

Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling

12.juni 2009



Post- og teletilsynet

Revisjonshistorikk:

Versjon	Dato	Endringer
1.0	14. oktober 2004	Hoveddokument ferdigstilt og offentliggjort.
2.0	5. desember 2006	<ul style="list-style-type: none">• Dokument oppdatert i lys av revidert ERG-dokument og erfaringer fra vedtak.• Kapittel 2 og 4 har byttet plass.• Større endringer i kapittel 3.6, 5.3.1, 5.3.2, 5.4, 5.5 og 5.7.• Nye kapittel 5.8 - 5.10.
3.0	12. juni 2009	<ul style="list-style-type: none">• Oppdateringer og språklige endringer i kapitlene 1-5• Oppdateringer i tekstboksene 1-4• Nye kapittel 5.4.1.4 og 5.4.1.5

Innholdsfortegnelse:

Sammendrag:	4
1 Innledning	6
2 Konkurransproblemer	7
2.1 Innledning.....	7
2.2 Standard konkurranseproblemer.....	7
3 Tilgjengelige virkemidler	9
3.1 Innledning.....	9
3.2 Transparens	10
3.3 Ikke-diskriminering	10
3.4 Regnskapsmessig skille	11
3.5 Tilgang.....	11
3.6 Pris- og regnskapsregulering	12
3.7 Forpliktelser i sluttbrukermarkedene	13
4 Grunnleggende prinsipper for regulering av tilbydere med sterk markedsstilling	13
4.1 Formål i ekomlov og EF-direktiv.....	13
4.2 Konkretisering av prinsipper for pålegg om forpliktelser	14
4.2.1 Prinsipp nr. 1: Det skal utformes begrunnede vedtak i samsvar med tilsynsmyndighetenes forpliktelser etter direktivene	15
4.2.2 Prinsipp nr. 2: Forbrukeres interesser skal ivaretas når duplisering av infrastruktur ikke antas å være mulig	15
4.2.3 Prinsipp nr. 3: Virkemiddelbruken skal støtte mulige infrastrukturinvesteringer	16
4.2.4 Prinsipp nr. 4. Forpliktelser skal pålegges slik at det gis incentiver til etterlevelse.....	16
4.3 Kort om regulering av tilbydere med sterk markedsstilling på sluttbrukernivå	17
5 Valg av virkemidler	17
5.1 Innledning.....	17
5.2 Om tilnærming ved valg av virkemidler	17
5.3 Infrastrukturkonkurranse og investeringer	20
5.3.1 Duplisering av infrastruktur.....	20
5.3.2 Investeringsstigen (Ladder of investment)	21
5.3.3 Når er duplisering av infrastruktur mulig eller sannsynlig – hva menes med "feasible"?.....	22
5.4 Nærmere om prisregulering	24
5.4.1 Metoder for prisregulering	25
5.4.2 Implementering av metode for prisregulering – avkastnings- og pristaksregulering	29
5.5 Hva er fremvoksende marked ("emerging markets") og hvordan skal de reguleres?	29
5.6 Forholdsmessighet/proporsjonalitet	30
5.7 Sektorspesifikke virkemidler og andre virkemidler	31
5.8 Asymmetrisk regulering.....	32
5.9 Særskilte forpliktelser i beslektede marked.....	33
5.10 Fjerning av særskilte forpliktelser.....	33

En skjematisk oversikt over reguleringen av de relevante markedene finnes på www.npt.no
(<http://www.npt.no/ikbViewer/Content/110382/SMP%20-%20oversikt.pdf>)

Sammendrag:

Hensikten med dette dokumentet er å synliggjøre PTs prinsipper ved pålegg om særskilte forpliktelser på tilbydere med sterk markedsstilling med hjemmel i ekomloven og ekomforskriften. Gjennom dokumentet ønsker tilsynet å øke forståelsen for hvordan PT arbeider med virkemiddelbruk, hvilke retningslinjer som er styrende for dette arbeidet og å øke forutsigbarheten i markedet knyttet til vedtak om særskilte forpliktelser.

Den sektorspesifikke virkemiddelbruken skal i følge ekomloven § 3-4 tredje ledd fremme bærekraftig konkurranse. Konkurransen skal igjen bidra til at overordnede mål med reguleringen kan nås, herunder å sikre gode, rimelige og fremtidsrettede tjenester. Målet om bærekraftig konkurranse innebærer at reguleringen også må gi incentiver til effektiv investering i infrastruktur og innovasjon.

Ved pålegg om særskilte forpliktelser på tilbyder med sterk markedsstilling vil PT vil følge anbefalingene i ERGs reviderte virkemiddeldokument¹ (heretter ERGs virkemiddeldokument). Dette innebærer blant annet at:

- PT vil begrunne vedtak i samsvar med tilsynsmyndighetenes forpliktelser etter ekomloven og EF-direktivene.
- Hvis duplisering av infrastruktur ikke er mulig eller sannsynlig, eller ikke vil avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemerne, skal reguleringen bidra til å skape best mulig tjenestekonkurranse. Med tjenestekonkurranse mener vi konkurranse i sluttbrukermarkedet basert på tilgang til eksisterende infrastruktur. Tjenestekonkurranse skal ivareta hensynet til statisk konkurranse og forbrukernes interesser. Reguleringen må også gi incentiver til nødvendig oppgradering og vedlikehold av den aktuelle infrastrukturen.
- I markeder der PT vurderer det som sannsynlig at duplisering av infrastruktur vil kunne oppnås over tid, skal virkemiddelbruken støtte opp under overgangen frem mot et marked med bærekraftig konkurranse. Ved eventuelle pålegg om tilgang må det gis incentiver til investering i alternativ infrastruktur. Tilgangsbasert tjenestekonkurranse på kort sikt må i utgangspunktet ikke redusere incentivene for mer infrastrukturbasert konkurranse på lang sikt.
- PT skal anvende virkemidlene slik at de gir best mulig incentiver for etterlevelse.

Kapittel 1 gir bakgrunn og formål med dokumentet, mens kapittel 2 gir en kort oversikt over et analytisk rammeverk for beskrivelse av mulige konkurranseproblemer i markedene for elektronisk kommunikasjon. Beskrivelsen er knyttet opp mot dominerende tilbyders mulige adferd i de relevante markedene. Dette skyldes at det først og fremst er denne adferden virkemidlene kan rettes mot. Det er imidlertid også viktig at den regulerende myndighet har kunnskap om årsakene til de konkurranseproblemerne som identifiseres.

I kapittel 3 redegjør PT for virkemidlene i ekomloven og hvordan tilsynet vil bruke disse. Ekomloven inneholder en rekke særskilte forpliktelser som tilsynet kan pålegge tilbyder(e) med sterk markedsstilling i henholdsvis grossist- og sluttbrukermarkeder. Følgende virkemidler er tilgjengelige på grossistnivå:

- Krav om transparens og standardtilbud
- Krav om ikke-diskriminering
- Krav om regnskapsmessig skille
- Tilgangsforpliktelser
- Prisregulering og krav om kostnadsregnskap

¹ Revised ERG Common Position on the Approach to remedies in the ECNS regulatory framework. Dokumentet ble revidert i mai 2006 og er tilgjengelig på <http://www.erg.eu.int/>.

PT kan videre pålegge tilbyder(e) med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkeder forpliktelser. Forpliktelser som kan ilegges er blant annet krav om offentliggjøring og standardtilbud, ikke-diskriminering, forbud mot urimelig koblingsalg samt ulike former for pris- og regnskapsregulering.

Den viktigste årsaken til konkurranseproblemer i markedene for elektronisk kommunikasjon er én eller flere former for etableringshindring(er). Kunnskap om disse vil gi myndigheten grunnlag for å vurdere om nyetablering kan anses som usannsynlig eller utelukket, noe som vil være styrende for valg av virkemidler, jf. prinsippene ovenfor.

Kapittel 4 tar for seg formålene i ekomloven og de bakenforliggende EF-direktivene samt prinsippene for regulering som fremgår av ERGs virkemiddeldokumentet.

Til sist, i kapittel 5, redegjøres det for en del særskilte emner og utfordringer ved anvendelse av virkemidler i henhold til ekomloven. Kapittelet vil blant annet skissere tilnærmingen PT vil bruke ved valg av virkemidler, samt særlig se nærmere på prisregulering, virkemidlet som ofte oppfattes som det strengeste av de tilgjengelige. Videre redegjøres det for en del spesielle hensyn PT må ta når tilsynet pålegger forpliktelser, blant annet ønsket om å støtte opp om effektive infrastrukturinvesteringer, kravet til forholdsmessighet, forholdet til den generelle konkurransereguleringen og hensynet til fremvoksende markeder ("emerging markets").

PT skal velge virkemidler som kan bøte på de identifiserte konkurranseproblemer og vil vurdere virkemidlenes forholdsmessighet særskilt. Plikten til å velge det minst tyngende alternativet som mest effektivt kan fremme formålet med reguleringen, innebærer at tilsynet må drøfte alternative forpliktelser. Videre legger ekomloven opp til en minimumsregulering, som blant annet innebærer at det ikke må brukes mer tyngende virkemidler enn nødvendig.

De tilgjengelige virkemidlene kan oppfattes å utgjøre et hierarki, der pålegg om transparens ofte vil være det minst tyngende. Pålegg om regnskapsmessig skille kan også oppfattes å være forholdsvis lite strengt. Tilgangsforpliktelser og prisregulering er ofte de mest tyngende. Selv om PT kan komme til at virkemidler som transparens og regnskapsmessig skille er forholdsmessig og tilstrekkelig i enkelte markeder, har tilsynet i praksis i de fleste markeder også pålagt forpliktelser om tilgang og prisregulering.

I dokumentet vil PT ikke gå i detalj om virkemiddelbruken i enkeltmarkedene, men kun illustrere med noen eksempler. De konkrete vurderingene vil bli gjort i vedtakene for de enkelte relevante markeder (og forutgående varsler). PT kan ikke utelukke at tilsynet kommer frem til konklusjoner i enkeltmarkeder som avviker fra de generelle vurderingene som gjøres i dokumentet. Slike avvik vil i så fall begrunnes særskilt i vedtakene.

1 Innledning

1. Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) ble vedtatt våren 2003 og trådte i kraft 25. juli samme år. Sammen med ekomloven ble forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften) utarbeidet. Dette regelverket erstattet den tidligere teleloven og offentlignettforskriften og gjennomfører fem EF-direktiver. Direktivene ble vedtatt av EU i 2002 og utgjør EUs regulatoriske rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnettverk og elektroniske kommunikasjonstjenester. De er tatt inn i EØS-avtalen og ble gjeldende for Norge fra 1. november 2004. De fem direktivene er:

- Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Rammedirektivet).
- Directive 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Tilgangsdirektivet).
- Directive 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services (Autorisasjonsdirektivet).
- Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (USO-direktivet).
- Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Personverndirektivet).

2. Det regulatoriske rammeverket skal legge grunnlaget for harmonisering av reguleringen i EU/EØS-området, begrense etableringshindringer og legge til rette for bærekraftig konkurranse til det beste for sluttbrukerne.

3. EFTA Surveillance Authority (ESA) identifiserte i sin første Anbefaling om relevante markeder² i 2004 18 markeder som kunne være relevante for særskilt sektorspesifikk konkurranseregulering i henhold til regelverket. Rammedirektivet slår fast at markedene som er forhåndsdefinerte skal analyseres for å avgjøre om de preges av effektiv konkurranse, eller om en eller flere tilbydere har såkalt sterk markedsstilling. Slike tilbydere skal i tilfelle pålegges særskilte forpliktelser. Arbeidet med markedsanalyser og pålegg om forpliktelser etter ekomloven kapittel 3 og 4 kan naturlig deles inn i tre trinn:³

- Definere produktmarkeder og avgrense disse geografisk.
- Analysere hvert av de relevante markedene med sikte på å avdekke om én eller flere tilbyder(e) har sterk markedsstilling.
- Fatte vedtak om særskilte forpliktelser for de(n) tilbyder(e) som er utpekt til å ha sterk markedsstilling.

4. Våren 2007 hadde PT gjennomført første runde med analyser av de 18 markedene som ESA hadde utpekt som relevante for sektorspesifikk regulering i sin første Anbefaling om relevante markeder. I november 2008 kom ESA med en revidert Anbefaling om relevante markeder⁴. Antallet relevante markeder var der redusert til sju. PT har startet arbeidet med å analysere markedene i henhold til den nye Anbefalingen, herunder å vurdere om den sektorspesifikke reguleringen også i Norge bør trekkes tilbake fra markeder som er tatt ut av Anbefalingen.

5. I dette dokumentet vil PT synliggjøre hvilke overordnede retningslinjer som vil bli lagt til grunn ved pålegg om forpliktelser for tilbydere som har sterk markedsstilling. Hensikten med dokumentet er å øke forståelsen for hvordan PT arbeider med virkemiddelbruk og hvilke prinsipper som er styrende for dette arbeidet. På denne måten ønsker tilsynet å øke forutsigbarheten i markedet knyttet til vedtak om særskilte forpliktelser. Samtidig er dokumentet ment å være

² EFTA Surveillance Authority Recommendation of 14 July 2004 on relevant product and service markets. Dokumentet omtales heretter som den første eller opprinnelige Anbefalingen om relevante markeder.

³ Metode for markedsanalyse, 24. mars 2004, utarbeidet av PT.

⁴ EFTA Surveillance Authority Recommendation of 5 November 2008 on relevant product and service markets. Dokumentet omtales heretter som den reviderte eller nye Anbefalingen om relevante markeder.

dynamisk i den forstand at PT vil revidere og oppdatere dokumentet etter hvert som tilsynet får større erfaring og kunnskap om bruk av de ulike virkemidlene i markedene for elektronisk kommunikasjon.

6. Dokumentet bygger i stor grad på European Regulators Groups (ERGs) reviderte virkemiddeldokument⁵ (heretter ERGs virkemiddeldokument).

7. PT vil i sin virkemiddelbruk ta utgangspunkt i ekomloven og dennes forarbeider. I tillegg til disse og andre nasjonale rettskilder samt PTs og ERGs virkemiddeldokumenter, vil tilsynet i sin virkemiddelbruk også følge andre relevante felleserklæringer (Common Positions) fra ERG⁶ og Kommisjonens og ESAs relevante anbefalinger og retningslinjer⁷.

2 Konkurransproblemer

2.1 Innledning

8. I dette kapitlet gis en kort oversikt over et analytisk rammeverk for beskrivelse av mulige konkurransproblemer i markedene for elektronisk kommunikasjon. I ERGs virkemiddeldokument kapittel 2 gis en mer detaljert omtale av de enkelte punktene.

9. Beskrivelsen av konkurransproblemer er knyttet opp mot dominerende tilbyders mulige adferd i de markedene tilbyderen har sterk markedsstilling. Dette skyldes at det først og fremst er den fremtidige adferden til den dominerende tilbyder virkemidlene kan rettes mot. Det er likevel viktig at den regulerende myndighet har kunnskap om årsakene til de konkurransproblemene som identifiseres.

10. Den viktigste årsaken til konkurransproblemer i markedene for elektronisk kommunikasjon er at det foreligger én eller flere former for etableringshindringer. Kunnskap om etableringshindringer vil gi myndigheten grunnlag for å vurdere om nyetablering kan anses som usannsynlig eller utelukket, noe som vil være styrende for valg av virkemidler (jf. kapittel 4).

11. PT tar sikte på å identifisere faktiske og potensielle konkurransproblemer i de ulike markedene i de reviderte markedsanalysene i tråd med rammeverket som presenteres her.

2.2 Standard konkurransproblemer

12. ERG har klassifisert 27 standard konkurransproblemer⁸ i markedene for elektronisk kommunikasjon i henhold til to dimensjoner:

1. *Markedsdimensjonen*, som består av fire ulike kategorier:
 - a. Kategori 1: Vertikal overføring av markedsrett
 - b. Kategori 2: Horisontal overføring av markedsrett (sluttbruker- eller grossistnivå)
 - c. Kategori 3: Enkeltmarkedsdominans (sluttbruker- eller grossistnivå)
 - d. Kategori 4: Terminering
2. "Årsak-virkning"-dimensjonen, som består av:
 - a. Strategiske variable (pris, kvalitet, tid, etc.)
 - b. Adferd (prisdiskriminering, kvalitetsdiskriminering, trenering, etc.)
 - c. Virkninger (øke konkurrenters kostnader, marginskvis, utestengelse, etc.)

