



DET KONGELIGE SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Saksbehandler, innvalgstelefon

Christina Christensen/Gard Sveen

Vår dato

19.12.2001

Deres dato

05.04.2001

Vår referanse

01/2344

Deres referanse

NetCom GSM AS
v/Simonsen Føyen Advokatfirma DA
Postboks 6641 St. Olavs pl.
0129 Oslo

VEDTAK OM STERK MARKEDSSTILLING

1. Bakgrunn

NetCom GSM as påklagde Post- og teletilsynets vedtak av 15. mars 2001 om sterk markedsstilling på mobiltelefoni i brev av 5. april 2001 til Statens teleforvaltningsråd. Klagen gjelder et enkeltvedtak og er rettidig.

Vedtaket om sterk markedsstilling anses for å ha prinsipiell og telepolitisk betydning, fordi sterk markedsstilling er terskelverdien for å pålegge tilbydere særlige forpliktelser med sikte på å fremme konkurransen i telemarkedet. Vedtaket om sterk markedsstilling er følgelig et sentralt virkemiddel for å oppnå de telepolitiske målsetningene. Samferdselsdepartementet er derfor klageinstans for vedtaket om at NetCom GSM har sterk markedsstilling på markedet for mobiltelefoni, jf teleloven § 8-2 og offentlignettforskriften § 5-4. Arbeids- og administrasjonsminister Norman er av habilitetsårsaker ved kgl res 16. november 2001 oppnevnt som settestatsråd for Samferdselsminister Skogsholm ved Samferdselsdepartementets behandling av denne saken.

Post- og teletilsynet (PT) oversendte saken 16. mai 2001 til Statens teleforvaltningsråd. PT opprettholder her sitt tidligere vedtak. Statens teleforvaltningsråd avgav sin innstilling i saken 10. september 2001. Rådet finner ingen saksbehandlingsfeil eller mangler ved vurderingen av markedsandel fra PTs side og tilrår at PTs vedtak opprettholdes.

For ytterligere oversikt over saksgangen vises til PTs oversending av saken til Teleforvaltningsrådet.

Postadresse
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse
Akersgt. 59
Org.: 972 417 904

Telefon
Sentralbord: 22 24 90 90
Se saksbehandlers
innvalgsnr.

Telefax
22 24 56 09 Avd.
22 24 95 70 Arkiv

Samferdselsdepartementet legger til grunn at klagen fra NetCom gjelder den delen av vedtaket som utpeker NetCom til å ha sterk markedsstilling på markedet for GSM telefoni. I henhold til ordlyden i NetComs klage av 5. april 2001 påklages riktignok Post- og teletilsynets vedtak uten noen avgrensning, men det legges til grunn at henvisningen til klagen i brev av 13. februar 2001 fra NetCom med kommentarer til PTs varsel om vedtak medfører at klagen er avgrenset til den delen av vedtaket som gjelder sterk markedsstilling på markedet for mobiltelefoni. I brevet av 13. februar 2001 fremholder NetCom at selskapet er enige i resultatet PT er kommet til mht vurderingen av det totale nasjonale marked for samtrafikk. NetCom fremholder dessuten at de er enige med PT i vurderingen av produktmarked og inndelingen i geografisk marked, samt at det relevante er å benytte omsetning som beregningsenhet for markedsandeler.

Klagen gjelder såvel Post- og teletilsynets saksbehandling som avgjørelse av sakens realitet.

2. SAKSBEHANDLINGSFEIL

Klagen over saksbehandlingsfeil gjelder avslag på begjæring om innsyn, valg av beregningsenhet og at innhentede tall er benyttet til annet formål enn forutsatt.

2.1 Begjæring om innsyn

NetCom har bedt om innsyn i tallene som ligger til grunn for PTs beregning. PT har unntatt tallene fra partsoffentlighet av hensyn til andre aktører. Samferdselsdepartementet deler PTs vurdering om at opplysningene er forretningshemmeligheter som faller inn under forvaltningsloven § 19, 1 bokstav b jf § 13, 1. ledd pkt 2. I tillegg til partenes behov for fortrolighet, legges det vekt på telemyndighetens behov for å kunne innhente opplysninger i markedet i tillit til at opplysningene om forretningshemmeligheter blir behandlet konfidensielt. På denne bakgrunn gis det ikke partsmeroffentlighet.

NetCom har videre bedt om anonymiserte tall slik at selskapet lettere kan ta stilling til PTs vurdering av hvorvidt NetCom har en markedsandel på mer enn 25 pst. PT opplyser at NetCom ikke har fått utlevert slike tall. Samferdselsdepartementet støtter NetCom i at markedsaktørene bør få tilgang til anonymiserte tall fra PT der dette er mulig og hensiktsmessig, slik at markedsaktørene selv lettere kan ta stilling til tilsynets vurdering. I denne konkrete saken mener Samferdselsdepartementet at det ikke er mulig å oppgi tall som er tilstrekkelig anonymiserte til ikke å skade andre aktører samtidig som de ville gitt NetCom nyttig informasjon utover det som NetCom kunne lese seg til i konkurrentens årsrapport.

