelle skadevirkninger på konkurransen i markedet.
- (520) Flertallet legger for sin vurdering videre til grunn det faktum som flertallet med klar sannsynlighetsovervekt har funnet bevist, og viser i denne forbindelse til vurderingene i punktene 8.2-8.10.
- (521) Flertallet finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, og vil i det følgende begrunne dette.
- (522) Norge stod i 2010 i en særstilling i Europa med kun to landsdekkende mobilnett. Det var av sentral betydning for norske ekommyndigheter å få etablert et tredje mobilnett

¹⁵⁷ Rt-2012-1556, *Brosaken*, avsnitt 67.

¹⁵⁸ Rt-2012-1556, *Brosaken*, avsnitt 68.

¹⁵⁹ LB-2009-89085, *Tinesaken*, punkt 17.

for å øke infrastrukturkonkurransen i det norske mobilmarkedet. Telenor var klar over myndighetenes målsetning.

- (523) Som det fremgår av pkt. 8.7.1 over, viser flere interne dokumenter fra perioden 2007–2014 at Telenor selv vurderte at et tredje mobilnett ville føre til økt konkurranse både i grossist- og sluttbrukermarkedet, og at dette ble oppfattet som en konkurransetrussel for Telenor. Telenor kan dermed ikke høres med at selskapet ikke var klar over den konkurranseskadelige effekten av å hindre, begrense eller forsinke utbyggingen av det tredje mobilnettet, eller i det minste at en slik effekt var sannsynlig.
- (524) Gjennomgangen i pkt. 8.7.1 viser at det også foreligger en rekke interne dokumenter som tilsier at Telenor har hatt til hensikt å redusere Network Norways utbyggingsinsentiver gjennom den nye prisstrukturen i TA2. Telenor har hevdet i forklaringsopptak og under den muntlige høringen at dette ikke er et uttrykk for en hensikt eller et ønske om å begrense utbyggingen av det tredje nettet fra Telenors side. Slik Telenor ser det, var dette bare en naturlig konsekvens eller effekt av at Telenor ønsket en prisstruktur som sikret betaling for dekningsfordelen, og et ønske om å sikre fremtidige grossistinntekter. Enhver reduksjon av prisene i TA2 ville ifølge Telenor redusert Network Norways utbyggingsinsentiver. Flertallet er enig i at Telenor også kan ha hatt andre formål med TA2 enn å redusere utbyggingsinsentivene, for eksempel å sikre betaling for dekning og fremtidige roaminginntekter, eller å avslutte en langvarig tvist med Network Norway om tilgangsvilkårene. Dette forhindrer imidlertid ikke at Telenors interne dokumenter også gir uttrykk for en klar hensikt og en uttalt målsetning om å redusere insentivene til utbygging av det tredje nettet, og begrense utbyggingen som vist over i pkt. 8.7.1. Denne intensjonen kom til uttrykk på flere nivåer i organisasjonen, helt opp til konsernsjefen og styret, og var således forankret i selskapets ledelse.
- (525) Flertallet finner ikke at det er et krav at Telenor har vært kjent med eller holdt det som mest sannsynlig at TA2 innebar en «uakseptabel forretningsmetode», i og med at avvik fra normal eller ytelsesbasert konkurranse ikke kan sees å være et selvstendig vilkår etter konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, jf. punkt 7.2. For å kunne konstatere at skyldkravet er oppfylt, er det tilstrekkelig at Telenor har kjent til de faktiske forhold som innebærer at atferden kunne ha konkurranseskadelig virkning.
- (526) Flertallet finner ikke støtte i tidsnære dokumenter for Telenors anførsel om at foretaket mente at den viktigste effekten av TA2 var at den ville gi Network Norway økt konkurransekraft i sluttbrukermarkedet.
- (527) Flertallet bemerker for øvrig at når Telenor anfører at foretaket ikke var klar over at TA2 innebar en «uakseptabel forretningsmetode», og at Telenors oppfatning var at TA2 var ytelsesbasert konkurranse, ivaretok legitime formål og ville føre til effektivitetsgevinster i sluttbrukermarkedet, så er dette et spørsmål om det forelå en unnskyldelig rettsvillfarelse snarere enn en faktisk villfarelse. Det fremgår av Høyesteretts dom i *Brosaken* at uvitenhet om at atferden er ulovlig eller at foretaket tror det handler legitimt, ikke utelukker forsett.¹⁶⁰
- (528) Flertallet finner det klart at anførselen om unnskyldelig rettsvillfarelse ikke kan føre frem. Det rettslige utgangspunktet er at det kreves særlige omstendigheter for at en

¹⁶⁰ Rt-2012-1556, *Brosaken*, avsnitt 68.

rettsvillfarelse kan regnes som unnskyldelig, og dermed frigjørende.¹⁶¹ Som uttrykt i juridisk teori må utgangspunktet være – til tross for at konkurransereglene er kompliserte og vanskelig å ha fullstendig oversikt over – at «[...] det skal mye til for at den som driver yrkesmessig virksomhet skal bli frifunnet på grunn av mangelfull kjennskap til de regler som gjelder for virksomheten».¹⁶² Prinsippet er begrunnet i hensynet til rettsreglenes effektivitet.

