



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Simonsen Føyen DA
v/advokat Tor Stokke
Postboks 6641 St. Olavs plass
0129 OSLO

Deres ref

Vår ref
03/1495- HG

Dato
10.12.2003

VEDTAK OM STERK MARKEDSSTILLING I SAMTRAFIKKMARKEDET

1 Bakgrunn

NetCom as påklagde 27. mai 2003 Post- og teletilsynets vedtak 6. mai 2003 om sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet. Når det gjelder de nærmere klagegrunner, vises det til klagen og etterfølgende skriv fra klagers advokat.

Vedtaket om sterk markedsstilling anses for å ha prinsipiell og telepolitisk betydning. Sterk markedsstilling er en terskel for å pålegge tilbydere særlige forpliktelser med sikte på å fremme konkurransen i telemarkedet, og følgelig et sentralt virkemiddel for å oppnå de telepolitiske målsetningene. Samferdselsdepartementet er klageinstans for vedtaket, jf teleloven § 8-2 og offentlignettforskriften § 5-4.

Post- og teletilsynet (PT) oversendte saken 6. juni 2003 til Statens teleforvaltningsråd. PT opprettholdt her sitt tidligere vedtak. Den 1. juli 2003 ble klagen oversendt fra rådet til Samferdselsdepartementet for behandling. Teleforvaltningsrådet har vist til at de saker som innkom før den nye ekomloven trådte i kraft (25. juli 2003), men som ikke ble behandlet av rådet innen de avholdt sitt siste møte 23. juni 2003, oversendes departementet til behandling.

Samferdselsdepartementet besluttet 22. juli 2003 å ikke ta til følge NetComs anmodning om utsatt iverksetting.

I brev av 20. oktober 2003 ba departementet PT og NetCom om å kommentere eventuell utvikling i NetComs markedsandel i samtrafikkmarkedet fra utgangen av 2002

til 2003 basert på innrapporterte tall fra operatørene for 1. halvår 2003. Når det gjelder merknader i denne forbindelse vises det til PTs e-post av 31. oktober 2003 til departementet. NetCom har ikke kommentert de innrapporterte tall for 1. halvår 2003.

Klagen gjelder så vel tilsynets saksbehandling som avgjørelse av sakens realitet.

2 SAKSBEHANDLINGSFEIL

NetCom har anført at PT har misligholdt sin opplysningsplikt etter forvaltningsloven § 17 ved å ikke oversende til NetCom kopi av anmodningene fra Tele Danmark InterNordia AS (nå TDC AS) og Song Networks AS knyttet til NetComs markedsstilling i markedet for terminering. Departementet finner i likhet med tilsynet ikke grunn til å drøfte nærmere på hvilket stadium i saksbehandlingen opplysningsplikten inntreffer. Slik departementet vurderer saken har NetCom uansett blitt gitt forsvarlig anledning til å gjøre seg kjent med de dokumenter som danner grunnlag for PTs vedtak og kommentere det. Etter departementets syn har NetCom blitt gitt forsvarlig anledning til kontradiksjon under tilsynets saksbehandling.

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

Videre har NetCom anført at PT ikke har opplyst saken godt nok, ved at PT har basert sin avgjørelse på mangelfulle analyser av inngrepets forhold til formålet med regelverket og av konsekvensene av et vedtak. I tillegg mener NetCom at det er en saksbehandlingsfeil at tilsynet har lagt for stor vekt på EU-kommisjonens anbefalinger for markedsanalyse og Oftels vurderinger for det britiske markedet. Departementet kan heller ikke på disse punkter se at tilsynets vurderinger er beheftet med saksbehandlingsfeil i form av at saken ikke er forsvarlig opplyst, jf forvaltningsloven § 17. Snarere tvert imot har tilsynet lagt vekt på sentrale og relevante momenter i den skjønnsmessige vurdering av om NetCom har sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet.

Når det gjelder de saksbehandlingsfeil som er påberopt av NetCom i kommentarene til PTs varsel om vedtak¹, jf ovenstående avsnitt, er departementet enig med tilsynet i at enkelte av disse anførsler gjelder både saksbehandling og skjønnsutøvelse/rechtsanvendelse ved vurderingen av om sterk markedsstilling foreligger. Anførsler som i realiteten gjelder rechtsanvendelsen vil derfor bli behandlet i tilknytning til punkter i vedtaket der vilkårene for sterk markedsstilling gjennomgås.

