



DET KONGELIGE SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Saksbehandler, innvalgstelefon
Gard Sveen, 22 24 82 33

Vår dato
27.06.2002
Deres dato
06.04.2001

Vår referanse
02/1725
Deres referanse

Telenor ASA
Snarøyveien 30
1331 Fornebu

VEDTAK OM STERK MARKEDSSTILLING I SAMTRAFIKKMARKEDET

1. BAKGRUNN

Telenor ASA påklagde 6. april 2001 deler av Post- og teletilsynets vedtak av 21. mars 2001 om sterk markedsstilling for Telenor ASA. Klagen gjelder vedtaket om sterk markedsstilling for Telenor Mobil i det totale nasjonale markedet for samtrafikk og sterk markedsstilling for Telenor i markedet for overføringskapasitet. Når det gjelder nærmere klagegrunner, vises det til klagen og etterfølgende skriv fra klager og klagers advokat.

Vedtaket om sterk markedsstilling anses for å ha prinsipiell og telepolitisk betydning fordi sterk markedsstilling er en terskel 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, jf teleloven § 8-2 og offentlignettforskriften § 5-4.

Post- og teletilsynet (PT) oversendte saken 21. mai 2001 til Statens teleforvaltningsråd. PT opprettholdt her sitt tidligere vedtak. Statens teleforvaltningsråd avgav sin innstilling vedrørende vedtaket om markedsstillingen i det totale nasjonale markedet for samtrafikk 19. oktober 2001. Rådet innstilte på at PTs vedtak skulle opprettholdes. Rådet innstilte videre på at vedtaket med hensyn til Telenors stilling i markedet for overføringskapasitet skulle opprettholdes i brev til departementet av 25. januar d.å.

Både klager og PT har kommet med merknader under rådets behandling av klagesaken. Når det gjelder disse merknadene vises det til vedleggene til rådets oversendelse til departementet av 19. oktober 2001 og 25. januar 2002.

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

2. GENERELT OM MARKEDSDEFINISJONER, - ANALYSER OG MARKEDSSTILLING

2.1 Analytisk tilnærming

Klager anfører generelt i saken at selskapet forventer en konkurranseøkonomisk analyse utviklet gjennom økonomisk teori og konkurranserettslig praksis når man vurderer om en virksomhet har sterk markedsstilling i et bestemt marked. Departementet er enig med klager i at en fundamental metodologi, slik vi finner i konkurranseretten, er hensiktsmessig for å vurdere en markedsaktørs reelle mulighet til å utøve markedsrett. Det er også denne metodologien som ligger til grunn for unntakskriteriene i telelovens § 2-1.

Hovedregelen kan analyseres i forhold til unntakskriteriene, samtidig som forarbeidene kan brukes som analyseverktøy for å vurdere selskapets reelle markedsstilling i det enkelte tilfelle. Unntaksbestemmelsen gir grunnlag for å gi en virksomhet sterk markedsstilling uavhengig av om markedsandelen er 25 pst. eller ikke dersom vilkårene skulle tilsi dette. Departementet er enig med klager i at en konkurranserettslig tilnærming til markedsdefinisjoner med utgangspunkt i etterspørselssubstitusjon er hensiktsmessig. Men det må være konsistens mellom tilnærmingen til markedsavgrensing og den etterfølgende vurdering av en virksomhets stilling på dette markedet, jf. pkt 3.1 nedenfor.