- (529) Det kan riktignok ikke helt utelukkes at rettsvillfarelse om overtredelser av konkurranseloven kan finnes unnskyldelig i helt spesielle tilfeller. F
- (530) Flertallet kan ikke tiltre synspunktet om at Telenor var i unnskyldelig rettsvillfarelse på bakgrunn av dommen fra Asker og Bærum tingrett av 29. november 2012. Det spørsmålet som ble behandlet av Asker og Bærum tingrett gjaldt lovligheten av det såkalte dobbeltroamingforbudet i roamingavtalen mellom Telenor og Network Norway, og angår dermed et annet forhold enn det denne saken gjelder.
- (531) Flertallet finner heller ikke at Telenor var i unnskyldelig rettsvillfarelse fordi foretaket hadde sendt inn TA2 til Nkom, at Nkom ikke hadde hatt innvendinger mot prisstrukturen og at Nkom tvert imot hadde gitt uttrykk for at Telenor var forpliktet til å tilby samme prisstruktur til andre aktører. Nkoms manglende inngripen mot TA2 kan ikke tas til inntekt for at Nkom har vurdert lovligheten av TA2 opp mot forbudet i konkurranseloven § 11 eller EØS-avtalen artikkel 54. Nkom er reguleringsmyndighet etter ekomreglene, men håndhever ikke konkurransereglene. For øvrig er det ikke gitt at en lignende prisstruktur overfor aktører som ikke var i ferd med å bygge nett, ville ha tilsvarende konkurranseskadelige virkninger.
- (532) Flertallet legger etter dette til grunn at det ikke foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse for Telenor.
- (533) Etter en samlet vurdering konkluderer flertallet med at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Telenor var klar over, eller holdt det for sannsynlig, at omleggingen av prisstrukturen i TA2 var egnet til å hindre, begrense eller forsinke utbyggingen av det tredje mobilnettet gjennom å redusere Network Norways utbyggingsinsentiver, og at dette var egnet til å ha en konkurranseskadelig virkning.
- (534) Når det gjelder spørsmålet om ansvarssubjekt viser flertallet til Konkurransetilsynets vedtak punkt 14.4, som ikke er påklaget. Det legges i tråd med vedtaket til grunn at både Telenor ASA og Telenor Norges AS er solidarisk ansvarlige for overtredelsen.

13 Utmåling av overtredelsesgebyr

13.1 Rettslige utgangspunkter

- (535) Flertallet har som det fremgår av kapittel 8 funnet det bevist at Telenor objektivt sett har handlet i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, og at det ikke foreligger rettferdiggjørende forhold,

¹⁶¹ Evensen/Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 2009, side 754.

¹⁶² Evensen/Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 2009, side 754.

jf. kapittel 9. Flertallet har videre funnet det bevist at overtredelsen er begått forsettlig, og at det ikke foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse, jf. kapittel 12.

- (536) Flertallet har ikke funnet grunn til å ta stilling til Konkurransetilsynets anførsel om at det ikke gjelder et skjerpet beviskrav for utmålingsmomenter som inngår i fastsettelsen av administrative reaksjoner, jf. Rt-2012-1556 (*Brosaken*) avsnitt 35, sammenholdt med avsnitt 60, idet spørsmålet ikke kan ses å ha betydning for saken. Dette følger av at de faktiske omstendigheter som inngår i utmålingen uansett er bevist med klar sannsynlighetsovervekt.
- (537) Det fremgår av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, at foretak «*kan*» ilegges overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Selv om adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr er fakultativ, taler individual- og allmennpreventive hensyn for å ilegge gebyr i saker om misbruk av dominerende stilling.
- (538) Telenor og Konkurransetilsynet er i all hovedsak enige om hvilke rettslige grunnlag som er relevante utgangspunkter for utmåling av overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. De har imidlertid forskjellig syn på reglens tolkning og konkrete anvendelse, slik det fremkommer under flertallets drøftelser i det følgende.
- (539) Telenor har anført at Konkurransetilsynet utmåling er feil, og har i hovedsak gjort gjeldende at omsetningsverdien er feilaktig fastsatt, at overtredelsens grovhet ikke er korrekt vurdert, at overtredelsens varighet ikke er korrekt vurdert og at det foreligger en rekke formildende omstendigheter som Konkurransetilsynet ikke har tatt hensyn til ved utmålingen.
- (540) Flertallet tar utgangspunkt i at det ved fastsettelse av gebyrets størrelse etter konkurranseloven § 29 annet ledd skal legges særlig vekt på «*foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet*». Bestemmelsen suppleres med bestemmelsene i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 11. desember 2013 nr. 1465 (heretter «*utmålingsforskriften*»). Denne bygger på ESAs og Kommisjonens retningslinjer fra 2006 om metoden for fastsettelse av bøter, som gir utfyllende veiledning om utmålingen, og som er relevante for utmåling av overtredelsesgebyr.¹⁶³
- (541) Innledningsvis bemerkes at reglene for utmåling av overtredelsesgebyr gir Konkurransetilsynet en betydelig skjønnsfrihet, for å sikre at nivået i utmålingen fører til en effektiv håndheving av konkurransereglene, både ut fra individualpreventive og allmennpreventive hensyn. Ulikheter i faktum fra sak til sak, endringer i rettsutviklingen og rettsoppfatninger vil kunne gi grunnlag for å fravike tidligere utmålingspraksis. Det er sikker rett at foretakene ikke kan ha berettigede forventninger om at visse typer overtredelser vil bli sanksjonert med overtredelsesgebyr på et på forhånd definert nivå, og at bøtenivået skal kunne tilpasses de krav som konkurransepolitikken til enhver tid stiller.¹⁶⁴

¹⁶³ EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan 2006/EØS/63/03, Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåkings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a), og Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 OJ 2006 C 210/2, heretter Kommisjonens retningslinjer.

¹⁶⁴ Jf. sak C-549/10 P, *Tomra*, avsnittene 104–106, med videre henvisninger.

- (542) En tilsvarende skjønnsfrihet tilligger Konkurransklagenemnda og domstolene ved overprøving av vedtak. Verken nemnda eller domstolene er bundet av Konkurransetilsynets utmåling, og nemnda må foreta en selvstendig utmåling i lys av alle omstendigheter i saken, basert på det faktum nemnda har funnet bevist.¹⁶⁵
- (543) Flertallet tar i det følgende utgangspunkt i utmålingsforskriftens *totrinnsmetode*, jf. § 3 tredje til syvende ledd, som også ligger til grunn for Konkurransetilsynets utmåling. Metoden skal gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen sikre hensynet til preventiv virkning. Totrinnsmetoden innebærer at det i trinn én fastsettes et grunnbeløp etter bestemmelsene i utmålingsforskriften § 3 annet til femte ledd. Grunnbeløpet kan deretter i trinn to justeres opp eller ned, avhengig av eventuelle skjerpene eller formildende omstendigheter i saken. Overtredelsesgebyret kan ikke overskride 10 prosent av foretakets omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 annet ledd.