På denne bakgrunn finner Samferdselsdepartementet at det ikke foreligger noen saksbehandlingsfeil fra Post- og teletilsynet på dette punkt.

2.2 Valg av beregningsenhet

I klagen av hevder NetCom at det ikke er tilstrekkelig begrunnet hvorfor PT har endret beregningsenhet fra abonnementstall til tall for omsetning. I brev av 13. februar 2001 påpeker NetCom imidlertid at selskapet er enige i ”at det relevante er å benytte omsetning som beregningsenhet for markedsandeler”¹.

Samferdselsdepartementet slutter seg til at omsetningstall er det mest egnede kriterium for å måle NetComs markedsandel for mobiltelefonmarkedet. Bakgrunnen for dette er at omsetningstall gir et betydelig bedre inntrykk av NetComs reelle markedsandel enn det antall abonnenter gjør, fordi antall abonnenter i seg selv ikke beskriver ringevolum. Det følger av NetComs merknader at selskapet er enig i PTs beslutning om å legge omsetningstall til grunn for beregningen. NetCom, PT og Samferdselsdepartementet er også enige om at dette er Kommisjonens anbefalte fremgangsmåte, jf ONPCOM 99-03. Samferdselsdepartementet har på denne bakgrunn vanskelig for å se at NetCom etter først å ha opplyst at selskapet er enig i vurderingen og at vurderingen er i samsvar med Kommisjonens anbefaling, deretter har grunn til å stille spørsmål til hvordan den er fremkommet.

Samferdselsdepartementet mener at det relevante i denne sammenheng er å legge tall for omsetning til grunn for beregningen av sterk markedsstilling. Departementet kan ikke se at det foreligger noen saksbehandlingsfeil fra Post- og teletilsynet på dette punkt.

2.3 Tallmaterialet

NetCom hevder at tallene ikke kan legges til grunn fordi de ikke er innrapporterte med henblikk på å danne grunnlag for vurderingen av sterk markedsstilling. PT på sin side forutsetter at tilbyderne må oppgi korrekte tall i henhold til tilsynets forespørsler, uten henblikk på hva tallene skal brukes til.

Det følger av PTs kompetanse til å innhente informasjon, jf teleloven § 9-1, at opplysningene som kan kreves må være nødvendige for gjennomføringen av loven eller oppgaver som er pålagt telemyndigheten i forbindelse med internasjonale overenskomster. Det vil derfor ofte være naturlig at PT ved innkreving av informasjon oppgir hvilket formål opplysningene skal benyttes til. Det følger ikke av dette at PT er avskåret fra å benytte innhentet informasjon til andre oppgaver som måtte tilligge tilsynet iht loven. I det foreliggende tilfellet er opplysningene brukt i PTs lovmessige vurdering av om en tilbyder har sterk markedsstilling iht teleloven § 2-1, og er dermed benyttet etter forutsetningene i § 9-1. Særlig i tilfeller som det foreliggende, der det i

¹ Pkt. 1 s. 1, fjerde avsnitt, annet punktum.

praksis har vist seg svært vanskelig å få den informasjonen tilsynet hadde krav på, jf nedenfor, må tilsynet kunne bruke innhentet informasjon selv om det ved innhenting ikke er gitt uttrykk for at informasjonen skulle brukes til dette formål.

Samferdselsdepartementet er således enig i Post- og teletilsynets synspunkt, og kan ikke se at det foreligger noen saksbehandlingsfeil fra tilsynet på dette punkt.

NetCom hevder videre at saken ikke er forsvarlig opplyst, jf forvaltningsloven § 17, fordi tallene som er lagt til grunn for beregningen er for gamle. NetCom krever at vedtaket oppheves, og at nytt vedtak fattes basert på oppdatert informasjon. PT viser til at det var svært vanskelig å innhente tallmaterialet som kunne brukes i vurderingen. PT viser her til at det i tillegg til pålegg om informasjonsinnlevering også skulle flere purringer til for å få utlevert informasjonen for andre kvartal 2000.

Samferdselsdepartementet vil først påpeke det alvorlige i å hindre Post- og teletilsynet i å føre tilsyn med telemarkedet ved ikke å utlevere informasjon til tilsynet innen de fastsatte frister. For at en tilbyder skal kunne nå frem med en klage på at tilsynet har benyttet foreldet informasjon, må det være en forutsetning at tilbyderen ikke har vanskeliggjort eller hindret tilsynets arbeid ved innhenting av ny informasjon.

I dette tilfellet har NetCom valgt å la tilsynet purre flere ganger før de (i november 2000) sendte inn informasjon for andre kvartal 2000. Deretter hevder NetCom at det er en saksbehandlingsfeil at tilsynet ikke har lagt tall fra fjerde kvartal 2000 til grunn. PT sendte varsel om vedtak til NetCom i januar 2001. Samferdselsdepartementet legger derfor til grunn at tilsynet har startet arbeidet med vedtak om sterk markedsstilling (som også involverer flere aktører enn NetCom) i november straks tallene for annet kvartal var kommet inn.

