

Ifrågasatt konkurrensbegränsande samarbete – samarbete kring tillstånd att använda radiosändare

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket avskriver ärendet från vidare handläggning.

Inledning

Den 19 november 2008 lämnade TeliaSonera Mobile Networks, 556025-7932, (TeliaSonera), Tele2 Sverige AB, 556267-5164, (Tele2), Swefour GSM AB, 556646-2189, (Swefour), Telenor Sverige AB, 556421-0309, (Telenor) och Hi3G Access AB, 556593-4899, (Hi3G), i fortsättningen benämnda Operatörerna, in en gemensam ansökan till Post- och Telestyrelsen (PTS) avseende tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet.¹

Med hänsyn till att samarbetet om den gemensamma ansökan ägde rum mellan de fem största aktörerna inom mobil tele- och datakommunikation, bedömde Konkurrensverket att samarbetet gav upphov till farhågor för konkurrensen. Konkurrensverket inledde därför den 19 december 2008 en utredning av Operatörernas samarbete.

I utredningen har granskats huruvida samarbetet mellan Operatörerna strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) (KL) respektive artikel 101 i fördraget om Europeiska kommissionens funktionssätt (EUF).

Det noteras inledningsvis att operatörer på marknaden har framfört synpunkter på PTS tillämpning av lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK) i detta fall. Bland annat har det ifrågasatts huruvida en eventuell presumtion verkligen sträcker sig så långt som PTS har ansett i aktuellt tillståndsärende. Dessa synpunkter har framförts både till PTS inom ramen för PTS samrådsförfarande och till Konkurrensverket. Beslutet om tilldelning har också

¹ Aktbilaga 2, Operatörernas gemensamma ansökan till PTS daterad 2008-11-19.

överklagats till domstol. Konkurrensverket konstaterar här att det inte ligger inom verkets behörighet att göra någon överprövning av PTS beslut eller tillämpning av LEK.

Bakgrund

Enligt LEK är det PTS som beviljar tillstånd att använda radiosändare (tillstånd att använda frekvenser).

TeliaSonera, Telenor, Tele2 och Swefour innehade sedan tidigare tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet.² TeliaSoneras, Telenors och Tele2:s tillstånd gällde t.o.m. den 31 december 2010 och Swefours tillstånd gällde t.o.m. den 31 december 2017. Hi3G hade vid ansökningstillfället inget tillstånd i 900 MHz-bandet.

Av de handlingar Konkurrensverket tagit del av framgår att PTS under år 2007 inledde en dialog med vissa av ovan nämnda operatörer. PTS önskade att i god tid före tillståndstidens utgång efterhöra om intresse fanns för en samförstånds-lösning mellan operatörerna om omläggning av tillstånden att använda frekvenser i 900 MHz-bandet. PTS syfte med detta var att möjliggöra en effektivare spektrumanvändning för framtiden. Bland annat önskade PTS säkerställa fortsatt GSM-verksamhet samtidigt som UMTS³ i 900 MHz-bandet infördes. PTS ville vidare införa nya frekvensarrangemang i 2*5 MHz-block och frigöra en UMTS-kanal om 2*5 MHz.⁴ Det därmed frigjorda utrymmet avsåg PTS att tilldela en aktör som inte tidigare hade tillstånd i 900 MHz-bandet, för att ge förutsättningar för konkurrens på lika villkor på mobiltelefonimarknaden.⁵

I den gemensamma ansökan den 19 november 2008 till PTS framställde Operatörerna en begäran om att PTS skulle

- i) förlänga tillståndshavarnas tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet till att gälla till och med den 31 december 2025,
- ii) tilldela TeliaSonera, Tele2 och Telenor ytterligare frekvensutrymme och minska Swefours utrymme,
- iii) medge överlåtelse av frekvenser från Tele2 och Telenor till Hi3G om totalt 2*5 MHz samt därefter utfärda tillstånd till Hi3G och,

² Operatörerna hade tillstånd enligt följande tilldelningsbeslut. *TeliaSonera* PTS beslut den 31 mars 2004, dnr 04-5323/10, *Telenor (Vodafone)* PTS beslut 31 mars 2004, dnr 04-5327/10, *Tele2* PTS beslut 31 mars 2004, dnr 5324/10, *Swefour* PTS beslut den 25 juni 2006, dnr 06-8978.

³ *Universal Mobile Telecommunications Systems*, en 3G-standard som bygger på WCDMA (en överföringsteknik).

⁴ Aktilaga 174:225, power-point presentation från PTS daterad i juni 2007 och presenterad vid dialogmöte med några av operatörerna.

⁵ Aktilaga 174:225 samt Aktil 174:135.

- iv) bevilja teknik- och tjänsteneutralitet för Operatörerna.