13. Hvert standard konkurransproblem tilhører én av de fire kategoriene i markedsdimensjonen. Videre kan hvert konkurransproblem beskrives ved "årsak-virkning"-dimensjonen gjennom den

⁵ Revised ERG Common Position on the Approach to remedies in the ECNS regulatory framework. Dokumentet ble revidert i mai 2006 og er tilgjengelig på <http://www.erg.eu.int/>.

⁶ ERGs Common Positions er tilgjengelig på <http://www.erg.eu.int/>.

⁷ Kommisjonens Anbefaling og Retningslinjer er tilgjengelig på Kommisjonens nettsted på Internett: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/library/recomm_guidelines/index_en.htm.

⁸ Identifikasjonen av standard konkurransproblemer er blant annet basert på praktiske erfaringer hos de enkelte tilsynsmyndigheter (avdekket gjennom IRG-arbeidsgruppene) og tilbakemeldinger mottatt i forbindelse med ERG-konsultasjonen i juni/juli 2003.

adferd tilbyder med sterk markedsstilling utviser (eller potensielt kan utvise). Adferden er basert på én eller flere strategiske variabler og vil ha visse konsekvenser enten for (aktuelle eller potensielle) konkurrenter, kunder eller forbrukere.

14. I tabell 1 er de 27 standard konkurranseproblemene listet og sortert i henhold til markedsdimensjonen.

Markedsdimensjon	Konkurranseproblem
Kategori 1: Vertikal overføring av markedsrett	1.1 Tilgangsnektelse 1.2 Diskriminerende bruk eller tilbakeholdelse av Informasjon 1.3 Uthalelsestaktikk 1.4 Produktkobling/-binding 1.5 Utilbørlige krav 1.6 Kvalitetsdiskriminering 1.7 Strategisk produktdesign 1.8 Misbruk av informasjon om konkurrenter 1.9 Prisdiskriminering 1.10 Krysssubsidiering 1.11 Rovprising
Kategori 2: Horisontal overføring av markedsrett	2.1 Produktkobling/-binding 2.2 Krysssubsidiering
Kategori 3: Enkeltmarkedsdominans	3.1 Strategisk produktdesign for å øke forbrukernes byttekostnader 3.2 Kontraktsvilkår utformet for å øke forbrukernes byttekostnader 3.3 Eksklusivitetsavtale 3.4 Overinvestering 3.5 Rovprising 3.6 Overprising 3.7 Prisdiskriminering 3.8 Mangelfulle investeringer 3.9 Kostnadsineffektivitet 3.10 Lav kvalitet
Kategori 4: Terminering	4.1 Stilltiende samarbeid 4.2 Overprising 4.3 Prisdiskriminering 4.4 Samtrafikknektelse

Tabell 1 Standard konkurranseproblemer

15. Hvert standard konkurranseproblem representerer et mulig konkret problem som en nasjonal reguleringsmyndighet kan identifisere gjennom markedsanalysen, enten som eksisterende eller potensielt. Et slikt identifisert konkret problem i et gitt marked med én eller flere tilbydere med sterk markedsstilling vil resultere i at myndigheten pålegger én eller flere forpliktelser på tilbyderne (tilbyderne) for å bøte på problemet.

16. Nedenfor følger en kort beskrivelse av hver av de fire kategoriene i markedsdimensjonen.

Kategori 1: Vertikal overføring av markedsrett

17. Vertikal overføring er en betegnelse på situasjoner hvor en vertikalt integrert tilbyder med sterk markedsstilling i oppstrømsmarkedet forsøker å overføre markedsrett fra oppstrømsmarkedet til et relatert nedstrømsmarked. Vertikal overføring kan defineres som: *"enhver dominerende aktørs adferd som nekter tilstrekkelig tilgang til en essensiell innsatsfaktor som aktøren produserer for andre brukere av denne innsatsfaktoren, med den hensikt å utvide monopolrett fra ett markedssegment ("flaskehals"-segmentet) til et annet (potensielt konkurranseutsatt) segment"* (Rey/Tirole 1997, gjengitt i ERGs virkemiddeldokument).

Kategori 2: Horisontal overføring av markedsrett (sluttbruker- eller grossistnivå)

18. Horisontal overføring er en betegnelse på situasjoner hvor en tilbyder som har sterk markedsstilling i et marked, og som deltar i et annet horisontalt relatert marked, forsøker å

overføre markedsrett fra markedet der vedkommende har sterk markedsstilling til det relaterte markedet. Horisontal overføring kan forekomme mellom sluttbrukermarkeder så vel som mellom grossistmarkeder, eller mellom et grossistmarked og et (ikke vertikalt relatert) sluttbrukermarked.

Kategori 3: Enkeltmarkedsdominans (sluttbruker- eller grossistnivå)

19. Ved siden av problemene knyttet til overføring av markedsrett som nevnt ovenfor, finnes tre mulige forskjellige typer adferd knyttet til tilbyders sterke markedsstilling i et bestemt marked:

- Etableringshindrende adferd: Tilbyderen forsøker å bygge (nye) etableringshindringer (også omtalt som endogene etableringshindringer).
- Utnyttende adferd: Tilbyderen utnytter kunder ved å overprise og/eller gjennom prisdiskriminering.
- Ineffektiv produksjon: Tilbyderen produserer ikke til lavest mulige kostnader.

20. Konkurransproblemer knyttet til enkeltmarkedsdominans er alle relatert til én av disse tre typer adferd.

Kategori 4: Terminering

21. Per i dag er det ikke teknisk mulig for en tilbyder selv å slutføre samtaler til sluttkunder i andre tilbyders nett (terminering av tale). Den terminerende tilbyderen har således de facto monopol på terminering i eget nett, noe som gir grunnlag for markedsrett. Særlig vil dette gjelde under det såkalte *calling party pays*-prinsippet og hvor det ikke foreligger tilstrekkelig sterk kjøperrett. Overprising er normalt det mest alvorlige konkurransproblemet knyttet til terminering. Også andre konkurransproblemer kan oppstå fordi tilbyderen har incentiv til å utnytte sin monopolstilling på en utilbørlig måte, som ikke ville vært mulig hvis det var virksom konkurranse i markedet. Eksempler kan være nektelse av tilgang, prisdiskriminering og stilltende samarbeid.

3 Tilgjengelige virkemidler

3.1 Innledning

22. Ekomloven § 3-4 første ledd angir en rekke forpliktelser myndighetene kan pålegge tilbydere med sterk markedsstilling i et relevant marked. Både ESAs opprinnelige og reviderte Anbefaling om relevante markeder omfatter grossist- og sluttbrukermarkeder. I tillegg gir regelverket en viss adgang til å pålegge forpliktelser som ikke fremgår eksplisitt av enkeltbestemmelser i loven, jf. ekomloven 3-4 annet ledd. Bestemmelsens første ledd stiller krav om at tilbydere med sterk markedsstilling skal pålegges minst én særskilt forpliktelse.

23. PT kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling i grossistmarkeder følgende særskilte forpliktelser:

- Krav om transparens og standardtilbud, se ekomloven §§ 4-6, 4-8 tredje ledd og 4-12, jf. tilgangsdirektivet artikkel 9.
- Krav om ikke-diskriminering, se ekomloven § 4-7 jf. tilgangsdirektivet artikkel 10.
- Krav om regnskapsmessig skille, se ekomloven § 4-8, jf. tilgangsdirektivet artikkel 11.
- Tilgangsforpliktelser, se ekomloven §§ 4-1, 4-2 til 4-5, jf. tilgangsdirektivet artikkel 12.
- Prisregulering og krav om kostnadsregnskap, se ekomloven § 4-9, jf. tilgangsdirektivet artikkel 13.

24. Når forpliktelser på grossistnivå ikke er tilstrekkelig for å legge til rette for bærekraftig konkurranse, kan PT pålegge tilbyder(e) med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkeder vilkår for tilbud av sluttbrukertjeneste. Forpliktelsene omfatter blant annet krav om offentliggjøring og standardtilbud, ikke-diskriminering, forbud mot urimelig koblingssalg samt ulike former for pris- og regnskapsregulering, se ekomloven § 4-10, jf. USO-direktivet artikkel 17.

25. Nedenfor følger en kort oversikt over de ulike særskilte forpliktelsene og en beskrivelse av hvordan PT mener de kan brukes.

3.2 Transparens

26. Kravet om transparens innebærer at tilbyder med sterk markedsstilling i det relevante markedet pålegges å offentliggjøre særskilte typer opplysninger. Transparens kan materialiseres gjennom standardtilbud, mulighet til innsyn ved hjelp av sammenlignbare formater og pristransparens. Hensikten er at åpenhet skal føre til at markedet i større grad skal ha lik tilgang til nødvendig informasjon, og at det vil være lettere å kontrollere at viktige prinsipper, som for eksempel ikke-diskriminering, etterleves. Transparens innebærer også at informasjon som offentliggjøres skal være oversiktlig.

27. Transparens har mindre betydning som selvstendig virkemiddel, men spiller en viktig rolle ved å sikre etterlevelse av andre pålagte virkemidler, som for eksempel tilgangs- og samtrafikkforpliktelser, krav om regnskapsmessig skille og ikke-diskriminering. Transparenskravet beskrives ikke eksplisitt i ekomloven, men fremgår indirekte flere steder (eksempelvis "offentliggjøring" i §§ 4-6, 4-8 tredje ledd og 4-12 andre ledd).

28. Krav om offentliggjøring av standardtilbud er et eksempel på gjennomføring av krav om transparens. Vilårene i et standardtilbud skal være oversiktlige, slik at det er mulig å kontrollere etterlevelse av eventuelle forpliktelser om ikke-diskriminering. Standardtilbud fører til at kostnadene forbundet med å orientere seg i markedet reduseres og at transaksjoner forenkles.

29. PT har med hjemmel i ekomloven § 10-3 i en rekke marked pålagt tilbyder med sterk markedsstilling å sende tilsynet signerte avtaler fortløpende samt informere om endringer. En slik forpliktelse gir PT bedre mulighet til å holde seg oppdatert om endringer i avtalevilkårene, for dermed å kunne reagere raskere ved behov.

30. PT kan pålegge transparens både på grossist- og sluttbrukernivå. I utgangspunktet vil transparens kunne ha en positiv innvirkning på den bærekraftige konkurransen på begge nivåer. Imidlertid kan et slikt krav under visse omstendigheter skade dynamikken i markedet, eksempelvis hvis det er snakk om et oligopol. I et slikt tilfelle kan for eksempel standardtilbud og offentlig prisinformasjon legge forholdene til rette for stilltiende samarbeid ved at tilbyderne lettere kan orientere seg om hverandres priser og innrette adferden deretter. I tidligere marked 15 (tilgang og originering av samtaler i mobilnett) har PT møtt dette problemet ved å pålegge Telenor å ikke offentliggjøre prisopplysninger, men i stedet sende dem til tilsynet samt tilbydere som anmoder om tilgang.

3.3 Ikke-diskriminering

31. Kravet om ikke-diskriminering innebærer at tilbyder med sterk markedsstilling ikke har anledning til å fastsette ulike vilkår for likeartede tjenester eller tilgang (til elektroniske kommunikasjonsnett), avhengig av hvem som er kjøper eller hva tilgangen skal benyttes til. Kravet vil videre oppstille et forbud mot at ulike tilfeller behandles likt. Dette betyr blant annet at det ikke kan utarbeides vilkår som favoriserer én eller flere kjøpere fremfor andre.

32. I følge punkt 17 i fortalen til tilgangsdirektivet skal prinsippet om ikke-diskriminering spesielt sikre at tilbydere med sterk markedsstilling som er vertikalt integrerte, ikke kan påvirke konkurransesituasjonen negativt i tilfeller der de tilbyr tjenester til tilbydere de konkurrerer med i nedstrømsmarkeder.

33. Ikke-diskrimineringsplikten i ekomloven § 4-7 er todelt. I første ledd gir bestemmelsen hjemmel til å pålegge tilbyder med sterk markedsstilling plikt til å ikke diskriminere mellom eksterne brukere. Ordlyden innebærer en slags "beste vilkårs"-bestemmelse, slik at når en konkurrerende tilbyder får bedre vilkår, så skal tilsvarende vilkår også tilbys andre tilbydere i markedet. Bestemmelsens andre ledd gir hjemmel til å pålegge slik tilbyder plikt til å tilby samme eller likeverdige kvalitet og vilkår til konkurrerende tilbyder som til egen virksomhet.

34. Ekomloven § 4-7 andre ledd tar høyde for at det av ulike grunner kan være umulig eller urimelig vanskelig å gi ekstern tilbyder identiske vilkår og kvalitet som egen virksomhet. Derfor innføres alternativet "likeverdige vilkår" og "likeverdige kvalitet". I ikke-diskrimineringskravet ligger det altså at det skal tilbys samme vilkår og kvalitet, så langt det med rimelighet kan forlanges, og i den grad det er teknisk mulig. Bestemmelsen tar sikte på å oppnå resultatlikhet. Det kan derfor i

noen situasjoner være berettiget å tilby noe ulike vilkår (for eksempel ulike tekniske løsninger) til forskjellige aktører. Når det er umulig eller svært vanskelig å tilby nøyaktig samme vilkår, skal det tilbys likeverdige forhold.⁹

35. Det vil ofte være naturlig å kombinere en ikke-diskrimineringsforpliktelse med krav om transparens og/eller regnskapsmessig skille, slik at det er mulig å kontrollere etterlevelse av ikke-diskrimineringsprinsippet.

36. Krav om ikke-diskriminering vil ikke alltid være et virkemiddel som er egnet til å legge godt til rette for konkurranse. For eksempel kan kravet medføre at tilbydere ikke anser det som nødvendig å forhandle om pris, da de på bakgrunn av ikke-diskrimineringskravet forventer at det tilbudet de har mottatt ikke er dårligere enn det andre i markedet mottar. På denne måten kan forpliktelsen i noen tilfeller bidra til å opprettholde generelt dårlige avtalevilkår i et marked.

3.4 Regnskapsmessig skille

37. Kravet om regnskapsmessig skille er i hovedsak knyttet til forpliktelser i forbindelse med samtrafikk og/eller tilgang. Kravet bør ses i sammenheng med eventuelle krav om transparens og ikke-diskriminering. Forpliktelser om regnskapsmessig skille er i seg selv sjelden tilstrekkelige til å bøte på konkurranseproblemer, men vil for eksempel kunne gjøre forpliktelser om ikke-diskriminering mellom intern virksomhet og eksterne tilbydere mer effektive.

38. Et regnskapsmessig skille vil ha flere likhetstrekk med et kostnadsregnskap. Hovedformålet med et regnskapsmessig skille vil imidlertid som oftest være et annet enn et kostnadsregnskap, nemlig oppfølging av krav om ikke-diskriminering. Hovedformålet med et kostnadsregnskap vil som oftest være oppfølging av en forpliktelse om prisregulering.

39. PT betrakter et regnskapsmessig skille som en regnskapsmessig deling av en verdikjede eller virksomhet på et naturlig punkt, og med et regulatorisk formål. Forpliktelsen etableres gjerne der et organisatorisk skille er naturlig eller kunne vært mulig, og som en erstatning for et juridisk skille. Et typisk regnskapsmessig skille kan for eksempel foretas mellom en grossistvirksomhet og virksomheten i sluttbrukermarkedet. På denne måten vil man fremskaffe mer detaljert informasjon enn det som gis i tilbyderens offisielle finansregnskap. For regulatoriske formål reflekteres resultatene for deler av virksomheten som om de var drevet som separate virksomheter.