På bakgrunn av den lange tiden det tok for tilsynet å innhente informasjon for andre kvartal er departementet enig i at det var grunn til å tro at en ny runde med informasjonsinnhenting ville føre til at vedtakene om sterk markedsstilling ville blitt vesentlig forsinket. Beslutningen om å bruke den tilgjengelige informasjonen forsterkes av at PTs erfaring (noe informasjonsinnhenting i ettertid også har bekreftet) tilsa at svingningene i tallene fra et kvartal til et annet ikke var store nok til å forsvare ytterligere ressursbruk og utsetting av vedtak.

Samferdselsdepartementet er derfor enig med tilsynet i at saken var så godt opplyst som mulig innenfor de tids- og ressursrammer tilsynet arbeidet under, før vedtaket ble truffet. Departementet kan ikke se at det foreligger noen saksbehandlingsfeil fra Post- og teletilsynet på dette punkt.

Det er for øvrig departementets oppfatning at NetCom under prosessen der PT iht teleloven og forvaltningsloven både har forsøkt å innhente informasjon og har sendt ut brev for å varsle om vedtak, har hatt full anledning til å sende inn oppdaterte tall dersom selskapet mente at dette ville føre til endringer i tilsynets vurdering av hvorvidt NetCom har sterk markedsstilling eller ikke.

3. STERK MARKEDSSTILLING FOR MOBILTELEFONI

3.1 Hovedregelen for sterk markedsstilling

Når det gjelder NetComs anførsler om endring av beregningsmetode og krav om innhenting av nyere tallmateriale til bruk ved beregning av sterk markedsstilling henvises til pkt 2.2 om valg av beregningsenhet og til pkt 2.3 om tallmaterialet.

I henhold til teleloven § 2-1, første ledd skal en tilbyder normalt anses for å ha sterk markedsstilling dersom selskapet har en markedsandel på 25 pst. eller mer i det relevante marked.

NetCom anfører at selskapets markedsandel etter all sannsynlighet er under 25 pst, og at NetCom således ikke faller inn under telelovens hovedregel om sterk markedsstilling. Påstanden begrunnes med at NetCom i antall abonnenter har om lag 25 pst av markedet og en henvisning til at NetCom [*u. off.*] Post- og teletilsynet mener på grunnlag av innrapporterte tall fra registrerte tilbydere for 1. halvår 2000 supplert med innrapporterte tall for 1999, at NetCom har rundt 30 pst markedsandel i sluttbrukermarkedet for GSM/DCS mobiltelefoni. Tilsynet kommer dermed til at NetCom i utgangspunktet faller inn under hovedregelen for sterk markedsstilling.

Samferdselsdepartementet har gått gjennom de innrapporterte tallene og tilsynets beregning av NetComs markedsstilling. Departementet finner at tilsynets vurderinger er basert på Kommisjonens anbefalte utregningsmetode, og at tilsynets beregnede markedsandel for NetCom er sammenfallende med NetComs egen anslåtte markedsandel i årsrapporten for år 2000. Departementet legger derfor til grunn at NetComs markedsandel er på 28 pst, og at NetCom faller inn under telelovens hovedregel for tilbyder som har sterk markedsstilling.

3.2 Unntaksbestemmelsen

Teleloven § 2-1 annet ledd gir rettsgrunnlag for å fravike hovedregelen om 25 pst markedsandel dersom andre hensyn tilsier det. Dette er en unntaksbestemmelse. I vurderingen av om hovedregel skal fravikes skal det tas hensyn til:

- tilbyders mulighet til å utøve innflytelse på markedsvilkårene,

- virksomhetens omsetning i forhold til størrelsen på markedet
- i hvilket omfang virksomheten har kontroll over tilgang til sluttbruker
- virksomhetens tilgang til finansielle ressurser og
- dens erfaring med tilbud av telenett eller teletjeneste.

PT har i sitt vedtak vurdert om det foreligger hensyn som tilsier at unntaksbestemmelsen bør komme til anvendelse. PT kommer til at det er en klar overvekt av hensyn i retning av at NetCom har sterk markedsstilling. Tilsynet mener på denne bakgrunn at unntaket i § 2-1 ikke kan komme til anvendelse i forhold til å unnta NetCom fra å ha sterk markedsstilling for mobiltelefonimarkedet.

Klager anfører i brev av 13. februar d.å. at det er grunnlag for unntak fra ”presumpsjonen etter teleloven § 2-1”.

Samferdselsdepartementet er enig med klager i at det i særskilte tilfeller er grunnlag for å fravike terskelverdien på 25 pst. Dvs. at en tilbyder ikke alltid har sterk markedsstilling dersom han har en markedsandel over 25 pst, og vice versa at en tilbyder kan vurderes til å inneha sterk markedsstilling selv om han har en lavere markedsandel enn 25 pst.

Dette kommer til uttrykk i både i teleloven § 2-1 og i forarbeidene til loven i Ot.prp.nr. 31 (1997-1998) der det heter at ”*Departementet mener at det ikke i alle tilfeller vil være riktig å knytte sterk markedsstilling kun til en måling av markedsandel.*”

Hovedregelen må derfor ses i *sammenheng med formålet*: Aktørens reelle markedsstilling må vurderes konkret i det enkelte tilfellet med utgangspunkt i telelovens § 2-1 annet ledd, og vurderingstemaene som der angis.

