



DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

DLA Piper Norway DA
v/Harald Hellebust
PB 1364 Vika
0114 OSLO

Opplysninger sladdet iht.
offentleglova § 13.1, jf. fvl.
§ 13 første ledd nr. 2

Deres referanse

Vår referanse
200803552-/TMO

Dato
17. april 2009

**Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22 Opplysningen Mobil AS -
Aspiro Søk AS - konkurranseloven § 16 - inngrep mot foretakssammenslutning**

1. BAKGRUNN

Opplysningen Mobil AS (Opplysningen Mobil) inngikk 9. juli 2008 avtale med Aspiro AB om å erverve 100 prosent av aksjene i Aspiro Søk AS (Aspiro Søk). Med hjemmel i konkurranseloven¹ § 16 første ledd forbød Konkurransetilsynet 4. desember 2008 foretakssammenslutningen.

Konkurransetilsynets vedtak har følgende ordlyd:

"Foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil AS og Aspiro Søk AS forbys."

Konkurransetilsynets vedtak er tilgjengelig på internett:

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_1730/ImageVaultHandler.aspx

Vedtaket ble rettidig påklaget ved brev datert 26. desember mottatt hos Konkurransetilsynet 29. desember 2008. Tilsynet har vurdert klagen, men kommet til at den ikke fører frem. I følge konkurranseloven § 20 fjerde ledd skal Konkurransetilsynet bringe klagen inn for Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) senest 15 virkedager etter at den er mottatt. Fristen for dette var 20. januar 2009. Departementet mottok klagen 20. januar d.å. ved brev av samme dato fra tilsynet. Tilsynets vurdering er fremsett rettidig. Departementet har etter konkurranseloven § 20 fjerde ledd tredje punktum frist til 17. april d.å. for å treffe vedtak i saken.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

FAD har avholdt møter med klager og Konkurransetilsynet i forbindelse med klagebehandlingen. Departementet har også innhentet tilleggsopplysninger fra Post- og teletilsynet, samt en rekke aktører i markedet for nummeropplysning via SMS og tilgrensende markeder. Videre har departementet i brev av 2. februar 2009 innhentet opplysninger fra Konkurransetilsynet vedrørende etableringen av det nye selskapet "1888Værsågod! AS". Departementet mottok tilsynets vurderinger i brev av 12. februar 2009. I tillegg har departementet innhentet en utredning fra Norsk Telecom AS vedrørende mulig konvergens mellom markedet for nummeropplysninger via SMS og andre kanaler som Internett.²

2. OM PARTENE I FORETAKSSAMMENSLUTNINGEN

2.1 Opplysningen Mobil

Opplysningen AS er morselskapet i konsernet og eiere i Opplysningen Mobil (mobil nummeropplysning), Opplysningen Online AS (Internettbasert nummeropplysning), Opplysningen 1881 AS (personlig nummeropplysning) og Carrot Communications AS (bedriftstjenester). Opplysningen Mobil tilbyr mobile informasjonstjenester, herunder opplysningstjenester der det forespørres og besvares via SMS og WAP, samt andre mobile nettbaserte tjenester. I følge fullstendig melding er Opplysningen Mobils omsetning i 2007 oppgitt til 89,9 millioner kroner.

Departementet har i e-post av 20. januar 2009 fått opplyst at Opplysningen Mobil med virkning fra 29. desember 2008 ble innfusjonert i Opplysningen Online AS. Formålet er å samle konsernets Internett og SMS tjenester i ett selskap. Det nye selskapet har skiftet navn til Opplysningen Digitale Medier AS. Av praktiske årsaker vil klager fortsatt bli omtalt som Opplysningen Mobil i departementets vedtak.

2.2 Aspiro Søk

Aspiro Søk er et heleid datterselskap av det svenske konsernet Aspiro AB. Aspiro AB utvikler og selger mobiltjenester knyttet til underholdningsmarkedet (mobil-TV, ringetoner, spill, musikk, bilder og GPS-baserte tjenester), i tillegg til å drive nummeropplysning via SMS. Foretaket driver nummeropplysning i Norge via SMS knyttet til kortnumrene 1985 og 2100, og tilhørende Internettdomener 1985.no og 2100.no. Det opplyses i fullstendig melding at Aspiro Søk omsatte for 90,2 millioner kroner i 2007.

3. KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK

Under dette punkt gjengis hovedtrekkene i Konkurransetilsynets vedtak. For nærmere detaljer vises til tilsynets vedtak.

Tilsynet har forbudt foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil og Aspiro Søk. Tilsynet mener at konkurransen i markedet for SMS nummeropplysning i Norge

² "Nummeropplysningstjenester – Markedsutsikter for Internettbasert nummeropplysning ved bruk av håndholdte terminaler", Norsk Telecom AS 30. mars 2009.

er vesentlig begrenset. Foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil og Aspiro Søk vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for nasjonal nummeropplysning via SMS. Sammenslutningen vil føre til at markedet blir ytterligere konsentrert. Videre vil den aktøren som har sterkest insentiver til å konkurrere med Opplysningen Mobil, forsvinne. Dette øker sannsynligheten for ytterligere prisøkninger og reduserer sannsynligheten for sterkere priskonkurranse. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er dermed det primære inngrepsvilkåret etter konkurranseloven § 16 første ledd oppfylt.³ Det foreligger ikke effektivitetsgevinster ved foretakssammenslutningen, som er tilstrekkelige til å oppveie det samfunnsøkonomiske tapet som følger av konkurransebegrensningen. Det sekundære inngrepsvilkåret er således også oppfylt.⁴

Konkurransetilsynet forbyr foretakssammenslutningen. Partene har ikke fremsatt tilbud om avhjelpende tiltak. Tilsynet finner ut fra de konkurransebegrensningene foretakssammenslutningen medfører, at forbudet er forholdsmessig.

3.1 Markedsavgrensningen

3.1.1 Det relevante produktmarkedet

3.1.1.1 Nummeropplysning via SMS (SMS-søk)

Konkurransetilsynet har avgrenset det relevante produktmarkedet til nummeropplysning via SMS (SMS-søk) fra mobiltelefon. SMS-søk åpner for søk på navn, nummer og adresser til private og foretak. Kunden får automatisert hjelp til å finne ønsket kontaktinformasjon mot en pris pr. svarmelding. Sluttbrukerne har ofte mobiltelefon med seg til enhver tid, og nummeropplysningen kan mottas uavhengig av hvor vedkommende befinner seg. Det som skiller SMS-søk fra de øvrige formidlingskanalene, er at denne tjenesten også dekker behovet for nummeropplysning i situasjoner der stedsavhengige kanaler ikke er tilgjengelige.

SMS-søk karakteriseres som en brukervennlig og effektiv opplysningstjeneste. SMS som kommunikasjonsform er godt innarbeidet i sluttbrukerens vaner. I følge Opplysningen Mobil [REDACTED] er de tre viktigste årsakene til at SMS benyttes i stedet for andre kanaler, at mobilen alltid er med, at man er uten Internett-tilgang der og da, og at det er enkelt [REDACTED]

³ Konkurranseloven § 16 første ledd lyder: "Konkurransetilsynet skal 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."

⁴ Jf. note 3 ovenfor "...i strid med lovens formål."

[REDACTED]

3.1.1.2 Nummeropplysning ved manuell formidling

Manuell opplysningsvirksomhet fremstår som en tjeneste med samme brukeregenskaper og innhold som SMS-søk, men har gjennomgående en høyere pris. Dette kan skyldes kvalitetsforskjeller i form av personlig betjening, bedre søkemuligheter og tilgang til tilleggsinformasjon. Prisen kan også reflektere høyere kostnader. Manuelle søk fremstår etter tilsynets oppfatning som det nærmeste substituttet til SMS-søk.

Hvis manuelle søk tas med i det relevante produktmarkedet, får Opplysningen-konsernet en høyere markedsandel. Videre konsentreres markedet ytterligere, jf. tabell 2 i tilsynets vedtak. Årsaken er at Opplysningen 1881 AS⁶ (søsterselskapet til Opplysningen Mobil) er den største tilbyderen av manuelle søk. Det har således ikke betydning for utfallet av konkurranseanalysen om manuelle søk inkluderes. Tilsynet tar derfor ikke endelig stilling til spørsmålet om manuelt søk er en del av samme produktmarked som SMS-søk.

3.1.1.3 Nummeropplysning via Internett

Nummersøk på Internett kan utføres ved hjelp av en mobiltelefon, bærbar PC med mobiltelefon, fast Internettaksess⁷ eller med stasjonær PC over fast Internettaksess.

Nummersøk på Internett ved bruk av mobiltelefon er en stedsuavhengig og tilgjengelig tjeneste. Tjenesten er annonsefinansiert. Muligheten til å foreta Internett-søk fra mobiltelefon benyttes i liten grad. Teknologisk utvikling på sikt kan føre til at interessen for nettbruk via mobiltelefon øker. Men utviklingen har slik tilsynet ser det, ikke kommet så langt i dag at nummersøk på Internett ved bruk av mobiltelefon disiplinerer atferden til tilbyderne av nummeropplysning via SMS. Lanseringen av 3G nettverket i 2004 har heller ikke ført til en nedgang i bruken av SMS-søk. Nummersøk via WAP og installert klient er så begrenset i omfang at tjenestene ikke utøver et konkurransepress av betydning på SMS-søk. Heller ikke bruk av Internett-søk ved hjelp av bærbar PC er et tilstrekkelig nært substitutt til SMS-søk.¹⁰ Videre er ikke opplysningssøk over fast Internettaksess et tilstrekkelig nært substitutt til SMS-søk. Internett-søk over fast aksess er en stedsavhengig tjeneste med de begrensninger det medfører.

⁶ Jf. Årsrapport Opplysningen AS 2007.

⁷ Med mobil Internettaksess forstås Internettaksess over teleoperatørens mobilnett og ICE sitt nett for mobilt bredbåndaksess.

¹⁰ Jf. også Kommisjonens avgjørelse, 16. juli 2003, COMP/38.233, Wanadoo Interactive, premiss 177, og Førsteinstansrettens avgjørelse i Sak T-340/03, France Télécom SA mot Kommisjonen, 30. januar 2007 premiss 83.

3.1.1.4 Øvrige nummeropplysningskanaler

Både nummeropplysning via telefonkatalog og ved bruk av sosiale nettverk utøver etter tilsynets mening ikke et faktisk konkurransepress på tilbyderne av SMS-søk.

3.1.1.5 Særlig om etterspørreernes reaksjoner ved prisøkning

Markedsavgrensningen til SMS-søk støttes av at tilbyderne av SMS-søk ved flere anledninger synes å ha foretatt lønnsomme prisøkninger. I Opplysningen Mobils interne presentasjon "Benchmark: sms-kanalen" fra [redacted] pris-
endringer [redacted]

¹¹ Antakelsen om at markedet skal begrenses til SMS-søk styrkes ytterligere av at prisen på SMS-søk sannsynligvis ikke er fastsatt i et marked med tilstrekkelig konkurranse, ettersom prisen på SMS-søk er vesentlig høyere enn marginalkostnaden.

3.1.1.6 Tilbudssubstitusjon

Etter tilsynets oppfatning finnes det ikke leverandører pr. i dag, som ved små varige endringer i relative priser på SMS-søk, raskt kan omstille sin produksjon slik at de kan tilby nummeropplysning via SMS og markedsføre tjenesten på kort sikt.

3.1.2 Det relevant geografiske markedet

Konkurransetilsynet legger til grunn at det relevante geografiske markedet er nasjonalt.

3.2 Konkurransesituasjonen

3.2.1 Konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen

Tilsynet mener at konkurransen i markedet for SMS nummeropplysning er vesentlig begrenset før transaksjonen. Det er særlig lagt vekt på at det relevante markedet er konsentrert. Videre er konkurrentenes responsmuligheter begrenset. Det foreligger også betydelige etableringshindringer i form av markedsføringskostnader. I tillegg er den potensielle konkurransen begrenset.

3.2.1.1 Markedsandeler

Basert på omsetningstall for 2007, er samlet verdi av markedet for SMS-søk anslått til 200 millioner kroner. Konkurransetilsynet legger til grunn at det er fire store aktører i markedet, hhv. Opplysningen Mobil (35-50 prosent), Aspiro Søk (ca. 20-35 prosent), Telenor ASA (5-20 prosent) og Eniro Norge AS (5-20 prosent), se tabell 1 i tilsynets vedtak. Hirschmann-Herfindahl-indeksen (HHI)¹² i markedet for SMS-søk er beregnet til 2702 og indikerer at markedet er konsentrert.

¹¹ [redacted]

¹² Verdier på under 1000 indikerer at markedet ikke er konsentrert, verdier mellom 1000 og 2000 indikerer at markedet er moderat konsentrert, mens verdier over 2000 er et uttrykk for at markedet har høy konsentrasjon.

3.2.1.2 Konkurrentenes responsmuligheter

Nummeropplysning via SMS er en generisk tjeneste, med lave marginalkostnader for et søk. Konkurransetilsynet observerer imidlertid ingen sterk priskonkurranse i markedet, og prisen for SMS-søk er vesentlig høyere enn marginalkostnaden. Tabell 3 i tilsynets vedtak viser prisutviklingen på SMS-søk for de største tilbyderne i perioden 2005-2008.¹³ Alle de store konkurrentene har fulgt hverandre ved prisøkninger.

Det er lav prisbevissthet knyttet til nummeropplysning via SMS. Dette bekreftes av Opplysningen Mobils egen markedsundersøkelse. [REDACTED]

[REDACTED]¹⁴ Aktørene velger å markedsføre sine merkenavn fremfor å konkurrere på pris mot sluttbruker. Post- og teletilsynets undersøkelse fra 2003 viser at 66 prosent av kundene bruker den nummeropplysningsaktøren som har det enkleste nummeret eller den de sist har sett reklame for.¹⁵

I tillegg kan CPA-avtalene¹⁶, som innholdsleverandørene inngår med teleoperatørene, bidra til å redusere insentivene til priskonkurranse.

Eniro eier SMS kortnummeret 1880, og er aktive i en rekke tilgrensede markeder, herunder 1880 manuelle søk og Gule Sider på Internett. Innen Internett-søk har Eniro en betydelig markedsandel. Det er sannsynlig at Eniro vil opptre mindre aggressivt i SMS-markedet hvor de har små markedsandeler, for å unngå aggressive responser i markeder hvor de er større. Eniro har også ved to anledninger respondert med prisøkning når Opplysningen Mobil har økt prisen på sin SMS tjeneste.

I juli 2008 etablerte Lindorff Match seg i markedet for nummeropplysning via SMS med kortnummeret 2008. Ut året 2008 tilbød selskapet SMS-søk til kroner 1. Selskapet sin inntreden ble ikke møtt med en aggressiv respons fra de etablerte aktørene.¹⁷ Lindorff Match har derfor ikke effektivt disiplinert de etablerte aktørene.

Aspiro Søk har to innarbeidede merkevarer (kortnumrene 1985 og 2100), og har begrenset aktivitet i tilgrensede markeder. Selskapet har ikke flermarkedskontakt med verken Opplysningen Mobil eller Eniro. Blant de større aktørene på markedet for SMS-søk, fremstår Aspiro Søk av denne grunn som den aktøren med størst insentiver til å konkurrere. Aspiro Søk har så langt enten hevet prisene først eller fulgt prisøkningene fra Opplysningen Mobils side.

¹³ Ifølge informasjon mottatt av partene.

¹⁴ [REDACTED]

¹⁵ Post- og teletilsynet: "Konkurransen i det norske markedet for nummeropplysning – en analyse og evaluering", 29. april 2003.

¹⁶ CPA står for Content Provider Access, og er en avtale som innholdsleverandører inngår med teleoperatørene for å levere en innholdstjeneste til sluttbrukere. Teleoperatøren fakturerer mottakeren av innholdet via mobilabonnementet og avtalene er som regel basert på inntektsdeling.

¹⁷ Brev fra Lindorff Match til Konkurransetilsynet datert 19. september 2008.

Konkurransetilsynet har tatt utgangspunkt i bruttopriser i sin sammenlikning. Disse prisene kan lett observeres, og danner etter tilsynets oppfatning et godt utgangspunkt for analysen av konkurransen mellom aktørene. For at en sluttbruker skal kunne vurdere nettoprisen på SMS-søk og foreta prissammenligninger, må vedkommende kjenne sannsynlighet for riktig treff. Tilbyderne oppgir ikke dette til sluttbrukeren, som derfor i all hovedsak må forholde seg til bruttoprisen.

I Opplysningen Mobils interne dokumenter fremkommer at [REDACTED] [REDACTED]¹⁸ Aspiro har gitt uttrykk for tilsvarende betraktninger i møte med Konkurransetilsynet 10. november 2008. Dette taler for at den høye prisen for SMS-søk ikke er et resultat av virksom konkurranse.

I tillegg viser faktiske responser at konkurrentene følger Opplysningen Mobils prisøkninger, fremfor å prise aggressivt. I forbindelse med prisøkningen iverksatt 6. mars 2008 ble det lagt til grunn [REDACTED]¹⁹

3.2.1.3 Etableringsmuligheter

Det er mulig å etablere en ny database med nummer, navn og adresser på personer og foretak som basis for å drive nummeropplysningsvirksomhet. Post- og teletilsynet har imidlertid funnet at det er utfordringer ved å bygge opp og vedlikeholde en egen database.²⁰ Post- og teletilsynet vurderer å opprette en felles nasjonal database.²¹ Etablering, drift og vedlikehold av en egen database som kun benyttes til SMS-søk, anses som lite effektivt. Det kreves større investeringer og aktiviteter i flere tilgrensede markeder. Samdriftsfordeler vil derfor kunne utgjøre en etableringshindring for opprettelse av en egen database i markedet for SMS-søk.

Et alternativ er å leie tilgang til en eksisterende database. Aspiro Søk har avtalebasert tilgang fra Opplysningen Mobil. Ifølge høringsinstansene er det ikke problematisk å få slik tilgang. Aktører som baserer seg på avtalebasert tilgang, er imidlertid avhengig av tilstrekkelig konkurranse i markedet for databaser. Avtalebasert tilgang innebærer en risiko knyttet til endring av avtalevilkårene, og er derfor en etableringshindring av betydning.