13.2 Fastsettelsen av grunnbeløpet

13.2.1 Relevant omsetningsverdi

- (544) Et springende punkt i saken er hvilken omsetningsverdi som er relevant ved fastsettelsen av grunnbeløpet etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd.
- (545) Telenor gjør gjeldende at det kun er omsetning i grossistmarkedet som kan tas i betraktning, ikke også omsetningen i sluttbrukermarkedet, slik Konkurransetilsynet legger til grunn. Anførselen er begrunnet prinsipalt i at sluttbrukermarkedet ikke er omfattet av den påståtte overtredelsen, subsidiært at det er uklart når og i hvilken grad eventuelle virkninger i sluttbrukermarkedet inntreffer, og dermed hvilken størrelse den fremtidige omsetningen i Telenor som berøres av slike virkninger vil ha.
- (546) Telenor har i klagen avsnitt 1013 anført at ordlyden «*omsetningsverdien ... som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter ...*» må tolkes slik at omsetningen som skal inngå i grunnbeløpet i) må komme fra et *marked* hvor overtredelsen har hatt, eller med klar sannsynlighet ville hatt, en konkurransebegrensende virkning, og ii) være omsetning som overtredelsen har eller med klar sannsynlighet ville ha påvirket.
- (547) Flertallet finner det klart at Telenors anførsler ikke kan føre frem, av flere grunner.
- (548) For det første bemerkes at Telenors anførsel er støttet på og utledet fra en uriktig forståelse av virkningskriteriet, jf. drøftelsen av virkningskriteriet foran under punkt 7.4.
- (549) For det andre er argumentene om at omsetningsverdien ikke skal omfatte salg av varer eller tjenester som faller utenfor overtredelsens virkeområde («scope»), ikke treffende for omsetningen i sluttbrukermarkedet i vår sak. Flertallet kan ikke se at EU-domstolens avgjørelse i sak C-444/11 P, *Team Relocation mfl. mot Kommisjonen*, avsnitt 76, som påberopt av Telenor i klagen (fotnote 288), gir støtte for at omsetningsverdien i sluttbrukermarkedet må anses å falle utenfor overtredelsens virkeområde i vår sak, jf. særlig til avsnitt 76 *in fine*, sammenholdt med avsnittene 77 og 78. Flertallet kan heller ikke se at vedtaket bygger på en feil tolkning av denne avgjørelsen, som anført i klagen avsnittene 1020–1022. Heller ikke de øvrige avgjørelser som er påberopt i klagen fotnote 288, eller Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-101/15 P, *Pilkington*,

¹⁶⁵ Sml. tilsvarende forholdet mellom EU-domstolens og Kommisjonens kompetanse i spørsmål om utmåling, bl.a. i sak T-360/09, *E.ON Ruhrgas og E.ON mot Kommisjonen*, avsnitt 301. Tilsvarende prinsipp er anvendt i Oslo tingretts dom av 21. juni 2018, *Forlagssaken*, side 43.

avsnittene 26 og 34, kan tas til inntekt for at omsetningen i sluttbrukermarkedet i vår sak skal holdes utenfor ved beregningen av grunnbeløpet. Flertallet legger til grunn at ordlyden «*direkte eller indirekte omfatter*», ikke krever at omsetningsverdien rent faktisk er påvirket av overtredelsen, eller at det kreves bevis for at overtredelsen omfatter konkrete salg, jf. *Team Relocation*, avsnittene 76–78 som nevnt foran.

- (550) Overtredelsen består i å motvirke insentivene for utbyggingen av det tredje nettet gjennom omleggingen av prisstrukturen i TA2, i en situasjon hvor etableringen av det tredje mobilnettet var av sentral betydning for å styrke konkurransen i både grossist- og sluttbrukermarkedet.
- (551) Flertallet finner det klart at den nære sammenhengen mellom grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet er tilstrekkelig til at omsetningen i sluttbrukermarkedet i dette tilfellet må anses direkte berørt ved misbruk av dominerende stilling i grossistmarkedet. Under enhver omstendighet er det ikke tvil om at omsetningen i sluttbrukermarkedet *indirekte* er berørt av overtredelsen. Flertallet finner støtte for en slik betraktning i Kommisjonens vedtak i COMP/39525 *Telekomunikacja Polska* avsnittene 893–895, som vist til i vedtaket fotnote 907. Avgjørelsen ble opprettholdt først av Underretten (T-486/11, *Orange Polska mot Kommisjonen*) og senere av EU-domstolen (sak C-123/16 P, *Orange Polska mot Kommisjonen*).
- (552) Flertallet viser videre til den praksis som er påberopt av Konkurransetilsynet i brev 11. mars 2019, avsnitt 128 (note 23). Denne viser flere eksempler på at omsetningen i nedstrømsmarkedet er inkludert, i tilfeller hvor misbruket har funnet sted oppstrøms i et innkjøpsmarked, jf. ESAs vedtak i sak 59120, *Color Line*, avsnitt 636 og ESAs vedtak i sak 34250, *Posten Norge*, avsnitt 831. I forente saker T-56/09 and T-73/09, *Saint-Gobain Glass France mot Kommisjonen*, avsnitt 471, ble omsetning fra direkte salg utenfor EØS, inkorporert i produkter solgt i EØS, medregnet i omsetningen som dannet grunnlag for utmålingen. Videre vises det til Kommisjonens vedtak i COMP/39523, *Slovak Telekom*, avsnittene 1491–1492. Misbruket fant sted i grossistmarkedet, med sikte på å beskytte retailmarkedet for bredbåndstjenester. Kommisjonen la til grunn at omsetningen i både grossist- og retailmarkedet var direkte knyttet til overtredelsen, og at omsetningen i retailmarkedet i alle tilfeller var *indirekte* berørt.
- (553) Telenor har i klagen avsnitt 1015 anført som argument mot å inkludere sluttbrukermarkedet at «... *utmålingen [i denne saken] utelukkende skal reflektere mulige fremtidige, nokså langsiktige virkninger på omsetningen i sluttbrukermarkedet som aldri har blitt realisert*». Flertallet kan ikke se at dette er en riktig forståelse av utmålingsforskriften, og argumentet gir ikke grunnlag for å se bort fra omsetningen i sluttbrukermarkedet.
- (554) Flertallet kan heller ikke se at beregningsmetoden som vedtaket bygger på, innebærer en overvurdering av overtredelsens økonomiske betydning, og at det derved foreligger brudd på proporsjonalitetsprinsippet og formålet med utmålingsreglene, som anført i klagen avsnitt 1037.
- (555) Telenor kan heller ikke høres med at omsetningen i sluttbrukermarkedet må holdes utenfor beregningen begrunnet i at skyldkravet ikke dekker kravet om at omsetningen er «*omfattet av overtredelsen*», jf. klagen avsnitt 1038. Flertallet viser i denne forbindelse til vurderingen av skyldkravet i kapittel 12.

