

# Vertikal separation och frivilliga åtaganden

Konkurrensverkets A4-serie juni 2007

Lars Henriksson  
ISSN-nr 1401-8438  
© 2007 Konkurrensverket  
Illustration: Martina Thulin, Odelius New Media

## Förord

Regeringen gav den 19 april i år Post- och telestyrelsen (PTS) i uppdrag att utreda förutsättningarna för och lämna förslag till reglering om vertikal separation av teleoperatörer med en dominerande ställning inom accessnät. Möjligheten för PTS att godta åtaganden om åtgärder som syftar till att säkerställa icke-diskriminering och transparens ingick också i uppdraget. Därutöver kunde bl.a. associationsrättsliga frågeställningar behöva behandlas.

Enligt uppdraget ska PTS samråda med Konkurrensverket i konkurrensrättsliga frågeställningar. Mot bakgrund av uppdragets komplexitet och PTS samråds-skyldighet gav Konkurrensverket docent Lars Henriksson, verksam vid Handelshögskolan i Stockholm, i uppdrag att redogöra för relevanta konkurrensrättsliga frågeställningar som är hänförliga till krav på vertikal separation och frivilliga åtaganden. Därutöver skulle redogöras för problem och konsekvenser som kan förutses, bl.a. vad gäller kompetensfördelning och investeringsincitament.

Resultatet av Henrikssons studie presenteras i denna rapport. Det är författaren själv som svarar för innehåll och slutsatser i rapporten. Det framgår att det krävs ett omfattande utrednings- och analysarbete för att kunna besvara de frågor som ställs i rapporten innan beslut om genomgripande reglering av strukturell karaktär kan övervägas.

Stockholm i juni 2007

Claes Norgren  
Generaldirektör

# Innehåll

<b>Sammanfattning och implikationer för regleringsutformning.....</b>	<b>5</b>
<b>1 Bakgrund till uppdraget.....</b>	<b>8</b>
<b>2 Bakgrund till nuvarande förhandsreglering.....</b>	<b>10</b>
<b>3 Uppdraget och allmänt om rapporten .....</b>	<b>13</b>
<b>4 Uppdragets omfattning .....</b>	<b>14</b>
<b>5 Behovet av vertikal separation för SMP-operatörer på telemarknaden .....</b>	<b>15</b>
5.1 Strukturella och beteenderelaterade åtgärder för vertikalt integrerade företag.....	17
5.2 Utvärdering av åtgärdsalternativen .....	22
<b>6 Särskilt om frågan om kompetensfördelningen mellan KKV och PTS .....</b>	<b>29</b>
<b>7 Vilken verksamhet ska separeras?.....</b>	<b>34</b>
<b>8 Rättslig innebörd av armlängds avståndsprincipen.....</b>	<b>38</b>
<b>9 Vertikal separation i ekonomisk litteratur – särskilt om konsekvenser och implikationer för regleringsmyndigheter.....</b>	<b>44</b>
9.1 Särskilt om investeringsviljan – underhåll och utveckling av accessnätet .....	46
9.2 Sammanfattande slutsatser av ekonomisk teori .....	49
<b>10 Internationella förhållanden.....</b>	<b>50</b>
10.1 Australien och Nya Zeeland.....	50
10.2 USA och Kanada.....	50
10.3 EG-området .....	51

## Sammanfattning och implikationer för reglerings- utformning

Av utredningen framgår att det från regleringssynpunkt finns ett flertal viktiga faktorer att noggrant beakta innan en regleringsåtgärd vidtas. För svenskt vidkommande är det en rad frågeställningar som aktualiseras i anledning härav. Några kärnpunkter från resonemanget kan sammanfattas enligt följande.

- Om det kan antas att accessmarknaden förblir en permanent trång sektor med uppenbara konkurrensproblem bör det först utredas om förhandsregleringen redan har gett effekt, huruvida denna kan förväntas upprätthålla en positiv trend och om den kan på sikt avvecklas – i så fall saknas motiv till vertikal separation.
- Om förhandsregleringen inte fungerar såsom avsetts bör det först utredas om det finns möjlighet att – innan vertikal separation aktualiseras – försöka förbättra regleringen, vilket kan utesluta behov av vertikal separation.
- Innan vertikal separation aktualiseras bör det befintliga regelsystemet och kompetensfördelningen i stort mellan Post- och telestyrelsen (PTS) och Konkurrensverket (KKV) nogga klargöras – i annat fall finns risk för permanenta parallella system för samma marknadsproblem.
- Först när accessnätsmarknaden kan betraktas som bestående i förhållande till andra alternativ – dvs. när det finns goda grunder för att anta att flaskhalsproblemen blir bestående – och när det saknas möjlighet att utveckla förhandsregleringen, kan det bli aktuellt att beakta vertikal separation. Detta skapar dock en paradox som måste hanteras separat. Den förutsätter ett misslyckande av förhandsregleringen och innebär en permanent lösning som är ägnad att lösa ett temporärt problem.
- Det måste fastställas vilka tidsramar som ska gälla i denna bransch vid utvärdering av krav på separation. Utgångspunkten här bör vara att den är så lång att det är sannolikt att föremålet för separation (oftast det lokala accessnätet) kommer att uppvisa konkurrensproblem under så lång tid att detta motiveras och korresponderar till den ekonomiska avskrivningstid som blir följderna av separation p.g.a. irreversibla och andra kostnader.

- Det bör utredas om förhållandena är sådana från konkurrenssynpunkt att det saknas reella alternativ till det fasta metallbaserade accessnätet, eller om det finns andra tekniker som utgör konkreta konkurrensalternativ inom den relevanta tidshorisont som ska läggas till grund för regleringsåtgärden. Om verklig konkurrens uppstår på accessmarknaden, eller kan förväntas uppkomma, kan det argumenteras för att behovet av *ex ante*-reglering upphör, varför denna marknad – i likhet med alla andra konkurrensutsatta, men koncentrerade marknader – bäst övervakas genom tillämpning av *ex post*-reglering och därtill behörig tillsynsmyndighet. Regleringsåtgärder som innefattar åtaganden eller ålägganden knutna till separation kan svårligen betraktas som temporära. Sammantaget förefaller det vara överdrivet reglerande att både tillämpa förhandsreglering och vertikal separation.
- Kompetensfördelningen mellan PTS och KKV måste noga läggas fast. PTS bedriver för närvarande tillsyn enligt en temporär lagstiftning som är ägnad att bereda väg för generell tillsyn enligt konkurrenslagen/EG-fördraget. Det är viktigt att effekterna av *ex ante*- och *ex post*-regleringen inte blir divergerande och att tillämpningen baseras på samma grundvalar. Generellt sett torde en permanent övervakning enligt konkurrensreglerna bäst skötas av konkurrensmyndigheten och kompetensfördelningsprincipen som ges uttryck för i rådande direktiv att sektorsmyndigheten ska komplettera konkurrensmyndigheten i de fall när generell lagstiftning har svårigheter att komma åt faktiska och potentiella problem bör så långt möjligt upprätthållas. Åtgärder som är ägnade att permanenta tillsynen över telebranschen hos sektorsmyndigheten förefaller vara oförenliga med syftet med branschregleringen i stort och riskerar att tillskapa permanenta dubblerade konkurrensövervakningssystem, med risk för avvikande tillämpningsprinciper. Det senare är särskilt framträdande mot bakgrund av avsaknad av institutionaliserade samarbetsformer – liknande ECN – mellan PTS och KKV.

Ovanstående punkter relaterar mycket till om ytterligare reglering av strukturell karaktär ska genomföras och vem som i så fall ska bedriva tillsyn däröver. Enligt min uppfattning har dessa frågor inte beretts tillräckligt för att det för närvarande med tillräcklig säkerhet kan sägas att en separation som ska övervakas av sektorsmyndigheten motiverar lagändring eller åtgärder i denna riktning. Till yttermera visso kvarstår därefter den generella problematiken med vertikal separation:

- Vilka konkreta fördelar kommer att uppnås med en vertikal separation och hur ska dessa mätas och förhålla sig till de kostnader som uppkommer i anledning av en separation?
- På vilket sätt ska en vertikal separation genomföras och var? Ska den avse hela accessnätet även om konkurrensen lokalt inom landet är hård och obefintlig inom andra regioner?
- Funktionell separation kommer – för att vara meningsfull – att kräva tillhörande beteendemässiga åtaganden/ ålägganden. Det saknas konkretion om hur dessa behov på bästa sätt ska tillfredsställas. Är det tillräckligt med separat och oberoende företagsledning? Hur ska relationen mellan dotterbolag och moderbolag hanteras rent associationsrättsligt? Synbarligen krävs mycket konkreta och detaljerade åtaganden i denna del, vilket bör utredas mer i detalj.

Sammanfattningsvis måste sålunda anföras att det är för tidigt att utan vidare utredningar med vederbörlig säkerhet kunna uttala sig om en vertikal separation fordras. Som framgår av analysen i utredningen finns det många obesvarade frågeställningar som bör adresseras först. Många av dessa rör relationen mellan KKV och PTS, men även huruvida separation i sig är påkallad eller ändamålsenlig. Den förra frågan måste beaktas inte enbart i ljuset av vertikal separation, utan även mot bakgrund av den generella kompetensfördelning som råder mellan KKV och PTS. I detta hänseende är frågan om vertikal separation en delfråga som svårligen kan besvaras separat.

## 1 Bakgrund till uppdraget

Inom området elektronisk kommunikation återfinns ett flertal tjänster, däribland bredbandstjänster. Post- och telestyrelsen (PTS) konstaterar att i syfte att uppnå en bättre bredbandskonkurrens krävs att det skapas förutsättningar för en effektiv konkurrens utan snedvridningar och begränsningar. För närvarande präglas marknaden för oförädlade tillträden till den dominerande aktören TeliaSoneras metallbaserade accessnät (den s.k. LLUB-marknaden) av betydande konkurrensproblem i form av diskriminerande beteenden, förhållningstaktik och svårigheter för konkurrenter till dominanten att få tillträde till marknaden på rimliga villkor.<sup>1</sup>

För att säkerställa likabehandling vid tillträde till LLUB-marknaden har PTS diskuterat flera olika modeller, vilka skulle kunna vara tänkbara för Sverige. Efter att ha gjort en sammantagen bedömning anser PTS att den bästa lösningen vore att åstadkomma en *funktionell* separation av TeliaSonera, baserat på en liknande modell i Storbritannien. I allt väsentligt går den förordade modellen ut på att bolagisera grossistverksamheten (t.ex. tillhandahållande av kopparpar, optisk fiber m.m.) som hänför sig till TeliaSoneras fasta nät i Sverige. Utöver den formella separationen av nu aktuell infrastruktur förespråkas att till denna ska knytas ett antal skyldigheter/åtaganden för TeliaSonera. Bland dessa kan nämnas följande:

- Den separerade enheten (bolaget) ska bemannas av personal som inte har koppling till TeliaSonera.
- Bolaget ska drivas utifrån vad som är bäst för den separerade enheten utan hänsyn till vad som därutöver vore bäst för koncernen som helhet.
- Bolaget ska tillämpa en s.k. ekvivalensskyldighet, varigenom TeliaSonera och dess konkurrenter ska få tillgång till infrastrukturen på samma konkurrensneutrala villkor.
- Bolaget ska inte få agera på slutkundsmarknaden, dvs. en i någon form reglerad skyldighet att avstå från att tillhandahålla tjänster på en härledd marknad.
- Bolaget ska årligen till PTS rapportera resultat och annan regulatorisk redovisning.

---

<sup>1</sup> Se Post- och telestyrelsens rapport, *Förslag till bredbandsstrategi för Sverige*, 15 februari 2007, PTS-ER-2007:7.



- En kontrollstyrelse bestående av representanter för PTS, TeliaSonera och den separerade enheten ska inrättas. Kontrollorganet ska diskutera TeliaSoneras rapporter till PTS och övriga marknadsaktörers synpunkter och klagomål.

Sammantaget kan konstateras att PTS härigenom söker åstadkomma en separation av LLUB-marknaden som så långt som möjligt ska efterlikna effekterna av en *strukturell* separation.

PTS konstaterar dock att det för närvarande saknas lagstöd för att kräva separation – ehuru myndigheten välkomnar frivilliga åtgärder i nu aktuell riktning – vilket kräver lagändring. Såsom PTS framhåller kan det inte uteslutas att gällande EG-rättsliga direktiv kan komma att möjliggöra detta på några års sikt, men PTS anser att det mot bakgrund av marknadens tillväxtkraft krävs snabbare åtgärder än så.

Regeringen har mot denna bakgrund gett PTS i uppdrag att utreda förutsättningarna för och lämna förslag till reglering om konkurrensförbättrande åtgärder för de företag som ålagts skyldigheter med stöd av 8 kap. 6 § och 4 kap. 4 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK).

Åtgärderna som är föremål för utredning är i första hand vertikal separation av funktioner som består i att driva, underhålla och tillhandahålla framförallt de delar av nätet som skyldigheterna avser från övriga funktioner i företaget.

Vidare ska PTS utreda möjligheten att efter mönster från 23 a § konkurrenslagen (KL) godta åtaganden om åtgärder som syftar till att säkerställa icke-diskriminering och transparens som ett företag i nu aktuell marknadsställning utfäster.

Slutligen har regeringen även framhållit att alternativa lagtekniska lösningar får redovisas.