Tilsynet mener, med støtte fra høringsinstansene, at det er stor markedsføringsaktivitet knyttet til nummeropplysningstjenester. Gjennom investeringer i markedsføring har både Opplysningen 1881 og andre aktører bygget merkevarer. Dette gjør det vanskelig for nye tilbydere å etablere seg og kapre markedsandeler, uten betydelig investeringer i

¹⁸ [REDACTED]

¹⁹ [REDACTED]

²⁰ Post- og teletilsynet: "Konkurransen i det norske markedet for nummeropplysning – en analyse og evaluering", 29. april 2003.

²¹ Post- og teletilsynet: Invitasjon til møte om nummeropplysningsinformasjon, 25. september 2008.

markedsføring. Disse sunkne kostnadene knyttet til innarbeiding av merkevarer og kortnumre utgjør en effektiv etableringshindring for aktører som ønsker å etablere seg i SMS nummeropplysningsmarkedet. For selskaper som opererer med merkevarebygging i flere tilgrensede markeder, vil det være for snevert utelukkende å se på markedsføringskostnader for SMS-søk.

”Opplysningen 1881” er etablert som en sterk merkevare og innebærer, slik Konkurransetilsynet ser det, en ”markedsføringskostnadsfordel” sammenliknet med en nyetablert aktør. Aspiro Søk har presentert en hypotetisk forretningsplan for Konkurransetilsynet, samt vist til at foretaket høsten 2006 etablerte en ny nummeropplysningstjeneste med kortnummer 2100. Tilsynet mener at dette selskapet har lang erfaring med etablering og aktiv drift av SMS-søk. Først med etableringen av kortnummeret 1985 og deretter 2100. For aktører uten slik bransjeerfaring, vil en målsetting om lønnsom markedsetablering i dagens marked fremstå som risikofylt. Tilsynet mener at den fremlagte hypotetiske forretningsplanen vil gi en meget beskjeden markedsandel, noe som vanligvis ikke vil være tilstrekkelig til å motvirke utøvelse av markedsrett.²² For øvrig fremgår det heller ikke av Aspiro Søks forretningsplan hvordan en ny aktør skal kunne drive lønnsomt under disiplinerte priskonkurranser.

3.2.1.4 Potensiell konkurranse

For at nyetableringer i markedet for SMS-søk skal finne sted, må potensielle konkurrenter til Opplysningen Mobil overvinne de etableringshindringer som er beskrevet i punkt 3.2.1.3 ovenfor. Tilsynet mener den potensielle konkurransen er begrenset.

For at Internett-søk over mobiltelefon skal få gjennomslag i massemarkedet på samme måte som SMS, må langt flere sluttbrukere bli familiære med bruken av Internettsøk over mobilen.

Konkurransetilsynet har innhentet informasjon fra Netcom AS, som viser at en iPhone kunde i gjennomsnitt bruker ca. 25 ganger så mye datakapasitet pr. måned som en kunde med en vanlig mobiltelefon.²³ Dette kan tyde på at utbredelsen av mobiltelefoner tilrettelagt for enkel tilgang til Internett er en driver for mobilsurfing. iPhone håndsett utgjør imidlertid en svært begrenset andel av det totale antallet mobiltelefoner i Norge.²⁴ Informasjon innhentet fra Post- og teletilsynet viser at også mobiloperatører

²² Se Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner etter Rådets forordning om kontroll med fusjoner og foretaksammenslutninger, 2004/C 31/03, jf punkt 68 – 75.

²³ Se e-post fra Netcom AS, mottatt av Konkurransetilsynet 26. november 2008.

²⁴ Ifølge Post- og teletilsynet var det i overkant av 5 millioner mobilabonnementer i Norge 30. juni 2008. Se ”Det norske ekomarkedet 1. halvår 2008”, 28. oktober 2008. Opplysningen Mobil opplyste i møte 27. november 2008 at det er solgt ca. 80 000 iPhone håndsett i Norge siden lanseringen sommeren 2008.

som ikke tilbyr iPhone, har hatt vekst i datatrafikken siste kvartal.²⁵ TNS Gallups undersøkelser om bruk av mobilt medieinnhold viser imidlertid at antall personer som bruker minst en innholdsleverandør i løpet av en dag er svært beskjedent (4,5 prosent i tredje kvartal i 2008, en marginal nedgang fra andre kvartal 2008).²⁶

I møte med Konkurransetilsynet 27. november 2008 redegjorde Opplysningen Mobil nærmere for utviklingen av nye tjenester generelt, og installerte klienter spesielt. Både ved utgangen av 2006 og 2007 hadde Opplysningen Mobils installerte klient søk med ca. 50.000 brukere. Ifølge Opplysningen Mobil er deres installerte klient en av de mest brukte i det norske markedet.²⁷ Enkelte av Opplysningen Mobils konkurrenter har i den senere tid lansert tilsvarende klienter for nummersøk via Internet på mobil, herunder Mobile Nordic. Tilsynet mener likevel at bruken av installerte klienter i dag er svært beskjeden.

3.2.1.5 Kjøpermakt

Etterspørselen av nummeropplysningstjenester genereres i hovedsak av enkeltaktører (privatpersoner og ansatte i bedrifter), som i det enkelte tilfelle etterspør enkeltvis nummeropplysninger. Graden av kjøpermakt er derfor svært begrenset.

3.2.2 Konkurransesituasjonen etter foretakssammenslutningen

Foretakssammenslutningen vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for SMS-søk, jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Det stilles ikke noen krav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen. Det er i Konkurransetilsynets vurdering særlig lagt vekt på at foretakssammenslutningen vil føre til at markedet blir ytterligere konsentrert, og at den aktøren som har sterkeste insentiver til å konkurrere med Opplysningen Mobil, forsvinner. Dette øker sannsynligheten for ytterligere prisøkninger og reduserer sannsynligheten for sterkere priskonkurranse.

3.2.2.1 Markedsandeler og konsentrasjon

Foretakssammenslutningen vil gi partene en samlet markedsandel på 66 prosent i markedet for SMS nummeropplysning i Norge. Det nye selskapet vil være vesentlig større enn de to gjenværende konkurrentene av en viss størrelse, Telenor og Eniro. Markedet vil bli ytterligere konsentrert, med en HHI som går fra 2702 til 4745.

3.2.2.2 Mulighet for å utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen

Aspiro Søk er etter Konkurransetilsynets vurdering den aktøren som har størst insentiver til å konkurrere hardt med Opplysningen Mobil. Foretakssammenslutningen medfører således at konkurrenten med sterkeste insentiv til å kapre kunder fra

²⁵ Se e-post fra Post- og teletilsynet mottatt av Konkurransetilsynet 26. november 2008, vedrørende datatrafikk priset per MB for året 2008, som omfatter ordinære abonnement for mobiltelefoni.

²⁶ Se TNS Gallup 2008, "Forbruker & Media, Bruk av mobilt medieinnhold 3. kvartal 2008", se: <http://www.tns-gallup.no/arch/img/9082238.ppt>

²⁷ Årsrapport Opplysningen AS 2006 og 2007.

Opplysningen Mobil forsvinner. Både Eniro og Telenor har begrensede incentiver til ikke å følge Opplysningen Mobil ved prisøkninger. Tilsynet har ikke funnet at de øvrige aktørene vil kunne utøve et sterkere konkurransepress etter foretakssammenslutningen.

Foretakssammenslutningen øker sannsynligheten for ytterligere prisøkninger i markedet for SMS-søk. [REDACTED]

[REDACTED] Aspiro Søk beskrives som en konkurrent som tidligere har i gjort "gratis stunt".²⁸ Dette kan tyde på at Aspiro Søk før oppkjøpet ble ansett som en konkurrent som til en viss grad disiplinerer Opplysningen Mobil. I sin vurdering av den nevnte prisøkningen antas det at Opplysningen Mobil vil miste en liten andel av markedet. En del av disse kundene vil sannsynligvis tilfalle Aspiro Søk. Gjennom oppkjøpet vil Opplysningen Mobil begrense volumtapet de har ved prisøkninger.

Videre er det trolig at priskonkurranse på sikt vil bli et viktigere virkemiddel for å kapre markedsandeler. En foretakssammenslutning mellom to innarbeidede opplysningstjenester vil således kunne redusere sannsynligheten for sterkere priskonkurranse, ettersom de to andre store aktørene i markedet, Eniro og Telenor, har begrensede incentiver til å konkurrere på pris. Aktører som i dag har svært lav markedsandel, og eventuelle nyetablerte aktører, må bruke mye tid og ressurser på å innarbeide merkevaren, herunder kunnskap om kortnummeret, før det vil bli en sterkere grad av priskonkurranse.

Videre vil etableringshindringene være tilstede også etter ervervet. Foretakssammenslutningen endrer heller ikke graden av potensiell konkurranse. Det eksisterer ikke kjøpermakt før foretakssammenslutningen, og det vil heller ikke eksistere noen kjøpermakt etter transaksjonen.

3.3 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

Konkurransetilsynet mener foretakssammenslutningen vil kunne medføre et samfunnsøkonomisk tap. Tapet oppstår som en følge av at Aspiro Søk ikke lenger vil utgjøre en disiplinerende faktor i forhold til Opplysningen Mobils prissetting og således øker sannsynligheten for ytterligere prisøkninger på SMS-søk. Det bemerkes at en høyere pris i markedet for SMS-søk vil ramme sluttbrukerne. Videre vil transaksjonen også kunne redusere mulighetene for priskonkurranse på sikt. Tilsynet har funnet at priskonkurranse på sikt vil være et viktig virkemiddel for å kapre markedsandeler. En foretakssammenslutning mellom to innarbeidede opplysningstjenester kan således redusere muligheten for ytterligere priskonkurranse.

28 [REDACTED]

Allerede før foretakssammenslutningen vil det være et dødvektstap i markedet for SMS-søk, fordi prisene ikke er et resultat av virksom konkurranse. En prisøkning på SMS-søk vil føre til en økning i dødvektstapet, ved at brukere som ikke har tilgang til andre opplysningskanaler når de ønsker å gjennomføre et søk, ikke vil utføre søket, eller vil vente til de kan få tilgang til opplysningene på annen måte. Dette vil innebære et nyttetap for konsumentene som vil resultere i økt samfunnsøkonomisk tap. Videre vil foretakssammenslutningen forhindre en reduksjon av det eksisterende dødvektstapet, som følge av at sannsynligheten for priskonkurranse reduseres. I tillegg vil begrenset grad av konkurransepress, og høyere priser kunne medføre lavere effektivitet.

Opplysningen Mobil har anført at oppkjøpet vil føre til effektivitetsgevinster i størrelsesorden 2-3 millioner kroner knyttet til bedre drift, kundeservice og produktledelse. Partene har etter Konkurransetilsynets syn ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjort de anførte effektivitetsgevinster. Det er heller ikke sannsynliggjort at eventuelle besparelser er fusjonsspesifikke. Tilsynet mener derfor at det ikke foreligger effektivitetsgevinster ved foretakssammenslutningen som er tilstrekkelige til å oppveie det samfunnsøkonomiske tapet som følger av konkurransebegrensningen.

4. KLAGEN

Klager mener at det ikke foreligger grunnlag for Konkurransetilsynets forbud mot foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil og Aspiro Søk, og at vedtaket må oppheves. Videre krever klager å bli tilkjent saksomkostninger, jf. forvaltningsloven § 36.²⁹

Det anføres at Opplysningen har behov for kortnumrene til Aspiro Søk (1985 og 2100), for å teste ut nye tjenester som ikke er hensiktsmessig å tilby bredt til alle kundegrupper under "1881". Aspiro Søk står særlig sterkt i ungdomssegmentet, og selskapets kortnummer er godt egnet som testkanaler. Blant annet er ungdom et kritisk publikum som ønsker å være først ute med å teste nye tjenester. Formålet med kjøpet er således ikke å fjerne en "lavprisaktør" fra markedet. Kjøpet av Aspiro Søk må sees i sammenheng med at markedet for nummeropplysningstjenester er i sterk utvikling. Foretakssammenslutningen er således bare ett av flere strategiske grep som Opplysningen arbeider med for å tilpasse seg de nye markedsforholdene.

4.1 Vedtaket bygger på en uriktig markedsavgrensning

Det er ikke grunnlag for å konkludere med at det relevante produktmarkedet må avgrenses til bare å omfatte formidling av nummeropplysningstjenester over SMS. Opplysningen Mobil mener det er et samlet marked for nummeropplysning innenlands. Denne feilen er av grunnleggende betydning for vurderingen av konkurranseforholdene før og etter den planlagte foretakssammenslutningen. Vedtaket må derfor settes til side.

²⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Som rettslig grunnlag for markedsavgrensningen viser klager til konkurranseloven § 16 første ledd og forarbeidene til konkurranseloven, jf Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 25. Videre vises til Kommisjonens (særlig punkt 2) og ESAs retningslinjer for markedsavgrensningen. Det vises til at EU domstolen mener en korrekt markedsavgrensning er en forutsetning for å vurdere hvilke virkninger en foretakssammenslutning vil få for konkurransen, se for eksempel sak C-30/95 (France v Commission) punkt 143. Det vises også til at Førsteinstansretten i EU mener Kommisjonens retningslinjer for markedsavgrensning kan være bindende, se sak T-210/01 (General Electric Company v Commission) punkt 516.

4.1.1 Vedtaket bygger på en uriktig anvendelse av SSNIP- testen

Det vises til Kommisjonens retningslinjer punkt 13 og 17, og at markedsavgrensningen må bygge på kundenes substitusjonsmuligheter. Klager anfører at SSNIP- testen er en bindende del av Kommisjonens retningslinjer. Av punkt 36 i Kommisjonens og ESAs retningslinjer for markedsavgrensningen følger at vurderingen av kundenes substitusjonsmuligheter ikke bare kan bygge på konkurransemyndighetenes egne oppfatninger av produktenes egenskaper og bruksformål. I sitt vedtak foretar Konkurransetilsynet markedsavgrensningen ved å vurdere om SMS skiller seg sterkt fra de andre formidlingskanalene for nummeropplysning, basert på egenskapene til de ulike formidlingskanalene. Dette strider mot punkt 36 i Kommisjonens retningslinjer.

Det er riktig at det finnes situasjoner hvor SMS-søk dekker behov som ikke kan dekkes av andre og stedsavhengige formidlingskanaler. Tilsynet skulle imidlertid ha fokusert på de brukssituasjoner hvor flere formidlingskanaler er i bruk, ettersom det er der substitusjonen mellom produktene finner sted. For et hvert produkt vil det ofte finnes kunder som ikke har et valg. Det er imidlertid omfanget av kunder som har valgmuligheter, og som vil velge bort SMS til fordel for andre formidlingskanaler, som er avgjørende for om de andre formidlingskanalene inngår i det relevante produktmarkedet.

Flere fakta viser at den enkelte bruker anvender forskjellige former for formidlingskanaler for nummeropplysningstjenester, og at de i mange brukssituasjoner også har en reell mulighet til å foreta et valg, som kan påvirke prisen på SMS-tjenester. For eksempel viser en TNS Gallup undersøkelse fra november 2007 at en gjennomsnittlig bruker av nummeropplysningstjenester anvender 2,25 forskjellige former for formidlingskanaler i løpet av en måned.³⁰ En typisk bruker anvender derfor ikke bare én type opplysningstjeneste, men er kjent med flere typer. En annen TNS Gallup-undersøkelse fra august 2008 viser at kun en fjerdedel av brukerne ikke har adgang til Internett når de bruker SMS, en andel som er nesten halvert på bare ett år.³¹ Tre av fire har derfor adgang til både SMS og Internett når de velger å bruke SMS. De foretar et aktivt valg. En tredje TNS Gallup-undersøkelse fra [redacted] viser at en del

³⁰ TNS Gallup, [redacted]. Undersøkelsen er tidligere fremlagt for Konkurransetilsynet.

³¹ TNS Gallup, [redacted]. Undersøkelsen er tidligere fremlagt for Konkurransetilsynet.

anvender SMS når de er på farten, og kanskje ikke har adgang til Internett.³² Den samme undersøkelsen viser imidlertid også at det er over 40 prosent av brukerne som anvender SMS også når de ikke er på farten, dvs. hjemme eller på jobb.

Hovedinntrykket er derfor at det er mange overlappende brukssituasjoner der tilsynet burde ha vurdert i hvilken grad brukerne ville overveie å skifte, hvis prisen på SMS steg. Dette er imidlertid ikke gjort i vedtaket. I vedtaket har tilsynet således misforstått SSNIP-testen, fordi brukerne som faktisk kan velge bort SMS-tjenester ikke vurderes. Tilsynet har også oversett at brukerne ofte velger å dekke et sosialt behov samtidig som de søker etter nummeropplysninger. Dessuten bygger brukerne egne, og ofte elektroniske adressebøker, som er lett tilgjengelige på for eksempel mobil eller Microsoft Office på PCen.

Klager anfører videre at tilsynet ikke har vurdert om det samlede konkurransepresset (størrelsen på lekkasjene til alle de alternative formidlingskanalene for nummeropplysninger) til sammen vil motvirke forsøk på å utøve markedsrett. Tilsynet har dermed foretatt en subjektiv vurdering av hvordan man antar gjennomsnittskunden eller bestemte kundegrupper oppfatter alternativene til SMS-søk. Dette fører til at vurderingene blir vilkårlige og upålitelige.

Klager anfører videre at markedet for nummeropplysning er spesielt utsatt for marginale kundebevegelser mellom formidlingskanalene. Kundene har som regel tilgang til tre eller fire alternativer store deler av dagen. Telefon- og mobilpenetrasjonen er i praksis 99 prosent for den voksne delen av befolkningen. Det samme gjelder langt på vei Internettpenetrasjonen som er spesielt høy i de nordiske landene. I tillegg distribueres telefonkatalogene gratis til alle husstander og bedrifter. Det forekommer ikke prisdiskriminering mellom de ulike kundegruppene, ut fra når på døgnet kundene bruker de ulike kanalene. Kundene er også vant til å bruke to eller flere formidlingskanaler for nummeropplysning jevnlig og ofte på samme dag. Det er ikke spesielt vanskelig å søke etter nummeropplysninger over Internett for store deler av befolkningen.