40. I de markedene PT har pålagt regnskapsmessig skille (markedene 12, 13, 14 og 15 i den første Anbefalingen om relevante markeder) har hensikten vært at regnskapsrapporteringen skal anvendes for å følge opp krav om ikke-diskriminering. PT har for de relevante produktområdene krevd resultatoppstilling for sluttbrukervirksomheten, men ikke for nettvirksomheten, og regnskapene har vært anvendt i marginskvistester.

41. En forpliktelse om regnskapsmessig skille kan innebære at informasjon fra andre markeder enn det markedet tilbyderen har sterk markedsstilling i må inkluderes.¹⁰ For eksempel vil et regnskapsmessig skille mellom grossistvirksomhet og virksomhet i sluttbrukermarkedet kunne omfatte informasjon fra sluttbrukermarkedet selv om tilbyder ikke har sterk markedsstilling i dette markedet.

3.5 Tilgang

42. For å kunne tilby tjenester hvor produksjonen av tjenestene avhenger av infrastruktur som er vanskelig dupliserbar, vil tilgangsfpliktelser ofte kunne være en forutsetning for at nye aktører skal kunne etablere seg i markedet.

43. Tilgangsfpliktelser kan omfatte:

⁹ Det avgjørende i en konkurransemessig kontekst er at tilbudt tjeneste utformes slik at det kan konkurreres på like vilkår. Kravet om ikke-diskriminering innebærer krav om samme funksjonalitet, men ikke nødvendigvis samme tekniske løsning.

¹⁰ Commission Recommendation of 19 September 2005 on accounting separation and cost accounting systems under the regulatory framework for electronic communications, recital 5.

- Tilgang til nettelementer og tilhørende fasiliteter som kan innebære tilslutning av utstyr ved kabel- eller radiobasert tilknytning
- Tilgang til fysisk infrastruktur, herunder også samlokalisering i for eksempel bygninger, fremføringsveier for kabler og master
- Tilgang til relevante informasjons- og støttesystemer
- Tilgang til fastnett og mobilnett, herunder roaming i mobilnett
- Tilgang til adgangskontrolltjeneste for digitale tv-tjenester

44. Nye former for tilgang kan bli aktuelt som følge av den teknologiske utviklingen og fremveksten av nye tjenester.

45. Ekomlovens særskilte hjemmel i § 4-5 til å pålegge plikt til å gi tilgang til informasjons- og støttesystemer, jf. kulepunkt 3 over, er et eksempel på nedfelling av en mer detaljert tilgangsform. PT kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om å gi tilgang til slike informasjons- og støttesystemer, dersom slik tilgang er nødvendig for at anmoder skal kunne levere konkurrerende tjenester.

46. I noen tilfeller kan også tilbydere uten sterk markedsstilling pålegges tilgangsforspliktelser, for eksempel der dette er nødvendig for å sikre alle-til-alle-kommunikasjon. Dette er særskilt regulert i ekomloven § 4-1 fjerde ledd. Tilbydere uten sterk markedsstilling kan også pålegges tilgangsforspliktelser i form av samlokalisering eller annen felles utnyttelse av infrastruktur.

47. Enda en tilgangsforspliktelse følger av ekomloven § 4-3. Tilbyder av adgangskontrolltjeneste for radio og fjernsyn skal imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang. Denne forpliktelsen følger direkte av loven og påhviler alle slike tilbydere uavhengig av hvorvidt de anses å ha sterk markedsstilling, og også uavhengig av vedtak fra myndigheten.

48. Tilgangsdirektivet artikkel 12 nr. 2 angir hvilke hensyn som særlig skal tas med i vurderingen av om en slik forpliktelse skal pålegges:

- teknisk og økonomisk gjennomførbarhet,
- muligheten til å tilby ønsket tilgang i forhold til tilgjengelig kapasitet,
- investering gjort av netteier tatt i betraktning den risiko som investeringen medførte,
- behovet for å fremme konkurranse på lang sikt
- opphavsrettigheter og
- tilbud av felleseuropeiske tjenester.

49. Ved pålegg om tilgangsforspliktelser må tilsynsmyndigheten foreta en avveining av infrastruktureierens interesse i å bruke nettet til eget formål mot behovet for å gi andre tilbydere tilgang til fasiliteter som er nødvendige for å tilby konkurrerende tjenester. Et annet viktig hensyn er at pålegget som øker konkurransen på kort sikt ikke reduserer konkurrentenes incitament til å investere i alternative innsatsfaktorer som kan øke konkurransen på lang sikt.

3.6 Pris- og regnskapsregulering

50. Med prisregulering menes at tilbyder med sterk markedsstilling pålegges en bestemt form for fastsetting av pris. Etter tilgangsdirektivet artikkel 13 jf. også ekomloven § 4-9, kan prisregulering benyttes når mangel på virksom konkurranse gjør at tilbyder kan opprettholde et uforholdsmessig høyt prisnivå eller etablere prisklemmer, til skade for sluttbrukerne. Det er ikke et vilkår for prisregulering at overprising eller prisklemmer faktisk har funnet sted, kun at tilbyderen har incentiv og mulighet til slik oppreden.

51. Regnskapsregulering innebærer at tilbydere kan pålegges bestemte systemer for føring av kostnadsregnskap, jf. ekomloven § 4-9. Fullfordelte kostnader og LRIC (Long-Run Incremental Costs) er ulike systemer for kostnadsregnskap, dette behandles nærmere under "kostnadsorientering" i kapittel 5.4.1.1

52. Det finnes flere ulike metoder for prisregulering, blant annet krav om kostnadsorientering, pris-minus og benchmarking. PT kan i det enkelte tilfelle avgjøre hvilken prisreguleringsmetode som skal benyttes. Innenfor det relevante markedet kan det pålegges ulik prisregulering på forskjellige tjenester, elementer og geografiske områder.

53. Valg av metode for prisregulering vil i det enkelte tilfelle avhenge av hva som er best egnet til å fremme ekomlovens formål om samfunnsøkonomisk effektivitet, forbrukervelferd og bærekraftig konkurranse. Selv om prisregulering ansees nødvendig innenfor et marked, skal det anvendes metoder som er forholdsmessige og ikke unødvendig tyngende for den aktuelle tilbyder.

54. Når tilbyder med sterk markedsstilling er pålagt å gi tilgang på ulike nivåer, vil PT se prisreguleringen av de enkelte nivåene i relasjon til hverandre. Videre må eventuelle regulerte tilgangspriser ses i sammenheng med prisene i de tilknyttede sluttbrukermarkedene.

3.7 Forpliktelser i sluttbrukermarkedene

55. Vilkår for tilbud av sluttbrukertjeneste som kan ilegges tilbyder med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkedene er blant annet krav om offentliggjøring og standardtilbud, ikke-diskriminering, forbud mot urimelig koblings salg samt ulike former for pris- og regnskapsregulering, jf. ekomloven § 4-10.

56. Som en klar hovedregel vil PT kun regulere sluttbrukermarkedet dersom relevante tiltak i grossistmarkedene ikke er tilstrekkelig til å oppnå regelverkets målsetninger.

57. Forpliktelser knyttet til minimumstilbudet av leide samband er eksplisitt nedfelt i ekomloven § 4-12. Tilbyder med sterk markedsstilling i dette markedet skal tilby slik overføringskapasitet på ikke-diskriminerende vilkår. I tillegg kan tilbyderen pålegges krav om kostnadsorientering.

4 Grunnleggende prinsipper for regulering av tilbydere med sterk markedsstilling

4.1 Formål i ekomlov og EF-direktiv

58. De grunnleggende formål med reguleringen på området for elektronisk kommunikasjon er nedfelt i formålsbestemmelsen i ekomloven. Bestemmelsen lyder:

”§ 1-1. Formål

Lovens formål er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon.”

59. Ekomloven skal ivareta flere formål og hensyn, og noen vil være mer aktuelle for reguleringen enn andre. Ved pålegg om forpliktelser for tilbyder med sterk markedsstilling er dette aspektet synliggjort i loven § 3-4 tredje ledd, ved at det er nedfelt eksplisitte krav til hva de foreslåtte forpliktelsene skal være egnet til å oppnå:

”Plikter etter første og annet ledd som pålegges i det enkelte tilfelle skal være egnet til å fremme bærekraftig konkurranse, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet. Myndigheten kan endre pålagte plikter.”

60. I samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper må de forpliktelser PT pålegger tilbydere med sterk markedsstilling være egnet til å fremme ekomlovens formål og være forholdsmessige. Dette innebærer at tilsynet ved valg mellom flere alternativer, som alle kan fremme formålet like effektivt, skal velge det minst tyngende alternativ for tilbyder med sterk markedsstilling.

61. Det norske regelverket for elektronisk kommunikasjon harmoniserer med rammeverket for elektronisk kommunikasjon som EU har innført. Hovedmålene med dette rammeverket er nedfelt i

rammedirektivet artikkel 8.¹¹ Artikkelen setter opp følgende målsetninger for de nasjonale tilsynsmyndigheters virksomhet:

- Fremme konkurransen
- Bidra til utviklingen av det indre marked
- Fremme interessene til innbyggerne i EU

62. Ettersom direktivpakken er tatt inn i EØS-avtalen, gjelder disse hovedmålene for hele EØS-området.

63. Forpliktelser som pålegges tilbydere med sterk markedsstilling på grossistnivå må videre oppfylle de krav til bruk av virkemidler som er nedfelt i tilgangsdirektivet.¹² Her heter det:

”Obligations imposed in accordance with this Article shall be based on the nature of the problem identified, proportionate and justified in the light of the objectives laid down in Article 8 of Directive 2002/21/EC (Framework Directive).”

64. Artikkelen påpeker at særskilte forpliktelser skal basere seg på kjernen i problemene som er identifisert. Videre må virkemidler være forholdsmessige og egnet til å oppnå målene som er nedfelt i rammedirektivet artikkel 8.

4.2 Konkretisering av prinsipper for pålegg om forpliktelser

65. Harmonisering og like rammebetingelser for aktørene på tvers av landegrensene er et sentralt hensyn bak reguleringen fra EU. I følge rammedirektivet¹³ er de nasjonale tilsynsmyndigheter også forpliktet til å forsøke å bli enige om virkemiddelbruken. Kravene knyttet til pålegg om forpliktelser som er nedfelt i artikkel 8 nr. 4 i tilgangsdirektivet og som også er nedfelt i det norske regelverket, er et utgangspunkt for en harmonisert virkemiddelbruk i hele EØS-området.

66. Også ERGs virkemiddeldokument er utarbeidet for å oppnå harmonisering av prinsippene for reguleringen. ERGs virkemiddeldokument er metodisk bygget opp rundt en gjennomgang og beskrivelse av de generelle konkurranseproblemene som oppstår eller typisk vil kunne oppstå i elektroniske kommunikasjonsmarkeder hvor det er aktører med sterk markedsstilling, jf. gjennomgangen i kapittel 2 ovenfor. Det gis også en beskrivelse av de tilgjengelige virkemidler som nasjonale tilsynsmyndigheter kan nytte for å bøte på problemene. Videre har organisasjonen utviklet fire prinsipper for hvordan virkemidlene bør benyttes. Avslutningsvis gir ERG konkrete eksempler på hvordan virkemidlene kan kombineres for å løse de ulike konkurranseproblemene.

67. Ved utformingen av prinsippene for bruk av virkemidler, tar ERG-dokumentet utgangspunkt i artikkel 8 nummer 4 i tilgangsdirektivet. PT legger også disse prinsippene til grunn for sin regulering. ERG-dokumentet vil således være et sentralt dokument for både aktører og tilsynsmyndighet.

68. De fire prinsippene for bruk av virkemidler er:

- Prinsipp nr. 1: Det skal utformes begrunnede vedtak i samsvar med tilsynsmyndighetenes forpliktelser etter direktivene
- Prinsipp nr. 2: Forbrukeres interesser skal ivaretas når duplisering av infrastruktur ikke antas å være mulig
- Prinsipp nr. 3: Virkemiddelbruken skal støtte mulige infrastrukturinvesteringer
- Prinsipp nr. 4: Forpliktelser skal pålegges slik at det gis incentiver til etterlevelse

69. I de følgende avsnitt forklares prinsippene nærmere og det oppsummeres hvordan PT vil anvende prinsippene ved pålegg om forpliktelser på tilbydere med sterk markedsstilling. PT vil i

¹¹ Rammedirektivet artikkel 8 nr. 2, 3 og 4.

¹² Tilgangsdirektivet artikkel 8 nr. 4, 1. setning.

¹³ Rammedirektivet artikkel 7 nr. 2, 2. setning og artikkel 8 nr. 3 bokstav (d).

alle vedtak følge prinsipp 1 og 4 samt vurdere om reguleringen bør bygge enten på prinsipp 2 eller 3.

4.2.1 Prinsipp nr. 1: Det skal utformes begrunnede vedtak i samsvar med tilsynsmyndighetenes forpliktelser etter direktivene

70. Dette prinsippet setter krav til at vedtakene med pålegg om særskilte forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling er transparente og velbegrunnede. Formålet bak prinsippet er blant annet å sikre konsistent regulering over tid og over landegrensar, og å gi klare signaler til markedsaktørene. Dette fordrer igjen at de nasjonale tilsynsmyndigheter samarbeider med hverandre og med ESA/Kommisjonen om forståelsen av regelverket og hvilke virkemidler som er best egnet til å løse ulike typer konkurranseproblemer.

71. PT vil søke å synleggjøre og begrunne følgende forhold ved pålegg om særskilte forpliktelser for tilbydere med sterk markedsstilling:

- Tydeliggjøre hvilket konkurranseproblem som er identifisert i markedsanalysen og som søkes avhjulpet.
- Begrunne at de pålagte forpliktelser vil fremme formålet med regelverket slik det er nedfelt i ekomloven.
- Spesielt begrunne at de pålagte forpliktelsene vil fremme konkurransen.
- Begrunne at de foreslåtte forpliktelsene samsvarer med forholdsmessighetsprinsippet.
- Drøfte den potensielle samvirkningen dersom flere forpliktelser pålegges. Det er i denne sammenheng nødvendig å sikre og synleggjøre at den foreslåtte reguleringen ikke vil medføre utilsiktede eller uønskede konsekvenser som vil kunne hindre formålet med reguleringen. PT vil også synleggjøre og begrunne at den samlede effekten av forpliktelsene ikke blir uforholdsmessig tyngende.

72. I kapittel 5 gjør PT nærmere rede for den metoden som vil anvendes ved valg av virkemidler, blant annet basert på dette første prinsippet. I det kapitlet omtales også forholdsmessighetsprinsippet som er nevnt i det fjerde kulepunktet ovenfor.

4.2.2 Prinsipp nr. 2: Forbrukeres interesser skal ivaretas når duplisering av infrastruktur ikke antas å være mulig

73. Ved pålegg om forpliktelser basert på tilgangsdirektivet vil hovedformålet være å fremme konkurransen. I markeder hvor PT finner at det ikke er mulig eller at det er lite sannsynlig at den aktuelle infrastrukturen vil bli duplisert, eller duplisering ikke vil avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemene, har tilsynet to hovedmålsettinger:

- PT skal i størst mulig grad legge til rette for tjenestekonkurranse, det vil si konkurranse basert på tilgang til eksisterende infrastruktur.
- PT skal legge til rette for tilstrekkelig fortjeneste i den eksisterende infrastruktur slik at det gis incentiver til nødvendig vedlikehold, oppgradering og nyinvesteringer i nettet.

74. For å oppnå de to ovennevnte målsettinger må det være tilstrekkelig tilgang til innsatsfaktorer på grossistnivå til en riktig pris. Når duplisering ikke er mulig eller lite sannsynlig, eller ikke vil avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemene, er det ikke grunn til å innrette tilgangsprisen med sikte på også å gi incentiver til å bygge alternativ infrastruktur. Dette taler for en relativ streng prisregulering av tilgangsprodukter.