I tillegg fremgår det av forarbeidene til loven i Ot.prp.nr. 31 (1997-98) at spørsmålet om sterk markedsstilling må vurderes ut fra hvorvidt ”*virksomheten bruker, eller har mulighet for å bruke markedsstillingen til å påvirke prisen i et marked. Det vil her være aktuelt å vurdere bl.a. rammebetingelser for virksomheten, offentlige reguleringer, markedsstruktur, markedsatferd og markedsresultat.*”

Merknaden går langt i retning av en tilnærming til tradisjonelle betraktninger om en virksomhets markedsrett i det sterke markedsstilling knyttes opp til prispåvirkning. I tillegg kommer vurderinger av markedet som virksomheten opptrer i. Departementet vil vurdere disse merknadene som en ytterligere utdyping av kriteriet om aktørens *påvirkning av markedsvilkårene*.

3.3 Påvirkning av markedsvilkårene

3.3.1 Markedsstruktur og markedsandeler

Med kun to store dominerende aktører må det norske mobilmarkedet sies å være et av Europas mest konsentrerte. Det er kommet nye tjenesteleverandører i markedet, men disse har en så vidt lav markedsandel at et duopol umiddelbart ser ut til å være den eneste rimelige betegnelsen på markedet.

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at det norske mobilmarkedet hittil har hatt relativt entydig karakter av å være et *asymmetrisk* duopol, gitt at klager er svært mye større enn resten av aktørene i mobilmarkedet, mens Telenor Mobils markedsandel synes å være over dobbelt så stor som NetComs. Klager anfører i brev av 13. februar at dets priser ikke kan fravike Telenor Mobils i for stor grad pga Telenor Mobils dominerende posisjon i markedet. Dette kan umiddelbart indikere at klager ikke har noen mulighet for å øke prisen utover et ”konkurransedyktig” nivå, men tar prisen for gitt. Denne påstanden er ikke i seg selv et bevis for at NetCom ikke har sterk markedsstilling, men impliserer kun at klagers pris må være konkurransedyktig ifht Telenor Mobils priser.

Den relevante prisdrøftingen må ses i forhold til om en aktør faktisk har anledning til å holde en høyere pris enn tilfellet hadde vært i et marked med effektiv konkurranse. Departementet finner at NetComs eksistens har medført et større prispress enn i et rent monopol. Men ut fra eksisterende markedsstruktur er det grunn til å tro at verken NetCom eller Telenor Mobil har incentiv til å sette priser som de ville gjort under tilnærmet virksom konkurranse, fordi det ikke finnes andre aktører som kan utgjøre en troverdig trussel mot selskapenes samlede dominans i mobilmarkedet.

Dersom det ikke er effektiv eller virksom konkurranse i markedet, vil det eksistere markedsrett for ett eller flere selskaper. Et selskap som har markedsrett er ikke effektivt begrenset av konkurranse og kan derfor på et permanent nivå holde priser over et konkurransemessig nivå og likevel fremvise lønnsomhet. Det kan anføres at duopolet er så vidt asymmetrisk at det kun er Telenor Mobil som har markedsrett. I økonomisk forståelse betyr eksistensen av utelukkende én markedsrett med markedsrett at denne kan opptre fullstendig uavhengig av konkurrentene. Det er lite i prisdynamikken og markedsstrukturen i mobilmarkedet som indikerer at Telenor Mobil opptre fullstendig uavhengig av NetCom. Dette kan tyde på at NetCom besitter en form for markedsrett. Historisk prisutvikling i mobilmarkedet peker da også i retning av at et de facto *tilnærmet symmetrisk* duopol der produktene er homogene. I et slikt duopol vil det i *teorien* eksistere et ”avhengighetsforhold” mellom aktørene, og hver av aktørene vet hvordan konkurrenten reagerer.

Endelig kan det anføres at Telenor Mobil under sterk markedsstillingsregimet er underlagt krav om kostnadsorienterte priser og at NetCom altså ikke kan avvike fra disse i signifikant grad. Dette taler ikke for at selskapet er reelt konkurranseutsatt fordi kostnadsorientering i seg selv ikke søker å imitere et marked med fullkommen konkurranse.

Er det barrierer for konsumentenes mulighet for å bytte leverandør ?

Eksistensen av signifikante hindringer for at kundene skal kunne bytte leverandør av en vare eller tjeneste er ikke forenlig med et marked med effektiv konkurranse, og kan indikere markedsrett for ett eller flere selskaper. Samferdselsdepartementet legger til grunn at såkalt "SIM-locking"/låsing av subsidierte mobiltelefoner til tilbyderen i en gitt kontraktsperiode og ev. gebyr for å bryte denne utgjør en hindring for å effektiv overgang mellom leverandører basert på økonomisk effektivitet. Denne praksisen viser at klager i vesentlig grad er i stand til å påvirke markedsvilkårene. Markedsretten i dette tilfellet styrkes av at markedsundersøkelser viser at prisen på mobiltelefonen er en av de viktigste årsaker til at en kunde velger en gitt operatør² Dette gjelder selv om innføringen av nummerportabilitet fjerner en vesentlig opplevd hindring for at en kunde skal kunne bytte mobiltilbyder.