Substitusjonsmulighetene mellom Internett-søk og SMS-søk er et kjernesporsmål i saken. Brukergruppen som har tilgang til Internett på daglig basis i kontortiden eller hjemme, utgjør en vesentlig del av den yrkesaktive befolkningen og husholdningene. Dersom nummeropplysning over Internett og SMS hadde inngått i samme marked, ville Opplysningen hatt en mye lavere omsetningsbasert markedsandel både før og etter kjøpet av Aspiro Søk. I følge klager ville Eniro ha vært den klart største aktøren. Tilsvarende resultater fremkommer dersom man legger volumbaserte markedsandeler til grunn. Dette ville ikke gitt tilsynet grunnlag for å gripe inn etter konkurranseloven § 16 første ledd.

32

4.1.2 Ingen av høringsuttalelsene fra bransjeaktørene støtter markedsavgrensningen i vedtaket

Ingen av aktørene som uttalte seg er enig i den snevre markedsavgrensningen som er lagt til grunn av tilsynet i vedtaket. Det gjengis uttalelser fra enkelte markedsaktører på side 17-19 i klagen, som viser at alle formidlingskanalene og ikke bare SMS, hører hjemme i samme marked. Klager mener at høringsuttalelsene er satt til side som bevis i saken, uten noen nærmere begrunnelse fra tilsynet.

4.1.3 Manglende kvantitative data som grunnlag for å fravike SSNIP-testen

Klager viser til at det ikke er grunnlag for å fravike de rettslige kravene til en riktig markedsavgrensning slik tilsynet gjør, i mangel av kvantitative data. Selv om det finnes situasjoner der man ikke har tilgang til kvantitative data som kan brukes for å gjennomføre SSNIP-testen, må konkurransemyndighetene gjennomføre en kvalitativ vurdering i tråd med formålet med SSNIP-testen.

Tilsynet kan heller ikke fravike kravene til en riktig markedsavgrensning ved å unnlate å innhente relevante saksopplysninger. Tilsynet har ansvaret for å utrede saken, og bærer også bevisbyrden. Opplysningen Mobil har påpekt at tilsynet ikke har innhentet et bredt nok beslutningsgrunnlag for markedsavgrensningen. Det virker derfor sterkt urimelig at vedtaket bygger på manglende informasjon, som grunnlag for å foreta en subjektiv markedsavgrensning i strid med kravene til SSNIP-testen.

4.1.4 Interne dokumenter fra Opplysningen som grunnlag for markedsavgrensningen i ettertid

Klager viser til at tilsynet i vedtakets punkt 4.2.7 har lagt til grunn interne vurderinger som ble foretatt i forkant av en prisendring hos Opplysningen Mobil alene. Dette kan ikke være dokumentbevis som kan påberopes som grunnlag for markedsavgrensningen, og en generell påstand om at "tilbyderne" ved flere anledninger synes å ha foretatt lønnsomme prisøkninger. Fremstillingen er et eksempel på hvordan tilsynet "klipper og limer" i bevisene inntil det får det ønskede resultatet.

Videre anfører klager at de to interne dokumentene ikke ble lagt til grunn for markedsavgrensningen i tilsynets varselbrev. Dokumentene er først i ettertid forsøkt brukt til støtte for markedsavgrensningen. Konkurransetilsynet har heller ikke drøftet tolkningen av de aktuelle dokumentene med Opplysningen Mobil og Opplysningen AS.

Dokumentene, som inngikk i en vurdering av om Opplysningen Mobil burde endre prisene sine i begynnelsen av 2008, bekrefter hvordan konkurransen drives både på pris og kvalitet. Prisene på "treff" (SMS-søk der brukeren får svar på nummeropplysningssøket sitt) ble satt opp fra kroner 7 til kroner 9 hos Opplysningen Mobil. Samtidig ble prisen på "ikke-treff" (SMS-søk der brukeren ikke får svar på søket sitt) satt ned fra kroner 7 til 1 krone. Den første prisen ble økt med 28,5 prosent, mens den siste prisen ble redusert med 85 prosent. Opplysningen Mobil kunne gjennomføre

denne prisendringen, fordi selskapet hadde satset på å øke kvaliteten på søketjenestene sine tilsvarende.

Tilsynet har derfor misforstått hvordan SSNIP-testen fungerer. SSNIP-testen innebærer en hypotetisk lønnsom og varig prisøkning på 5-10 prosent, forutsatt at alle andre forhold holdes likt. Det er ikke tilfellet her. Grunnlaget for prisendringen var at Opplysningen Mobil hadde forbedret kvaliteten på søketjenesten sin betydelig. Selskapet har hele tiden satset på å ha den høyeste treffprosenten i markedet.

Videre har tilsynet ikke dokumentert eller sannsynliggjort at prisene på SMS-søk er vesentlig høyere enn marginalkostnaden. Tilsynet har i denne forbindelse ikke angitt hvilke kostnader som skal inkluderes i marginalkostnaden. Det blir således umulig for Opplysningen Mobil å forholde seg til påstanden.

4.2 Vedtaket bygger på en uriktig vurdering av konkurransen før foretakssammenslutningen

Klager anfører at når markedsavgrensningen er uriktig jf. punkt 4.1 ovenfor, blir også vurderingen av konkurransesituasjonen før kjøpet av Aspiro Søk uriktig. I følge klager er ikke konkurransen allerede vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen. Ettersom tilsynet er enig i at kjøpet av Aspiro Søk ikke vil føre til en vesentlig konkurransebegrensning, må vedtaket oppheves på dette grunnlaget alene, jf. konkurranse-loven § 16 første ledd.

4.2.1 Vedtaket overvurderer betydningen av markedsandelene

Tilsynets beregninger av markedsandelene i SMS markedet er, i mangel av pålitelig og uavhengig tredjepartsstatistikk, basert på omsetning mottatt fra hver enkelt konkurrent. Det er derfor ikke mulig for Opplysningen Mobil å etterprøve beregningene. Videre behandler tilsynet de estimerte markedsandelene som om de skulle være nøyaktige størrelser.

Tilsynet har heller ikke oppgitt hva markedsandelene ville ha blitt dersom andre formidlingskanaler hadde blitt inkludert i markedsavgrensningen, med unntak av omsetningsbaserte markedsandeler for manuelle søk. Slik forsøker tilsynet å dramatisere markedsandelene som taler for et inngrep, selv om ingen av aktørene støtter markedsavgrensningen.

Videre mener klager at inngrepsvilkårene krever en dynamisk vurdering av hvordan foretakssammenslutningen vil påvirke konkurransen. Dette blir spesielt viktig når man ser på konkurrentenes responsmuligheter i et dynamisk og innovativt marked i IKT - sektoren. Tilsynet har sett bort fra konkurrentenes responsmuligheter i markedsavgrensningen, på tross av at dette er vanlig praksis, jf. Kommisjonens retningslinjer om markedsavgrensningen punkt 20. Når tilsynet ser bort fra tilbudssidesubstitusjonen i markedsavgrensningen, gis et skjevt bilde av konkurranseforholdene slik de kommer til uttrykk gjennom markedsandelene. Klager viser til Kommisjonens retningslinjer for

horisontale fusjoner punkt 15. Det vises videre til vedtakspraksis og rettspraksis, som illustrasjon på viktigheten av at det foretas en markedsspesifikk vurdering, jf. Kommisjonens vedtak i sak M.2609 (HP/Compaq) punkt 39 og Førsteinstansrettens sak T-5/02 (Tetra Laval versus Commission) punkt 131. Klager mener at tilsynet har lagt for stor vekt på markedsandelene, og for liten vekt på å vurdere så vel de eksisterende konkurrentenes responsmuligheter som nye konkurrenters muligheter til å komme inn på markedet og utøve press som potensielle konkurrenter.

Videre vises til at markedet for opplysningstjenester er en del av IKT-sektoren og opplever en voldsom dynamisk utvikling, og at nye teknologier vokser med eksponentiell vekst. For eksempel har trafikken³³ med mobile datatjenester i Sverige vokst ut av ingenting siden 2003 og er nesten 20-doblet fra 2006 til 2007. På samme måte er antallet av mobilabonnenter³⁴, som aktivt bruker mobile datatjenester, herunder opplysningstjenester, syvdoblet på tre år, fordoblet fra 2006 til 2007 og omfatter nå halvdel av den svenske befolkning. Klager mener det ikke er tvil om at det vil skje en betydelig konvergens av computere og mobiltelefoner i tiden fremover. Google rapporterer om en stigning i søkninger på 20 prosent etter lanseringen av Google Mobile.³⁵ Google opplyser også at brukere med en iPhone, som har en langt bedre skjerm enn mange andre mobiltelefoner, søker 50 ganger så mye på Internett som brukere med alminnelige mobiltelefoner.³⁶

Klager viser også til at nummeropplysningsbransjen selv hatt problemer med å forutse rekkevidden av de nye teknologiske mulighetene. For eksempel trodde få i 2000 at opplysningstjenester via Internett skulle bli en betydelig markedsfaktor.³⁷

Videre mener klager at det hele tiden utvikles nye programvaresystemer og muligheter som blir testet i markedet. Bare i 2007-2008 har en konkurrent til både Opplysningen Mobil og Aspiro Søk, Nordic Mobile, lansert nye programvareopplysningssystemer som tilbyr ubegrenset nummersøkning til en fastpris, automatisk gjenkjennelse av oppkallende telefonnumre og adgang til å spørre om internasjonale telefonnumre i den samme database.^{38,39}

³³ Post- og telestyrelsen (2008), Svensk telemarknad 2007.

³⁴ Post- og telestyrelsen (2008), Svensk telemarknad 2007.

³⁵ Reuters 19. mars 2008 (http://news.cnet.com/Google-sees-surge-in-Web-use-on-hot-mobile-phones/2100-1034_3-6234814.html)

³⁶ Nuthall, P., de Lussanet, M. and Camus, L., European Mobile Forecast 2008-2013 (<http://www.forrester.com/Research/Document/Excerpt/0.7211.42199.00.html>)

³⁷ Aftonbladet 17. mai 2000 (<http://www.aftonbladet.se/nyheter/0005/17/nummer.html>)

³⁸ www.mobil.se,

(http://www.mobil.se/ArticlePages/200707/09/20070709105139_MOB259/20070709105139_MOB259.dbp.asp?iForum=5&iNoteRoot=52538&iNote=0&sAction=NEW)

³⁹ VG nett 2008-07-18, <http://www.vg.no/teknologi/artikkel.php?artid=194395>

Konkurransetilsynet skulle derfor ha vurdert om markedsandelene gir en god indikasjon på markedsrett i denne delen av IKT-sektoren. Det har ikke tilsynet gjort, og det er således lagt for stor vekt på markedsandelene.

4.2.2 Vurderingen av konkurrentenes responsmuligheter bygger på en misvisende prissammenligning

Klager mener at det ikke er grunnlag for å hevde at konkurrentenes responsmuligheter eller responsincentiver er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen.

Konkurransetilsynets prissammenligning under vurderingen av konkurrentenes responsmuligheter (side 12 i vedtaket) er misvisende, fordi den bygger på en sammenligning av bruttoprisene. Hvis sammenligningen skal være meningsfull, må den gjengi reelle priser. Det konkurreres med en rekke ulike prismodeller/kombinasjoner for å forsøke å beholde kundene. Eksempelvis finnes tilbud som "hvert tredje søk gratis", "3 for 2" tilbud, vesentlig lavere pris på neste søk, abonnementsløsninger i form av installerte agenter eller lavere pris på ikke-treff. Dette innebærer at konkurransen og responsmulighetene er langt sterkere enn sammenligningen av bruttoprisene viser. Opplysningen Mobil har valgt en forretningsmodell som bygger på at selskapet skal være kvalitativt ledende til enhver tid. I 2007 kostet et SMS treff 7 kroner, et ikke-treff 7 kroner og neste SMS-søk 3 kroner. Satsningen på å bygge opp en så kvalitativt sterk database som mulig, førte i 2008 til at selskapet satte opp prisen på SMS treff til 9 kroner, mens selskapet samtidig reduserte prisen på ikke-treff til 1 krone.

Klager viser også til at Lindorff Match i juli i 2008 introduserte en prismodell, der SMS kostet 1 krone, som ikke er tatt med i prissammenligningen.

Klager mener derfor at bruttoprisene ikke avspeiler de reelle prisene i markedet. Det forhold at bruttoprisene er lettere observerbare for tilsynet, gjør dem ikke mer relevante. Leverandørene ville ikke ha benyttet seg av de ulike prismodellene, herunder i markedsføringen sin, dersom de ikke trodde at dette ville tiltrekke seg flere brukere. Når markedsaktørene selv ikke konkurrerer på grunnlag av bruttopriser alene, blir det misvisende at tilsynet legger dette til grunn.

Videre bygger tilsynets prissammenligning på to forutsetninger som ikke er dokumentert eller sannsynliggjort. Dette gjelder at kvaliteten på nummeropplysnings-tjenestene er like fra tilbyder til tilbyder, og at kvaliteten ikke har endret seg i hele perioden. Hvis kvaliteten varierer mellom de ulike tilbyderne gir prissammenligningen et uriktig bilde av de reelle prisforskjellene mellom konkurrentene.⁴⁰ På samme måte blir prissammenligningen misvisende hvis kvaliteten på SMS-søk er bedret over tid. Konsekvensen er at tilsynet har oversett at konkurransen ikke bare foregår på grunnlag av pris, men også kvalitet. Brukerne verdsetter kvalitet og etterspør et raskt og presist

⁴⁰ Forbrukerrapporten 2003/06 på <http://forbrukerportalen.no/filearchive/opplysntest.pdf> tyder på betydelige kvalitetsforskjeller mellom tilbyderne.

produkt. Opplysningen Mobil anslår at ca. [REDACTED] av alle SMS-søk likevel ikke treffer, noe som har ført til at selskapet har investert for å forbedre sin treffrate sammenlignet med andre konkurrenter. Disse investeringene har tillatt Opplysningen Mobil å redusere prisen på ikke-treff til 1 krone. Selskapet har opprettet en manuell kundeservice, hvor SMS brukerne som ikke får treff, kan ringe inn. Selskapet hadde ikke foretatt omfattende investeringer i en slik kvalitetssatsning, dersom man ikke trodde det ville øke konkurransedyktigheten. Konkurransetilsynet ser i realiteten bort fra at konkurrentene kan respondere ved å forbedre kvaliteten på tjenestene sine og utvikle nye tjenester.

Videre, dersom nettoprisene på opplysningstjenester med likt kvalitetsinnhold har steget vesentlig, så har det skjedd i en periode hvor det har vært en kontinuerlig stigende etterspørsel etter både SMS og Internett opplysningstjenester. I perioden fra 2004 til 2008 har antallet SMS-søk vokst fra anslagsvis 25 millioner til 40 millioner pr. år, mens brukersesjoner i Internett-katalogene økte fra anslagsvis 50 millioner til 400 millioner. En eventuell reell prisstigning vil derfor være sammenfallende med en markant stigning i etterspørselen etter alle typer av opplysningstjenester. I et slikt marked er det ikke umiddelbart enkelt å vurdere om høyere priser er et utslag av en større vekst i etterspørselen etter SMS, eller om høyere priser er en konsekvens av manglende responsmuligheter for konkurrentene. For å imøtegå denne kritikken har tilsynet i vedtaket, etter at prissammenligningen ble utarbeidet i varselbrevet, vist til to omstridte interne dokumenter fra Opplysningen Mobil, som viser at selskapet pr. februar 2008 antar at markedet for SMS-søk nå er stabilt. Perioden for prissammenligningen går imidlertid fra 2005 til 2008.

Konkurransetilsynet har i realiteten bare foretatt en endimensjonal analyse av responsmulighetene eller responsincitamentene ved å fokusere på graden av priskonkurranse. Vedtaket overser at det pågår en sterk innovasjons- og kvalitetskonkurranse. Tilsynet baserer seg i denne forbindelse på selektiv informasjon fra de interne dokumentene til Opplysningen Mobil. Klager viser i denne forbindelse til at det ble foretatt en vesentlig prisreduksjon (for ikke-treff) i sammenheng med en prisøkning (for treff). Videre la Opplysningen Mobil til grunn at de største konkurrentene sannsynligvis ville føle seg tvunget til å følge den samme prismodellen. Disse ville redusere prisen for ikke-treff, selv om dette ville kunne gi et inntektsbortfall på ikke-treff sammenlignet med Opplysningen Mobil som hele veien har vært leverandøren med høyest treffprosent. Tilsynet overser at det som i realiteten finner sted er en kombinasjon og pris- og kvalitetsbasert konkurranse, fordi det ikke passer utfallet av saken. I tillegg fremstiller tilsynet dokumentene tendensiøst ved å sette den ene siden av saken ("prisøkningen") i sammenheng med en enkeltstående setning ("de største konkurrentene vil sannsynligvis følge oss").

4.2.3 Vurderingen av etableringshindringer er ufullstendig og uriktig

Tilsynets vurderinger av etableringshindringer og graden av potensiell konkurranse er for overfladisk og begrenset til å gi et riktig bilde av de reelle markedsforholdene.

Klager mener at markedet for nummeropplysning tvert i mot kjennetegnes av lave etableringshindringer og sterk potensiell konkurranse.

Videre mener klager at tilsynet legger vekt på uttalelser til høringsinstansene vedrørende etableringshindringer, men ser bort fra disse når de ikke støtter markedsavgrensningen.

Klager viser til en rapport fra Copenhagen Economics.⁴¹ Tilsynets analyse ser kun på enkelte indikatorer, tilgang til en database av god kvalitet og markedsføringskostnader for etablering. Den er også overfladisk, og overser vesentlige karakteristika ved de to indikatorer tilsynet fokuserer på. Dette fører til at vedtaket trekker feil konklusjon. Opplysningen Mobil mener at faktiske forhold viser at markedet for opplysnings-tjenester har usedvanlig få etableringshindringer, og dermed sterk potensiell konkurranse.