- (556) Flertallet finner det etter dette klart at omsetningsverdien av Telenors varer og tjenester i begge markeder er direkte eller indirekte berørt av overtredelsen, og derfor kan trekkes inn i fastsettelsen av grunnbeløpet.

13.2.2 Siste regnskapsår

- (557) Det fremgår av utmålingsforskriften § 3 tredje ledd at det ved fastsettelsen av grunnbeløpet kan tas «*utgangspunkt i omsetningsverdien [...] for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen*», og tilsvarende i retningslinjene avsnitt 13.
- (558) Flertallet bemerker at hvilket regnskapsår det skal tas utgangspunkt i, beror på hvilket tidspunkt som legges til grunn for opphøret av overtredelsen. Dette spørsmålet henger nært sammen med spørsmålet om varigheten av overtredelsen. Telenor bestrider at overtredelsen pågikk til 30. juni 2014, til utløpet av TA2, slik vedtaket bygger på, og anfører at yttergrensen for overtredelsen er sammenfallende med frekvensauksjonen i desember 2013.
- (559) Som det fremgår av punkt 13.3.2 nedenfor, har flertallet funnet spørsmålet om overtredelsens varighet vanskelig. Flertallet har etter atskillig tvil kommet til at overtredelsen må anses opphørt på tidspunktet da resultatet av frekvensauksjonen i desember 2013 forelå, ettersom det fra dette tidspunktet fremstår som tvilsomt om TA2 lenger var egnet til å begrense utbyggingsinsentivene, og dermed også begrense konkurransen.
- (560) Flertallet legger derfor til grunn at det er regnskapsåret 2012 som danner utgangspunktet for fastsettelsen av grunnbeløpet, ikke regnskapsåret 2013, slik vedtaket bygger på.
- (561) Det er imidlertid små forskjeller mellom Telenors samlede omsetning i henholdsvis 2012 og 2013. Det følger av vedtaket vedlegg 126 at Telenors omsetning i grossistmarkedet i 2012 var på 934 millioner kroner, og i sluttbrukermarkedet på 8 898 millioner kroner, til sammen 9 832 millioner kroner. Til sammenligning var Telenors omsetning i grossistmarkedet i 2013 926 millioner kroner, og i sluttbrukermarkedet 8 927 millioner kroner, til sammen 9 853 millioner kroner. Flertallet legger omsetningstallene for 2012 til grunn.

13.3 Momenter i utmålingen

13.3.1 Overtredelsens grovhet

- (562) Overtredelsens grovhet skal vektlegges ved utmålingen, jf. konkurranseloven § 29 annet ledd, jf. utmålingsforskriften § 3 første ledd. Overtredelsens grovhet kan uttrykkes i prosent av den relevante omsetningsverdien ved fastsettelsen av grunnbeløpet, i intervallet mellom 0 til 30 prosent, jf. utmålingsforskriften § 3 tredje ledd annet punktum. I § 3 annet ledd er det angitt momenter som det særlig skal tas hensyn til i vurderingen av hvor grov overtredelsen er. For det første skal det tas hensyn til *overtredelsens art*, jf. § 3 annet ledd bokstav a.
- (563) Telenor har i klagen avsnittene 1041–1062 anført at overtredelsens grovhet ikke er korrekt vurdert, og at alvorlighetsgraden ligger i det nedre sjikt. Telenor har mer overordnet i klagen avsnittene 1046–1047 pekt på det paradoksale i at gebyret ikke er justert ned fra varsel til vedtak. Det er vist til at Konkurransetilsynet i varselet bygget på at utestengende misbruk er «*spesielt alvorlige overtredelser*», jf. sak C-280/08 P,

Deutsche Telekom, avsnitt 275, mens vedtaket – etter Telenors påpekning – ikke har videreført uttalelsen om utestengende misbruk, og fjernet henvisningen til Deutsche Telekom.