NetComs relativt høye "churn", dvs. kundeavgang i eksisterende kundemasse, taler mot at det eksisterer vesentlige hindringer og viser at klager i begrenset grad er i stand til å utøve innflytelse på markedsvilkårene. På tross av at avgangen i eksisterende kundemasse er vesentlig, hadde klager hadde en netto kundetilgang i 2000 på 115 000.

De ulike indikatorene er til dels motstridende, men det er like fullt sterke indikasjoner på at klager utøver en form for markedsrett gjennom etablering av hindringer i de mest prisfølsomme delene av markedet.

Er det barrierer for etablering fra nye konkurrenter ?

Mulighetene for at nye aktører skal kunne etablere seg i et marked er avgjørende for å kunne vurdere graden av konkurranse i et marked. Hvis etableringsterskelen er lav eller ikke-eksisterende, så kan muligheten for at nye konkurrenter skal komme inn i markedet fungere som en effektiv begrensning på eksisterende aktørenes atferd uansett hvor store de er i markedet. Et selskap som opererer i et marked med lave etableringsterskler kan i liten grad antas å ha markedsrett.

Tjenestemarkedet

NetCom er en vertikalt integrert virksomhet; selskapet er både nett- og tjenestetilbyder. Andre tilbydere som ønsker tilgang som tjenesteleverandører må forhandle om nettilgang med et selskap det senere skal konkurrere med i sluttbrukermarkedet. Selskaper som ønsker tilgang har bare én substitusjonsmulighet, nemlig å forhandle med den andre netteieren, Telenor Mobil, om tilgang. Dette forholdet kan vanskelig bety annet enn at NetCom har markedsrett i grossistdelen av markedet.

² jf. Oftels *Review of the charge on calls to mobile phones, September 2001.*

Klager anfører at det er kommet til mange nye konkurrenter. Flertallet av eksemplene klager lister opp er nå enten konsolidert i andre selskaper eller konkurs. Dette ser ut til å være en tiltakende tendens, og kan vanskelig tolkes som annet enn at det er en høy *de facto* etablerings terskel i mobilmarkedet. Denne utviklingen kan naturligvis skyldes flere forhold som ikke kan tilskrives eksisterende operatører, men det er samtidig en indikasjon på at klager medvirker til å øve innflytelse på markedsvilkårene. Selv uten eget nett, ser det ut til at det kreves store ”investeringer” bl.a. gjennom subsidiering av håndsett for å oppnå kritisk kundemasse. Denne praksisen gir et etablert foretak fortrinn og fungerer samtidig som etableringshindring for nye selskaper. I tillegg har konkurrentene små muligheter til å få en effektiv pris for nettilgang fordi klager ikke kan antas å ha tilstrekkelige incentiver til å sette en konkurransemessig rimelig tilgangspris.

Nettverksmarkedet

Etablerings terskelen kan sies å være tilnærmet ”absolutt” pga frekvensknapphet og store investeringskostnader ved utbygging av et nettverk. I tillegg kommer skalaeffektene i driften av eksisterende nett mv. Mot dette kan det naturlig nok anføres den nylige tildelingen av nye frekvensblokker til nye aktører, men etableringstrusselen fra nye konkurrenter på nettverkssiden må sies å være svært marginal målt opp mot eksisterende nettoperatører, deriblant klager.

Utdelingen av UMTS-konsesjoner til nye aktører kan ikke sies å ha noen relevans for spørsmålet om markedsstilling i GSM-markedet. Det er heller ikke utenkelig at eksisterende nettoperatører vil ha fordeler av sin nåværende markedsposisjon i ett nytt marked.

Totalt sett eksisterer det signifikante etableringshindringer for konkurrenter i mobilmarkedet, og dette er i liten grad forenlig med et effektivt marked. Det kan derfor antas at klager har markedsrett gjennom eksistensen av disse hindringene.

3.3.2 Markedsresultat

Lønnsomhet

I et konkurransesatt marked vil prisene (og profitten) stort sett reflektere de effektive kostnadene i tillegg til en rimelig avkastning. Dersom et selskap fremviser vedvarende høy profitt i en grad som vesentlig overstiger en normal risikojustert avkastning på kapitalen, en såkalt residualprofitt, kan dette være en indikator på at konkurransen i markedet ikke er tilfredsstillende og at selskapet setter priser som er høyere enn det ville gjort i et konkurransesatt marked. Men høye priser eller profitt *alene* er ikke tilstrekkelig til å fastslå at et selskap har en markedsstilling der det kan påvirke markedsvilkårene. Stor profitt kan være uttrykk for avkastning på tidligere innovasjon eller komme som et resultat av skift i etterspørselen. Dette kan også være resultatet av et konkurransesatt marked, der aktørene er i stand til å utnytte lønnsomme muligheter når de bys.