3 STERK MARKEDSSTILLING I SAMTRAFIKKMARKEDET

¹ Notat fra klagers advokat til PT av 20. februar 2003.

3.1 Begrepet ”det totale nasjonale samtrafikkmarkedet”

Markedsdefinisjonen ”det totale nasjonale samtrafikkmarkedet” er inntatt i offentlignettforskriften § 4-3, hvor sterk markedsstilling i samtrafikkmarkedet er oppstilt som vilkår for plikten til å ha kostnadsorienterte priser for terminering i mobilnett.

Når det gjelder det fremtidige reguleringsregime og EU-kommisjonens anbefalinger, herunder hvilken *relevans* det anbefalte marked for terminering av taletrafikk i hvert enkelt mobilnett har, vises det til uttalelsene i departementets prosessledende beslutning 22. juli 2003² vedrørende utsatt iverksettelse. Det vises dessuten til Samferdselsdepartementets vedtak 27. juni 2002³.

3.2 Hovedregelen for sterk markedsstilling

I henhold til teleloven § 2-1 første ledd skal en tilbyder normalt anses å ha sterk markedsstilling dersom selskapet har en markedsandel på 25 pst. eller mer i det relevante markedet. Det kan gjøres unntak fra hovedregelen etter en skjønnsmessig vurdering etter kriteriene i annet ledd. Rettsvirkningen av et vedtak om sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet, er at NetCom underlegges plikt til å tilby samtrafikk til kostnadsorienterte priser.

NetComs markedsandel ble av tilsynet på vedtakstidspunktet (mai 2003) anslått til ca. 23 pst. i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet. Dersom NetComs innvendinger til beregning av markedsandel tas til følge, har PT i vedtaket anslått markedsandelen til 20-21 pst. NetCom har antatt at selskapet etter nødvendige korreksjoner vil ha en markedsandel på i underkant av 20 pst., og at denne andelen vil bli ytterligere redusert som følge av reduksjon av termineringsprisen. Som grunnlag for beregningen har PT benyttet innrapporterte tall for 2002. Tilsynets beregningsmetode for NetComs markedsandel i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet omfatter all trafikk som er terminert i selskapets nett, inklusive intern trafikk, målt i omsetning.

² Samferdselsdepartementets avgjørelse 22. juli 2003 om å ikke etterkomme NetComs krav om utsatt iverksettelse av PTs vedtak. I punkt 4.1 i SDs avgjørelse heter det bl.a. at ”*De vurderinger og analyser som EU-kommisjonen har lagt til grunn for sin anbefaling om relevante markeder, kan på generelt grunnlag sies å ha relevans for vurderingen av om sterk markedsstilling foreligger[...]. Inntil konsultasjonsprosedyren etter ekomloven § 9-3 har trådt i kraft, kan det i dagens regelverk ikke oppstilles noe krav om at markedsdefinisjonene skal være i samsvar med konkurranserettslig metode.*”

³ Samferdselsdepartementets vedtak 27. juni 2002 om sterk markedsstilling for Telenor Mobil i markedet for samtrafikk mv. Det er særlig verdt å merke seg vedtakets punkt 2.1, der det redegjøres for den analytiske tilnærmingen i saken, og punkt 3.1 vedr. begrepet ”det totale nasjonale samtrafikkmarkedet”. Den analytiske tilnærming og konklusjonen i punkt 3.1 om at det ikke foreligger en rettslig forpliktelse til å foreta en tilnærming basert på konkurranserettslig metode i nettopp dette rettslige markedet, har fortsatt gyldighet og relevans i forhold til nærværende klagesak.

PT har opplyst at de har måttet foreta enkelte anslag for å korrigere for feil og usikkerhetsmomenter ved tilbydernes innrapporterte tall, men at korreksjonene ikke har noen signifikant virkning på sluttresultatet. Tilsynet har benyttet standard samtrafikkpris for perioden 1. januar 2002 til 31. desember 2002 for de respektive nett for å beregne omsetning av samtrafikk, og der det er innberegnet startavgift. Rabatter er ikke tatt i betraktning.