- (564) Flertallet bemerker at det også i vedtaket er lagt til grunn at overtredelsen utgjorde en form for utestengende misbruk, jf. avsnitt 1150, som i lys av de konkrete forhold objektivt sett må anses alvorlig, jf. vedtaket avsnittene 1151–1153. Flertallet er enig i denne vurderingen. Flertallet kan ikke se at justeringen i ordlyd fra varsel til vedtak, slik Telenor anfører, tilsier at overtredelsen er har en mindre alvorlig karakter enn det som ble lagt til grunn i varselet om vedtak.
- (565) Telenor kan heller ikke kan høres med at overtredelsen må anses å ligge i det nedre sjikt når det gjelder alvorlighetsgrad, jf. klagen avsnittene 1050–1062. Avgjørende for flertallet er at overtredelsens skadepotensial var betydelig, i lys av det tredje nettets betydning for å øke konkurransen, slik det er redegjort for i punkt 8.3.
- (566) Flertallet finner det videre åpenbart at lang saksbehandlingstid, jf. klagen avsnitt 1058, ikke innebærer at det ikke kan være tale om en alvorlig overtredelse. Flertallet viser til vurderingen av anførselen om lang saksbehandlingstid i punkt 13.3.5.5.
- (567) Telenor kan heller ikke høres med argumentene om uklar rettstilstand eller nye misbruksformer, jf. klagen avsnitt 1059–1062. For det første bemerkes at anførselen om Kommisjonens policy relatert til «nye» misbruksformer, jf. klagen avsnitt 1061, fremstår som en unyansert presentasjon av den fremstillingen som det er vist til i klagens fotnote 307; Kolstad m.fl., *Norsk Konkurranserett bd. II – Prosess og sanksjoner*, 2006 side 54. For det andre har det i lang tid vært på det rene at konkurranseloven § 11 og EØS-konkurranseloven § 54 ikke inneholder en uttømmende oppregning av misbruksformer.
- (568) Telenor har anført at det i vurderingen av overtredelsens grovhet skal legges vekt på atferdens faktiske innvirkning i markedet, jf. utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav b, og i dette tilfellet mangelen på virkninger, jf. klagen punkt 10.4.3. Flertallet bemerker, som anført av Konkurransetilsynet i vedtaket avsnittene 1156–1158 og i Konkurransetilsynets innstilling avsnittene 282–283, at bestemmelsen ikke innebærer at «*overtredelsens faktiske innvirkning i markedet*» skal være et sentralt utmålingsmoment i alle saker, med plikt til å utrede virkningen i markedet i detalj som ledd i utmålingen. At utbyggingen rent faktisk ble gjennomført, kan ikke tillegges nevneverdig vekt i utmålingen. For det første er det tilstrekkelig at overtredelsen potensielt hadde skadevirkninger. For det andre kan ikke den faktiske utbyggingen tas til inntekt for at overtredelsen ikke hadde andre negative virkninger i markedet.
- (569) Telenor kan ikke ses å ha fremmet særskilte anførsler vedrørende «*størrelsen på det berørte markedet*», jf. utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav c, utover de innsigelsene om hvilken omsetning som direkte eller indirekte er berørt, jf. klagen punkt 10.3. Flertallet viser i denne forbindelse til vurderingene ovenfor i punkt 13.2.1, og i vedtaket avsnitt 1158.
- (570) For skyldgradens betydning for utmålingen, jf. utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav d, viser flertallet til vurderingene av skyldspørsmålet i kapittel 12. Flertallet har konkludert med at Telenor har handlet forsettlig. Telenor kan derfor ikke høres med reduksjon av overtredelsesgebyret på dette grunnlag.

- (571) Når det gjelder utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav e og f, går flertallet ikke nærmere inn på disse, idet Telenor ikke har fremsatt konkrete anførsler til disse punkter. Flertallet konstaterer for øvrig at det i utmålingen er tatt hensyn til at Telenor hadde en markedsandel i grossistmarkedet og sluttbrukermarkedet på over 50 prosent, og at TA2 ble gjennomført.
- (572) I lys av praksis fra EU-/EØS-konkurranseretten ser flertallet det slik at en fastsettelse av overtredelsens grovhet til to prosent, er en svært forsiktig bedømmelse. Flertallet er av den oppfatning at prosentangivelsen skulle ha vært satt høyere, og viser i denne forbindelse til den samlede vurderingen i punkt 13.4 nedenfor.

13.3.2 Overtredelsens varighet

- (573) Det følger av konkurranseloven § 29 annet ledd og utmålingsforskriften § 3 første ledd at det ved utmålingen av overtredelsesgebyr skal legges særlig vekt på varigheten av overtredelsen.
- (574) Etter forskriften § 3 fjerde ledd annet punktum kan beløpet som fremkommer på grunnlag av momentene i § 3 annet og fjerde ledd første punktum multipliseres med antallet år foretaket har deltatt i overtredelsen. Multiplikatorens begrunnelse og formål er at utmålingen i størst mulig grad skal gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen. For varighet for deler av et år følger det av bestemmelsen at perioder under seks måneder vil bli regnet som et halvt år, mens perioder på mer enn seks måneder regnes som et helt år.
- (575) Telenor har i klagen punkt 10.5 anført at vedtaket punkt 17.2.7 feilaktig legger til grunn at overtredelsen knyttet til TA2 hadde en varighet på 3 år og 10 måneder, fra avtaleinngåelsen 18. august til utløpet av avtalen 30. juni 2014. Telenors anførsel er prinsipielt begrunnet i at prismodellen i TA2 ikke hadde eller var egnet til å ha konkurransebegrensende virkninger etter frekvensauksjonen i 2013, og at overtredelsen derfor maksimalt kan ha vært i underkant av 3 år og 4 måneder.
- (576) I forlengelsen av dette har Telenor gjort gjeldende at varigheten av overtredelsen ikke skulle ha vært beregnet ut fra mer enn *3 år og 3 måneder*. I så tilfelle skulle multiplikatoren ha vært 3,25 (klagen avsnitt 1108), ikke 3,5 som utmålingsforskriftens ordlyd isolert sett skulle tilsi (klagen avsnitt 1106). Anførselen støttes på at utmålingsforskriften bygger på prinsippene i EUs regler om utmåling av overtredelsesgebyr, og at Kommisjonen har endret sin praksis ved at den ikke lenger runder opp varigheten av overtredelser til nærmeste halvår, men i stedet runder ned til nærmeste hele måned.
- (577) Subsidiært, for det tilfelle Konkurranseskjemenemnda legger til grunn at overtredelsen varte til utløpet av TA2, anfører Telenor at gebyret uansett må reduseres til det beløp som fremkommer ved å beregne varigheten til maksimalt 3 år og 10 måneder, ikke 4 år, i tråd med Kommisjonens praksis for avrunding nedover til nærmeste hele måned.
- (578) Flertallet har funnet det tvilsomt om overtredelsens varighet er sammenfallende med hele kontraktsperioden, og at en slik tvil må avgjøres i Telenors favør. Flertallet legger derfor til grunn at overtredelsen må anses opphørt på tidspunktet for utfallet av frekvensauksjonen.