## 2 Bakgrund till nuvarande förhandsreglering

Av ramdirektivet till ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektivet) framgår att det finns ett behov av att införa förhandsreglering under vissa omständigheter i syfte att säkerställa framväxten av en konkurrenskraftig marknad.<sup>2</sup>

Ramdirektivet föreskriver dock att det är väsentligt att reglerade förhandsskyldigheter *endast* införs där konkurrensen inte är effektiv, dvs. på marknader där det finns ett eller flera företag med betydande inflytande på marknaden (motsv. dominans), och där åtgärder i nationell konkurrenslagstiftning och gemenskapskonkurrenslagstiftning inte räcker för att lösa problemet. Enligt direktivet ska kommissionen därför utarbeta riktlinjer på gemenskapsnivå i enlighet med principerna i konkurrenslagstiftningen, som nationella regleringsmyndigheter ska följa när de bedömer dels huruvida konkurrensen är effektiv på en viss marknad, dels huruvida ett företag har ett betydande inflytande på marknaden (ramdirektivet p. 27). Av kommissionens rekommendationer framgår bl.a. att:

”När man fastställer marknader i enlighet med konkurrenslagstiftningens principer, bör följande tre kriterier beaktas: Det första kriteriet är närvaron av *stora och varaktiga* hinder för marknadstillträde. Hindren kan vara strukturella, rättsliga eller regleringsbaserade. De elektroniska kommunikationsmarknaderna är dynamiska till sin karaktär och funktion. Därför måste man också väga in möjligheterna att övervinna hindren inom rimlig tid när man gör framtidsanalyser för att inför en eventuell förhandsreglering fastställa vad som är relevanta marknader. Därför uppfylls det andra kriteriet *bara* av de marknader som till följd av sin struktur *inte tenderar* att utvecklas i riktning mot effektiv konkurrens inom den tillämpliga tidsramen. Tillämpning av detta kriterium innefattar undersökning av konkurrenssituationen bakom hindret för marknadstillträde. Det tredje kriteriet innebär att *tillämpning av enbart konkurrenslagstiftning inte i tillräcklig grad skulle avhjälpa de aktuella bristerna på marknaden.*[min kurs.]”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) EUT L 108/33, preambeln p. 25.

<sup>3</sup> Kommissionens rekommendation av den 11 februari 2003 om relevanta produkt- och tjänstemarknader inom området elektronisk kommunikation vilka kan komma i fråga för förhandsreglering enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster [delgivet med nr K(2003) 497], EUT L114/45, p. 9

Enligt artikel 15.3 i ramdirektivet ska de nationella regleringsmyndigheterna i största möjliga utsträckning beakta rekommendationen och riktlinjerna vid definitionen av de med hänsyn till nationella förhållanden relevanta marknaderna, särskilt geografiska marknader inom sitt territorium, i överensstämmelse med konkurrenslagstiftningens principer. De nationella regleringsmyndigheterna ska följa förfarandena i artiklarna 6 och 7, innan de definierar marknader som skiljer sig från dem som framgår av rekommendationen.

Regeringen framhåller i förarbetena till lagen om elektronisk kommunikation att vad som avses med effektiv konkurrens inte klargörs i det nya EG-regelverket. För svenskt vidkommande torde därför vägledning få hämtas från konkurrensrätten.<sup>4</sup>

Effektiv konkurrens kan enligt tidigare förarbeten i princip anses råda på en marknad där antalet säljare inte är för begränsat, de utbudna produkterna inte är för differentierade, företagen inte handlar i samförstånd med varandra och inga väsentliga hinder finns för nyetablering av företag (se prop. 1992/93:56, s. 66).

Ramdirektivet föreskriver att analysen av den effektiva konkurrensen även inbegriper en analys av om man kan få konkurrens på marknaden i framtiden, dvs. om bristen på konkurrens är bestående. Regeringen framhåller därvidlag att det inte framgår med någon tydlighet i vilket syfte framtidsanalysen bör ske och inte heller vilken tidsaspekt som analysen ska avse. Utgångspunkten i det nya EG-regelverket är dock att skyldigheter endast ska införas där konkurrensen inte är effektiv. Marknadsanalysen ska emellertid utgå från rådande förhållanden, dvs. möjliga åtgärder som kan tillgripas för att förbättra konkurrenssituationen ska alltså inte beaktas i detta skede. Skulle PTS vid sin marknadsanalys finna att konkurrensen i en närliggande framtid kommer att utvecklas positivt på ett eftersträvat sätt måste det, enligt regeringen, innebära att så kommer att ske utan att någon särskild skyldighet införs, dvs. att marknaden själv förväntas lösa problemen med bristande konkurrens. I förarbetena till LEK framhålls att under sådana förhållanden kan det inte vara i överensstämmelse med direktivens mening att ålägga en operatör en förpliktelse. En i konkurrens-hänseende positiv framtidsanalys bör sålunda medföra att effektiv konkurrens ska anses föreligga. Till frågan vilken tidshorisont som bör anläggas i bedömningen framhålls dock i förarbetena att något exakt svar inte kan ges. Skälet härtill är enligt regeringen främst att en framtidsanalys i princip utgör

---

<sup>4</sup> Regeringens proposition 2002/03:110, *Lag om elektronisk kommunikation*, m.m., s. 273 ff.

en kvalificerad spekulering om en viss utveckling utifrån de förutsättningar som PTS kan se vid bedömningstillfället, men även att säkerheten i analysen avtar i takt med att det framåtblickande tidsintervallet utökas. Det måste dessutom beaktas att marknadsanalysen ska ligga till grund för konkurrensfrämjande åtgärder av stor betydelse för de berörda parterna och att området för elektronisk kommunikation är föremål för en dynamisk utveckling. Det är därför inte lämpligt att en framtidsanalys sträcker sig längre än sex månader, eller högst ett år, fram i tiden.<sup>5</sup>

Såsom regeringen framhåller i förarbetena, bör det även tas i beaktande att om PTS skulle finna att det råder effektiv konkurrens på en marknad, så har myndigheten enligt artikel 16.3 i ramdirektivet en skyldighet att inte införa eller bibehålla någon av de specifika regleringsskyldigheterna. Om sektors-specifika regleringsskyldigheter redan existerar, ska PTS alltså upphäva sådana skyldigheter som ålagts företag inom den relevanta marknaden. En konsekvens av denna lagstiftning är rimligen att den reglerade aktören inte borde åläggas skyldigheter som i formellt eller praktiskt hänseende är irreversibla eller permanenta.<sup>6</sup>

Kommissionen framhåller särskilt att en grundläggande princip i det nya regelverket är att förhandsregleringen bör minska när den inte längre behövs.<sup>7</sup>

Sammantaget kan konstateras att det av såväl EG-regelverket som nationell svensk lagstiftning framgår att eventuella regleringsåtgärder ska undvikas om marknaden själv kan överbrygga konkurrensproblemen, eller om det är möjligt att tillämpa de generella konkurrensreglerna. Sålunda är förhandsregleringen till sin natur temporär och ägnad att hantera de särskilda konkurrensproblem som den generella konkurrensrätten har svårare, eller med större icke önskvärd tidsutdräkt, att hantera.

De av PTS föreslagna åtgärderna och PTS utredningsuppdrag bör sålunda ses i ljuset av att den generella målsättningen med regleringen inom området för elektronisk kommunikation är att den sektorspecifika lagstiftningen på sikt ska kunna avvecklas till förmån för generell konkurrens-lagstiftning.

---

<sup>5</sup> Prop. 2002/02/110 s. 273–274.

<sup>6</sup> Prop. 2002/02/110 s. 274 f.

<sup>7</sup> Kommissionens särskilda motivering till rekommendationen, s. 8.

### 3 Uppdraget och allmänt om rapporten

I anledning av regeringens uppdrag till PTS har Konkurrensverket (KKV) uppdragit åt Lars Henriksson att belysa frågeställningar knutna till vertikal separation och som är relevanta från konkurrensrättslig synpunkt.

Det är författaren själv som svarar för innehåll och slutsatser i denna rapport. Slutsatserna behöver alltså inte nödvändigtvis återspegla Konkurrensverkets uppfattning.

## 4 Uppdragets omfattning

Uppdraget består i att analysera och redogöra för relevanta konkurrensrättsliga frågeställningar som är hänförliga till krav på vertikal separation och frivilliga åtaganden och vilka problem, utmaningar och konsekvenser som kan förutses i anledning av att dessa införs i en sektorspecifik lagstiftning. I uppdraget ingår även att göra en jämförande studie med hur dessa frågor har lösts i andra jämförbara länder inom EES, men även utanför EU. Särskilt ska därvidlag beaktas lösningar i Storbritannien, Nederländerna, Italien och Nya Zeeland.

I uppdraget ingår – dock ej begränsat till – att belysa följande frågeställningar:

Särskilt gällande vertikal separation uppkommer ett flertal frågor, bl.a. följande.

- Vilken verksamhet är det som ska separeras?
- Vad är den rättsliga innebörden av att den separerade enheten ska behandlas på "armlängds avstånd"?
- Vilket inflytande kan ägaren utöva över den separerade enheten?
- Hur kombineras vertikal separation med frivilliga åtaganden?

Vilka kompetensfördelningsfrågor aktualiseras i anledning av att två myndigheter ska tillämpa liknande åtgärder gentemot företag? Detta bör även analyseras i ljuset av de kompetensfördelningsfrågor som föreligger mellan kommissionen och nationella myndigheter enligt förordning 1/2003, som syftar till en materiell lika tillämpning av konkurrensreglerna. I detta fall är det tydligt att målsättningen är identisk; nämligen att åstadkomma en fungerande konkurrens på marknaden, vilket aktualiserar frågor av förvaltningsrättslig karaktär gällande fördelning av tillsyn över dessa företag.

Sett till resultatet av vertikal separation och frivilliga åtaganden – vilka frågor behöver utredas i förhållande till de marknadseffekter som uppkommer i anledning av vertikal separation och frivilliga åtaganden? Särskilt bör belysas vilka effekter som kan förutses för marknadsaktörernas investeringsvilja.

## 5 Behovet av vertikal separation för SMP-operatörer på telemarknaden

Telekommunikationsmarknaden har liberaliserats inom EG, och liberaliseringen av marknaden har ansetts vara en stor framgång. Otvetydigt förhåller det sig så att marknaden numera karaktäriseras av ett större utbud och lägre priser. Samtidigt har på senare tid andra relaterade tjänster kommit fram såsom bredbandstjänster, mera avancerad form av mobiltelefoni m.m. och i vissa fall återfinns i dag en viss utbytbarhet mellan olika tjänster – t.ex. IP-telefoni, där bredbands – och traditionell telefoni flyter samman.<sup>8</sup>

Icke desto mindre är det den traditionella telekomsektorn som på senare tid har upplevts som att konkurrensen ännu inte har etablerat sig i tillräcklig grad för att på egen hand kunna motverka den marknadsstyrka som finns bland dominerande aktörer. I anledning av detta har tillkommit sektorsreglering med syfte att snabba upp omställningen från tidigare monopol till konkurrensutsatt marknad. Regelverket är till sin natur temporärt och övervakas för Sveriges vidkommande av PTS. Syftet härmed är att så snart som möjligt åstadkomma förutsättningar för effektiv konkurrens, varefter övervakningen av marknaden ska lämnas till konkurrensmyndigheten; i Sverige KKV, som har till uppgift att tillämpa och utöva tillsyn enligt det permanenta regelverket i EG: konkurrensregler (främst artiklarna 81 och 82 EG) och svenska konkurrenslagen (SFS 1993:20).

En särskild konkurrensrelaterad frågeställning är att antalet aktörer som innehar egna accessnät inte nämnvärt har ökat på marknaden för främst fast telefoni efter den initiala liberaliseringen och utöver de aktörer som då etablerade sig på marknaden. Spörsmålen kan i stort spåras till hur nätverket för fast telefoni är utformat och främst den sista ledningssträckan mellan telestationer och slutanvändaren (*last mile line*), eller det som normalt

---

<sup>8</sup> Se KKV:s rapport *Konkurrens på avreglerade marknader*, Konkurrensverkets rapportserie 1996:4, där det framhålls att "[g]enom ikraftträdandet av telelagen - som skulle ge förutsättningar att styra och kontrollera verksamheten på teleområdet så att medborgarna, näringslivet och offentliga sektorn erbjuds en tillfredsställande tillgång på telekommunikationer till lägsta möjliga samhällsekonomiska kostnad - kan telemarknaden i Sverige sägas ha gått från en situation karakteriserad av ett oreglerat monopol till en situation som kan beskrivas som reglerad konkurrens. Visserligen har det aldrig - till skillnad från vad som varit fallet i de flesta andra länder - funnits något rättsligt monopol eller licens tvång för anläggning av telenät eller för att erbjuda teletjänster i Sverige, men Televerket hade sedan lång tid haft ett *de facto*-monopol inom stora delar av telemarknaden. Olika anslutningsmonopol avseende det allmänna telenätet utgjorde bl.a. grunden för denna marknadsstyrka. År 1980 öppnades marknaden för telefonsvarare och telefaxterminaler för konkurrens. Under år 1985 upphävdes Televerkets monopol på att ansluta telefonapparater till sina anläggningar och ensamrätten för anslutning av företagsväxlar avvecklades successivt under åren 1988-1989.]

benämns *local loop*. Tillträde till denna sträcka är en absolut nödvändighet för en konkurrent till etablerade teleföretag, vilket är bakgrunden till att det finns skyldigheter för aktörer med betydande marknadsinflytande (sektorsregleringens motsvarighet till dominerande ställning) att dels bereda tillträde till denna infrastruktur, dels att detta görs i enlighet med förbestämda ersättningsprinciper baserade på den s.k. *long run incremental cost*-standarden. Allt detta går under benämningen *local loop unbundling*, LLUB.

Konkurrenterna till etablerade teleföretag upplever att det finns flera olika konkurrenshämmande åtgärder som de utsätts för; såsom uppenbar risk för korssubventionering, prismarginalpress (*margin squeeze*) och svårigheter att överhuvudtaget erhålla tillträde till lokala telestationer p.g.a. lång inkopplings- och överdrivna tekniska krav, förseningar, diskriminerande fördelningsprinciper för tillgänglig kapacitet (om sådan ens säges finnas) osv. Så länge som ett vertikalt integrerat företag har monopol på just accessmarknader är det ofrånkomligt att det finns företagsekonomiska incitament för en rationell och vinstmaximerande aktör att vidta dessa former av åtgärder gentemot sina konkurrenter och tillika kunder. Konkurrenter utan egna accessnät konkurrerar på efterföljande marknader med dominanten och härigenom uppkommer incitament – eller åtminstone potential för incitament – att favorisera den egna verksamheten framför konkurrenternas.