NetCom har anført at beregningen av markedsandel burde vært supplert med beregninger basert på volum og antall abonnenter. Departementet er enig med PT i at dette ikke er i samsvar med beregningsmåten som er anvist i ONP-dokumentet⁴.

Etter henvendelse fra departementet (jf punkt 1), har tilsynet foretatt en ny beregning av NetComs markedsandel i det totale nasjonale markedet for samtrafikk basert på innrapporterte tall fra operatørene for 1. halvår 2003. De nye beregningene viser at NetCom ved utgangen av 1. halvår 2003 hadde en markedsandel i samtrafikkmarkedet på i overkant av 25 pst., det vil si en økning fra utgangen av 2002.

Idet rapporteringen på halvårsbasis ikke er like omfattende som rapporteringen som gis for hele året, har tilsynet måttet gjøre enkelte estimeringer. Tilsynet har gjort oppmerksom på at enkelte elementer i tallmaterialet som har dannet grunnlag for de nye beregningene er forbundet med en viss usikkerhet. På samme måte som PT finner departementet det nødvendig å vurdere spørsmålet om NetCom har sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet etter unntaksregelen i teleloven § 2-1 annet ledd.

3.3 Unntaksbestemmelsen

Teleloven § 2-1 annet ledd gir rettsgrunnlag for å fravike ovennevnte hovedregel. Ved vurderingen av om hovedregelen i teleloven § 2-1 første ledd skal fravikes, skal det tas hensyn til følgende:

- tilbyders mulighet til å øve 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

⁴ Se dokumentet *"Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives"* (ONP-dokumentet) utgitt av EU-kommisjonen 1. mars 1999. Også ved forrige vurdering (2001) av sterk markedsstilling for NetCom, ble det relevante marked for terminering ansett å være det totale nasjonale samtrafikkmarkedet, og markedet ble beregnet i samsvar med prinsippene i ONP-dokumentet. Dokumentet gir blant annet retningslinjer for beregning av markedsstørrelse og markedsandeler.

- tilbyders erfaring med tilbud av telenett eller teletjeneste.

PT har i sitt vedtak vurdert hvorvidt unntaksbestemmelsen i teleloven § 2-1 annet ledd kommer til anvendelse, og kommet til at det er en klar overvekt av hensyn i retning av at NetCom har sterk markedsstilling. PT har lagt betydelig vekt på NetComs reelle mulighet for å utøve innflytelse på markedsvilkårene, og i denne forbindelse fremholdt at vedtaket om sterk markedsstilling vil være godt egnet til fremme telelovens formål.

Unntaksbestemmelsen i § 2-1 annet ledd gir rettslig grunnlag for å fravike terskelverdien på 25 pst. Det vil si at en tilbyder ikke alltid har sterk markedsstilling dersom han har en markedsandel over 25 pst., og motsatt at en tilbyder kan vurderes til å inneha sterk markedsstilling selv om han har en lavere markedsandel enn 25 pst.

Dette kommer også til uttrykk telelovens forarbeider, der det i tilknytning til § 2-1 heter at⁵

”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 lovens formål: Aktørenes reelle markedsstilling må vurderes konkret i det enkelte tilfellet med utgangspunkt i teleloven § 2-1 annet ledd, og vurderingskriteriene som der angis.

I tillegg fremgår det av forarbeidene at spørsmålet om sterk markedsstilling bl.a. 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 idet sterk markedsstilling knyttes opp til prispåvirkning. I tillegg kommer vurderinger av markedet som virksomheten opererer i. Departementet vurderer disse merknadene som en ytterligere utdyping av kriteriet om tilbyderens *innflytelse på markedsvilkårene*.

Hovedhensynet bak PTs vedtak er at NetCom, gjennom sin markedsstilling og innflytelse på fastsettelsen av termineringsprisen, er i stand til å sette en pris som er høyere enn det prisnivå som vil foreligge i et marked med virksom konkurranse.