- (579) Det kan riktignok argumenteres for at overtredelsen var et faktum allerede ved inngåelsen av TA2 18. august 2010, og at avtalen fra dette tidspunkt var egnet til å begrense konkurransen gjennom hele kontraktens periode, siden svekkelsen av utbyggingsinsentivene er nært forbundet med avtalens varighet. Flertallet viser i denne forbindelse til at misbrukskriteriet er oppfylt allerede når en atferd *potensielt* er egnet til å begrense konkurransen. At videre utbygging trolig ikke lenger var aktuelt for Network Norway, som konsekvens av utfallet av frekvensauksjonen som ble gjennomført 2. desember 2013, kan hevdes å være et utenforliggende forhold, som ikke påvirker at avtalen objektivt sett potensielt var egnet til å påvirke konkurransen i hele avtaleperioden. Flertallet finner det imidlertid riktig å la den tvil som foreligger på dette punkt gå i Telenors favør, og går ikke nærmere inn på problemstillingen.
- (580) Flertallet legger etter dette til grunn at overtredelsens varighet var fra 18. august 2010 til 6. desember 2013, da utfallet av frekvensauksjonen forelå.
- (581) Telenor har videre anført at det med dette resultatet må legges til grunn en varighet på 3 år og 3 måneder, tilsvarende en multiplikator på 3,25, ikke 3,5 som utmålingsforskriftens ordlyd isolert sett tilsier.
- (582) Flertallet legger til grunn at utmålingspraksis i EU har fraveket retningslinjene for utmåling, slik at det ikke lenger foretas en avrundning av varigheten oppover til nærmeste seks måneder, men i stedet brukes en multiplikator basert på den faktiske varigheten av overtredelsen, regnet i antall år og hele måneder.¹⁶⁶ Formålet med praksisendringen er å ivareta hensynet til likebehandling og proporsjonalitet.
- (583) Denne praksisendringen til gunst for foretakene reiser spørsmål om utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd annet punktum må eller bør tolkes innskrenkende i strid med en klar ordlyd, av hensyn til harmonisering av praksis for utmåling med den endrede praksisen i EU.
- (584) Flertallet kan ikke se at Konkurransetilsynet har tatt stilling til eller kommentert særskilt på disse anførselene som fremsatt av Telenor i klagen avsnittene 1106–1108.
- (585) Flertallet begrenser seg til å peke på at forarbeidenes utsagn om at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med de prinsippene som følger av EU/EØS-reglene, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 118 og 241, kan tale for å anvende tilsvarende prinsipper som i EU når det gjelder varighetens betydning for utmålingsspørsmål. Flertallet finner imidlertid ikke grunn til å ta stilling til dette tolkningsspørsmålet, da det uansett ikke får utslagsgivende betydning i den helhetlige vurderingen av overtredelsesgebyrets størrelse. Flertallet viser i denne forbindelse til betydningen av den prosentvise fastsettelsen av overtredelsens alvorlighetsgrad, som er nærmere kommentert i punkt 13.4.

¹⁶⁶ Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, 8.utg 2018, side 1266, avsnitt 14.031, Jonathan Faull og Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. utgave, 2014 avsnitt 8.574–8.575, og Kerse & Kahn, *EU Antitrust Procedure*, 7. utg. 2012, side 426 (avsnitt 7-087).

13.3.3 Tillegg for særlig grovhet

(586) Flertallet har i likhet med Konkurransetilsynet ikke funnet grunn til å øke overtredelsesgebyret etter bestemmelsen om særlig grove overtredelser, jf. utmålingsforskriften § 3 femte ledd.

13.3.4 Grunnbeløpets størrelse

(587) Konkurransetilsynet har etter en konkret, skjønnsmessig vurdering fastsatt grunnbeløpet til *to prosent* av den relevante omsetningsverdien, basert på 2013-tall på 9 853 millioner kroner.

(588) Flertallet bemerker at fastsettelsen til to prosent innenfor intervallet fra 0 til 30 prosent fremstår som svært forsiktig, sammenlignet med praksis fra Kommisjonen i saker om misbruk av dominerende stilling. Flertallet viser til at Kommisjonen i Intel-saken fastsatte grunnbeløpet til 5 prosent av den relevante omsetningsverdien, jf. COMP/37.990, *Intel*, avsnitt 1786, og til 10 prosent i sak T-486/11, *Orange Polska mot Kommisjonen* (avsnitt 32), som senere ble opprettholdt i sak C-123/16, *Orange Polska mot Kommisjonen*. Dessuten ble beløpet fastsatt til 10 prosent i COMP/39612, *Servier*, avsnitt 3131.

(589) Flertallet fastsetter imidlertid ikke en ny og høyere prosentsats i Telenors disfavør, men vil foreta en samlet vurdering av utmålingen i punkt 13.4 nedenfor.

13.3.5 Justering av grunnbeløpet – formildende omstendigheter?

13.3.5.1 Innledning

(590) Konkurransetilsynet har i vedtaket punkt 15.2.9 lagt til grunn at det ikke foreligger skjerpene eller formildende omstendigheter i saken av betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret.

(591) Telenor har i klagen anført at en rekke formildende omsetninger tilsier en justering av grunnbeløpet, jf. utmålingsforskriften § 3 sjettede ledd.

(592) Flertallet tar i det følgende stilling til disse anførselene, også i lys av at sjettede ledd ikke uttømmende fastsetter hvilke omstendigheter som i skjerpene eller formildende retning kan gi grunnlag for justering av grunnbeløpet.

