



OFFENTLIG VERSJON

Wiersholm, Melbye & Bech Advokatfirmaet AS
Anders Stray Ryssdal og Tone Ripel
Postboks 1400 Vika
0115 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/860
MA2-M5 LKCH 473.4

Saksbeh.:

Dato: 15. mars 2004

Telenor Telecom Solutions AS / Tiscali AS - konkurranseloven § 16 – inngrep mot foretakssammenslutning

Konkurransetilsynet viser til fullstendig melding ("meldingen") om foretakssammenslutning av 27. september 2004, Konkurransetilsynets begrunnede forslag til inngrep ("varselet") av 30. desember 2004, Telenors merknader til forslaget ("tilsvaret") av 20. januar 2005, samt diverse møter, korrespondanse og annen kontakt i sakens anledning.

1. Foretakssammenslutningen

Telenor Telecom Solutions AS ervervet 23. august 2004 internettleverandøren Tiscali AS. Ervervet innebærer at Tiscali International overdrar samtlige aksjer i Tiscali AS til Telenor Telecom Solutions AS. Ifølge kjøpsavtalen har Telenor Telecom Solutions risikoen for utfallet av Konkurransetilsynets vurdering av foretakssammenslutningen.

1.1 Telenor Telecom Solutions AS

Telenor Telecom Solutions AS er det juridiske selskapet for Telenors fastnettvirksomhet i Norge, samt Telenorkonsernets (Telenor) fastnettvirksomhet i Tsjekkia og Slovakia. Telenor Telecom Solutions AS har ansvaret for utvikling og drift av fastnettet i Norge, herunder å utvikle og levere nettprodukter og nettløsninger til sluttbrukermarkedet, tjenesteleverandører og andre nettoperatører. De sentrale tjenesteområdene er analog (PSTN) og digital (ISDN) telefoni, bredbåndsløsninger, leide samband og samtrafikk.



Telenor Telecom Solutions AS er et heleid datterselskap av Telenor Networks Holding AS, som igjen er et heleid datterselskap av Telenor ASA. Telenor ASA og Telenor Networks Holding AS er holdingselskaper med ledelses- og stabsfunksjoner.

Telenor er Norges største tilbyder av bredbånd og hadde per 30. juni 2004 ca. [...] ¹ kunder i sluttbrukermarkedene, som gir en markedsandel på over 50 prosent når man ser privat- og bedriftsmarkedet samlet. Telenor selger flesteparten av sine bredbåndsabonnement over såkalt xDSL-teknologi som benytter det kobberbaserte aksessnett som medium. I egenskap av å være eier av Canal Digital selger Telenor også internettabonnement som er basert på kabelmodem. I markedet for oppringt Internett hadde Telenor en markedsandel, målt som andel av trafikkvolum, på [...] ² prosent i juni 2004.

Den store veksten i bredbåndsmarkedet de siste årene har i det vesentlige skjedd gjennom salg av xDSL-abonnement. En rekke tilbydere har etablert seg i dette markedet ved å leie tilgang til det kobberbaserte aksessnett. Som eier av det kobberbaserte aksessnett har Telenor fått en svært sterk posisjon i grossistmarkedene. Telenor er i tillegg den ledende tilbyderen av overføringskapasitet i de nasjonale transportnettene.

Omsetningen i Telenor Telecom Solutions AS utgjorde 14831 millioner NOK i 2003. Omsetningen i Norge var [...] ³ millioner NOK i 2003, og Telenor-konsernet hadde en samlet omsetning i Norge på 33409 millioner NOK i 2003.

1.2 Tiscali AS

Tiscali S.p.A ble etablert i Italia i januar 1998 og har ekspandert i Europa ved å fusjonere med flere større internettleverandører, deriblant World Online. I Norge ble Tiscali lansert som World Online i juni 2000, og selskapet skiftet navn til Tiscali AS i oktober 2001. Tiscali AS var frem til Telenors erverv et heleid datterselskap av Tiscali International.

Tiscali AS (Tiscali) tilbyr bredbåndprodukter i privat- og bedriftsmarkedet, samt oppringt Internett. Tiscali hadde per 30. juni 2004 ca. 17500 kunder i privatmarkedet for bredbånd og ca. [...] ⁴ kunder i bedriftsmarkedet, hvilket på dette tidspunkt tilsvarte en markedsandel på ca. 3,4 prosent når man ser privat- og bedriftsmarkedet samlet. Tiscali baserer seg hovedsakelig på videresalg av Telenors grossistprodukter, men selskapet har i noen grad bygget opp egen infrastruktur som per i dag består av [...] ⁵ DSLAMer og et eget nasjonalt IP-nettverk. I markedet for oppringt Internett hadde Tiscali ca. 27000 kunder per 30. juni 2004.

Tiscali hadde i 2003 en omsetning på 90,1 millioner kroner. I 2004 budsjetterte Tiscali med en omsetning på ca. [...] ⁶ millioner kroner.

¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2



1.3 Sammendrag av Konkurransetilsynets forslag til vedtak og Telenors tilsvaer

Den fullstendige meldingen og Konkurransetilsynets varsel av 30. desember 2004

Telenors fullstendige melding av foretakssammenslutningen ble mottatt av Konkurransetilsynet den 27. september 2004. Konkurransetilsynet vurderte foretakssammenslutningen etter lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger ("konkurranseloven") og la den 30. desember 2004 frem varsel om inngrep mot foretakssammenslutningen. I varselet la Konkurransetilsynet til grunn at foretakssammenslutningen ville forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i grossist- og sluttbrukermarkedene for bredbånd, samt i markedet for oppringt Internett. Konkurransetilsynet tok i betraktning at foretakssammenslutningen vil muliggjøre effektivitetsgevinster, men fant at foretakssammenslutningen samlet sett ville motvirke lovens formål. På denne bakgrunn varslat Konkurransetilsynet om at Telenor ville bli pålagt å avhende Tiscali AS.

Tilsvaret av 20. januar og forslaget til avhjelpende tiltak av 4. februar

I sitt tilsvaer til Konkurransetilsynets varsel argumenterer Telenor med at ervervet har marginal betydning for Telenors markedsstilling i de relevante markedene. Telenor peker særlig på at markedene for bredbånd har stor tilvekst av nye kunder og at Telenors mulighet og incitament til å utøve markedsrett i bredbåndsmarkedene ikke vil påvirkes av ervervet. Telenor mener videre at Konkurransetilsynet overser hvordan det sektorspesifikke konkurranseregulering⁷ som gjelder for markedene for elektronisk kommunikasjon (ekomsektoren), legger vesentlige føringer på Telenors mulighet til å utøve markedsrett i de relevante markedene. Telenor hevder at konkurransen i bredbåndsmarkedene er sterk, og at Konkurransetilsynets varsel ikke dokumenterer med tilstrekkelig grad av sannsynlighet at en vesentlig begrensning skapes eller forsterkes. For det tilfelle at foretakssammenslutningen skulle ha konkurransebegrensende effekter anfører Telenor at de betydelige samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene i alle tilfeller vil oppveie de samfunnsøkonomiske tapene.

Den 4. februar 2005 la Telenor frem forslag til avhjelpende tiltak som innebærer at Telenor tilbyr seg å selge Tiscalis dial-up-base.⁸

Vedtaket

I det foreliggende vedtaket fastholder Konkurransetilsynet at Telenors erverv av Tiscali forsterker en vesentlig konkurransebegrensning i strid med lovens formål. Konkurransetilsynet har imidlertid funnet det nødvendig å utdype sine begrunnelser på enkelte punkter, samt presisere at det er de konkurransebegrensende effektene i markedene for bredbånd privatprodukter og oppringt Internett som har vært avgjørende for Konkurransetilsynets vurderinger. I vedtaket legger Konkurransetilsynet til grunn at de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene er noe større en det som ble lagt til grunn varselet, men har ikke funnet at effektivitetsgevinstene er tilstrekkelige til å konkludere med at foretakssammenslutning ikke er i strid med lovens formål.

Ved vurderingen av hvilket inngrep som er påkrevd har Konkurransetilsynet tatt i betraktning Telenors forslag til avhjelpende tiltak samt klare og skriftelige forsikringer fra Telenor om at Telenor ikke vil foreta meldepliktige erverv av tilsvarende virksomhet som Tiscali i en periode på

⁷ Se lov 7. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) med tilhørende forskrifter og vedtak

⁸ Med "dial-up-basen" menes Tiscalis kontrakter med oppringt Internett-kunder



to år regnet fra vedtaksdato. Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn funnet det tilstrekkelig å stille som vilkår at Telenor selger dial-up-basen til Tiscali.

2. Konkurransetilsynets kompetanse

2.1 Forholdet til konkurransereglene i EU og EØS

EØS-avtalen artikkel 57 fastsetter reglene for kompetansefordelingen mellom Europakommisjonen, EFTAs overvåkingsorgan og nasjonale konkurransemyndigheter. Konkurransetilsynet har kun kompetanse til å føre tilsyn med foretakssammenslutninger som ikke er av fellesskaps- eller EFTA-dimensjon. Hvorvidt en foretakssammenslutning har fellesskaps- eller EFTA-dimensjon avhenger av om de berørte foretak har en omsetning som overstiger terskelverdiene i artikkel 1 nr. 2 eller 3 i forskrift av 4. desember 1992 nr. 964 om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen kapittel XIV, jf. artikkel 1 nr. 2 og nr. 3 i rådsforordning 139/2004/EF (den nye fusjonsforordningen).

Tiscali har hele sin omsetning i Norge, og Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at den foreliggende foretakssammenslutningen ikke har fellesskaps- eller EFTA-dimensjon, se forskriften artikkel 1 nr. 2 og 3, jf. artikkel 5 nr. 2 om beregning av relevant omsetning. Konkurransetilsynet har derfor kompetanse til å behandle saken etter konkurranseloven § 16.

2.2 Fristberegning

Fullstendig melding ble mottatt den 27. september 2004. Ifølge konkurranseloven § 20 annet ledd må Konkurransetilsynet innen 25 virkedager fra den fullstendige meldingen er mottatt, varsle at inngrep kan bli aktuelt. Gis ikke rettidig varsel, kan ikke Konkurransetilsynet gripe inn etter konkurranseloven § 16. Fristen utløp 1. november, og varsel om at inngrep kunne bli aktuelt ble sendt 28. oktober.

Ifølge konkurranseloven § 20 tredje ledd første punktum må Konkurransetilsynet senest innen 70 virkedager fra fullstendig melding er mottatt, legge frem begrunnet forslag til inngrepsvedtak. Konkurransetilsynets frist for å legge fram begrunnet forslag til inngrepsvedtak var derfor 3. januar 2005. Forslaget til inngrepsvedtak ble forelagt partene den 30. desember 2004. Telenor ga Konkurransetilsynet sitt svar den 20. januar 2005. Dette var innenfor uttalelsesfristen på 15 virkedager i konkurranseloven § 20 tredje ledd annet punktum og innebar som utgangspunkt at Konkurransetilsynet måtte treffe sitt vedtak innen 10. februar 2005, se konkurranseloven § 20 tredje ledd tredje punktum. Den 4. februar 2005 la Telenor frem tilbud om avhjelpende tiltak sammen med en begjæring om at Konkurransetilsynets frist for å treffe vedtak skulle forlenges med 25 virkedager. Konkurransetilsynet har tatt begjæringen til følge og legger til grunn at endelig frist for å treffe vedtak er 17. mars 2005.

2.3 Vilklårene for inngrep

Etter konkurranseloven § 16 første ledd skal Konkurransetilsynet gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, se konkurranseloven § 1 første ledd.

Ved anvendelse av loven skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser, se konkurranse-loven § 1 annet ledd.

2.3.1 Foretakssammenslutning

Konkurranseloven § 16 første ledd stiller som vilkår at det foreligger en "foretakssammenslutning." Begrepet "foretakssammenslutning" er definert i konkurranse-loven § 17. Når Telenor Telecom Solutions overtar 100 prosent av aksjene i Tiscali AS, foreligger det en foretakssammenslutning i konkurranse-lovens forstand, se konkurranse-loven § 17 bokstav b.

2.3.2 Konkurranseregelningskriteriet

Konkurransetilsynet skal gripe inn mot foretakssammenslutninger som "vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål."

Konkurransetilsynets vurdering av om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen er behandlet under punkt 3 og 4. Spørsmålet om foretakssammenslutningen vil gi effektivitetsgevinster som medfører at den likevel ikke strider mot lovens formål er behandlet under punkt 5.

2.3.3 Beviskrav

Telenor skriver i tilsvaret at "*Konkurransetilsynet har den konkrete bevisbyrden for at vilkårene for inngrep er oppfylt, herunder å sannsynliggjøre at Telenor ha vesentlig markedsrett og at denne eventuelt kan utnyttes til skade for samfunnet.... Dette innebærer [...] at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for å begrunne inngrep i de berørte parters disfavør*"

Konkurransetilsynet er enig i at det alminnelige sivilprosessuelle overvektsprinsippet, slik det kommer til uttrykk i Høyesteretts dom Rt. 1992 s. 64 på s. 70, må ligge til grunn for Konkurransetilsynets vurderinger av om inngrepsvilkårene i konkurranse-loven § 16 er oppfylt. Dette innebærer at Konkurransetilsynet legger til grunn det faktum tilsynet finner mest sannsynlig i den konkrete vurderingen. Konkurransetilsynets vurderinger i både varselet og det foreliggende vedtak bygger på en slik bevisstandard.

3. Relevante markeder

For å kunne vurdere sakens konkurransemessige virkninger må Konkurransetilsynet avgjøre hvilke markeder som anses som berørte. Generelt vil en kjøper ta beslutninger basert på egenskaper ved produktene og tilbyderens lokalisering. Derfor avgrenses et såkalt relevant marked som deles inn i det relevante produktmarkedet, og det relevante geografiske markedet. I avgrensningen av det relevante marked vil Konkurransetilsynet hente veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.⁹

3.1 Det relevante produktmarked

Avgrensningen av det relevante produktmarkedet foretas ut fra en vurdering av hvorvidt etterspørerne anses produkter som innbyrdes substituerbare. Med substituerbar menes at etterspørerne vurderer et sett produkter å dekke samme behov basert på produktenes egenskaper,

⁹ EF-Tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3, C 372 av 9. desember 1997.

priser eller anvendelsesformål. Jo bedre substitutt et produkt er til produktet partene tilbyr, desto større er sannsynligheten for at dette produktet inkluderes i det relevante produktmarkedet.