NetCom har anført at tilsynets tolkning i praksis vil medføre at alle aktører med eget nett anses å ha sterk markedsstilling, noe som vil være i strid med hensikten med å

⁵ Jf Ot.prp. nr. 31 (1997-1998)

utarbeide en egen definisjon av det totale nasjonale samtrafikkmarkedet. Departementet deler PTs syn om at de ikke er forhindret fra å legge vekt på strukturelle trekk ved termineringsmarkedet, som oppstår uavhengig av aktørens størrelse og andre konkrete forhold i markedet.

EU-kommisjonen har med utgangspunkt i økonomiske analyser pekt på at for høye termineringspriser til mobilnett er et generelt konkurranserettslig problem i det europeiske telemarkedet. På denne bakgrunn har EU-kommisjonen tatt til orde for at det relevante markedet for sektorspesifikk regulering er terminering i det enkelte mobilnett. Videre har Oftel i *Review of the charge control on calls to mobiles*⁶ (*Review*) ansett at det er separate markeder for hvert mobilnett, det vil si at hver mobiloperatør i prinsippet har monopol på terminering av inngående samtaler i eget nett. Generelt kan det derfor hevdes at en mobiloperatør har stor innflytelse på prisfastsettelsen av terminering i eget nett.

3.4 Innflytelse på markedsvilkårene

Tilbyderens mulighet for innflytelse på eller påvirkning av markedsvilkårene er et helt sentralt moment i vurderingen av om vedkommende tilbyder kan sies å ha sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet.

I Post- og teletilsynets vedtak 21. mars 2001 og i Samferdselsdepartementets vedtak 19. desember 2001 ble henholdsvis Telenor Mobil og NetCom GSM as vurdert å ha sterk markedsstilling i markedet for GSM mobiltelefoni. I Samferdselsdepartementets vedtak 27. juni 2002 ble Telenor Mobil ansett for å ha sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet og i markedet for overføringskapasitet.

Etter at tilsynet foretok inngrep mot Telenor Mobils termineringspris i mai 2001, har ikke NetCom redusert sine termineringspriser før tilsynet fattet vedtak om sterk markedsstilling for NetCom i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet. I følge PTs beregninger har NetComs termineringspris siden mai 2001 i gjennomsnitt ligget om lag 50 % høyere enn Telenor Mobils priser.

NetCom satte ned sin termineringspris med 10 øre fra 1. juli 2003, det vil si kort tid etter PTs vedtak. NetCom har i brev av 15. juli 2003 til PT varslet at de vil redusere termineringsprisen med ytterligere 10 øre. Prisnedsettelsen vil bli effektivert innen januar 2004, og vil samlet medføre at selskapet reduserer termineringsprisen med 18 pst. (etter tilsynets vedtak).

⁶ Oftels undersøkelse av 26. september 2001. Oftels konklusjon i *Review* er at det ikke er signifikante trekk som tilsier at mobilselskapene er under konkurransemessig prispress med hensyn til terminering i egne nett.

Prisfastsettelsen i termineringsmarkedet må ses i forhold til om en aktør rent faktisk har anledning til å holde en høyere pris enn tilfellet hadde vært i et marked med effektiv konkurranse. Spørsmålet blir da om prisnedgangen i termineringsmarkedet er et uttrykk for virksom konkurranse mellom NetCom og Telenor Mobil. Ut fra de historiske utviklingstrekk for termineringspris i det norske markedet kan det reises spørsmål om Telenor Mobil har redusert prisene signifikant de siste to til tre år nettopp på grunn av regulatoriske inngrep, og at NetCom i samme periode ikke har hatt de samme incentiver til å redusere prisene for terminering i eget nett.

Prisutviklingen de seneste år viser derfor at konkurransen ikke er virksom. Hadde konkurransen vært virksom, ville konkurransen mellom Telenor Mobil og NetCom medført et press mot NetComs termineringspris. Dette taler for at NetCom har og har hatt mulighet for reell innflytelse på markedsvilkårene i det totale nasjonale marked for samtrafikk. Synspunktet underbygges også av Samferdselsdepartementets uttalelser i vedtak 4. juli 2002 om pålegg om kostnadsorientering for Telenor Mobils samtrafikkpriser.⁷ Det er også i samsvar med intensjonene bak telereguleringen å legge til rette for økt konkurranse i samtrafikkmarkedet.