13.3.5.2 Anførselen om at Nkom har pålagt, tillatt eller oppmuntret til den påstått konkurransebegrensende atferden

(593) Telenor har i klagen punkt 10.6.2, jf. punkt 7.3.6, anført at Nkom har opptrådt på en måte som har gitt Telenor rimelig grunn til å basere seg på at prisstrukturen i TA2 var lovlig. Nkom må derved anses for å ha «*pålagt, tillatt eller oppmuntret til den påstått konkurransebegrensende atferden*», som kan vektlegges i formildende retning, jf. utmålingsforskriften § 3, sjettede ledd bokstav g.

(594) Flertallet kan ikke se at dokumentasjonen i saken kan tolkes slik at Nkom har «*pålagt*», «*tillatt*» eller «*oppmuntret*» til den konkrete omleggingen av prisstrukturen i TA2, eller at Telenor har hatt grunn til å oppfatte Nkom på denne måten. Flertallet finner det klart at Telenors presentasjon av TA2 for Nkom i møtet i oktober 2010, ikke med rimelighet kan tolkes som en godkjenning av avtalen, av flere grunner. For det første har Nkom ingen formell kompetanse til å håndheve konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, og klart nok ingen kompetanse til å klarere avtaler i relasjon til

konkurranselovgivningen. Det er velkjent også for Telenor at det påhviler foretakene et selvstendig ansvar å innrette virksomheten slik at den ikke kommer i konflikt med konkurranselovgivningen. For det andre var møtets agenda ikke innrettet mot saksbehandling og formell godkjenning av avtalen. For det tredje kan en manglende inngripen eller passivitet ikke tillegges betydning som tillatelse eller oppmuntring, jf. forente saker T-204/08 og T-2012/08, *Team Relocations*, avsnitt 134.

- (595) Flertallet finner heller ikke at den såkalte TDC-saken, jf. klagen avsnitt 379, kan forstås slik at Nkom har pålagt, tillatt eller oppmuntret til den konkurransebegrensende atferden. For det første var spørsmålet om lovligheten av prisstrukturen i TA2 ikke et relevant tema i forbindelse med Nkoms vedtak i TDC-saken i mars 2012. For det andre var TDC en MVNO-aktør som ikke bygget eget mobilnett., og følgelig er det ikke relevant å vurdere TA2s virkning for utbyggingsinsentiver. For det tredje konstaterer flertallet at det i TDC-vedtaket heller ikke ble tatt stilling til prisstrukturen isolert sett, eller vurdert hvilke virkninger den ville ha for en aktør som kjøpte nasjonal gjesting og som samtidig skulle bygge ut eget nett. Flertallet viser i denne forbindelse til Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 963. For øvrig bemerkes at Nkoms faktagrunnlag i møtet med Telenor i oktober 2010 og ved TDC-vedtaket i mars 2012 var et annet enn det som ble kjent etter bevissikringen hos Telenor i desember 2012.

13.3.5.3 Anførselen om at gebyret må reduseres på grunn av rimelig tvil om ulovligheten av de påståtte misbrukene

- (596) Telenor har anført at rettslig usikkerhet og rimelig tvil mht. ulovligheten av det påståtte misbruket må føre til reduksjon av overtredelsesgebyret.
- (597) Flertallet kan ikke se at det i saken foreligger noen slik rimelig tvil om ulovligheten som skulle gir grunnlag for reduksjon av gebyret. Flertallet kan heller ikke se at de påberopte avgjørelsene fra Kommisjonens praksis har overføringsverdi til vår sak. For det første gjelder flere av sakene annerledes og mer komplekse markeder enn i vår sak. For det andre gjelder de fleste av avgjørelsene i klagen avsnittene 1117–1121, jf. fotnotene 333, 334, 336 og 338, forhold flere år forut for overtredelsene i vår sak. Disse sakene hadde derved bidratt til avklaring av misbruksforbudets innhold flere år før overtredelsen i den foreliggende saken. De to øvrige sakene som er anført, som er avgjort *etter* overtredelsen i vår sak, sak AT.40208, *Den Internasjonale Skøjteunion* og sak AT.39523, *Slovak Telekom*, gir etter flertallets vurdering ikke støtte for Telenors argumentasjon. Etter flertallets vurdering er Telenors overtredelse således bare en variant av utestengende misbruk. Det er derfor lite treffende å beskrive atferden som en helt ny type overtredelse som foretaket ikke skulle kunne forutse kunne stride mot misbruksforbudet, i lys av det særlige ansvaret som påhviler dominerende foretak. Flertallet finner heller ikke at Telenor kan høres med anførselene basert på *Tinesaken*, som er fremsatt i klagen avsnittene 1122–1127.
- (598) Flertallet konkluderer etter dette med at argumentasjon om uklar rettstilstand ikke kan føre frem, og at det derfor ikke er grunnlag for å unnlate å ilegge gebyr, eller bare å ilegge et symbolsk gebyr.

13.3.5.4 Anførselen om at nivået på gebyret ligger betydelig høyere enn i tidligere saker under konkurranseloven § 11

- (599) Telenor har i klagen punkt 10.6.4 anført at gebyret må reduseres vesentlig fordi nivået ligger betydelig høyere enn i tidligere saker under konkurranseloven. Det må tas hensyn

til gebyrnivået i tidligere saker, både ut fra et forvaltningsrettslig og strafferettslig perspektiv.