Men vedvarende høy avkastning, sett i relasjon til den avkastning som ville opptre i et konkurranseutsatt marked med like stor risiko og innovasjonsrate, kan indikere at man står overfor markedsmakt i en grad som kan påvirke markedsvilkårene.

Et anvendt mål på lønnsomheten kan være avkastningen på den kapitalen som arbeider i selskapet; gjennomsnittlig sysselsatt kapital. Etter Samferdselsdepartementets beregninger var denne for NetCom i 1999 og 2000 hhv 20 og 17 pst. Som et sammenlikningsgrunnlag kan man legge samme kapitalkostnad eller kalkulatorisk rente som Telenor Mobil gjør i sitt ONP-regnskap, 13 pst, til grunn i en vurdering av klagers eventuelle residualprofit. NetComs lønnsomhet alene kan ikke sies å gi noen indikasjon på at denne er oppstått som følge av markedsmakt. Tilsvarende avkastning for Telenor Mobil var 61 pst i 2000 og 51 pst i 1999. Dette kan umiddelbart indikere at Telenor Mobil er i stand til å prise høyere enn virksom konkurranse skulle tilsi og at de har markedsmakt (selv om det kan anføres at dette delvis kan tilskrives relativt sett lavere kapitalbinding og større effektivitet). Det faktum at klager holder omtrent det samme prisnivå som en aktør med markedsmakt kan indikere at denne også har markedsmakt. NetCom holder tilnærmet samme priser som Telenor Mobil uten å miste et signifikant antall kunder. Det ville ikke vært mulig for en virksomhet uten markedsmakt, som opererte i virksom konkurranse. Mot ovenstående kan anføres at lønnsomheten må ses i et lengre tidsperspektiv for at man skal kunne trekke definitive slutninger.

På den annen side vil man kunne anføre at den registrerte store lønnsomheten for de dominerende aktørene naturlig impliserer at det generelle prisnivået i mobilmarkedet gir mer enn nok rom for at nye virksomheter skal kunne etablere seg innenfor et rimelig kostnadsnivå. Når konkurransen likevel ikke ser ut til å være signifikant, kan det være et tegn på at de dominerende selskapene har fordeler de andre ikke har og at dette ikke er fordeler som utelukkende kan tilskrives kontinuerlig effektivisering og innovasjon, men også selskapenes mulighet til å påvirke markedsvilkårene.

Priser til forbrukerne

Post- og teletilsynets statistikk viser at samtaleprisene ble halvert fra midten av nittitallet frem til 1998. Deretter har det vært marginal bevegelse i samtaleprisen. Abonnementsprisene har ligget tilnærmet fast de siste 6-7 årene.

Den fallende tendensen i samtaleprisen frem til 1998 kan anføres som et umiddelbart tegn på konkurranse i GSM-markedet. Samtidig taler den fastlåste abonnementsprisen og fraværet av prisreduksjoner på samtaler etter dette mot et slikt syn. Dessuten kan det argumenteres med at i en periode med fallende relative kostnader vil dette reflekteres i fallende priser, slik at man kan forvente å se prisreduksjoner også i markeder med lav grad av konkurranse. Post- og teletilsynet påpeker i rapporten *Analyse av det norske telemarkedet, 13.februar 2001* at prisstrukturen tradisjonelt har vært at Telenor Mobil og NetComs

prisplaner har fulgt hverandre tett, og ”at det virker som om prisene har stabilisert seg på et nivå der ingen ønsker å redusere prisene.” En slik tendens kan støtte opp under argumentet om karakteristiske trekk ved en duopolistisk markedsstruktur med gjensidig avhengige prisingsmekanismer. Dette er en struktur som ikke er forenlig med virksom konkurranse og gir selskapene makt til å påvirke markedsvilkårene.

Prisutviklingen, eller mangel på sådan, kan ved hjelp av elementær markedsteori fortelle noe om graden av markedsrett i et duopolmarked. Dersom den ene av de to duopolistene forsvinner fra markedet, vil den gjenværende komme i en monopolsituasjon. Det kan være gunstig for dette selskapet, særlig hvis det har unyttet kapasitet. Det er da nærliggende for et selskap å overveie en politikk som kan drive konkurrenten ut av markedet. En slik strategi vil bety reduserte overskudd for begge selskaper så lenge krigen varer, men høyere overskudd for det gjenværende fra det tidspunkt selskapet er etablert som enerådende.

Dersom man antar at den største aktøren har størst muligheter til å føre en aggressiv prispolitikk for å drive den andre ut av markedet, må han forvente at den andre ikke har muligheter til å følge med i et lengre tidsrom uten å tape sitt overskudd og trekke seg ut av markedet, at nedgangen i overskuddet mens priskrigen varer ikke vil være for stort og at det fremtidige monopoloverskuddet blir tilfredsstillende stort. Konkurrentens *finansielle ressurser og kostnadsnivå* vil spille en sterk rolle for den potensielle aggressors beslutning om å starte en priskrig for å drive konkurrenten ut av markedet. En priskrig der ingen vinner, fordi begge virksomheter er for sterke, vil kunne redusere begge virksomheters overskudd betraktelig. Med slike forventninger vil det være rasjonelt å opprettholde et ”balansert” prisregime for hvert enkelt selskap.