Videre har NetComs markedsandel etter all sannsynlighet økt fra utgangen av 2002 til 1. halvår i 2003. I følge PTs beregninger gjennomført ultimo oktober 2003, har NetCom økt sin markedsandel i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet fra om lag 23 pst. per 31. desember 2002 til i overkant av 25 pst. ved utgangen av 1. halvår 2003. Dette trekker i retning av at NetCom kan påvirke markedsvilkårene i markedet for samtrafikk.

Etter departementets syn viser ovenstående redegjørelse at NetCom har hatt mulighet til å holde termineringsprisen vesentlig høyere enn konkurrenten, i hvert fall i tiden etter 1. januar 2001 og frem til vedtakstidspunktet, uten at det har medført betydelig tap av inntekter for selskapet. Det antas at den relative andelen av NetComs inntekter fra termineringspriser er høy og i sterk grad har bidratt til NetComs totale resultat. Videre har den økte trafikken i mobilnettene og derav reduserte enhetskostnader, trolig gitt NetCom vesentlig bedre lønnsomhet på termineringsproduktet enn tidligere. I perioden fra 1999 og frem til PTs vedtak 6. mai 2003 har trafikken i mobilnettene økt med ca. 70 pst.

NetCom har anført at PTs manglende inngrep mot Telenor Mobils prisstruktur fjernet incentivene til å redusere termineringsprisen, fordi Telenor Mobil da ikke blir tvunget

⁷ I Samferdselsdepartementets vedtak 4. juli 2002 punkt 3.1 innledningsvis (s. 16) heter det bl.a. at: *"[...]departementet finner det sannsynlig at NetCom isolert sett har like mye markedsrett mht. terminering av samtaler i eget nett som det Telenor Mobil har. Historiske tall viser at NetCom ikke ser ut til å ha noen incentiver til å være konkurransedyktig i forhold til Telenor Mobils termineringspriser, i motsetning til prisene for utgående samtaler. For tiden holder NetCom 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 konkurransekraft. Den historiske prisutviklingen viser klare tegn på at en operatør ikke blir "straffet i markedet" for å holde en høyere termineringspris enn konkurrenten (e)."*

til å redusere sine sluttbrukerpriser tilsvarende. Etter departementets vurdering kan ikke et slikt argument tillegges vekt, idet Telenors prisstruktur i denne forbindelse ikke kan anses å utgjøre en begrensning for NetComs mulighet for innflytelse over prisfastsettelsen i termineringsmarkedet. Terminering i eget mobilnett må med dagens teknologiske løsninger anses som et de facto monopol for NetCom. Dermed vil ikke andre aktører enn Telenor Mobil og NetCom *per i dag* ha reell innflytelse på prisfastsettelsen for *terminering i eksisterende mobilnett*.

I NetComs kommentarer av 20. februar 2003 til PTs varsel om vedtak, er det anført at sluttbrukerne vil utøve et visst press mot termineringsprisen ved at de velger det nett som har lavest kostnad for den som ringer inn. Dermed begrenses NetComs innflytelse på markedsvilkårene. Ut fra et slikt standpunkt ville det i følge NetCom være en sammenheng mellom termineringspris og etterspørsel og kundene vil kunne velge det nettet som er billigst å ringe til.

Tilsynet undersøkte i 2001 om sluttbrukere i det norske markedet er opptatt av innringerens kostnader ved valg av mobiltilbyder⁸, blant annet gjennom spørreundersøkelser. PT fant ikke dokumentasjon for en slik effekt som NetCom anfører. Videre har undersøkelser av mobiloperatørene i Storbritannia⁹ vist at prisen på inngående samtaler ikke på noen måte synes å påvirkes av kundenes valg av nettverk. Valg av terminal og prisen på utgående tjenester var de to viktigste faktorer i forhold til sluttbrukernes valg av nettverk. At sluttbrukerne ikke utøver noe merkbart press mot termineringsprisen er også i samsvar med de analyser EU-kommisjonen har gjennomført.