Hva gjelder klagers anførsler om at det vil være av vital betydning om markedsandelen er 35 pst eller 50 pst i det kommende reguleringsregimet, som må være konsistent i forhold til EUs konkurranserettslige praksis, er ikke departementet enig med klager at dette nødvendigvis medfører riktighet. Markedsandelen i seg selv vil ikke lenger utgjøre noen inngrepsterskel i telerettens vurdering av sterk markedsstilling, men være én av flere faktorer som inngår i vurderingen av om en virksomhet har sterk markedsstilling eller ”dominant position”. I EUs rettspraksis anses som kjent dominerende stilling å oppstå ut fra en kombinasjon av flere faktorer som hver for seg ikke nødvendigvis er avgjørende.¹ Med hensyn til store markedsandeler, i praksis over 50 pst, er det i enkelte tilfeller fastslått at dette alene, med unntak av særlige tilfeller, er bevis nok for eksistensen av ”dominerende stilling”.² Samtidig vurderes vesentlig markedsandel som bevis på dominerende stilling ikke å være en konstant faktor. Markedsandelens viktighet varierer fra marked til marked avhengig av markedsstruktur.³

¹ Jf. for eksempel United Brands (27/76)

² Jf. for eksempel AKZO (62/86)

³ Jf. for eksempel Hoffmann-LaRoche (85/76)

3. KLAGEN OVER VEDTAKET OM STERK MARKEDSSTILLING I DET TOTALE NASJONALE MARKEDET FOR SAMTRAFIKK

3.1 Spesielt om begrepet ”det totale nasjonale markedet for samtrafikk”

Telenor anfører bl.a. i brev av 21. juni 2001 til Statens teleforvaltningsråd at tilsynet ”burde ha benyttet en alminnelig konkurranserettslig tilnærming [...] spesielt (for) metoden for avgrensningen av det relevante marked. Det gir liten mening å snakke om markedsrett og markedsandeler uten referanse til et korrekt avgrenset marked.” Departementet er enig med klager i at en slik tilnærming er hensiktsmessig og påkrevd i det kommende reguleringsregimet, jf. pkt 2.1. over. Dersom man skulle ha fulgt en ren konkurranserettslig tilnærming til samtrafikkmarkedet, er det liten tvil om at markedet for terminering av mobil samtaler ville pekt seg ut som et eget produktmarked, og da i den forstand at hver mobiloperatør er å anse som monopolist mht terminering av samtaler i eget nett.

Departementet har merket seg at klager ikke fremsetter noen anførsler mot begrepet ”det totale nasjonale markedet for samtrafikk”. Klager er en sterk tilhenger av fundamentale markedsøkonomiske vurderinger med hensyn til markedsdefinisjoner og analyse av markedsstilling, men finner det tilsynelatende lite formålstjenelig å kritisere begrepet ”det totale nasjonale markedet for samtrafikk”. Snarere anfører Telenor, bl.a. i brev av 21. juni 2001, at begrepet ”det totale nasjonale markedet for samtrafikk” nærmest er et resultat av et ”politisk ønske fra Europaparlamentet”, at det ikke utgjør et separat marked i markedsøkonomisk forstand og derfor må være gjenstand for andre betraktninger enn det selskapet selv synes bør legges til grunn som generelle prinsipper for telemyndighetens vurderinger.

Departementet er enig denne anførselen: det rettslige markedet ”det totale nasjonale samtrafikkmarkedet” kan ikke sies å være konsistent i forhold til en konkurranserettslig tilnærming. Når selve utgangspunktet for vurderingen, markedsdefinisjonen i offentlig nettforskriften § 4-3, ikke er konkurranserettslig eller markedsøkonomisk fundamentert, foreligger det etter departementets oppfatning ingen rettslige forpliktelser til å foreta en konkurranserettslig tilnærming til klagers posisjon i nettopp dette rettslige markedet.

Telenor anfører at mange europeiske land praktiserer regelverket slik at ingen aktører (i betydningen mobiloperatører) har sterk markedsstilling i dette markedet. Mot dette kan det anføres at bl.a. en av de fremste europeiske regulatoriske premissleverandører, britiske Oftel, har definert terminering av

mobilsamtaler som et eget marked, alle de fire store mobiloperatørene i Storbritannia er regulert med hensyn til termineringspris.