Klager mener at nivået for nødvendig markedsføring i markedet for opplysnings-tjenester (ca. ████████ av omsetningen) ikke er usedvanlig høyt. Bransjer som parfyme, kosmetikk og TV kan ha markedsføringsbudsjetter på 10-20 prosent av omsetningen.⁴² Videre avviser klager tilsynet påstand om at disse markedene i liten grad er preget av priskonkurranse. Tilsynet har heller ikke dokumentert denne påstanden. Klager viser i denne forbindelse til Kommisjonens avgjørelse i COMP/M.5068 (L'Oreal/YSL Beaute).

Videre anfører klager at markedsføring for opplysningstjenester har noen spesielle karakteristika, som adskiller seg fra markedsføringen på "egentlige" brandsmarkeder. I det norske markedet for opplysningstjenester er virkningen av markedsføring umiddelbar, men også flyktig.⁴³ Nødvendig markedsføring fokuserer ikke i tradisjonell forstand på å bygge opp et "brand". Den fokuserer på å være tilstede i brukerens hukommelse, når de har bruk for opplysningstjenester. Det krever permanent tilstedeværelse på de riktige steder og tidspunkter for nyetablerte, men også for etablerte aktører. Det er tvilsomt om etablerte aktører i denne bransjen har en særlig markedsføringskostnadsfordel i forhold til den nyetablerte aktør. Markedsføring av opplysningstjenester er derfor ikke en særlig investering, som foretas av nyetablerte aktører og som er irreversibel i forbindelse med et frafall fra markedet. Den er en driftskostnad, som er nødvendig for å ha en sentral posisjon på markedet, uansett om man er nyetablert eller etablert. Derfor er nivået for markedsføringskostnader i liten grad en etableringshindring.

⁴¹ Copenhagen Economics, 2007, *Ekstern utredning om konkurranseindikatorer og andre relevante analysemetoder*, utarbeidet for Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

⁴² New & Record beregner følgende markedsføringsratio for et utsnitt av amerikanske bransjer: Amusement & Recreation 4,8 %, Beverages (brus) 7,3 %, Department stores 4,7 %, Perfume, cosmetics 13,7 %, Television Broadcasting Stations 19,6 % på <http://company.news-record.com/advertising/advertising/ratio.html>

⁴³ Post- og teletilsynet, 2003, Konkurransen i det norske markedet for nummeropplysning - en analyse og evaluering.

Klager mener også at påstanden om at "Opplysningen 1881" er en sterk merkevare er uholdbar, og fremsatt uten dokumentasjon.

Videre mener klager at den faktiske markedsutviklingen bekrefter at markedsføringskostnader ikke er en betydelig etableringshindring. Markedet er ungt og ble åpnet for konkurranse for syv år siden. Allerede i 2003, kun to år senere, var det ca. 30 virksomheter som tilbød SMS-søk. Noen hadde begynt å tilby Internettsøk. I tillegg var det tre konkurrerende databaser. I 2008 er det ca. 50 virksomheter som tilbyr SMS-søk og Internettsøk, og antallet databaser har økt til fem. Den samme tendensen har gjort seg gjeldende i andre EU-land. I England er det mer enn 200 tilbydere⁴⁴ og i Tyskland er det mer enn 40 nummeropplysningsoperatører.⁴⁵ Dette viser at etableringsbarrierer, herunder markedsføringskostnader, på markedet for opplysningstjenester må være særdeles begrensede.

Klager mener videre at det ikke er store kapitalkostnadskrav i markedet for opplysningstjenester som utgjør etableringsbarrierer. Det er heller ikke FoU-kostnader av betydning på dette markedet, som utgjør etableringshindringer.

Videre anfører klager at minimum overlevelsesnivå sannsynligvis er lavt, og ikke utgjør en etableringshindring. I nasjonale opplysningstjenestemarkeder som i Norge, Sverige, Tyskland og Storbritannia finnes et stort antall aktører med relativt lave markedsandeler med begrensede faste kostnader.

Klager viser også til at etableringsraten er meget høy.⁴⁶ Market for opplysningstjenester ble liberalisert i forbindelse med den generelle markedsåpning av telesektoren i begynnelsen av dette årtiet, og de fleste eksisterende selskaper har etablert seg innenfor en kort årrekke. I Norge er det i dag minst 50 operatører, som tilbyr opplysningstjenester ved hjelp av forskjellige formidlingskanaler, og til dels med forskjellige målgrupper. På manuell betjening (tale/voice) er det i dag tre operatører. På Internett er det i dag ca. 20 operatører og på SMS er det minst 25 operatører.

Klager mener videre at etableringsraten avdekker at etablerte aktørers overskuddskapasitet ikke har stoppet en formidabel etablering både i Norge og utlandet i løpet av kort tid. I prinsippet er det få kapasitetsbegrensninger for aktørene i opplysningsmarkedet. Opplysningstrafikken utgjør en liten del av den totale trafikken i telefoni-nettene, og det er få beskrankninger i adgang til databasene. En mulig beskrankning er antall personer til å håndtere manuelle opplysningstjenester. I realiteten innebærer det

⁴⁴ <http://www.wirelessdevnet.com/news/2003/233/news3.html> og <http://www.118tracker.com/118-search.shtml>

⁴⁵ http://www.bundesnetzagentur.de/enid/a465502f2bbf9dea440f487a3baf1f76,0/ssss8/Verzeichnis_der_vergebenen_Rufnummern_1ah.html

⁴⁶ I tillegg til indikatoren etableringsrate finnes også indikatorene exitrate og etableringsrate + exitrate. Da alle disse indikatorene forsøker å fange opp faktiske endringer i aktører i markedet, fokuserer vi på den indikatoren som er mest brukt og anerkjent internasjonalt. Det er også begrenset innsikt indikatoren exit kan gi oss da opplysningstjenester er et relativt nytt marked.

bare å ansette og opplære nye medarbeidere. Det er heller ingen betydelige kapasitetsbeskrankninger for nye aktører. Nye og etablerte aktører stiller derfor likt.

Det vises også til at både den fullstendige meldingen og høringsuttalelsene som tilsynet har innhentet, understøtter at kundemobiliteten er høy og ikke utgjør en etableringshindring.

Klager viser videre til at markedet for opplysningstjenester er i vekst, både hvis man ser på Internett og SMS. En viktig årsak til denne veksten er at det stadig utvikles nye og forbedrede søketjenester for brukerne. Klager viser til at antall SMS-søk for Opplysningen Mobil har økt [REDACTED] i perioden 2003-2007. Det er også en sterk vekst i antall brukersesjoner på Internett. Klager mener at markedsveksten styrker incentivene til etablering.

Videre mener klager at tilsynets påstand om at avtalebasert tilgang til databasene er en etableringshindring av betydning, er grunnløs og uten støtte fra høringsinstansene. I dag er det fem aktører som har databaser og som også er tilgjengelige for andre aktører på markedet. Klager mener at det er rom for flere databaser for opplysningstjenester som indikerer at det ikke er store etableringsutfordringer. Videre trenger ikke aktørene å etablere egne databaser, men kan kjøpe tilgang fra de etablerte databaseaktørene. Alle databaseaktører har i dag avtaler med andre opplysningsaktører. Dette gjør at andre opplysningsaktører har en relativt god forhandlingsposisjon, når det finnes fem forskjellige databaseoperatører. Klager viser også til at flere konkurrenter ikke er i tvil om at adgang til databaser verken er et problem før fusjonen eller etter fusjonen, jf. blant annet av NetComs og DirektMedias høringssvar til Konkurransetilsynet fra august 2008.⁴⁷⁴⁸

I tillegg er det viktig å være klar over at fusjonen ikke fører til færre databaseaktører. Aspiro Søk har ikke en egen database. Det kan derfor ikke være grunnlag for å konkludere med at tilgang til databasene for å drive nummeropplysningsvirksomhet over SMS er en "etableringshindring av betydning" i denne saken.

4.3 Vedtaket bygger på en uriktig vurdering av konkurransen etter foretakssammenslutningen

Det er etter klagers oppfatning ikke riktig at kjøpet av Aspiro Søk vil begrense konkurransen ytterligere. Det er derfor ikke grunnlag for å påstå at konkurransen etter foretakssammenslutningen vil bli ytterligere begrenset, jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Vedtaket preges av at tilsynet har oversett den sterke innovasjons- og kvalitetsbaserte konkurransen i dette markedet. Ved å kjøpe Aspiro Søk, vil Opplysningen bidra til at denne konkurransen forsterkes ytterligere, jf. redegjørelsen for det forretningsmessige formålet med transaksjonen. Vedtaket må derfor oppheves.

⁴⁷ E-post fra NetCom av 13. august d.å. til Konkurransetilsynet.

⁴⁸ Brev fra DirektMedia av 13. august d.å. til Konkurransetilsynet.

Virkingen blir tvert i mot at konkurransen blir sterkere, drevet frem mellom de to største tilbyderne av nummeropplysningstjenester innenlands. Eniro har en anslått markedsandel på [REDACTED] i det norske markedet. Opplysningen (eier av Opplysningen Mobil) er den nest største konkurrenten til Eniro i Norge, med en anslått markedsandel på [REDACTED] før kjøpet av Aspiro Søk, og [REDACTED] etterpå. Gjennom vedtaket vil tilsynet stanse den nest største aktøren fra å ta opp konkurransen med den største aktøren, som allerede kontrollerer over halvparten av markedet for nummeropplysningstjenester i Norge. I vedtaket legges til grunn at Opplysningen Mobil møter sterkere konkurranse fra Aspiro Søk (med en anslått markedsandel på [REDACTED]), enn Eniro (med en anslått markedsandel på [REDACTED]).

Videre viser tilsynets tabell for prisutvikling på SMS-søk 2005-2008 (tabell 3) verken at Aspiro Søk er, eller har forsøkt å være, en aktør som driver priskonkurranse. Aspiro Søk tilbyr nummeropplysningstjenester over to kortnummer, 1985 og 2100. På det første kortnummeret holder Aspiro Søk en vesentlig høyere pris enn Opplysningen Mobil. På det siste kortnummeret har selskapet den samme prisen som Opplysningen Mobil. Aspiro Søk har per i dag ikke på noe produkt lavere priser enn Opplysningen Mobil, noe vedtaket ikke bestrider. Dersom Aspiro Søk skulle være den aktøren som utøver det sterkeste konkurransepresset i markedet, ville det vært naturlig å forvente at selskapet i stedet forsøkte å holde lavere priser enn Opplysningen Mobil.

Videre viser prisutviklingen sett under ett at Aspiro Søk i hele perioden fra 2005 til 2008 har vært først til å sette opp priser sammenlignet med Opplysningen Mobil. Opplysningen Mobil har ikke engang fulgt alle prisøkningene til Aspiro Søk. Dersom Aspiro Søk skulle være den aktøren som utøver det sterkeste konkurransepresset i markedet, ville det være naturlig å forvente at det var Aspiro Søk som fulgte prissettingen til Opplysningen Mobil og ikke omvendt.

Aspiro Søk markedsfører også sine tjenester [REDACTED]. Dersom Aspiro Søk skulle være den aktøren som utøver det sterkeste konkurransepresset i markedet, ville det være naturlig å forvente selskapet selv fulgte en forretningsstrategi og markedsføring som [REDACTED]. Det er heller ingen tvil om at nummeropplysningsvirksomhet ligger på siden av kjernevirksomheten og strategien til Aspiro.

Det er også klart at markedet ikke er preget av store etableringshindringer. Aspiro Søk kan allerede av den grunn ikke betraktes som vanskelig å erstatte i markedet. Selskapet har på bare de to-tre siste årene gått fra å være nyetablert, til å bli den nest største tilbyderen av nummeropplysningstjenester over SMS innenlands. Dette har Aspiro Søk klart uten å bygge opp noen egen database for nummeropplysninger, fordi det er enkelt å leie slik databasetilgang fra Opplysningen eller andre aktører i markedet. Dersom Aspiro Søk skulle være den aktøren som utøver det sterkeste konkurransepresset i

markedet, ville det være naturlig å forvente at det hadde vært vanskelig å etablere seg i markedet, og at det hadde bygget seg opp en nærmest uerstattelig utfordrerposisjon.

4.4 Saksbehandlingen har ikke vært forsvarlig og objektiv

Klager mener at saksbehandlingen ikke har vært forsvarlig, og at vurderingen av bevisene ikke har vært objektiv. Klager mener vedtaket bygger på en uriktig markedsavgrensing og feilvurderinger av konkurransen før og etter foretakssammenslutningen, grunnet flere svakheter i saksbehandlingen.

Tilsynet har ikke innhentet et bredt nok beslutningsgrunnlag for markedsavgrensningen. Ytterligere informasjon ble ikke innhentet i saken, selv om det tidlig ikke var støtte i uttalelser fra markedsaktørene for at SMS-markedet utgjorde et eget relevant marked. Tilsynet har heller ikke erfaring fra dette markedet gjennom tidligere vedtakspraksis.

Videre har tilsynet nektet å drøfte forutsetningene for den snevre markedsavgrensningen med Opplysningen Mobil. Dette kan føre til feil, ufullstendigheter og misforståelser i beslutningsgrunnlaget. Selskapet har derfor ikke fått mulighet til å belyse saken tilstrekkelig. Klager mener dette strider med Kommisjonens praksis.

Tilsynet har også foretatt en selektiv behandling av dokumentbevis i saken, som ikke er objektiv. Vedtaket siterer på viktige punkter kun utvalgte deler av dokumentene til støtte for tilsynets vurderinger. Andre deler av saksopplysningene, som går i motsatt retning, forties. Tilsynet har heller ikke forsøkt å drøfte bevisforståelsen med Opplysningen Mobil i forkant.

Endelig viser klager til tilsvaret fra Opplysningen Mobil og Aspiro Søk til tilsynets varsel om inngrep. De fleste av innsigelsene er ikke behandlet i vedtaket, kort avvist uten nærmere begrunnelse, eller fjernet.

5. KONKURRANSETILSYNETS KOMMENTARER TIL KLAGEN

I brev av 20. januar 2009 fremkommer Konkurransetilsynets kommentarer til klagen. Tilsynet har vurdert klagen, men ikke funnet grunnlag for å gjøre om vedtaket.

5.1 Markedsavgrensningen - feil i SSNIP- testen

Konkurransetilsynet fastholder at det ikke foreligger noen metodefeil i vedtaket, selv om tilsynet ikke har gjennomført en SSNIP-test gjennom en kvantitativ måling av hvilke konsekvenser en 5-10 prosent prisøkning vil ha på etterspørsel og lønnsomhet.

5.2 Øvrige anførsler om markedsavgrensningen

Tilsynet mener at det ikke er tvilsomt at prisen på SMS-søk er vesentlig høyere enn marginalkostnaden. Det fremgår av [REDACTED]

[REDACTED] avhengig av antallet meldinger. Som det fremgår av tabell 3 i vedtaket, er sluttbrukerprisen på SMS-søk mye høyere enn dette.

Videre avviser tilsynet at tilbudssidesubstitusjon og konkurrentenes responsmuligheter ikke er analysert i vedtaket. Konkurransetilsynet fastholder også at de alternative nummeropplysningskanalene til SMS-søk samlet sett ikke utøver et faktisk konkurransepress av betydning.

5.3 Markedsavgrensningen – påberopelsen av interne dokumenter fra Opplysningen Mobil som grunnlag for markedsavgrensningen i ettertid

Tilsynet mener at reglene i forvaltningsloven §§ 16 og 17 om forhåndsvarsling og informasjonsplikt er overholdt. Opplysningen Mobils presentasjon, "Benchmark: sms-kanalen" fra februar 2008 og styreprotokollen av 29. februar 2008, er benyttet i vedtaket som eksempel på at tilbyderne av SMS-søk synes å ha foretatt lønnsomme prisøkninger. Innholdet har ikke vært avgjørende for tilsynets konklusjon, men understøtter kun de vurderinger og konklusjoner tilsynet foretok om det relevante marked i varselet.

Når det gjelder brukerundersøkelse som TNS Gallup gjennomførte for selskapet i november 2008, viser tilsynet til vedtaket, og at undersøkelsen ikke gir grunnlag for å utvide det relevante markedet til å inkludere Internettøk. Det er den totale lønnsomheten av en prisøkning som er avgjørende ved gjennomføring av en SSNIP-test. Som en følge av at Opplysningen Mobil ikke kan prisdiskriminere mellom sluttbrukerne basert på deres tilgang til ulike nummeropplysningskanaler, vil det også i en beslutning om å øke prisen på SMS-søk være tatt hensyn til at en andel av sluttbrukerne vil ha en reell mulighet til å benytte andre formidlingskanaler enn SMS. Tilsynet mener at Opplysningen Mobils prisøkning i mars 2008 var basert på en forventning om total lønnsomhet.

Tilsynet mener videre at det ikke er en mangel ved vedtaket at bransjeaktørenes udokumenterte antagelser om markedets utstrekning ikke er vektlagt i særlig grad. Det er foretatt en selvstendig analyse av markedet av tilsynet.

5.4 Konkurrentenes responsmuligheter

Konkurransetilsynet kan ikke se at det er lagt for liten vekt på de eksisterende konkurrentenes responsmuligheter i vedtaket, og fastholder at konkurrentenes responsmuligheter er begrenset. Konkurransetilsynet viser videre til at det ikke eksisterer en samlet oppstilling av alle SMS tilbydernes priser for treff og ikke-treff, med tilhørende sannsynligheter. Tilsynet observerer heller ikke at den enkelte tilbyder oppgir slik informasjon til forbrukerne. Sluttbrukerne må derfor i all hovedsak forholde seg til bruttoprisene. Videre har Konkurransetilsynet særskilt kommentert Lindorff Match sin prismodell i vedtaket, men mener at selskapets inntreden i markedet ikke effektivt har disiplinert de etablerte aktørene.

Tilsynet viser også til at de høye prisene på SMS-søk tyder på at konkurransen i markedet ikke er virksom. Dette underbygges med at SMS-søk i dag kan karakteriseres som en moden tjeneste og at markedet er stabilt.

5.5 Etableringshindringer

Konkurransetilsynet fastholder sine vurderinger av etableringshindringer slik det er redegjort for i vedtaket.