Den ovennevnte prisutviklingen kan indikere at NetCom har en så stor grad av markedsrett at Telenor Mobil ikke ser seg i stand til å bedrive en lønnsom aggressiv prispolitikk *innenfor det handlingsrom de regulatoriske forpliktelsene gir*. Det er ikke urimelig å anta at NetComs makt i denne ”maktbalansen” er betraktelig styrket etter Telias overtakelse av selskapet. Ved at selskapet inngår i et konsern som er større enn Telenor-konsernet, vil klager nå ha tilgang til finansielle ressurser og muligheter for kapitalrasjonalisering i større grad enn tidligere.

3.4 Virksomhetens omsetning i forhold til størrelsen på markedet

Dette vurderingskriteriet må fortolkes som selskapets totale salgsinntekter. NetCom oppgir i sin årsrapport for 2000 at selskapet hadde en markedsandel på 28 pst. I 1999 og 1998 hadde selskapet en markedsandel på 30 pst og i 1997 en

markedsandel på 32 pst. Det kan se ut til at selskapet har stabilisert seg rundt 30 pst av markedet. Foreløpige omsetningstall for 1. halvår 2001 tyder på at NetComs markedsandel ikke er fallende og vil kunne ligge i overkant av 30 pst. i 2001.

Markedsandelen for den totale omsetningen støtter opp under det faktum at vi står overfor en aktør med en stabil, sterk markedsposisjon med rundt en tredjedel av markedet. I tillegg kan det være interessant å se på differansen mellom abonnentandelen og omsetningsandelen. NetCom angir at de har 20 pst (noe høyere når man justerer for NMT-kundene) av abonnentene, mens selskapet har 28 pst av omsetningen. Dette kan være et tegn på at selskapet er i stand til å beholde "høyverdikunder" som bedrifter mv. og derfor har en form for markedsrett.

3.5 I hvilket omfang virksomheten har kontroll over tilgangen til sluttbrukere

I samtrafikkmarkedet kan det identifiseres områder eller delmarkeder der NetCom, som enhver netteier har en *de facto* monopolstilling. Dette gjelder særlig terminering av samtaler fra andre nett. Det ser ut til å være nærmest *generisk* markedsrett i denne delen av telefonmarkedet gjennom den flaskehalskontrollen netteieren besitter; en innringer til en mobiltelefon kan ikke velge hvilket nett han vil at skal slutføre eller terminere samtalen, men må nøye seg med den nettoperatoren som mottakeren av samtalen har valgt. Substitusjonsmulighetene er marginale eller på et ikke sammenliknbart nyttenivå. Termineringsprisen er lite synlig for forbrukerne og det synes som om nettoperatoren har få eller ingen incentiver til å sette ned prisen til et kostnadsreflekterende nivå. Omfattende markedsundersøkelser viser at det faktum at den som ringer betaler samtalen bidrar til å forsterke det manglende prispresset i denne delen av markedet; mottakeren av samtalen legger liten vekt på hva det koster å ringe inn til ham, det er prisen på utgående samtaler og prisen på mobiltelefonen som er avgjørende for hans valg av nettoperatør.³ I praksis gir disse markeds karakteristika seg utslag i at NetCom tradisjonelt har hatt en høyere termineringspris enn Telenor Mobil. Telenor Mobil er gjennom vedtak om sterk markedsstilling pålagt kostnadsorienterte termineringspriser, og har derfor en vesentlig lavere termineringspris enn klager. Historiske tall viser at NetCom ikke ser ut til ha noen incentiver til å være konkurransedyktig i forhold til Telenor Mobils termineringspriser, i motsetning til prisene for utgående samtaler. For tiden holder klager en termineringspris for samtaler fra andre nett som er om lag 50 pst høyere enn Telenor Mobil, uten at det ser ut til å svekke selskapets lønnsomhet.

³ Jf. f.eks Monopolies and Mergers Commission og Oftels *Cellnet and Vodafone, December 1998* eller Oftels *Review of the charge on calls to mobiles, September 2001*.

Samferdselsdepartementet registrer at NetCom tidligere har uttalt at selskapet ser det som konkurransehennende at samtaler fra Telenor Mobil til NetCom er dyrere enn samtaler innenfor Telenor Mobils nett. Differansen er riktignok større enn det termineringsprisen skulle tilsi, men det ser ikke ut til at NetCom har noe reelt incentiv til å senke "sin del av prisen" for en samtale fra Telenor Mobil til eget nett. Det har historisk vært dyrere å ringe til NetCom *både* fra fastnettet og fra Telenor Mobil. På tross av dette har selskapet siden 1993 klart å tiltrekke seg stadig flere abonnenter og nærmer seg nå en million kunder. Dette er ikke konsistent med en virksomhet som ikke er i stand til å påvirke markedsvilkårene. Det er snarere sammenfallende med en virksomhet med markedsrett, altså en virksomhet som er i stand til å holde høyere pris enn et konkurransemessig nivå uten å redusere lønnsomheten.