75. Streng prisregulering kan forsterke infrastrukturbesitterens incentiver til å minske konkurransen via andre tilgangsbetingelser enn pris, for eksempel gjennom kvalitetsforringelse eller uthalelsestaktikk. For å motvirke slik mulig konkurranseskadelig atferd, kan det derfor være nødvendig også å ilegge andre forpliktelser i tillegg til forpliktelser om tilgang og prisregulering.

76. I avsnitt 5.3 drøfter vi når duplisering av infrastruktur anses å være mulig eller sannsynlig. Ulike metoder for prisregulering behandles i avsnitt 5.4.

4.2.3 Prinsipp nr. 3: Virkemiddelbruken skal støtte mulige infrastrukturinvesteringer

77. I markeder der PT vurderer det som sannsynlig at duplisering av infrastruktur vil kunne oppnås over tid, vil tilsynets oppgaver bli mer utfordrende enn i de tilfeller slik duplisering ikke anses sannsynlig. Dette skyldes at flere målsetninger da må veies mot hverandre.

78. Hovedoppgaven for PT blir å sørge for at virkemiddelbruken støtter opp under en utvikling i retning av et marked med bærekraftig konkurranse. Utgangspunktet er derfor at tjenestekonkurranse på kort sikt ikke må redusere incentivene for investeringer som på lang sikt kan gi infrastrukturkonkurranse. Infrastrukturkonkurranse vil si at ulike tilbydere konkurrerer om å tilby tjenester basert på alternativ infrastruktur. Isolert sett skulle dette tilsi at reguleringen da utelukkende ble rettet inn mot duplisering av infrastruktur fordi tjenestekonkurranse på kort sikt normalt vil kunne motvirke infrastrukturkonkurranse på lang sikt. Imidlertid vil PT også støtte opp om tjenestekonkurranse. Det vil naturlig være et visst motsetningsforhold mellom å fremme konkurranse på lang og kort sikt. Hovedoppgaven vil likevel bli å legge mest vekt på å fremme duplisering av infrastruktur.

79. Spørsmålet blir så hvordan myndighetene best kan fremme duplisering av infrastruktur. Teorien om investeringsstigen (*Ladder of investment*-teorien) tilsier at tjenestekonkurranse basert på tilgang kan være en drivkraft for langsiktig infrastrukturbasert konkurranse. Med en regulert tilgang vil konkurrentene kunne bygge opp en kritisk kundemasse som igjen vil kunne gjøre det forsvarlig å investere i egen infrastruktur. Når det er regulerte tilgangsprodukter på ulike nivåer i infrastrukturhierarkiet, må strukturen på tilgangsprisene være konsistente, slik at en på en balansert måte fremmer tjenestekonkurranse og langsiktig infrastrukturbasert konkurranse. I kapittel 5.3.2 står det mer om teorien om investeringsstigen.

80. Særlige utfordringer reiser seg med hensyn til hvordan reguleringen bør innrettes når det er usikkert om duplisering av infrastruktur er mulig. Prinsipp nummer 3 skal være styrende der det er en mindre sannsynlighet for at duplisering av infrastruktur er mulig. I slike tilfeller vil likevel en noe mer balansert regulering bli lagt til grunn enn når muligheten for duplisering av infrastruktur er mer sikker. PT vil i slike tilfeller prøve å unngå å svekke en mulig infrastrukturkonkurranse på lang sikt, selv når det er relativt høy usikkerhet om duplisering av infrastruktur er mulig.

81. Ved høy usikkerhet om det er mulig å oppnå duplisering av infrastruktur, vil PT følge utviklingen i markedet nøye og tilpasse virkemiddelbruken etter markedsutviklingen.

4.2.4 Prinsipp nr. 4. Forpliktelser skal pålegges slik at det gis incentiver til etterlevelse

82. Prinsippet innebærer at de særskilte forpliktelsene så langt som mulig utformes slik at den regulerte tilbyderen har større fordeler ved å etterleve forpliktelsene enn ved å bryte dem. For å oppnå dette er det nødvendig å gi den regulerte tilbyderen tilstrekkelig sterke økonomiske incentiver til å etterleve forpliktelsene. Trusselen om pålegg om løpende tvangsmulkt eller overtredelsesbot kan gi slike incentiver. For at sanksjonene skal virke effektivt, er det av stor betydning at tilsynet har anledning til å tilpasse sin potensielle reaksjonsbruk til den konkrete sak. Videre er det viktig at virkemiddelbruken blir utformet på en måte som ikke gjør det unødvendig komplisert å kontrollere om brudd på forpliktelsene har funnet sted. I motsatt fall kan virkemiddelbruken bidra til å skape en situasjon hvor unødvendig mye ressurser låses til oppfølging av vedtakene.

83. Bruk av økonomiske sanksjoner er ikke harmonisert innen EU, men vil avhenge av det enkelte lands nasjonale lovgivning. Ekomloven gir hjemmel for å pålegge en løpende tvangsmulkt og/eller overtredelsesbot, jf. §§ 10-7 og 10-13. For prisforpliktelser fastsatt i eller i medhold av loven, gir lovens § 10-12 hjemmel til å kreve overpris tilbakebetalt. Kompetansen til å fatte vedtak om tvangsmulkt, overtredelsesbot og tilbakebetaling tilligger PT. Tilbakebetaling av overpris kan skje etter anmodning fra tilbyder. Overtredelsesbot kan ikke benyttes ved brudd på prisforpliktelser. Tilbyder har også anledning til å prøve sin sak i rettsapparatet.

4.3 Kort om regulering av tilbydere med sterk markedsstilling på sluttbrukernivå

84. Under regelverket har PT en helt generell kompetanse til å regulere tilbydere med sterk markedsstilling i relevante sluttbrukermarkeder. Dette omfatter også bruk av prisregulering. Det følger imidlertid av ekomloven § 4-10, jf. også USO-direktivet artikkel 17 nummer 1, at virkemidler på sluttbrukernivå først kan pålegges når det er sannsynlig at forpliktelser på grossistnivå ikke vil være tilstrekkelig til å nå målene med reguleringen.

85. ERGs virkemiddeldokument slår fast at prinsippene for pålegg om forpliktelser på grossistnivå, det vil si prinsippene gjennomgått i avsnittene 4.2.1-4.2.4, ikke kan legges direkte til grunn når forpliktelser pålegges med hjemmel i USO-direktivet. Bakgrunnen for dette er at ved pålegg om særskilte forpliktelser på sluttbrukernivå må man også ta hensyn til det særskilte målet i USO-direktivet om å beskytte borgernes interesser. Dette kan i noen tilfeller rettferdiggjøre regulering av sluttbrukerpriser, eksempelvis i de tilfeller hvor det kan ta tid før reguleringen på grossistnivå får den ønskede effekt.

86. Ved vurderingen av behovet for forpliktelser på sluttbrukernivå, vil PT se hen til antatte effekter av regulering av grossistmarkeder og vise versa.

87. I tillegg til den generelle hjemmelen har ekomloven også nedfelt to særskilte bestemmelser som gir hjemmel til å regulere tilbyder med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkedet, henholdsvis forpliktelsene om minimumstilbud av overføringskapasitet og prefiks/fast forvalg. Disse forpliktelsene skal ivareta også andre formål enn målsetningen om å fremme konkurranse.

88. Hovedformålet bak minimumssettet av overføringskapasitet er å sikre et harmonisert tilbud i hele det indre marked og å fremme utviklingen i disse sluttbrukermarkedene. Fast forvalg og prefiks er – i tillegg til konkurranseformålet – også begrunnet i hensynet om å tilgodese abonnentene. Fordi forpliktelsene for disse tjenestene allerede er nedfelt direkte i regelverket (se ekomloven §§ 4-11 og 4-12), vil spørsmålet om prinsipper for regulering være mindre aktuelt for disse tjenestene. PT ser imidlertid hen til effekten eller den samlede byrden av disse forpliktelsene når tilsynet vurderer pålegg om andre forpliktelser.

5 Valg av virkemidler

5.1 Innledning

89. Hensikten med dette kapittelet er å redegjøre for en del særskilte emner og utfordringer ved anvendelse av virkemidler i henhold til ekomloven. Kapitlet vil blant annet skissere den generelle tilnærmingen ved valg av særskilte forpliktelser og drøfte prisregulering, virkemidlet som ofte oppfattes som det strengeste av de tilgjengelige. Videre vil PT gjøre rede for en del spesielle hensyn tilsynet må ta i prosessen, blant annet ønsket om å støtte opp om effektive infrastrukturinvesteringer, kravet til forholdsmessighet, forholdet til den generelle konkurransereguleringen og hensynet til fremvoksende markeder ("emerging markets").

90. PT vil ikke her gå i detalj om virkemiddelbruken i enkeltmarkedene, men kun illustrere med noen eksempler. De konkrete vurderingene har og vil bli gjort i vedtakene for de enkelte relevante markedene. Det kan ikke utelukkes at PT kan komme til konklusjoner i enkeltmarkeder som avviker fra de generelle vurderingene som gjøres her. Slike avvik vil begrunnes særskilt i vedtakene.

5.2 Om tilnærming ved valg av virkemidler

91. Markedsanalysen danner utgangspunktet for PTs vurdering av virkemiddelbruken i et gitt marked. Dersom det ikke er virksom konkurranse, kan myndighetene utpeke en eller flere tilbydere med sterk markedsstilling. Som en konsekvens av dette kvalifiserer markedet for sektorspesifikk regulering i henhold til ekomloven.

92. Markedsanalysen beskriver konkurransesituasjonen, spesielt etableringshindringer og muligheten for at det kan bli bærekraftig konkurranse i et marked. Faktiske og potensielle konkurranseproblemer vil også diskuteres der.

93. På bakgrunn av blant annet markedsanalysen vil PT vurdere muligheten for duplisering av infrastruktur i markedet og således om markedet skal reguleres i henhold til prinsipp nummer 2 eller nummer 3 for virkemiddelbruk, jf. kapittel 4. I avsnitt 5.3 nedenfor sees det blant annet nærmere på når duplisering av infrastruktur kan være mulig eller sannsynlig. Målet med reguleringen av det aktuelle markedet må sees i lys av hvilket av disse prinsippene som vil gjelde. Myndighetene må også identifisere kjerneproblemet og den mulige konkurranseskadelige atferden som i størst grad hindrer oppnåelse av målet. Typiske eksempler er strukturelle etableringshindringer som store ugjenkallelige kostnader og stordriftsfordeler/naturlig monopol.

94. PT vil vurdere hvilke virkemidler som er effektive for å motvirke de ulike identifiserte konkurranseproblemer og kjerneproblemer, slik som skissert i de fire tilfellene i ERGs virkemiddeldokument kapittel 5. Det vises til ERGs dokument for nærmere beskrivelse av hvordan virkemiddelbruken kan relateres til konkurranseproblemer i hvert av de fire tilfellene. Tekstboks 1 nedenfor illustrerer valg av virkemidler for markedene for terminering av tale i mobilnett (Case 4 i ERGs virkemiddeldokument kapittel 5).

95. PT vil drøfte virkemidlenes forholdsmessighet særskilt. Plikten til å velge det minst tyngende alternativet som mest effektivt kan fremme formålet med reguleringen, innebærer at tilsynet må vurdere andre mulige forpliktelser. Kravet om forholdsmessighet gjøres rede for i avsnitt 5.6. nedenfor.

96. Ekomloven legger opp til en minimumsregulering. Dette innebærer blant annet at myndigheten ikke skal bruke sektorspesifikk regulering dersom ekomlovens mål kan nås ved hjelp av generell konkurranserett. Videre har PT som en av sine hovedstrategier at tilsynet bare skal regulere der det er nødvendig.¹⁴ Prinsippet om minimumsregulering henger sammen med forholdsmessighetsprinsippet.

97. De tilgjengelige særskilte forpliktelsene kan oppfattes å utgjøre et hierarki, der pålegg om transparens ofte vil være det minst tyngende. Pålegg om regnskapsmessig skille kan også oppfattes å være forholdsvis lite strengt. Forpliktelser om tilgang og prisregulering er ofte mest tyngende. Prinsippene om minimumsregulering og forholdsmessighet betyr at PT vil vurdere om virkemidler som transparens og regnskapsmessig skille er tilstrekkelig for å nå målene med reguleringen. Selv om tilsynet kan komme til at bruk av slike virkemidler er forholdsmessig og tilstrekkelig i enkelte markeder, har PT funnet det nødvendig og forholdsmessig å pålegge forpliktelser om tilgang i alle relevante grossistmarkeder der det er identifisert aktør(er) med sterk markedsstilling. I de fleste av disse markedene har PT også pålagt prisregulering.

98. Ved pålegg om flere forpliktelser vil PT også vurdere den potensielle samvirkningen av reguleringen. PT ser i denne sammenheng at det er nødvendig å sikre og synliggjøre at de foreslåtte virkemidlene ikke har utilsiktede eller uønskede konsekvenser som vil kunne motvirke formålet med reguleringen. Blant annet kan streng prisregulering medføre at den regulerte tilbyderer får sterkere incentiver til å legge hindringer i veien for konkurrentene på andre måter, noe som igjen kan øke behovet for sterkere bruk av et virkemiddel som ikke-diskriminering.

99. Effektiv bruk av særskilte forpliktelser kan i noen tilfeller forutsette pålegg om andre virkemidler. For eksempel kan et krav om å gi tilgang til ikke-diskriminerende vilkår, forutsette et pålegg om regnskapsmessig skille og offentliggjøring av grossist-/internpriser. For å oppnå effektiv prisregulering har PT i de fleste tilfeller ment at det har vært nødvendig å kombinere prisreguleringen med krav om kostnadsregnskap.

100. PT vil legge vekt på at det skal velges og utformes virkemidler og stilles krav som gir incentiver til etterlevelse av regelverket.

¹⁴ Se Strategi for Post- og teletilsynet 2009 på www.npt.no: "PTs hovedstrategier (1): PT skal regulere bare der det er nødvendig. PT skal være fleksibel og bevisst i valg av virkemidler. PT vil la bransjenormer (selvregulering av aktørene) eller markedskreftene virke der dette forventes å gi like gode eller bedre resultater enn regulatoriske virkemidler."

Tekstboks 1: Virkemiddelbruk i markedene for terminering av tale i mobilnett

Tilfelle 4 (case 4) i kapittel 5 i ERGs virkemiddeldokument ser på bruk av virkemidler i termineringsmarkedene, både markedene for terminering i fastnett og mobilnett. Med utgangspunkt i dette tilfellet vil vi nedenfor kort gjøre rede for virkemiddelbruken i markedet for terminering av tale i individuelle mobilnett (marked 7, tidligere marked 16) spesielt.

PT fattet 8. mai 2007 sitt andre vedtak om sterk markedsstilling og særskilte forpliktelser i markedene for terminering av tale i individuelle mobilnett. Disse markedene er noe særegne når det gjelder spørsmålet om duplisering av infrastruktur og valg mellom prinsipp nummer 2 eller 3. Selv om det også i Norge skulle være mulig å få langsiktig virksom konkurranse mellom mobilnett, jf. tekstboks 3 i avsnitt 5.3.3, bør markedene for terminering av tale i mobilnett etter PTs oppfatning reguleres etter prinsipp 2. De relevante markedene er her avgrenset til terminering av tale i den enkelte tilbyders mobilnett, dvs. at hver enkelt nettoperatør er monopolist for terminering i sitt nett. Med den nåværende teknologien er det ikke mulig for andre enn den tilbyderen som eier nettverket å tilby denne termineringstjenesten. Innenfor en rimelig tidshorisont er det derfor svært lite sannsynlig at andre tilbydere kan etablere seg i markedet. I disse markedene vil etableringshindringene dermed være absolutte, og ved valg av virkemidler vil det være formålstjenlig å gjøre samme type vurderinger som i tilfellene der duplisering av infrastruktur ikke er mulig. PT har allikevel valgt å se virkemiddelbruken i marked 16 i sammenheng med et ønske om å legge til rette for duplisering av infrastruktur i marked 15, jf. tekstboks 3. De særskilte forpliktelsene i marked 16 har vært innrettet slik at det skal bli lettere for nye nettverksoperatører å få fotfeste i det norske mobilmarkedet.