5.6 Potensiell konkurranse

Tilsynet fastholder at graden av potensiell konkurranse er begrenset. Videre kan ikke Konkurransetilsynet se at informasjon gitt av Opplysningen Mobil i klagen eller tilsvaret, gir holdepunkter for at konvergensen mellom SMS-søk og andre nummer-opplysningskanaler er av et slikt omfang at den i tilstrekkelig grad kan motvirke utøvelse av markedsrett.

5.7 Konkurransesituasjonen etter foretakssammenslutningen

Tilsynet mener det fremkommer av tabell 3 i vedtaket at Aspiro Søk har vært først ute med prisøkninger på kortnummeret 1985, men ikke på kortnummeret 2100. Aspiro Søk har videre anvendt en prismodell med "hvert tredje søk gratis" siden introduksjonen av kortnummer 2100 i august 2006. En tilsvarende prismodell ble anvendt for kortnummeret 1985 i perioden 1. juli 2002 til 7. februar 2006. Opplysningen Mobil har videre beskrevet Aspiro Søk som en konkurrent [redacted]. Dette kan tyde på at Aspiro Søk ble ansett som en konkurrent som til en viss grad disiplinerte Opplysningen Mobil før oppkjøpet. For øvrig fastholder Konkurransetilsynet at Aspiro Søk er den aktøren som per i dag fremstår med størst insentiver til å drive priskonkurranse i fremtiden.

Videre mener Konkurransetilsynet, som i vedtaket, at etableringshindringene vil være tilstede etter ervervet. Foretakssammenslutningen endrer heller ikke på mulighetene til nyetablering eller utsiktene for konvergens mellom andre opplysningskanaler og SMS-søk.

Endelig fastholder tilsynet at foretakssammenslutningen vil føre til et ytterligere konsentrert marked, samtidig som den aktøren som har størst insentiver til å konkurrere med Opplysningen Mobil, forsvinner. Foretakssammenslutningen vil kunne redusere sannsynligheten for sterkere priskonkurranse, fordi både Eniro og Telenor har begrensede insentiver til å konkurrere på pris.

5.8 Konkurransetilsynets saksbehandling

Tilsynet har i vedtaket foretatt grundige undersøkelser av markedsforholdene og markedets utvikling, herunder blant annet ved å be om innspill fra partene og andre relevante markedsaktører. Redegjørelsen viser at Opplysningen Mobil har hatt anledning til å uttale seg om saken i møter med Konkurransetilsynet, og tilsynet har

skriftlig og muntlig presisert at innspill av betydning for saken kan inngis på ethvert tidspunkt. Det vises også til Konkurransetilsynets brev til klager av 10. og 15. oktober 2008, om andre forhold som Opplysningen Mobil har påpekt vedrørende tilsynets saksbehandling. Det fremgår for øvrig av vedtaket i sin helhet at Konkurransetilsynet har vurdert og tatt hensyn til Opplysningen Mobils og Aspiro Søks innsigelser i tilsvarene til varsel om inngrep.

5.9 Samfunnsøkonomiske virkninger

Tilsynet fastholder at Opplysningen Mobil ikke har fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon på fusjonsspesifikke effektivitetsgevinster som kan oppveie de negative følgene av foretakssammenslutningen.

6. TILLEGGSVURDERING FRA KONKURRANSETILSYNET OM ETABLERINGEN AV SELSKAPET "1888VÆRSÅGOD! AS"

Departementet har i brev av 2. februar 2009 bedt tilsynet vurdere betydningen av 1888Værsågod! AS (heretter "1888") sin etablering i nummeropplysningsmarkedet for de vurderingene som er gjort i vedtaket i foreliggende sak. Tilsynet har i brev av 12. februar 2009 gitt en slik vurdering basert på informasjon innhentet fra 1888.

1888 har som [REDACTED]. I dette markedet møter 1888 to store etablerte aktører, Opplysningen AS og Eniro 1880 Gule Sider. Det er ukjent hvordan disse aktørene vil respondere og således usikkert om etableringen av 1888 vil bli vellykket. [REDACTED]

[REDACTED] I tillegg kommer at de største aktørene innen SMS-søk, Opplysningen Mobil AS og Aspiro Søk AS, gjennom flere år har drevet omfattende markedsføring av sine SMS-tjenester. Det er derfor usikkert om 1888 vil lykkes i markedet for SMS-søk.

Tilsynet understreker at det stilles krav om at en etablering er av et slikt omfang at den vil kunne motvirke utøvelse av markedsrett. Det påpekes at 1888 forventer [REDACTED]

[REDACTED] På denne bakgrunn og særlig med henblikk på 1888s forventede markedsandel innen SMS, antar Konkurransetilsynet at foretakets virksomhet innen SMS-søk vil være av et så beskjedent omfang at foretaket ikke vil kunne forhindre utøvelse av markedsrett.

Videre bemerker tilsynet at 1888 ikke har til hensikt å konkurrere på pris. Dette skyldes flere forhold. Respons fra de store aktørene vil kunne påføre 1888 et betydelig

tap. Det fremgår at prislisten for 1888 at foretaket [REDACTED] [REDACTED] Etableringen av 1888 vil således ikke lede til at det oppstår priskonkurransen mellom de etablerte aktørene i nummeropplysningsmarkedet, verken innen manuell nummeropplysning eller i markedet for SMS-søk. Konkurransetilsynet mener derfor at 1888 ikke vil bli noen konkurransedisiplinerende utfordrer på kort eller mellomlang sikt.

Samlet mener Konkurransetilsynet at etableringen av nummeropplysningstjenesten 1888 ikke vil få betydning for de vurderingene av konkurransesituasjonen i nummeropplysningsmarkedet som er gjort i vedtaket.

7. DEPARTEMENTETS VURDERINGER

7.1 Innledning – departementets vurderingstema

Departementet kan i klagesaksbehandlingen prøve alle sider av saken. Det skal vurdere de påstander som klager har kommet med, og kan også vurdere om det eventuelt skal gripes inn mot foretakssammenslutningen med en annen begrunnelse enn den tilsynet har lagt til grunn i sitt vedtak, jf. forvaltningsloven § 34.

Departementet følger det alminnelige beviskrav som gjelder for forvaltningens sivilrettslige avgjørelser om inngrep. Alminnelige prinsipper for bevisvurdering er lagt til grunn. Etter departementets syn foreligger det ikke særlige hensyn som tilsier et annet krav til bevis eller andre prinsipper for bevisvurdering, enn det som følger av alminnelige sivilrettslige regler og prinsipper.

I vurderingen av de konkurransemessige virkningene av en foretakssammenslutning, tar departementet utgangspunkt i konkurransesituasjonen i de relevante markedene som berøres av foretakssammenslutningen. Med dette som utgangspunkt, vurderer departementet det hypotetiske utfallet av foretakssammenslutningen, sammenliknet med om denne ikke hadde funnet sted. Normalt vil konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen være det beste anslaget på hvordan denne vil utvikle seg dersom foretakssammenslutningen ikke hadde funnet sted. Det mest sannsynlige hendelsesforløpet legges til grunn.

Departementet har i klagebehandlingen tatt utgangspunkt i partenes anførsler. Departementet mener at disse gir det beste utgangspunkt for å prøve alle sider av Konkurransetilsynets vedtak i denne saken. Departementet har likevel på eget initiativ innhentet ny informasjon og holdt møter med partene og andre aktører for å få saken best mulig opplyst, slik at det fattes et riktig vedtak i henhold til inngrepskriteriet i konkurranseloven § 16 og beviskravet i slike saker.

7.2 Innsigelser mot Konkurransetilsynets saksbehandling

Departementet deler ikke klagers oppfatning om at tilsynets saksbehandling ikke har vært objektiv og forsvarlig. Tilsynet har foretatt tilstrekkelige undersøkelser og

innhentet nødvendig informasjon som grunnlag for varselet og vedtaket. Konkurransetilsynet har også vurdert og tatt hensyn til klagers anførsler, og overholdt klagers rett til kontradiksjon i saksbehandlingen. Tilsynet oppfylder således kravene til saksforberedelse og begrunnelse, jf. forvaltningsloven §§ 16, 17, samt § 25. Departementet slutter seg for øvrig i hovedsak til de vurderinger som tilsynet har gitt i brev til klager datert 10. og 15. oktober 2008 om saksbehandlingen.

Departementet har både gjennom klagen og møter med Opplysningen Mobil, fått inntrykk av at selskapet mener tilsynet burde ha gått mye lenger i å utrede klagers påstander om blant annet markedsavgrensningen og konkurranseanalysen.

Departementet vil bemerke at tilsynet har begrensede ressurser til rådighet, både med hensyn til tid og personell, når det behandler en mulig inngrepssak etter konkurranseloven § 16. I en slik situasjon må tilsynet foreta en vurdering, basert på tilgjengelig informasjon, av hvilket utfall som er mest sannsynlig i den konkrete saken, jf. også punkt 7.1 ovenfor om beviskravet som gjelder for forvaltningsavgjørelser. I denne prosessen er ikke tilsynet forpliktet til å utrede alle påstander som klager fremsetter, men som tilsynet ikke velger å bygge sitt varsel om inngrep eller vedtak på. Tilsynet er forpliktet til å utrede, dokumentere og begrunne et varsel om og inngrep mot en foretaks sammenslutning i samsvar med konkurranseloven og forvaltningsrettslige regler. Kravet i forvaltningsloven § 17 om *"at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes"* kan ikke tolkes helt bokstavelig. Det følger av både rettspraksis og juridisk teori at utredningsplikten må sees i sammenheng med hensynet til effektivitet og hva som er praktisk mulig. Det ville ha medført et for omfattende arbeid hvis forvaltningen alltid skulle skaffe seg full sikkerhet for hvordan alle relevante fakta forholder seg, og det ville kunne føre til at saksbehandlingen tok urimelig lang tid.⁴⁹ Kravet til utredning må sees i sammenheng med beviskravet. Departementet kan derfor ikke se at tilsynet har gjort feil i saksbehandlingen, og klager gis ikke medhold på dette punkt.

Klagers påstand om at tilsynet ikke har innhentet et bredt nok beslutningsgrunnlag, fordi høringsuttalelsene ikke støttet markedsavgrensningen, er behandlet i punkt 7.3.2 nedenfor.

Når det gjelder klagers innsigelse, om at tilsynet har benyttet interne dokumenter fra Opplysningen som grunnlag for markedsavgrensningen i ettertid, viser departementet til vurderingene i punkt 7.3.3 nedenfor.

7.3 Innsigelser mot Konkurransetilsynets markedsavgrensning

Klager mener det relevante produktmarkedet ikke bare kan avgrenses til å omfatte nummeropplysningstjenester over SMS, fordi det er et samlet marked for nummeropplysning innenlands.

⁴⁹ Torstein Eckhoff og Eivind Smith *"Forvaltningsrett" 8. utgave* (2006) s. 250.

7.3.1 Vedtaket bygger på en uriktig anvendelse av SSNIP-testen

Klager anfører i punkt 2.3 i klagen at tilsynets vedtak bygger på en uriktig anvendelse av SSNIP-testen. Videre anfører klager i punkt 2.5 at tilsynet påberoper seg manglende kvantitative data som grunnlag for å fravike SSNIP-testen. Klager mener Konkurransetilsynet har begått feil i markedsavgrensningen ved ikke å gjøre en riktig kvalitativ analyse av hvordan kundene vil reagere dersom en hypotetisk monopolist øker prisene med 5-10 prosent. Klager anfører at det er de kundene som har substitusjonsmuligheter som er avgjørende for lønnsomheten av en slik prisøkning.

Dersom testen benyttes, må en etter departementets oppfatning legge til grunn at en hypotetisk monopolist, ved vurderingen av om en prisøkning er lønnsom eller ikke, vil se etterspørselskurven under ett, der både de kundene som substituerer seg bort og de kundene som fortsetter å kjøpe varen til den høyere prisen inngår. Det avgjørende er om det er nok kunder som ønsker å kjøpe produktet for den høyere prisen til at dette kompenserer for tapet av fortjeneste av salg til de som substituerer seg bort fra produktet. Begge grupper er derfor viktig ved anvendelsen SSNIP-testen enten denne baseres på en kvalitativ eller kvantitativ analyse.

I enkelte saker kan det være vanskelig å utføre en kvantitativ SSNIP-test. Det kan skyldes at de nødvendige kvantitative data fra sluttbrukerne ikke er tilgjengelige.⁵⁰ Holdbarheten av kvantitative analyser forutsetter både at de data som innhentes er pålitelige og at det finnes en passende modell som kan benyttes for å analysere dataene. Dersom disse forutsetningene ikke er oppfylt, vil kvantitative analyser gi lite eller intet bidrag til markedsavgrensningen, samtidig som de er ressurskrevende. Det kan derfor ikke utledes noe krav om at det skal foretas slike analyser ut fra utredningsplikten i forvaltningsretten. Det foreligger heller ikke noe slikt krav i konkurranseretten. Behovet for slike analyser må vurderes ut fra bidrag til sakens opplysning sett opp mot kostnader og tidsrammen.

FAD mener derfor at Konkurransetilsynet må ha anledning til, slik som i foreliggende sak, å utlede hva et sannsynlig utfall av en SSNIP-test ville være, basert på faktisk tilgjengelig informasjon. Departementet legger vekt på at tilsynet har gjort en samlet vurdering av ulike momenter, som trekker i retning av at produktmarkedet skal avgrenses til nummeropplysningstjenester på SMS.

I denne saken har tilsynets vurderinger tatt utgangspunkt i produktenes egenskaper og bruksområde, jf. punkt 4.2.3 til 4.2.6 i vedtaket. [REDACTED] at de tre viktigste årsakene til at SMS benyttes i stedet for andre kanaler, er at mobilen alltid er med, at man er uten Internett-tilgang når behovet for nummeropplysning oppstår og at det er enkelt å benytte SMS-søk.⁵¹

⁵⁰ EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked punkt 41.

⁵¹ [REDACTED]

Departementet har innhentet ytterligere opplysninger for å etterprøve Konkurransetilsynets avgrensning av det relevante markedet.

Opplysninger som er innhentet fra Askadam, understøtter tilsynets vurdering om ikke å inkludere Internett-søk i det relevante markedet. Askadam har nylig etablert en tjeneste for kunnskapssøk på SMS, som tilsynelatende er enkelt tilgjengelig på Internett. Selskapet mener imidlertid at utviklingen i bruk av Internett på mobiltelefon (herunder WAP) har gått sakte. Internett på mobil har vært allment tilgjengelig i mer enn 8 år, uten at bruken har økt mye. Nye mobiltyper som iPhone legger til en viss grad til rette for økt bruk av Internett. Men denne typen mobiltelefon har vært tilgjengelig i en tid, uten å endre markedet vesentlig. Etter selskapets vurdering er det vesentlige tekniske og kommersielle barrierer som hindrer bruk av Internett på mobil, fordi mobilen oppfattes som lite brukervennlig for dette.

Videre har Telenor Mobil AS opplyst til departementet at alternative kanaler som Internett antas å påvirke SMS-tjenester der dette er et alternativ. Men påvirkningen er likevel begrenset til situasjoner der abonnenten enkelt har tilgang til laptop eller desktop med Internett aksess.

Også Tele2 har opplyst til departementet at de SMS-tjenester som i dag har et gratis alternativ på Internett, fortsatt opprettholder en høy omsetning via CPA (SMS). Dette er tjenester som nummersøk, varslingstjenester (vær, matoppskrifter, scoringsvarsel etc.). De fleste SMS-tjenestene har også en gratis utgave på mobilt Internett (WAP), men kundene foretrekker den enkle SMS-tjenesten.

NetCom har også svart departementet at etterspørselen etter SMS-tjenester på mobil til nå ikke har blitt påvirket i særlig grad der tjenesten har et alternativ på Internett. Det viser seg at tilgjengeligheten med mobil gjør at etterspørselen etter SMS tjenester holder seg ganske stabil. NetCom mener videre at etter hvert som flere tjenester kommer på Internett og flere terminaler støtter fullverdig Internett, vil det bli vanskeligere å selge SMS-tjenester.

Network Norway mener at etterspørselen etter nummersøk via CPA tjenester er stabil høy og den mest brukte CPA tjenesten som tilbys. Selskapet mener dette indikerer at kunder ønsker denne informasjonen via SMS, selv om det finnes gode alternativ på Internett.

Videre registrerer departementet på bakgrunn av opplysninger i Konkurransetilsynets vedtak og ny innhentet informasjon, at pris har liten betydning i dette markedet. Aktørene opprettholder store prisforskjeller mellom opplystningstjenester på SMS og Internett, selv iberegnet ulike rabattmodeller på SMS-tjenester, uten at dette medfører at etterspørerne velger Internett som alternativ. Dette støttes av opplysninger som departementet har innhentet fra EasyConnect. Tilsvarende mener Chess at betalingsvilligheten på Internett er langt lavere enn på CPA. Den nyetablerte aktøren Askadam

mener at prisstrukturen for å laste ned data på mobil er uoversiktlig og uforutsigbar. Network Norway, EasyConnect og Eniro gir uttrykk for samme syn.

Departementet mener at disse opplysningene bekrefter Konkurransetilsynets oppfatning om at etterspørerne av SMS-søk i liten grad vil benytte mobilt Internett søk som alternativ i dag.

I tillegg til vurderingene av produktenes egenskaper har tilsynet også vektlagt aktørenes tidligere markedsatferd. Det er blant annet lagt til grunn at tilbyderne av SMS-søk ved flere anledninger har gjennomført lønnsomme prisøkninger, jf. tabell 3⁵² i punkt 5.2.2.1 i vedtaket. Videre viser tilsynet i punkt 4.2.7 til at Opplysningen Mobil har gjennomført en lønnsom prisøkning [redacted]

[redacted]⁵³ Klager anfører i punkt 2.6 i klagen at tilsynet i punkt 4.2.7 har misforstått grunnlaget for prisendringen som fremkommer i de nevnte dokumentene. I følge klager er årsaken til prisendringen at Opplysningen Mobil har forebedret kvaliteten på sin søketjeneste betydelig. Selskapet har hele tiden satset på å ha den høyeste treffprosenten i markedet.