3.6 Virksomhetens tilgang til finansielle ressurser

Virksomhetens tilgang til finansielle ressurser kan antas å ha sammenheng med bl.a. mulighetene for å gi salgsprovisjoner, som må regnes som et av de fremste innsatsfaktorene for å rekruttere nye kunder eller beholde eksisterende kunder i eget nett. I tillegg vil virksomhetens kapitalbase virke "avskrekkende" på en duopolistkonkurrent, i den forstand at virksomhetens soliditet og muligheter for kapitalstyrking i avgjørende grad vil legge føringer for konkurranseincentivene i markedet, jf. over. NetCom er nå eid av Nordens største teleoperatør, svenske Telia AB. Dette eierforholdet antas å styrke klagers tilgang til finansielle ressurser i vesentlig grad. Dette bekreftes i årsrapporten for 2000, der selskapets soliditet er kraftig forbedret etter at Telia overtok selskapet.

3.7 Virksomhetens erfaring med tilbud av telenett eller teletjeneste

NetCom har snart ti års erfaring i GSM-markedet, og var det første selskapet som åpnet et GSM-nett for trafikk. Klager må antas å ha tilegnet seg svært mye operativ og strategisk kunnskap i de snart ti årene selskapet har drevet sin virksomhet. Selskapet er nå en del av Telia-konsernet, og vil derfor kunne dra nytte av dette konsernets ressurser og erfaringer. Totaliteten i NetComs historie og selskapets inntreden i Telia bidrar til å styrke argumentene for at klager reelt sett er en maktfaktor i GSM-markedet.

3.8 Oppsummering

Samferdselsdepartementet mener at gjennomgangen av unntakskriteriene, som foretatt i pkt. 3.3 til pkt. 3.7, klart indikerer at klager innehar sterk markedsstilling: NetCom opererer i en markedsstruktur med små incentiver til effektiv konkurranse, viser meget god lønnsomhet og har en stabil og høy markedsandel. Videre kan det sies å være etableringshindringer for nye

konkurrenter som klager nyter godt av, i tillegg til at det eksisterer vesentlige hindringer for kundeforflytninger. Selskapet har absolutt markedsrett i markedet for terminering av samtaler i eget nett. Endelig er klager en meget erfaren aktør i GSM-markedet og inngår i et stort og kapitalsterkt konsern.

Samferdselsdepartementet finner enkelte elementer som taler mot at klager har sterk markedsstilling, men disse er verken sterke eller entydige nok til å danne noen signifikant motvekt til argumentene for at klager har sterk markedsstilling.

Gjennomgangen av unntakskriteriene tilsier derfor at det ikke kan ikke gjøres unntak fra hovedregelen. Unntakskriteriene støtter derimot opp om hovedregelen, og viser at klager reelt sett har sterk markedsstilling i et slikt omfang at virksomheten har muligheter for å påvirke markedsvilkårene i markedet for GSM-mobiltelefoni.

3.9 Øvrige hensyn

Formålet med teleloven er blant annet å oppfylle nasjonale behov for telekommunikasjon og effektiv bruk av ressursene gjennom virksom konkurranse. Lovens formål er retningsgivende ved tolkning av unntaksbestemmelsen i § 2-1. I dagens marked har myndighetene delt ut nye GSM/DCS og UMTS frekvenskonsesjoner blant annet med sikte på å få flere aktører inn i mobilmarkedet. Tilbydere med sterk markedsstilling skal imøtekomme enhver rimelig anmodning fra annen tilbyder av offentlig mobilkommunikasjonsnett eller -tjeneste om tilgang til telenett med det formål å tilby teletjeneste til egne sluttbrukere. Det vil være enklere for nye aktører å komme inn på et etablert marked dersom begge de to etablerte infrastrukturierne må gi slik tilgang. Formålsbestemmelsen anvendt på dagens markedssituasjon med flere nye aktører på vei inn i markedet, trekker i retning av å tolke unntaksbestemmelsen i § 2-1 relativt strengt. Telelovens formålsbestemmelse supplerer vurderingskriteriene i unntaksbestemmelsen i § 2-1, annet ledd og taler dermed imot at det gjøres unntak fra sterk markedsstilling for NetCom i dagens markedssituasjon.

4. KONKLUSJON

Samferdselsdepartementet finner at NetCom GSM har sterk markedsstilling for mobiltelefoni, jf teleloven § 2-1, første ledd. Etter en helhetsvurdering av situasjonen og unntakskriteriene i § 2.1 finner Samferdselsdepartementet at det ikke kan gjøres unntak for NetCom fra hovedregelen om sterk markedsstilling for mobiltelefoni.

Post- og teletilsynets vedtak om at NetCom GSM as har sterk markedsstilling opprettholdes.

Vedtaket kan ikke påklages videre, jf forvaltningsloven § 28.

Med hilsen

Victor D. Norman

Eva Hildrum

Kopi: Post- og teletilsynet
Statens teleforvaltningsråd