Det er flere potensielle konkurranseproblemer i termineringsmarkedene, jf. konkurranseproblemene 4.1-4.4 i kapittel 2. Blant annet kan det tenkes at tilbydere med sterk markedsstilling tar termineringspriser som ligger høyere enn kostnadene skulle tilsi fra tilbydere som de ikke konkurrerer med på sluttbrukernivå (konkurranseproblem 4.2). Et annet scenario kan være at den aktuelle tilbyderen med sterk markedsstilling prisdiskriminerer mellom nettinterne anrop og anrop mellom forskjellige mobilnett på en måte som i praksis fungerer som en etableringsbarriere (konkurranseproblem 4.3). Tilbydere med sterk markedsstilling kan også tenkes å nekte samtrafikk med nye nettverksoperatører og på denne måten skaper etableringsbarrierer (konkurranseproblem 4.4).

PT fant i sin andre analyse av markedene for mobilterminering at Telenor, NetCom, Tele2, TDC Song og MTU hadde sterk markedsstilling i sine respektive termineringsmarkeder. Det følger av ekomloven § 4-2 tredje ledd at tilbyderne med sterk markedsstilling skal imøtekomme enhver rimelig anmodning om å inngå avtale om samtrafikk. Kravet vil avhjelpe konkurranseproblemet knyttet til samtrafikknektelse. De andre potensielle konkurranseproblemene i markedene (i henhold til den skjematiske oversikten i kapittel 2) er alle relatert til termineringsprisene. PT vurderte forpliktelser som transparens, ikke-diskriminering, regnskapsmessig skille og prisregulering for å bøte på de potensielle konkurranseproblemene.

Samtlige tilbydere med sterk markedsstilling ble pålagt å offentliggjøre sine termineringspriser, inkludert eventuelle rabatter. Telenor, NetCom og Tele2 ble i tillegg pålagt å utarbeide og offentliggjøre standardtilbud for samtrafikk. Slike transparensforpliktelser bidrar blant annet til å synliggjøre eventuell diskriminerende adferd.

Telenor, NetCom og Tele2 ble videre pålagt å ikke diskriminere mellom eksterne tilbydere og mellom egen og ekstern virksomhet. Krav om ikke-diskriminering reduserer mulighetene til å forskjellsbehandle ulike virksomheter uten etter objektive grunner. TDC Song og MTU ble ikke pålagt krav om ikke-diskriminering. PT vurderte at konsekvenser av diskriminerende atferd fra disse ville være av begrenset omfang fordi deres volum på terminering var såpass lavt.

Ingen av disse virkemidlene retter seg likevel direkte mot det underliggende problemet, nemlig mulighetene og incentivene for tilbyderne til å sette uforholdsmessig høye termineringspriser. PT antok derfor at de ikke vil være tilstrekkelige alene.

Prisregulering i form av kostnadsorientering med hjemmel i ekomloven § 4-9 er et virkemiddel som retter seg direkte mot den underliggende markedssvikten. PT påla både Telenor og NetCom å redusere prisene mot et kostnadsorientert nivå beregnet med en LRIC-modell. For å gi tilbyderne forutberegnlighet og av hensyn til å gi tilbyderne anledning til å tilpasse seg innteksreduksjonene, ble prisreduksjonene implementert gjennom et pristak og en trinnvis nedtrapping.

Når det gjaldt reguleringen av de mindre tilbyderne, som MTU og TDC Song, mente PT at det ikke var formålstjenelig å stille krav om kostnadsorienterte priser i vedtaksperioden. Derimot mente PT at en mildere regulering av nye og mindre tilbydere kunne være heldig ut fra ønsket om å oppnå bærekraftig konkurranse i mobilmarkedet. Blant annet ble det påpekt at forventninger om en høyere profitt kunne gi økte incentiver til etablering. MTU og TDC Song ble på denne bakgrunn kun pålagt krav om rimelige priser. PT presiserte ikke prisnivået for rimelig pris, men oppga hvilke kriterier som ville bli lagt til grunn dersom det ble behov for å presisere prisreguleringen. For å støtte opp om infrastrukturkonkurranse i mobilnettene, ga PT også uttrykk for at mobile nettverksoperatører (MNOer) kunne forvente å få en lengre periode med krav om rimelig pris enn virtuelle nettverksoperatører (MVNOer)

5.3 Infrastrukturkonkurranse og investeringer

101. Valget mellom prinsipp nummer 2 og 3 i ERGs virkemiddeldokument styrer i stor grad bruken av virkemidler, jf. kapittel 4. Det innebærer at spørsmålet om duplisering av infrastruktur er mulig eller ikke er avgjørende for hvilke særskilte forpliktelser myndighetene skal pålegge. I dette avsnittet redegjør vi for hva PT sikter til med duplisering av infrastruktur og infrastrukturkonkurranse.¹⁵ Teorien om investeringsstigen (*ladder of investment*-teorien) vil også omtales. Videre redegjøres det for tilfeller hvor duplisering av infrastruktur kan anses mulig på sikt.

5.3.1 Duplisering av infrastruktur

102. ERGs virkemiddeldokument definerer begrepet *duplisering av infrastruktur* ("replication") som annen infrastruktur som kan levere samme tjenester. Den nye infrastrukturen må ikke nødvendigvis være basert på den samme teknologien som den eksisterende. I praksis har infrastrukturkonkurranse likevel samsvart med konkurranse mellom og/eller basert på parallelle og nærmest identiske nett. I de tilfeller der duplisering er mulig, bør reguleringen derfor ta sikte på å oppnå virksom infrastrukturkonkurranse¹⁶ i det aktuelle marked. Uthevingen her er viktig fordi definisjonen av duplisering etter PTs vurdering ikke nødvendigvis innebærer full ende-til-ende infrastrukturkonkurranse. Spørsmålet blir etter dette om den aktuelle infrastrukturen kan dupliseres eller ikke. Basert på denne definisjonen vil duplisering først foreligge i eksempelvis LLUB-markedet¹⁷ når det etableres alternative faste aksessnett i tillegg til det eksisterende kobberaksessnettet.

103. Diskusjonen i ERGs virkemiddeldokument kan gi inntrykk av at det først skjer en duplisering når flere totalt uavhengige nett kan levere samme tjeneste. PT mener begrepet ikke må tolkes så snevert. Infrastrukturkonkurranse kan også oppstå i andre tilfeller, for eksempel der mobiltilbydere leier overføringskapasitet av andre tilbydere med infrastruktur i stedet for å bygge den selv.

104. Et annet eksempel er grossistmarkedet for tilgang for levering av bredbåndstjenester, herunder bitstrømstilgang¹⁸. PT har konkludert med at den faste kobberaksesslinjen er en flaskehals, og at duplisering av denne ikke er mulig eller sannsynlig. Reguleringen av dette markedet tar derfor sikte på å fremme konkurranse ved at bredbåndstilbydere sikres tilgang på

¹⁵ I dette dokumentet benytter vi begrepene "infrastrukturkonkurranse" og "infrastrukturbasert konkurranse" om hverandre med samme meningsinnhold.

¹⁶ Virksom (infrastruktur)konkurranse må ikke forveksles med begrepet fullkommen konkurranse som brukes i økonomisk teori og bl.a. forutsetter mange (små) tilbydere og etterspørere i markedet, full informasjon, homogene produkter og rasjonelle aktører. Få, om ingen, virkelige markeder kan sies å være kjennetegnet av fullkommen konkurranse. De tradisjonelt regulerte delene av telemarkedet kan typisk beskrives som oligopolistiske markeder som er kjennetegnet ved at det er få tilbydere.

¹⁷ Marked 4 (tidligere marked 11).

¹⁸ Tilsvaret det som i analysen av marked 5 (tidligere marked 12) omtales som Bredbåndsaksess.

LLUB- og/eller bitstrømsnivå. Tilbydere kan bygge egne IP-nett, transportnett og investere i xDSL-utstyr uten å måtte bygge et nytt aksessnett. Det er viktig å påpeke at man i et slikt tilfelle vil kunne få konkurranse på sluttbrukernivå som kan sies å være virksom, men som forutsetter en fortsatt effektiv regulering av LLUB og eventuelt bitstrømstilgang som innsatsfaktor. For å fjerne behovet for sektorspesifikk regulering i bredbåndsmarkedet, må man altså få etablert konkurranse mellom flere uavhengige aksessnett, for eksempel gjennom kabel-TV-nett, fiber, bruk av strømnettet eller andre aksesssteknologier.

105. I markedet for terminering av samtaler i fastnett (tidligere marked 9) har PT lagt til grunn at duplisering av infrastruktur ikke vil avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemer. PT har derfor regulert markedet etter prinsipp 2. Markedet for terminering av samtaler i mobilnett (tidligere marked 16) er også regulert etter samme prinsipp. Fordi PT har ansett det som mulig å oppnå duplisering av infrastruktur i markedet for tilgang til og originering av samtaler i mobilnett (marked 15), og fordi de to markedene har en nær sammenheng, har PT imidlertid lagt vekt på at reguleringen av marked 16 også skal gi incentiver til etablering av nye mobilnett. På dette grunnlaget atskiller reguleringen av markedene 9 og 16 seg.

106. Enkelte aktører har gitt uttrykk for at PT burde se reguleringen av marked 9 i sammenheng med å gi incentiver til duplisering av infrastruktur i andre markeder. PT er imidlertid av den oppfatning at konkurranseproblemer i et marked som et klart utgangspunkt bør løses i de aktuelle markedene. Forholdet mellom marked 15 og 16 er i så måte et unntak, og begrunnet i muligheten for duplisering samt den nære sammenhengen mellom markedene.

5.3.2 Investeringsstigen (Ladder of investment)

107. Ideen om at nye tilbydere gradvis kan bygge seg opp i markedet og investere i infrastruktur omtales ERGs virkemiddeldokument som "the ladder of investment"¹⁹ (investeringsstigen). Teorien dreier seg om hvordan man gradvis kan oppnå duplisering av infrastruktur i de markedene der slik duplisering anses som mulig.

108. Det vil ofte være betydelig risiko knyttet til investeringer som har en høy andel ugjenkallelige kostnader. Nykommere vil derfor ofte ønske å følge en gradvis tilnærming der de investerer trinn for trinn. Dersom den eksisterende infrastrukturen til tilbyderen med sterk markedsstilling er tilgjengelig til forholdsvis lave priser, blir det enklere for nye tilbydere å etablere seg i markedet, for eksempel som videreselgere eller med begrenset egen infrastruktur. Etter hvert som nykommeren får styrket sin merkevare og økt kundemassen, vil investeringsrisikoen reduseres. Nykommeren vil i så fall ha bedre muligheter og større incentiver til å investere ytterligere i infrastruktur.

109. PT vil på denne bakgrunn vurdere å gjøre det mulig for nye aktører å investere trinn for trinn, blant annet ved å bidra til at flere tilgangsprodukter på ulike nivåer i nettet er tilgjengelige på samme tidspunkt. Samtidig må virkemiddelbruken gi incentiver til bevegelse opp investeringsstigen, for eksempel gjennom etter hvert å fjerne forpliktelser for tilgang og øke regulerte tilgangspriser over tid. Ved prisregulering av ulike tilgangsformer, må forholdet mellom de ulike tilgangsprisene være slik at de kan gi incentiver til ytterligere investeringer.

110. Et eksempel fra markedet for tilgang til og samtaleoriginering i mobilnett (tidligere marked 15) kan illustrere tankegangen. PT har i vedtaket 23. januar 2006 antatt at det er mulig å få bygget flere mobilnett, og de særskilte forpliktelsene skal være innrettet mot å gjøre dette mulig (prinsipp nummer 3). Etablering av nye tilbydere kan imidlertid forutsette at de nødvendige investeringene er lavere enn hva full utbygging av eget nett krever. Det kan derfor være midlertidig behov for regulert tilgang til nivåer som videresalg, MVNO og nasjonal roaming frem mot og i forbindelse med byggingen av egne selvstendige nett. Samtidig har PT utformet vilkårene for tilgang i marked 15 og reguleringen i marked 16 slik at tilbyderne skal få incentiver til å klatre videre i investeringsstigen, det vil si bygge egen infrastruktur. Samme tankegang er relevant i bredbåndsmarkedene, der de aktuelle "trinnene" vil kunne være rent videresalg, bitstrømtilgang og LLUB.

¹⁹ ERGs virkemiddeldokument side 80 følgende.

5.3.3 Når er duplisering av infrastruktur mulig eller sannsynlig – hva menes med "feasible"?

111. Som omtalt over vil valget mellom regulering etter prinsipp nummer 2 eller 3 bero på om PT mener at duplisering av infrastruktur er mulig eller sannsynlig ("feasible"²⁰). Det er derfor også av avgjørende betydning i hvilke tilfeller en kan anta at slik duplisering er mulig eller sannsynlig.

112. Det kan være tekniske, regulatoriske og/eller økonomiske grunner til at det er umulig eller lite sannsynlig å oppnå infrastrukturbasert konkurranse. Teknisk sett vil det sjelden være umulig å bygge nye nett. I enkelte tilfeller kan det imidlertid eksistere regulatoriske hindringer, for eksempel vil knapphet på frekvensressurser kunne begrense antall mobilnett.²¹

113. Det avgjørende for i hvilken grad det er mulig eller sannsynlig å duplisere infrastrukturen vil likevel ofte være økonomiske forhold. Innen sektoren for elektronisk kommunikasjon vil store ugjennkallelige kostnader samt betydelige stordrifts- og samproduksjonsfordeler typisk kunne utgjøre etableringshindringer for nye aktører. Dersom et gitt marked kan karakteriseres som et naturlig monopol (på grunn av betydelige stordriftsfordeler og/eller samproduksjonsfordeler ved det aktuelle produksjonsnivået), eller dersom det har bortimot uoverstigelige etableringshindringer (som for eksempel skyldes svært høye ugjennkallelige kostnader), vil det være vanskelig å få etablert infrastrukturbasert konkurranse i markedet. Selv om det ikke foreligger regulatoriske hindringer for etablering og det er teknisk mulig å anlegge ny infrastruktur, vil bedriftene normalt ikke finne det lønnsomt å bygge ut nett. I slike tilfeller må derfor virkemiddelbruken innrettes med sikte på å bøte på de negative konsekvensene av markedsrett på infrastrukturnivå.

114. Vurderingen av om reguleringen bør baseres på prinsipp nummer 2 og 3 er, som nevnt over, helt sentral før myndighetene pålegger særskilte forpliktelser. PT må derfor undersøke om duplisering er mulig i det enkelte tilfelle. Både tekniske, økonomiske og regulatoriske etableringshindringer vurderes i markedsanalysene for de enkelte relevante markedene. I denne forbindelse vil PT også vurdere om den teknologiske utvikling på sikt kan bidra til å redusere dagens etableringsbarrierer og blant annet endre betydningen av stordrifts- og samproduksjonsfordeler på de ulike nivåene i nettet.

115. PT tar utgangspunkt i at infrastrukturinvesteringer som er bedriftsøkonomisk mulig normalt også vil være samfunnsøkonomisk ønskelige. Tilsynet legger videre til grunn at virkemiddelbruken ikke skal støtte opp om duplisering av infrastruktur som ikke er samfunnsøkonomisk lønnsomme. Dette kan for eksempel være i tilfeller der markedet kan karakteriseres som et naturlig monopol. Det må imidlertid vises stor varsomhet ved eventuelle samfunnsøkonomiske vurderinger av investeringsprosjekter eller -muligheter. PT er bevisst at de regulatoriske rammebetingelsene i det enkelte relevante marked vil kunne påvirke hva som er bedriftsøkonomiske lønnsomme investeringer for ulike aktører.

116. Tekstboksene 2 og 3 nedenfor illustrer noen forhold ved valgene mellom prinsipp 2 og 3 for henholdsvis bredbåndsmarkedene og markedet for tilgang til og samtaleoriginering i mobilnett.