Operatörernas ansökan till PTS innebar att de mellan sig fördelade hela det för elektroniska kommunikationstjänster tillgängliga frekvensutrymmet i 900 MHz-bandet. Av ansökan framgick att för det fall PTS inte biföll Operatörernas ansökan i vissa delar skulle hela ansökan falla. I samband med den gemensamma ansökan ingick Operatörerna även en rad avtal sinsemellan.

Efter att PTS mottagit Operatörernas ansökan inledde PTS ett samrådsförfarande enligt LEK, där berörd part gavs möjlighet att yttra sig över beslutsutkastet innan beslut meddelades.⁶ Den 13 mars 2009 meddelade PTS ett beslut som i allt väsentligt överensstämde med innehållet i Operatörernas ansökan.⁷ Sammanfattningsvis såg fördelningen av frekvenser ut på följande sätt före respektive efter PTS beslut.

900 MHz-bandets fördelning före överenskommelsen
(bilderna anger mängd parat spektrum)

Ledig	Swefour	TeliaSonera	Tele2	Telenor	Ledig
4,6	6,8	7,2	7,2	7,2	1

900 MHz-bandets fördelning efter överenskommelsen

Hi3G	Swefour	Tele2	Telenor	TeliaSonera
5	5	7,5	7,5	10

Ärendets handläggning

Konkurrensverket har inom ramen för ärendet genomfört en rad utredningsåtgärder. Inledningsvis har Konkurrensverket begärt in och erhållit kopior av de avtal som låg till grund för Operatörernas gemensamma ansökan. Dessa har analyserats. Operatörerna har givits möjlighet att yttra sig och de har då skriftligen inkommit med ett gemensamt svar där de ifrågasatt om samarbetet skulle kunna strida mot tillämpliga konkurrensregler. Därefter har Konkurrensverket inhämtat ytterligare information, bland annat Operatörernas underlag inför upprättandet av de aktuella avtalen. Detta underlag har granskats och analyserats. Analyser har vidare gjorts av berörda marknader och marknadsstrukturer samt

⁶ PTS Dnr 08-12019, Förslag på beslut. Samråd inleddes den 4 februari 2009.

⁷ PTS Dnr 08-12019, beslut den 13 mars 2009.

av andra för ärendet relevanta omständigheter. Konkurrensverket har även låtit en konsult göra en utredning som använts som underlag för marknadsbedömningen. Under utredningen har Konkurrensverket även haft möten med PTS och aktörer på marknaderna.

Konkurrensverkets bedömning

Utgångspunkter för Konkurrensverkets bedömning

Enligt 2 kap. 1 § KL är avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt förbjudna. Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs (p. 1) eller marknader eller inköpskällor delas upp (p. 3).

Om det aktuella samarbetet kan påverka handeln mellan medlemsstater på ett märkbart sätt (det så kallade samhandelskriteriet) skall Konkurrensverket även tillämpa artikel 101 EUF.⁸

Den relevanta produktmarknaden utgörs enligt Konkurrensverkets bedömning av fördelning av radiotillstånd i 900 MHz-bandet och den relevanta geografiska marknaden är Sverige. Operatörernas sammanlagda marknadsandelar är betydande på såväl den relevanta produktmarknaden som flera närliggande marknader (nedströms och uppströms), marknader som omfattar hela landet. Operatörerna är verksamma på samma marknadsnivå(er) och är faktiska konkurrenter, varför deras samarbete utgör ett horisontellt samarbete.⁹ Med hänsyn till dessa omständigheter bedömer Konkurrensverket att samhandelskriteriet är uppfyllt, varför även artikel 101 EUF är tillämplig.¹⁰

För att ett förfarande ska omfattas av 2 kap. 1 § KL och artikel 101 i EUF krävs att det utgör ett avtal i den mening som avses i dessa bestämmelser. Konkurrensverket konstaterar att avtalskriteriet är uppfyllt i detta ärende. Mellan Operatörerna föreligger en gemensam vilja, vilken framgår dels av de avtal som är upprättade mellan Operatörerna dels av Operatörernas ansökan till PTS.

PTS handläggning påverkar inte konkurrenslagens tillämplighet

Operatörerna har i sitt yttrande i ärendet anfört att de ställer sig frågande inför tanken att samarbetet med att ta fram och inge en gemensam ansökan, och sålunda efterkomma tillsynsmyndighetens anvisningar inför tilldelningsprocessen, skulle kunna strida mot tillämpliga konkurrensregler. Operatörerna har vidare anfört att innehållet i ansökan och den fördelning av frekvenser som

⁸ Artikel 5 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101] och [102] i fördraget (EGT L1, 4.1.2003, s. 1).

⁹ Punkt 9 Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer för tillämpningen av artikel [101] i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal (2001/C 3/02).