- (600) Flertallet bemerker at gebyret nominelt er det høyeste som noen gang er ilagt etter den norske konkurranseloven. Det gir imidlertid et skjevt utgangspunkt å fokusere på gebyrets nominelle størrelse, som langt på vei er en funksjon av bestemmelsene i utmålingsforskriften § 3. Denne er i vesentlig grad harmonisert med utmålingsreglene i EU/EØS, som innebærer at særlig den berørte omsetningen og overtredelsens varighet gir store utslag i utmålingen.
- (601) Flertallet kan ikke se at Rt-2011-910 (*Tinesaken*) og TOSLO-2005-111347 (*SAS-saken*), som påberopt av Telenor (klagen avsnittene 1134–1135), gir veiledning for utmålingsspørsmålet i vår sak. De omtvistede vedtakene i disse sakene er eldre, ikke-rettskraftige forvaltningsavgjørelser, relatert til helt andre omsetningstall enn i vår sak, og som ikke reflekterer den etterfølgende utmålingspraksis i EU/EØS.
- (602) At overtredelsesgebyret som konsekvens av disse reglene gir et høyt nominelt beløp, særlig på grunn av Telenors markedsandel og omsetning, er en tilsiktet og ønsket virkning, ut fra hensynet til at gebyrene skal utmåles til et nivå som skaper en tilstrekkelig preventiv effekt. Flertallet finner derfor heller ikke grunn til å legge vekt på Telenors sammenligning med nivået på ilagte overtredelsesgebyr i saker om brudd på konkurranseloven § 10, jf. klagen avsnittene 1137–1138. Som flertallet har bemerket i punkt 13.3.4, er det utmålte gebyret allerede fastsatt med utgangspunkt i en svært lav prosent av den involverte omsetningen som direkte eller indirekte er berørt, sammenlignet med nivået i EU/EØS-retten. Den lave prosentsatsen innebærer derved at det utmålte gebyret fremstår som svært moderat sammenlignet med det relative nivået for utmåling i saker om misbruk av dominerende stilling i EU/EØS.
- (603) Flertallet finner det derfor klart at Telenor ikke kan høres med anførselene om at utmålingen avviker fra tidligere saker.

13.3.5.5 Anførselen om lang saksbehandlingstid

- (604) Telenor har anført at gebyret må reduseres på grunn av at saksbehandlingstiden har vært unødig lang. Det er vist til EMK artikkel 6, og at rettspraksis også anerkjenner lang saksbehandlingstid som formildende, jf. lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven) § 78 bokstav e.
- (605) Flertallet er enig i at saksbehandlingstiden har vært lang, men kan ikke se at det foreligger faktiske holdepunkter for å kritisere Konkurransetilsynet for manglende, uforsvarlig eller kritikkverdig fremdrift i saken, som anført i klagen avsnittene 1143–1145. Flertallet viser i denne forbindelse til at sakens faktum er komplekst, at Konkurransetilsynets saksbehandling har vært omfattende, og at saken også har omfattet sider ved Telenors atferd som Konkurransetilsynet har valgt å legge bort etter at det underveis i prosessen har kommet avklaringer i rettspraksis. Flertallet viser også til at det i konkurransesaker, både i EU/EØS og i nasjonal rett, forekommer svært omfattende og langvarige rettsprosesser, uten at dette har fått betydning for utmålingen i formildende retning, se blant vedtaket fotnote 928. Det foreligger heller ikke opplysninger om at saksbehandlingstiden har vært spesielt belastende for de involverte i saken.

- (606) Telenors anførsel knyttet til EFTA-domstolens dom i *Posten Norge* gir heller ikke grunnlag for reduksjon av gebyret på grunn av lang saksbehandlingstid. Saken atskiller seg vesentlig fra vår sak i omfang og kompleksitet, og har derfor liten overføringsverdi.
- (607) Flertallet finner derfor at det ikke er grunnlag for å redusere overtredelsesgebyret på grunn av lang saksbehandlingstid.

13.4 Samlet vurdering av overtredelsesgebyrets størrelse

- (608) Flertallet har i punkt 13.3.4 gitt uttrykk for at Konkurransetilsynets fastsettelse av grovheten til to prosent av den relevante omsetningsverdien er en svært forsiktig bedømmelse, sammenlignet med nivået for utmåling av bøter i EU/EØS.
- (609) Flertallet har videre, som det fremgår av punkt 13.3.2, et annet syn på overtredelsens varighet enn det som ligger til grunn for Konkurransetilsynets vedtak.
- (610) Disse to faktorene trekker i hver sin retning ved utmålingen. Den prosentvise innplasseringen av overtredelsens grovhet gir store utslag, relativt til varighet. En strengere vurdering av overtredelsens grovhet ville med andre ord ha gitt grunnlag for utmåling av et vesentlig høyere gebyr, mens en noe kortere varighet enn vedtaket bygger på, og anvendelse av avrundingsreglene i EU, ville ha trukket i motsatt retning.
- (611) Flertallet har i denne situasjonen funnet det riktig å foreta utmålingen etter en helhetlig vurdering, hvor både hensynet til reglens preventive virkning og hensynet til harmonisering med utmålingspraksis i EU/EØS er tillagt stor vekt. Begge hensynene taler mot å redusere det utmålte gebyret. Flertallet har i denne situasjonen blitt stående ved at det ilagte overtredelsesgebyret må opprettholdes uendret.
- (612) Overtredelsesgebyret opprettholdes etter dette til 788 millioner kroner.

13.5 Maksimalgrensen på 10 prosent av foretakets omsetning

- (613) Det legges til grunn som uomtvistet at det utmålte gebyret ikke overstiger maksimalgrensen på 10 prosent av konsernet Telenor ASAs samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret, jf. vedtaket avsnittene 1209–1211.

14 Konklusjon – overtredelsesgebyrets størrelse

- (614) Konkurranseskjemenemndas flertall konkluderer etter dette med at det ilagte overtredelsesgebyret på 788 millioner kroner mot Telenor Norge AS/Telenor ASA for overtredelsen av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, opprettholdes.

15 Avgjørelse

- (615) Konkurranseskjemenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

- 1. Klagen tas ikke til følge.**
- 2. Konkurransetilsynets vedtak V2018-20 av 21. juni 2018 stadfestes.**

- (616) Avgjørelsen er truffet med den dissens som det er redegjort for i vedtaket.

(617) Konkurransklagenemnda har avgjort klagen uten ugrunnet opphold og innen seks måneder fra klagen første gang ble fremsatt jf. konkurranseloven § 39 andre ledd. Søksmål om nemndas vedtak kan eventuelt rettes mot staten ved Konkurransetilsynet, og anlegges for Gulating lagmannsrett innen tre måneder etter at underretning om vedtaket ble mottatt, jf. konkurranseloven § 39 tredje og fjerde ledd.

14

Dokumentet er godkjent elektronisk