Tekstboks 2: Bredbåndsmarkedene

En illustrasjon av valget mellom prinsipp 2 og 3 kan gis med utgangspunkt i bredbåndsmarkedene. PT fattet vedtak i grossistmarkedene for LLUB og Bredbåndsaksess 20. februar 2006. Markedet for LLUB var definert som full og delt tilgang til det faste aksessnettet for levering av bredbånd- og telefontjenester, og var i den opprinnelige Anbefalingen avgrenset til kobberbasert aksess. I henhold til markedsanalysen hadde Telenor tilnærmet 100 % markedsandel (de facto monopol). I tillegg eksisterer det betydelige etableringshindringer, og PT konkluderte derfor med at Telenor har sterk markedsstilling i LLUB-markedet. Slik dette markedet var definert og avgrenset, ville Telenor i overskuelig fremtid ha sterk markedsstilling. Telenor ble derfor tillagt forpliktelser knyttet til prinsipp 2 for å tilrettelegge for tilgangsbasert konkurranse og gi incentiver for investering i alternativ aksess teknologi.

²⁰ Se ERGs virkemiddeldokument side 57 følgende.

²¹ Ressursbegrensninger er egentlig ikke regulatoriske hindringer, men begrepet benyttes fordi regulering er nødvendig for å sikre best mulig utnyttelse av knappe ressurser.

Markedet for Bredbåndsaksess, herunder bitstrømstilgang, ble i vedtaket i februar 2006 vurdert å kunne reguleres i henhold til prinsipp 3. Det viktigste i disse markedene var å legge til rette for duplisering av infrastrukturen.

I den reviderte Anbefalingen om relevante markeder fra november 2008 er grossistmarkedet for LLUB blitt teknologinøytralt. Dette betyr at det ikke bare er kobbernettet til Telenor som inngår i definisjonen, men enhver teknologi som kan gi full og delt tilgang til faste aksessnett. På bakgrunn av analyse av markedet for full og delt tilgang til fast aksessnett, opprettholder PT sin utpeking av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i LLUB-markedet. PT har videre identifisert en rekke potensielle konkurranseproblemer innenfor markedet for LLUB. De mest alvorlige potensielle konkurranseproblemene i dette markedet er i stor grad relatert til Telenors vertikale integrasjon og utgjøres av forskjellige former for diskriminerende atferd. Videre er overprising identifisert som et potensielt problem i dette markedet.

Siden markedet for LLUB ikke lenger er avgrenset til kun å omfatte kobberaksessnett, har PT likevel kommet til at det er nødvendig å legge til grunn ulike reguleringsprinsipper for henholdsvis kobberbasert LLUB og potensielt LLUB-tilbud basert på andre aksessmedier, herunder fiberaksess, koaksaksess og fast radioaksess. Som i vedtaket fra februar 2006, reguleres det kobberbaserte LLUB-tilbudet med utgangspunkt i prinsipp 2 i PTs virkemiddeldokument, mens LLUB-tilbud basert på andre aksessmedier enn kobber foreløpig vurderes å være uten reguleringsbehov.

Ettersom PT har konkludert med at kobberbasert LLUB fortsatt faller inn under prinsipp 2, vil PT ha to hovedmålsettinger med denne reguleringen. For det første vil PT søke å i størst mulig grad legge til rette for effektiv bruk av den eksisterende infrastrukturen. For det andre vil PT søke å legge til rette for tilstrekkelig fortjeneste i den eksisterende infrastruktur slik at det gis incentiver til nødvendig vedlikehold, oppgradering og eventuelle nyinvesteringer i nettet. Samtidig har PT i utformingen av reguleringen sett hen til at incentivene til investeringer i alternativ aksess teknologi ikke skal påvirkes negativt av vilkårene for regulert tilgang til Telenors kobberaksessnett.

Når det gjelder tilgang til Telenors aksessnett som er basert på andre aksessmedier enn kobber, anser PT at det innenfor tidshorizonten av dette vedtaket ikke er formålstjenlig å pålegge forpliktelser i den delen av LLUB-markedet. Dette er først og fremst begrunnet ut fra antatte negative effekter slike forpliktelser vil kunne ha på investeringsincentiver, særlig med hensyn til investeringer i ny fiber- og radioaksessinfrastruktur

På bakgrunn av analysen av markedet for Bredbåndsaksess, herunder bitstrømstilgang, opprettholder PT også i denne runden utpekingen av Telenor som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for Bredbåndsaksess. Videre har PT identifisert en rekke potensielle konkurranseproblemer innenfor markedet for Bredbåndsaksess. De mest alvorlige potensielle konkurranseproblemene er også i dette markedet i stor grad relatert til Telenors vertikale integrasjon og utgjøres av forskjellige former for diskriminerende atferd.

PT anser det for mulig å etablere konkurrerende infrastruktur i markedet for Bredbåndsaksess. Dette tilsier at markedet fortsatt bør reguleres med utgangspunkt i prinsipp 3, og PT vil derfor i størst mulig grad legge til rette for langsiktig infrastrukturbasert konkurranse. PT vil imidlertid også forsøke å stimulere konkurransen på kortere sikt slik at brukere i hele landet får tilgang til gode, rimelige og fremtidsrettede bredbåndstjenester, som er et uttalt formål med ekomreguleringen. For å oppnå de to ovennevnte målsettinger, må det være tilstrekkelig tilgang til innsatsfaktorer på grossistnivå. Dette oppnås blant annet ved å pålegge Telenor å imøtekomme enhver rimelig anmodning om bitstrømstilgang til det kobberbaserte aksessnettet.

Tekstboks 3: Markedet for tilgang til og samtaleoriginering i mobilnett

PT fattet vedtak i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15) 23. januar 2006. I Norge har både Telenor og NetCom landsdekkende mobilnettverk. Det er dermed allerede konkurranse mellom nettverk i Norge. PT har imidlertid foreløpig ikke ansett at denne konkurransen er bærekraftig. Telenor har en markedsandel i sluttbrukermarkedet på over 50 %, mens den på nettverknivå (i "oppstrømsmarkedet") ligger nær 70 %. Markedsandelen på nettverksnivå ble tillagt størst betydning da PT vurderte forholdene i markedet. Videre er det svært kostbart å duplisere nettverkene til Telenor Mobil eller NetCom og dermed oppnå tilsvarende dekning uten nettverkstilgang i form av samlokalisering, nasjonal roaming og/eller annen infrastrukturendeling. Blant annet på grunn av de høye nettverkskostnadene har markedet forholdsvis store strukturelle etableringshindringer. Det kan antas å være høye ugjenkallelige kostnader forbundet med utbygging av mobilnett av en viss størrelse. Betydelige faste kostnader samt forholdsvis lite etterspørselsgrunnlag på grunn av lav befolkningstetthet og lavt folketall, gjør at det vil være vesentlige stordriftsfordeler ved nettvirksomheten. Samtidig er mobiltettheten høy, og det kan være svært kostbart å vinne kunder fra de eksisterende tilbyderne. Disse momentene er viktige årsaker til at PT i vedtaket konkluderte med at Telenor har sterk markedsstilling i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i mobilnett (enkel dominans).

Erfaringer fra andre land tilsier at det bør være mulig å etablere flere mobilnettverk i Norge. Slik PT ser det er det sannsynligvis muligheter for slik etablering i alle fall i byer, tettbyede områder og andre områder med tilstrekkelig trafikkgrunnlag. For eksempel har de fleste medlemslandene i EU tre eller flere mobilnett. Som følge av at PT mener det er mulig å skape virksom infrastrukturkonkurranse på sikt, bør markedet etter PTs oppfatning reguleres etter prinsipp 3. Til tross for at det ikke er sikkert at det vil komme flere nett av en viss størrelse, kan det argumenteres for at en inntil videre bør innrette virkemiddelbruken for å få flere nett. Et slikt synspunkt er også vil være i tråd med retningslinjene i prinsipp nummer 3.

Det underliggende konkurranseproblemet i marked 15 er de forholdsvis høye etableringshindringene. Gitt disse forholdene blir spørsmålet hvilken virkemiddelbruk som kan støtte opp om bygging av flere mobilnettverk i Norge. PT har her spesielt tatt hensyn til at tilgangsbasert tjenestekonkurranse ikke må redusere muligheten for å få til langsiktig infrastrukturbasert konkurranse. Samtidig må det gis mulighet for klatring opp investeringsstigen. Spesielt vil nye nettverksoperatører ha behov for nasjonal roaming mens de bygger egne nettverk. Selv om det ikke forekommer ofte, vil andre aktører kunne bevege seg på investeringsstigen gjennom ulike former for tilgang, fra videresalg og oppover. Tele2, TDC Song og Ventelo har for eksempel gått fra å være videreselger til å bli virtuelle operatør (MVNO). Tele2 har uttrykt at de vil ta skrittet fra MVNO til MNO. Videreselgernes kundemasser kan dessuten flyttes fra de eksisterende nettverksoperatørene til nye nettverksoperatører (som Network Norways oppkjøp av OneCall og Lebara) og på denne måten gjøre det lettere å få trafikk inn i et nystartet mobilnettverk. Dette senker etableringsbarrierene og gjør det mer sannsynlig at nye konkurrenter etablerer seg.

5.4 Nærmere om prisregulering

117. Prisregulering anses gjerne for å være mest tyngende av de tilgjengelige virkemidlene. Regulering av priser kan være aktuelt for å bøte på flere av konkurranseproblemene innenfor de fire kategoriene beskrevet i kapittel 2. Prisregulering kan for eksempel være aktuelt for å hindre overpris knyttet til tilgang hos en vertikalt integrert tilbyder (kategori 1) og terminering (kategori 4).

118. Tilgangsdirektivet artikkel 13 slår fast at det må velges en metode for prisregulering som er egnet til å fremme effektivitet, virksom konkurranse og forbrukervelferd. Utover disse kravene står PT mer eller mindre fritt til å velge metode for prisregulering.

119. For et fåtall tilgangsformer og produkter stiller regelverket eksplisitt krav om kostnadsorientering. Tilbyder med sterk markedsstilling på tilgang til offentlig telefonsjenereste i fastnett, og som kontrollerer tilgang til sluttbrukere, skal tilby fast forvalg og forvalg ved bruk av prefiks til kostnadsorienterte priser, jf. ekomloven § 4-11. Ekomloven § 4-12 sier at minimumstilbud av overføringskapasitet skal skje til kostnadsorienterte priser. Videre kom Kommisjonen i mai 2009 med en Anbefaling for regulering av terminering av tale i fast- og mobilnett²² som gir konkrete retningslinjer for prisregulering i disse produktmarkedene.

120. Hver metode for prisregulering har fordeler og ulemper, og det kan ikke på generelt grunnlag sies at en metode er mer formålstjenelig enn de andre. Hvilken form for prisregulering som er "riktigst" i et bestemt marked og for en gitt tilgangsform eller et bestemt sluttbrukerprodukt, må gjøres etter en helhetlig vurdering for hvert enkelt marked og hver enkelt tilgangsform. Slike vurderinger gjør PT blant annet på bakgrunn av de ulike metodenes generelle egenskaper, markedsanalysene, formål med reguleringen og valg mellom prinsipp nr. 2 eller nr. 3 for det enkelte marked.

121. ERG drøfter følgende metoder for prisregulering i sitt virkemiddeldokument:

- Kostnadsorientering
- Pris-minus
- Benchmarking

122. I tillegg omtaler ERGs virkemiddeldokument prisregulering i form av krav om såkalte rimelige priser (*reasonable prices*). PT har pålagt krav om rimelige priser i flere markeder og for flere produktområder.

123. Nedenfor behandles hver enkelt av metodene nærmere.

5.4.1 Metoder for prisregulering

124. Begrepene som benyttes for de ulike prisreguleringsmetodene har ikke vært brukt entydig i ulike sammenhenger, dokumenter og i faglitteraturen. I tråd med ønsket om å harmonisere tilnærmingen og reguleringen i de ulike nasjonale tilsynsmyndighetene på europeisk nivå har PT valgt å bruke vanlige norske oversettelser (der det finnes) av de engelske begrepene i ERGs virkemiddeldokument.

5.4.1.1 Kostnadsorientert prissetting

125. Ved kostnadsorientert prisregulering (*cost orientation*) knyttes prisene til kostnadsinformasjon hentet fra kostnadsmodeller og/eller -regnskap. Generelt kan metoden anses å være den mest tyngende av de aktuelle formene for prisregulering.

126. Kostnadsorientering er særlig relevant i tilfeller der markedsrett på grossistnivå gir tilbyder med sterk markedsstilling mulighet for å kreve priser som ligger vesentlig over den prisen han kunne tatt i et marked med fungerende konkurranse og markedsretten ikke forventes å reduseres innen rimelig tid. Metoden kan derfor være spesielt hensiktsmessig når det er lite sannsynlig at duplisering av infrastrukturen vil finne sted eller når duplisering ikke vil avhjelpe de identifiserte konkurranseproblemene, altså når markedet reguleres etter prinsipp 2. I markeder der duplisering av infrastruktur er sannsynlig vil tilgang til kostnadsorienterte priser kunne begrunnes ut fra investeringsstige-teorien. Gjennom kostnadsorienterte priser kan nykommeren gis bedre muligheter til å klatre gradvis oppover investeringsstigen, samtidig som det gis incentiver til utbygging av infrastruktur gjennom prispåslag, geografisk differensierte priser eller liknende.

127. Et krav om kostnadsorientering forutsetter at det angis en metode for å fastsette hvilke kostnader som skal henføres til produktet/tjenesten. Å fordele kostnader til spesifikke produkter og tjenester er en kompleks og vanskelig oppgave som kan løses på ulike måter. To metoder for kostnadsregnskap har særlig vært anvendt for regulerte teletjenester: fullfordelte kostnader og

²² COMMISSION RECOMMENDATION of 7.5.2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU

såkalte "langsiktig inkrementkostnader" (LRIC, Long-Run Incremental Costs). Førstnevnte metode tar som hovedregel utgangspunkt i faktiske kostnader, mens den andre baseres på modellerte kostnader.

128. En metode basert på fullfordelte kostnader gir i utgangspunktet operatøren full kostnadsdekning for alle bokførte kostnader. Kostnadsgrunnlaget tar normalt utgangspunkt i tilbyderens historiske kostnader fra finansregnskapet, og kostnadene fordeles på aktiviteter og tjenester etter bestemte prinsipper. Vanlige engelske betegnelser for fullfordelte kostnader er *Fully Distributed Costs* (FDC) og *Fully Allocated Costs* (FAC).

129. I teorien vil pris lik marginalkostnad sikre effektiv bruk av nettet. Men ettersom ekomsektoren kjennetegnes av betydelig innslag av faste og felles kostnader, vil pris lik marginalkostnad ikke sikre kostnadsdekning for tilbyder. LRIC er antakelig den metoden som gir pris nærmest de langsiktige marginalkostnadene. Metoden kjennetegnes av et fremoverskuende perspektiv som blant annet innebærer at kapitalen verdsettes til gjenanskaffelseskostnader og den mest moderne nettverksteknologi legges til grunn for å bestemme kostnadsgrunnlaget.

130. Metodene basert på fullfordelte kostnader og LRIC har ulike fordeler og ulemper. Fullfordelte kostnader er lite ressurskrevende for tilsynsmyndigheten, fordi de regulerte tilbyderne selv står for fordeling av kostnadene til produktene. Imidlertid kritiseres metoden blant annet for å ikke gi incentiver til effektivitet, og for å innebære betydelig informasjonsasymmetri mellom den regulerte tilbyderen og tilsynet.

131. Utvikling av LRIC-modeller er svært ressurskrevende. Imidlertid fremheves incentiver til effektivitet som en viktig fordel med metoden. Muligheter til å si noe om kostnadsutvikling, bedre periodisering av kostnader over produktets levetid og redusert informasjonsasymmetri er andre fordeler ved metoden.

132. Hvilken av disse to metodene som er mest hensiktsmessig må avgjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering for hvert enkelt marked. Det kan imidlertid påpekes at metodene kan tilpasses slik at de nærmer seg hverandre i egenskaper. Begge metodene kan blant annet baseres på historiske kostnader eller gjenanskaffelseskostnader og korrigeres for å fjerne økte kostnader på grunn av ineffektivitet. Videre kan en ved begge metodene tilpasse parametere som kalkulatorisk rente, prispåslag (mark-ups) og liknende for å gi incentiver for nye tilbydere til investeringer i alternativ infrastruktur der slik duplisering anses som mulig.