¹⁰ Jfr t.ex. punkt 78, Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna [101] och [102] i fördraget (2004/C 101/07).

PTS beslutade om har styrts av PTS önskemål om att den framtida användningen av 900 MHz-bandet skulle lösas i samförstånd under vissa förutsättningar.¹¹

Konkurrensverket har därför inledningsvis analyserat huruvida konkurrensreglerna är tillämpliga på ett beteende där en myndighet haft en roll på så sätt som i detta ärende. Det följer av praxis att ett förfarande är undantaget konkurrensreglernas tillämpningsområde om förfarandet varit en direkt och avsedd eller ofrånkomlig effekt av en offentlig reglering så att de inblandade företagen saknat handlingsutrymme.¹²

Det står klart att Operatörernas överenskommelse och gemensamma ansökan föregåtts av kontakter och dialog med PTS och att PTS därvid bl.a. upplyst om att en presumtion för förlängning kunde komma att tillämpas. Enligt Konkurrensverkets bedömning är Operatörernas agerande inte en direkt följd av en offentlig reglering och PTS inblandning medför inte heller på annat sätt att Operatörernas handlingsutrymme begränsats så att deras agerande undgår konkurrensreglernas tillämpningsområde.

Det faktum att PTS därefter godkänt den gemensamma ansökan genom att fatta beslut om tillstånd att använda radiosändare i 900 MHz-bandet som i allt väsentligt överensstämmer med den gemensamma ansökan, påverkar inte Konkurrensverkets bedömning i denna del.¹³

Konkurrensbegränsande syfte eller resultat

Konkurrensrätten skiljer mellan avtal som har till *syfte* respektive *resultat* att begränsa konkurrensen. Kriterierna är alternativa, dvs. bedöms ett avtal ha till syfte att begränsa konkurrensen behöver inte även resultatet bevisas.

Avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen genom fastställande av priser, begränsning av produktionen eller uppdelning av marknader eller kundunderlag anses särskilt skadliga ur konkurrenssynpunkt eftersom de direkt påverkar slutresultatet av konkurrensprocessen. Fastställande av priser och begränsning av produktionen leder direkt till att kunderna betalar högre priser eller inte får de kvantiteter de önskar. Uppdelning av marknader eller kundunderlag minskar det urval som står till buds för kunderna och leder därför till högre priser eller mindre

¹¹ Aktbil. 37

¹² Mål 40-48, 50, 54-56, 111,113, och 114/73, *Suiker Unie mot Kommissionen*, Mål T-228/97, *Irish Sugar plc mot Kommissionen*.

¹³ Se för motsvarande resonemang t.ex. mål T-387/94, *Asia Motor France mot Kommissionen*, T-271/03, *Deutsche Telekom AG mot Kommissionen* samt Generaladvokatens yttrande i C-280/08, *Deutsche Telekom AG mot Kommissionen* (överklagande av T-271/03), p. 13.

produktion. Det kan därför presumeras att dessa begränsningar har negativa effekter på marknaden och de är därför nästan alltid förbjudna.¹⁴

I praxis har uttalats att vissa typer av avtal med största sannolikhet har negativa verkningar på konkurrensprocessen och på marknaden. De äventyrar därmed de mål som eftersträvas med gemenskapens konkurrensregler. Vid sådana avtalstyper är det särskilt tydligt att det konkurrensbegränsande syftet innebär ett så kallat *faredelikt*. Eftersom vissa typer av avtal (exempelvis fastställande av priser, uppdelning av kunder, vertikal prisbindning) erfarenhetsmässigt är avtal som typiskt sett begränsar konkurrensen behöver inte de konkreta verkningarna av dessa undersökas. En sådan kategorisering utifrån avtalstyp ger rättsäkerhet, dock alltid under förutsättning att det rättsliga och ekonomiska sammanhang som avtalet ingår i inte talar mot en sådan standardiserad prövning.

Sammanfattningsvis innebär det ovanstående att för att en syftesöverträdelse ska kunna anses föreligga måste man kunna utgå ifrån att beteendet kan medföra negativa effekter på konkurrensen.

I aktuellt ärende har Operatörerna ingått en överenskommelse om att begränsa och koordinera sin efterfrågan på en insatsvara. Samarbetet är genomfört på en reglerad marknad och faller inte uppenbart in under de kategorier av samarbeten som brukar anses utgöra syftesöverträdelser. Konkurrensverket har utrett om samarbetet ändå skulle kunna utgöra en syftesöverträdelse genom att analysera om samarbetet är ett sådant som typiskt sett alltid leder till sådana negativa effekter som beskrivs ovan.