Dersom sluttbrukerne skulle ha et bevisst forhold til valg av nett det er billigst å ringe til, finnes det bare ett konkurrerende nett sluttbrukerne kan bytte tilknytning til (Telenor Mobil). Departementet antar i likhet med PT at dersom mobilkundene mot formodning skulle legge vekt på termineringspris ved valg av abonnement (operatørtilknytning), er det rimelig å forvente at den skjerpede konkurransen i sluttbrukermarkedet hadde gitt seg konkrete utslag i økt press fra sluttbrukerne og reduserte termineringspriser, noe som faktisk ikke har skjedd. Videre er det etter departementets vurdering et moment at etter innføring av nummerportabilitet er det vanskeligere for sluttbrukerne å fastslå hvilke termineringsnett som er dyrest. I tillegg vil kundene ofte ikke ha full oversikt over hvilken operatør de er knyttet til dersom de velger abonnement eller kontantkort hos videreselgerne.

3.5 Virksomhetens størrelse i forhold til markedet

⁸ Undersøkelsene ble gjort i forbindelse med en vurdering av NetComs anmodning om inngrep overfor Telenor Mobils prisstruktur, jf Opinion oktober 2001.

⁹ Jf "Review of the charge control on calls to mobiles" (Ofel), 26. september 2001.

Dette vurderingskriteriet må forstås som selskapets totale salgsinntekter.¹⁰ NetCom hadde i 2002 en samlet omsetning på ca. NOK 4,6 milliarder. Telenor Mobils omsetning i samme periode var ca. NOK 10,6 milliarder. Det kan se ut til at NetCom har stabilisert seg på en markedsandel i sluttbrukermarkedet for GSM-mobiltelefoni på i overkant av 30 pst. av markedet. Telenor Mobil er fortsatt den klart største aktøren med om lag 69 pst. av sluttbrukermarkedet.

I markedet for samtrafikk er substitusjonsmulighetene på etterspørselsiden svært begrenset og på tilbudssiden er substituerbarheten fraværende under dagens tekniske løsninger for terminering. Det innebærer at sluttbruker for terminering av samtaler fra andre nett enn NetComs ikke har innflytelse på prisfastsettelsen. For eksempel vil en innringer til en mobiltelefon ikke kunne velge hvilket nett han ønsker skal slutføre eller terminere samtalen.

Som drøftet under punkt 3.4, viser markedsundersøkelser at sluttbrukerne ikke vektlegger prisen på inngående samtaler ved valg av nettverk. Videre har det i praksis vist seg at NetCom tradisjonelt har holdt en høyere termineringspris enn Telenor Mobil, som allerede er pålagt kostnadsorienterte termineringspriser. I Samferdselsdepartementets vedtak 19. desember 2001 er NetComs terminering av samtaler fra andre nett beskrevet som et de facto monopol *i et marked med generisk markedssvikt* (netteier besitter en "flaskehalskontroll" over forbrukerne).¹¹

NetCom har etter det opplyste økt sin kundemasse de siste par årene til 1 178 462 mobilkunder ved utgangen av første halvår 2002. Etter departementets vurdering tyder dette på at virksomheten har tilstrekkelig markedsrett til å holde høyere pris enn et nivå med alminnelig og virksom konkurranse skulle tilsi, uten at selskapet reduserer lønnsomheten i vesentlig grad.

3.6 Selskapets tilgang til finansielle ressurser og erfaring

TeliaSonera AB er Nordens største telekonsern og eier av aksjene i NetCom. Det må antas at det nordiske eierforholdet gir NetCom god og sikker tilgang til finansielle ressurser.

¹⁰ Jf Samferdselsdepartementets vedtak 19. desember 2001, punkt 3.4.

¹¹ I Samferdselsdepartementets vedtak 19. desember 2001 om sterk markedsstilling for NetCom på GSM-mobiltelefoniområdet heter det bl.a. i punkt 3.5 (s. 12 og 13) at: *"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. [...] 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 å 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."* SDs vedtak har på dette punkt fortsatt relevans for NetComs posisjon i termineringsmarkedet relatert til kontrollen over sluttbrukertilgang.