Tekstboks 4: Praktisering av prisregulering og kostnadsorientering i Norge

Inntil direktivpakken fra 2002 ble implementert i norsk rett var de fleste regulerte teletjenester i Norge underlagt krav om kostnadsorienterte priser. PT praktiserte dette i form av en avkastningsregulering (*rate-of-return regulation*). Prisene skulle fastsettes slik at det regulerte selskapet skulle få en rimelig avkastning på anvendt kapital. Det viktigste verktøyet for å følge opp denne reguleringen var et produktregnskap som årlig ble utarbeidet av Telenor, gjennomgått av ekstern revisor og oversendt tilsynet. I tillegg krevde PT tilleggsrapportering for viktige grossistprodukter. Et eksempel på dette er prognoser som i noen år ble utarbeidet for samtrafikk i fastnettet.

Prinsippet om kostnadsorientering av Telenors tjenester har siden 1995 og frem til i dag i stor grad vært basert seg på fullfordelte historiske kostnader. Det innebærer at Telenor har henført finansregnskapets driftskostnader til de ulike regulerte produktområdene. Et unntak har vært kostnadene knyttet til Operatøraksess (LLUB). Da Telenor lanserte sitt LLUB-tilbud våren 2000, hadde Telenor beregnet kapitalkostnadene, som utgjør den største delen av LLUB-kostnadene, ut fra gjenanskaffelsesprinsippet.²³ I tilfellet med LLUB ledet gjenanskaffelsesprinsippet til høyere priser enn om man hadde tatt utgangspunkt i historiske

²³ I dette tilfellet forutsatt eksisterende nettstruktur.

kostnader.

I de fleste av markedene Kommisjonen utpekte som relevante for ex ante²⁴-regulering i 2003, har PT fattet vedtak om prisregulering for grossistprodukter. For eksempel er det i alle tre markedene for samtrafikkjenester innen fastnettet (markedene 8, 9 og 10 i Anbefalingen av 2003) fastsatt pristak med utgangspunkt i fullfordelte historiske kostnader. Også i markedet for LLUB (marked 11 i Anbefalingen av 2003) fastsatte PT et pristak med utgangspunkt i fullfordelte historiske kostnader, men tok i tillegg hensyn flere andre faktorer, bl.a. incentiver til å investere i alternative aksessnett og prisnivå i andre land (benchmarking). I grossistmarkedet for overføringskapasitet for aksess (marked 13 i den opprinnelige Anbefalingen) er Telenor pålagt en forpliktelse om kostnadsorienterte priser på grossistsamband opp til og med 8 Mbit/s. I markedene for tilgang til det offentlige fastnettet (markedene 1 and 2 i den opprinnelige Anbefalingen) er Telenor forpliktet til tilby videresalg av abonnement til priser beregnet med pris-minus. For alle disse produktområdene er Telenor pålagt å føre kostnadsregnskap.

PT fattet vedtak i markedene for terminering av tale i mobilnett (tidligere marked 16) i 2005. I vedtaket ble de to største mobiltilbyderne, Telenor og NetCom, pålagt pristaksregulering basert på en kombinasjon av fullfordelte historiske kostnader og benchmarking. PT har i tiden etter dette vedtaket utviklet en LRIC-modell for fastsettelse av kostnadsgrunnlaget for terminering i mobilnett. Denne danner nå grunnlaget for prisreguleringen. Frem til 2010 er NetCom og Telenor pålagt å trappe ned prisene mot kostnadsorientert pris beregnet ved LRIC.

PT har i 2009 påbegynt arbeidet med å lage en LRIC-modell for fastnettet. Modellen er tenkt benyttet for grossistmarkedene for originering og terminering av offentlig telefontjeneste i fastnett (marked 2 og 3 i revidert Anbefaling) og eventuelt også for markedet for full og delt tilgang til faste aksessnett (LLUB, marked 4).

5.4.1.2 Pris-minus

133. Pris-minus kan benyttes for å fastsette grossistprisen i et marked basert på prisen i tilhørende sluttbrukermarked. Metoden kan i sin enkleste form skrives som

$$P_t = P_s - C_s$$

134. der P_t er tilgangsprisen, P_s er prisen i sluttbrukermarkedet og C_s er den vertikalt integrerte operatørens kostnader på sluttbrukernivå (det vil si kostnader ved salg, markedsføring, fakturering, mv.). "Minus" referer seg altså til den vertikalt integrerte operatørens kostnader i nedstrømsmarkedet - som det altså gjøres et fratrekk for (såkalte bortfallskostnader).

135. Metoden kan gi gunstige etableringsincentiver, ved at normalt vil kun tilbydere som kan produsere minst like effektivt i sluttbrukermarkedet som den vertikalt integrerte tilbyderen ha incentiver til å etablere seg. Metoden kan også være særlig egnet til å forhindre prisklemme.

136. Metoden kan imidlertid være forholdsvis informasjonskrevende. Det vil være en rekke utfordringer knyttet til å finne den "riktige" prisen i sluttbrukermarkedet og til å beregne "minusen" slik at man oppnår de ønskede effektene. Metoden bringer heller ikke tilgangspriser ned til et kostnadsorientert nivå når sluttbrukerprisene er over det som kan sies å være kostnadsorientert. I slike tilfeller blir ikke prissettingen effektiv i et statisk perspektiv.

137. Pris-minus kan imidlertid være egnet når slike overpriser ikke er av vesenlig betydning for formålet med reguleringen, for eksempel når det antas at markedsmakten på grossistnivå vil reduseres innen rimelig tid. Videre kan den være hensiktsmessig å bruke ved tilgangsformer lenger nede på investeringsstigen, blant annet tilgang for videresalg i markeder der en antar at det er mulig å få duplisering av infrastruktur.

²⁴ Ex.ante: reguleringen søker å ta hensyn til utviklingen frem i tid, forhåndsregulering

5.4.1.3 Benchmarking

138. Ved benchmarking reguleres prisene etter prisnivå på produkter i sammenlignbare markeder. Dette kan for eksempel være hensiktsmessig når kostnadsorientering ikke ansees å være forholdsmessig eller kostnadsmodeller ikke eksisterer. Metoden kan også benyttes til kryss-sjekkning av resultater fra kostnadsmodeller eller pris-minus kalkyler.

139. Metoden er fordelaktig fordi den nødvendige informasjonen er relativt lett tilgjengelig for tilsynsmyndigheten. Utfordringen er her å vurdere i hvor stor grad forhold som priser og kostnader er sammenlignbare, blant annet på grunn av kostnadsforskjeller som skyldes topografiske forhold, forskjeller i lønnsnivå i ulike land osv.

5.4.1.4 Krav om rimelig pris

140. I flere markeder og for flere produktområder har PT pålagt prisregulering i form av krav om *rimelig pris*. Hva som konkret skal forstås med rimelig pris har blitt definert noe ulikt i forskjellige markeder. I flere vedtak har det også blitt påpekt at hva som anses som en rimelig pris, vil måtte avgjøres konkret i den enkelte sak. Fastsettelse av rimelig pris innebærer i alle tilfelle en grad av skjønn. I markedene for terminering i mobilnett (tidligere marked 16) ble begrepets innhold fastsatt gjennom retningslinjer i vedtaket av mai 2007. Blant annet ble det lagt vekt på at rimelige pris skulle reflektere det etablerte termineringsprisenivået i markedet, ta hensyn til eventuell tilgjengelig informasjon om kostnadsgrunnlaget og gi rom for fortjeneste utover normalavkastning. I tilleggsvedtaket for marked 16 i november 2008 ble kravet om rimelig pris presisert nærmere gjennom en pristaksregulering.

141. Det kan være forskjellige grunner til at PT benytter krav om rimelig pris. Prisregulering i form av rimelig pris har for det første vært brukt ved asymmetrisk regulering, der aktørene som har vært mildest regulert har vært pålagt krav om rimelig pris i stedet for kostnadsorientering. I markedene for terminering i mobilnett har rimelig pris blitt brukt som et virkemiddel for å legge til rette for nyetablering og for å gi incentiver til etablering av nye mobilnett. En viktig målsetning med denne mildere reguleringen i termineringsmarkedene har vært å stimulere til bærekraftig konkurranse i markedet for tilgang og originering (tidligere marked 15). Perioden med denne mildere form for regulering vil imidlertid være begrenset i tid, avhengig av de aktuelle markedsforholdene. For det andre kan krav om rimelig pris bli benyttet i tilfeller der samfunnsøkonomiske kostnadene ved å ikke regulere til effektive priser har vært begrensede (for eksempel fordi prisningen ville gjelde et lite kundevolum og trafikkvolum). Manglende eller begrenset tilgang til kostnadsinformasjon er et tredje forhold som kan begrunne bruk av rimelig pris.

142. En utfordring ved pålegg om rimelig pris er at reguleringen kan innebære usikkerhet og uforutsigbarhet om hvilken pris som vil være rimelig. Usikkerheten vil imidlertid avhjelpe ved den presiseringen PT gjør av kravets innhold i vedtaket. I ytterste fall kan nivået på rimelig pris fastsettes i vedtaket og implementeres gjennom eksempelvis en pristaksregulering.

5.4.1.5 Oppsummering om bruk av de ulike prisreguleringsmetodene

143. Generelt kan kostnadsorientering anses å være den mest tyngende av de aktuelle formene for prisregulering. Metoden kan være spesielt hensiktsmessig når det er lite sannsynlig at duplisering av infrastrukturen vil finne sted eller der duplisering ikke vil avhjelpe de aktuelle konkurranseproblemer, altså når markedes reguleres etter prinsipp 2. I markeder der duplisering av infrastruktur er sannsynlig vil tilgang til kostnadsorienterte priser kunne begrunnes ut fra investeringsstige-teorien. Om det skal legges til grunn fullfordelte kostnader eller LRIC ved krav om kostnadsorienterte priser, må avgjøres etter en helhetsvurdering i det enkelte tilfelle. For tiden er imidlertid LRIC-modeller i økende grad blitt tatt bruk, både i Norge og resten av EU-/EØS-området.

144. Ved krav om kostnadsorienterte priser må PT ta hensyn til at en slik streng prisregulering kan forsterke infrastruktureierens incentiver til å minske konkurransen via andre betingelser for tilgang enn pris. Eksempler på dette kan være kvalitetsforringelse, uthalelsestaktikk med videre.

145. Pris-minus kan gi gunstige etableringsincentiver i sluttbrukermarkedet og forhindre prisklemme. Metoden vil i utgangspunktet være mindre hensiktsmessig dersom det er et mål å

bøte på overprising i markeder der duplisering av infrastruktur ikke er sannsynlig. Pris-minus kan imidlertid være egnet når slike overpriser ikke anses å være av vesentlig betydning.

146. Både regulering gjennom kostnadsorientering og pris-minus kan være informasjons- og ressurskrevende. Krav om benchmarking og rimelig pris vil ofte kreve mindre ressurser hos både reguleringsmyndigheter og regulerte tilbydere. Disse metodene innebærer også større grad av skjønn, noe som i større grad åpner for å vektlegge andre mål enn at prisingen skal være effektiv. Krav om rimelig pris har vært anvendt som en del av asymmetrisk regulering, der et viktig formål har vært å få til bærekraftig konkurranse..

147. Metodene for prisregulering kan kombineres. For eksempel har PT i flere markeder, deriblant tidligere marked 11 og 16, satt priser basert på kombinasjon av kostnadsorientering og benchmarking. Benchmarking kan også anvendes ved fastsettelse av rimelig pris.

5.4.2 Implementering av metode for prisregulering – avkastnings- og pristaksregulering

148. Ulike fremgangsmåter kan benyttes for å implementere det regulerte prisnivået. Som det fremkommer i tekstboks 4 har PT tidligere benyttet *avkastningsregulering* for flere produkter der det har vært krav om kostnadsorienterte priser. Dette innebærer at tilbyderne fastsetter prisene selv, mens tilsynet overvåker at avkastningen på investert kapital ikke overstiger en gitt grense. Ulempene med denne metoden er at den gir svake incentiver for effektivisering da kostnadene automatisk kan overveltes i prisene.

149. *Pristak* (også kalt maksimalpriser) er en alternativ måte for å implementere prisene. Metoden innebærer å sette krav til tilbyderens prisutvikling og/eller -nivå i en bestemt tidsperiode. En fordel ved metoden er at den gir rimelig forutsigbare priser for alle aktører i den perioden reguleringen gjelder for. Videre gir den incentiver til å redusere kostnadene og drive effektivt siden den regulerte tilbyderen selv får beholde gevinsten så lenge man holder seg innenfor pristaket.

150. Pristak kan være hensiktsmessig dersom umiddelbar reduksjon til kostnadsorientert pris vil medføre en uforholdsmessig stor inntektsreduksjon for den regulerte tilbyderen. Pristaket kan i et slikt tilfelle utformes som en glidebane med trinnvise prisreduksjoner ned mot et kostnadsorientert nivå. Glidebanen kan ta høyde for forhold som for eksempel normal prisendring, antatt økning i effektiviteten og volumendringer.

151. Pristak kan også benyttes dersom prisgrunnlaget er basert på en av de andre formene for prisregulering enn kostnadsorientering, for eksempel på bakgrunn av krav om rimelig pris. Videre kan det anvendes ved en kombinasjon av flere metoder, for eksempel ved en kombinasjon av kostnadsregnskap og benchmarking.

152. En hovedutfordring ved utforming av en mer langsiktig pristaksregulering er å ta hensyn til usikkerhet om den fremtidige utviklingen i etterspørselen (for eksempel trafikkvolum) og kostnader. Videre kan det by på en utfordring å fastsette eventuelle krav til effektivitet.

5.5 Hva er fremvoksende marked ("emerging markets") og hvordan skal de reguleres?

153. Begrepet "emerging markets" (fremvoksende markeder) er omtalt i rammedirektivets fortale punkt 27. Her uttales det at selv om markedslederen i et fremvoksende marked trolig vil ha en betydelig markedsandel, bør tilbyderen ikke pålegges lite formålstjenelige forpliktelser. Hensikten med å være tilbakeholden med regulering av fremvoksende markeder er å fremme konkurranse og innovasjon.

154. Det har hersket usikkerhet om hva fremvoksende markeder er. I merknadene til Kommisjonens reviderte Anbefaling oppgis det at fremvoksende markeder er kjennetegnet ved at de er ustabile, at det er usikkerhet knyttet til tilbud og etterspørsel og av fluktuasjoner i markedsandelene. ERGs virkemiddeldokument²⁵ gir også noe avklaring, blant annet ved å slå fast at de tre kumulative kriteriene for sektorspesifikk regulering (se kapittel 5.7 under) også gjelder for

²⁵ Se "Textbox 1" i ERGs virkemiddeldokument, sidene 19-20.

fremvoksende markeder. Et fremvoksende marked må dermed være forskjellig fra de markeder som allerede er identifisert i Anbefalingen. Markedsdefinisjonen må likevel, i likhet med de forhåndsdefinerte markedene, baseres på vurderinger av substituerbarhet på etterspørsels- og tilbudssiden. Hvis PT skulle definere et fremvoksende marked med henblikk på forhåndsregulering, vil dette utgjøre et avvik fra Anbefalingen, noe som gir ESA vetorett med hensyn til markedsdefinisjonen.

155. Kommisjonen har fastslått at hvorvidt et marked kan reguleres ex ante kun avhenger av om markedet oppfyller de tre kriteriene. Med hensyn til om et marked kan reguleres ex ante er det derfor ikke nødvendig at tilsynsmyndigheten fastslår om et marked er "fremvoksende" eller ikke. I følge ERGs virkemiddeldokument kjennetegnes et "fremvoksende marked" av at det er umodent. Det kan derfor være vanskelig å fastslå om vilkårene oppfylt eller ikke. Spesielt gjelder dette vurderingen av om det andre kriteriet er oppfylt, altså om markedet tenderer mot konkurranse på tross av etableringshindringer i markedet. I Merknadene til Kommisjonens reviderte Anbefaling påpekes det for eksempel at den nye tjenesten kan være forbundet med så store investeringer at markedslederen finner å måtte tilby tilgang til andre aktører for å dekke inn sin investering. Forutsatt at tilgangen gis på en måte som fremmer konkurranse, kan dette lede til tjenestekonkurranse og derigjennom bevege markedet mot bærekraftig konkurranse. En konsekvens av usikkerheten er at fremvoksende markeder normalt ikke kan defineres som relevante for sektorspesifikk regulering.

156. I ERGs virkemiddeldokument påpekes det at tilsynsmyndighetene bør overvåke fremvoksende markeder nøye, selv om det kan være vanskelig å trekke sikre slutninger om de tre kriteriene. Dette gjelder særlig når det fremvoksende markedet er beslektet med eksisterende marked(er) der en eller flere aktører er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling og kontrollere tilgangen til en nødvendig innsatsfaktor.

157. Det er imidlertid ikke gitt at enhver ny tjeneste eller investering kan regnes som del av et fremvoksende marked. Tekniske oppgraderinger av eksisterende infrastruktur som hovedsakelig gjør det mulig å tilby liknende eller marginalt forbedrede tjenester i forhold til de som allerede tilbys på markedet, vil normalt ikke gi grunnlag for å anse tjenesten for å utgjøre et fremvoksende eller nytt marked. Som illustrasjon har PT konkludert med at bredbåndstelefoner er en del av fasttelefonimarkedene og at det ikke utgjør en fremvoksende tjeneste.

158. Et mulig eksempel på et fremvoksende marked er markedet for mobile bredbåndstjenester. I dette markedet kan aktørene tilby sluttbrukere tilgang til Internett gjennom en rask forbindelse som også er mobil.

5.6 Forholdsmessighet/proporsjonalitet

159. Som nevnt under redegjørelsen for prinsipp 1 ovenfor (avsnitt 4.2.1), stiller ekomregelverket krav om at de særskilte forpliktelsene PT pålegges skal være forholdsmessige. Kravet innebærer at tiltak skal være egnet til å realisere det bakenforliggende formålet, ikke gå ut over det som er nødvendig i det enkelte tilfellet samt at fordelene ved inngrepet skal overstige ulempene.

160. I Ot.prp.nr. 58 (2002-2003) er det knyttet noen kommentarer til den forholdsmessighetsvurderingen tilsynsmyndigheten skal gjennomføre ved pålegg av forpliktelser. I merknaden til ekomloven § 3-4 står det:

"Forpliktelsene som pålegges skal være forholdsmessige, ikke diskriminerende, bygge på objektive og saklige kriterier og være offentlig tilgjengelige. Med forholdsmessige menes at pålegg om tilgang eller sterk markedsstilling med tilhørende vilkår skal være egnet til å kompensere for manglende bærekraftig konkurranse, og skal bidra til å fremme forbrukerinteresser, og om mulig bidra til nasjonal og internasjonal utvikling. Ulempene ved de pålagte virkemidlene skal stå i forhold til det som søkes oppnådd. Dette åpner også for at myndigheten knytter forpliktelsene til enkelte deler av det relevante marked dersom dette er hensiktsmessig."

161. Det gjelder et forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett også utenfor EØS-retten. De eksplisitte kravene til forholdsmessighet som følger av ekomregelverket vil derfor også være et alminnelig forvaltningsrettslig krav.

162. Utfallet av en forholdsmessighetsvurdering, både etter alminnelig forvaltningsrett og etter EF-retten, skal være at PT velger det minst tyngende virkemiddelet som kan gi den ønskede effekt i enhver sammenheng.

163. Verken forholdsmessighetsprinsippet eller prinsippet om minimumsregulering kan imidlertid tas til inntekt for at PT etter regelverket ikke bør eller ikke har anledning til å ilegge tyngende forpliktelser på tilbydere med sterk markedsstilling. Kjernen i disse prinsippene er at det ikke skal pålegges strengere plikter enn nødvendig. Påleggelse av mer tyngende forpliktelser som prisregulering vil imidlertid nettopp kunne være *nødvendig og forholdsmessig* i markeder hvor andre mindre tyngende forpliktelser ikke er i stand til å oppnå formålet med reguleringen.

164. Et eksempel som viser sammenheng mellom ikke-diskriminering og prisregulering kan illustrere dette poenget. Ikke-diskriminering er et virkemiddel som blant annet er egnet til å motvirke at tilbyder med sterk markedsstilling kan overføre markedsrett fra ett marked til et annet. En vertikalt integrert tilbyder med sterk markedsstilling i et grossistmarked vil i prinsippet være avskåret fra å overføre denne markedsretten til et sluttbrukermarked når forpliktelse om ikke-diskriminering ilegges. Det skyldes at ikke-diskrimineringsforpliktelsen skal sikre eksterne tilbydere i det tilhørende sluttbrukermarkedet samme margin som den vertikalt integrerte tilbyderens egen sluttbrukervirksomhet.

165. Krav om ikke-diskriminering vil imidlertid ikke være tilstrekkelig til å motvirke at en vertikalt integrert monopolist tar priser som ikke reflekterer kostnadene og tar ut monopolprofitt i grossistmarkedet, noe som til sist vil ramme forbrukerne gjennom høye priser. Dersom etableringsbarrierene er så høye i det aktuelle markedet at det er mulig å ta ut monopolprofitt, og duplisering av infrastrukturen ikke er mulig, kan det være behov for en relativt streng prisregulering og ikke kun krav om ikke-diskriminerende priser. Tilbyder med sterk markedsstilling vil da ikke lenger kunne sette prisen for tilgang uforholdsmessig høyt. På den annen side kan streng prisregulering gi den prisregulerte tilbyderen incentiver til å hindre konkurransen i det tilhørende sluttbrukermarkedet ved å diskriminere på andre parametere enn pris. Dette kan eksempelvis gjøres ved å tilby eksterne tilbydere tilgang med dårligere kvalitet eller ved å forsinke leveransen av tilgangsprodukter til de eksterne tilbyderne.

166. For å motvirke dette kan det derfor være nødvendig å kombinere tilgangs- og prisforpliktelser med en forpliktelse om ikke-diskriminering. For igjen å sikre kontroll med at forpliktelsen om ikke-diskriminering etterlevs kan det være nødvendig, og dermed også forholdsmessig, å ilegge forpliktelser om transparens. De samlede forpliktelser i et slikt tilfelle kan dermed bli både mange og relativt tyngende. Forpliktelsene vil like fullt kunne være i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet fordi forpliktelsene anses nødvendige i det andre mindre tyngende plikter ikke anses tilstrekkelig til å nå formålet med reguleringen.

5.7 Sektorspesifikke virkemidler og andre virkemidler

167. ESA har oppstilt tre kumulative kriterier for å identifisere markeder som er relevante for sektorspesifikk regulering etter det regulatoriske rammeverket. Vilårene er som følger:

- Det foreligger høye og varige strukturelle eller regulatoriske etableringshindre i det relevante produktmarkedet.
- Markedet har egenskaper som gjør at det ikke i tilstrekkelig grad beveger seg mot bærekraftig konkurranse innenfor analysens tidsperspektiv.²⁶
- Alminnelig konkurranserett er ikke tilstrekkelig til å ivareta hensynene bak den sektorspesifikke reguleringen.

168. For de sju markedene som er identifisert i den reviderte Anbefalingen, har ESA allerede funnet at kriteriene er oppfylt. Det er derfor ikke nødvendig for PT å gjennomgå dem på nytt.²⁷

²⁶ Anbefalingen benytter her begrepet "effective competition", som best kan oversettes med "virksom konkurranse". Retningslinjene definerer dette til å være et marked hvor aktører med sterk markedsstilling er fraværende, jf. punkt 19. I Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) side 99 heter det "Dersom ingen av tilbyderne har sterk markedsstilling så antas det å være bærekraftig konkurranse i markedet". PT antar derfor at begrepene vil være sammenfallende for dette formålet.

Gjennom å definere kriterier som skal legges til grunn ved identifisering av relevante markeder, har ESA samtidig fastslått at det ikke er nødvendig å foreta nok en vurdering av om det skal nyttes sektorspesifikke virkemidler etter at analysen er gjennomført. Dersom det finnes en eller flere aktører med sterk markedsstilling i de forhåndsdefinerte markene, skal denne/disse ilegges minst én sektorspesifikk forpliktelse etter ekomloven. Vurderingstemaet blir i så fall *hvilke* sektorspesifikke virkemidler som skal benyttes i det aktuelle markedet.

169. Dersom PT definerer produktmarkeder som avviker fra ESAs gjeldende Anbefaling, skal tilsynet gjennomføre en vurdering av de tre kriteriene. Hensikten med trekriterietesten er å vurdere hvorvidt det avvikende markedet er berettiget for sektorspesifikk ex ante-regulering.²⁸ Kommer tilsynet til at dette er tilfelle og at en eller flere tilbydere har sterk markedsstilling, skal det ikke foretas en ny vurdering av kriteriene i forbindelse med pålegg av virkemidler. Som ved de forhåndsdefinerte markedene blir vurderingstema kun hvilke virkemidler som skal pålegges.

170. Kravet om å utføre trekriterietesten gjelder også for markeder som er tatt ut av den tidligere Anbefalingen og hvor PT har ilagt forpliktelser, se kapittel 5.10.

171. I arbeidet med markedsanalysene og vedtakene om særskilte forpliktelser, har PT hatt et tett samarbeid med Konkurransetilsynet (KT).²⁹ Samarbeidet anses som hensiktsmessig fordi KT har mye erfaring og kunnskap på disse områdene. Ut fra forholdsmessighetsprinsippet vil det måtte vurderes om noen av de konkurranseproblemene som identifiseres i et marked vil kunne avhjelpest med konkurranserettslige virkemidler alene. Denne vurderingen må nødvendigvis foretas av PT og KT i samarbeid. Konklusjonen på en slik vurdering kan bli at det pålegges noen sektorspesifikke virkemidler på en aktør i et gitt marked samtidig som man anser at andre konkurranseproblemer i det samme markedet vil kunne håndteres av den generelle konkurranseretten.

5.8 Asymmetrisk regulering

172. Asymmetrisk regulering kan være nødvendig for å oppnå formålene i Rammedirektivet artikkel 8. ERGs virkemiddeldokument fastslår i kapittel 5.6.3 at tilsynsmyndighetene kan pålegge ulike særskilte forpliktelser på ulike tilbydere i liknende marked forutsatt at dette er tilstrekkelig begrunnet. Videre oppgis geografiske forhold og/eller situasjonen på tilbuds- eller etterspørselssiden som eksempler på forhold som kan tilsa en differensiert virkemiddelbruk innenfor ett marked.

173. En asymmetrisk regulering vil kunne føre til at enkelte aktører pålegges et strengere sett eller dosering av særskilte forpliktelser enn andre. Forskjellsbehandling skal i så fall basere seg på objektive og saklige kriterier.

174. I vedtak om særskilte forpliktelser vil PT ta stilling til om like konkurranseproblemer skal reguleres på samme måte. En kategori konkurranseproblem (for eksempel overprising) kan blant annet påvirke konkurransesituasjonen i markedet svært forskjellig avhengig hvilken tilbyder det er snakk om. Videre sier kategoriseringen ikke noe om hvor omfattende et problem er og hvilken virkning det har på markedet.

175. ERGs virkemiddeldokument³⁰ fremhever at der tilsynsmyndighetene ønsker å bruke asymmetriske virkemidler på grunn av kostnadsforskjeller som skyldes stordrifts- og/eller samdriftsfordeler, bør de vurdere å bruke en glidebane ("glidepath") eller utsatt gjensidighet ("delayed reciprocity") når prisene reguleres ned. PT mener dette kan være nødvendig for å skape regulatorisk forutsigbarhet og sikre at de særskilte forpliktelsene er forholdsmessige.

²⁷ Se side 4-9 i SDs vedtak 6. oktober 2006 om Telenors klage på vedtaket i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett (marked 15). Dokumentet er tilgjengelig på http://www.npt.no/iKnowBase/Content/Klage_marked_15_vedtak_fra_SD.pdf?documentID=50248.

²⁸ Hittil i PTs SMP-arbeid har dette bare vært aktuelt i Grossistmarkedet for overføringstjenester for kringkasting, for levering av kringkastingsinnhold til sluttbruker (marked 18 i den opprinnelige Anbefalingen). PT definerte fem avvikende produktmarkeder, og etter en vurdering av de tre kriteriene fant PT at ingen av disse markedene egnet seg for sektorspesifikk ex ante-regulering.

²⁹ I *Avtale om samarbeid, samordning og oppgavefordeling mellom Konkurransetilsynet og Post- og teletilsynet* er samarbeid i forbindelse med SMP-arbeidet gitt et eget kapittel, kapittel 3. Avtalen finnes på <http://www.npt.no/ikbViewer/Content/50232/Samarbeidsavtale%20undertegnt.pdf>

³⁰ Se side 115 følgende.

176. Selv om PT mener det kan foreligge grunner for asymmetrisk regulering, er det likevel PTs oppfatning at alle tilbydere i det lange løp bør behandles likt og på en måte som sikrer effektiv produksjon.

5.9 Særskilte forpliktelser i beslektede marked

177. For å bøte på manglende bærekraftig konkurranse i et identifisert marked, kan det være nødvendig å pålegge særskilte forpliktelser knyttet til tjenester både innenfor og utenfor markedet, jf. kapittel 5.6.3 i ERGs virkemiddeldokument. I prinsippet kan tilsynsmyndighetene pålegge virkemidler på et område som ligger utenfor, men er nært beslektet med det relevante markedet som analyseres, forutsatt at:

- virkemidlet er et nødvendig element som støtter andre særskilte forpliktelser som er pålagt i det relevante markedet og er nødvendig for å gjøre det effektivt, og
- kombinasjonen er den mest passende, forholdsmessige og effektive måten å bøte på den manglende konkurransen.

178. Dersom disse vilkårene er oppfylt, er det ikke nødvendig å vurdere om området som ligger utenfor det relevante markedet i seg selv er et enhetlig økonomisk marked eller å notisere avgjørelsen separat i forhold til artikkel 7 eller 8 (3) og ekomloven § 9-3.

5.10 Fjerning av særskilte forpliktelser

179. Fjerning av forpliktelser er aktuelt i tre situasjoner:

- Dersom PT finner at de tre kriteriene ikke er oppfylt slik at det ikke er anledning til å forhåndsregulere det aktuelle markedet.
- Dersom PT finner at de tre kriteriene er oppfylt, men at det ikke finnes tilbyder med sterk markedsstilling i det aktuelle markedet.
- Dersom PT finner at det er anledning til å regulere markedet og at det finnes tilbyder med sterk markedsstilling i markedet, men at det er grunn til å lempe på eksisterende regulering.

180. I alle tilfelle må PT basere sin avgjørelse etter analyse av det aktuelle markedet. Før PT fatter vedtak om å oppheve særskilte forpliktelser vil tilsynet vurdere hvilke eventuelle negative konsekvenser dette kan ha for konkurransesituasjonen i det relevante markedet. Tilsynet vil samtidig undersøke hvilken effekt fjerningen vil kunne ha for beslektete marked, spesielt nedstrømsmarkeder. Dersom virkemidlet er en forutsetning for bærekraftig konkurranse på et beslektet område, vil det ikke nødvendigvis være formålstjenelig å oppheve forpliktelsen.

181. PT vil også ta i betraktning hvorvidt fjerningen vil ha negative konsekvenser for andre tilbydere og kan om nødvendig gi en overgangsperiode slik at aktørene kan tilpasse seg. For å forsikre at utviklingen går i den retning PT forutsatte ved opphevelsen av forpliktelsene kan det også være aktuelt med en særskilt overvåking av hele eller deler av det aktuelle markedet.