Departementet finner altså at en konkurranserettslig analyse ikke kan sies å være meningsfull fordi det totale nasjonale samtrafikkmarkedet neppe kan sies å være et faktisk fungerende marked, men snarere et resultat av en regulatorisk prosess, slik klager selv anfører i saken. Det er på grunnlag av denne markedsdefinisjonen Post- og teletilsynet har behandlet saken, og det er derfor heller ikke grunnlag for å hevde at det er begått saksbehandlingsfeil fordi tilsynet ikke har foretatt en fundamental markedsøkonomisk tilnærming til saken. Departementet vil derfor behandle klagen innenfor de rammer offentlignettforskriften gir og ut fra de anførsler som er fremsatt innenfor disse rammene.

3.2 Telenors egne beregninger av Telenor Mobils markedsandel i samtrafikkmarkedet

Klager anfører i brev av 6. september 2001 til Statens teleforvaltningsråd at selskapets egne beregninger viser at markedsandelen er 23,7 pst i det totale nasjonale samtrafikkmarkedet. Disse beregningene er kun summarisk gjengitt i brevet, og departementet anmodet derfor klager om en nærmere presisering, noe som ble gitt i e-post av 13. februar d.å. Disse beregningene bygger i hovedsak på henholdsvis endringen i Telenor Mobils termineringspris i mai 2001 og på bruk av sluttbrukerpris som erstatning for termineringspris mht. intern omsetning.

3.2.1 Forutsetningen om endret termineringspris

Klager mener at Post- og teletilsynet må legge de sist tilgjengelige tall til grunn for sine vedtak, og benytter i sine egne beregninger det faktum at termineringsprisen ble redusert med 34 pst fra 11. mai 2001. Dette impliserer i følge klager automatisk en nedgang i termineringsinntektene med de samme 34 pst. Klager forutsetter i denne anførselen at termineringsinntekten (for terminering av samtaler fra andre operatører og intern omsetning i et av beregningseksemplene) er fullkommen uelastisk, dvs. at etterspørselen etter trafikkminutter er helt uavhengig av prisen, og derigjennom at markedets totale kjøpesum reduseres proporsjonalt med prisreduksjonen. Dette kan synes logisk isolert sett, i og med at termineringsprisen ikke er synlig for kunden og at det derfor er liten bevissthet og kunnskap om bevegelser i denne. Men én operatørs termineringspris er en annen operatørs innsatsfaktor i sammensetningen av dennes samtalepriser. Gitt at klagers prisreduksjon kommer til uttrykk i dennes samtalepriser vil dette kunne øke antall trafikkminutter, slik at totalinntekten ikke vil følge prisreduksjonen proporsjonalt. I tillegg vil termineringsinntektene også være avhengige av andre utenforliggende forhold; endret kjøpekraft i

markedet mv, slik at klagers slutning om at termineringsinntektene er fullkommen uelastisk etter departementets oppfatning bygger på sviktende forutsetninger. Telenors årsrapporter for 2000 og 2001 gir indikasjoner på at klagers anførsel ikke medfører riktighet. I 2000 økte for eksempel inntektene fra inngående mobiltrafikk (i betydningen andre mobiloperatører) 100 pst, samtidig som termineringsprisen ble redusert 12 pst fra mai 2000. Interne driftsinntekter (fra Telenors fastnett) økte med om lag 10 pst. I følge klagers argumentasjon skulle termineringsinntektene ha falt tilsvarende prisereduksjonen i 2000. Også tallene i 2001-rapporten viser at termineringsinntektene ikke viser noen tegn til å være fullstendig uelastisk.