I sin bedömning av syftet med avtalet har Konkurrensverket särskilt beaktat det förhållande att frekvenser är en begränsad och reglerad tillgång som PTS är ensamt behörigt att förfoga över genom beslut om tillstånd att använda radio-sändare (1 kap. 3 § LEK).

Av utredningen framgår att PTS har varit aktiv i den process som ledde fram till den gemensamma ansökan och det har förekommit upprepade kontakter mellan PTS och flera av Operatörerna. PTS har på ett tidigt stadium inbjudit till samråd och informerat Operatörerna om vilka principer myndigheten önskade tillämpa vid fördelning av frekvenser i 900 MHz-bandet. PTS har därvid framfört att en presumtion för förlängning kunde komma att tillämpas i ärendet. Operatörerna har kommit in med en ansökan som i stort överensstämde med de önskemål som PTS hade förmedlat. Därefter har PTS, efter samråd med marknaden, beslutat att fördela tillstånd att sända radio i 900 MHz-bandet i enlighet med den gemensamma ansökan.

¹⁴ Punkt 25 i tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, (2001/C 3/02) ("de horisontella riktlinjerna).

I skälen till PTS beslut om tillstånd till Operatörerna angavs att det inte finns någon lagreglerad rätt till förlängning av ett radiotillstånd vid tillståndstidens utgång. PTS hänvisade till lagmotiven där det finns uttalanden om en presumtion för förlängning samt till praxis inom myndigheten och tillämpade presumtionen på så sätt att nya (förlängda) tillstånd meddelades.¹⁵

Sammantaget har framkommit att PTS har uppmuntrat en samförståndslösning men därefter likväl självständigt fattat ett beslut om tilldelning. Denna handläggning i kombination med den ovan nämnda presumtionen gör att Operatörernas handlingsutrymme i just detta specifika fall varit ytterst begränsat. Detta gäller oavsett om Operatörernas subjektiva avsikt med samarbetet var att utestänga andra operatörer än Hi3G från 900 MHz-bandet.

I detta sammanhang kan nämnas att från och med 1 augusti 2010 gäller en lagändring i LEK som innebär att när antalet tillstånd inom ett frekvensutrymme har begränsats, ska tillståndsprövning ske efter allmän inbjudan till ansökan, om inte särskilda skäl föranleder annat, dvs. allmän inbjudan ska regelmässigt ske vid tillståndstidens utgång.¹⁶

Beträffande PTS handlingsmöjligheter kan konstateras att Operatörernas gemensamma ansökan var utformad på så sätt att ansökan skulle avslås i sin helhet om delar av yrkandena inte skulle vinna bifall. Denna omständighet innebär enligt Konkurrensverkets mening dock inte att PTS kan anses ha blivit ställd inför en situation som lett till att myndigheten varit tvungen att acceptera Operatörernas ansökan. PTS hade såväl legal som faktisk möjlighet att avslå ansökan.

Med hänsyn till omständigheterna i ärendet bedömer Konkurrensverket att det rättsliga och ekonomiska sammanhanget inte heller tyder på att Operatörernas samarbete har lett till negativa resultat.

Konkurrensverket har mot bakgrund av det ovan redovisade utredningsarbetet inte funnit skäl att fortsätta en ytterligare djupare utredning i ärendet.

Skäl för beslutet

Som ovan redovisats bedömer Konkurrensverket att konkurrensreglerna är tillämpliga på samarbetet mellan Operatörerna. Konkurrensverket har i utredningen emellertid funnit att Operatörernas handlingsutrymme i just detta specifika fall varit ytterst begränsat. Vid en sammantagen bedömning finner därför Konkurrensverket att det inte finns tillräckliga skäl för att gå vidare med utredningen. Ärendet ska därför skrivas av från vidare handläggning.

¹⁵ PTS Dnr 08-12019, beslut den 13 mars 2009, sid 8-9.

¹⁶ SFS 2010:497

Med denna utgång har Konkurrensverket inte haft anledning att göra en bedömning huruvida förutsättningarna för undantag enligt 2 kap. 2 § KL och artikel 101 p. 3 EUF är uppfyllda eller inte.

Beslutet att inte gå vidare med ärendet kan inte överklagas.

Hur ni kan gå vidare

De företag som berörs av detta beslut kan vända sig till domstol för att få frågan prövad.

En talan rörande konkurrensbegränsande samarbete mellan företag enligt 2 kap. 1 § KL eller rörande missbruk av dominerade ställning enligt 2 kap. 7 § KL väcks vid Marknadsdomstolen.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit .

Dan Sjöblom

Kristin Mattsson Örnulf

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Kopia till:

PTS

TeliaSonera Mobile Networks

Tele2 Sverige AB

Telenor Sverige AB

Hi3G Access AB

Nordisk Mobiltelefon International AB

Ventelo Sverige AB

Vectone Network Limited