Departementet vil i denne forbindelse bemerke at tilsynet har tatt hensyn til kvalitetsforbedringene gjennom prisene som er reflektert i vedtakets punkt 4.2.7, der både prisen på "treff" og "ikke-treff" er tatt med i beregningen av den antatte prisøkningen. Departementet bemerker at det faktum at Opplysningen Mobil valgte å øke sine priser, i seg selv taler for at selskapet vurderte prisøkningen som lønnsom. Videre er prisene heller ikke satt ned i ettertid, noe som også indikerer at økningen faktisk var lønnsom. Disse eksemplene på markedsaktørenes tidligere atferd tilsier at også en hypotetisk monopolist i samme situasjon kan foreta tilsvarende lønnsomme prisøkninger. Dette understøtter Konkurransetilsynets konklusjon om at SMS-søk utgjør et eget relevant marked.

Konkurransetilsynet har også benyttet forskjell i pris og marginalkostnad som en indikasjon på at nummersøk via SMS er et eget relevant marked. Klager anfører i punkt 2.6 at Konkurransetilsynet ikke har dokumentert eller sannsynliggjort at prisen på SMS-søk er vesentlig høyere enn marginalkostnaden i vedtakets punkt 4.2.7. Departementet mener likevel at tilsynet i vedtaket punkt 5.2.2.1 har sannsynliggjort at sluttbrukerprisen på SMS-søk er mye høyere enn marginalkostnaden. Gitt at en finner marginale kostnader eller alternative observerbare kostnader, som kan benyttes istedenfor marginalkostnaden, kan en stor forskjell på denne kostnaden og pris gi en indikasjon på at markedet som er til vurdering, er et relevant marked. Dersom en finner at pris og marginalkostnad er relativt like, kan det normalt ikke benyttes som grunnlag for å trekke noen slutninger om det markedet en undersøker er det relevante markedet

⁵² Tabell 3 er utarbeidet av tilsynet på bakgrunn av informasjon fra partene. Den viser prisutviklingen på SMS-søk for de største tilbyderne i perioden 2005-2008.

⁵³ [redacted]

i konkurranserettslig forstand. Departementet vil likevel påpeke at det ikke har tillagt det forhold at forskjellen mellom pris og antatt marginalkostnad i dette tilfellet er stor, vekt av stor betydning i markedsavgrensningen. Det hefter normalt stor usikkerhet om hva marginalkostnaden er, ettersom dette ikke er en kostnad som framgår av bedrifters regnskaper.

Videre mener departementet i likhet med tilsynet, at undersøkelsen som TNS Gallup gjennomførte for Opplysningen i november 2008⁵⁴ som klager viser til i punkt 2.3 i klagen, ikke gir grunnlag for å utvide det relevante markedet til også å inkludere Internett-søk. Departementet understreker at det må legges vekt på den totale lønnsomheten av en prisøkning, og ikke hvordan den enkelte forbruker oppfatter sine valgmuligheter ved gjennomføring av en SSNIP-test. Som en følge av at Opplysningen Mobil ikke kan prisdiskriminere⁵⁵ mellom sluttbrukerne basert på deres tilgang til ulike nummeropplysningskanaler, vil det også i en beslutning om å øke prisen på SMS-søk være tatt hensyn til at en andel av sluttbrukerne vil ha en reell mulighet til å benytte andre formidlingskanaler enn SMS.

Departementet mener på denne bakgrunn at Konkurransetilsynet har gjort en riktig vurdering av hva som er det relevante markedet, og at det ikke hefter feil ved den metoden tilsynet har benyttet. De nye kvalitative opplysninger som departementet har innhentet, støtter opp om den markedsavgrensningen tilsynet foretok.

7.3.2 Ingen av høringsuttalelsene fra bransjeaktørene støtter markedsavgrensningen i vedtaket

Klager anfører i punkt 2.4 i klagen at ingen av høringsuttalelsene støtter markedsavgrensningen i vedtaket. I spørsmålene⁵⁶ som ble stilt til aktørene, har ikke tilsynet knyttet markedsavgrensningen direkte opp mot en SSNIP-test ved å innhente informasjon om aktørene mente en hypotetisk monopolist lønnsomt kan gjennomføre en varig prisøkning på 5-10 prosent i et antatt relevant marked. Spørsmålet tilsynet stilte, var om de ulike opplysningstjenestene er substituerbare for kundene. Dette er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig forutsetning for at tjenestene skal være i samme marked. Tilsynet valgte ikke å følge opp aktørenes svar på avgrensningen av det relevante marked, men som omtalt over i punkt 7.3.1, i stedet avgrenset det relevante markedet blant annet ved en kvalitativ vurdering av produktegenskaper og opplysninger om prisatferd i markedet. Departementet mener at de vurderingene som tilsynet har foretatt i forbindelse med markedsavgrensningen i vedtaket, er tilstrekkelig. Det gjelder selv om bransjeaktørenes antagelser om hvilke produkter som er substitutter, ikke er tillagt særlig vekt. Departementet viser for øvrig til omtalen over i punkt 7.3.1, som underbygger tilsynets markedsavgrensning i denne saken. Samlet mener derfor departementet at det ikke foreligger feil i Konkurransetilsynets vedtak på dette punkt.

⁵⁴ "Markedsundersøkelse Opplysningen", TNS Gallup november 2008.

⁵⁵ Jf. også Opplysningen Mobils egen oppfatning, se klagen av 26. desember 2008 side 16.

⁵⁶ Se tilsynets brev av 25. juli 2008.

7.3.3 Tilsynets bruk av interne dokumenter fra Opplysningen som grunnlag for markedsavgrensningen i ettertid

Opplysningen Mobil anfører i klagens punkt 2.6 at tilsynet har basert markedsavgrensningen i vedtakets punkt 4.2.7 på dokumenter som det ikke er gitt anledning til å uttale seg om på forhånd. Dette gjelder Opplysningen Mobils interne presentasjon, "Benchmark: sms-kanalen" fra februar 2008 og protokollen fra styremøte 29. februar 2008. Dokumentene ble utarbeidet av Opplysningen Mobil i forbindelse med selskapets endring av prisen på SMS-søk i mars 2008. I vedtaket har tilsynet benyttet dette som eksempel på at tilbyderne av SMS-søk synes å ha foretatt lønnsomme prisøkninger.

Departementet vil i denne sammenheng vise til forvaltningsloven §§ 16 annet ledd og 17 annet ledd, om krav til forhåndsvarsling samt utrednings- og informasjonsplikt.

Etter § 16 annet ledd skal forhåndsvarselet "*... gjøre greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv.*" Kravet til varsel fastsettes ut fra en totalbedømmelse, med grunnlag i hva som er en forsvarlig og rasjonell saksbehandling. Det kan ikke være noe krav om at utfallet av saken antesiperes i varselet, men det er rimelig at parten oversendes opplysninger som foreligger i saken, for å lette og påskynde saksbehandlingen.⁵⁷ Videre følger det av forvaltningsloven § 17 annet ledd bokstav a at kravet om informasjon og kontradiksjon likevel ikke gjelder når "*... opplysningene bekreftes av framstilling som parten selv har gitt eller kontrollert i anledning av saken...*". Unntaket gjelder bare så langt partenes opplysninger tar sikte på den aktuelle situasjon.⁵⁸

Departementet understreker at dokumentene/opplysningene som klagepunktet gjelder, er Opplysningen Mobils egne. Selv om dokumentene ikke er utarbeidet spesielt i anledning saken, måtte klager forstå at de skulle brukes i saken, ettersom de er fremlagt for tilsynet i forbindelse med saksbehandlingen. Dersom eventuelt opplysningene kunne være egnet til å misforstås da de ble lagt frem for tilsynet, mener departementet at Opplysningen Mobil selv var nærmest til å rydde eventuelle feiltolkninger av veien. Departementet vil dessuten bemerke at tilsynet i brev av 20. januar 2009 til departementet har presisert at innholdet i de to nevnte dokumentene fra Opplysningen Mobil, ikke var avgjørende for konklusjonen i vedtaket. Dokumentene understøttet imidlertid de vurderinger og konklusjoner som ble foretatt om det relevante marked i varselet. Departementet mener således i likhet med tilsynet at reglene i forvaltningsloven §§ 16 og 17 om forhåndsvarsling og utrednings- og informasjonsplikt er overholdt, og at det ikke foreligger noen feil i tilsynets vedtak på dette punkt.

⁵⁷ Jf Geir Woxholth "Forvaltningsloven med kommentarer" 4. utgave (2006) punkt 8 side 316 flg.

⁵⁸ Jf Geir Woxholth "Forvaltningsloven med kommentarer" 4. utgave (2006) punkt 6 side 338.

7.3.4 Oppsummering av departementets vurderinger av markedsavgrensningen

På bakgrunn av en vurdering av Konkurransetilsynets vedtak, partenes anførsler og departementets egen informasjonsinnhenting, mener departementet i likhet med Konkurransetilsynet at det relevante produktmarkedet skal avgrenses til nummeropplysning via SMS.

7.4 Vedtaket bygger på en uriktig vurdering av konkurransen før foretakssammenslutningen

7.4.1 Vedtaket overvurderer betydningen av markedsandelene

Klager anfører i punkt 3.2 i klagen at tilsynet, i mangel av uavhengig tredjeparts statistikk, har basert seg på tall for omsetning mottatt fra hver enkelt konkurrent, ved beregningen av markedsandeler i SMS-markedet. Departementet har ingen innvendinger mot at tilsynet har lagt vekt på omsetningen til konkurrentene ved beregningen av markedsandelene i SMS-markedet. Det er vanlig praksis å legge vekt på salg/omsetning ved beregning av markedsandeler i fusjonssaker.⁵⁹

Videre er ikke departementet enig i klagers oppfatning om at tilsynet, i tillegg til å beregne markedsandelene til aktørene i SMS-markedet, også skulle ha foretatt en slik beregning som inkluderer andre formidlingskanaler i det relevante markedet. Det er ikke nødvendig å beregne markedsandelene i alternative markedsavgrensninger til det som legges til grunn i varselet og vedtaket. Departementet viser for øvrig til vurderingene i punkt 7.2 ovenfor.

Opplysningen Mobil anfører i punkt 3.2 at tilsynet ikke har vurdert tilbudsside-substitusjon i markedsavgrensningen. Departementet viser til at tilbudssidesubstitusjon er vurdert i vedtakets punkt 4.2.8.

Videre deler ikke departementet klagers oppfatning i punkt 3.2. om at Konkurransetilsynet har lagt for stor vekt på markedsandelene i saken (statisk analyse) og for liten vekt på eksisterende og potensielle konkurrenters responsmuligheter (dynamisk analyse).

Tilsynet har benyttet konsentrasjonsgraden som utgangspunkt for en nærmere analyse av foretakssammenslutningens konkurransemessige virkninger. Konkurransetilsynet har også analysert og vurdert de markedsstrukturelle forhold som påvirker Opplysningen Mobils mulighet til å utøve markedsrett før foretakssammenslutningen. Dette omfatter konkurrentenes responsmuligheter, etableringsmuligheter, potensiell

⁵⁹ Jf. EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked punkt 53 og 54.

konkurransen og kjøpermakt. Fremgangsmåten til tilsynet i denne saken følger således den vanlige fremgangsmåten i saker om foretakssammenslutninger.⁶⁰

Eksisterende konkurrenters responsmuligheter

Tilsynet har vurdert eksisterende konkurrenters responsmuligheter i vedtaket punkt 5.2.2.1. Som tilsynet har redegjort for, observeres ingen sterk priskonkurransen i markedet for SMS-søk, jf. tabell 3 i vedtaket. Departementet viser i denne forbindelse også til at uttalelsene som departementet har innhentet, jf. punkt 7.3.1 ovenfor, understøtter at det ikke foreligger sterk priskonkurransen i markedet for SMS-søk.

Departementet, mener i likhet med tilsynet, at den sannsynlige årsaken til den manglende priskonkurransen er at aktørenes insentiver til å konkurrere på pris er begrenset. Dette skyldes at det er lav prisbevissthet knyttet til SMS søk, slik at en aktør i liten grad vil få økt etterspørsel dersom prisen settes ned. Dette understøttes av Opplysningens egen markedsundersøkelse, [redacted]

[redacted]⁶¹ Departementet vil videre vise til at det legges til grunn at kunnskapen om pris på opplysning via SMS [redacted]⁶² Konkurrentene har dermed insentiver til å følge hverandres prisøkninger. Departementet viser i denne sammenheng også til at det i forbindelse med prisøkningen 6. mars 2008 [redacted]⁶³

Videre bemerker departementet at pris på SMS-søk i liten grad markedsføres overfor sluttbrukere. Dette bekreftes også av høringsuttalelsene departementet har mottatt, jf. ovenfor i punkt 7.3.1. Som tilsynet har vist til i vedtaket, eksisterer ingen samlet oppstilling over alle SMS tilbydernes priser for treff og ikke-treff, med tilhørende sannsynligheter. Konkurransetilsynet observerer heller ikke at den enkelte tilbyder oppgir slik informasjon til forbrukerne. Etterspørselen i markedet er flyktig, slik at markedsføring og merkevarebygging av eget kortnummer er viktig. Markedsføring som fokuserer på merkenavn fremfor pris, kan bidra til å redusere priskonkurransen mellom aktørene. For nærmere vurdering av klagers anførsler om markedsføringskostnader og etableringshindringer, vises til punkt 7.4.3 nedenfor.

Videre mener departementet at CPA-avtalene mellom innholdsleverandørene og teleoperatørene kan bidra til og redusere insentivene til priskonkurransen fra konkurrenter som også er mobiltelefonleverandører. Dette gjelder særlig CPA-avtaler der inntektsfordelingen avhenger av prisen innholdsleverandøren setter i markedet.

⁶⁰ Jf. blant annet Kommissjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger, OJ C 31, 5.2.2004, p. 5–18.

⁶¹ [redacted]

⁶² [redacted]

⁶³ [redacted]

Det nevnes for øvrig at Eniro har flermarkedskontakt med Opplysningen-konsernet, slik at det er sannsynlig at Eniro vil opptre mindre aggressivt i markedet for SMS-søk hvor de har små markedsandeler, for å unngå aggressive responser i markeder hvor de er større. Eniro har også respondert med prisøkning når Opplysningen Mobil har økt prisen på sin SMS tjeneste. Eniro gjennomførte en prisøkning 7. mars 2008 (fra kr 7 til kr 9), dagen etter at Opplysningen Mobil foretok en tilsvarende prisøkning.

Ulike aktører i markedet har i møter overfor departementet påpekt at prisen i markedet bestemmes av "markedslederne". De største aktørene setter priser under hensyn til virkningene på etterspørselen, responsen hos de andre aktørene, og til at det vil skje et frafall av kunder til mindre aktører og nisjeaktører. Når det gjelder de store aktørene, vil den manglende prisbevisstheten og risikoen for at økt priskonkurranse kan utløse en priskrig i markedet for nummersøk via SMS og i andre markeder der aktørene har flermarkedskontakter, redusere insentivene til å satse på en strategi med konkurranse på pris. Mange mindre aktører og nisjeaktører har samme prisnivå som de store aktørene. De ser ikke ut til å vurdere det som lønnsomt å satse på å øke markedsandelen gjennom markedsføring av SMS-søk særskilt og konkurranse på pris. Disse vil heller ta en del av markedet gjennom tilgang til kundegrupper. Det gjør de ved å drive mer eller mindre relaterte tjenester, der de når ut til en viss kundegruppe med sitt kortnummer. Aviser og liknende aktører, kan for eksempel tilby nummeropplysning som en tilleggstjeneste på sitt innarbeidete kortnummer markedsført på sin hjemmeside. Ettersom mindre aktører og nisjeaktører i utgangspunktet ser ut til å rette seg mot den delen av markedet de når via andre kanaler enn å markedsføre SMS-søk særskilt, vil det være mest lønnsomt å oppnå høyest mulig fortjeneste ved å legge sin pris rundt prisnivået som markedslederne setter. Eventuelt kan disse benytte nummeropplysning til å promotere andre tjenester, framfor å utfordre markedslederne på pris.

Departementet er på denne bakgrunn enig i tilsynets vurdering om at konkurranse fra de eksisterende aktørene i markedet ikke hindrer utøvelse av markedsrett. Dette skyldes manglende incentiver hos aktørene til å konkurrere på pris.

Potensiell konkurranse

Videre har tilsynet vurdert potensielle konkurrenters responsmuligheter i vedtakets punkt 5.2.2.3. Departementet deler tilsynets oppfatning om at den potensielle konkurransen fra nyetablering er begrenset, og at betydningen av potensiell konkurranse som følge av konvergens mellom markedet for SMS-søk og markedet for opplysningssøk gjennom andre kanaler er usikker. I tillegg kommer at SMS-søk er godt innarbeidet i "massemarkedet", og at det således vil ta tid før nye brukervaner er etablert. I likhet med Konkurransetilsynet, mener departementet at informasjonen som klager har fremført på dette punkt, ikke gir holdepunkter for at konvergens mellom SMS-søk og andre nummeropplysningskanaler er av et slikt omfang at den i tilstrekkelig grad kan motvirke utøvelse av markedsrett.

Den anførte konvergensen som klager mener skal skje, ligger etter departementets oppfatning for langt frem i tid til å forhindre utøvelse av markedsrett innenfor den tidsrammen som er relevant for den konkurranserettslige analysen. Det kan ta lang tid å endre sluttbrukernes brukervaner, og det er derfor stor usikkerhet knyttet til når Internett-søk over mobiltelefon vil få gjennomslag i massemarkedet på tilsvarende måte som SMS. TNS Gallups undersøkelser om bruk av mobilt medieinnhold viser at antallet personer som bruker mobile medietjenester i dag er svært beskjedent. TNS Gallups undersøkelser viser at andelen personer som benyttet mobilt medieinnhold daglig lå rundt 4 prosent i begynnelsen av 2007 og økte til rundt 5 prosent mot slutten av 2008. Det har vært en svak stigende trend siden 2005, da andelen lå på rundt 3,5 prosent i første halvdel av 2005. Økningen i nedlasting av datatrafikk i Post- og teletilsynets statistikker, kan i hovedsak henføres til at eksisterende brukere laster ned mere data, og ikke i det vesentlige til at flere kunder har begynt å surfe på Internett via mobiltelefon.⁶⁴ Departementet viser også til at iPhone håndsett utgjør en svært begrenset andel av det totale antallet mobiltelefoner i Norge.⁶⁵ Også bruken av installerte klienter er svært beskjeden.⁶⁶ Enkelte av Opplysningen Mobils konkurrenter har i den senere tid lansert tilsvarende produkter som mobilt søk ved hjelp av installerte klienter, herunder Mobile Nordic, men bruken av installerte klienter er i dag likevel svært beskjeden.