Foretakssammenslutningen mellom Telenor og Tiscali berører både sluttbrukermarkeder og grossistmarkeder. I sluttbrukermerkedeene opptre Telenor og Tiscali som konkurrenter. I grossistmerkedeene opptre Tiscali som kunde av Telenor og andre grossisttilbydere.¹⁰

3.1.1 De relevante sluttbrukermerkedeene

I sluttbrukermerkedeene konkurrerer Tiscali og Telenor om å tilby bredbånd og oppringt Internett. Begge disse produkttypene er således berørt av foretakssammenslutningen.

Det foreligger ingen entydig definisjon av begrepet bredbånd, men uttrykket er en relativt innarbeidet betegnelse på høyhastighets internettaksesser realisert på teknologiene xDSL (kobber), HFC (koaksial, kabel-tv basert løsning), fiber og radio. I tillegg til høy overføringshastighet kjennetegnes bredbåndproduktene ved at kunden vanligvis betaler et fast beløp per måned, og ved at bredbåndproduktene gir en mulighet til å være permanent oppkoblet. Kommisjonen karakteriserer bredbånd som internettaksess over digitale abonnentslinjer med nedstrøms hastighet inn til sluttbruker høyere enn 128 kbps.¹¹

Avgrensning mot datakommunikasjon og leide samband

Telenor skriver i meldingen at markedet for bredbånd bør avgrensnes mot datakommunikasjonsprodukter (Frame, IP-VPN, med mer) og leide samband. Datakommunikasjon og leide samband brukes i hovedsak av store bedrifter som har omfattende behov både når det gjelder kapasitet og når det gjelder løsninger for å knytte sammen ulike deler av bedriften i ett nettverk. Disse to produktområdene avviker fra bredbåndproduktene både når det gjelder bruksområde, kvalitet og pris. Konkurransetilsynet slutter seg til Telenors vurderinger og har valgt å avgrense sluttbrukermerkedeene for bredbånd mot merkedeene for datakommunikasjonsprodukter og leide samband.

Avgrensning mellom bredbånd og oppringt Internett

Oppringt Internett krever at kunden har et aktivt fasttelefoniabonnement, enten analogt (PSTN) eller digitalt (ISDN). Med et analogt telefoniabonnement kan kunden få en Internett-tilknytning på opptil 56 kbps, mens et digitalt telefoniabonnement gir en maksimal hastighet på 64 eller 128 kbps avhengig av om en eller to såkalte B-kanaler benyttes. Ved oppringt Internett betaler kunden for tiden han er koblet på Internett. Dersom to B-kanaler benyttes, beregnes dobbel pris per minutt. Kunder med oppringt Internett kan velge mellom produkter med og uten fast månedsavgift. Produktene med fast månedsavgift gir gjerne tilleggstjenester og rabatterte tellerskritt.

Det er flere forhold som taler for at bredbånd og oppringt Internett utgjør forskjellige produktmarkeder. Oppringt Internett har for lav opp- og nedlastingshastighet til å kunne overføre kapasitetskrevende tjenester. Oppringt Internett er dermed ikke et substitutt for brukere som har behov for bredbåndforbindelse. I tillegg er bredbånd og oppringt Internett priset forskjellig. Mens bredbåndskunder vanligvis betaler en fast månedspris, må oppringt Internettkunder betale per anrop og per oppkoblede minutt. Ifølge Telenor må en kunde med oppringt Internett som har gratisabonnement og benytter Internett kun på kveldstid og i helger, "surfe" [...] timer i

¹⁰ Med unntak av markedet for bredbåndaksess hvor Tiscali kan betraktes som en potensiell konkurrent av Telenor i enkelte områder.

¹¹ Se Commission Recommendation 11/02/2003, 2003/311/EC med Explanatory Memorandum (heretter: Kommisjonens anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder på ekomsektoren) side 21, fotnote 33.

¹² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

måneden for at bredbånd skal bli billigere enn oppringt Internett. Konkurransetilsynet legger til grunn at bredbånd og oppringt Internett utgjør to forskjellige produktmarkeder.

To markeder for bredbånd – privatprodukter og bedriftsprodukter

Samtlige av de største bredbåndstilbyderne synes å markedsføre ulike produkter til bedrifter og private. Bedriftsproduktene skiller seg fra privatproduktene ved at de generelt gir større hastigheter både oppstrøms og nedstrøms, samt tilleggs- og supporttjenester som ikke følger med privatproduktene. Det er vesentlige prisforskjeller på privat- og bedriftsprodukter i samme hastighetsklasse.¹³

Forskjellene på privat- og bedriftsprodukter reflekterer at bedriftskunder og privatkunder har ulike behov og ulik betalingsvillighet. På side 15 i meldingen skriver Telenor at *"bedriftskunder vanligvis etterspør både høyere nedstrøms hastigheter (1-2Mbps) på sine internettaksesser enn privatkundene, og gjennomgående også har behov for større oppstrøms-hastighet enn privatkundene[...] Bedriftsprodukter skiller seg således fra privatprodukter mht. til både pris og kvalitet/funksjonalitet, og utgjør derfor to ulike produktsegment."*

Ettersom bedrifts- og privatprodukter er ment å dekke ulike behov, vil de bare i begrenset grad fremstå som substitutter. For privatkunder vil det bare unntaksvis være aktuelt å betale merkostnaden for et bedriftsprodukt med tilsvarende hastighet som privatproduktet, og Konkurransetilsynet antar at mange av bedriftskundene har behov for hastigheter, support- og tilleggstjenester som bare tilbys gjennom bedriftsproduktene. I tillegg er det på det rene at tilbyderne i varierende grad forsøker påvirke bedriftene til kjøpe de dyrere bedriftsproduktene. Fra NextGenTels kundeservice har Konkurransetilsynet fått opplyst at bedriftskunder utelukkende får kjøpt bedriftsprodukter av NextGenTel, og Konkurransetilsynet har dessuten mottatt klager fra småbedrifter på at det ikke er mulig å få kjøpt privatprodukter når man presenterer seg som bedriftskunde.

For små foretak – typisk foretak som drives med hjemmekontor – vil privatproduktene kunne fremstå som et fullverdig og prisdyktig alternativ til både nærings- og hjemmebruk. Selv for denne gruppen er det imidlertid rimelig å anta det vil være begrensede substitusjonsmuligheter i det konkrete tilfellet. Dersom kunden har et reelt behov for de support- og tilleggstjenester som tilbys gjennom bedriftsproduktene, vil han med stor sannsynlighet velge et bedriftsprodukt, og dersom han ikke har slike behov, vil han nøye seg med et rimeligere privatprodukt.

På bakgrunn av ovennevnte forhold må privat- og bedriftsprodukter etter Konkurransetilsynets oppfatning betraktes som ulike produktmarkeder.

I meldingen anfører Telenor at bedrifts- og privatsegmentet er ett og samme sluttbrukermarked. Telenor anfører for det første at dette har blitt lagt til grunn i Konkurrencestyrelsens avgjørelse av 29. januar 2003 vedrørende TDCs prising av ADSL-produkter.¹⁴ Saken gjaldt en klage fra danske bredbåndstilbydere med påstand om at TDCs prising av ADSL-produkter innebar ulovlig rovprising/kryssubsidiering. I avgjørelsens punkt 44 legger Konkurrencestyrelsen til grunn at det *"ikke [er] mulig at opdele markedet i et forbruker og et -erhvervssegment."* Dette begrunnes med at *"ADSL-produkter markedsført på sluttbrukermarkedet er som udgangspunkt identiske enten produktene markedsføres overfor virksomheder eller private,"* se avgjørelsens punkt 43.

¹³ Man kan for eksempel sammenligne bedriftsproduktet "Internett ADSL Småbedrift" og privatproduktet "Online ADSL Basis" hos Telenor som begge gir en overføringshastighet på 704/128 Kbps. Det førstnevnte produktet koster 649,- kroner, og det sistnevnte 349,- kroner per 22. november 2004.

¹⁴ I meldingen refereres det til "dansk myndighetspraksis." Telenor bekreftet i møte 26. oktober 2004 at det utelukkende siktes til avgjørelsen av 29. januar 2003.

I det norske markedet markedsføres produkter i bedrifts- og privatmarkedet med ulike tilleggstjenester og med store prisforskjeller. Sett fra etterspørernes ståsted fremstår derfor ikke bedrifts- og privatprodukter som tilstrekkelig like til at Konkurransetilsynet kan betrakte dem som del av ett og samme marked.

Som ytterligere et argument for at bedrifts- og privatproduktene inngår i samme produktmarked, viser Telenor til Europakommisjonens (Kommisjonen) anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder på ekomsektoren. Anbefalingen inneholder Kommisjonens vurderinger av hvilke produkt- og tjenestemarkeder på ekomsektoren som er av en slik art at det vil kunne være aktuelt med sektorspesifikke *ex ante* reguleringer av konkurransen. I henstillingen begrenser Kommisjonen seg til å avgrense sluttbrukermarkedet for bredbånd fra sluttbrukermarkedet for oppringt Internett, og drøfter ikke om sluttbrukermarkedet for bredbånd bør deles inn i et privat- og bedriftsmarked. Vurderingen av sluttbrukermarkedet skjer imidlertid med henblikk på å utpeke de *grossistmarkeder* som bør bli gjenstand for *ex ante* regulering, og det synes derfor heller ikke nødvendig for Kommisjonen å vurdere et slikt skille mellom et privat- og et bedriftsmarked.

Henstillingen presiserer at den ikke foregriper konkurransemyndighetens markedsavgrensning i enkeltsaker,¹⁵ og Konkurransetilsynet finner heller ikke at Kommisjonens drøftelse av skillet mellom sluttbrukermarkedene for bredbånd og for oppringt Internett gir argumenter som taler for at Konkurransetilsynet bør behandle bedrifts- og privatprodukter som deler av ett og samme relevante sluttbrukermarked i den foreliggende saken.

3.1.2 Grossistmarkeder

I grossistmarkedene leverer Telenor aksessproduktene *videresalg xDSL* og *operatøraksess* til Tiscali. I tillegg er Telenor leverandør av overføringskapasitet for transport, som er en tjeneste Tiscali benytter til blant annet driften av sitt eget IP-nett.

Operatøraksess (LLUB)

Operatøraksess innebærer at operatøren betaler Telenor for full eller delt tilgang til kobberlinjen (aksesslinjen) som strekker seg fra sluttbruker og til nærmeste telesentral. På sentralen utplasserer operatøren sin egen DSLAM som gjør det mulig å levere xDSL-tjenester på kobberlinjen. Fra DSLAMen blir trafikken fraktet inn i operatørens eget nett. Denne transporten skjer ved at operatøren benytter egen infrastruktur eller leier transport fra Telenor eller andre leverandører. Ved kjøp av operatøraksess kan operatøren selv påvirke bredbåndstilbudets kvalitet gjennom kapasitet og tilleggstjenester. Operatøraksess og bredbåndsakssess vil i noen grad fremstå som substitutter for grossistkundene. Det finnes imidlertid også forhold som taler for at det er begrensede substitusjonsmuligheter mellom disse to produktene. For det første gir operatøraksess langt større mulighet til å påvirke utformingen av sluttproduktet, og for det andre er det større investeringsrisiko knyttet til operatøraksess. Videre vil operatøraksess, i motsetning til bredbåndsakssess, åpne for at kjøperen selv kan opptre som tilbyder i grossistmarkedet. Etter en helhetsvurdering har Konkurransetilsynet kommet til at markedene for operatøraksess og bredbåndsakssess må betraktes som ulike produktmarkeder. Konkurransetilsynet bemerker at Post- og teletilsynet legger til grunn et tilsvarende skille mellom markedene for operatøraksess og bredbåndsakssess i markedsavgrensningene foretatt med henblikk på sektorspesifikk regulering.¹⁶

¹⁵ Se Kommisjonens anbefaling om relevante produkt- og tjenestemarkeder på ekomsektoren side 7 tredje avsnitt.

¹⁶ Se høringsdokument fra Post- og teletilsynet av 31. mars 2003 om analyse av grossistmarkedene for LLUB og bredbåndsakssess (heretter: PTs høring om markedene for LLUB og bredbåndsakssess).



Bredbåndsaksess

Videresalg xDSL er et produkt som innebærer at Telenor selger operatøren en ferdig tilrettelagt infrastruktur i kobberaksessnettet. Telenors videresalg xDSL-produkt strekker seg fra sluttbruker, via nærmeste telesentral, hvor Telenor har innplassert det nødvendige tekniske utstyr (en såkalt DSLAM), og frem til et Bredbånds Aksess Punkt (BAP). På BAPen aggregeres trafikk fra flere DSLAMer med tanke på videre transport. Telenor tilbyr i tillegg produktene *BAP connect* og *IP connect*, som kan brukes til transport fra BAP og til grossistenes tilkoblingspunkt mot eget IP-nett.¹⁷

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at videresalg xDSL er del av et teknologinøytralt grossistmarked som også inkluderer bredbåndsaksess tjenester som tilbys over andre aksessnett enn Telenors kobbernett. Grossisttilbudet av bredbåndsaksess over alternative nettverksteknologier er per i dag svært begrenset, men i fremtiden vil økt utbygging av slike nett kunne endre situasjonen. Konkurransetilsynets avgrensning av et teknologinøytralt marked for bredbåndsaksess samsvarer med Post- og teletilsynets avgrensning av markedet for bredbåndsaksess i markedsanalysene som er foretatt med sikte på sektorspesifikk regulering.¹⁸

Overføringskapasitet for transport

For transport fra egne DSLAMer og frem til eget IP-nett, samt drift av IP-nettet, kjøper Tiscali leide samband fra både Telenor og BaneTele.

Med begrepet "overføringskapasitet" menes her faste dedikerte forbindelser som gir en garantert og symmetrisk overføringskapasitet som er tilgjengelig uavhengig av andre brukere. Begrepet svarer i all vesentlighet til det meldingen betegner som leide samband. I Post- og teletilsynets analyser av produkt- og tjenestemarkeder på ekomsektoren¹⁹ skilles det mellom markedet for overføringskapasitet for aksess og markedet for overføringskapasitet for transport. Overføringskapasitet for aksess defineres som forbindelsen fra brukeren og til det punktet i nettet hvor brukeren ikke lenger disponerer forbindelsen alene. Overføringskapasitet for transport defineres som forbindelsen fra det punktet i nettet der brukeren deler forbindelsen med andre til det punktet hvor brukeren igjen har hele den fysiske forbindelsen alene.

Overføringskapasitet for aksess og overføringskapasitet for transport har ulike anvendelsesområder for en grossistkunde. Overføringskapasitet for aksess vil typisk etterspørres av en operatør som ønsker å komplettere transportkapasitet i eget nett, mens overføringskapasitet for transport typisk vil etterspørres av operatører som disponerer et eget aksessnett. Overføringskapasitet for aksess og transport fremstår derfor ikke som substitutter i etterspørernes øyne, og Konkurransetilsynet legger til grunn at man må skille mellom overføringskapasitet for transport og overføringskapasitet for aksess. Tiscali kjøper leide samband i transportnettet,²⁰ og det relevante marked blir dermed markedet for overføringskapasitet for transport. Det kan hevdes at også markedet for overføringskapasitet for aksess er berørt ved at Tiscali kan tenkes å etterspørre slike tjenester i fremtiden. Konkurransetilsynet har imidlertid ikke funnet grunnlag for å vektlegge dette i konkurranseanalysen.

Produktene i markedene for overføringskapasitet for transport og operatøraksess gir tilgang til ulike deler av nettet, henholdsvis transport- og aksessdelen. Sett fra grossistkundens ståsted vil

¹⁷ Et IP-nett er et nett for transport av IP-trafikk (Internet Protocoll). IP-nett kan enten være basert på et eget eid transportnett, eller som i Tiscalis tilfelle på leid transportkapasitet (leide samband). Ved å sette egne ruterere "på toppen" av nettet, etableres det et eget IP-nett.

¹⁸ Se PTs høring om markedene for LLUB og bredbåndsaksess.

¹⁹ Se Post- og teletilsynets høringsdokument av 5. mars 2003 om analyse av markedene for overføringskapasitet (heretter: PTs høring markedene for overføringskapasitet).

²⁰ Se den skriftelige redegjørelsen Telenor ga Konkurransetilsynet den 26. oktober i forbindelse med møte samme dato.

derfor ikke disse to produktene fremstå som substitutter, og det synes klart at markedet for overføringskapasitet for transport og markedet for operatøraksess må vurderes som to ulike produktmarkeder.

Grossistkunder som kjøper bredbåndsaksess kjøper først og fremst et aksessprodukt. Bredbåndsaksess inkluderer bare et transportelement fra telesentralen og fram til BAP. Grossistkunder som kjøper bredbåndsaksess vil derfor ikke oppfatte overføringskapasitet for transport som et substitutt til bredbåndsaksess. Tilsvarende vil ikke et bredbåndsaksessprodukt kunne dekke behovet til grossistkunder som etterspør transport mellom to telesentraler.

Markedet for originering av fasttelefoni

I forbindelse med sitt oppringt Internett-produkt kjøper Tiscali samtrafikk fra Telenor. Ettersom Tiscali bare tilbyr oppringt Internett, ikke ordinær fasttelefoni, er det kun kjøp av origineringstjenester som er aktuelt, ikke terminering og transittering. Konkurransetilsynet har imidlertid ikke funnet grunnlag for å anta at foretakssammenslutningen vil få betydning for konkurranseforholdene på markedet for originering av fasttelefoni, og behandler derfor ikke dette markedet i den videre fremstillingen.

3.2 Geografisk avgrensning av de relevante produktmarkeder

Et relevant geografisk marked er et område hvor virksomheter ved salg av, eller etterspørsel etter, produkter eller tjenester møter tilstrekkelig ensartete konkurransevilkår. I markedene for internettaksess vil spørsmålet om konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartede, måtte vurderes i lys av de aksessmuligheter (- teknologier) som er tilgjengelig i ulike områder. Ulike etterspørere vil ha ulike aksessmuligheter avhengig av hvilket område de befinner seg i, og spørsmålet om en gruppe etterspørere tilhører samme geografiske marked, vil derfor i det vesentlige måtte vurderes i lys av om de står overfor et likeartet aksesstilbud.

3.2.1 Geografisk avgrensning av sluttbrukermarkedene

I markedene bredbånd privatprodukter og bredbånd bedriftsprodukter er det etablert flere lokale/regionale aktører med geografisk avgrensede tilbud. Dette innebærer at konkurranseforholdene vil kunne variere mellom ulike geografiske områder, og at det finnes ulike geografiske markeder i Norge.

På den annen side finnes det flere nasjonale aktører, som Telenor og Tiscali, som tilbyr bredbånd Internett til like priser og på like vilkår i nesten hele landet.²¹ Aktører med begrenset geografisk dekning kan dessuten opptre som nasjonale aktører ved å kjøpe bredbåndsaksess i grossistmarkedet. I *varselet* legger Konkurransetilsynet etter en samlet vurdering at konkurranseforholdene er tilstrekkelig ensartede til at markedene kan anses som nasjonale.

I meldingen legger tilsvarende Telenor til grunn at markedene er nasjonale, men påpeker også at det er regionale forskjeller i konkurransebildet. Denne argumentasjonen videreføres under punkt 4.1.2 i *tilsvaret*. Konkurransetilsynet er enig med Telenor i at konkurransebildet og markedskonsentrasjon i noen grad varierer geografisk, men fastholder at det er *tilstrekkelig* å betrakte markedene som nasjonale i denne saken.

Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at markedene for bredbånd privatprodukter og markedet for bredbånd bedriftsprodukter må anses som nasjonale markeder.

²¹ Ifølge meldingen (s. 55) kunne Telenor tilby 76 prosent av landets husstander xDSL-tilknytning per august 2004. På www.jara.no fremgår det at Telenors mål er 90 prosent dekning innen 2006.

Internett-tilknytning gjennom oppringt Internett krever at kunden har et aktivt fasttelefoni-abonnement. Aktører som ønsker å tilby oppringt Internett kan utforme sitt tilbud etter eget ønske, og kunden kan fritt velge Internett-leverandør uavhengig av hvor i landet han befinner seg, og uavhengig av fasttelefonileverandør. Konkurransesituasjonen innad i Norge er dermed tilstrekkelig ensartet til at markedet for oppringt Internett kan betraktes som et nasjonalt marked.

3.2.2 Geografisk avgrensning av grossistmarkedene

Telenor er eneste tilbyder av operatøraksess og er forpliktet til å tilby operatøraksess på samme vilkår og til kostnadsorienterte priser i hele landet.²² Konkurransesituasjonen er derfor ensartet i hele landet, og Konkurransetilsynet legger til grunn at markedet for operatøraksess er et nasjonalt marked.

Det eksisterende grossisttilbudet i markedet for bredbåndsaksess tilbys i all vesentlighet over Telenors kobberaksessnett, enten av Telenor selv eller av aktører som har etablert et grossisttilbud av bredbåndsaksess gjennom kjøp av operatøraksess fra Telenor. Telenors xDSL- infrastruktur omfatter i dag ca. 80 prosent av Norges husstander og Telenor er forpliktet til å selge bredbåndsaksess i grossistmarkedet på ikke-diskriminerende vilkår.²³ Ingen av operatørene som tilbyr bredbåndsaksess i grossistmarkedet, har like omfattende geografisk dekning som Telenor. Det vil derfor være visse geografiske forskjeller i grossisttilbudet av videresalg xDSL-produkter. I tillegg har det de siste årene blitt etablert alternative aksessnett (fiber og radioaksess) som gjerne eies helt eller delvis av e-verk, kommuner og/eller fylkeskommuner. Så langt har det ikke foreligget et reelt grossisttilbudet fra disse aktørene, men dette kan endre seg over tid. Selv om det kan være regionale forskjeller i konkurranseforholdene, finner ikke Konkurransetilsynet grunnlag for å utpeke særlig områder hvor konkurranseforholdene er vesentlig annerledes enn i landet for øvrig. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at markedet for bredbåndsaksess er et nasjonalt marked.

Vedrørende markedet for overføringskapasitet for transport legger Post- og teletilsynet til grunn at det er relativt stor grad av konkurranse på strekningene mellom flere av de største byene i landet.²⁴ I andre deler av landet er det imidlertid mer begrenset konkurranse, men Post- og teletilsynet har ikke funnet det hensiktsmessig eller mulig å definere ett eller flere klart avgrensede områder hvor konkurransen er ensartet og merkbart annerledes enn i resten av landet. Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at markedet for overføringskapasitet for transport er nasjonalt.

3.3 Relevante markeder – sammenfatning

I sluttbrukermarkedene legger Konkurransetilsynet til grunn at markedene for *bredbånd privatprodukter*, *bredbånd bedriftsprodukter* og *oppringt Internett* hver for seg er relevante produktmarkeder.

I grossistmarkedene legger Konkurransetilsynet til grunn at markedene for *operatøraksess*, *bredbåndsaksess* og *overføringskapasitet for transport* hver for seg er relevante produktmarkeder.

Samtlige markeder avgrenses geografisk til Norge.

²² Se lov 7. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 13-2 jf. forskrift 12. desember 1997 nr. 1259 om offentlige telenett og teletjenester § 3-2a.

²³ Som fotnote 21.

²⁴ Se PTs høring om markedene for overføringskapasitet punkt 370.



4. Konkurransemessig vurdering

Konkurransetilsynet kan bare gripe inn mot foretakssammenslutninger som "vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål." Hvis konkurransen er vesentlig begrenset, vil de involverte foretak i vesentlig grad kunne utøve markedsrett. Med markedsrett menes vanligvis en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning uten at dette får merkbar innvirkning på omsatt kvantum. En aktør med markedsrett kan i større eller mindre grad opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og leverandører. Markedsrett kommer først og fremst til uttrykk gjennom høyere priser, eventuelt i kombinasjon med høyere kostnader, men kan også gi utslag i dårligere service, kvalitet, produktvalg og mindre produktutvikling. Utøvelse av markedsrett innebærer en sløsing i samfunnsøkonomisk forstand siden markedstilpasningen gir en samlet ressursbruk som er mindre effektiv enn det som ville ha vært tilfellet med virksom konkurranse. Det er flere forhold som er relevante i vurderingen av graden av konkurranseintensitet i et marked og dermed aktørenes muligheter til å utøve markedsrett. Sentrale momenter er konkurranseform og konsentrasjonsgrad, etableringsmuligheter, kjøperrett og produktenes substituerbarhet. Disse faktorene virker sammen og påvirker graden av konkurranse.

I tilsvaret finner Telenor grunn til å påpeke at ordlyden i konkurranseloven § 16 første ledd taler om en "vesentlig begrensning av konkurransen," og at dette innebærer et krav om at foretakssammenslutningen må føre til eller forsterke en mulighet til å utøve vesentlig markedsrett. Konkurransetilsynet er enig med Telenor i at ordet *vesentlig* innebærer et krav om at markedsretten som skapes eller forsterkes må være kvalifisert. Konkurransetilsynet understreker at både varselet og vedtaket bygger på en slik tolkning. Når det gjelder det nærmere innholdet i begrepet markedsrett, vises det til avsnittet ovenfor.

Dersom konkurransen er vesentlig begrenset allerede før foretakssammenslutningen, er det tilstrekkelig at foretakssammenslutningen "vil...forsterke" den vesentlige konkurransebegrensningen. I formuleringen "vil...forsterke" ligger det et krav om at foretakssammenslutningen må påvirke konkurranseforholdene negativt. Det følger av praksis og teori at enhver forsterkning av en vesentlig konkurransebegrensning må anses å tilfredsstille lovens vilkår.

Under punkt 4.1 vil Konkurransetilsynet drøfte konkurransesituasjonen i de relevante markedene før foretakssammenslutningen, og deretter, under punkt 4.2, vurdere hvordan foretakssammenslutningen påvirker konkurranseforholdene i de relevante markedene.

4.1 Konkurransesituasjonen før ervervet

4.1.1 Sluttbrukermarkedene

Markedet for bredbånd privatprodukter

I varselet legger Konkurransetilsynet til grunn at konkurransen i markedet for bredbånd privatprodukter er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet vil i det videre utdype argumentasjonen og behandle Telenors anførsler.

Markedskonsentrasjon

I markedet for bredbånd privatprodukter har Telenor en markedsandel, målt som andel av antall aksesser, på omlag 52,5 prosent før ervervet.²⁵ Den nest største aktøren er NextGenTel med en markedsandel på 15,3 prosent. Deretter følger UPC, Tele2, Catch/BlueCom og Tiscali med markedsandeler på henholdsvis 9,1 prosent, 5,2 prosent, 4,4 prosent og 3,7 prosent. De resterende tilbyderne i markedet har en markedsandel på 1 prosent eller mindre. En markedsandel på over 50 prosent i et marked hvor Herfindahl-Hirschmans-indeksen²⁶ overstiger 3200 poeng gir en indikasjon på at Telenor har vesentlig markedsrett.

Markedsandeler og markedskonsentrasjon i markedet for bredbånd privatprodukter har ikke endret seg vesentlig de siste tre årene. Post- og teletilsynets statistikk for 2003 viser at Telenor hadde en markedsandel på 53,2 prosent, med NextGentel og UPC som klart største konkurrenter med 16,4 prosent og 10,3 prosent markedsandel. I 2002 hadde Telenor en markedsandel på 58,9 prosent fulgt av UPC og NextGentel med markedsandeler på henholdsvis 16,8 prosent og 15,8 prosent.²⁷ Markedsstatistikken for 2002, 2003 og første halvår 2004 viser altså at Telenor har hatt en markedsandel på over 50 prosent i et svært konsentrert marked i hele perioden. I tredje kvartal 2004 viser markedstallene for bedrifts- og privatmarkedet samlet at Telenor fikk 38000 av 65000 nye bredbåndskunder, dvs. 58,5 %. Markedsstatistikken for tredje kvartal viser altså at Telenors markedsandel er økende.²⁸ I fjerde kvartal fikk Telenor 62000 nye kunder i bedrifts- og privatmarkedet samlet. En fullstendig markedsstatistikk for fjerde kvartal foreligger ikke på vedtakstidspunktet

Vertikal integrasjon

Per 30. juni 2004 ble cirka 21 prosent av aksessene i sluttbrukermarkedet for privatprodukter solgt over andre aksessnett enn Telenors kobbernett. Av disse 21 prosentene solgte Telenor selv cirka 6 prosentpoeng gjennom Canal Digital. Per 30. juni 2004 var altså bare cirka 15 prosent av aksessene i sluttbrukermarkedet for privatprodukter basert på andre aksessnett enn Telenors kobberaksess. Disse øvrige aksessnettene består i hovedsak av kabelnett (HFC) oppgradert for bredbånd, fibernett, samt radioaksess. Det er uklart hvor stor rolle disse "andre" aksessnettene vil spille for konkurransen i fremtiden, men etter Konkurransetilsynets oppfatning vil xDSL-teknologien og Telenors kobbernett forbli en helt sentral bredbåndsplattform de neste årene. I Teleavisens prognoser for bredbåndsmarkedet totalt (privat og bedrift samlet) legges det til grunn at andre aksessnetts markedsandel vil stige fra ca. 20 prosent i dag til ca. 25 prosent per 1. januar 2007.²⁹

Ettersom hovedtyngden av Telenors konkurrenter ikke disponerer egne aksessnett, må de basere seg på kjøp av videresalgprodukter eller leie av operatøraksess. Konkurransen i sluttbrukermarkedene avhenger derfor i stor grad av vilkårene som gjelder i disse grossistmarkedene.

I grossistmarkedet for bredbåndaksess er Telenor pålagt et krav om å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår. Utover kravet til ikke-diskriminering er Telenors prissetting uregulert. Operatører som baserer seg på kjøp av videresalgprodukter i grossistmarkedet for

²⁵ Markedsandelene for bredbånd privat- og bedriftsprodukter er basert på Post- og teletilsynets telestatistikk for 1. halvår 2004 – se vedlegg.

²⁶ Herfindahl-Hirschmans-indeksen beregnes ved å summere kvadratene av markedsaktørens markedsandeler målt i prosent.

²⁷ Se vedlegg

²⁸ Tallene er basert på tall innhentet fra Telenor samt bredbåndspronoser i Teleavisen. Selv om man legger til grunn at Telenors vant forholdsmessig flere kunder i bedriftsmarkedet enn i privatmarkedet, viser de markedstallene tilsynet har hatt tilgang til at Telenor i alle tilfeller har en økende markedsandel i privatmarkedet.

²⁹ Se www.teleavisen.no, bredbåndsprgnose av 8. desember 2004.



bredbåndsaksess, hadde per 30. juni 2004 en markedsandel i sluttbrukermarkedet for bredbånd privatprodukter på ca. 13-14 prosent. I grossistmarkedet for bredbåndsaksess har Telenor etter Konkurransetilsynets vurdering vesentlig markedsrett, se punkt 4.1.2. Dette innebærer at en stor del av Telenors konkurrenter i sluttbrukermarkedet for bredbånd privatprodukter, er henvist til å kjøpe den sentrale innsatsfaktoren på vilkår som gjør det vanskelig å konkurrere på like vilkår med Telenor. Konkurransetilsynet får stadig henvendelser fra aktører som mener vilkårene i grossistmarkedet for bredbåndsaksess gjør det umulig å konkurrere effektivt med Telenor. Tele2, den største av tilbyderne som baserer seg på videresalg, mener for eksempel at en kundemasse i størrelsesorden [...] ³⁰ er nødvendig for å drive lønnsomt med de eksisterende vilkårene. Dette samsvarer med det inntrykket Konkurransetilsynet har fått både gjennom høringsrunden i denne saken og i møter med markedsaktørene for øvrig. Etter Konkurransetilsynets vurdering synes det klart at vertikal integrasjon påvirker Telenors markedsrett i sluttbrukermarkedene.

Operatøraksess innebærer at aktøren leier tilgang til kobberlinje på prisregulerte vilkår. Tilbydere som baserer seg på operatøraksess har derfor større mulighet til å konkurrere uavhengig av Telenor enn tilbydere som baserer seg på videresalgprodukter. Tilbydere som baserer seg på operatøraksess hadde i første halvår 2004 en samlet markedsandel på i underkant av 20 prosent. Heller ikke aktører som baserer seg på operatøraksess vil imidlertid kunne operere helt uavhengig og likestilt med Telenor. Særlig vil Konkurransetilsynet peke på at effektiv konkurranse gjennom operatøraksess avhenger av at prisregulering gir *de facto* mulighet til å konkurrere på like vilkår med Telenor. Konkurransetilsynet har i denne sammenheng merket seg at Post- og teletilsynet vurderer om det er hensiktsmessig å videreføre det nåværende FAC-regimet ³¹, og at det er iverksatt en høringsrunde for å belyse problemstillingen. ³²

Etablerings- og veksthindre

Etableringshindringer er en samlebetegnelse på alle forhold som kan hindre nye bedrifter i å etablere seg i det relevante marked og gjenopprette virksom konkurranse. Etableringshindre behøver ikke å være absolutte for å hindre tilbyderne i det relevante marked i å utøve markedsrett. Relevante etablerings- eller veksthindre vil også finne sted der etablering finner sted på så ufordelaktige vilkår at nye bedrifter ikke vil være effektive konkurrenter.

En etablering i markedet for bredbånd privatprodukter kan for det første skje som videreselger av de produkter som tilbys i grossistmarkedet for bredbåndsaksess. I varselet legger Konkurransetilsynet til grunn at et *"viktig etableringshinder er at lønnsom drift krever et visst antall kunder, og at det er kostbart å tiltrekke seg kunder i konkurranse med etablerte aktører. Også aktører som ikke investerer i egen infrastruktur, vil møte etableringsbarrierer i form av kostnader knyttet til kundeakkvisisjon, markedsføring, etablering av kundebehandlingssystem, installasjon og kapasitetsbehandling."* Telenor hevder i tilsvaret at utgifter til markedsføring er alminnelige etableringskostnader i de fleste bransjer og at det må påvises *"særlige forhold i det konkrete marked som viser at etableringskostnadene er spesielt store i forhold til normale kostnader ved enhver etablering."*

Konkurransetilsynet er enig i at det er mulig å etablere seg som videreselger uten altfor store faste kostnader. Spørsmålet er imidlertid om det er mulig å etablere seg som en lønnsom og kostnadseffektiv konkurrent. Det kan i denne sammenheng vises til de stordriftsfordeler markedsaktørene mener må være tilstede for overhodet å drive lønnsomt (se ovenfor). I et marked med slike behov for stordriftsfordeler, synes det klart at utgiftene til kundeakkvisisjon, markedsføring, etablering av kundebehandlingssystem, installasjon og kapasitetsbehandling vil være vesentlige etableringshindringer for å oppnå lønnsom og effektiv drift.

³⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

³¹ FAC=Fully allocated cost

³² Se Post- og teletilsynets "Høring om metoder for kostnadsorientering" med høringsfrist 1. mars 2005.

En etablering i markedet for bredbånd privatprodukter kan for det andre basere seg på operatør-aksess. Lønnsom operatøraksess krever en viss kundemasse tilknyttet den telesentralen der infrastrukturen etableres. Dette innebærer at tilbydere som ikke har et særskilt lokalt fokus må basere seg på videresalgsprodukter frem til de har oppnådd en tilstrekkelig kundemasse til at de lønnsomt kan investere i egen infrastruktur. En slik vekststrategi beskrives i *verditrappen*³³ som en del av veien mot infrastrukturkonkurranse i telemarkedene. De siste årene har NextGentel og Catch etablert et landsdekkende tilbud av bredbånd i henholdsvis privat- og bredriftsmarkedet ved å kombinere kjøp av Telenors videresalgsprodukter med egen infrastruktur i form av operatør-aksess. Dette er i tråd med vekstmodellen som beskrives i investeringstrappen. Konkurransetilsynet har imidlertid ikke sett at andre større nasjonale aktører som Tele2 og Tiscali har satsset på egen infrastruktur i særlig grad. Konkurransetilsynet antar at forklaringen på dette er at selskapene ikke har oppnådd den kritiske kundemasse for slik satsing. Det er imidlertid rimelig å anta at grunnlaget for en slik satsning vil kunne bedres som følge av intern vekst og markedskonsolideringer de neste årene. Konkurransetilsynet betrakter det likevel som lite sannsynlig at det vil skje en markert styrking av konkurransen i løpet av de neste to årene som følge av at det vokser fram nye store aktører på operatøraksess.

En ny aktør kan for det tredje satse på et alternativt aksessnett. Konkurransetilsynet holder det imidlertid som lite sannsynlig at en ny aktør vil etablere et landsdekkende aksessnett som fullverdig alternativ til Telenors kobberaksessnett. Aksessnett kan imidlertid også bygges ut i lokal og regional regi. Å investere i et nytt aksessnett, om enn bare lokalt, innebærer en risiko. Dersom man ikke lykkes i konkurransen med tilbydere som benytter andre nett (særlig kobberaksess), kan man neppe forvente å kunne selge nettet til en kostnadsbasert pris. Generelt synes det derfor å være et vesentlig element av ugjenkallelige kostnader knyttet til investeringer i nye aksessnett. Ifølge Post- og teletilsynet forsøker imidlertid lokale bredbåndstilbydere å inngå avtaler i forkant av nettutbyggingen for slik å redusere investeringsrisikoen.³⁴ Per i dag finnes det i overkant av 30000 radio- og fiberaksesser totalt, men lokale prosjekter ventes å lede til en vesentlig økning de neste to årene. Teleavisen anslår at det totale antall radio- og fiberaksesser vil være i underkant av 200 000 i begynnelsen av 2007.³⁵ Teleavisen antar videre at antall kabelaksesser vil stige fra i underkant av 100 000 til underkant av 150000 i løpet av samme periode. Den samme prognosen forutsier at antall aksesser realisert over andre aksessnett enn kobbernettet, vil utgjør ca. 25 prosent om to år i mot ca. 20 prosent i dag. Disse tallene er etter Konkurransetilsynets skjønn beheftet med atskillig usikkerhet, men illustrerer hvordan lokal og regional utbygging av alternative aksessnett vil være en kilde til økt konkurranse de neste årene.

I varselet la tilsynet til grunn at det finnes byttekostnader som kan ha innlåsende effekter i sluttbrukermarkedene for bredbånd. Telenor anfører i tilsvaret at dette ikke er korrekt og viser til egne undersøkelser vedrørende etableringskostnader. Konkurransetilsynet er enig i at byttekostnadene synes å være mindre enn det som ble lagt til grunn i varselet. Konkurransetilsynet finner imidlertid grunn til å understreke at bindingstider på 12 og 24 måneder, som er vanlig i dagens marked, har en innlåsende effekt og reduserer kundemobiliteten. Bindingstider innebærer særlig at det blir vanskeligere for nye aktører å konkurrere om den eksisterende kundemassen.

³³ Verditrappen ("the ladder of investment") er i korthet en modell som beskriver hvordan tilgangen til nødvendig infrastruktur bør reguleres på en måte som gjør det mulig å etablere seg i telemarkedene med begrenset kundemasse og begrensede investeringer. Med økt kundemasse og økte investeringsmuligheter vil markedsaktørene gradvis kunne bygge ut egen infrastruktur og således legge grunnlaget for økt konkurranse, for nærmere se for eksempel "ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework," side 87-89, tilgjengelig på www.erg.eu.int

³⁴ Se høring om markedene for LLUB og bredbåndaksess punkt 175.

³⁵ Se www.teleavisen.no, bredbåndsprgnose av 8. desember 2004



Særlig om fremveksten av lokale initiativ

Mange av operatørene som etablerer seg i bredbåndsmarkedene har et lokalt og/eller regionalt fokus. En etablering med lokalt fokus kan gi fordeler i form av alternative markedsføringskanaler og konsentrert kundemasse. Alternative markedsføringskanaler kan gi reduserte markedsføringskostnader og konsentrert kundemasse kan øke muligheten for å basere tilbudet på operatøraksess. Konkurransetilsynet ser at lokale og regionale aktører vil kunne være en kilde til økt konkurranse i fremtiden. Dette vil særlig kunne være tilfelle der slike aktører samarbeider om å realisere stordriftsfordeler og andre synergier. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil økt konkurranse fra lokale og regionale aktører først og fremst komme som følge av økt utbygging av fibernett i lokal regi. Den konkurransemessige betydningen av denne utbyggingen er behandlet ovenfor.

Markedsdynamikk og prissensitivitet

I tilsvaret anfører Telenor at markedet er dynamisk ("høy turbulens") med mange nyetableringer, høy innovasjonstakt og lav kundelojalitet. Ifølge Telenor innebærer dette at selskapet ikke har incitament til å utnytte eventuell markedsrett. Telenor påpeker særlig at markedet er inne i en meget ekspansiv periode med svært omfattende kundetilvekst. I løpet av 2004 vokste markedet med 240 000 aksesser, og i løpet av 2005 anslår Telenor at privatmarkedet vil få en samlet tilvekst på minst [...] ³⁶ kunder. Med en gjennomsnittlig churn i markedet på [...] ³⁷ prosent ³⁸ (av 600 000 nåværende kunder i hele markedet), betyr dette at [...] ³⁹ kunder er i "spill" i 2005. Kampen om disse kundene innebærer ifølge Telenor at det er umulig å ta en pris som ligger vesentlig over marginalkostnad.

Konkurransetilsynet ser at markedets dynamiske karakter, og særlig den høye kundetilveksten og churn-raten, er faktorer som vil påvirke Telenors markedstilpasning. Markedets dynamiske karakter har imidlertid ikke resultert i vesentlige endringer av markedsstrukturen (tilbudssiden) de siste tre årene. Telenor har beholdt en markedsandel på godt over 50 prosent i et svært konsentrert marked med NextGenTel som nummer to. Telenors vedvarende dominans kan tyde på at selskapet konkurrer effektivt på pris og kvalitet, men *kan* også være et resultat av at Telenor har en rekke særlige fordeler i konkurransen som etablerte kundeforhold, bredt tjenestespekter (flere tjenester - en regning), et innarbeidet merkenavn, store ressurser til markedsføring og vertikal integrasjon. Fersk markedsstatistikk viser at Telenor ikke bare beholder, men også vinner markedsandeler. De pris- og produksammenligninger Konkurransetilsynet har foretatt viser imidlertid at Telenors produkter verken fremstår som ledende på pris eller tilleggstjenester. Telenors produkter synes tvert imot å være blant de dyreste i sin klasse. Særlig klart blir dette når man, som Telenor hevder i tilsvaret, at *månedprisen* er det viktigste kjøpskriterium. Sammenligner man for eksempel Telenors xDSL-produkt *ADSL Basic* med andre produkter i samme hastighetsklasse, synes det per 1. februar 2005 ikke mulig å finne et produkt som har en høyere månedlig pris. ⁴⁰ Konkurransetilsynet ser at det kan herske ulike meninger om hvordan slike pris- og produksammenligninger skal foretas, men mener at det uansett er grunnlag for å hevde at markedsutviklingen i vesentlig grad må forklares utfra Telenors særlige konkurransefortrinn.

³⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

³⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

³⁸ Med churn menes antall kunder dividert med antall kunder som avslutter kundeforholdet i løpet av en gitt tidsperiode. Konkurransetilsynet har fått noe lavere churn-anslag av andre aktører.

³⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁴⁰ Telenors *ADSL Basic* (704/128) koster per 2. februar 349 kroner i måneden forutsatt fasttelefon og 12 måneders bindingstid. Dette er 16,7 prosent mer enn for eksempel *Tele2s* og *Tiscalis* tilsvarende produkter som koster 299 kroner med samme forutsetninger. Alle tre aktørene tilbyr gratis etablering ved telefonisk henvendelse, og det synes ikke å være særlige forskjeller på tilleggstjenestene utover at Tiscali tar 39,- kroner i måneden for *Norton Internett Security* de siste seks månedene av bindingstiden. Den samme programvaren er inkludert uten merkostnad i Telenors tilbud.



Telenor anfører i tilsvaret at selskapet har incentiv til å bygge markedet og derfor incentiv til å sette lav pris til sluttkunden. Telenor viser til at prisene på både Telenors og konkurrentenes produkter har sunket siden 2000/2001. Prisen på Telenors 704 Kbps produkt har for eksempel sunket fra 550 til 349 kroner per måned (dvs. 36 prosent) i denne perioden. Dette viser ifølge Telenor at konkurransen i markedet for bredbånd privatprodukter fungerer.

I perioden fra utbyggingen startet og frem til i dag har kostnadene ved å bygge ut egen xDSL-infrastruktur sunket betydelig. Telenor anfører i meldingen at prisen på DSLAMer og linjekort er mer enn halvert i løpet av de siste 2-3 årene. I tillegg er det rimelig å anta at Telenor har oppnådd reduksjoner i andre variable kostnader siden 2000/2001, for eksempel som følge av stordriftsfordeler i kundeservice.⁴¹ Konkurransetilsynet legger til grunn at disse kostnadsreduksjonene er en vesentlig del av forklaringen på prisreduksjonene siden 2000/2001.

Oppsummering

Telenor har helt siden bredbåndsmarkedet vokste frem i Norge hatt en markedsandel på godt over 50 prosent i markedet for bredbånd privatprodukter. De siste markedstallene viser at Telenors markedsandel er økende. Markedet er svært konsentrert, og Telenor har en betydelig mulighet til påvirke mange av konkurrentenes forretningsvilkår gjennom markedsrett i oppstrømsmarkedet. I tillegg synes Telenor å ha en rekke andre konkurransefortrinn som etablerte kundeforhold, bredt tjenestespekter (flere tjenester - en regning), et innarbeidet merkenavn, stordriftsfordeler i kundeservice og markedsføring samt et omfattende salgs- og distribusjonsapparat. De neste årene vil økt utbygging av alternative aksessnett som fiber, radioaksess og HFC kunne gi økt konkurranse i markedet for bredbånd privatprodukter. Likeledes vil flere og større aktører på operatøraksess kunne bidra til dette. Utviklingen i retning av økt konkurranse vil imidlertid skje gradvis og er beheftet med mange usikkerhetsfaktorer. Etter Konkurransetilsynets vurdering er konkurransen i markedet for bredbånd privatprodukter vesentlig begrenset.

Markedet for bredbånd bedriftsprodukter

I markedet bredbånd bedriftsprodukter har Telenor ifølge Post- og teletilsynets markedsstatistikk for første halvår 2004 en markedsandel på 42,4 prosent målt som andel av antall aksesser. NextGenTel er Telenors største konkurrent med en markedsandel på 15,9 prosent. Deretter følger Catch/Bluecom og Tele2 med henholdsvis 10,9 prosent og 6,1 prosent markedsandel.

Markedet for bredbånd bedriftsprodukter kjennetegnes i konkurransemessig henseende ved de samme særtrekk som markedet for privatprodukter. Dette legges også til grunn av Telenor i tilsvaret. Med vekt på de samme argumentene som i markedet for bredbånd privatprodukter, legger Konkurransetilsynet derfor til grunn at konkurransen i markedet for bredbånd bedriftsprodukter er vesentlig begrenset.

Markedet for oppringt Internett

I markedet for oppringt Internett har Telenor en markedsandel på om lag [...] prosent. Tele2 er Telenors største konkurrent med en markedsandel på [...] prosent. Deretter følger Tiscali, Powertech, SenseWave og Eunet med markedsandeler på henholdsvis [...] prosent, [...] prosent, [...] prosent og [...] prosent.⁴² En så høy markedsandel i et marked med en Herfindahl-Hirschmans-indeks på nærmere 4500 poeng er en indikasjon på Telenor har vesentlig markedsrett. Dette inntrykket forsterkes av at den konsentrert markedsstrukturen har foreligget over flere år.

⁴¹ Det kan her vises til at Telenor anfører vesentlige stordriftsfordeler knyttet til kundeservice sammenlignet med Tiscali, se punkt 5.1. Konkurransetilsynet antar at dette er stordriftsfordeler Telenor må realisert gradvis siden 2000/2001.

⁴² Samtlige markedsandeler er hentet fra den fullstendige meldingen punkt 7.1.3 og unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Etableringshindringer er en samlebetegnelse på alle forhold som kan hindre nye bedrifter i å etablere seg i det relevante marked og gjenopprette virksom konkurranse. For å kunne etablere seg som tilbyder av oppringt Internett i Norge, må man være registrert som tilbyder av offentlig teletjeneste hos Post- og teletilsynet, samt inngå samtrafikkavtaler med andre operatører. Det er også mulig å etablere seg ved å kjøpe tjenesten fra en annen teleoperatør på videresalgsvilkår. Selv om det således foreligger få formelle etableringshindringer, er det ikke dermed gitt at de reelle etableringshindringene er uvesentlige. Konkurransetilsynet mener særlig at Telenors sterke stilling i markedene for fasttelefoni og mobiltelefoni gir selskapet et konkurransemessig fortrinn i markedet for oppringt Internett gjennom etablerte kundeforhold, bredt tjenestespekter (flere tjenester - en regning), et innarbeidet merkenavn og muligheter for produktkobling. Dette vanskeliggjør og reduserer sannsynligheten for nyetableringer. Den viktigste etableringshindringen er imidlertid at omsetningen i markedet for oppringt Internett reduseres raskt. Ifølge meldingen regner Telenor med at markedet vil reduseres med ca. [...] i løpet av de kommende tre årene, og det er lite sannsynlig at det vil skje noen særlig grad av nyetableringer i et slikt fallende marked. Det er derfor rimelig å legge til grunn at det ikke foreligger potensiell konkurranse som i merkbar grad kan disiplinere utøvelse av markedsrett i markedet for oppringt Internett.

I varselet la Konkurransetilsynet til grunn Telenors rolle som netteier var med å trekke i retning av at Telenor har vesentlig markedsrett i markedet for oppringt Internett. Telenor avviser dette i tilsvaret og viser til at Telenor er pålagt å levere originerende til kostnadsbaserte priser. Konkurransetilsynet bemerker at samtrafikkprisene flere ganger har blitt pålagt av Telenors konkurrenter, og at Post- og teletilsynet ved flere anledninger har pålagt Telenor å redusere disse prisene. Konkurransetilsynet har imidlertid ikke funnet det nødvendig for konklusjonen å vurdere det nåværende prisnivået.⁴⁴

Markedskonsentrasjonen og markedsforholdene for øvrig trekker klart i retning av at Telenor har vesentlig markedsrett i markedet for oppringt Internett. I tillegg synes Telenor i de fleste tilfeller å prise sine produkter høyere enn konkurrentene. Tabellen nedenfor, som er basert på Post- og teletilsynets prisoversikt www.telepriser.no, viser at Telenor i de fleste tilfeller priser høyere enn sine konkurrenter. På grunn av store ulikheter i månedsavgiften mellom de ulike abonnement og tilbydere, er tabellen for enkelthets skyld basert kun på minuttprisen for abonnement uten månedsavgift. Beregninger for en rekke ulike forbruksmønstre viser imidlertid at prisbildet i tabellen i stor grad er representativt, også for abonnement med månedsavgift. Konkurransetilsynet oppfatter det samtidig slik at Telenors konkurrenter i større grad enn Telenor har sine kunder på "frisurf-abonnement" i dette markedet.⁴⁵ Prisforskjellene kan virke marginale i absolutte priser, men relativt sett er de betydelige.

Tabell 1: Prisoversikt for oppringt Internett uten månedsavgift. Brukspriser per minutt oppkoblet. Startavgift kommer i tillegg (typisk 0,59 kr).

Tilbyder	Minuttpris	Prisforskjell
Telenor	0,15 kr	
Bgnett	0,12 kr	- 20 %
EMU Ringnett	0,12 kr	- 20 %
Freewave	0,13 kr	- 13,3 %
Halden Dataservice	0,15 kr	0

⁴³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁴⁴ Se Post- og teletilsynets "Analyse av sluttbrukermarkeder for offentlige telefonitjenester i fastnett" av 4. juli 2003 punkt 13.59 (side 60).

⁴⁵ Se meldingen side 25.

Start Network	0,15 kr	0
Tele2	0,14 kr	- 6,7 %
Tiscali	0,13 kr	- 13,3 %

Oppsummering

Telenors markedsandel på [...] ⁴⁶ prosent i markedet for oppringt Internett er en klar indikasjon på at konkurransen er vesentlig begrenset. Det faktum at markedsandelen har vært relativt stabil i mange år styrker Konkurransetilsynet i denne oppfatningen. Begrenset potensiell konkurranse taler også for at Telenor har vesentlig markedsrett, og Konkurransetilsynet finner etter en samlet vurdering at konkurransen i markedet for oppringt Internett er vesentlig begrenset.

4.1.2 Grossistmarkedene

Markedet for operatøraksess

Som eier av det kobberbaserte aksessnettet har Telenor en markedsandel på 100 prosent i markedet for operatøraksess.

I prinsippet er det mulig å etablere et alternativt kobberaksessnett parallelt med Telenors nett, men i praksis vil en slik duplisering være så tids- og ressurskrevende at man kan se bort fra muligheten.

Selv om markedet for operatøraksess er teknologispesifikt, er det verd å bemerke at det i økende grad etableres aksessnett parallelt med Telenors kobberaksess. Dette kan være kabelnett oppgradert for bredbånd, eller fiber- og radionett. Per i dag eksisterer det imidlertid ikke et grossisttilbud basert på slike alternative aksessnett.

Regelverket om elektronisk kommunikasjon pålegger Telenor å gi full og delt tilgang til aksessnettet til en kostnadsorientert pris. Dette legger en viktig føring på Telenors mulighet til å utøve markedsrett i markedet for operatøraksess. I varselet la Konkurransetilsynets til grunn at denne reguleringen ikke kunne være avgjørende for vurderingen av om konkurransen er vesentlig begrenset i markedene for operatøraksess. Telenor hevder i *tilsvaret* at "prisreguleringen gjør det helt umulig for Telenor å ta priser som ligger vesentlig over grensekostnad, da dette vil være i strid med regelverket og ikke aksepteres av Post- og teletilsynet." Konkurransetilsynet konkluderer nedenfor (se punkt 4.2.2) med at foretakssammenslutningen ikke vil forsterke konkurransebegrensningen i markedet for operatøraksess. Konkurransetilsynet har derfor ikke funnet det nødvendig å vurdere nærmere om Telenors markedsrett er vesentlig.

Markedet for bredbåndsaksess

Tilbyderne av bredbåndsaksess er Telenor, Catch/BlueCom og NextGenTel. De to sistnevnte kjøper operatøraksess av Telenor og setter opp egen infrastruktur for slik å kunne selge bredbåndsaksess i både grossist- og sluttbrukermarkedet.

Målt ved antall aksesser anslår Konkurransetilsynet at Telenor har en markedsandel på i overkant av [...] prosent. Målt som andel av omsetningen anslås Telenors markedsandel til å være mellom [...] og [...] prosent. Forskjellen mellom Telenors omsetning målt som andel av aksesser og omsetning, skyldes ifølge Telenor at Catch selger mer verdiøkte produkter enn Telenor. ⁴⁷

⁴⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁴⁷ Markedsdata er beregnet på grunnlag av tall i meldingen samt opplysninger tilsynet har fått i møter med ulike markedsaktører. Tallene er unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Konkurransetilsynet har ikke funnet det nødvendig for konklusjonen å ta stilling om tilbydernes internomsetning bør inkluderes ved beregningen av markedsandelene.

Etableringshindringer/potensiell konkurranse

En tilbyder i markedet for bredbåndsaksess må enten eie sitt eget aksessnett, eller basere seg på kjøp av operatøraksess.

Kabelnettet blir i stadig større grad oppgradert for bredbåndsaksess. Etter hva Konkurransetilsynet kjenner til, blir imidlertid ikke kabelaksess tilbudt i grossistmarkedet i dag.

Det finnes også andre aksessformer med ulik grad av geografisk dekning. Bruken av fiberaksess og radioaksess har fått en viss utbredelse de siste årene, og andre aktører enn Telenor har nå lagt til sammen [...] ⁴⁸ km med fiber med ca. [...] ⁴⁹ aksesstilknytninger. Sammenlignet med Telenors kobbernett, som strekker seg over til sammen 16,5 millioner kilometer, blir dette imidlertid lite. ⁵⁰ Konkurransetilsynet kjenner heller ikke til at det per i dag eksisterer et grossisttilbud basert på fiber eller radioaksess.

Å investere i et nytt aksessnett, om enn bare lokalt, innebærer en investeringsrisiko. Dersom man ikke lykkes i konkurransen med tilbydere som benytter andre nett (særlig kobberaksess), kan man neppe forvente å kunne selge nettet til en kostnadsbasert pris. I Teleavisens bredbåndsprognose er det imidlertid antatt at det vil være til sammen 200 000 aksesser realisert over fiber- eller trådløse nett i begynnelsen av 2007. ⁵¹ Konkurransetilsynet vurderer dette estimatet som usikkert, men legger til grunn at utbyggingen av alternative aksessnett vil kunne være en kilde til økt konkurranse i grossistmarkedet for bredbåndsaksess. Konkurransetilsynet bemerker at ingen av de eksisterende fiberoperatørene synes å ha etablert et tilbud i grossistmarkedet, og hvilken betydning andre aksessnett faktisk vil få for konkurransen i grossistmarkedet er usikkert.