Uten at det er mulig å utlede noen direkte priselastisiteter fra ovennevnte tall, er det uansett sterke indikasjoner på at termineringsinntektene som produkt ikke er fullstendig uelastisk. I teorien skal en reduksjon i termineringsprisen kunne gi grunnlag for andre aktører til å sette ned sine samtalepriser, noe som kan tenkes å gi økt ringevolum til klagers nett, slik at inntektstapet som følge av prisreduksjonen blir kompensert, eller kanskje til og med overstiges av økt antall trafikkminutter avhengig av hvor elastisk samtaleprisene er. I tillegg spiller som nevnt over også andre forhold inn. Departementet vurderer det derfor slik at man ikke kan benytte prisreduksjoner fra ett år og sammenholde dette med antall trafikkminutter fra et annet år fordi etterspørselsforholdene skiller seg i en slik grad at størrelsene ikke er forsvarlig sammenliknbare. Departementet finner derfor at Post- og teletilsynets tall for Telenor Mobils termineringsinntekter må legges til grunn i beregningen av klagers markedsandel i samtrafikkmarkedet.

3.2.2 Sluttbrukerprisen som intern "samtrafikkpris"

Tilsvarende som for Telenor Mobils termineringspris i pkt 3.2.1 kan ikke sluttbrukerprisen etter departementets oppfatning nyttes i beregningen av Telenor fastnetts og Telenor Mobils internttrafikk. Departementet er ikke direkte uenig i at samtrafikkprisen for så vidt utgjør en fiktiv størrelse fordi ingen operatører beregner den type varekost ved trafikk i eget nett. Men sluttbrukerprisen utgjør en enda mer fiktiv størrelse i denne sammenheng, og gjør det umulig å forholde seg konsistent til de beregninger som forutsetter bruk av denne. I mangel av annen beregningsenhet finner departementet at termineringsprisen er best egnet til å estimere "samtrafikkverdien" av den interne omsetningen i Telenor fastnett og Telenor Mobil. Departementet velger derfor å se bort fra alternativ 1 i brev av 13. februar d.å.

Departementet finner i denne forbindelse klagers anførsel i brev av 6. september 2001 interessant. Klager anfører her at *"det er derfor av vital betydning at omsetningen for de ulike trafikkstrømmene som inngår i beregningene fastsettes slik at den reelle markedsstillingen i telefonmarkedet, som er et sluttbrukermarked, fremkommer. Den omsetningen som best beskriver disse trafikkstrømmene, og som er direkte berørt av brukernes handlemonster,*

fremkommer ved å bruke disse sluttbrukerprisene. Sluttbrukerprisen viser også den reelle inntekten aktøren sitter igjen med, mens samtrafikkprisen i relasjon til internttrafikk kun viser et fiktivt tall. [...] samtrafikkprisen (er) kun en varekost som inngår som element i de prisene brukerne må betale og som de ikke kan forholde seg til ved valg av tilbyder.”

Klagers anførsel kan ikke fortolkes som annet enn et forsvar for at internttrafikk ikke er samtrafikk. Etter departementets vurdering impliserer dette enten at hele internmarkedet må tas ut av samtrafikkberegningene, eller at den reelle markedsstillingen, som er stillingen i sluttbrukermarkedet (best målt ved totalomsetning), skal danne grunnlag for regulering av termineringsprisen. Med andre ord er man tilbake til offentligrettsforskriftens § 4-3, tredje ledd, første setning, nemlig en presumpsjon om symmetri mellom stillingen i sluttbrukermarkedet og samtrafikkmarkedet. Departementet finner det ikke urimelig å tolke klager dit hen at Telenor Mobils stilling i GSM-totalmarkedet i realiteten bør danne grunnlag for regulering av samtrafikkprisen.

Departementet finner ved bruk av Telenors egne forutsetninger (alternativ 2 med PTs beregninger for Telenor Mobil) i ovennevnte brev av 13. februar at Telenor Mobil har en markedsandel på noe over 36 pst. Det er naturlig å se dette som en ”best case”-beregning for Telenor Mobils vedkommende, og departementet finner det utvilsomt at klager har sterk markedsstilling i det totale nasjonale markedet for samtrafikk. På denne bakgrunn kan departementet i likhet med Statens teleforvaltningsråd ikke se at eventuelle mangler ved tilsynets saksbehandling med hensyn til klagerens prosentvise markedsandel kan ha påvirket utfallet av tilsynets behandling. Departementet går derfor ikke nærmere inn på klagerens anførsler på dette punkt.