Teleoperatørene Telenor Mobil AS, Network Norway AS, Netcom AS, Chess AS og Tele2 AS har alle uttalt seg skriftlig til departementet om mobiltelefoni og konvergens, som en del av departementets informasjonsinnhenting. Samtlige aktører ser for seg økt bruk av Internett på mobil slik at dette vil bli vanlig. Internettjenester vil i denne sammenheng erstatte store deler av de tjenester som tilbys via SMS gjennom CPA avtaler. Dette ligger imidlertid fram i tid. Telenor Mobil AS og Network Norway AS uttaler at etterspørselen etter nummersøk via SMS vil ligge stabilt høyt eller være svakt voksende de nærmeste to årene. Chess AS uttaler at de vurderer en reduksjon i bruk av nummersøk via SMS de nærmeste to årene, mens Netcom AS og Tele2 AS er mer nøytrale i vurderingen av dette spørsmålet. Departementet viser i denne forbindelse også til uttalelsen fra Askadam som understøtter oppfatningen av at konvergensen mellom SMS-søk og andre nummeropplysningskanaler ligger for langt frem i tid.

⁶⁴ Jf. TNS Gallup 2008 "Forbruker & Media, Bruk av mobilt medieinnhold 3. kvartal 2008" side 10, TNS Gallup 2008 "Forbruker & Media, Bruk av mobilt medieinnhold 4. kvartal 2008" side 12, og rapporten "Det norske ekomarkedet per 3. kvartal 2008" av 12. desember 2008, revidert 14. januar 2009 side 10. NettCom AS har også opplyst overfor Konkurransetilsynet i e-post av 26. november 2008 at en iPhone kunde i gjennomsnitt bruker ca. 25 ganger så mye datakapasitet per måned som en kunde med vanlig mobiltelefon.

⁶⁵ Ifølge Post- og teletilsynet var det i overkant av 5 millioner mobilabonnement i Norge 30. juni 2008. Se rapporten "Det norske ekomarkedet 1. halvår 2008" av 28. oktober 2008. Antall mobilabonnement var ved utgangen av 2008 anslått til 5, 157 millioner, jf. rapporten "Det norske ekomarkedet per 3. kvartal 2008" av 12. desember 2008, revidert 14. januar 2009. Opplysningen Mobil opplyste i møte med tilsynet 27. november 2008 at det er solgt ca. 80.000 iPhone håndsett i Norge siden lanseringen sommeren 2008.

⁶⁶ I møte med Konkurransetilsynet 27. november 2008 redegjorde Opplysningen Mobil nærmere for utviklingen av nye tjenester generelt, og installerte klienter spesielt. Både ved utgangen av 2006 og 2007 hadde Opplysningen Mobils installerte klient søk ca. 50.000 brukere.

Departementet har i tillegg innhentet en utredning fra Norsk Telecom AS vedrørende mulighetene for konvergens mellom opplysningssøk via SMS og andre kanaler, i rapporten "Nummeropplysningstjenester – Markedsutsiktene for Internettbasert nummeropplysning ved bruk av håndholdte terminaler".⁶⁷ I rapporten er det sett nærmere på om utviklingen i bruk av Internett på mobil de nærmeste to årene vil konvergere til et større marked sammen med SMS-søk. Rapporten konkluderer negativt med hensyn til sannsynligheten for at en slik utvikling vil finne sted. Det legges vekt på at manglende nettutbygging utenfor bysentrale strøk vil utgjøre et vesentlig hinder for økt utbredelse de nærmeste to årene. Videre legges det til grunn at utbudet av terminaler (eksempelvis iPhone) gjør at det virker lite sannsynlig at denne trenden skal få en vesentlig brattere vekstkurve de neste to årene. Det er også lagt vekt på at det ikke er sannsynlig at en eller flere aktører vil sponse/subsidiere denne typen mobilterminaler tungt. Disse vil først hente ut potensialet blant de som vil betale dagens priser, og etter hvert tilnærme seg det bredere publikum, gjerne kombinert med et forventet prisfall på terminalenes reelle kostpris. Videre mener Norsk Telecom AS at det ikke er sannsynlig at nummeropplysningsaktørene vil markedsføre denne tjenesten tungt, så lenge de har store etablerte inntektsstrømmer fra alternative løsninger. Ved å markedsføre tungt nye tjenester der inntjeningsmulighetene er mer usikre, vil aktørene miste inntekter fra de etablerte tjenestene. Endelig peker Norsk Telecom AS på at brukervanene må endres og at de nye tjenestene må bli populære.

Klager har også fremlagt opplysninger vedrørende konvergens, herunder om økt bruk av iPhone og reduksjon i prisene fra Telenor på mobilt Internett, jf. blant annet e-post av 27. februar 2009 til departementet. I møte 1. april 2009 med departementet har klager fremført at Norsk Telecom AS har undervurdert utbredelsen av iPhone i rapporten, og viser til at Brightpoint Norway AS anslår at antallet iPhone vil være større enn Norsk Telecom AS har lagt til grunn. Departementet har vært i kontakt med referanseperson som klager har oppgitt på anmodning fra FAD. Vedkommende, som ikke lenger er ansatt i Brightpoint Norway AS, har oppgitt at anslaget ikke var ment bokstavelig og var basert på mobiloperatørens markedsandeler og opphøret av NetCom AS sin enerett til salg av iPhone. Vedkommende viser også til at mobiloperatørene er nærmest til å gi en prognose for utbredelsen av iPhone. Norsk Telecom AS har i sine prognoser for utbredelse av iPhone og tilsvarende mobiler basert seg på anslag fra Elektronikkbransjen som er en bransjeforening for elektronikkaktører. Departementets vurdering er derfor at opplysningene som er gitt av Opplysningen Mobil på dette punkt er usikre, og at de således ikke er egnet til å svekke vurderingene og konklusjonene som er lagt til grunn i rapporten fra Norsk Telecom AS.

Departementets vurdering er at det på sikt vil skje en konvergens slik at bruk Internett på mobil vil bli mer vanlig og i betydelig grad vil erstatte tjenester som tilbys via SMS, herunder nummersøketjenester via SMS. Forutsetningene for dette er økt utbredelse av mobilterminaler som egner seg for bruk på Internett, prissetting som gjør

⁶⁷ Utarbeidet av Norsk Telecom AS på oppdrag fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet 30. mars 2009.

kostnadene ved bruk av Internett på mobil rimelige og forutberegnlige, og at innarbeidede brukervaner endrer seg, særlig sterkt innarbeidede vaner for nummer-søketjenester via SMS. På lengre sikt er det sannsynlig at disse forutsetningene vil være oppfylt. Departementets vurdering av Konkurransetilsynets vedtak og ny informasjon i saken tilsier imidlertid at det i den tidsperioden som er relevant for den konkurranse-rettslige analysen, dvs. i løpet av en to års periode, ikke vil skje endringer av et slikt omfang at det hindrer utøvelse av markedsrett i markedet for nummersøktjenester via SMS.

7.4.2 Vurderingen av konkurrentenes responsmuligheter bygger på en misvisende prissammenlikning

Klager anfører i punkt 3.3 i klagen at Konkurransetilsynets prissammenlikning i vedtakets punkt 5.2.2.1 er misvisende, fordi den bygger på bruttopriser. Videre anføres at leverandørene benytter seg av de ulike prismodellene i markedsføringen sin. Departementet deler ikke klagers oppfatning om at det er misvisende å bygge på bruttopriser. Som tilsynet har vist til i vedtaket, eksisterer ingen samlet oppstilling av alle SMS tilbydernes priser for treff og ikke-treff med tilhørende sannsynligheter. Konkurransetilsynet observerer heller ikke at den enkelte tilbyder oppgir slik informasjon til forbrukerne. Sluttbrukerne må derfor i all hovedsak forholde seg til bruttoprisene, ettersom sluttbrukerne ikke kjenner sannsynligheten for riktig treff, og således ikke har anledning til å sammenligne nettoprisene. Dette understøttes også av Opplysningens egen markedsundersøkelse fra [redacted]

[redacted] ⁶⁸ I samme undersøkelser fremkommer også at [redacted]

[redacted] ⁶⁹ Departementet vil videre vise til at det legges til grunn at kunnskapen om pris på opplysning via SMS [redacted] ⁷⁰ Også opplysningene fra Network Norway og Askadam bekrefter dette.

Videre påpeker klager i punkt 3.3 at prissammenlikningen ikke omfatter Lindorff Match sin introduksjonspris i juli 2008 med SMS-søk til kr 1. Departementet vil i denne forbindelse vise til at Konkurransetilsynets tabell 3 i punkt 5.2.2.1 viser prisutviklingen fra 2005 til juni 2008. I samme punkt har tilsynet særskilt redegjort for Lindorff Match sin prismodell, men at selskapets inntreden i markedet ikke virket disiplinerende på de etablerte aktørene. Departementet slutter seg til Konkurransetilsynets vurderinger på dette punkt.

Klager anfører også at tilsynet har oversett at det foregår en sterk innovasjons- og kvalitetsbasert konkurranse i markedet for SMS-søk, gjennom ensidig å fokusere på

⁶⁸ [redacted]

⁶⁹ [redacted]

graden av priskonkurransen. Opplysningen Mobil viser til at selskapet har forbedret sin treffrate sammenliknet med andre konkurrenter, og at det er opprettet en manuell kundeservice hvor SMS-brukere som ikke får treff, kan ringe inn. Departementet vil i denne sammenheng bemerke at det er naturlig at tilsynet i sine vurderinger tar utgangspunkt i om priskonkurransen i markedet for SMS-søk fungerer tilstrekkelig eller ikke. Priskonkurransen er den mest tydelige og identifiserbare konkurranseformen som gir best signaler til forbrukerne om produktene. Dersom priskonkurransen ikke fungerer tilstrekkelig i markedet for SMS-søk før foretakssammenslutningen, er dette i utgangspunktet en god indikasjon på at forholdene ligger til rette for utøvelse av markedsrett, selv om det i en viss utstrekning også skulle foreligge konkurranse på kvalitet mellom aktørene i markedet. Departementet mener derfor at den manglende priskonkurransen i markedet for SMS-søk ikke oppveies av at produktene har fått bedret kvalitet.

Videre anfører klager at det er vanskelig å fastslå om prisene på SMS søk skyldes høy etterspørsel eller konkurrentenes manglende responsmuligheter. I likhet med tilsynet mener departementet at de høye prisene på SMS-søk tyder på at konkurransen i markedet ikke er virksom. Som redegjort for i vedtakets punkt 5.2.2.1. har Opplysningen Mobil selv lagt til grunn at SMS søk [redacted] [redacted]⁷¹ Videre har Aspiro gitt uttrykk for tilsvarende vurderinger i møte med Konkurransetilsynet 10. november 2008. Opplysninger fra Telenor og Chess bekrefter også dette. Departementet vil videre påpeke at partene har anført at det ikke er kapasitetsproblemer i markedet. Dette innebærer at aktørenes grensekostnader i liten grad påvirkes av at produksjonen øker. Ved fungerende konkurranse skulle derfor en økt etterspørsel ikke føre til økte priser av betydning.

Når det gjelder vurderingene av konkurrentenes responsmuligheter, viser departementet for øvrig til punkt 7.4.1 ovenfor.

7.4.3 Vurderingen av etableringshindringer er ufullstendig og uriktig

Klager anfører i punkt 3.4 i klagen at tilsynets vurderinger av etableringshindringer og graden av potensiell konkurranse er for overfladisk og begrenset til å gi et riktig bilde av de reelle markedsforholdene. Klager mener at markedet for nummeropplysning tvert i mot er kjennetegnet av lave etableringshindringer og sterk potensiell konkurranse. Under dette punkt vil departementet kommentere klagers anførsel vedrørende etableringshindringer. Når det gjelder departementets vurderinger av potensiell konkurranse i markedet for nummeropplysning via SMS, vises til punkt 7.4.1 ovenfor.

Klager anfører innledningsvis at tilsynet har valgt å legge vekt på uttalelser fra høringsinstansene når det gjelder etableringshindringer, men ikke når det gjelder

⁷¹ [redacted]

markedsavgrensningen, jf. punkt 7.3.2 ovenfor. Til dette vil departementet bemerke at tilsynet har anledning til å legge vekt på uttalelser fra høringsinstansene som er tilstrekkelig begrunnet med konkurranserettslige argumenter og faktiske opplysninger, noe departementet mener er tilfellet her. Videre vil departementet fremheve at de opplysningene som departementet har innhentet, jf. nedenfor, også underbygger Konkurransetilsynets vurderinger av etableringshindringer i denne saken. Departementet vil for øvrig vise til at uttalelser fra aktører som bevis, tillegges vekt ut fra konkrete forhold. Eksempelvis gis uttalelser vekt ut fra den kompetansen aktører har til å uttale seg om det konkrete spørsmålet, insentiver forbundet med interesser i utfallet i saken e.l. Normalt vil markedsaktører ha bedre forutsetninger for å uttale seg om forhold knyttet til normal drift, slik som eksempelvis markedsføring, enn om vurderinger av rettslige eller økonomiske forhold som aktørene ikke daglig befatter seg med.

Departementet har ikke holdepunkter for å anta at aktørene som har uttalt seg i saken, har systematiske insentiver til å uttale seg i en bestemt retning for å påvirke utfallet av saken. Mange som har uttalt seg, har også uttalt at de ikke oppfatter foretakssammenlutningen som et konkurransemessig problem. En slik uttalelse lar seg vanskelig forene med Opplysningen Mobils antakelse om at aktørene ønsker å skade Opplysningen Mobil ved strategisk å gi opplysninger om markedet til ugunst for Opplysningen Mobil. Departementet vil også legge til at konkurrenter vil kunne ha interesse i at konkurransen reduseres ved at en foretakssammenslutning fører til at konkurransen begrenses. Dette vil gi en strategisk interesse i å uttale seg til gunst for Opplysningen Mobil.

Opplysningen Mobil har også gjort gjeldende at Konkurransetilsynet kun vurderer enkelte indikatorer for etablering, og at vurderingen er overfladisk i det den overser vesentlige karakteristika ved de indikatorene det faktisk er fokusert på. Opplysningen Mobil viser i denne sammenheng til en rapport fra Copenhagen Economics. Departementet er enig med klager i at det finnes en rekke indikatorer som kan belyse etableringsmulighetene i et marked. Men som tilsynet har fremhevet, vil valget av indikatorer nødvendigvis være avhengig av den konkrete bransjen. Departementet har derfor i likhet med Konkurransetilsynet valgt å fokusere på databasetilgang og markedsføringskostnader som etableringshindringer, ettersom disse faktorene ble fremhevet av høringsinstansene som særlig relevante vedrørende muligheten for lønnsom etablering.

Markedsføringskostnader

Klager mener det er uholdbart av tilsynet å påstå at "Opplysningen 1881" er en sterk merkevare, og påstanden er heller ikke begrunnet. Departementet viser i denne forbindelse til Årsrapporten til Opplysningen for 2007, der selskapet selv vurderer merkenavnet på samme måte.⁷²

⁷² Jf. Årsrapport Opplysningen AS 2007, eksempelvis på side 8 "Opplysningen 1881 er etablert som en av Norges sterkeste merkevarer, uansett bransje", side 8 " Dette har gitt merkevaren 1881 sterke positive

Videre vil departementet bemerke at det er alminnelig antatt i juridisk og økonomisk teori at markedsføringskostnader og merkevarer kan være etableringshindringer. EU-domstolen legger til grunn at markedsføring og merkevarer representerer etableringshindringer.⁷³ I samsvar med dette, følger det eksempelvis av Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner⁷⁴ punkt 71 c at markedsføring og merkevarer anses som etableringsbarrierer. Tilsvarende vurderinger er kommet til uttrykk i den nylig vedtatte veiledningen fra Kommisjonen om håndheving av EF-traktatens artikkel 82.⁷⁵

Også opplysninger som departementet har innhentet fra 1888, Askadam, Opplysningen 180.no og Eniro, bekrefter at markedsføring og den sterke merkevaren til Opplysningen 1881 representerer etableringshindringer. Tilsvarende vurdering har Sesam.no og Lindorf Match AS gitt til Konkurransetilsynet. Som eksempel kan det nevnes at en av årsakene til at det nyetablerte selskapet 1888 har som

Opplysningen Mobil AS og Aspiro Søk AS, gjennom flere år har drevet omfattende markedsføring av sine SMS-tjenester. 1888 mener derfor

Også Post – og teletilsynet har lagt til grunn at markedsføring er en avgjørende faktor for markedsandeler for de ulike aktørene. Post- og teletilsynet har blant annet gitt uttrykk for at eksempelvis 1881 har vært ”vesentlig mer synlig enn de øvrige aktørene”, uten at det har tall for hvor mye de ulike aktørene har brukt på markedsføring av sine tjenester.⁷⁶

Videre anfører Opplysningen Mobil at markedsføringen av opplysningstjenester har spesielle karakteristika. Markedsføring av opplysningstjenester er en driftskostnad, som er nødvendig for å opprettholde en sentral posisjon i markedet, og ikke en særlig investering. Som nevnt ovenfor mener departementet i likhet med tilsynet at det er godt dokumentert at ”Opplysningen 1881” er etablert som en sterk merkevare. En sterk merkevare innebærer en ”markedsføringskostnadsfordel” sammenliknet med en nyetablert aktør. Selv om markedsføringen innen nummeropplysningsvirksomhet eventuelt ikke skulle være merkevarebygging i tradisjonell forstand, vil det uansett være slik at markedsføring av et SMS nummer over flere år fører til at flere kunder husker nummeret selv i en periode med lite markedsføring. Gjennom investeringer i

assosiasjoner i markedet og symboliserer en kvalitet og troverdighet som konkurrentene ikke kan matche”. Videre på side 11: ”... har vi klart å bygge en av de sterkeste, mest troverdige og mest verdifulle merkevarene i Norge.”