NetCom har 10 års erfaring som teleoperatør i GSM-mobilmarkedet i Norge. Selskapet antas å ha tilegnet seg betydelig operativ kunnskap og erfaring i termineringsmarkedet. Departementet er enig med tilsynet i at en må kunne forvente at NetCom har opparbeidet seg god kunnskap om prising av terminering, samt kunnskap om betydningen av prising av terminering for sluttbrukerens valg av mobiloperatør.

NetComs historiske utvikling som selskap, herunder som datterselskap av TeliaSonera AB som opererer i et geografisk marked der Telenor er utfordrer, viser at NetCom er en sterk aktør med reell makt og innflytelse i det norske termineringsmarkedet.

3.7 Oppsummering

Samferdselsdepartementet er av den oppfatning at gjennomgangen av unntakskriteriene, som foretatt i punkt 3.4 til 3.6, taler til fordel for at NetCom har sterk markedsstilling etter unntaksbestemmelsen i teleloven § 2-1 annet ledd: Selskapet har et de facto monopol for terminering av samtaler i eget nett i en markedsstruktur preget av få eller ingen incentiver til effektiv konkurranse. Selskapet har videre vist meget god lønnsomhet over tid og har en stabilt høy (og stigende) markedsandel i samtrafikkmarkedet.

Historiske tall og markedsundersøkelser bekrefter også at NetCom ikke ser ut til å ha noen incentiver til å være konkurransedyktig i forhold til Telenor Mobils termineringspriser, i motsetning til prisene for utgående samtaler. Endelig er NetCom en meget erfaren aktør i markedet for samtrafikk og inngår i et stort og kapitalsterkt konsern.

Gjennomgangen av unntakskriteriene tilsier derfor at hovedregelen kan fravikes. Unntakskriteriene viser at NetCom reelt sett har sterk markedsstilling i et slikt omfang at selskapet har muligheter for å påvirke markedsvilkårene i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet.

3.8 Formålsbetraktninger

NetCom har blant annet anført at PT må sannsynliggjøre med klar overvekt at et vedtak om sterk markedsstilling vil tjene formålet med loven.

Formålet med teleloven er blant annet å legge til rette for virksom konkurranse og effektiv bruk av samfunnets ressurser i telesektoren. Lovens formål er retningsgivende ved tolkning av vurderingskriteriene i telelovens § 2-1 annet ledd. Som nevnt i punkt 3.2 vil NetCom underlegges et krav om kostnadsorienterte termineringspriser i forbindelse med vedtak om sterk markedsstilling i markedet for samtrafikk. En mulig konsekvens av vedtaket er dermed en reduksjon av NetComs termineringspriser.

Etter departementets vurdering vil en eventuell regulering av termineringsprisen kunne gi lavere priser til sluttbrukerne og dermed sørge for mer effektiv bruk av samfunnets ressurser i telesektoren. I så henseende vil et vedtak om sterk markedsstilling for NetCom med etterfølgende regulering av termineringsprisen, bidra til å fremme telelovens formål om virksom konkurranse, lavere pris for sluttbrukerne og effektiv ressursbruk i telesektoren.

4 KONKLUSJON

Samferdselsdepartementet finner at NetCom as har sterk markedsstilling i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet, jf teleloven § 2-1 annet ledd.

Etter en helhetsvurdering av momentene i saken og unntakskriteriene i § 2-1 annet ledd, finner departementet at det kan gjøres unntak for NetCom fra hovedregelen om sterk markedsstilling i det totale nasjonale markedet for samtrafikk. Heller ikke formålsbetraktninger tilsier et annet resultat for NetComs markedsstilling.

Departementet er av den oppfatning at det verken er begått saksbehandlingsfeil fra tilsynets side eller at tilsynet har anvendt uriktig lovforståelse ved utarbeidelse av sitt vedtak.

5 VEDTAK

Klage fra NetCom as over Post- og teletilsynets vedtak 6. mai 2003 vedrørende sterk markedsstilling for NetCom i det totale nasjonale markedet for samtrafikk tas ikke til følge. Vedtaket er endelig og kan ikke påklages videre, jf forvaltningsloven § 28 første ledd.

Med hilsen

Jørn Ringlund e.f.

Haakon Gjesdahl

Kopi: Post- og teletilsynet
TDC AS
Song Networks AS