3.3 Unntaksbestemmelsen

Telenor anfører i brev av 21. juni 2001 at unntaksbestemmelsen i teleloven § 2-1 må komme til anvendelse ut fra tre forhold:

1. Telenor Mobil har lavest termineringspris i Europa pr. april 2001 iflg. materiale fra Cullen International.
2. Det er kommet til en rekke tjenesteleverandører på mobilsiden (pr. mai 2001).
3. Det er tildelt fire UMTS-konsesjoner.

Telenor anfører at den økte konkurransen som følge av punkt 2 og 3 nødvendigvis impliserer at Telenors muligheter for utøvelse av innflytelse på markedsvilkårene reduseres. Videre mener klager at disse forhold (pkt 1-3) viser at konkurransen fungerer og at det er lagt til rette for ytterligere konkurranse. Selskapet konkluderer med at så lenge konkurransen fungerer er det heller ikke grunnlag for å pålegge en aktør de plikter som følger med sterk markedsstilling.

Departementet vil bemerke at anførselen fremstår som noe summarisk og i liten grad understøttes av markedsøkonomisk argumentasjon. Departementet finner dette noe paradoksalt all den tid klager har vektlagt grundige markedsøkonomiske analyser i konkurranserettslig tradisjon som et nødvendig fundament for telemyndighetens vedtak.

Det faktum at prisoversiktene fra Cullen International viser at Telenor Mobils termineringspris er lavest i Europa er positivt i seg selv, men denne komparative anførselen sier likevel lite om konkurranseforholdene i markedet for terminering av samtaler til mobiltelefoner. Det er ikke gitt at man står overfor signifikant konkurranse i de respektive termineringsmarkedene i Europa.⁴

Klager anfører fremveksten av en rekke tjenesteleverandører (pr. mai 2001), og at dette har skjerpet konkurransen i ”markedet”. Departementet antar at klager her sikter til sluttbrukermarkedet og ikke til det delmarked klagen gjelder, samtrafikkmarkedet. Etter det departementet kjenner til, beholder Telenor Mobil samtlige termineringsinntekter fra tjenesteleverandørene i eget nett. Dette skulle tilsi at Telenor Mobils termineringsinntekter de facto er positivt korrelert med tilstedeværelsen av tjenesteleverandører i eget nett, mens det vanskelig kan gi mening å beregne noen markedsandel for tjenesteleverandørene i samtrafikkmarkedet. På generelt grunnlag kan det bemerkes at GSM-markedet er betydelig konsolidert siden klagen ble fremsatt.

Hva gjelder anførselen om UMTS-konsesjoner, så kan ikke departementet se at dette skulle være noe argument som taler for klager med hensyn til det aktuelle markedet. Gitt markedsforholdene i dag, vil det i teorien være langt større trafikk til klagers nett enn til en ny operatørs nett som følge av sistnevntes inntreden i markedet, slik at klager utelukkende vil styrke sin relative posisjon innenfor markedsdefinisjonen ”det totale nasjonale markedet for samtrafikk”.

Departementet anser at klagers anførsel ikke viser at konkurransen fungerer, slik denne anfører, men registrerer samtidig at klager i denne anførselen igjen legger Telenor Mobils stilling i det totale GSM-markedet til grunn for en eventuell regulering av termineringsprisen. I tillegg finner departementet det naturlig å fortolke klager slik at denne anser det kommende UMTS-markedet som samme produktmarked som dagens GSM-marked.