⁷³ Case 27/76 *United Brands v. Commission* (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR 429, paras 91-94.

⁷⁴ Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger.

⁷⁵ Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings paras 16-17, OJ (2009) C 45/02 p. 7.

⁷⁶ Rapport fra Post- og teletilsynet ”Konkurransen i det norske markedet for nummeropplysning – en analyse og evaluering”, 29. april 2003, punkt 5.1.8 side 31.

markedsføring har både Opplysningen 1881 og andre aktører bygget merkevarer som gjør det vanskelig for nye tilbydere å etablere seg og kapre markedsandeler, uten betydelig investeringer i markedsføring. Departementet mener i likhet med tilsynet at de sunkne kostnadene knyttet til innarbeiding av merkevarer og kortnumre, utgjør en effektiv etableringshindring for aktører som ønsker å etablere seg i SMS nummeropplysningsmarkedet. Dette bekreftes også av aktørene som departementet og tilsynet har innhentet uttalelser fra, jf. ovenfor.

Videre viser Opplysningen Mobil blant annet til at det i 2008 eksisterte ca. 50 tilbydere av SMS-søk og Internettsøk. Dette bekrefter etter klagers oppfatning at markedsføringskostnader ikke er en betydelig etableringshindring. Departementet er ikke uenig i at det som utgangspunkt ikke er vanskelig å komme inn på markedet som ny aktør av SMS-søk. Men som tilsynet har redegjort for i vedtakets punkt 5.2.2.2, er det imidlertid etableringer av et slikt omfang at utøvelse av markedsrett kan forhindres, som i denne sammenheng er av betydning ved vurderingen av om det foreligger etableringshindringer eller ikke.⁷⁷ Departementet mener derfor at det ikke i seg selv avgjørende hvor mange aktører som etablerer seg på markedet, men om deres etablering er av et omfang at dette kan disiplinere de store aktørene i markedet.

Klager har i møte med departementet 23. mars 2009 fremført ytterligere argumentasjon for at markedsføringskostnadene i denne saken ikke utgjør en etableringshindring. Det legges frem data for Opplysningen Mobil, som viser at halveringstiden for effekten av markedsføring for nummeropplysning via SMS er kort. Dersom det ikke fortløpende reklameres i dette markedet, vil salgseffekten halveres i løpet av svært kort tid, i følge klager. Det er med andre ord helt avgjørende og være "top of the mind" hos forbrukerne som tar en kjøpsbeslutning hver gang de bestemmer seg for å bruke nummeropplysning via SMS. Derfor mener klager at markedsføring primært er en driftskostnad som gjøres løpende av alle, uavhengig om disse er nye eller etablerte aktører, og at nivået på markedsføringskostnadene i seg selv ikke er avgjørende.

Som nevnt ovenfor mener departementet at det er godt dokumentert at "Opplysningen 1881" er etablert som en sterk merkevare. Departementet kan ikke se at de opplysningene og den analysen som partene presenterte i møte 23. mars 2009 godtgjør at markedsføring ikke er en etableringshindring i dette markedet. Departementet har heller ikke selv, basert på opplysningene som klager har fremlagt, klart å utvikle en overbevisende argumentasjon som støtter klagers oppfatning. Det foreligger etter det departementet kjenner til, ingen økonomisk litteratur som entydig taler for at kort halveringstid på markedsføring hos aktører innebærer at markedsføring ikke er en etableringshindring. Dette framgår blant annet av litteratur partene har vist til selv.⁷⁸ Tvert om gir litteraturen resultater som kan peke i mange retninger.

⁷⁷Jf. blant annet Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger, para. 75.

⁷⁸ Bagwell, Kyle, "The Economic analysis of Advertising", Columbia University Discussion Paper Series no. 0506-01, 2005.

Departementet vil videre påpeke at en ny aktør vil møte en betydelig markedsføringsrisiko som etablerte aktører ikke står overfor. For det første vil nye aktører ha en risiko for at markedsføringskampanjen slår feil. For det andre vil nye aktører måtte vurdere risiko knyttet til en aggressiv reaksjon hos de etablerte aktørene på deres inntreden i markedet. Dette gjør effektene av en markedsføringskampanje for en nyetablerer mer usikker.

Departementet har ved flere anledninger bedt klager om en nærmere redegjørelse for bakgrunnen for Opplysningen Mobils kjøp av Aspiro Søk og den avtalte kjøpesummen. I fullstendig melding og i klagen har Opplysningen Mobil oppgitt som begrunnelse for kjøpet at selskapet ønsket å skaffe seg to kortnummer som kunne brukes til å teste ut nye løsninger. Av kjøpsavtalen er det vanskelig å se at kjøpet av Aspiro Søk inneholdt annet av vesentlig verdi enn nettopp disse to numrene og deres tilhørende markedsandeler. Et alternativ til kjøpet av Aspiro Søk kunne vært at Opplysningen Mobil selv etablerte slike telefonnummer, noe det ikke valgte å gjøre. Departementet mener derfor at det er vanskelig å forstå kjøpesummen, på 145 millioner kroner⁷⁹ for Aspiro Søk, uten at det forklares med at det likevel er en eller annen form for etableringshindring i markedet. Dette er også konsistent med opplysningene om at markedsføringskostnader er en etableringshindring, og at de store etablerte telefonnumrene er merkevarer, jf. ovenfor.

I møte med departementet 1. april 2009, har klager fremlagt ytterligere informasjon om bakgrunnen for kjøpet. Klager mener at [REDACTED]

[REDACTED] Dette skyldes at markedet for nummeropplysning via SMS i løpet av 3-5 år vil bli betydelig utfordret av Internett på mobil og annonsefinansierte løsninger.

Departementet kan imidlertid ikke se at disse opplysningene endrer våre vurderinger jf. ovenfor. Kjøpesummen forklares nettopp med at Opplysningen Mobil gjennom overtakelsen får umiddelbar tilgang til Aspiro Søks markedsandeler. [REDACTED]

[REDACTED]. Departementet mener at en forklaring på dette kan være at virkningen av markedsføring er kortvarig, i alle fall for de kunder en vinner ved en markedsføringskampanje, jf. halveringstiden, og at det dermed tar tid å få en stabil gruppe kunder. Med andre ord er markedsføringskostnader og merkevarebygging etableringshindringer. Under alle omstendigheter [REDACTED] at det vil ta minst to år før en nyetablerer vil kunne utgjøre en konkurransekraft i markedet som kan utfordre Opplysningen Mobil og Aspiro Søk.

⁷⁹ Prisen er senere redusert til 125 millioner kroner fordi overtakelsen av selskapet er forsinket.

Departementet mener derfor i likhet med tilsynet at markedsføringskostnadene utgjør en etableringshindring for aktørene som ønsker å etablere seg i markedet for SMS-søk.

Databasetilgang

Klager mener at påstanden om at avtalebasert tilgang til databasene er en etableringshindring av betydning, er grunnløs og uten støtte fra høringsinstansene. Departementet vil her vise til tilsynets brev av 20. januar 2009 punkt 3.3.1.3. Her fremkommer at Konkurransetilsynet har beskrevet ulike forhold vedrørende databasetilgang som etableringshindring i vedtakets punkt 5.2.2.2. Tilsynet peker blant annet på at konkurranse i oppstrømsmarkedet er en forutsetning for å redusere en slik etableringshindring og at foretak med avtalebasert tilgang vil være utsatt for en risiko knyttet til endring av avtalevilkårene. Høringsinstansene og Opplysningen Mobil mener imidlertid at det er uproblematisk å få avtalebasert databasetilgang, blant annet med utgangspunkt i at det eksisterer 5 aktører som har databaser som er tilgjengelige for andre aktører på markedet. Konkurransetilsynet har i samsvar med dette i vedtaket gitt uttrykk for at avtalebasert tilgang vil kunne redusere denne etableringshindringen.

Departementet har ikke gjort en nærmere vurdering av databasetilgang som etableringshindring i markedet for nummeropplysning via SMS, ettersom andre faktorer ble vurdert som mer viktige etableringshindringer, og det tilsynelatende var en fungerende konkurranse om tilbudet av databasetjenester. Departementet har i sin informasjonsinnhenting likevel fått opplysninger som kan tyde på at det er forhold som hindrer en slik fungerende konkurranse. Blant annet er det blitt påpekt at enkelte databasetilbydere som selv tilbyr nummersøk via SMS, har vegret seg mot å selge opplysninger til aktører som ønsker å tilby slike nummersøk til en lavere pris, og at enkelte slike aktører ikke gir tilgang til den best mulige kvalitet. Disse synes likevel å ha fått tilfredsstillende tilgang hos Easy Connect AS. Departementet har derfor ikke lagt vekt på databasetilgang som etableringshinder ved vurderingen av konkurranse-situasjonen før foretakssammenslutningen.

7.4.4 Oppsummering av departementets vurdering av konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen

Etter en samlet vurdering har departementet, som Konkurransetilsynet, funnet at konkurransen i markedet for SMS nummeropplysning er vesentlig begrenset før transaksjonen. Det er i denne vurderingen særlig lagt vekt på at det relevante markedet er konsentrert, konkurrentenes responsmuligheter er begrenset og at det foreligger etableringshindringer i form av markedsføringskostnader og etablerte merkevarer. I tillegg kommer at den potensielle konkurransen er begrenset, herunder er det knyttet usikkerhet til potensiell konkurranse fra andre opplysningskanaler mot SMS-søk.

7.5 Vedtaket bygger på en uriktig vurdering av konkurransen etter foretakssammenslutningen

Under dette punktet har departementet vurdert om det var korrekt av Konkurransetilsynet i vurderingen av virkningen av Opplysningen Mobils kjøp av Aspiro Søk å ta

utgangspunkt i konkurransesituasjonen og markedet slik det var før oppkjøpet. Alternativt om det er mest sannsynlig at det vil skje slike endringer i markedsholdene, at tilsynet burde tatt utgangspunkt i en annen konkurransesituasjon. Det alternative som departementet har vurdert, er om søk på nummeropplysning ved hjelp av mobilt Internett i løpet av en to års periode vil bli en del av et større marked, som også inkluderer SMS-søk. Departementet er kommet til at det er sannsynlig at utviklingen vil gå i retning av et slikt større marked for mobilt nummersøk, men at det ikke vil skje i et slikt omfang innenfor en to års periode til at tilsynet burde lagt til grunn et større marked enn SMS-søk for vurderingen av konkurransen etter ervervet av Aspiro Søk. Det vises til punkt 7.4.1 foran for begrunnelsen for denne vurderingen. Departementet er således enig med Konkurransetilsynet i at vurderingen av virkningen av Opplysningen Mobils kjøp av Aspiro Søk på konkurransen etter oppkjøpet skal ta utgangspunkt i konkurransesituasjonen og markedet slik det var før oppkjøpet.

Klager anfører at tilsynet har oversett den sterke innovasjons- og kvalitetsbaserte konkurransen som foregår i dette markedet. Gjennom kjøpet av Aspiro Søk vil Opplysningen bidra til at denne konkurransen forsterkes ytterligere. Departementet viser til det som er redegjort for når det gjelder kvalitets- og innovasjonsbasert konkurranse i punkt 7.4.2 ovenfor. I tillegg vil departementet bemerke at også en konkurranse basert på innovasjon og kvalitet fremfor pris fungerer best når det er flere aktører i markedet. Foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil og Aspiro Søk reduserer antall tilbydere i markedet for SMS-søk.

Videre viser Opplysningen Mobil til tabell 3 i tilsynets vedtak, hvor det anføres at Aspiro Søk verken er eller har forsøkt å være en aktør som vil drive priskonkurranse. I tillegg vises det blant annet til at Aspiro Søk ikke forsøker å holde prisene lavere enn Opplysningen Mobil og at Aspiro Søk har vært først ute med å sette opp sine priser. Klager har i møte med departementet 23. mars 2009 fremført ytterligere argumentasjon for at Aspiro Søk ikke kan vurderes som en "Maverick" eller "utfordrer" i dette markedet.

Departementet har i likhet med Konkurransetilsynet funnet at foretakssammenslutningen øker sannsynligheten for ytterligere prisøkninger i markedet for SMS-søk. Departementet har i punkt 7.4.1 beskrevet hvordan det oppfatter konkurranse-situasjonen i markedet for nummeropplysning via SMS. De store aktørene vil ta hensyn til de andre større aktørenes prisreaksjoner når de fastsetter prisnivå, og at en prisøkning vil føre til en viss etterspørselsøkning hos mindre aktører og nisjeaktører som tilpasser seg de store aktørene sitt prisnivå. Konkurransen vil således ha en viss disiplinerende virkning på prisene, og det vil kunne være konkurranse i andre dimensjoner, herunder på innovasjon og kvalitet. Etter departementets oppfatning er det ikke en nødvendig forutsetning at Aspiro Søk er en "Maverick" for at Opplysningen Mobils oppkjøp av Aspiro Søk forsterker en allerede vesentlig begrenset priskonkurranse i markedet for SMS-søk. Et selvstendig Aspiro Søk vil bidra til priskonkurranse og innovasjon i prissettingen. Flere opplysninger i saken bekrefter dette.

Opplysningen Mobil har i interne dokumenter⁸⁰ beskrevet [redacted] [redacted] Aspiro Søk har vært først ute med prisøkninger på kortnummeret 1985, men ikke på kortnummeret 2100. Aspiro Søk har videre anvendt en prismodell med "hvert tredje søk gratis" siden introduksjonen av kortnummer 2100 i august 2006. En tilsvarende prismodell ble anvendt for kortnummeret 1985 i perioden 1. juli 2002 til 7. februar 2006, jf. tabell 3 i vedtaket punkt 5.2.2.1. Dette tyder på at Aspiro Søk før oppkjøpet var en konkurrent som til en viss grad disiplinerte Opplysningen Mobil i prissettingen.

En foretakssammenslutning mellom to innarbeidede opplysningstjenester vil dermed kunne redusere sannsynligheten for sterkere priskonkurransen. Som det fremgår av punkt 7.4.1 over, har de to andre store aktørene i markedet, Eniro og Telenor, begrensede insentiver til å konkurrere på pris.

Klager anfører også at det ikke foreligger store etableringshindringer i dette markedet, og viser blant annet til Aspiro Søks etablering. Departementet mener i likhet med Konkurransetilsynet at etableringshindringene som beskrevet i vedtaket punkt 5.2.2.2 jf. ovenfor i punkt 7.4.3 også vil være tilstede etter ervervet.

Foretakssammenslutningen endrer heller ikke graden av potensiell konkurranse jf. ovenfor i punkt 7.4.1.

7.5.1 Oppsummering av konkurransesituasjonen etter foretakssammenslutningen

På bakgrunn av dokumentasjonen og de øvrige bevis som foreligger i saken og en økonomisk vurdering basert på økonomisk teori slik den er anvendt i norsk konkurranserett og av EF-domstolen, mener departementet at foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil og Aspiro Søk forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for SMS nummeropplysning i Norge. Det er i vurderingen særlig lagt vekt på at foretakssammenslutningen vil medføre at markedet blir ytterligere konsentrert. En aktør som disiplinere Opplysningen Mobil sin prissetting og kan stimulere til kvalitets- og innovasjonskonkurranse, forsvinner.

7.6 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

I likhet med Konkurransetilsynet mener departementet at foretakssammenslutningen vil kunne medføre et samfunnsøkonomisk tap.

Partene har ikke i klagen påstått at tilsynet har tatt feil med hensyn til at det ikke i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort fusjonsspesifikke effektivitetsgevinster som følge av foretakssammenslutningen. Departementet har heller ikke selv sett at det kan være tilfellet. Departementet mener derfor i likhet med tilsynet at det ikke foreligger

⁸⁰ [redacted]

effektivitetsgevinster ved foretakssammenslutningen som er tilstrekkelige til å oppveie det samfunnsøkonomiske tapet som følger av konkurransebegrensningen.

Partene har for øvrig ikke fremsatt tilbud om avhjelpende tiltak, og departementet har heller ikke sett at noen slike tiltak kan være aktuelle.

7.7 Vedtakets forholdsmessighet

Departementet finner at Konkurransetilsynets forbud er forholdsmessig, ut fra de konkurransebegrensningene foretakssammenslutningen medfører.

8. DEPARTEMENTETS KONKLUSJON OG VEDTAK

Foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil og Aspiro Søk vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for nasjonal nummeropplysning via SMS. Det foreligger ikke effektivitetsgevinster ved foretakssammenslutningen som er tilstrekkelige til å oppveie det samfunnsøkonomiske tap som følger av konkurransebegrensningen.

På denne bakgrunn har departementet med hjemmel i forvaltningsloven § 34 truffet følgende vedtak:

Klagen over Konkurransetilsynets vedtak V2008-22 om å forby foretakssammenslutningen mellom Opplysningen Mobil AS og Aspiro Søk AS tas ikke til følge.

Klagers krav om saksomkostninger, jf. forvaltningsloven § 36 tas ikke til følge.

Vedtaket innebærer at Opplysningen Digitale Medier AS ikke kan erverve aksjene i Aspiro Søk AS.

9. OMGJØRING ETTER KONKURRANSELOVEN § 21

Departementet har fått opplyst at morselskapet i konsernet Opplysningen, Opplysningen AS, mener at det er en sammenheng mellom oppkjøpet av Aspiro Søk og muligheten for å opprettholde arbeidsplasser i konsernet. På denne bakgrunn vil Regjeringen ta kontakt med Opplysningen AS for å få vurdert om det er grunnlag for å omgjøre Konkurransetilsynets vedtak med hjemmel i konkurranseloven § 21.

Med hilsen

Jan A. Halvorsen (e.f.)
ekspedisjonssjef

Steinar Undrum
avdelingsdirektør

Kopi: