

KOBLINGSFORBUDET I SLUTTBRUKERMARKEDENE FOR ELEKTRONISK KOMMUNIKASJON

Kandidatnummer: 563

Veileder: Inge Kaasen

Leveringsfrist: 26. november 2007

Til sammen 7781 ord

09.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av problemstillingen	1
1.1.1	Avgrensning	2
1.2	Metode og rettskildebruk	3
1.2.1	Metode	4
1.2.2	Rettskildebruk	4
1.3	Begrepsbruk	5
<u>2</u>	<u>KONKURRANSERETTLIG REGULERING I EKOMSEKTOREN</u>	<u>5</u>
2.1	Ex ante og ex postregulering	5
2.2	SMP-regulering i ekomsektoren	8
<u>3</u>	<u>HVILKE VILKÅR MÅ VÆRE OPPFYLT FOR AT EKOMREGULERINGENS KOBLEINGSFORBUD SKAL KOMME TIL ANVENDELSE?</u>	<u>10</u>
3.1	Myndighet etter loven	10
3.2	Relevante markeder	10
3.3	Markedsanalysen og utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling	11
3.4	Valg av virkemidler	13
3.5	Regulering av sluttbrukertjeneste	14
3.5.1	Formålet med § 4-10	14
3.5.2	Tolkning av § 4-10	15
3.6	Koblingsforbudet for tilbyder av leveringspliktige tjenester	20

<u>4</u>	<u>SMP-VEDTAKENE I SLUTTBRUKERMARKEDENE FOR ELEKTRONISK</u>	
	<u>KOMMUNIKASJON</u>	<u>22</u>
4.1	Generelt om vedtakene	22
4.2	Konkurranseproblemer i markedene	22
4.3	Bruken av koblingsforbud i sluttbrukermarkedene	24
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>27</u>
5.1	Vilkårene for koblingsforbudet	27
5.2	Rekkevidden av koblingsforbudet	27
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Utviklingen innen elektronisk kommunikasjon de siste årene kan best beskrives som en revolusjon, som har ikke bare har fått store teknologiske, økonomiske og politiske følger, men også rettslige. Begrepet ekom har blitt innført som et samlebegrep, og tidligere regler på området har blitt samlet i én lov, ekomloven¹. Denne er delvis en implementering av fem EU-direktiver som innfører en felles plattform og et felles system for konkurranserettslig regulering av tilbyderne av elektroniske kommunikasjonstjenester i EØS-området.

Det er lagt opp til en sektorspesifikk forhåndsregulering av aktørene i ekomsektoren, hvor myndighetene deler inn sektoren i relevante markeder, gjennomfører markedsanalyser i hvert enkelt marked med utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling (SMP)² etter visse kriterier, og gjennom enkeltvedtak pålegger tilbyderne ulike forpliktelser for å oppnå bærekraftig konkurranse. Gjennom dette reguleringsregimet har tilsynsmyndigheten, som i Norge er lagt til Post- og Teletilsynet, med Samferdselsdepartementet som klageinstans, fått en rekke virkemidler i form av forpliktelser som kan pålegges tilbydere med sterk markedsstilling. Hvilke virkemidler myndighetene har til rådighet i det enkelte tilfelle, avhenger av hvilke konkurranseproblemer som er identifisert i det aktuelle markedet og hva som best kan avhjelpe disse. Bakteppet for hele prosessen er ekomlovens formål om gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester til brukerne gjennom effektiv ressursbruk og bærekraftig konkurranse.

¹ 2003 Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) av 4. juli 2003 nr 83.

² Se nærmere om sterk markedsstilling og SMP i punkt 1.3.

Koblingssalg eller produktkobling er ansett som et særlig aktuelt konkurranseproblem i sluttbrukermarkedene for elektronisk kommunikasjon. I uttrykket ligger det å koble sammen, eller ”bundle” flere produkter og selge disse sammen på en slik måte at sluttkundene ikke har mulighet til å kjøpe produktene hver for seg, eller at prisen for å bare velge ett av produktene, i stedet for flere, i praksis tvinger sluttkunden til å kjøpe en pakkeløsning fra samme tilbyder.

Forbud mot urimelig koblingssalg er ett av virkemidlene myndighetene kan anvende for å avhjelpe konkurransesituasjonen i sluttbrukermarkedene. Denne avhandlingen vil ta for seg hvilke vilkår som må være oppfylt for at ekomreguleringens forbud mot urimelig koblingsalg skal komme til anvendelse. Etter en kort gjennomgang av reguleringsystemet, vil jeg se på ekomloven og ekomforskriftens³ vilkår. Deretter vil jeg gå inn i vedtakene som er gjort i sluttbrukermarkedene for å forsøke å si noe om hva koblingsforbudet omfatter og rekkevidden av det.

1.1.1 Avgrensning

Utgangspunktet for avhandlingen blir Post- og Teletilsynets sektorspesifikke regulering av sektoren, med grunnlag i lov og forskrift om elektronisk kommunikasjon. I tillegg har Medietilsynet og Konkurransetilsynet med andre roller i reguleringen av aktørene innen elektronisk kommunikasjon. Jeg vil ikke komme inn på disse organenes roller og deres forvaltning, men konsentrere meg om den sektorspesifikke reguleringen som PT har blitt satt til å utføre.

Jeg vil også presisere at det er den norske ekomlovgivningen som vil være utgangspunktet for denne avhandlingen. Ettersom de nasjonale forholdene er forskjellig, og dermed også behovet for, og omfanget av, konkret regulering, vil det bli for omfattende å gå utover de norske landegrensene i en slik avhandling, selv om den norske lovgivningen og

³ 2004 Forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften) av 16. februar 2004 nr 401.

forvaltningen på området har bakgrunn i en felleseuropeisk standard, og selv om utgangspunktet er at reguleringen i de europeiske landene gjennom tilsyn fra ESA⁴ tilstrebes å være så lik som mulig.

Produktkobling er i utgangspunktet identifisert som et konkurranseproblem i sluttbrukerleddet, og det er først og fremst i sluttbrukermarkedene det er aktuelt for myndighetene å bruke koblingsforbudet som et virkemiddel for å sikre bærekraftig konkurranse. Likevel kan det hevdes at virkemiddelet også er effektivt i forbindelse med reguleringen i grossistmarkedene. Jeg vil ikke ta stilling til dette her, og vil konsentrere meg om sluttbrukermarkedene. Av plasshensyn og av hensyn til omfanget av en slik avhandling, har jeg ikke funnet det hensiktsmessig å ta med reguleringen i grossistleddet.

I denne avhandlingen er det koblingsforbudet som virkemiddel som er tema. For å plassere problemstillingen i sammenhengen, er det nødvendig å komme inn på de ulike elementene av reguleringsprosessen frem til valg av virkemiddel. Jeg vil likevel ikke uttømmende behandle de ulike vurderingene som gjøres i forbindelse med markedsanalysen og i prosessen med å utpeke SMP-tilbydere, men først og fremst konsentrere meg om koblingsforbudet som et av virkemidlene i reguleringen.

Koblingsforbud er ikke bare et virkemiddel som kan brukes i konkrete vedtak på bakgrunn av reguleringen i ekomsektoren. I ekomforskriften er koblingsforbud et direkte vilkår for tilbydere av leveringspliktige tjenester. Jeg vil komme inn på dette vilkåret i avhandlingen. Dette gjøres fordi det har betydning for vurderingen av om koblingsforbud skal pålegges i markedsvedtakene, og fordi det er interessant å se på de forskjellige hensynene som ligger til grunn for de to hjemlene for koblingsforbud.

1.2 Metode og rettskildebruk

⁴ EFTAs overvåkingsorgan, EFTA Surveillance Authority.

1.2.1 Metode

Avhandlingen skal drøfte koblingsforbudet i markedene for elektronisk kommunikasjon. Det er nødvendig å bruke en del plass på å sette temaet inn i sin sammenheng og forklare prosessene som ligger til grunn. Utover dette er det alminnelig juridisk metode som ligger til grunn for avhandlingen.

1.2.2 Rettskildebruk

Det foreligger per i dag begrenset rettskildemateriale innenfor elektronisk kommunikasjon, og koblingsproblematikken er lite berørt i litteratur og rettspraksis. Utgangspunktet for en avhandling om virkemidler i reguleringen av ekomsektoren blir loven om elektronisk kommunikasjon. Det antas, som nevnt, at denne har inkorporert direktivpakken fra EU, og den blir til enhver tid revidert i forhold til de endringer som eventuelt måtte komme som et resultat av EØS-samarbeidet. Jeg vil derfor i liten grad referere direkte til EU-direktivene, men har selvsagt disse som bakgrunn ved anvendelse loven og dens forskrifter.

EU arbeider med en revisjon av direktivpakken, og det antas at resultatet av dette vil komme innen 2-3 år. Ettersom det fortsatt er usikkert hvilke endringer revisjonsarbeidet vil medføre, vil jeg ikke behandle eventuelle endringer denne revisjonen måtte medføre for problemstillingen.

Det foreligger en et lovforslag om endringer i den norske ekomloven⁵. Lovforslaget har vært til høring, og avventer behandling i Stortinget. Jeg vil ta med konsekvensene av dette underveis i behandlingen av problemstillingen, da jeg anser det som mest hensiktsmessig sett i lys av bakgrunnen for de foreslåtte endringene.

⁵ Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) – Om lov om endringer i lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon.

1.3 Begrepsbruk

Det kan være hensiktsmessig å kommentere kort noen av begrepene som går igjen i denne avhandlingen.

Begrepet ”sterk markedsstilling” må forklares litt nærmere. Ved innføringen av ekomloven ble innholdet av dette uttrykket endret fra den tidligere teleloven⁶, og tanken var at det skulle legges nærmere opp til det konkurranserettslige begrepet ”dominerende stilling” og at tilsynsmyndigheten skal ta hensyn til EU-praksis ved tolkningen av begrepets innhold. EU bruker uttrykket ”significant market power”, som ofte er forkortet til SMP. Det er med andre ord ”sterk markedsstilling” det menes når jeg i avhandlingen bruker forkortelsen SMP. En SMP-tilbyder er en tilbyder som har blitt utpekt av PT som en tilbyder med sterk markedsstilling innen ett av de relevante markedene og et SMP-vedtak er et vedtak i ett av markedene. SMP brukes nokså generelt som et uttrykk for markedsregulering i ekomsektoren, og PT bruker også dette uttrykket for sitt reguleringsarbeid.

Det vises ellers til definisjonene i ekomloven § 1-5, som forklarer meningen med blant annet uttrykk som elektronisk kommunikasjon (her forkortet til ekom), sluttbruker og tilbyder.

2 Konkurranserettslig regulering i ekomsektoren

2.1 Ex ante og ex postregulering

Det kan være oppklarende og grunnleggende nødvendig å forklare noe av bakgrunnen for, og metoden bak, den type regulering som for tiden anvendes på området for elektronisk

⁶ 1995 Lov om telekommunikasjon av 23. juni. 1995 nr 39.

kommunikasjon. Utgangspunktet for konkurranserettslig regulering er såkalt ex postregulering med bakgrunn i konkurranserettslig metode. De langt fleste markeder i Norge er regulert på denne måten. Dette innebærer at markedsaktørene blir regulert i ettertid på bakgrunn av en mistanke om overtredelse av konkurranselovgivningen i en konkret sak. Etter at den aktuelle aktøren er varslet, gjør forvaltningsorganet sine undersøkelser og konkluderer på om det konkret er begått et brudd eller ikke.

Den andre måten å regulere konkurranse på er forhåndsregulering, eller såkalt ex anteregulering. Det er denne type regulering som er innført i markedene for elektronisk kommunikasjon. Utgangspunktet er at lovgiver anser det som nødvendig å forhåndsregulere en spesiell sektor. Det kan være flere grunner for at dette anses hensiktsmessig. I praksis medfører en slik sektorspesifikk forhåndsregulering at myndighetene med grunnlag i markedsanalyser i forhåndsdefinerte relevante markeder utpeker aktører med mulighet for markedsdominans, eller med sterk markedsstilling, og deretter søker å regulere aktørens muligheter for å misbruke sin stilling, gjennom forhåndsdefinerte virkemidler, dvs. pålegger aktøren plikter eller begrensninger. Det karakteristiske ved en slik reguleringsform er at reguleringsmyndigheten foretar sine disposisjoner ut fra en potensiell fare for misbruk av markedsstilling, og ikke ut fra en konkret overtredelse.

Fordelen med den sektorspesifikke reguleringen, sett fra myndighetenes side, er at det gir en langt større grad av fleksibilitet i reguleringen; noe som er spesielt nyttig i forbindelse med konkurranseregulering av et område hvor konkurranse er en forholdsvis ny realitet. Ulempen med denne formen for regulering er at den er veldig ressurskrevende. Den medfører blant annet at myndighetsorganene må følge med i markedsutviklingen til enhver tid, og stadig tilpasse reguleringen til utviklingen i markedene. Det krever også ressurser til å behandle henvendelser fra de regulerte aktørene i form av klager, spørsmål, tvisteløsning osv. i en helt annen grad enn ved ex postregulering.

Når det gjelder de regulerte markedsaktørene, medfører reguleringsformen også fordeler og ulemper. At en del av premissene er lagt på forhånd, og at vilkårene er såpass detaljert, medfører en viss grad av forutberegnelighet. Det er også positivt at de regulerte i så stor grad har muligheten til å imøtegå reguleringsmyndighetens analyser og konklusjoner på forhånd gjennom høringsuttalelser og klager. Likevel kan fleksibiliteten i systemet føre til en mindre grad av forutberegnelighet ved at endringene i regulering kan skje såpass raskt. Det må ikke et nøysomt lovarbeid, men kun en behandling i et forvaltningsorgan, til for å endre markedsaktørenes hverdag betraktelig.

Målet med reguleringen i ekomsektoren er å legge til rette for bærekraftig konkurranse. Derfor er det et vilkår for innføring av forhåndsregulering i et marked at konkurransen i det aktuelle markedet ikke er bærekraftig. At det er bærekraftig konkurranse i et relevant marked vil si at ingen av dets aktører alene eller sammen med andre har sterk markedsstilling. Dersom PT i sin analyse skulle komme til at ett av de relevante markedene har bærekraftig konkurranse, vil markedet ikke bli forhåndsregulert, men vil være underlagt alminnelig konkurranserett (ex postregulering). Målet er at alle markedene for elektronisk kommunikasjon skal få bærekraftig konkurranse på sikt og at ex ante derfor skal være et midlertidig tiltak på veien mot ex post for hele sektoren.⁷

De glidende overgangene mellom PTs SMP-regulering og Konkurransetilsynets ex postregulering og den noe uklare ansvarsdelingen mellom disse, krever et tettere samarbeid mellom tilsynene enn hva som tidligere har vært vanlig. På bakgrunn av dette har tilsynene inngått en ”avtale om samarbeid, samordning og oppgavefordeling mellom Konkurransetilsynet og Post- og Teletilsynet⁸”. Ett av formålene med denne avtalen er å avklare forholdet mellom tilsynene i saker hvor de har sammenfallende kompetanse. Det er flere grunner til at det er ønskelig med et ryddig og avklart forhold mellom tilsynenes

⁷ For mer om ex ante- og ex postregulering, og om forskjellen mellom disse; se Ot.prp. nr. 58 (2002-2003), punkt 5.4.1.

⁸ Oslo, 28. februar 2005. Avtalen finnes på PTs hjemmesider:
http://www.npt.no/iKnowBase/Content/50232/avtale_kt_pt.pdf

arbeid. En av dem er markedsaktørens forutsigbarhet. På nåværende tidspunkt, og i forbindelse med problemstillingen i denne avhandlingen, er det først og fremst PTs regulering med hjemmel i ekomloven som er mest dominerende, fordi den er forhåndsbestemt og fordi de fleste markedene innen elektronisk kommunikasjon ikke ennå er funnet modne for ren ex postregulering. Likevel ekskluderer ikke PTs forhåndsregulering inngripen fra KT overfør aktørene i ekomsektoren, og det er derfor viktig at det foreligger en avtale som regulerer forholdet mellom tilsynene.

2.2 SMP-regulering i ekomsektoren

Jeg vil kort skissere bakgrunnen for, og formålet med, den konkurranserettslige SMP-reguleringen på området for elektronisk kommunikasjon. Dette er ikke ment som noen oversikt eller generell drøfting av reguleringsformen. Poenget er å sette en ramme rundt drøftelsen av koblingsforbudet.

I Norge, som i de fleste andre land, har vi en historie med statsmonopoler innen ekom. Disse har blitt oppløst i løpet av de siste 10-15 årene. Det er et uttalt mål fra myndighetene, og et middel for å oppfylle formålet med loven om elektronisk kommunikasjon at det skal legges til rette for bærekraftig konkurranse i ekommarkedene. Ettersom det ikke har eksistert noen konkurranse på området tidligere, er det naturlig at reguleringen i en overgangsperiode vil være ekstra omfattende. Flere av konkurranseproblemene i et såpass ferskt marked som ekommarkedet vil være knyttet til etableringshindringer og stor forskjell mellom nye og etablerte aktører. Det er derfor avgjørende at myndighetene aktivt legger til rette for at nye aktører kan etablere seg i markedet og forsøker å utjevne de store forskjellene mellom disse og de mer etablerte aktørene.

Formålet med ekomloven er ”å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester”, jfr § 1-1. Dette skal oppnås ”gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon.” Med andre ord er det ikke bare en effektiv konkurranse hvor alle aktørene har like vilkår som er poenget. Derfor er

det viktig å balansere reguleringen slik at også målet om gode og fremtidsrettede tjenester skal kunne oppnås og slik at næringsutvikling og innovasjon stimuleres hos aktørene. Det er avgjørende at lovens formål ligger i bunnen for alle avgjørelser som tas av myndighetene og alle vedtak som fattes i forbindelse med reguleringen. Formålsbetraktninger kan her slå ut begge veier, både i markedsanalysen og i valget av virkemidler.

Det er viktig å merke seg at SMP-reguleringen tar utgangspunkt i potensielle konkurranseproblemer. Dette i seg selv gjør at reguleringsprosessen blir noe mer komplisert ved en slik generell form for forhåndsregulering. En vurdering av hva som potensielt kan hindre en bærekraftig utvikling må nødvendigvis basere seg på hvilke muligheter aktørene i det regulerte markedet objektivt sett har for negativ påvirkning av konkurransen.

Reguleringsregimet gir markedsaktørene en forholdsvis god mulighet for å delta i prosessen fra defineringen av relevante markeder, via markedsanalysen til vedtaket i hvert enkelt marked, både ved høringsuttalelser og klager. Dette gjelder også ved revisjoner av vedtakene og ved håndhevingen av de pålagte forpliktelsene. Samtidig er de norske tilsynsmyndighetene, i kraft av EØS-medlemskapet, forpliktet til å konsultere ESA og følge visse EU-standarder. I tillegg til å sikre en viss harmonisering mellom medlemslandene, gir dette også markedsaktørene en viss trygghet ved at det føres en objektiv kontroll og at vedtakene har en viss felles standard utover landegrensene.

Et viktig prinsipp bak ekomloven er prinsippet om minimumsregulering. Dette prinsippet innebærer at den sektorspesifikke reguleringen bare skal anvendes i den grad formålet om bærekraftig konkurranse ikke kan oppnås gjennom generell konkurranserett. I alle vedtak som fattes i medhold av lovens reguleringsregler må det vurderes om effekten av vedtaket kan oppnås på andre måter enn gjennom forhåndsregulering. Dette skyldes at forhåndsregulering er å anse som et inngripende tiltak for å regulere konkurransen.

3 Hvilke vilkår må være oppfylt for at ekomreguleringsens koblingsforbud skal komme til anvendelse?

3.1 Myndighet etter loven

Ekomloven § 1-4 regulerer hvem som har myndighet etter loven. Det er kongen, departementet og PT. Lovens § 10-1 gir hjemmel til forskrift om tilsyn. I ekomforskriften § 10-3 avgjøres at det er PT som fører tilsyn med gjennomføringen av forskriften og at PT kan gjennomføre sanksjoner etter lovens kapittel 10, tilsynskapitlet. Det er Samferdselsdepartementet som avgjør klager over enkeltvedtak som PT fatter med hjemmel i eller i medhold av loven, jfr lovens § 11-6. Ekomloven § 9-1 slår fast hovedregelen om at forvaltningsloven gjelder for behandling av saker etter loven. Ekomloven § 10-2 fastsetter en begrensning i instruksjonsadgangen overfor PT som innebærer at PT ikke kan instrueres blant annet ved utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og valg av virkemidler. Den detaljerte funksjonsdelingen mellom PT og departementet er bestemt i en egen forskrift.

3.2 Relevante markeder

Ekomloven § 3-2 pålegger myndigheten å definere relevante markeder for regulering. Utgangspunktet for dette arbeidet er ESAs anbefaling. PT har så langt valgt å følge denne anbefalingen, og har definert 18 relevante produktmarkeder, hvorav syv på sluttbrukernivå. Sluttbrukernivå er nivået hvor tilbyder selger tjenester til sluttbrukere, mens grossistnivå vil si nivået hvor tilbydere handler seg imellom, eller mellom egne forretningsområder. Sluttbruker- og grossistmarkedene er også kalt henholdsvis nedstrøms- og oppstrømsmarkeder.

De syv relevante markedene på sluttbrukernivå, som dermed er de aktuelle markedene for denne avhandlingen, er⁹:

⁹ 1) Tilgang til fast elektroniske kommunikasjonsnett som anvendes til offentlig telefontjeneste for husholdninger, 2) Tilgang til fast elektroniske kommunikasjonsnett som anvendes til offentlig telefontjeneste

Marked 1	Tilgang telefoni – privat
Marked 2	Tilgang telefoni – bedrift
Marked 3	Nasjonal trafikk – privat
Marked 4	Internasjonal trafikk – privat
Marked 5	Nasjonal trafikk – bedrift
Marked 6	Internasjonal trafikk – bedrift
Marked 7	Minimumstilbudet av overføringskapasitet

Jeg vil ikke gå nærmere inn på avgrensingene av de forskjellige markedene i denne omgang, men påpeke at det er disse syv markedene som er aktuelle for sluttbrukerregulering, og at det er et vilkår for å bli ilagt forpliktelser etter den aktuelle reguleringen at tilbyderen opererer i ett av dem.

3.3 Markedsanalysen og utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling

Når de relevante markedene er definert, er det tilsynsmyndighetens oppgave å analysere hvert enkelt marked for å avgjøre om det er bærekraftig konkurranse, eller om det finnes tilbydere med sterk markedsstilling i det aktuelle markedet, jfr ekomloven § 3-3. ESAs retningslinjer for markedsanalyser og beregning av sterk markedsstilling legges til grunn for analysen, og den gjennomføres med jevne mellomrom, slik at reguleringsnivået skal være tilpasset utviklingen. På grunnlag av ESAs retningslinjer og andre anbefalinger har PT utarbeidet et metodedokument¹⁰ for markedsanalysene, som de benytter ved analysen. Jeg skal ikke gå nærmere inn på de konkrete vurderingene som gjøres, men kort nevne noen av hovedelementene.

for andre enn husholdninger, 3) Fast nasjonal eller lokal offentlig telefontjeneste for husholdninger, 4) Fast internasjonal offentlig telefontjeneste for husholdninger, 5) Fast nasjonal eller lokal offentlig telefontjeneste for andre enn husholdninger, 6) Fast internasjonal offentlig telefontjeneste for andre enn husholdninger og 7) Minimumstilbud av overføringskapasitet.

¹⁰ 2005, Metode for markedsanalyse; Markedsanalyser og utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling i det norske markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester, Post- og teletilsynet, 6. januar 2005

I markedsanalysen foretas det en avgrensning av det aktuelle markedet. Historie og utvikling i markedet gjennomgås, og mulige hindringer for bærekraftig konkurranse identifiseres gjennom en analyse av blant annet prisutviklingen, forholdet mellom aktørene i markedet og deres adferd. Et viktig moment er også å se på sluttbrukernes stilling, det vil si hvilken effekt markedet har på kundene. På grunn av at konkurranse i ekomarkedene er et forholdsvis nytt fenomen, får hensynet til eventuelle etableringshindringer i det analyserte markedet en viktig plass i analysen. Dette skyldes at et marked er avhengig av et visst antall aktører for at målet om bærekraftig konkurranse skal kunne oppnås. Selv om denne analysen for så vidt blir nokså konkret for det aktuelle markedet, er det fortsatt potensielle konkurranseproblemer vi snakker om. Spørsmålet blir derfor ikke om det faktisk er noen som misbruker sin stilling i det analyserte markedet, men om potensialet for at det kan skje foreligger.

Utpeking av SMP-tilbyder skjer gjennom vedtak i det enkelte marked på bakgrunn av markedsanalysen. Ekomloven § 3-1 gir en definisjon av sterk markedsstilling der økonomisk styrke og grad av uavhengighet av konkurrenter, kunder og forbrukere er viktige momenter. Definisjonen slår også fast to andre viktige poeng i forbindelse med utpekingen av SMP-tilbyder. For det første kan en tilbyder ha sterk markedsstilling på grunnlag av at han sammen med andre oppfyller vilkårene. For det andre kan status som SMP i ett marked føre til det samme i et tilgrensende marked. Her kommer kompliserte konkurransestrukturer inn i bildet, og jeg skal bare kort nevne at det siste vilkåret er knyttet til potensiell fare for overføring av markedsrett, horisontalt eller vertikalt.

Markedsanalysen skal altså inneholde en grundig vurdering av et nokså komplisert konkurransebilde med innslag av forholdsvis skjønsmessige avveininger for å avgjøre i hvilken grad det eksisterer bærekraftig konkurranse eller ikke. I de aller fleste tilfeller er sterk markedsstilling et vilkår for at myndighetene kan pålegge tilbyderne forpliktelser. Dette gjelder også for regulering av sluttbrukertjeneste, jfr ekomloven § 4-10. Derfor er det et avgjørende vilkår for pålegging av plikter i sluttbrukerleddet at det ikke eksisterer

bærekraftig konkurranse i det aktuelle markedet, og at den aktuelle tilbyderen har sterk markedsstilling i markedet.

3.4 Valg av virkemidler

Tilbyder med sterk markedsstilling skal pålegges plikter, jfr. § 3-4, første ledd. I utgangspunktet er det virkemidlene i lovens kapittel 4 myndigheten har til disposisjon, men i særlige tilfeller kan også plikter som går utover dette pålegges, jfr § 3-4, andre ledd. De viktigste generelle vilkårene for å pålegge SMP-tilbyder forpliktelser i forbindelse med reguleringen fremgår av § 3-4, tredje ledd. Pliktene som pålegges "skal være egnet til å fremme bærekraftig utvikling, samt legge forholdene til rette for nasjonal og internasjonal utvikling i markedet." Dette innebærer at myndighetene må vurdere disse to kriteriene i hvert enkelt vedtak hvor det pålegges forpliktelser, og i forhold til hver enkelt forpliktelse.

Bakgrunnen for hele dette systemet peker tilbake på ekomlovens formål; nemlig ”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”. Det er altså ikke bare det bærekraftig konkurranse som er viktig, men også det å stimulere til næringsutvikling og innovasjon. Disse to formålene kan noen ganger trekke i hver sin retning når en konkret avgjørelse skal tas med hjemmel i loven. Konsekvensen av dette blir at myndighetene må søke å oppnå en balanse mellom det å skape best mulig grunnlag for konkurranse og det å verne om utviklende og innovative tiltak fra aktørenes side. Noen ganger kan dette føre til at en dominerende aktør blir regulert forholdsvis strengt for å sikre at andre aktører får mulighet til å etablere seg i markedet. Andre ganger kan myndighetene holde tilbake og la være å innføre for mange restriksjoner på en SMP-tilbyder på bakgrunn av at tilbyderen for eksempel gjør større investeringer som på lang sikt vil være et utviklende og nyskapende tiltak for sektoren generelt. Tanken blir likevel som regel at man gjennom å sikre bærekraftig konkurranse også stimulerer til utvikling og innovasjon, ved at man får et flere aktører og et større mangfold gjennom å fordele markedsmakt på et større antall aktører.

Proessen består i å identifisere de potensielle konkurranseproblemene i det konkrete markedet, for så å pålegge plikter for å avhjelpe problemene. Dette gjøres med utgangspunkt i generelle typer av konkurranseproblemer, inndelt etter situasjon, eller posisjon, som kan utnyttes for å hindre konkurransen. PT har utviklet et virkemiddeldokument¹¹ som de bruker som bakgrunn ved avgjørelsen av hvilke virkemidler som skal anvendes i det enkelte tilfelle. I dette dokumentet er laget en liste over potensielle konkurranseproblemer som er aktuelle for ekomsektoren og over hvilke virkemidler som er tilgjengelige. Listen over konkurranseproblemer bygger på tilsvarende felleseuropeiske kilder. Konkurranseproblemene deles hovedsakelig inn i fire grupper; vertikal overføring av markedsrett, horisontal overføring av markedsrett, enkeltmarkedsdominans og terminering. For hver av disse gruppene er det forskjellige typer virkemidler, og kombinasjoner av slike, som er relevante. Jeg vil komme tilbake til hvilke konkurranseproblemer som er aktuelle å avhjelpe med koblingsforbud.

3.5 Regulering av sluttbrukertjeneste

§ 4-10 i ekomloven hjemler regulering av sluttbrukertjeneste i markedene for elektronisk kommunikasjon. Dette er også den siste av virkemiddelbestemmelsene i ekomloven. Regulering av sluttbrukertjeneste er litt annerledes enn reguleringen på grossistnivå. Regulering i dette leddet får som regel en mer direkte effekt overfor brukerne av elektroniske kommunikasjonstjenester. Jeg vil gå igjennom regelen i § 4-10 for å se på hvilke vilkår som oppstilles for at en tilbyder skal bli ilagt koblingsforbud.

3.5.1 Formålet med § 4-10

Bakgrunnen for hele reguleringssystemet peker tilbake på ekomlovens formål; nemlig ”å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske

¹¹ Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling, 5. desember 2006 (revidert versjon): <http://www.npt.no/iKnowBase/Content/prinsipper.pdf?documentID=48075>.

kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon”¹². Det er altså ikke bare det tidligere nevnte målet om bærekraftig konkurranse som er viktig, men loven skal også stimulere til næringsutvikling og innovasjon. Disse to formålene kan trekke i hver sin retning når en konkret avgjørelse skal tas med hjemmel i loven. Konsekvensen av dette blir at myndighetene må søke å oppnå en balanse mellom det å skape best mulig grunnlag for konkurranse og det å verne om utviklende og innovative tiltak fra aktørens side. Noen ganger kan dette føre til at en dominerende aktør blir regulert forholdsvis strengt for å sikre at andre aktører får mulighet til å etablere seg i markedet. Andre ganger kan myndighetene holde tilbake og la være å innføre for mange restriksjoner på en SMP-tilbyder på bakgrunn av at tilbyderen for eksempel gjør større investeringer som på lang sikt vil være et utviklende og nyskapende tiltak for sektoren generelt. Tanken blir likevel som regel at man gjennom å sikre bærekraftig konkurranse også stimulerer til utvikling og innovasjon, ved at man får et flere aktører og et større mangfold gjennom å fordele markedsmakt på et større antall aktører.

3.5.2 Tolkning av § 4-10

Overskriften for § 4-10 er ”Regulering av sluttbrukertjeneste”. Det er med andre ord sluttbrukerleddet som er tema. Det er oppstilt som et vilkår for regulering etter bestemmelsen at tilbyder har sterk markedsstilling. Dette peker tilbake på § 3-3 og vilkårene for utpeking av SMP-tilbyder, samt definisjonen av sterk markedsstilling i § 3-1, som jeg har behandlet ovenfor.

Videre viser bestemmelsen til § 4-9, og oppstiller et vilkår om at regulering av sluttbrukertjeneste bare er aktuelt dersom regulering etter § 4-9 ikke fører frem. Ut fra en normal språklig forståelse, skulle dette tilsi at regulering etter § 4-9 må ha vært utprøvd og funnet ineffektiv for at reguleringen av sluttbrukertjeneste skal være anvendelig. § 4-9 gir hjemmel for virkemidlene pris- og regnskapsregulering for tilgang og samtrafikk. Ettersom

¹² Ekomloven § 1-1.

§ 4-10 nevner sluttbrukertjeneste generelt, taler dette for at de andre bestemmelsene i kapittel 4 gjelder reguleringen på grossistnivå. Det ville vært forholdsvis upraktisk hvis myndigheten ikke kunne pålegge SMP-tilbyder regulering av sluttbrukertjeneste uten først å ha prøvd ut regulering på grossistnivå. Jeg tolker derfor lovteksten dit hen at myndigheten må ha vurdert regulering i grossistleddet, og funnet at det i tillegg er nødvendig med regulering i sluttbrukerleddet. Dermed står myndigheten fritt til å pålegge regulering av sluttbrukertjeneste uten først å påvise at forpliktelser på grossistnivå ikke har vært effektive nok. Vilkåret blir snarere at regulering på grossistnivå ikke anses som nok.

Den gjeldende bestemmelsen i § 4-10 lister videre opp eksempler på hva forpliktelsene kan omfatte og hvilke virkemidler myndigheten kan nytte. Bestemmelsen skiller mellom ”forpliktelser” og ”virkemidler”. Bruken av ordene ”blant annet” og ”med videre” taler for at listen over forpliktelser og virkemidler ikke er uttømmende, og at myndigheten derfor kan velge selv hvilket ”verktøy” de skal benytte ved reguleringen. Det er noe uklart hva som legges i begrepene ”forpliktelser” og ”virkemidler”. Språklig sett er det en forskjell. Mens en forpliktelse er noe konkret, er et virkemiddel mer generelt. Ut fra eksemplene på forpliktelser og virkemidler får man et inntrykk av at forpliktelsene setter forbud mot en konkret handling, mens virkemidlene gir et påbud om noe. Ut fra eksemplene virker det også som om forpliktelsene egentlig angir de potensielle konkurranseproblemene i sluttbrukerleddet, mens virkemidlene er motsvarende eksempler på hva som kan avhjelpe disse. Uansett går det frem at både ”forpliktelsene” og ”virkemidlene” er eksempler, og bestemmelsen gir ikke i seg selv noen begrensning på hvilke virkemidler myndigheten kan benytte. For å finne en slik begrensning må man se bestemmelsen i sin sammenheng, både i forhold til lovens formål og de andre bestemmelsene.

I merknaden til § 4-10 i forarbeidene¹³ til loven presenteres bestemmelsen først og fremst som en hjemmel for prisregulering, og lovens ordlyd om forholdet til § 4-9 gjentas. Det nevnes at den må sees i sammenheng med § 5-1 om leveringspliktige tjenester. Dette

¹³ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) - Om lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven), s. 137.

henger sammen med at § 5-1, uavhengig av reguleringsregimet, gir hjemmel for å stille nærmere krav til leverandøren av leveringspliktige tjenester. Dermed er § 4-10 en tilsvarende bestemmelse for tilbydere av tilsvarende tjenester, som har sterk markedsstilling, men som ikke har inngått avtale med myndigheten om å være tilbyder av leveringspliktige tjenester. Det nevnes også i kommentaren at bestemmelsen vil ha selvstendig betydning for sluttbrukertjenester som ikke er omfattet av de leveringspliktige tjenestene. En viktig presisering i forarbeidene er at § 4-10 er å anse som en unntaksbestemmelse. Dette antyder at regulering etter § 4-10 ikke skal anvendes med mindre reguleringen ellers er utilstrekkelig.

Som nevnt, er et lovforslag¹⁴ om endringer i ekomloven nå utarbeidet, og klar for behandling i Stortinget. Det er blant annet foreslått en endring av lovteksten i § 4-10. Jeg finner det relevant å kommentere denne endringen fordi den, i følge forarbeidene, er ment å ha en presiserende effekt, og ikke skal medføre noen egentlig endring i innholdet i bestemmelsen. Dermed blir lovforslaget og kommentarene rundt et viktig bidrag til tolkningen av § 4-10.

Den foreslåtte lovteksten er:

”§ 4-10 Regulering av sluttbrukertjeneste

Når plikter etter §§ 4-1 til 4-9 og 4-11 ikke vil være tilstrekkelig for å legge til rette for bærekraftig konkurranse, kan myndigheten pålegge tilbyder med sterk markedsstilling i sluttbrukermarkedene vilkår for tilbud av sluttbrukertjeneste. Vilkårene kan blant annet omfatte offentliggjøring, standardtilbud, ikke-diskriminering, pris- og regnskapsregulering og forbud mot urimelig koblingssalg.”

¹⁴ Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) - Om lov om endringer i lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).

Det er først og fremst i kommentarene til de ulike endringene at den nye lovteksten i § 4-10 omtales. For det første sies det at endringen er en presisering av rekkevidden av bestemmelsen. I den nye versjonen er det ikke bare § 4-9 som er nevnt, men også de andre bestemmelsene om forpliktelser etter reguleringen. Det er også slik regelen har blitt praktisert etter den eksisterende lovgivningen. Det presiseres dermed at § 4-10 er en unntaksbestemmelse som bare skal anvendes i den grad det foreligger konkurranseproblemer i det aktuelle sluttbrukermarkedet som ikke kan avhjelpes gjennom reguleringen i tilhørende grossistmarked. Det nevnes også at bestemmelsen må ses i sammenheng med § 5-1 om leveringspliktige tjenester, og at anvendelse av en av bestemmelsene ikke avskjærer at det andre også kan bli brukt. Det kan dermed tenkes at en tilbyder av leveringspliktige tjenester, som blir pålagt for eksempel prisforpliktelser, men ikke koblingsforbud, etter § 4-10, likevel kan omfattes av koblingsforbud med hjemmel i § 5-1. Bakgrunnen for dette er at bestemmelsene ivaretar ulike hensyn.

Kommentaren til § 4-10 i forarbeidene til lovendringen kommenterer også koblingsforbudet spesielt og sier at koblingsforbudet eksplisitt er nevnt fordi virkemiddelet anses som egnet til å bøte på et konkurranseproblem som er identifisert i enkelte av de relevante sluttbrukermarkedene. At koblingsforbudet er nevnt spesielt blant de andre eksemplifiserte virkemidlene forteller noe om viktigheten og den antatte effekten av virkemiddelet.

Et vilkår for regulering av sluttbrukertjeneste etter § 4-10 er, som nevnt, at regulering i grossistmarkedene ikke fører frem, eller ikke anses tilstrekkelig for å avhjelpe de identifiserte hindringene for bærekraftig konkurranse. Regelen fremstår etter dette som en unntaksbestemmelse, og reguleringen på sluttbrukernivå blir en slags ”restregulering”. Dermed vil det i alle vedtak om regulering av sluttbrukertjeneste måtte vurderes om det er gjort nok i forbindelse med grossistmarkedene for at reguleringen på sluttbrukernivå skal være legitimert.

Hvilket virkemiddel, eller eventuelt hvilke virkemidler, som skal anvendes i det enkelte tilfelle sier ikke § 4-10 noe konkret om. Den gir dermed tilsynsmyndigheten kompetanse til å avgjøre hvilke forpliktelser som vil være hensiktsmessige. At forpliktelsene som er nevnt i lovteksten bare er eksempler, støttes av forarbeidene til ny lovtekst, som altså bare skal ha en presiserende effekt. Dermed blir § 4-10 i alle henseende en ”resthjemmel” for tilsynsmyndigheten.

Det er altså på det rene at forbud mot urimelig koblingssalg bare er nevnt som ett av eksemplene på virkemidler i forbindelse med regulering av sluttbrukertjeneste. Likevel er det ikke tilfeldig at akkurat denne forpliktelsen er nevnt, jfr forarbeidene til revisjonen av ekomloven. Spørsmålet blir så hva som egentlig ligger i uttrykket urimelig koblingssalg. Dette er ikke klart uttrykt, verken i lovteksten eller i forarbeidene.

Det er på det rene at det er kobling av produkter eller tjenester det er snakk om. Dermed blir koblingssalg et uttrykk for det å selge flere produkter i en pakkelsning, i motsetning til hver for seg. Det er ingen åpenbar grunn til at dette skulle være problematisk i forhold til konkurransen i et marked, kanskje snarere tvert imot. Det kan i mange tilfeller være hensiktsmessig fra kundens ståsted å kunne kjøpe en pakkelsning, som også i mange tilfeller kan leveres til rabattert pris. Det er dermed vilkåret om at koblingssalget skal være ”urimelig” som er det avgjørende. Her kan flere alternativer tenkes. Det mest naturlige er å tenke at prisen kan være urimelig. Sett på bakgrunn av de andre alternativene reguleringsmyndigheten har, er det likevel ikke så naturlig å se urimeligheten som et prisspørsmål. Det finnes andre virkemidler som er mer aktuelle å anvende i forbindelse med prisproblemer, for eksempel prisregulering, kostnadsorienterte priser osv. Dermed er det mer naturlig å se på ”urimeligheten” som et problem knyttet til sluttbrukernes valgmuligheter. Salget av pakkelsninger kan være urimelig hvis det hindrer sluttbrukeren å kjøpe de sammenkoblede produktene enkeltvis. Det er likevel ikke sluttbrukeren, men tilbyderens konkurrenter, som er motparten i dette tilfellet. Tanken er dermed at det er hensynet til konkurrerende tilbydere, som kanskje bare leverer én av de sammenkoblede tjenestene som skaper grunnlag for forpliktelsen. Koblingssalget blir urimelig i den grad

det utelukker andre tilbydere fra å konkurrere på hvert enkelt av produktene som er koblet sammen. Selv om det er flere mulige virkemidler som kan være aktuelle i forbindelse med konkurranseproblemet produktkobling, trengs det et virkemiddel som kan oppheve effekten av selve koblingen, i den grad den blir urimelig overfor konkurrentene. Ettersom tilsynsmyndigheten står forholdsvis fritt når det gjelder forpliktelser etter § 4-10, har de også mulighet til å velge ut hvilke koblinger som skal forbys, det vil si hvilke produktkombinasjoner som anses for å være konkurransehindrende.

3.6 Koblingsforbudet for tilbyder av leveringspliktige tjenester

§ 5-1 i ekomloven omhandler leveringspliktige tjenester, og gir hjemmel for at myndigheten, i kraft av Samferdselsdepartementet, kan inngå avtale¹⁵ med, eller utpeke, tilbydere for å sikre tilbud av leveringspliktige tjenester. Ettersom denne avhandlingen primært behandler vilkårene for ett av virkemidlene i forbindelse med SMP-reguleringen, vil jeg ikke gå nærmere inn på detaljene rundt leveringspliktige tjenester. Det er likevel nødvendig å si noe om § 5-1 og de plikter som i den forbindelse kan bli pålagt tilbyder, ettersom det samme virkemiddelet er tilgjengelig også gjennom direkte hjemmel i loven.

Ekomloven § 5-1, andre ledd gir myndigheten adgang til å stille krav til innholdet i de leveringspliktige tjenestene. Noen av de leveringspliktige tjenestene faller inn under relevante sluttbrukermarkeder, som igjen er berørt av reguleringsregimet. § 5-1, tredje ledd gir hjemmel til forskrifter om leveringspliktige tjenester. Ekomforskriftens femte kapittel omhandler de leveringspliktige tjenestene. § 5-10 i forskriften angir en generell begrensning av koblingssalg for tilbyder av leveringspliktige tjenester.

Hensynet bak koblingsforbudet i forskriftens § 5-10 og forbudet etter reguleringen er forskjellig. Mens reguleringen først og fremst ivaretar forholdet til konkurrentene, er det

¹⁵ Denne avtalen kalles gjerne USO-avtalen, etter den engelske forkortelsen for forpliktelsen som pålegges tilbyderen av leveringspliktige tjenester. USO står for Universal Service Obligation. Bakgrunnen for reguleringen av disse forpliktelsene er det såkalte USO-direktivet - Directive 2002/22/EC, 7. mars 2002.

sluttbrukerne som direkte vernes gjennom koblingsforbudet på leveringspliktige tjenester. Bestemmelsen i forskriften får et mer forbrukerrettslig preg ved at hensynet tas til sluttbrukerne direkte. Poenget er å sikre at sluttkunden har mulighet til å kjøpe de forhåndsdefinerte leveringspliktige tjenestene enkeltvis, og ikke som del av en pakkeløsning med andre produkter fra samme tilbyder. Koblingsforbudet i forskriften er utformet på en annen måte enn i lovens § 4-10 ved at det bestemmes generelt at sluttbruker ikke skal betale for ”tjenester, funksjoner eller ytelser som er unødvendige for tjenesten det er anmodet om.” Mens grunnlaget for pålegging av koblingsforbud etter loven grunner i den konkurranserettslige reguleringen, er grunnlaget i forskriften i utgangspunktet en avtale mellom myndigheten og tilbyder. Dermed får forpliktelsene mer preg av ensidig dikterte avtalevilkår. Konsekvensen av koblingsforbudet blir likevel nokså likt.

Det interessante med å sammenligne de to hjemlene for pålegging av koblingsforbud er at én tilbyder i teorien kan omfattes av begge. Denne situasjonen oppstår når en tilbyder av leveringspliktige tjenester også har sterk markedsstilling i de relevante markedene for samme type tjenester. Dette er snarere hovedregelen enn unntaket, ettersom myndigheten i stor grad vil velge å inngå avtale om leveringspliktige tjenester med tilbydere av en viss størrelse. Det reiser seg noen spørsmål i forbindelse med dette som er relevante i forholdet til reguleringen. Som jeg allerede har nevnt, legger forarbeidene til grunn at regulering etter § 4-10 og etter forskriftens § 5-10 ikke utelukker hverandre. Siden vilkårene i praksis blir like, kan det anses som unødvendig å pålegge en forpliktelse om koblingsforbud gjennom markedsreguleringen når tilbyderen, i kraft av å være tilbyder av leveringspliktige tjenester, allerede er pålagt denne forpliktelsen direkte i loven og i avtalen med myndigheten. Dermed vil det bli et moment ved vurderingen av hvilke virkemidler som skal pålegges tilbyder med sterk markedsstilling om tilbyderen samtidig har inngått avtale om leveringspliktige tjenester, særlig sett på bakgrunn av prinsippet om minimumsregulering. At den regulerte tilbyderen ikke allerede har blitt pålagt et koblingsforbud gjennom sin status som leverandør av leveringspliktige tjenester kan sees som et vilkår for at koblingsforbudet skal kunne pålegges i markedsreguleringen. Ettersom de to forpliktelsene ikke nødvendigvis trenger å utelukke hverandre, er vilkåret ikke absolutt.

4 SMP-vedtakene i sluttbrukermarkedene for elektronisk kommunikasjon

4.1 Generelt om vedtakene

Som allerede nevnt, er det definert 7 relevante sluttbrukermarkeder for elektronisk kommunikasjon. Ettersom mange av de samme konkurranseproblemene og problemstillingene går igjen i de ulike markedene, og ettersom alle markedene gjelder fastnettet, har PT valgt å samordne markedsanalysen i ett dokument for marked 1-6. Utpeking av SMP-tilbydere og vedtak om forpliktelser er også samordnet i ett dokument for disse seks markedene. Analyse og vedtak i marked 7 er gjort i samme dokument som de to grossistmarkedene for overføringskapasitet; marked 13 og 14.

Markedsanalysen i sluttbrukermarkedene ble sendt ut på høring i 2003 og 2004, mens PTs vedtak i markedene ble fattet i 2006 og 2007. Fire av de syv vedtakene ble påklaget, og Samferdselsdepartementet har fattet endelig vedtak i disse fire markedene i 2007. Samtidig med at det arbeides med å revidere direktivpakken for ekom i EU og med at forslag til endringer i ekomloven er til behandling i Stortinget, er en ny runde med analyser og vedtak er på trappene.

4.2 Konkurransproblemer i markedene

Det er hensiktsmessig å si litt om de forskjellige typene konkurranseproblemer som er identifisert i markedene for elektronisk kommunikasjon. Dermed er det lettere å se sammenhengen mellom hvilke problemer som er aktuelle i sluttbrukermarkedene, og hvordan disse henger sammen med den konkrete virkemiddelbruken i markedsvedtakene. Kort fortalt deles konkurranseproblemene inn i tre hovedkategorier. Disse er vertikal

overføring av markedsmakt, enkeltmarkedsdominans og horisontal overføring av markedsmakt. Enkeltmarkedsdominans innebærer at en tilbyder er dominerende innenfor ett relevant marked. Overføring av markedsmakt innebærer at en tilbyder, i kraft av å ha markedsmakt i ett marked, bruker denne posisjonen for å øke sin makt i et tilgrensende marked. Dette kan gjøres på flere måter. Vertikal overføring skjer ved overføring av makt fra et oppstrømsmarked til et relatert nedstrømsmarked. For at dette konkurranseproblemet skal være aktuelt, må den regulerte tilbyderen ha tilgang til en essensiell innsatsfaktor som aktøren produserer for andre brukere av innsatsfaktoren. Et eksempel på dette er at én tilbyder både eier infrastruktur for elektronisk kommunikasjon og samtidig videreselger produkter basert på den samme infrastrukturen. Jo større markedsmakt denne tilbyderen har i oppstrømsmarkedet, jo større er faren for at han kan overføre makten til nedstrømsmarkedet. Horisontal overføring av markedsmakt skjer ved at en tilbyder med sterk markedsstilling i ett marked forsøker å overføre markedsmakt til et horisontalt relatert marked. Et eksempel på dette er hvis en tilbyder med sterk markedsstilling i ett produktmarked overfører markedsmakt til et annet produktmarked hvor han i utgangspunktet ikke hadde en slik stilling.

Ettersom reguleringen på sluttbrukernivå først og fremst skal være et unntak, eller en ”restregulering”, søker tilsynsmyndigheten først og fremst å avhjelpe konkurranseproblemer gjennom reguleringen av grossistmarkedene. Overfor konkurranseproblemer knyttet til vertikal overføring av markedsmakt, vil forpliktelser i grossistmarkedene i stor grad være tilstrekkelig. Når det gjelder problemer knyttet til enkeltmarkedsdominans vil det ofte være mer aktuelt med andre virkemidler enn koblingsforbud, ettersom koblingen av produkter skjer på tvers av de definerte markedene. Dermed er det først og fremst overfor konkurranseproblemer relatert til horisontal overføring av markedsmakt at koblingsforbudet kommer inn som et aktuelt virkemiddel.

Kategorien horisontal overføring av markedsmakt består generelt sett av to typer problemer. Det ene er krysssubsidiering, som innebærer at en tilbyder bruker midler fra et marked hvor han har sterk markedsstilling til å subsidiere driften i et relatert marked. Det

andre er produktkobling, som relaterer seg til forsøk på å øke makt i ett produktmarked gjennom kobling med produkter i andre produktmarkeder. Når det gjelder problemet med krysssubsidiering viser vedtakene generelt at det først og fremst er forskjellige former for prisregulering som er de mest effektive virkemidlene. Selv om det er flere virkemidler som kan være aktuelle i forbindelse med konkurranseproblemet produktkobling, er det først og fremst her koblingsforbudet kommer inn i bildet. Det er likevel et viktig poeng her at koblingsforbudet ikke alltid er det mest hensiktsmessige virkemiddelet overfor produktkobling som konkurransehindring. Dette må vurderes konkret i det enkelte tilfelle, i det enkelte marked og overfor den enkelte SMP-tilbyder.

Selv om det går an å dele inn konkurranseproblemene slik det er gjort ovenfor, er det ikke rene skiller mellom de ulike problemene, og man kan ikke trekke rette linjer mellom de identifiserte problemene og de pålagte forpliktelsene. Dermed er det mest riktig å si at koblingsforbudet som forpliktelse først og fremst pålegges for å avhjelpe konkurranseproblemer knyttet til horisontal overføring av markedsmakt.

4.3 Bruken av koblingsforbud i sluttbrukermarkedene

Det er først og fremst Telenor som er utpekt som SMP-tilbyder i sluttbrukermarkedene. Dette er en naturlig følge av den tidligere monopolistens sterke stilling i konkurransens forholdsvis tidlige stadium i disse markedene. Mye av det følgende vil dermed være relatert til de konkrete vedtakene overfor Telenor. Det må likevel antas at vurderingene har almen verdi, og at vedtakene gir uttrykk for et generelt bilde på området for elektronisk kommunikasjon.

Konkret er det gitt forpliktelser om koblingsforbud i marked 1 til 6, mens det i marked 7 ikke er pålagt noen tilsvarende forpliktelse.

Når det gjelder marked 7 er utgangspunktet at en del forpliktelser følger direkte av loven, og at konkurranseproblemene i stor grad er avhjulpet gjennom de tilhørende grossistmarkedene.

Det er nevnt generelt i forbindelse med vedtakene i marked 1 til 6 at effekten av forpliktelser som er nedfelt direkte i regelverket er vurdert ved pålegging av særskilte forpliktelser. Her er blant annet begrensningen av muligheten til koblingssalg i forskriftens § 5-10 nevnt som et eksempel. I marked 1 og 2 er det presisert at det ved produktkobling ikke er koblingen i seg selv om er problemet, ettersom gunstige pakketilbud er positivt sett fra sluttbrukerens side. Likevel anses koblingen som et problem i forhold til konkurransen mellom tilbydere med sterk markedsstilling og andre tilbydere. Det er også påpekt at regulering på grossistnivå i liten grad vil avhjelpe problemene knyttet til horisontal produktkobling og horisontal kryssubsidiering. PT finner at koblingsforbudet etter ekomforskriften § 5-10 anses som tilstrekkelig når det gjelder produktkobling/-binding knyttet til fasttelefoni-abonnement. Når det gjelder bredbåndstelefoni pålegges det imidlertid koblingsforbud, med unntak av koblingen mellom Telenors eget tilbud om bredbåndstelefoni og Telenors bredbåndsaksesstjeneste. Begrunnelsen for å pålegge koblingsforbud overfor bredbåndstelefoni er at dette produktet per i dag ikke er regulert direkte i loven. I dette tilfellet går altså vurderingene på hvilke forpliktelser som ligger direkte i loven og forskriften og hvilke problemer som ikke anses å kunne avhjelpes med regulering på grossistnivå. I tillegg til koblingsforbud er det også pålagt forpliktelser om at avvik i priser og vilkår i pakketilbudene i forhold til tilbudet om enkeltprodukter skal objektivt begrunnes. Disse tilleggsforpliktelsene til koblingsforbudet gjør vedtaket langt mer effektivt, og i stand til å avhjelpe både problemene knyttet til produktkobling og kryssubsidiering. Indirekte får forpliktelsen også en positiv effekt overfor konkurranseproblemer knyttet til enkeltmarkedsdominans, men det er her også kombinasjonen mellom koblingsforbudet og forpliktelsen om objektivt begrunnede prisforskjeller som skaper effekten.

Det er begrenset hvor mye informasjon vedtaket i marked 1 og 2 gir når det gjelder rekkevidden av koblingsforbudet. Vedtaket bekrefter at det ikke er koblingen i seg selv som er problemet, men effekten det kan få på konkurransen mellom SMP-tilbyderen og de andre markedsaktørene. Det er sideeffekter av produktkoblingen som utgjør det egentlige

problemet. Likevel pålegges altså koblingsforbud, tett knyttet mot tilsvarende forpliktelser. Tanken er at disse forpliktelsene sammen skal oppnå den ønskede effekten. Dette sier noe om at koblingsforbudet i seg selv ikke nødvendigvis er så effektivt, men at det i en kombinasjon med andre forpliktelser kan ha god effekt.

På samme måte som pålegging av forpliktelser for marked 1 og 2, også kalt abonnementsmarkedene, er behandlet sammen, er tilsvarende trafikkmarkedene 3-5 behandlet sammen. Når det gjelder pålegging av koblingsforbud er det de samme vurderingene som ligger til grunn for vedtaket i marked 3-5. Mens fasttelefonitrafikk reguleres direkte i loven og forskriften gjennom virkemidlene knyttet til leveringspliktige tjenester, er det ansett som nødvendig å pålegge koblingsforbud overfor bredbåndstelefon, med unntak av koblingen mellom bredbåndstelefon og bredbåndsaksess.

De konkrete vedtakene om koblingsforbud i sluttbrukermarkedene setter koblingsforbudet som virkemiddel inn i en sammenheng. Vedtakene viser hvilken fleksibilitet som ligger i virkemiddelet ved at reguleringsmyndigheten kan tilpasse forpliktelsen til konkurranseproblemene i det aktuelle markedet. Dermed gjør fleksibiliteten i virkemiddelet, sammen med en kombinasjon av flere virkemidler, at koblingsforbudet fremstår som et veldig anvendelig virkemiddel overfor flere identifiserte konkurranseproblemer i sluttbrukermarkedene for elektronisk kommunikasjon.

5 Konklusjon

5.1 Vilkårene for koblingsforbudet

Ved en gjennomgang av reguleringsprosessen fra markedsdefineringsen, gjennom markedsanalysen og utpekingen av SMP-tilbydere og frem til valget av virkemidler er de ulike vilkårene for en forpliktelse om koblingsforbud belyst. Vilkårene følger delvis av loven og forskriften, men med det generelle sektorspesifikke reguleringsystemet som bakgrunn.

5.2 Rekkevidden av koblingsforbudet

Ved å se på anvendelsen av koblingsforbudet i de konkrete vedtakene om virkemidler i sluttbrukermarkedene kan det konstateres både at koblingsforbudet er et meget fleksibelt virkemiddel, men også at det har størst effekt når det pålegges i en kombinasjon med andre virkemidler, spesielt tilpasset de aktuelle konkurranseproblemene i det regulerte markedet.

6 Litteraturliste

EU-direktiver

Directive (2002/19/EC) on access and interconnection

Directive (2002/20/EC) on the authorisation of electronic communication networks and services

Directive (2002/21/EC) on a common regulatory framework

Directive (2002/22/EC) on universal service and user's rights relating to electronic communications networks and services

Directive (2002/77/EC) on competition in the markets for electronic communications services

Lover

1995 Lov om telekommunikasjon (teleloven) av 23. juni 1995 nr 39.

2003 Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) av 4. juli 2003 nr 83.

Forskrifter

1997 Forskrift om offentlig telenett og offentlig teletjeneste (offentlignettforskriften) av 5. desember 1997 nr 1259.

2003 Forskrift om funksjonsfordeling innen myndigheten etter lov om elektronisk kommunikasjon av 4. juli 2003 nr 881.

2004 Forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften) av 16. februar 2004 nr 401.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) - Om lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).

Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) – Om lov om endringer i lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon.

Avtaler

2004 Avtale mellom Staten v/Samferdselsdepartementet og Telenor ASA om leveringspliktige tjenester, Oslo, 1. september 2004.

2005 Avtale om samarbeid, samordning og oppgavefordeling mellom Konkurransetilsynet og Post- og Teletilsynet, Oslo, 28. februar 2005.

Dokumenter

2004 EFTA Surveillance Authority guidelines, 14. juli 2004 (2006/EØS/21/01).

2004 EFTA Surveillance Authority recommendation nr. 194/04/COL, 14. juli 2004 (2006/EØS/21/02).

2005 Metode for markedsanalyse; Markedsanalyser og utpeking av tilbydere med sterk markedsstilling i det norske markedet for elektronisk kommunikasjon, Post- og Teletilsynet, 6. januar 2005.

2006 Prinsipper for anvendelse av virkemidler på tilbydere med sterk markedsstilling, Post- og Teletilsynet, 5. desember 2006

Analyser og vedtak i forbindelse med SMP-reguleringen

(Oversikt på

http://www.npt.no/portal/page/portal/PAG_NPT_NO_NO/PAG_NPT_NO_HOME/TJENESTER/PAG_TJENESTER_TEKST?p_d_i=-121&p_d_c=&p_d_v=49998)

Generelle nettsteder

www.npt.no

www.econ.no

www.jara.no

www.medietilsynet.no