Telenor anfører i tilsvaret at WiMax-lisensene som ble auksjonert bort i desember 2004 til blant annet Catch, NextGenTel og UPC m.fl., vil gi økt konkurranse i markedet for bredbåndsaksess. På bakgrunn av de undersøkelser Konkurransetilsynet har gjort, synes det høyst uklart når og i hvilket omfang utbyggingen av WiMax vil skje. ⁵² Der WiMax realiseres, er det videre uklart om dette vil innebære et konkurransedyktig tilbud i grossistmarkedet. Konkurransetilsynet har derfor ikke funnet grunnlag for å anta at WiMax-radioaksess vil bli en vesentlig kilde til økt konkurranse i markedet for bredbåndsaksess de nærmeste årene.

En aktør som ønsker å tilby bredbåndsaksess i grossistmarkedet, kan også basere seg på kjøp av operatøraksess. Dette innebærer en mindre investeringsrisiko enn etableringen av et eget aksessnett. Tilbydere av bredbåndsaksess som baserer seg på å kjøpe operatøraksess fra Telenor, løper imidlertid en risiko ved at deres største konkurrent, Telenor, kontrollerer kobberlinjen (aksesslinjen) som er en nødvendig innsatsfaktor. Så langt har imidlertid tilgangen til denne innsatsfaktoren vært underlagt en kostnadsorientert prisregulering, men forventninger om regulatoriske endringer i både markedet for operatøraksess og markedet for bredbåndsaksess kan påvirke sannsynligheten for nyetableringer. I sine analyser konkluderer imidlertid Post- og

⁴⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁴⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁵⁰ Se www.jara.no.

⁵¹ Se www.teleavisen.no, bredbåndsprognose av 8. desember 2004

⁵² Teleavisen anslår 45000 radioaksesser per 1. januar 2007 i sin prognose av 8. desember 2004.

Konkurransetilsynet antar en WiMax-utbyggingen vil starte i løpet av 2005 og skyte fart i 2006.

Konkurransetilsynet bemerker at også Telenor har fått WiMax-frekvensblokker i hele landet.



teletilsynet med at forventninger om fremtidige reguleringer ikke synes å utgjøre noen "særlig" etableringshindring i markedet for operatøraksess.⁵³

Telenor påpeker i tilsvaret at prisene på "det tekniske utstyret som trengs for å kunne etablere seg i dette markedet har gått betydelig ned de senere år. Dette innebærer at etableringskostnadene er mye lavere enn for få år tilbake." Konkurransetilsynet er enig med Telenor i at lavere kostnader på teknisk utstyr har redusert etableringshindringene for aktører som ønsker å etablere seg på operatøraksess. Konkurransetilsynet antar at fremveksten av flere aktører på operatøraksess vil kunne lede til økt tilbud og konkurranse i grossistmarkedet for bredbåndsaksess de neste årene. I hvilken grad dette faktisk vil bli tilfellet, er imidlertid uklart. Konkurransetilsynet bemerker at lokale operatører som baserer seg på operatøraksess per i dag ikke synes å ha etablert et tilbud i grossistmarkedet for bredbåndsaksess.

Telenor anfører i tilsvaret at Konkurransetilsynet synes å se bort i fra at det ikke er nødvendig å etablere alternativ infrastruktur i hele landet for å operere som tilbyder i markedet for bredbåndsaksess. Det går eksplisitt fram av varselet at tilsynet også har vurdert muligheten for å etablere lokale aksessnett.

Samlet sett finner Konkurransetilsynet at økt utbygging av alternative aksessnett og operatøraksess vil muligjøre noe økt konkurranse i de neste årene.

Kjøpermakt

De tre største kundene til Telenor er ifølge meldingens punkt 7.2.4 Tele2, Tiscali og Bluecom (kjøpt opp av Catch i juni 2004) med kjøperandeler på henholdsvis [...] prosent, [...] prosent og [...] prosent (målt ved antall aksesser).⁵⁴ Tallene kan indikere at det foreligger forhandlingsstyrke på kjøpersiden. Ettersom Telenor selv er til stede med et landsdekkende distribusjonsapparat i sluttbrukermarkedet, er det imidlertid neppe grunnlag for å hevde at kjøpersiden har forhandlingsstyrke som begrenser Telenors mulighet til å utøve markedsrett. Dersom videreselgerne ikke aksepterer Telenors vilkår, vil Telenor kunne tilby aksesser direkte til sluttbruker gjennom sitt eget distribusjonsapparat. På denne måten forsterkes Telenors mulighet til å utøve markedsrett.

I tilsvaret synes Telenor å avvise at Telenors tilstedeværelse i sluttbrukermarkedet er av betydning for vurderingen av om Telenor har markedsrett i grossistmarkedet for bredbåndsaksess. Telenor anfører at "dersom Telenors betingelser i markedet for bredbåndsaksess ikke er tilstrekkelig attraktive, vil kundene gis incentiver til å gå over til operatøraksess, enten ved egen utbygging eller ved å kjøpe videresalgprodukter fra aktører som allerede har etablert infrastruktur basert på operatøraksess"

Konkurransetilsynet fastholder at Telenors forhandlingsposisjon påvirkes av at selskapet har sitt eget distribusjonsapparat og derfor ikke er avhengig av videreselgerne som distributører. Konkurransetilsynet er enig i at det prisregulerte produktet operatøraksess vil legge visse føringer på Telenors markedsrett i markedet for bredbåndsaksess, men det er viktig å ta i betraktning at investeringsbeslutningen knyttet til operatøraksess også vil være betinget av andre faktorer enn prisen på videresalgprodukter i grossistmarkedet for bredbåndsaksess. Særlig er det grunn til å peke på at operatøraksess krever en viss kundemasse knyttet til telesentralen hvor operatøraksessen etableres. En slik kundemasse er nødvendig for å forsvare de faste kostnadene ved å etablere infrastrukturen. Det er altså ikke slik at en videreselger uten videre kan gå over til operatøraksess dersom prisene i markedet vurderes som ufordelaktige. I tillegg svekkes videreselgerens forhandlingskort av at Telenor, som den vesentlige tilbyderen i markedet, vil ha

⁵³ Se Post- og teletilsynets høring om markedene for LLUB og bredbåndsaksess, punkt 202.

⁵⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2



kunnskap om videreselgernes kundestruktur. Telenor vil m.a.o. ha kunnskap om en viktig variabel i videreselgerens investeringsbeslutning. Når det gjelder muligheten for å kjøpe bredbåndsaksess av andre aktører, finnes det i dag bare to konkurrenter, Catch og NextGentel, som begge har vesentlig lavere dekningsgrad og kapasitet enn Telenor.

Betydningen av prisreduksjoner de tre siste årene

Telenor anfører at prisreduksjoner i markedet for bredbåndsaksess (figur 3 i tilsvaret) viser at konkurransen fungerer og at Telenor "ikke kan sette prisen på bredbåndsaksess uavhengig av den underliggende kostnadsutvikling." De tre siste årene har prisen på sentrale infrastrukturkomponenter gått betydelig ned. Ifølge Telenor selv har prisen på DSLAMer og linjekort gått ned med over 50 % i denne perioden. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er dette en viktig del av forklaringen på prisreduksjonene i markedet for bredbåndsaksess. Konkurransetilsynet finner derfor at prisnedgangen bare i begrenset grad kan forklares som et utslag av en konkurranseprosess.

Oppsummering

Konkurransetilsynet finner etter en samlet vurdering at konkurransen i markedet for bredbåndsaksess er vesentlig begrenset.

Markedet for overføringskapasitet transport

Konkurransetilsynet har ingen presise data for markedsandeler i markedet for overføringskapasitet for transport. Konkurransetilsynet tar derfor utgangspunkt i de markedsdata som presenteres i Post- og teletilsynets høring om markedene for overføringskapasitet. For å beregne markedsandeler har Post- og teletilsynet innhentet informasjon fra aktørene om hvor stor del av grossistomsetningen for leide samband som er knyttet til hastigheter t.o.m 2 Mbits, og hvor stor del av omsetningen som er knyttet til samband med hastighet over 2 Mbits. Disse tallene viser at Telenor har 64 prosent og BaneTele 29 prosent av grossistomsetningen for samband med hastighet over 2 Mbits. Post- og teletilsynet legger videre til grunn en antakelse om at samband i hastighetsklasser over 2 Mbits "for en stor del" er transport og bruker på denne bakgrunn Telenors markedsandel for samband med hastighet over 2 Mbits som indikator på Telenors markedsandel i markedet for overføringskapasitet transport.

Post- og teletilsynet har også foretatt beregninger på grunnlag av kunnskap om at Telenor i 2002 hadde en markedsandel på 85 prosent av det totale grossistmarkedet for overføringskapasitet, samt opplysninger fra Telenor om at aksesssamband utgjorde 19 prosent og transportsamband 81 prosent av Telenors totale omsetning for digitale leide samband. Dette indikerer at Telenors markedsandel må ligge på over 70 prosent i markedet for overføringskapasitet for transport.

På bakgrunn av de vurderinger Post- og teletilsynet foretar av ulike etableringshindringer i analysen av markedene for overføringskapasitet, legger Konkurransetilsynet til grunn at det foreligger visse etableringshindringer, særlig knyttet til de ujenkallelige investeringer en nykommer vil måtte foreta.

Konkurransetilsynet har ikke grunnlag for å anta at det finnes enkeltkunder/grupper av enkeltkunder som kjøper tilstrekkelig store volum til at de kan oppnå forhandlingsstyrke som vil kunne motvirke Telenors eventuelle markedsrett.

Post- og teletilsynet legger til grunn at Telenor har sterk markedsstilling i markedet for leide samband transport, og Konkurransetilsynet legger etter en samlet vurdering til grunn at konkurransen i markedet for overføringskapasitet for transport er vesentlig begrenset.

4.2 Konkurransesituasjonen etter ervervet

Under punkt 4.1 konkluderte Konkurransetilsynet med at konkurransen var vesentlig begrenset i de relevante markeder.⁵⁵ Vurderingstemaet blir derfor om foretakssammenslutningen vil forsterke den vesentlige konkurransebegrensningen.

4.2.1 Virkninger i sluttbrukermarkedene

Telenors erverv av Tiscali er et erverv av en eksisterende konkurrent og medfører en økning i Telenors markedsandeler fra 52,5 prosent til 56,2 prosent i markedet for bredbånd privatprodukter, og en økning fra [...] prosent til [...] prosent i markedet for oppringt Internett. Disse tallene er basert på Post- og teletilsynets markedsdata for annet halvår 2004. Per mars 2005 har Telenors markedsandel økt noe og Tiscalis markedsandel sunket noe i forhold til dette. Telenors erverv av Tiscali innebærer i tillegg en marginal økning (under en prosent) av Telenors markedsandel i markedet for bredbånd bedriftsprodukter.

Telenor hevder i meldingen og tilsvaret at de konkurransemessige virkningene av ervervet vil være meget begrenset. Telenor hevder særlig at økningen i markedsandeler blir helt marginal når ervervet vurderes i et dynamisk perspektiv, se for eksempel tilsvarets punkt 4.2.1.2 hvor det argumenteres med at Tiscalis *nåværende* kundemasse vil utgjøre [...] prosent av den totale kundemassen om tre til fem år. Konkurransetilsynet må rimeligvis anta at Tiscali langt på vei vil kunne vinne en forholdsmessig del av kundetilfanget i bredbåndsmarkedet og dermed beholde sin markedsposisjon som den sjette største tilbyderer i markedet for bredbånd privatprodukter og den tredje største tilbyderer i markedet for oppringt Internett. Konkurransetilsynet mener at Telenors erverv av en så vidt stor og etablert aktør som Tiscali vil redusere konkurransepresset og forsterke Telenors incitament til å utøve markedsrett i markeder hvor konkurransen allerede er vesentlig begrenset.

Telenors overtagelse av Tiscalis 22000 kunder⁵⁸ på oppringt Internett vil ikke bare svekke konkurransen i markedet for oppringt Internett, men på noe lengre sikt også kunne svekke konkurransen i sluttbrukermarkedene for bredbånd. Dette har sammenheng med at mange av kundene i markedet for oppringt Internett etterhvert må antas å gå over til kjøp av bredbånd. Med overtagelsen av Tiscalis kunder i markedet for oppringt Internett vil Telenor få et fortrinn i konkurransen om å vinne disse kundene som bredbåndskunder. Telenor innvender i tilsvaret at [...] ⁵⁹. Konkurransetilsynet finner det fortsatt naturlig å anta at sannsynligheten for å vinne en bredbåndkunde øker når det allerede foreligger et etablert kundeforhold på oppringt Internett. I tillegg viser Konkurransetilsynet til at Catch i sin høringsuttalelse (punkt 8) påpeker at muligheten for å konvertere kunder på oppringt Internett til bredbånd var en av faktorene som motiverte Catch til å by på Tiscali. I brev til Konkurransetilsynet av 22. februar 2005 presiserer imidlertid Catch at denne effekten antas å være "beskjeden," og Konkurransetilsynet har etter en samlet vurdering lagt liten vekt på migrasjonseffekten.

⁵⁵ Med unntak av markedet for operatøraksess hvor tilsynet ikke har funnet det påkrevd å ta stilling til om Telenor har vesentlig markedsrett.

⁵⁶ Tallene er unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁵⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁵⁸ På bakgrunn av opplysninger i meldingen legger tilsynet i varselet til grunn 27000 kunder på oppringt Internett. I tilsvaret oppgir Telenor at antallet er sunket til 22000 kunder.

⁵⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Konkurransetilsynet fastholder at Telenors erverv av Tiscali forsterker en allerede vesentlig konkurransebegrensning i markedene for bredbånd og oppringt Internett til sluttbrukere. Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at foretakssammenslutningen også vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for bedriftsprodukter. De konkurransemessige effektene i dette markedet er imidlertid marginale og har ikke vært avgjørende for Konkurransetilsynets konklusjoner i saken.

4.2.2 Virkninger i grossistmarkedene

Markedet for operatøraksess

Tiscali er verken konkurrent eller potensiell konkurrent av Telenor i markedet for operatøraksess. Foretakssammenslutningen har derfor bare vertikal virkning i markedet for operatøraksess. Den vertikale virkningen ligger i at Telenor overtar en av sine operatøraksesskunder. Spørsmålet må da eventuelt bli om foretakssammenslutningen gjør det vanskeligere for potensielle konkurrenter av Telenor å etablere seg i markedet for operatøraksess. Tiscalis marginale innkjøp kombinert med eksistensen av allerede høye etableringsbarrierer innebærer at det ikke er grunnlag for å hevde at konkurransebegrensningen i dette markedet forsterkes.

Markedet for bredbåndaksess

Tiscali tilbyr ikke bredbåndaksess i grossistmarkedet. I områder hvor Tiscali har etablert egen infrastruktur i form av DSLAMer, er imidlertid Tiscali en potensiell konkurrent av Telenor. Tiscali disponerer totalt [...] ⁶⁰ DSLAMer, og den horisontale effekten som ligger i at Telenor overtar en så vidt liten potensiell konkurrent er begrenset. Etter Konkurransetilsynets vurdering er imidlertid virkningen tilstrekkelig til at man kan legge til grunn at den vesentlige konkurransebegrensningen forsterkes.

Foretakssammenslutningen har videre et vertikalt aspekt ved at Tiscali forut for ervervet kjøpte ca. [...] ⁶¹ prosent av Telenors salg av bredbåndaksess. ⁶² Spørsmålet blir hvilken vekt man skal legge på fraværet av Tiscalis som potensiell kunde for Catch og fremtidige tilbyders konkurransemuligheter. Gitt markedets dynamiske natur og store tilfang av nye kunder kan det hevdes at dette momentet ikke bør tillegges stor vekt. Denne vertikale effekten er likevel tilstede og styrker Konkurransetilsynet i oppfatning av at foretakssammenslutningen vil forsterke den vesentlige konkurransebegrensningen som foreligger i grossistmarkedet for bredbåndaksess. Telenor påpeker i tilsvaret at Konkurransetilsynets varsel ikke berører den betydning Tiscalis spredte kundemasse vil ha for alternative leverandører av bredbåndaksess. Catch foretok en slik vurdering da selskapets la inn bud på Tiscali i mai 2004 og la til grunn at ca. [...] ⁶³ av Tiscalis kundemasse kunne overføres på Catchs egen infrastruktur.

Konkurransetilsynet konkluderer med foretakssammenslutningen vil forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i markedet for bredbåndaksess, men tilføyer at de konkurransebegrensende effektene i markedet for bredbåndaksess ikke har vært avgjørende for Konkurransetilsynets konklusjoner i saken.

⁶⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁶¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁶² En kjøperandel i markedet på i overkant av [...] prosent - ifølge meldingen kjøper ikke Tiscali bredbåndaksess fra Catch.

⁶³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Markedet for overføringskapasitet for transport

Tiscali er kun inne i dette markedet som kjøper og foretakssammenslutningen har derfor bare vertikal virkning i markedet for leide samband. Den vertikale virkningen er knyttet til at Telenor overtar en av etterspørerne i markedet. Tiscali kjøpte transportkapasitet for [...] ⁶⁴ millioner kroner i året, derav [...] ⁶⁵ millioner kroner fra BaneTele. Foretakssammenslutningen vil medføre at BaneTele mister sin kapasitetsleveranse til Tiscali, og dessuten vil miste muligheten til å konkurrere om fremtidige leveranser. De konkurransemessige virkningene i dette markedet blir marginale, og det er etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke grunnlag for å hevde at den vesentlige konkurransebegrensningen i markedet for overføringskapasitet for transport forsterkes.

4.2.3 Foretakssammenslutningens virkninger - sammenfatning

Konkurransetilsynet legger til grunn at foretakssammenslutningen vil forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i sluttbrukermarkedene for bredbånd og oppringt Internett. Konkurransetilsynet legger videre til grunn at foretakssammenslutningen vil forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i grossistmarkedet for bredbåndaksess. Konkurransetilsynet holder således fast ved konklusjonene i varselet.

I varselet la Konkurransetilsynet også en viss vekt på at Telenors erverv vil motvirke en markedskonsolidering blant Telenors konkurrenter i bredbåndsmarkedet og dermed øke muligheten for at Telenor vinner ytterligere markedsandeler og markedsrett i fremtiden. I tilsvaret bestrider Telenor at det er adgang til å vektlegge slik dynamiske effekter. Konkurransetilsynet fastholder at foretakssammenslutningen reduserer muligheten for effektiv markedskonsolidering og infrastrukturkonkurranse, og således kan lede til at Telenor vinner markedsandeler og markedsrett *i tillegg* til det som følger direkte med overtagelsen av Tiscalis kundemasse og infrastruktur. Som påpekt i varselet er det imidlertid vanskelig å anslå den konkurransebegrensende virkningen knyttet til dette, og Konkurransetilsynet har derfor valgt ikke å vektlegge dette momentet i den endelige vurderingen.

5. Effektiviseringsgevinster og avveining

Konkurransetilsynet skal gripe mot en foretakssammenslutning dersom den skaper eller styrker en vesentlig konkurransebegrensning *i strid med lovens formål*, se konkurranseloven § 16 første ledd. Ved vurderingen av om foretakssammenslutningen er i strid med lovens formål, foretar Konkurransetilsynet en avveining mellom konkurransebegrensende virkninger og samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Som ledd i denne avveiningen vil Konkurransetilsynet ta særlig hensyn til om foretakssammenslutningen er i samsvar med forbrukernes interesser, se konkurranseloven § 1 annet ledd.

Telenor har i meldingen anført at foretakssammenslutningen vil medføre ulike kostnadsbesparelser. Telenor har presisert flere av anførselene i telefaks av 6. desember. Telenor berører dessuten kostnadsbesparelsene i tilsvaret.

For at kostnadsbesparelsene skal være relevante i Konkurransetilsynets avveining må de ha et samfunnsøkonomisk innhold, være fusjonsspesifikke og være tilstrekkelig godt dokumenterte.

⁶⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁶⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Samfunnsøkonomisk besparelse

Vilkåret om at kostnadsbesparelsen må være samfunnsøkonomisk innebærer at det må foreligge en realøkonomisk gevinst. Med en realøkonomisk gevinst menes at en gitt mengde varer eller tjenester kan produseres med lavere ressursinnsats enn tidligere, eller at produksjonen kan økes med en gitt ressursinnsats. I tillegg kan en samfunnsøkonomisk gevinst være knyttet til en reduksjon av allerede eksisterende effektivitetstap.

Et eksempel på en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse har man der foretakssammenslutningen muliggjør stordriftsfordeler. Med stordriftsfordeler menes at gjennomsnittkostnadene synker med økende produksjon slik at det lønner seg å samle produksjonen i store enheter.

Fusjonsspesifikke gevinster

Lovens formål om effektiv ressursbruk taler videre for at kostnadsbesparelser bare er relevante dersom de er spesifikt knyttet til den konkrete foretakssammenslutningen. Dette formuleres gjerne som et vilkår om at kostnadsbesparelsene må være fusjonsspesifikke. Vilkåret om at gevinstene må være fusjonsspesifikke, innebærer at Konkurransetilsynet ikke vektlegger gevinster som med *sannsynlighet* vil bli realisert også uten ervervet.

Vilkåret om fusjonsspesifisitet innebærer for det første at Konkurransetilsynet må vurdere om partene vil kunne realisere de anførte gevinstene gjennom et mindre konkurransebegrensende samarbeid som for eksempel et fellesforetak. Dersom en alternativ samarbeidsform fremstår som et realistisk og sannsynlig alternativ til foretakssammenslutningen, vil ikke effektivitetsgevinstene regnes som fusjonsspesifikke.

Vilkåret om fusjonsspesifisitet innebærer for det andre at Konkurransetilsynet må vurdere om partene med sannsynlighet vil realisere gevinstene i samarbeid med andre aktører dersom foretakssammenslutningen ikke finner sted. Dette alternativet er særlig aktuelt i den foreliggende saken. Tiscali AS ble lagt ut for salg våren 2004 etter at Tiscali International hadde foretatt en *"strategisk vurdering blant annet hensyntatt vekspotensial."*⁶⁶ Konkurransetilsynet er kjent med at flere selskaper var interessert i Tiscali, men at Catch og Telenor var de eneste som la inn bud. Dette har rimeligvis sammenheng med at disse to selskapene i kraft av stordriftsfordeler og egen infrastruktur kan realisere større synergier enn andre selskaper, og derfor hadde en særlig interesse av å erverve Tiscali. I et marked hvor samtlige markedsaktører understreker behovet for å realisere stordriftsfordeler, synes det naturlig å legge til grunn at flere selskaper fortsatt er interessert i Tiscali *"bare prisen er riktig."*⁶⁷ Etter Konkurransetilsynets vurdering er derfor ikke det *sannsynlige* alternativet til Telenors erverv at Tiscali drives videre som eget selskap, men at Tiscali integreres i virksomheten til en annen internettleverandør.

Konkurransetilsynet ser at det er atskillig usikkerhet knyttet til *hvor store* gevinster som vil realiseres ved en alternativ integrasjon. Som i varselet finner Konkurransetilsynet det derfor naturlig å legge til grunn at de samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelsene ved Telenors erverv som utgangspunkt må regnes som fusjonsspesifikke. Usikkerheten knyttet til hvor stor del av Telenors anførte gevinster som skal regnes som fusjonsspesifikke, har ikke vært avgjørende for Konkurransetilsynets vurderinger i denne saken. Det har derfor ikke vært nødvendig for tilsynet å drøfte sannsynlige gevinster ved en alternativ integrasjon i forbindelse med hver enkelt av Telenors anførsler.

I tilsvaret hevder Telenor at det ikke er rettslig adgang til vurdere utviklingsbaner der andre aktører overtar Tiscali. Telenor hevder at *"Det som skal vurderes, er om effektivitetsgevinstene har årsakssammenheng med Telenors erverv. Det har de, siden Tiscali ikke vil kunne gjøre disse*

⁶⁶ Se meldingen side 2

⁶⁷ Se høringssvar fra Tele2

besparelsene på egen hånd.” Konkurransetilsynet er enig i at det relevante vurderingstemaet er årsakssammenhengen mellom Telenors erverv og effektivitetsgevinstene. Dette kan formuleres slik at gevinstene regnes som fusjonsspesifikke så langt som Telenors erverv er *nødvendig* for en realisering. Som vist ovenfor, er det rimelig å hevde at et mulig og sannsynlig alternativ til Telenors erverv er en delevis realisering de gevinstene Telenor anfører.

Konkurransetilsynet avviser at hensyntagen til en slik *sannsynlig* utviklingsbane vil innebære at Konkurransetilsynet påtar seg en rolle som ”*markedsmodellator*” hvor Konkurransetilsynet ”*ser hen til andre konsolideringer som Konkurransetilsynet anser mer ønskelig.*”⁶⁸ Konkurransetilsynet ser hen til hva som er *sannsynlig*, ikke til hva som måtte være *ønskelig*.

Fra tidligere praksis kan det vises til at betydningen av alternative erverv også ble vurdert av Konkurransetilsynet i Statkraft/Agder Energi (vedtak 2002/26) og Statkraft/Trondheim Energiverk (vedtak 2002/62). Konkurransetilsynet viser også til Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner⁶⁹ punkt 9 og punkt 85 hvor Kommisjonen legger til grunn at ”*I de fleste tilfælde er det mest relevant at sammenligne med de eksisterende konkurrenceforhold på fusjonstidspunktet, når man skal vurdere en fusions virkninger. Under visse omstendigheter kan Kommissionen dog tage hensyn til forventede fremtidige ændringer på markedet, som i rimelig grad kan forudsiges. Når den skal vurdere, hva der er en relevant sammenligning, kan den især tage hensyn til den sandsynlige virksomhedstilgang eller – afgang, hvis fusionen ikke gennemføres*”(punkt 9). Konkurransetilsynets vurderinger bygger nettopp på en slik hensyntagen til forventede fremtidige endringer som med rimelig grad kan forutsies.

Dokumentasjon

Konkurransetilsynet vektlegger bare kostnadsbesparelser som er klart og presist beskrevet av partene. Ubegrunnede anslag eller generelle påstander om mulige synergieffekter vil ikke bli vektlagt.

5.1 Telenors anførsler

[...]⁷⁰

Konkurransetilsynet finner det hensiktsmessig å skille mellom besparelser som knytter seg til kundeservice, og besparelser som knytter seg til Tiscalis organisasjon for øvrig.

[...]⁷¹

Konkurransetilsynet legger til grunn at det foreligger en samfunnsøkonomisk besparelse så langt Telenor vil kunne yte like god eller bedre kundeservice til Tiscalis kunder med færre ansatte. I telefaksen av 6. desember redegjør Telenor nærmere for hva som ligger i ”marginal” bemanningsøkning, og tallfester kostnadsbesparelsen til [...] ⁷² millioner kroner per år. Det er uklart for Konkurransetilsynet om Telenor tilbyr kundeservice av mer begrenset omfang enn Tiscali, men Konkurransetilsynet legger til grunn [...] ⁷³ millioner kroner per år som et usikkert øvre anslag på hvor store samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser som kan realiseres ved at Telenor overtar kundeservicen for Tiscalis kunder.

⁶⁸ Se tilsvarets punkt 5 og 6

⁶⁹ Se Retningslinjer for vurdering af horisontale fusjoner efter Rådets forordning om kontrol med fusjoner og virksomhetsovertagelser (danske versjon) som gjengitt i EF-Tidende 2004 C 31/03.

⁷⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

[...]⁷⁴

Selv om usikkerheten knyttet til hvilke kostnadsbesparelser som kan og vil realiseres er betydelig, legger Konkurransetilsynet derfor til grunn at Telenor kan realisere samfunnsøkonomiske besparelser ved at Tiscalis ledelse, administrasjon, produkt- og salgsavdeling i stor grad blir overflødig ved en integrasjon. Dette innebærer imidlertid ikke, slik Telenor legger til grunn i *tilsvarets* punkt 6.2.1, at Telenors anførte besparelser på områdene salg/marked/produkt, teknisk og produksjon legges til grunn fullt ut av Konkurransetilsynet.⁷⁵ Konkurransetilsynet finner det ikke sannsynlig at Telenor kan opprettholde Tiscalis tjenesteproduksjon fullt ut, uten noen av disse årsverkene. På bakgrunn av ovennevnte fastholder Konkurransetilsynet at [...]⁷⁶ millioner kroner er et øvre anslag for hvor store årlige samfunnsøkonomiske besparelser som samlet kan realiseres som følge av redusert bemanning.

Terminering av Tiscalis stamnett

Telenor anfører at det vil foreligge en samfunnsøkonomisk besparelse på [...]⁷⁷ millioner kroner per år ved at "stamnettet i Tiscali termineres." Konkurransetilsynet forstår anførselen slik at den samfunnsøkonomiske besparelsen består i at trafikk som i dag transporteres i BaneTeles transportnett, vil overføres til Telenors nett. Konkurransetilsynet har vanskelig for å se det samfunnsøkonomiske elementet i en slik besparelse. Vurderingstemaet må være om foretaks-sammenslutningen *totalt sett* frigjør kapasitet i transportnettene, noe som ikke vil være tilfellet når trafikk overføres fra et nett til et annet. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det ikke vil foreligge en samfunnsøkonomisk besparelse ved at Tiscalis stamnett termineres.

Kapasitets- og serviceavtale med Tiscali International

Telenor anfører at Tiscali AS har inngått service- og kapasitetsavtaler med Tiscali International som kan sies opp ved en fullstendig integrasjon mellom Telenor og Tiscali. Dette skyldes at Tiscalis behov da vil kunne dekkes ved å benytte ledig kapasitet i Telenors internasjonale nett. Konkurransetilsynet legger til grunn at Telenor kan oppnå en årlig samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse lik [...]⁷⁸ millioner kroner ved å overføre trafikk til Telenors internasjonale nett.

Leie av kontorlokaler

Tiscali leier i dag kontorlokaler på Skøyen. Telenor anfører at dette er lokaler som Telenor ikke vil ha behov for. Konkurransetilsynet ser anførselen i sammenheng med Telenors anførsler om redusert behov for personell og legger til grunn at det foreligger en samfunnsøkonomisk besparelse så langt foretaksammenslutningen medfører redusert behov for kontorlokaler. Telenor redegjør nærmere for denne besparelsen i brevet av 6. desember, og Konkurransetilsynet legger til grunn at foretakssammenslutningen vil kunne muliggjøre en besparelse oppad begrenset til [...]⁷⁹ millioner kroner per år.

Reklame og markedsføringskostnader

Tiscali har et markedsføringsbudsjett på [...]⁸⁰ millioner kroner for 2004. Telenor anfører at foretakssammenslutningen ikke vil innebære at Telenor får økte reklame- og markedsføringskostnader. Konkurransetilsynet forstår dette som en anførsel om at foretakssammenslutningen vil gi en samfunnsøkonomisk besparelse på [...]⁸¹ millioner kroner per år.

⁷⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷⁵ Telenors anførsler i faksen av 6. desember besparelser på $5,5 + 7,4 + 4,0 = 16,9$ millioner kroner årlig.

⁷⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

I varselet legger Konkurransetilsynet til grunn at reduserte kostnader ved markedsføring bare kan legges til grunn såfremt det er tale om reduksjoner i kostnader knyttet til såkalt spekulativ markedsføring, dvs. markedsføring som bare skal påvirke etterspørernes valg. Det er vanskelig å vurdere om en viss type markedsføring er spekulative, og dersom den *ikke* er det, hvor stor samfunnsøkonomisk verdi den aktuelle informasjonen har. På denne bakgrunn brukte Konkurransetilsynet et forsiktig anslag på den samfunnsøkonomiske verdien av reduserte utgifter til markedsføring. Telenor fastholder i tilsvaret at bortfallet av Tiscalis reklame og markedsføringsutgifter i sin helhet må betraktes som en samfunnsøkonomisk gevinst, dvs. at markedsføringen er helt uten informativ verdi. Telenor viser også til retningslinjene til § 3-11 i konkurranseloven av 1993 hvor reduserte utgifter til markedsføring er nevnt som et eksempel på en rasjonaliseringsgevinst.

Selv om reduserte utgifter til markedsføring er en kilde til rasjonaliseringsgevinster, er ikke dette ensbetydende med at slike besparelser uten videre skal betraktes som *samfunnsøkonomiske* kostnadsbesparelser i sin helhet. Etter nærmere vurderinger har imidlertid Konkurransetilsynet kommet til at de samfunnsøkonomiske gevinstene knyttet til bortfallet av Tiscalis markedsføringsbudsjett antagelig er en del høyere enn det som ble lagt til grunn i varselet, dog ikke så høye som Telenor anfører.

Andre besparelser

I Telenors brev av 6. desember går det også frem under punkt 6 at Telenor regner med en besparelse på [...] ⁸² millioner kroner knyttet til "forsikringer, profesjonell service, tap på fordringer, inventar og administrasjon, porto etc." I varselet legger Konkurransetilsynet til grunn at dette ikke er dokumentert som samfunnsøkonomisk besparelser. Telenor fastholder anførselen i tilsvarets punkt 6.2.5 og viser til at disse [...] ⁸³ millioner kronene utgjør [...] ⁸⁴ av diverse driftskostnader som per i dag påløper for Tiscali. Det er fortsatt uklart for Konkurransetilsynet i hvilken grad dette kan betraktes som samfunnsøkonomiske besparelser, men Konkurransetilsynet finner det rimelig å legge til grunn at en viss andel av denne besparelsen er av samfunnsøkonomisk karakter. Konkurransetilsynet har skjønsmessig anslått denne andelen til halvparten av den bedriftsøkonomiske besparelsen, dvs. [...] ⁸⁵ millioner kroner.

Relevante gevinster – oppsummering

Konkurransetilsynet legger til grunn at foretakssammenslutningen mellom Telenor og Tiscali vil kunne gi samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser. Den største kostnadsbesparelsen knytter seg til at foretakssammenslutningen vil frigjøre årsverk i Tiscalis administrasjon, ledelse, salgs- og produktavdeling. Konkurransetilsynet legger i tillegg til grunn at foretakssammenslutningen også vil muliggjøre en viss effektivisering i kundeservice. Samlet antar Konkurransetilsynet at disse vil muliggjøre en samfunnsøkonomisk besparelse oppad begrenset til ca. [...] ⁸⁶ millioner kroner årlig. På dette punkt holder Konkurransetilsynet fast ved de vurderinger som ble gjort i varselet.

I tillegg til reduksjoner i personalutgifter legger Konkurransetilsynet til grunn at foretakssammenslutningen vil kunne gi en samfunnsøkonomisk besparelse i form av redusert behov for kontorlokaler begrenset oppad til [...] ⁸⁷ millioner kroner per år. Også dette er i samsvar med vurderingene som ligger til grunn i varselet.

⁸² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at foretakssammenslutningen vil gi besparelser knyttet til reduserte utgifter til markedsføring. Det samfunnsøkonomiske elementet ved denne besparelsen er vanskelig å anslå, men Konkurransetilsynet legger til grunn at det er tale om en større besparelse enn det som ble lagt til grunn i varselet.

Konkurransetilsynet legger også til grunn at foretakssammenslutningen vil gi en årlig samfunnsøkonomisk besparelse på [...] ⁸⁸ millioner kroner ved at Tiscalis kunder kan benytte ledig kapasitet i Telenors internasjonale nett.

Til slutt har Konkurransetilsynet skjønsmessig lagt til grunn en samfunnsøkonomisk besparelse på [...] ⁸⁹ millioner kroner årlig knyttet til diverse utgiftsreduksjoner som Telenor mener er forbundet med ervervet.

Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at foretakssammenslutningen vil *muliggjøre* samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser begrenset oppad til mellom [...] ⁹⁰ millioner kroner årlig.

5.2 Avveining

Konkurransetilsynet har konkludert med at foretakssammenslutningen vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i sluttbrukermarkedene for bredbånd, i sluttbrukermarkedet for oppringt Internett og i grossistmarkedet for bredbåndsaksess. Det er de konkurransemessige virkningene i markedene for bredbånd privatprodukter og oppringt Internett som har vært avgjørende for Konkurransetilsynets vurderinger i denne saken.

Konkurransetilsynet finner det imidlertid også sannsynliggjort at foretakssammenslutningen mellom Telenor og Tiscali vil *muliggjøre* en samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelse i størrelsesorden [...] ⁹¹ millioner kroner. Dette er noe høyere enn det som ble lagt til grunn i varselet. Det er imidlertid usikkert både hvor stor andel av en slik besparelse som skal regnes som fusjonsspesifikk, og hvor stor andel som *faktisk* vil bli realisert av Telenor.

I avveiningen mellom samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster og konkurransebegrensende effekter, har Konkurransetilsynet tatt i betraktning at ervervet innebærer en relativt beskjeden økning i Telenors markedsandeler. Konkurransetilsynet har også tatt i betraktning at markedet for bredbånd privatprodukter er i rask vekst og at dette vil kunne ha betydning for Telenors mulighet og incitament til å utøve markedsrett. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil imidlertid bortfallet av en relativt sett stor og etablert konkurrent som Tiscali ha konkurransebegrensende virkninger med negative følger for prisutvikling og servicenivå i markedene for bredbånd privatprodukter og oppringt Internett.

For å vise at foretakssammenslutningen *ikke* er i strid med lovens formål har Telenor foretatt modellberegninger som, gitt nærmere forutsetninger, skal vise forholdet mellom samfunnsøkonomiske gevinster og tap ved ulike prisøkninger som følge av foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet bemerker at det generelt hersker stor usikkerhet ved beregninger av hvordan konkrete foretakssammenslutninger vil påvirke det samfunnsøkonomiske overskuddet. Også i denne saken hersker det atskillig usikkerhet knyttet til størrelsesorden på både gevinster og tap.

⁸⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Konkurranselovens formålsbestemmelse fastslår at "det skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser ved anvendelsen av konkurranseloven," se konkurranseloven § 1 annet ledd. Ved vurderingen av om foretakssammenslutninger er i strid med lovens formål, vil Konkurransetilsynet derfor måtte vektlegge forbrukernes interesser. I tilfeller hvor det er uklart om foretakssammenslutningen vil bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser vil hensynet til forbrukernes interesser bli et særlig viktig vurderingstema. I den foreliggende saken har Konkurransetilsynet lagt vekt på at foretakssammenslutningens konkurransebegrensende virkninger først og fremst finner sted i markeder hvor forbrukernes interesser er direkte berørt, og etter Konkurransetilsynets oppfatning er det usikkert om de relevante kostnadsbesparelsene vil komme norske forbrukere til gode. Konkurransetilsynet konkluderer på denne bakgrunn med at foretakssammenslutningen er i strid med konkurranselovens formål.

6. Forholdsmessighet og avhjelpende tiltak

Konkurransetilsynet finner at foretakssammenslutningen mellom Telenor og Tiscali vil forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i strid med konkurranselovens formål. Konkurransetilsynet skal da gripe inn mot foretakssammenslutningen, se konkurranseloven § 16 første ledd. Etter konkurranseloven § 16 tredje ledd kan inngrep etter første ledd omfatte forbud, påbud og tillatelser på vilkår. Konkurransetilsynets kompetanse etter § 16 tredje ledd må forstås i lys av det generelle forholdsmessighetsprinsippet som gjelder i norsk forvaltningsrett. Forholdsmessighetsprinsippet krever for det første at vedtaket ikke må gå lengre enn det som er nødvendig for å fremme formålet med vedtaket. I den foreliggende saken er formålet med vedtaket å hindre at en vesentlig konkurransebegrensning forsterkes i strid med konkurranselovens formål. Forholdsmessighetsprinsippet krever for det andre at den ulempe som påføres den private part, ikke er uforholdsmessig i lys av det som søkes oppnådd med vedtaket.

I den foreliggende sak la Telenor frem forslag til avhjelpende tiltak den 4. februar d.å. Forslaget innebærer at Telenor tilbyr å selge Tiscalis dial-up-base⁹² innen en rimelig tidsfrist. Konkurransetilsynet må på denne bakgrunn vurdere om salget av dial-up-basen vil være tilstrekkelig for å legge til grunn at det ikke skapes eller styrkes en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med konkurranselovens formål.

Telenors forslag til avhjelpende tiltak fjerner de konkurransebegrensende virkningene i markedet for oppringt Internett. Dette er et av de to markedene som har gitt Konkurransetilsynet grunnlag for å konkludere med at foretakssammenslutningen vil forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i strid med lovens formål. Målt etter omsetning er imidlertid markedet for oppringt Internett mindre enn markedet for bredbånd privatprodukter. Markedet for oppringt Internett er dessuten i tilbakegang.

Konkurransetilsynet har på den annen side lagt vekt på at foretakssammenslutningen muliggjør relativt store effektivitetsgevinster og har funnet det rimelig å anta, som Telenor anfører i brevet av 4. februar, at størsteparten av disse effektivitetsgevinstene vil la seg realisere selv om Telenor selger dial-up basen til en annen aktør. I tillegg har Konkurransetilsynet mottatt klare og skriftlige forsikringer fra Telenor om at Telenor ikke vil foreta meldepliktige erverv av tilsvarende virksomhet som Tiscali i en periode på to år regnet fra vedtaksdato. Konkurransetilsynet har derfor under tvil kommet til at et pålegg om salg av dial-up-basen vil være et tilstrekkelig vilkår i den foreliggende saken.

⁹² Med "dial-up-basen" menes Tiscalis kontrakter med oppringt-Internett kunder.

7. Konklusjon og vedtak

Konkurransetilsynet har konkludert med at foretakssammenslutningen mellom Telenor Telecom Solutions AS og Tiscali AS vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med konkurranselovens formål. På bakgrunn av forslag til avhjelpende tiltak lagt frem av Telenor i brev av 4. februar d.å. samt skriftlige forsikringer om fremtidig markedsatferd treffer Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 16 følgende vedtak:

1. Telenor Telecom Solutions AS erverv av Tiscali AS tillates på vilkår av at Tiscalis dial-up-base avhendes til en aktør utenfor Telenorkonsernets kontroll. Endelig avtale mellom Telenor og kjøper må være inngått innen [...] ⁹³ måneder regnet fra vedtakets ikrafttredelse.
2. Vedtaket trer i kraft fra dags dato.

Det fremgår av konkurranseloven § 20 fjerde ledd første punktum at partene har 15 virkedager til å påklage Konkurransetilsynets vedtak om inngrep. En eventuell klage stiles til Moderniseringsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet skal bringe klagen inn for departementet senest 15 virkedager etter at den er mottatt. Departementet må treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. Det vises til vedlagte skjema om klageadgang.

Med hilsen

Knut Eggum Johansen
Konkurransedirektør

Jostein Skaar
avdelingsdirektør

Vedlegg:

1. Markedsdata for sluttbrukermarkedene
2. "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak"

⁹³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