⁴ Jf. for eksempel MMCs *Cellnet and Vodafone December 1998*, Oftels *Review of the charge control on calls to mobiles September 2001*, OPTAs *The regulation of mobile terminating tariffs December 2001*

4. KLAGEN OVER VEDTAKET OM STERK MARKEDSSTILLING I MARKEDET FOR OVERFØRINGSKAPASITET

Departementet er enig med Telenor i at markedet for overføringskapasitet for hastigheter over 2 Mbit/s på vedtakstidspunktet ser ut til å ha fremvist andre karakteristika enn for "delmarkedene" med lavere hastigheter. Det synes å være liten tvil om at Telenor på vedtakstidspunktet ut fra de foreliggende tall ikke hadde sterk markedsstilling etter hovedregelen i telelovens § 2-1 i et tenkt marked for hastigheter over 2 Mbit/s. Mot dette kan det anføres, slik PT gjør i brev av 9. august 2001 til rådet, at skillene utelukkende er en refleksjon av de ulike tilbyderes hastighetsklasser og ikke sier noe om hensiktmessigheten i en eventuell markedsdefinisjon og -avgrensning basert på produktenes eventuelle substituerbarhet. I tillegg har det skjedd en betydelig utvikling i dette markedet siden vedtakstidspunktet, blant annet har en betydelig markedsaktør som Enitel falt bort som følge av konkurs, slik at markedsforholdene kan ha endret seg vesentlig.

Departementet registrerer at det er enighet mellom Post- og teletilsynet og Telenor Mobil, jf. brev fra tilsynet av 9. august 2001, om at det på sikt bør være grunnlag for en regulatorisk diversifisering av markedet for overføringskapasitet. Det synes klart for departementet at en revurdering av markeds grensene for overføringskapasitet kan være hensiktmessig sett ut fra en grunnleggende markedsøkonomisk tilnærming til markedsdefinisjoner. Basert på betraktninger om sammenliknbar nytte for sluttbruker ved et tenkt bytte fra det ene produktet til det andre, kan det være grunnlag for å hevde at produkter i lavere hastighetsklasser i praksis ikke utgjør samme marked som produkter i høyere hastighetsklasser. Departementet mener likevel at det på grunnlag av eksisterende materiale ikke vil være forsvarlig å innføre nye markedsdefinisjoner i forbindelse med den foreliggende klagesaken. Departementet er derfor enig med PT i avgjørelsen av om Telenor har sterk markedsstilling for overføringskapasitet fortsatt må baseres på at det foreligger ett samlet marked. En ny definatorisk tilnærming vil kreve omfattende og grundig analyse fra tilsynets side, samtidig som EUs forestående markedsdefinisjoner vil legge føringer for et fremtidig reguleringsregime.

5. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Departementet kan ikke se at klagers anførsler verken hver for seg eller samlet kan lede til at Telenor Mobil ikke har sterk markedsstilling i det totale nasjonale markedet for samtrafikk.

Departementet er av den oppfatning at klagers anførsler mht overføringskapasitet er preget av veloverveide realitetsbetraktninger, og vurderinger som telemyndigheten bør følge opp i sitt videre arbeid.

Departementet finner det like fullt ikke forsvarlig å omgjøre PTs vedtak mht overføringskapasitet på bakgrunn av usikkerheten med hensyn til eventuelt nye markedsdefinisjoner, de betydelige endringene som er skjedd i dette markedet siden vedtakstidspunktet, jf. Enitels bortfall og med henblikk på de kommende markedsdefinisjoner fra EU-kommisjonen.

Departementet er av den oppfatning at det ikke er begått saksbehandlingsfeil fra tilsynets side eller at tilsynet har anvendt uriktig lovforståelse i utarbeidelsen av sitt vedtak.

6. VEDTAK

Klage fra Telenor ASA over Post- og teletilsynets vedtak av 6. april 2001 vedrørende sterk markedsstilling for Telenor Mobil i det totale nasjonale markedet for samtrafikk og for Telenor i markedet for overføringskapasitet tas ikke til følge. Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd.

Med hilsen

Jørn Ringlund e.f.

Gard Sveen

Gjenpart:

- Post- og teletilsynet
- Statens teleforvaltningsråd v/ sekretær, adv. Eirik Djønne