Svårigheten synes ligga däri att teleföretag säljer en integrerad tjänst, där de fysiska linjerna inte är något som slutkonsumenten märker av, eftersom konsumenten köper en kommunikationstjänst – inte linjekapacitet. Konkurrens förutsätter dock att den tidigare integrationen på något sätt bryts upp och öppnas för tjänstekonkurrens.

Konkurrensproblemet ger upphov till krav på åtgärder från myndigheterna, för stävande av missbruk och till stöd för en effektiv konkurrens, vilket bl.a. innefattar att det etablerade företaget ska åta sig ett visst marknadsagerande på varierande detaljnivå.

Att det inom telemarknaden existerar problem i konkurrenshänseende förefaller vara relativt okontroversiellt. Åsikterna om *hur* de generella problemen ska kontrolleras och elimineras går däremot isär. En annan huvudfråga i detta sammanhang är *vilken myndighet* som är bäst rustad eller mest lämplig att utöva tillsynen, dvs. kompetensfördelningsfrågor i relation till omfattning, typ av åtgärd och tidsaspekter.

En ytterligare aspekt av hur problemen ska hanteras är spørgsmålet huruvida och i vilken omfattning det måste göras en konsekvensanalys av åtgärderna,



eller om det redan från början kan sägas finnas ett behov av ingripande åtgärder *per se*. Å ena sidan kan hävdas att framväxten av alternativa tekniker minskar behoven av åtgärder – oavsett hur dessa utformas – mot det dominerande företaget. I detta hänseende kan sägas att telemarknaden skiljer sig från t.ex. energi- och järnvägsmarknaden. Trots detta kvarstår faktum att existerande infrastruktur till stora delar har anlagts under mycket lång tid och att det inom rimlig tid och med beaktande av tekniska kvarvarande svårigheter i många fall är ekonomiskt omöjligt att duplicera den metallbaserade infrastruktur som i dag finns tillgänglig. Motvikten till detta är att telemarknaden i hög grad kännetecknas av en dynamisk utveckling, där de nya teknikerna – inbegripet konkurrerande infrastruktur – på sikt kan förväntas leda till en ökad konkurrens och minska eller t.o.m. undanröja behovet av åtgärder gentemot aktörer med betydande marknadsinflytande.

Med dessa förutsättningar i åtanke synes det redan inledningsvis vara påkallat att noga överväga konsekvenserna – såväl kort- som långsiktiga – av åtgärder som åläggs företag eller accepteras av företag i syfte att främja konkurrensen på kort sikt. Behovet av en utförlig konsekvensanalys blir än mera påkallad i situationer där åtgärderna leder till permanenta förändringar av företagsstrukturer och där kostnaderna för sådana förändringar är irreversibla.

## 5.1 Strukturella och beteenderelaterade åtgärder för vertikalt integrerade företag

Frågan om hur konkurrensproblem ska lösas i vertikalt integrerade företag är förvisso inte ny inom konkurrensrätten. Förstainstansrätten framhöll exempelvis i fallet *FFSA* svårigheterna i att med säkerhet fastställa huruvida t.ex. korssubventionering verkligen föreligger i de fall när det saknas en redovisning som skiljer på intäkter och kostnader från en förbehållen och konkurrensutsatt sektor.<sup>9</sup>

En lösning för att undvika korssubventionering, diskriminering m.m. är att lagstiftaren kräver någon form av separation av de skilda verksamheterna, antingen genom att det upprättas separat bokföring (med hög kostnads- transparens) för konkurrensutsatt sektor och den förbehållna sektorn, eller också krävs en fullständig separering genom att den konkurrensutsatta verksamheten läggs i ett separat bolag. Inom telemarknaden blir det snarare

---

<sup>9</sup> Förstainstansrättens avgörande i T-605/97, *FFSA*, p. 179–187. Se även Griffiths, M., *Failing to install effective competition in postal services – the limited impact of E.C. law*, ECLR, 2000, s. 406. Se även Henriksson, L., *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, 2003.

fråga om att separera accessverksamheten, ehuru däri ingående delverksamheter är, eller kan vara, delvis konkurrensutsatta och delvis förbehållna.<sup>10</sup>

Syftet är att härigenom åtminstone skapa en ekonomisk öppenhet och insyn i bolagens prissättningsmetoder, vilket kan underlätta en *ex post*-undersökning enligt vanliga konkurrensregler. Kommissionen har även i ett flertal fall som rör företagskoncentrationer sökt förebygga uppkomsten av korssubventioneringar. Det är inte ovanligt att kommissionen ställer som villkor för att en företagskoncentration ska beviljas att företagen accepterar olika åtaganden – s.k. *undertakings* – så att korssubventionering undviks.<sup>11</sup> För att det ska vara möjligt att övervaka garantier från företag att inte tillämpa t.ex. korssubventionering krävs i de flesta fall att det finns en särredovisning av verksamheterna. Saknas en sådan redovisning blir det svårt att fastställa huruvida en korssubventionering föreligger. Ibland räcker det emellertid inte med särredovisning, utan det kan krävas en juridisk separation av verksamheterna. Kommissionen hade tidigare inget formellt mandat att bryta upp en existerande företagsstruktur, såvida det inte gällde en koncentration som godkänts med villkor och villkoren inte uppfylls eller parterna har lämnat oriktiga uppgifter.<sup>12</sup> Enligt Rådets tillämpningsförordning 1/2003 för artiklarna 81 och 82 EG, följer av artikel 7 att kommissionen har rätt att

---

<sup>10</sup> Kommissionen utfärdade riktlinjer för telekomindustrin under 1991, där det särskilt framhålls att "[t]ransparency in the TOs' accounting should enable the Commission to ascertain whether there is crosssubsidization in the cases in which this question arises. [...]. This transparency can be provided by an accounting system which ensures the fully proportionate distribution of all costs between reserved and nonreserved activities. Proper allocation of costs is more easily ensured in cases of structural separation, i.e. creating distinct entities for running each of these two categories of activities. An appropriate accounting system approach should permit the identification and allocation of all costs between the activities which they support.", se *Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector*, p. 106.

<sup>11</sup> Se t.ex. mål nr. IV/M.843 – *PTT Post / TNT / GD Express Worldwide*, EGT C 19, 1996, mål nr. IV/M.1168 – *DHL / Deutsche Post*, EGT C 307, 1998 och mål nr. IV/M.877 – *Boeing / McDonnell Douglas*, EGT L 336, 1997. Se även mål nr. COMP/M.2220 – *General Electric / Honeywell* – sedermera överklagat genom mål T- 210/01, *General Electric Company* mot Kommissionen.

<sup>12</sup> I praktiken har dock tidigare även förekommit indirekta krav på separering av verksamheter genom frivilliga uppgörelser i vilka företagen åtog sig att separera verksamheter i utbyte mot en nedsättning av böter. Se exempelvis Kommissionens beslut i *Deutsche Post I*, där Kommissionen ansåg att förhållandet att DPAG åtagit sig att återställa fullständig öppenhet och insyn i ekonomiska förbindelser mellan ett reglerat område och ett konkurrensutsatt område – vilket skulle åstadkommas genom bildandet av ett separat bolag – talade emot att företaget skulle åläggas böter. Se kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 47.

förutom beteendemässiga åtgärder införa strukturella åtgärder (*structural remedies*) som syftar till att bringa överträdelser till upphörande. Bestämningen är dock kringgärdad av begränsningar för tillämpningen.

Sålunda får kommissionen vid överträdelse av artikel 81 eller 82 EG ålägga företag alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller *strukturella åtgärder*. De senare åtgärderna ska dock vara *proportionerliga* mot överträdelsen och *nödvändiga* för att få denna att upphöra. Strukturella åtgärder får vidare *endast* åläggas om det antingen inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd *eller* om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara *mer betungande* för det berörda företaget än den strukturella åtgärden.

Huruvida detta i praktiken kommer att innebära att kommissionen kommer att kunna ålägga företag att enbart separera verksamheter eller om det går så långt att stadgandet även ger möjligheter till åläggande om särskiljning med tillhörande *tvångsmässig avyttring* – dvs. *ägarmässig* separation av verksamheter – återstår att se. Det senare ligger närmare den amerikanska anti-trustlagstiftningens *structural remedies*, som i vissa fall har innefattat s.k. *divestiture*, dvs. att företaget åläggs att sälja av tillgångar/verksamheter. Mot bakgrund av att strukturella åtgärder ses som en sista utväg och att hänsyn måste tas till att åtgärden ska vara i proportion till risken för att överträdelsen fortsätter eller upprepas torde avyttring vara ett extremfall som praktiskt sett sällan kommer att användas.

Till yttermera visso bör det hållas i åtanke att osäkerhet råder om hur långt strukturella åtgärder kan göras gällande av Kommissionen med stöd av sekundärlagstiftning, särskilt med tanke på att artikel 295 EG föreskriver att primärrätten i EG-fördraget inte i något hänseende ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Vilka rättsliga konsekvenser som kan utläsas av detta är dock oklart.

Kommissionens generaldirektorat för konkurrens har hittills intagit en försiktig hållning till strukturella åtgärder medan andra generaldirektorat går något längre. Kommissionens inställning till vad som måste göras för att råda bot på konkurrensproblem inom energimarknaden synes dock vara mycket klar:

“In energy, the Commission has made clear its preference for full structural separation [ownership separation, min komm.] which includes divestiture of assets as a means to deal with persistent discriminatory behaviour by incumbents. This should create incentives for the network companies to treat all

energy service providers on an equal basis, leading to more competition, better services at lower costs for consumers and, in principle, to market driven investments.”<sup>13</sup>

Konkurrensproblemen uppkommer ofta när det finns kostnader som är gemensamma för produktionen av tjänster. Detta är som regel alltid fallet för nätverksbranscher såsom telekom. Ibland kan därför en verklig separation – med bibehållen ägargemenskap – vara enda sättet att komma runt presumtionen om missbruk.<sup>14</sup>

Ett grundkrav för alla företag med dominerande ställning torde vara att det finns en god redovisning, där de olika verksamhetsgrenarna redovisas separat, såväl vad gäller intäkter och kostnader som eventuella interntransaktioner.<sup>15</sup>

Generellt sett finns det flera sätt att komma tillrätta med integrationsproblemen:

- Det säkraste sättet torde vara att eliminera förutsättningarna för konkurrensproblemen genom att tillskapa en struktur där marknaden själv garanterar att accessrelaterade problem inte kan uppkomma. För att en sådan ordning ska gälla måste verksamheterna vara helt åtskilda, såväl juridiskt som ägarmässigt. Så snart det finns en ägargemenskap mellan

---

<sup>13</sup> Tal av kommissionär Viviane Reding, under rubriken *The Network Industries in the 21st Century: Regulating for Growth and Competition in the Internal Market* vid European Government Business Relations Council Brussels, 5 Mars 2007.

<sup>14</sup> Se t.ex. Kommissionens pressrelease IP/01/419 av den 20 mars 2001, av vilken framgick att DPAG åtagit sig att flytta en konkurrensutsatt verksamhet till ett separat bolag. Fallet rörde dock postbranschen och förutsättningarna var tämligen unika såtillvida som det rörde sig om korssubventionering mellan en skyddad sektor och en konkurrensutsatt sektor. Inom telemarknaden saknas lagskydd för accessmarknaden, men konkurrensproblemen är likartade i båda fall.

<sup>15</sup> Enligt Kommissionen finns det inte några generella krav på särredovisning, men om en sådan saknas och omständigheterna i övrigt indikerar ett missbruk ligger bevisbördan på det dominerande företaget att styrka att prissättningen inte snedvrider konkurrensen: “[...] if in a specific case there are substantial elements converging in indicating the existence of an abusive cross-subsidization and/or predatory pricing, the Commission could establish a presumption of such cross-subsidization and predatory pricing. An appropriate separate accounting system could be important in order to counter this presumption.”, Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 108. Kommissionen har även tidigare för telekomindustrin utfärdat rekommendationer för särredovisning och kostnadsredovisning i enlighet med Direktiv 97/33/EG. Se 98/322/EG, Kommissionens rekommendation av den 8 april 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad (Del 2 – särredovisning och kostnadsredovisning), EGT L 141, 1998.

verksamheterna finns även incitament till att föra kostnader mellan verksamheter<sup>16</sup>, eller att använda den separerade verksamheten som en del av koncernens allmänna affärsstrategi.

- Ett annat sätt att fullständigt eliminera problemen för en konkurrensutsatt sektor är att förbjuda monopolisten att överhuvudtaget verka inom den, eller – mer positivt bestämt – att påbjuda vilka verksamheter som företag får ägna sig åt. Banverket ägnar sig inte åt järnvägstrafik i direkt konkurrens med SJ och andra lokala tågbolag, Luftfartsverket bedriver inte flygtrafikverksamhet i konkurrens med flygbolagen osv. Detta är dock inte ett realistiskt alternativ inom telebranschen.
- Om det dominerande företaget ska vara verksamt inom den konkurrensutsatta verksamheten går det även att eliminera källan till finansiering för korssubventionering. Lättast kan det ske genom att ett pristak införs för den förbehållna verksamheten. Om inte företaget har möjlighet att få täckning för överförda kostnader från konkurrensutsatt verksamhet till reglerad verksamhet – vilket annars gjorts för att kunna motivera högre tillträdespriser – försvinner incitamentet till att behandla konkurrenter olika. Detta är ett alternativ för t.ex. accessmarknader.
- Ett något mindre effektivt sätt – vilket ska utvecklas nedan – är att ställa krav på separering av verksamheterna i olika bolag. Motivet bakom detta är ofta att komma ifrån problematiken med internredovisning och öka kostnadstransparensen genom att verksamhetssepareringen för med sig att såväl bokförings- och skattemässiga regler om extern redovisning blir tillämpliga.
- Om verksamheterna ska behållas inom samma bolag är det vanligt med krav på separata konton i internredovisning mellan verksamheterna. Syftet härmed är att det ska kunna gå att i efterhand kontrollera kostnader respektive intäkter för verksamheten i fråga.
- En variant på kravet att separera konton är att även ställa krav på bolaget att specifikt redovisa vilka verksamheter som subventioneras. Eventuellt kan lagstiftaren i detta sammanhang även bestämma ett visst utrymme som bolagen kan använda till viss korssubventionering.

---

<sup>16</sup> Kostnadsallokering kan ske på så sätt att konkurrensutsatt verksamhet underdebiteras internt för att härigenom möjliggöra ett onaturligt lågt pris på en härledd marknad, dvs. någon form av rovbeteende gentemot konkurrenter. Ett annat sätt är att överdebitera kostnader internt för att bringa fram ett högt accesspris för konkurrenter. Kombinationer härav är självfallet möjliga och ger sammantaget upphov till marginalklämning (eng.. *margin squeeze*), vilket förenklat uttryckt kan sägas innebära att konkurrenterna får betala ett onaturligt högt accesspris för samma tjänst som infrastrukturinnehavaren själv betalar ett onaturligt lågt internpris för.

Det saknas en enhetlig definition av de skilda åtgärdsalternativen, men det kan sägas att med *strukturell separation* avses främst situationen där ett dominerande företag både funktionellt allokera tillgångar till ett separat bolag och samtidigt avhänder sig äganderätten därtill. Ett mindre ingripande alternativ är att endast bolagisera verksamheten, men behålla äganderätten till den separerade verksamheten. Detta brukar benämnas en *funktionell separation*.

## 5.2 Utvärdering av åtgärdsalternativen

Tillskapandet av en marknadsstruktur där konkurrenstrycket gör att företag inte har möjlighet att tillämpa korssubventioneringar är naturligtvis det bästa sättet att försäkra sig om att problemet aldrig uppkommer. En strukturell separation är till syvende og sidst det enda instrument som skapar reella incitament till att agera oberoende, eftersom det nya bolaget härigenom erhåller en ny huvudman. Det är dock viktigt att hålla i åtanke att framgång med strukturell separation i konkurrenshänseende kräver att ett antal förutsättningar måste vara uppfyllda.

Inledningsvis måste det vara tekniskt möjligt att tillhandahålla den aktuella tjänsten oberoende av den tidigare vertikalt integrerade infrastrukturen. Härigenom måste det ställas som grundkrav att infrastrukturen *de facto* kan skiljas från övrig infrastruktur utan fara för att funktionaliteten försämras eller tillintetgörs. Det måste finnas reella affärsmässiga möjligheter för den separerade verksamheten att klara drift, underhåll och utveckling av verksamheten oberoende av den tidigare integrerade verksamheten. Sammantaget måste de företags- och samhällsekonomiska kostnaderna för separationen vara mindre än de fördelar som samhällsekonomin totalt sett kan förväntas uppnå genom separationen.

Eventuell korssubventionering är endast ett av de möjliga konkurrensproblem som uppkommer genom att ha en integrerad verksamhet. Emellertid förekommer förhållningstaktiker och utnyttjande av informationsövertag gentemot konkurrenter. Beivrande härav skulle visserligen kunna underlättas genom strukturell separation, men samtidigt är dessa affärsageraden inte primärt hänförliga till strukturella frågor, utan till det dominerande företagets affärsstrategi i stort. Om dessa beteenden vill undvikas genom strukturella åtgärder förutsätter detta inte bara funktionell separation, utan snarare ägarmässig separation eller funktionell d:o med tillhörande åtaganden som i akt och mening tillskapar samma effekter.

På basis av det arbete som genomförts inom OECD<sup>17</sup> för telemarknaden kan för- och nackdelarna med separation sammanfattas enligt följande tabell.

Fördelar	Nackdelar
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incitamenten för att diskriminera konkurrenter försvinner.</li> <li>• Marknaden och myndigheter får större tillgång till information.</li> <li>• Möjligheterna till korssubventionering minskar om det separerade bolaget åläggs att endast idka grossistverksamhet, dvs. tillhandahålla access.</li> <li>• Efter genomförd separation minskar behovet av konkurrensbefrämjande åtgärder och regelverket minskar i komplexitet, vilket kan ge upphov till ökad konkurrens.</li> <li>• Reglerings- och tillsynskostnader minskar.</li> <li>• Behovet av att vid tillsyn se till integrerade affärsintressen försvinner.</li> <li>• Regleringsåtgärden är enkel från myndighetssynpunkt.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Höga genomförandekostnader genom att överföringen av infrastrukturen måste brytas upp och legalt separeras.</li> <li>• Åtgärden är irreversibel, och kräver fortsatt övervakning vilket av rättssäkerhetsskäl ställer stora krav på utredningskvalitet och tillsyn som i sin tur leder till höga regleringskostnader.</li> <li>• Fokus läggs på att öka konkurrensen på äldre teknik (xDSL-teknik), vilket minskar utvecklingstrycket på alternativa produkter.<sup>18</sup></li> <li>• Skalekonomiska fördelar och synergieffekter försvinner och det skapas dubblering av kostnader och hög risk för dubbel marginalisering.<sup>19</sup></li> <li>• Incitamenten till att återinvestera i nätet, satsa på ny teknik minskar genom att integrationsmoment tas bort.<sup>20</sup></li> <li>• Svårare att erbjuda sammansatta och integrerade tjänster.</li> </ul>

<sup>17</sup> Se OECD, *Report to the Council on Experiences on the Implementation of the Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries*, C(2006)65.

<sup>18</sup> Detta argument kan vara tveeggat. Om marknaden fortfarande kommer att vara beroende av metallbaserade nät för access faller argumentet, eftersom alternativa tekniker likväl inte utvecklas oavsett om separation sker eller inte. Det finns indikationer att så kommer att bli fallet genom utbyggnaden av Vdsl2-tekniken (Bandbredd: upp till 100 Mbit/s) som använder traditionella koppar-kablar. Samtidigt ökar fiber och koppar/ethernet anslutningar (Bandbredd upp till 1 Gbit/s). Se Computer Sweden, [www.idg.se](http://www.idg.se).

<sup>19</sup> Genom att hålla verksamheter integrerade behöver inte varje produktionsled producera avkastning till skilda ägare. Mellanled kan sålunda skäras bort. Även vid reglerad prissättning riskerar detta att kvarstå genom att avhändandet av infrastrukturen måste prissättas. Dominanten kan därmed kräva ersättning som med nuvärdesberäkning leder fram till motsvarande resultat. I annat fall skulle åtgärderna kunna liknas med expropriation till underpris, vilket ej kan vara förenligt med gällande rätt.

<sup>20</sup> Genom reglering av accesspriserna är det inte möjligt att förvänta sig att något alternativt nät utvecklas, eftersom låga accesspriser kan göra det olönsamt för nya tekniker att på kort sikt konkurrera med etablerad teknik. Lösningen härtill är, paradoxalt nog, att låta verkliga kostnader antingen belasta kunderna, eller kompenseras genom vertikal integration.

Som synes av tabellen ovan finns både för och nackdelar med en separation och är i högsta grad osäkert om vertikal separation verkligen bör genomföras på accessmarknaden på telemarknaden. Innan någon sådan sker måste det sålunda göras en mycket noggrann undersökning av för- och nackdelar hänförliga till en vertikal separation. OECD sammanfattar:

“Vertical separation is a significant intervention in the marketplace, with substantial and – unlike behavioural regulation which can be reversed – irreversible costs. It should not be undertaken lightly. Seemingly simple in concept, structural separation of the local loop is in practice complex *with uncertain outcomes and many questions to be answered*. The benefits of structural separation of the local loop are uncertain while the costs are certain and appear potentially large. There is little evidence that the benefits of structural separation of the local loop are sufficiently in excess of costs. Accordingly, it would seem more sensible to persevere with the current regulatory approach (with appropriate improvements and augmented by sanctions). Only if regulatory authorities can show that the benefits are in excess of the costs, and that alternative regulatory approaches would not work, should consideration be given to the structural separation of the local loop.”<sup>21</sup>

Kommissionär Reding har ett flertal gånger framhållit att strukturell separation inte är aktuell att genomföra, medan funktionell sådan i stället vore en lämplig lösning på problemen inom accessmarknaden. Det är dock oklart vad hon avser mer konkret med funktionell separation och än mer oklart vilka ålägganden som bör knytas därtill. Det framhålls dock att det är viktigt att göra en kostnadsavvägning av dessa åtgärder och att det krävs noggranna utredningar av effekterna.<sup>22</sup>

Effekterna av strukturell separation har emellertid redan utvärderats av kommissionen där slutsatsen har varit att

“The general view, as confirmed by two OECD reports[...], is that complete structural separation *is rarely justified* in the communications sector. Overall, the costs of structural separation appear to be greater than the expected benefits, in particular due to the fact that even after structural separation, regulation of the independent local loop operator remains necessary to prevent monopoly pricing. Other disadvantages concern the adequate level of investment in network

---

<sup>21</sup> OECD. Committee for information, computer and communication policy, Working party on Telecommunication and Information Services Policies, *The benefits and costs of structural separation of the local loop*, DSTI/ICCP/TISP(2002)13/FINAL, s. 32.

<sup>22</sup> Se tal av Viviane Reding, ECTA Conference 2006, Bryssel 16 november 2006 och tal vid Conference of the International Telecommunications Union (ITU): “TelecomWorld 2006”, Hong Kong, 4 december 2006.



infrastructure when providers do not receive the revenues and consequent incentives that flow from vertical integration. Experience in other sectors (e.g. railways) has shown the problems of co-ordinating investment when infrastructure and services are separated. This problem is more acute in the communications industry, where technological change is rapid and where investment demands are pressing.”<sup>23</sup>

Att genomföra en funktionell separation löser strängt taget inga konkurrensproblem utan tillhörande beteendemässiga åtaganden/ålägganden. I så fall måste i akt och mening en strukturell separation efterliknas, vilket alltså avrådes från. I konsekvens härmed måste det ifrågasättas lämpligheten av funktionell separation, eftersom den utan ålägganden enbart tillskapar en formell uppdelning av verksamhet (visserligen med något bättre insyn) medan sedd tillsammans med beteendemässiga ålägganden ger samma utfall som kommissionen själv ställer sig tveksam till. I vart fall belyser detta behovet av att noggrant utreda konsekvenserna av en separation. Även om separation förordas av PTS innehåller t.ex. PTS rapport *Förslag till bredbandsstrategi för Sverige* ingen närmare information härom.

Att göra en strukturell separation av bolagen är en politisk fråga som endast torde kunna bli aktuellt för statliga eller kommunala bolag. I praktiken torde det endast vara möjligt att åstadkomma bl.a. i samband med fullständig privatisering eller utförsäljning av statliga eller kommunala verksamheter. Så snart bolaget har privata ägare förutom det allmänna har de strukturella åtgärderna potential att inkräkta på privat äganderätt. Vad gäller den senare rättsutvecklingen i Sverige har frågan om strukturell separation kommit att få aktualitet genom förordning 1/2003. Av förarbetena framgår dock att det för Sveriges vidkommande inte är lämpligt att införa verklig strukturell – ägarmässig – separation av företag. Tvärtom framhålls uttryckligen att en sådan ordning inte bör råda i Sverige.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Commission Staff working document – communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services – Impact Assessment, {COM(2006) 334 final}, Bryssel, 28 juni 2006 SEC(2006) 817, s. 11.

<sup>24</sup> Se SOU 2001:94, *Kartellbekämpning 2 - övriga frågor*, slutbetänkande från Kartellbekämpningsutredningen och prop. 2003/04:80, *Moderniserad konkurrensövervakning*, där regeringen framhåller att det framstår som olämpligt att införa regler om uppbrytning av företagskoncentrationer på nationell nivå. Regeringen ansåg därför att reglerna om åläggande i svensk konkurrenslagstiftning *inte* borde ändras med hänsyn till artikel 7 i förordning 1/2003. I stället förordades att nuvarande svenska regler behållas s. 99).

Bildandet av separata juridiska enheter kan ge en bättre trygghet än intern särredovisning, eftersom bolagen vid en separering måste iaktta de regler som gäller för externredovisning. Krav på att verksamheterna ska placeras i separata bolag med ägargemenskap är dock ingen garanti för att bl.a. korssubventionering elimineras.

För det första är det många gånger praktiskt komplicerat att bryta upp infrastrukturer – om det ens skulle vara önskvärt. Nätverken har ofta tillkommit i syfte att skapa landsomfattande service som omspannar en rad olika tjänster, som alla baseras på samma bakomliggande infrastruktur. När det gäller t.ex. postverksamhet kan terminaler och distributionsnätverket i övrigt användas till olika tjänster parallellt.

För det andra kan sådana krav leda till att verksamheterna endast separeras i formell mening så att den verkliga verksamheten ligger kvar i det ursprungliga bolaget. Den konkurrensutsatta verksamheten bedrivs därmed i ett eget bolag, men detta är helt och hållet beroende av moder-/systerbolaget för sin dagliga verksamhet. Bolaget blir därmed ett s.k. brevlådeföretag.

För det tredje väcks frågor om internprissättning, koncernbidrag och vilken måttstock som ska gälla för de affärsmässiga principerna bolagen emellan. Att verksamheter skiljs åt formellt borgar inte i sig för att den konkurrensutsatta verksamheten opererar på samma villkor som dess konkurrenter, åtminstone inte så länge det finns en ägargemenskap i bolagen.<sup>25</sup> Det finns således en risk att bl.a. korssubventionering kan uppkomma även om lagstiftaren skulle välja att införa krav på strukturell åtskillnad mellan verksamheterna. En separation per se – strukturella sådana undantagna – är alltså ingen garant för konkurrensförbättrande åtgärder – till detta krävs även att en funktionell separation förenas med åtaganden / ålägganden.

Användningen av separat bokföring för olika verksamheter inom samma bolag är även förenad med svårigheter. Det kan lätt uppstå frågeställningar kring hur kostnader ska värderas och allokeras, vilket kan medföra att syftet att motverka korssubventionering kanske inte uppnås. En fullständig separering mellan verksamheter till olika juridiska personer anses därför vara en bättre lösning. OECD framhåller:

---

<sup>25</sup> Bergman m.fl. har betonat vikten av att det sker en fullständig separering mellan verksamheterna, dvs. inte bara att verksamheterna bedrivs i olika bolag utan även att bolagen har skilda ägare. Se Bergman, L. m.fl., *A European Market for Electricity*, London, 1996, s. 229–232. Se även Bergman L., *Mot en europeisk elmarknad?*, Stockholm 2000, s. 35–37.

“Many countries seek to control anti-competitive cross-subsidisation through accounting separation. This is unlikely to be fully effective. Given the difficulties in obtaining reliable cost information, anti-competitive crosssubsidisation may only reliably be prevented through structural or regulatory measures such as privatisation, liberalisation or horizontal separation.”

Privatisering och avreglering kan vara en lösning på problemet, men i verkligheten kan situationen vara den att konkurrenstrycket förblir lågt och tidigare förbehållna sektorer fortsätter att vara monopoliserade på grund av att det krävs en alltför hög lägsta lönsam volym. Istället söker sig konkurrensen till mer attraktiva delar av marknaden. Om marknadsstrukturen – oaktat avregleringar – ändå lämpar sig för korssubventionering går det inte att bara invänta eventuella effekter av en avreglering utan det måste finnas metoder för att hantera korssubventionering fram till dess att konkurrenstrycket eliminerar problemet. Oavsett vilka separationsåtgärder som vidtas – undantaget strukturell separation – så måste det finnas principer eller riktlinjer så att företag och domstolar vet vilka kostnadsmått som är relevanta och vilka övriga förutsättningar som måste uppfyllas för att prissättningen inte ska utgöra en korssubventionering.

I juni 2003 utfärdade OECD en rekommendation angående strukturell separation i reglerade branscher.<sup>26</sup> Rekommendationerna är till sin natur tämligen kortfattade och innehåller i allt väsentligt allmänna principer som ska ligga till grund för hantering av reglerade företag, eller för sådana företag som i framtiden kommer att agera både i en reglerad sektor och konkurrensutsatt sektor samtidigt. I dessa fall anser OECD att medlemsländer ska noga balansera fördelar och kostnader med strukturell separation (*structural measures*) mot fördelarna och kostnaderna med åtgärder som i stället är inriktade mot beteendemässiga åtgärder (*behavioural measures*).

Relevanta faktorer som bör beaktas är bl.a.

- effekten på konkurrensen på marknaden,
- effekterna med hänsyn till regleringens kostnader och kvalitet,
- övergångskostnader hänförliga till den strukturella separationen samt
- företags- och samhällsekonomiska fördelar med vertikal integration baserat på de branschspecifika förutsättningar som råder i landet.

---

<sup>26</sup> OECD, *Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries* (adopted by the Council at its 1003rd session of 26 April 2001[C/M(2001)9]), C(2001)78/FINAL, 6 juni 2003.

Vidare anser OECD beträffande kompetensfördelningsfrågan om vem som ska göra bedömningen att detta bör göras av den myndighet eller de myndigheter som har som uppgift att handha dessa frågor, bl.a. konkurrensmyndigheten. Balanseringen mellan skilda intressen bör göras i ljuset av hur frågor om privatisering, avreglering och omreglering i normalfallet hanteras i respektive medlemsland. Vad detta kan anses innebära för Sveriges vidare utvecklas närmare i nästa kapitel.

## 6 Särskilt om frågan om kompetensfördelningen mellan KKV och PTS

Inledningsvis kan konstateras att sektorsregleringen för telemarknaden till sin natur är temporär, där de särskilda konkurrensbefrämjande åtgärderna är ägnade att bereda tillträde för nya aktörer på marknaden och underlätta en övergång från tidigare monopol till en konkurrensutsatt marknad.

Härigenom har gjorts bedömningen att det behövs en *ex ante*-reglering för att underlätta denna övergång. Syftet med regleringen är att sektormyndigheten på sikt ska kunna överlämna tillsynen av branschen till konkurrensmyndigheten. Genom att sektorsregleringen sålunda till sin natur är av övergångskaraktär torde ett antal punkter i detta hänseende bli aktuella att ta i beaktande.

Vid tillämpningen av *ex ante*-regleringen borde detta göras i ljuset av att utfallet på marknaden i konkurrenshänseende borde vara materiellt sett det samma som vid tillämpning av *ex post*-reglering. Det är sålunda viktigt att beakta att såväl sektorsregleringen som de generella konkurrensreglerna ska leda till samma marknadsresultat, även om sektorsregleringen är ägnad att snabba upp processen och bereda väg för generell konkurrensrätt.

*Ex ante*-åtgärder gentemot reglerade företag som ger tveksamma konkurrensmässiga resultat bör i största mån undvikas av effektivitetsskäl.

Åtgärder som äventyrar en långsiktig tillämpning av konkurrenslagen inom telemarknaden och som tillika i praktiskt hänseende är ägnade att göra sektorsregleringen permanent – och härigenom i strid med det ursprungliga syftet med regleringen – bör i största möjliga mån undvikas.

Existerande regler om kompetensfördelning mellan PTS och KKV föreskriver att sektorsregleringen ska ge vika för tillämpning av konkurrenslagen när detta är möjligt. Här finns dock ett problem såtillvida att marknadsstrukturen inte är oberoende av utformningen av regleringen. De regleringar som införs för infrastrukturägare påverkar incitamenten att investera och detta inverkar i sin tur på marknadsstrukturen. Ett ömsesidigt beroende – eller cirkelförhållande – riskerar alltså att uppkomma. Åtgärder som långsiktigt rubbar den i direktiv och lagstiftning givna fördelningen mellan myndigheterna bör undvikas – annars riskerar lagstiftningen att bli motstridig.

Generellt sett förefaller det vara olämpligt att införa bestämmelser om ålägganden som i andra sammanhang har bedömts vara olämpliga.

All form av strukturell eller funktionell separation måste, för att vara verkningsfull, till sin natur vara mycket långsiktig. Härigenom synes det vara olämpligt av såväl kostnads- som effektivitetsskäl att inledningsvis kräva funktionell separation med tillhörande ålägganden om att hantera dess kunder på armlängds avstånd för att i ett senare skede avlasta företaget från detta åläggande, varvid den separerade enheten ska återgå. Om den däremot bibehålls såsom en permanent lösning uppstår två potentiellt svårhanterliga dilemman från konkurrenssynpunkt.

Det första är knutet till frågan om marknaden i framtiden kommer att förändra sig så att det finns olika tekniker för access som gör att det tidigare dominerande företaget inte längre kan anses vara dominerande. Vilket syfte är därmed ett krav på funktionell separation i sådant fall ägnat att upprätthålla? Ska verksamheten tillåtas återgå och hur ska kostnadsaspekten av åläggandet hanteras?

Det andra är hänförligt till fallet om dominansen på accessmarknaden kan förväntas bestå, visserligen inte helt utan substitut, men åtminstone till den grad att dominans kan fastställas. Varför ska i sådant fall just dominerande företag på telemarknaden åläggas funktionell separation, medan, som regeringen uttryckligen framhållit, inga andra företag i liknande situationer på nationell basis i Sverige vare sig kan eller bör åläggas några sådana skyldigheter – oavsett om det rör sig om funktionell eller strukturell separation? I allt väsentligt vore det olyckligt om det skulle råda skilda tillämpningsprinciper för de generella konkurrensreglerna på marknader och mellan skilda företag. Rättssäkerhetskrav kräver att en sådan ordning bör undvikas. Undantaget härtill är naturligtvis kommissionens möjligheter att agera, men detta kräver att agerandet, avtalet eller samordningen har gemenskapsdimension. Att bibehålla krav på funktionell separation vid tillämpning av generella konkurrensregler kan därigenom inte anses vara förenligt med gällande rätt, utan det förutsätter att företaget i fråga frivilligt åtager sig att bibehålla verksamheten separerad.

Till frågan om huruvida verksamheten bör och kan separeras är såsom nu har framhållits inte enbart en fråga om det är lämpligt från ekonomisk synpunkt, om det är möjligt i tekniskt hänseende, utan även om det skapar en dålig kongruens mellan generell konkurrenslagstiftning och sektorsreglering. Det senare bör i möjligaste mån undvikas. Åtgärder som inte kan bli aktuella enligt konkurrenslagen på materiell grund – dvs. på grund av att

åtgärderna ger olämpliga eller konkurrensmässigt tveksamma utfall – bör undvikas. Åtgärder som däremot är ägnade att upprätthålla eller främja konkurrens *och* som är temporärt nödvändiga av skäl hänförliga till särskilda villkor i den aktuella branschen *kan* däremot – såsom för telemarknaden – vara motiverade. Härigenom framkommer ånyo kravet att när det gäller sektorsreglering som är ägnad att komplettera den generella konkurrenslagstiftningen och ytterst bereda väg för tillämpning enbart med stöd av konkurrenslagstiftningen, så bör under dessa förutsättningar sektorslagstiftningen inte utformas på sådant sätt att det finns risk för divergens mellan regelsystemen.

Såsom ovan anförts är det direkt olämpligt om den temporära lagstiftningen utformas så att den försvårar dess eget syfte genom att permanenta tillsynen hos sektorsmyndigheten. Härigenom finns det risk för att den reglerade sektorn i realiteten går från att vara i stigande grad konkurrensetsatt till att bli mera reglerad, vilket på lång sikt kan cementera nuvarande marknadsstrukturer, förhindra framväxt av ny teknik och inverka negativt på investeringsviljan (se vidare nedan)<sup>27</sup>. Det är inom ramen för denna utredning ej möjligt att mer i detalj analysera huruvida så verkligen är fallet, men problemställningen borde i vart fall beaktas såtillvida som innan regleringsåtgärder införs att det utreds huruvida tillkommande reglering kan ge upphov till sådana negativa effekter.

Det finns härigenom en inneboende motsägelse i det uppdrag som nu har ålagts PTS av regeringen:

”Det är regeringens strävan – i likhet med Europeiska unionens – att på området för elektronisk kommunikation gå från sektorspecifik konkurrensfrämjande reglering till generell sådan reglering. För att det i framtiden ska vara möjligt att enbart använda sig av den allmänna konkurrensrätten även på området elektronisk kommunikation krävs nu verkningsfulla åtgärder som säkerställer icke-diskriminering och transparens när det gäller villkoren för tillträde till

---

<sup>27</sup> Se t.ex. Robert W. Crandall, Allan T. Ingraham, and Hal J. Singer, *Do Unbundling Policies Discourage CLEC Facilities-Based Investment*, *Topics in Economic Analysis & Policy*: 2004, Vol. 4 : Iss. 1, Article 14. som framhåller att “[o]ur results demonstrate that the share of CLEC lines that are facilities-based is lower in states where the UNE rental rates are lower, which suggests that unbundling decreases facilities-based competition in the short term. That model cannot rule out the possibility, however, that low UNE rates encourage CLECs to rent at first, and then build facilities once they have some market experience. But the notion that low UNE rates stimulate future facilities-based investment appears to be undermined by other results. In particular, a regression of the change in facilities-based investment over time indicates that facilities-based lines growth relative to UNE growth was faster in states where the cost of UNEs was higher relative to the cost of facilities-based investment. Based on this initial evidence, we believe that the burden of proof should now shift to the competitive local exchange carriers. If there is no evidence that low UNE rates stimulate facilities based CLEC investment in future periods, then the entire unbundling experiment should be reconsidered.”

sådan infrastruktur som utgör flaskhalsresurser på området. Ett uppdrag att ta fram regler som säkerställer likabehandling av konkurrerande aktörer till det dominerande företaget på den relevanta marknaden bör ses som en del i regeringens arbete med regelförenkling. Arbetet ska syfta till att skapa klara och tydliga spelregler för alla aktörer på marknaden till nytta för en dynamisk marknadsutveckling och värdetillväxt i företagen inom sektorn.”<sup>28</sup>

Det eftersträvas en avveckling av komplexa regelstrukturer och utbredning av konkurrens, icke-diskriminering, transparens m.m., men det kan ifrågasättas om vägen till detta verkligen går via ytterligare – särskilt ingripande – strukturella regleringsåtgärder.

Införande av regler om funktionell separation bör även ses i förhållande till den kompetensfördelning som råder mellan KKV och PTS, eftersom myndigheterna har parallella, eller snarare; överlappande, kompetenser gällande konkurrensfrågor. Detta förhållande kan liknas med förhållandet som råder mellan nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen. I syfte att överkomma eventuella kompetensfördelningsfrågor och undvika avvikande tillämpning av konkurrensreglerna har inom EG tillskapats *European Competition Network*, ECN. Regeringen har framhållit att tillämpningen av de EG-rättsliga reglerna innebär att den måste göras i ljuset av att förfarandet går utöver en enda medlemsstat och det måste beaktas de effekter ett ärende kan ha också utanför det landets territorium.<sup>29</sup> En liknande ordning kan sägas råda mellan KKV och PTS. Åtgärder som vidtas av PTS eller lagstiftningsåtgärder som kompletterar PTS kompetens bör göras med beaktande av hur detta påverkar konkurrensmyndigheternas möjligheter att ingripa mot konkurrensbegränsningar. I annat fall finns en risk för att tillkommande åtgärder kan få negativa effekter i förhållande till det övergripande syftet med såväl sektorsregleringen som den generella konkurrens-lagstiftningen. I likhet med förhållandet mellan KKV och kommissionen är det därför nödvändigt att skapa mekanismer för information och samråd mellan de båda myndigheterna.

Inom ECN diskuteras bl.a. hur samarbetet mellan konkurrensmyndigheterna ska fungera i praktiken. Syftet med nätverket är att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, däribland KKV, förbinder sig att följa de principer som kommer till uttryck i meddelanden från kommissionen. En ofta diskuterad fråga inom ECN, och som också är föremål för behandling i kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och

---

<sup>28</sup> Regeringens beslut av den 19 april 2007, *Uppdrag att utreda förutsättningarna för och lämna förslag till reglering om vertikal separation*, N2007/2068/ITP (delvis)

<sup>29</sup> Se Prop. 2003/04:80 s.126.



medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, är fördelningen av ärenden. Syftet med en fördelning av ärenden är att främja ett effektivt skydd för konkurrensen, undvika dubblering av kontrollen och förhindra s.k. *forum shopping*. Regeringen framhåller nödvändigheten av att utarbeta kriterier som har betydelse vid fördelning av ärenden. Flera kriterier har betydelse vid fördelning av ärenden. De kriterier som har framhållits för detta ändamål är bl.a. var effekterna (faktiska och potentiella) av en överträdelse uppstår, vilka möjligheter en konkurrensmyndighet har att utreda en eventuell överträdelse (bl.a. samla in bevis), eventuellt med bistånd av andra konkurrensmyndigheter, hur effektivt en myndighet kan få överträdelsen att upphöra och om myndigheten vid behov kan få en sanktion/påföljd utdömd som tar hänsyn till omfattningen av överträdelsen.<sup>30</sup>

Andra frågor som diskuteras inom ECN är vilka ärenden som bör handläggas av kommissionen och i vilka fall det kan bli aktuellt med parallella förfaranden. Vad gäller arbetet inom ECN är fördelningen av enskilda ärenden mot bakgrund av kommissionens och nationella myndigheters parallella behörighet inte en fråga om kompetensfördelning utan endast ett sätt att fördela arbetet inom nätverket. Vad gäller förhållandet mellan KKV och PTS är dock situationen annorlunda. När en myndighet hanterar ett ärende kommer andra myndigheter enligt en allmän princip att avstå från att göra detta samtidigt inom ramen för arbetet inom ECN. Denna princip kan inte med automatik sägas gälla för förhållandet mellan PTS och KKV. Däremot förefaller det av rättssäkerhetsskäl olämpligt att med stöd av konkurrenslagen ingripa mot ett agerande som har stöd i sektorsregleringen. Detta förhindras förvisso genom lagen om elektronisk kommunikation, men samtidigt framträder här nödvändigheten av samråd och utbyte av information mellan myndigheterna trots att det inte är frågan om parallell tillämpning. Däremot är ju lagstiftningen utformad så att det blir någon form av sekventiell tillämpning, vilket måste beaktas när ytterligare *ex ante*-reglering ska införas. Om förhandsregleringen ger upphov till permanenta effekter på marknaden ökar behovet av samråd mellan myndigheterna.

---

<sup>30</sup> Se Prop. 2003/04:80 s.126-127. Se även det s.k. tredje kriteriet i kommissionens rekommendation ovan.

## 7 Vilken verksamhet ska separeras?

En mycket central fråga gällande såväl strukturell som funktionell separation är vilken verksamhet som i realiteten ska separeras. Enkelt uttryckt framförs att det är det lokala accessnätet som ska separeras. En framgångsrik och hållbar separation kräver dock att denna verksamhet låter sig väl definieras, vilket i praktiken har visat sig vara problematiskt.

OECD framhåller att en av de största utmaningarna i detta hänseende har varit att den lämpliga gränsdragningen för separation kan förändras över tiden – särskilt mot bakgrund av att konkurrenternas nätverk byggs ut och framväxten av ny teknik. Vidare ser telenätet mycket olika ut beroende var i landet accessnätet är beläget. Det är mycket möjligt att det på landsbygden endast finns ett accessnät, medan det i tätorter finns flera olika accessnät baserade på olika tekniska lösningar (fiberoptik, särskilda bredbandsledningar, kabel-TV och andra xDSL-linjer) som redan är framdragna och installerade i fastigheterna. Problemen med gränsdragningen i geografiskt hänseende är därmed svårhanterliga.

Frågor som uppkommer är bl.a. följande.

- Ska verksamheten separeras för hela landet oavsett om det lokalt finns alternativa accessnät (och tekniken möjliggör detta)?
- Är det lämpligt att separera endast den del av infrastrukturen som är hänförlig till de geografiska områden där det inte finns några alternativ?

Kommissionen framhåller vad gäller elektronisk kommunikation att förutsättningarna för strukturell separation är mycket annorlunda än för exempelvis energimarknaden. Frågeställningen är långt mer komplex eftersom uppdelningen mellan infrastruktur och telekomtjänster är svår att göra i verkligheten, vilket ytterligare försvåras av teknikutveckling. Inom gemenskapen förekommer hård konkurrens mellan infrastrukturer – t.ex. mellan kabel-TV-nät och metallbaserade accessnät, men att detta förekommer endast på 20 procent av den Europeiska marknaden, medan motsvarande andel i USA är 60 procent. Sverige torde tillhöra den grupp av länder där denna verkliga konkurrens börjat att etablera sig, med undantag för landsbygden. Samtidigt indikerar statistiken att trenden går mot ökad konkurrens även utan strukturell separation. Dilemmat som framförs av kommissionär Reding är att regleringsmyndigheterna kämpar med *"the devils of detail"* samtidigt som de dominerande företagen försenar och förhalar processen, vilket ger upphov till krav på radikala förändringar av system i syfte att bryta vad som kan betraktas som ett dödläge. I anledning

härav anses det inte vara lämpligt att göra någon uppdelning i likhet med den som gjordes av AT&T i USA i syfte att åstadkomma bättre konkurrens, utan det efterfrågas en "Europeisk metod" för separation, vilken kan innehålla både funktionella och strukturella element. Vad som avses med detta är oklart. Helt klart är dock att kommissionen inte förespråkar ägarmässig separation (*full divestiture*) utan snarare att tillskapa en klar skiljelinje mellan den del av teleföretaget som sköter nätverket och den del som är ansvarigt för verksamheten som konkurrerar med andra operatörer som använder nätverket. Även om Reding inte utesluter full strukturell separation (avhändande av verksamhet) såsom ett "voluntary price to pay for reducing *ex ante*-regulation", så framhålls i stället hur problemet har lösts i Storbritannien genom *OpenReach*-modellen.<sup>31</sup>

I Storbritannien gjorde man bedömningen att det inte var lämpligt att genomföra en strukturell separation av verksamheten och man valde i stället att gå vägen genom att acceptera ett åtagande om "functional equivalence", vilket i allt väsentligt betyder att konkurrenter till British Telecom, BT, ska, när de köper grossisttjänster av BT, få tillträde till dessa tjänster på samma villkor och med tillämpning av samma avtalsprocess som när BT:s division för slutprodukter internt upphandlar dessa tjänster. Till frågan om verklig icke-diskriminerande tillgång till nödvändig infrastruktur har brittiska Ofcom behandlat frågan i detalj:

"Central to the application of our proposed principles is the need to tackle the problem of inequality of access head-on. We believe that this can be achieved without the disruption and costs associated with a move towards the structural separation of BT. Delivery of equality of access in this way has two components: *equivalence at the product level*, and clear *behavioural changes* by BT. At the product level, equality of access implies that BT's wholesale customers should have access to:

- the same or a similar set of regulated wholesale products as BT's own retail activities;
- at the same prices as BT's own retail activities; and
- using the same or similar transactional processes as BT's own retail activities.

This is our definition of what is often called equivalence. There are different models of equivalence. For all new regulated wholesale products and some key existing ones, we believe that a strong model is needed in which BT is required

---

<sup>31</sup> Tal av kommissionär Viviane Reding, under rubriken *The Network Industries in the 21st Century: Regulating for Growth and Competition in the Internal Market* vid European Government Business Relations Council Brussels, 5 Mars 2007.

to offer exactly the same wholesale products to its wholesale customers as to its own retail activities. For existing products, we propose to assess each case on its merits. It may be that for some products, the costs of product and process redesign required by this type of equivalence would not be merited given their limited lifespan. In these cases, BT should be required to offer similar but not identical products and processes.

In addition to changes at the product level, substantial behavioural changes by BT are also fundamental to solving the problem of inequality of access. We recognise that BT currently applies significant resources to regulatory compliance; for example, to date it has put over 50,000 employees through a compliance course. Yet continued complaints from BT's wholesale customers raise concerns that some types of behaviour by BT – such as inappropriate information sharing, inferior processes, and lack of priority for wholesale customers' product development – are both unfair and commonplace. The way that BT conducts its internal business creates both the incentive and the means for unfair treatment of this nature. Even where individual allegations are not proven, it is clear from the views of BT's wholesale customers that the current systems do not deliver the transparency and confidence that BT's customers require. Achieving equality of access would require:

- a significant shift in BT's behaviour at an organisational level in support of equivalence at the product level;
- changes in management structures, incentives and business processes, which today remain as a consequence of BT's historic structure as a vertically-integrated operator;
- information flows within BT which mirror the information flows between BT and its wholesale customers, so that its customers are able to influence BT to the same extent that different parts of BT can influence each other; and
- that this level of equivalence within the organisation can be demonstrated through transparency [min. kurs.]<sup>32</sup>

Erfarenheterna från Storbritannien är värda att beakta. Det framgår att det för framgång krävs två element; dels att en funktionell separation åstadkoms, dels att detta kombineras med beteendemässiga åtaganden från operatören. Det kan vidare konstateras att vad som härigenom försöker efterliknas är ett helt separat – från BT oberoende – accessföretag (LoopCo) som inte drivs av samma affärsidé som BT totalt sett. Det är sålunda en tämligen långtgående och permanent lösning som åstadkommit, även om det inte förutsätter att separationen innebär att verksamheten placeras i en separat juridisk person.

---

<sup>32</sup> Ofcom, *Strategic Review of Telecommunications Phase 2 consultation document*, 18 november 2004.

Det bör heller inte förbises att den frivilliga separationen i detta fall även hade företagsekonomiska grunder, vilket utvecklas nedan. Det kan vidare konstateras att detta är en mycket långtgående åtgärd, även om den är frivillig till sin karaktär. Detta ska jämföras med den nu föreslagna svenska modellen med närmast tvångsmässig funktionell separation. I ett EG-rättsligt och internationellt perspektiv är detta en mycket långtgående åtgärd och det finns anledning att noga överväga lämpligheten därav.

## 8 Rättslig innebörd av armlängds avståndsprincipen

Det ska från början konstateras att det inom konkurrensrätten är ovanligt med ålägganden att verksamheter ska bedrivas på "armlängds avstånd". Det finns förvisso viss kommissionspraxis. I ärendet *BiP/Open*<sup>33</sup> var kommissionen oroad över att om verksamhet i samband med subventionering av vissa avkodare och subventionsåtervinning tillsammans med tillhandahållande av tjänster där avkodaren används skulle koncentreras till ett enda företag, skulle det leda till bristande insyn i tillämpningen av en viss subventionsåtervinningsmekanism, vilket skulle kunna göra det möjligt för parterna att gynna sin egen verksamhet i senare led på bekostnad av tredje part – dvs. i princip samma problemställning som i telekombranschen. För att stilla denna oro ändrades själva strukturen i samriskföretaget.

Två separata företag skapades dels för BiB:s subventionering av avkodare och för återvinningen av subventioner från tredje part, dels för skapandet och driften av BiB:s interaktiva tjänster. Parterna åtog sig att tillskapa ett system där styrelsen i vart och ett av dessa helägda dotterbolag skulle komma att endast bestå av företrädare för aktieägarna. Ingen enskild person skulle vara ledamot i båda styrelserna. Båda företagen skulle ha sin egen företagsledning som skulle svara inför respektive styrelse. Ledningsgrupperna skulle båda rapportera till den verkställande direktören för BiB-gruppen, som skulle vara ansvarig för hela BiB-gruppens ledning och resultat och svara inför BiB:s styrelse. De två företagen skulle vidare publicera reviderade årsredovisningar. Revisorer skulle, slutligen, intyga att alla transaktioner mellan de två företagen har utförts på armlängds avstånd. Genom denna nya ledningsstruktur skulle insyn och icke-diskriminerande behandling mellan de två företagen säkerställas och härigenom stilla kommissionens oro. Kommissionen villkorade det individuella undantaget bl.a. med att parterna måste tillämpa principen om armlängds avstånd, där ett av villkoren för godkännande om ett vid den tidpunkten individuellt undantag var en rättslig åtskillnad mellan BiB:s avkodnings- och tjänsteverksamheter. Enligt villkoret skulle revisorer årligen intyga att vissa verksamheter som genomfördes med marknadsföringsbidrag hade utförts på armlängds avstånd från BiB Services Co:s verksamhet, samt att begreppet "armlängds

---

<sup>33</sup> Kommissionens beslut 1999/781/EG i ärendet IV/36.539 - *British Interactive Broadcasting/Open*), EUT L 312, 06/12/1999, s. 1-37.

avstånd” skulle tolkas i enlighet för OECD:s riktlinjer för internprissättning.<sup>34</sup>

Benämningen armlängds avstånd förekommer relativt ofta i koncentrationsärenden. Exempelvis föreslog parterna i ärendet *GE/Honeywell*<sup>35</sup> att ett finansieringsföretag skulle behållas som en separat juridisk enhet efter en eventuell koncentration och att dess kontakter med Honeywell ska ske på ”arm-längds avstånd”. För att säkerställa att denna affärsprincip skulle efterlevas skulle en oberoende expert övervaka att så skedde. Detaljerna kring detta utvecklades dock inte vidare i ärendet. I ärendet *Allied Signal* invände inte kommissionen mot en koncentration. I ärendet skulle tillskapas ett samriskföretag, som dock skulle agera oberoende av moderbolagen. För att säkerställa detta framhölls följande:

“The JV will have its own dedicated management and financial resources. The JV will direct preliminary engine design, engineer customer technical requirements and provide engineering support for field introduction and ongoing technical support. Manufacture of engine components for the JV will be outsourced to AlliedSignal and MTU on arm’s length basis and to third parties and engine assembly will be undertaken by AlliedSignal and/or MTU on *arm’s length basis*. The JV will therefore perform on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity. [min kurs.]”<sup>36</sup>

Armlängdsprincipen är ett begrepp som härleds till skatterätten och principerna om hur internprissättning ska utformas. Utgångspunkten i den skatterättsliga analysen är att koncernbolag ska behandlas efter den s.k.

---

<sup>34</sup> Se OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2001. Se även Resolution från rådet och företrädarna för medlemsstaternas regeringar, församlade i rådet, av den 27 juni 2006 om en uppförandekod om dokumentationskrav för internprissättning för företag i intressegemenskap i Europeiska unionen, EUT C 176, 28/7/2006, s. 1-7.

<sup>35</sup> Kommissionens beslut 2004/134/EG i ärendet COMP/M.2220 - *General Electric/Honeywell* EUT L 48, 18/02/2004, s. 1–85. Se även angående åtaganden som relaterar till armlängdsprincipen i kommissionens beslut i koncentrationsärendet IV/M.2374 - *TELENOR / ERGOGROUP / DNB / ACCENTURE / JV*, EUT C 160, 02/06/2001, s. 45., kommissionens beslut i koncentrationsärendet IV/M.2016 - *FRANCE TELECOM/ ORANGE*, EUT C 261, 12/09/2000, s. 6.

<sup>36</sup> Kommissionens beslut i koncentrationsärendet IV/M.1623 - *ALLIED SIGNAL/MTU*, EUT C 11, 14/01/2000, s. 3. Se även koncentrationsärendet *Delta Selections/Arla Foods Hellas*: “NewCo has entered into several agreements with its parents namely with regard to distribution and supply of products and licences of trademarks [...]. These agreements will be on an arm's length basis, while one of the key elements in them is that NewCo will act independently on normal commercial terms vis-à-vis its parents. Kommissionens beslut IV/M.2011, *DELTA SELECTIONS/ARLA FOODS HELLAS*, EUT C 330, 31/11/2000, s. 6.

armlängsprincipen (*arm's length principle*), vilket innebär att transaktionerna inom ett koncernbolag ska vara desamma som om bolagen varit fristående från varandra och handlar med varandra på armlängds avstånd.<sup>37</sup> Vad analysen i huvudsak syftar till är alltså att bestämma ett skäligt marknadspris för transaktionerna ifråga. I denna del liknar analysen mycket den konkurrensrättsliga.

Inom skatterätten har det utvecklats flera olika metoder för att bestämma korrekt armlängdspris. De traditionella transaktionsbaserade metoderna, som bäst kan användas i konkurrensrättsliga sammanhang, är marknadsprismetoden, försäljningsprismetoden och kostnadsplussmetoden.<sup>38</sup>

*Marknadsprismetoden – comparable uncontrolled price method (CUP-method)* går ut på att finna en oberoende jämförbar transaktion, som mycket liknar metoden ovan om jämförelser mellan liknande marknader. De speciella svårigheter som är förknippade med denna metod har att göra med huruvida olika transaktioner är jämförbara eller inte. Så snart metoden går utanför den egna branschen blir svårigheterna direkt uppenbara.

Enligt *resale price method* eller *återförsäljningsprismetoden* ska armlängdspriset bestämmas för två närstående bolag, t.ex. moderbolag och dotterbolag. Analysen utförs genom att priset mellan t.ex. dotterbolaget och en oberoende part minskas med den bruttovinstmarginal (*resale price margin*) som krävs för att täcka dotterbolagets driftskostnader och vinst. Anledningen till att metoden kallas för återförsäljningsprismetoden är att den är speciellt lämpad för fall med t.ex. ren återförsäljning, där dotterbolaget i exemplet ovan inte tillför något större förädlingsvärde. I ett konkurrensrättsligt sammanhang är det inte av primärt intresse att se till det justerade internpriset. Däremot kan metoden ge besked om vad som ska anses vara en skälig bruttovinstmarginal, något som jämförelsevis kan användas i missbruksbedömningen. Wiman framhåller att ett oberoende vinstpåslag kan räknas fram genom att se till oberoende transaktioner hos samma återförsäljare.<sup>39</sup> I konkurrensrättsligt hänseende torde emellertid en jämförelse med andra återförsäljare ge en mer korrekt jämförelsebild,

<sup>37</sup> Se Wiman, B., *Utvecklingen på internprissättningsområdet*, SkatteNytt 1997, s. 503.

<sup>38</sup> Wiman, a.a. s. 507. Se även OECD transfer pricing, chapter II. Härutöver finns även andra metoder som benämns transaktionsbaserade vinstmetoder innefattande vinstfördelningsmetoden (*profit split method*, PSM) och nettomarginalmetoden (*transactional net margin method*, TNMM) – se Wiman s. 508 ff. Dessa metoder utelämnas dock i denna jämförande studie, som endast avser ge en kort beskrivning av hur överpriser behandlas inom skatterättsområdet och om det går att dra några analogier till konkurrensrättsområdet.

<sup>39</sup> Wiman, a.a., s. 507



eftersom missbruksanalysen främst syftar till att ge besked om huruvida vinstnivåerna hos ett dominerande företag indikerar ett överpris generellt sett för den aktuella produkten. Av denna anledning kan en jämförelse med andra – av det dominerande företaget oberoende – jämförbara återförsäljare vara mer korrekt.

*Kostnadsplusmetoden – cost plus method* går i likhet med produktionskostnadsmetoden ovan ut på att först korrekt bestämma produktionskostnaden och därefter ett jämförbart nettovinstpåslag. Enligt Wiman kan ett lämpligt vinstpåslag bl.a. vara det påslag som andra oberoende producenter tillämpar vid jämförbara oberoende transaktioner.<sup>40</sup> I konkurrensrättsliga sammanhang torde denna jämförelse alltså kunna göras med konkurrenternas vinstmarginaler.

Det finns dock begränsningar i vilka analogier som kan göras vid jämförelser med skatterättsområdet. Trots att skatterätten kan ge vägledning i bestämmandet av ett marknadspris, finns det en fundamental skillnad mellan skatterätten och konkurrensrätten avseende resultatet som avses. Antag som exempel att marknaden består av några ytterst få och små företag samt ett helt dominerande företag. Monopolstyrkan hos det dominerande företaget kan därmed göra att prisnivån kommer att bli relativt hög. Från ett skattemässigt perspektiv skulle en hög prisnivå kunna accepteras som ett marknadspris, eftersom marknaden består av ett nära nog monopol, samtidigt som det från ett konkurrensrättsligt perspektiv är nivån i sig som är i fokus för analysen. Om det inte finns någon oberoende jämförbar transaktion kan de skatterättsliga reglerna således acceptera ett marknadspris, som från ett konkurrensrättsligt perspektiv är ett överpris. Samma resultat skulle kunna uppkomma om jämförelsetransaktionen sker i ett annat monopol. Skatterätten syftar i detta avseende inte till att fastställa ett ur välfärds- och konkurrensperspektiv korrekt pris, utan accepterar branschstrukturer som de är – även om de karaktäriseras av monopol med monopolpriser. Härigenom begränsas användbarheten av OECD:s transfer pricing-rapport och åtaganden om att behandla moderbolag på armlängds avstånd kan i realiteten blir tämligen vaga och från konkurrensrättslig synpunkt innehållslösa. Det förefaller olämpligt att ett dominerande företag skulle kunna räkna med att undgå ansvar från konkurrensreglerna enbart på den grunden att priserna skattemässigt sett anses som korrekta. Omvänt torde även gälla att ett korrekt marknadspris i konkurrensmässigt hänseende inte med automatik medför att företaget även skattemässigt

---

<sup>40</sup> Wiman, a.a., s. 508.

använt sig av ett korrekt pris. Det är sålunda icke önskvärt att använda sig av metoder som syftar till att åstadkomma olika resultat.

I konkurrensrättslig mening kan med armlängds avstånd endast avses den situation som skulle uppkomma vid en full (ägarmässig) separation, dvs. att affärsprinciperna som ska tillämpas av den separerade enheten i allt väsentligt ska efterlikna de principer som en helt oberoende aktör skulle tillämpa gentemot det dominerande företaget och andra aktörer på marknaden.

Sättet på vilket detta åstadkoms när det inte finns ägarmässig separation måste med nödvändighet lösas genom åtaganden från det tidigare vertikalt integrerade företaget vad gäller sättet på vilket det separerade företaget ska skötas. Enbart funktionell separation genom bolagisering ändrar inte incitamenten inom koncernen. Vad som åstadkoms genom detta är främst att insynen i bolaget blir bättre, vilket kan underlätta *ex post*-tillsyn, genom att tidigare interntransaktioner efter bolagisering och med beaktande av externredovisningsregler blir synliga. Icke desto mindre innebär detta inte någon garanti för att underlaget för prissättningen och affärsvillkoren verkligen är korrekta. Exempelvis finns det även efter bolagisering en uppenbar risk för att det dominerande företaget tar ut mycket höga kostnader av dotterbolaget vid överföringen av infrastrukturer, vilket medför att den separerade enheten tvingas ta ut höga priser för att klara avskrivningar samtidigt som de höga internpriser som blir en följd av detta kan kvittas av moderbolaget mot värdet på apportegendomen som insatts som kapital eller som överlåtits till dotterbolaget. Det finns alltså en risk för att konkurrenterna inte kommer i åtnjutande av några lägre priser än tidigare.

Sannolikt är det därför inte möjligt att enbart separera verksamhet utan vidhängande ålägganden eller acceptans av frivilliga åtaganden. Vad som trots allt måste säkerställas är att agerandet gentemot konkurrenterna sker på ickediskriminerande villkor och att de har rimliga chanser att komma i åtnjutande av infrastrukturen.

Regleringsmyndigheten måste därför på förhand – innan separation sker – ta ställning till vilka ålägganden som är nödvändiga eller vad som rimligen kan accepteras som frivilliga åtaganden för att säkerställa syftet med separationen. I detta fall måste beteendemässiga åtgärder vara tillräckligt precisa så att de går att följa upp, att de verkligen är ägnade att upprätthålla syftet med separationen och att det finns ett verkningsfullt sanktionssystem vid avvikelser. Även tillåten grad av avvikelser måste definieras. Sannolika

åtgärder kommer att innefatta t.ex. en oberoende styrelse och VD och detaljerade åtaganden gällande värderingsprinciper för infrastrukturen som överförs till accessbolaget. Dessa frågor är mycket komplexa till sin natur och måste av rättssäkerhetsskäl – men även av effektivitetsskäl – adresseras inför en eventuell separation.

## 9 Vertikal separation i ekonomisk litteratur – särskilt om konsekvenser och implikationer för regleringsmyndigheter

Motiven till och förutsättningarna för vertikal separation av accessnätet har diskuterats i den ekonomiska litteraturen, men det är svårt att finna ett direkt stöd för vertikal separation – vare sig den är funktionell eller strukturell. Såsom visats ovan är det svårt att införa en funktionell separation utan att denna får karaktär av strukturell sådan.

En vanlig invändning mot strukturella åtgärder är att teknikutvecklingen löser alla kvarvarande konkurrensproblem genom att alternativ till accessnätet utbreder sig. Lehr & Hubbard framhåller att även om eventuella flaskhalsproblem och konkurrensrelaterade frågor kring accessnätet kommer att försvinna genom teknikutvecklingen och framväxten av alternativa vägar, så är det likafullt antagligt, eller till och med sannolikt, att konkurrensrelaterade frågor kommer att kvarstå även för nästa generations bredbandsnät. Det är därför inte möjligt att förutsätta att konkurrensproblem kommer att lösa sig på egen hand. De framhåller betydelsen av att nuvarande reglering är temporär och hävdar att om företagen måste förutsätta att regleringen är bestående, så kommer viljan att frivilligt genomföra åtgärder att öka markant.<sup>41</sup>

“Faced with the prospect of ongoing and effective open access rules, the [incumbent local exchange carriers] would be much more likely to see divestiture of their bottleneck facilities as in their best interests. In short, *effective* open access rules eliminate the strategic and economic advantages that are claimed to arise from integration of the bottleneck facilities, yet these rules still impose asymmetric regulatory costs on the [incumbent local exchange carriers], reducing its efficiency in both regulated and unregulated communication service markets.<sup>42</sup>

Argument hänförliga till att problemen med ovilja till separation löses genom att kommunicera att regleringen blir permanent förefaller vara illa underbyggda. Detta bygger nämligen på ett förbiseende som i sammanhanget måste betraktas som allvarligt: Lagstiftningen *är* temporär och är ägnad att bereda väg för generell konkurrenslagstiftning. Cave anför att det i

---

<sup>41</sup> Lehr, William H., Hubbard, R. Glenn, *Economic Case for Voluntary Structural Separation*, paper prepared for the 31st Annual Telecommunications Policy Research Conference, George Mason University, September 2003.

<sup>42</sup> Lehr/Hubbard, a.a. s. 4.

dag kan bevitnas en successiv övergång från förhandsreglering till generell konkurrensrätt och inte någon form av "big bang".<sup>43</sup>

Motiveringen till separation av verksamheter kan sägas ligga däri att accessproblematiken är bestående och att alternativa lösningar inte är för handen inom överskådlig framtid. Lehr & Hubbard anser att det är för tidigt att säga att så inte är fallet, varigenom argumentet att accessreglering är helt obehövlig faller.<sup>44</sup> De håller det inte för omöjligt att tvångsmässig separation kan bli nödvändig, men att det självfallet vore bäst att fokusera på källorna till problemet, dvs. bristen på alternativ till accessnätet. Enligt min mening bör detta alltid vägas in i bedömningen huruvida verksamheter ska separeras, eftersom motståndet från ägarna till accessnätet till separation inte enbart torde kunna förklaras av att det är en temporär reglering, utan även av att regleringen motverkar sitt eget syfte om det *de facto* finns, eller är sannolikt att det kommer att finnas, alternativ till föremålet för separation inom en nära framtid, eftersom separation oftast är oåterkallelig med stora irreversibla kostnader. Från ekonomisk synpunkt framhåller De Bijl att det är om – och endast om – den ifrågavarande accessmarknaden kan förväntas vara kvar som trång sektor utan alternativ som det kan vara aktuellt att överhuvud ta separation i beaktande. Därefter måste på basis av en avvägning mellan fördelar och kostnader göras en bedömning av om vertikal separation ska genomföras.<sup>45</sup> I allt väsentligt förefaller detta vara en från regleringssynpunkt lämplig utgångspunkt.

Crandall & Sidak riktar stark kritik mot krav på vertikal separation som har ställts i USA och hävdar med emfas att detta till fullo är en onödig regleringsåtgärd. De främsta orsakerna härtill, hävdar de, är att det i den amerikanska LLUB-regleringen redan finns förbud mot diskriminerande prissättning, att prissättningen gentemot såväl slutkunder som konkurrenter redan kontrolleras och detta gör ytterligare reglering helt överflödigt. I stället kommer sådan reglering att innebära höga kostnader för företagen, vilket är

---

<sup>43</sup> Cave, M. *Regulation and Competition Law in European Telecommunications*, June 2006, Paper prepared for Post- och telestyrelsen (national Post and Telecom Agency).

<sup>44</sup> Detta argument kan dock inte accepteras utan vidare empirisk underbyggnad. Se t.ex. De Bijl som framhåller att marknadsavgränsningen till trånga sektorer inom fast telefoni inte kan vara fixerad: "[I]t is unlikely to be persistent in the broader relevant market that includes broadband Internet, and which feeds back into the voice market through VoIP", De Bijl, P. W. J., *Structural Separation and Access in Telecommunications Markets*, CESifo Working Paper No. 1554, Category 9: Industrial Organisation, September 2005.

<sup>45</sup> De Bijl, P. W. J., *Structural Separation and Access in Telecommunications Markets*, CESifo Working Paper No. 1554, Category 9: Industrial Organisation, September 2005.

ett slöseri med resurser som ytterst drabbar konsumenterna. Vidare anser de att konkurrensproblemen på telemarknaden inte enbart kan skyllas på dominerande företag och härigenom bortse från marknadsmisslyckanden som är helt hänförliga till konkurrenterna. Marknaden har *de facto* blivit mera konkurrensutsatt, med större utbud och lägre priser totalt sett. Argumentet att branschen skulle kunna utvecklas än snabbare i riktning mot full konkurrens med hjälp av ytterligare reglering är inte trovärdigt. Slutligen anser de att reglering inte hindrar att köparna av den separerade tjänsten kan utveckla konkurrensbegränsande beteende sinsemellan tack vare separationen. Kort uttryckt anser att krav på separation är "non-remedy for a non-problem".<sup>46</sup>

### 9.1 Särskilt om investeringsviljan – underhåll och utveckling av accessnätet

En viktig del av Crandalls och Sidaks kritik går ut på investeringsviljan och beslut om investering och allmän affärsstrategi för ett vertikalt integrerat företag ofta inte görs separerat från varandra. Tvärtom anser de att det finns ett antal industrier där dessa beslut är nära sammanlänkade med varandra, t.ex. inom olje-, aluminium-, bildels- och flygbranscherna.<sup>47</sup> De hänvisar vidare till ett citat av Milgrom & Roberts:

"In the integrated organization, planning entails consultation between those who sell the product, those who make it, and those who supply parts or systems for it. Together they forecast capacity needs and identify product improvements and investments in specialized equipment that promise higher quality or lower production costs. If the investment is highly specific, vertical integration alleviates the hold-up problem by eliminating the opportunity to negotiate over the price paid to the owner of the newly created asset."<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Crandall, Robert W., Sidak, J. Gregory, *Is Structural Separation of Incumbent Local Exchange Carriers Necessary for Competition?*, Yale Journal on Regulation, Vo. 19(2002), s. 335–441.

<sup>47</sup> Angående investeringsprocesser i dessa branscher finns ett flertal källor, se t.ex. Goldberg, V., *Regulation and Administered Contracts*, 7 Bell J. Econ. 426 (1976), Stuckey, J., *Vertical Integration and Joint Ventures in the Aluminium Industry*, 1983, Klein, B., Crawford G. & Alchian, A.A., *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21. J.L. & Econ. 297 (1978), Monteverde, K., Teece, D.J., *Supplier Switching Costs and Vertical integration in the Automobile Industry*, 12 Bell J. Econ. 206 (1982) och Masten, S. E., *The Organization of Production: Evidence from the Aerospace Industry*, 28 J.L. & Econ. 403 (1984).

<sup>48</sup> Se Milgrom P., Roberts, J., *Economics, Organization and Management*, 1982, s. 558.

Crandall och Sidak anför att i jämförelse med principen om att det separerade företaget ska agera på armlängds avstånd så finns det alltså ekonomiska skäl till varför enheterna bör hållas integrerade.<sup>49</sup> De Bijl framhåller att även om vertikal separation är ägnad att öka konkurrensen så leder krav härom till liknande frågeställningar som när myndigheter intervenerar i marknadsstrukturen generellt, vilket riskerar att snedvrider investeringsbesluten bland företag. Frågan enligt De Bijl är trots allt om det verkligen föreligger ett behov av separation – vilket förutsätter att existerande *ex ante*-reglering inte kan förbättras. Svaret på frågan om vertikal separation bör ske är beroende av de kostnads- och efterfrågestrukturer som råder på marknaden. Vertikal separation och reglering/policy, beslut och val kan vidare i värsta fall bli beroende av varandra.<sup>50</sup> Cave förespråkar att det inom telemarknaden måste införas ett klart slutdatum för regleringen – en s.k. "*sunset clause*" Om inte detta genomförs finns det en risk för att incitamenten till investeringar för konkurrenter uteblir helt, vilket försämrar konkurrensen. Avsaknaden av konkurrens underbygger därmed behovet av ytterligare eller kvardröjande reglering, vilket i allt väsentligt bildar en ond cirkel.

Cave sammanfattar att

"... a sunset clause based on success of the policy, rather than the more normal criterion of lapse of time, risks delay in the process of 'regulating for deregulation'. Regulators need to recognise the mutually determining linkage between market structure and regulation. Regulatory interventions should be geared to the degree of market power, reflected in the market structure and other variables. But the nature of the regulatory interventions chosen affect competitors' incentives to invest – to 'make' rather than 'buy' – and this influences the market structure. In other words, the opportunity for regulation to converge to competition policy is only likely to be achievable with a coherent deregulatory strategy."<sup>51</sup>

Ett annat exempel härtill är att Lehr och Hubbard framhåller att en orsak till att British Telecom accepterade frivillig, funktionell, separation av accessnätet var att marknaden gjorde en negativ värdering av företaget i integrerad form. Detta framhålls som ett argument för separation, men jag skulle vilja anföra i det sammanhanget att det inte torde kunna hållas för

<sup>49</sup> Crandall, Robert W., Sidak, J. Gregory, a.a.

<sup>50</sup> De Bijl, P. W. J., *Structural Separation and Access in Telecommunications Markets*, CESifo Working Paper No. 1554, Category 9: Industrial Organisation, September 2005.

<sup>51</sup> Cave, M. *Regulation and Competition Law in European Telecommunications*, June 2006, Paper prepared for Post- och Telestyrelsen (national Post and Telecom Agency).

uteslutet att en negativ marknadsvärdering inte bara var orsakad av vad som framhålls som "investor sentiment about the combined firm". Marknadsvärderingen innehåller självfallet en diskontering av de förväntningar som finns om företagets framtidsmöjligheter. Om det finns klara indikationer från lagstiftarens sida att den avser att separera vissa verksamheter så skapar detta en osäkerhet om och i vilken form nuvarande affärsmodell kan fortsätta att existera. Det är därför inte oväntat att marknaden i så fall gör en lägre värdering av bolaget i integrerad form, mot bakgrund av att det är nuvarande organisation som är ifrågasatt. Att det därutöver inte finns klara indikationer om vilket alternativ som förordas eller hur detta ska genomföras bidrar ytterligare till osäkerheten med tillhörande lägre värdering.

Detta kommer inte fram hos Lehr och Hubbard, men det kan självfallet även vara såsom de framhåller att separationen är en nödvändighet om accessfunktionen är förlustdrivande och det därför vore bättre att separera den frivilligt. Det förefaller dock en smula säreget varför ett vinstmaximerande företag under sådana förutsättningar inte självmant redan vidtagit sådana åtgärder – synbarligen måste detta förhållande förklaras av att integrationen ger större fördelar än alternativet, allt från företagsekonomisk synpunkt.

Dounoukos och Henderson framhåller att telemarknaden skiljer sig mycket från andra nätverksbranscher i det att den är en mycket dynamisk industri som kännetecknas av hög teknologisk utveckling. Det finns ett konstant behov av att uppgradera nätverket och nyttja existerande nätverk för nya tjänster. Om separation genomförs finns det en avsevärd risk att detta minskar viljan att fortsätta att investera i och utveckla accessnäten. Med hänsyn till accessnätets karaktäristik och bevekelsegrunderna för separation (dvs. att det bär drag av naturligt monopol – även om så ej kan sägas vara fallet), så föreligger mycket liten – eller obefintlig – sannolikhet att en ny aktör allestädes skulle försöka att duplicera accessnätet, även om det nuvarande metallbaserade accessnätet över tid kan komma att bli förlegat och uttjänt. Det kan alltså inte uteslutas att regleringen sålunda hotar att undergräva själva grundvalarna för investering i nätet.<sup>52</sup> I anledning härav förespråkar de en mycket restriktiv hållning till vertikal separation, där andra alternativ bör utredas i första hand. Cave och Properetti ansluter sig till denna linje och anser att den tidigare *laissez faire*-inställningen till telebranschen med tillämpning av generella konkurrensregler fungerade

---

<sup>52</sup> Dounoukos, S., Henderson, A., *Structural Separation in Telecommunications*, Agenda, Volume 10, Number 1, 2003, s. 43–60.



relativt bra, medan den nuvarande ordningen riskerar att leda till allvarliga tillämpningsproblem på grund av uppdelningen av tillsynen mellan skilda institutioner och att balanseringen mellan *ex ante*- och *ex post*-reglering blir alltmer svår att upprätthålla.<sup>53</sup>

Svårigheterna med en lämplig regleringsmodell och behovet av att noga överväga alternativen framhålls av Waverman och Sirel. De anser att det inte är möjligt att med säkerhet säga om det är lämpligt att använda vertikal separation eller någon annan mindre ingripande lösning samt att det i allmänhet vore av ondo om det skulle tillskapas någon form av "micro-management" av telebranschen.<sup>54</sup>

## 9.2 Sammanfattande slutsatser av ekonomisk teori

Sammanfattningsvis kan anföras att debatten i den ekonomiska litteraturen till övervägande delen är tämligen försiktig med starka drag mot negativ inställning till vertikal separation. Härmed ska inte förstås att det i den ekonomiska doktrinen utesluts vertikal separation, men klart är att detta är en mycket komplex fråga som kräver noggrann utredning innan regleringsåtgärder vidtas. Det måste analyseras huruvida nuvarande regleringssystem fungerar och kan utvecklas, om vertikal integration ger större effektivitet än alternativet, om kostnaderna för separation blir oöverstigliga eller omöjliga att återvinna samt vilka effekterna verkligen kommer att bli på investeringsviljan i syfte att upprätthålla kvalitetsstandard och utveckla tjänsten.

---

<sup>53</sup> Se Cave, M., Prosperetti, L., *The Liberalization of European Telecommunications*, i Cave, M. och Crandall R. W (red.) *Telecommunication Liberalization on Two Sides of the Atlantic*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2001, s. 39 ff.

<sup>54</sup> Waverman, L., Sirel, E., *European Telecommunications Markets on the Verge of Full Liberalization*, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 11, No. 4 (Autumn, 1997), s. 113–126.

## 10 Internationella förhållanden

### 10.1 Australien och Nya Zeeland

I Australien finns sektorsreglering avseende accessmarknader och lagstiftning som förbjuder diskriminerande åtgärder. Här kommer den nationella operatören Telstra att genomgå en funktionell separation, vilket ska komplettera det redan existerande regelverket. Sålunda förväntas att det tillskapas mekanismer för likabehandling och transparens för tillträde till accessnätet. Telstra tvingas genom den nya regleringen att hålla separata grossist- och nätverksenheter, inkluderande åtskillnad av anställda och bolagen ska ha egna lokaler. Telstra kommer vidare att åläggas att förse konkurrenter med förbättrad service, information om hur nätverket utnyttjas, en strategi för hur grossistfunktionen ska utvecklas, rapportering av hur utbytet av trafik hanteras i accessnätet.

I Nya Zeeland tillämpas sedan 2001 en annan ordning genom att the Telecommunications Commissioner inom Commerce Commission har mandat att lösa tvister angående access till definierade nätverkstjänster. Strukturell separation ansågs där inte leda till positiva nettoeffekter för marknaden, varför det inte längre krävs strukturell separation. Här ligger fokus i stället på att accessvillkoren ska karaktäriseras av effektiv pris-sättning i kontrast till historiska kostnader.

### 10.2 USA och Kanada

Den nordamerikanska inställningen till strukturell separation är tämligen restriktiv. I Kanada finns ingen lagstiftning på området som föreskriver sådana skyldigheter och framväxten av mobilnät och IP-telefoni har minskat oron över potentiella konkurrensproblem som ett resultat av vertikalt integrerade företag.

USA har i stora delar fjärrat sig från den tidigare positiva inställningen till separationskrav. Kännetecknande för den amerikanska marknaden är en ökande konkurrens och introduktion av alternativa tekniker som ytterligare minskar eventuella krav på vertikal separation.

### 10.3 EG-området

I Belgien förbjuds enligt lagstiftning från 1991 korssubventionering mellan marknader där operatören har SMP-status och andra marknader. Till sammans med denna skyldighet följer krav på särredovisning av kärnnätet, LLUB-marknader, slutkundstjänster och andra telekomtjänster. Den separata redovisningen granskas årligen av en oberoende revisor. SMP-operatören tillhandahåller inte kabel-TV-tjänster och det finns nationell konkurrens genom IP-telefoni. Däremot saknas i Belgien, liksom i Österrike, regler om strukturell separation. I Finland finns regler om separation mellan nätverks- och tjänsteverksamheten. Nederländerna har inte valt att genomföra något krav på vertikal separation, snarare ligger fokus på att det finns metoder för att reglera prissättningen för tillträde till accessnätet. Det betonas även av den nederländska regleringsmyndigheten, OPTA, att sektorsregleringen är temporär till sin natur och att det är viktigt att veta när marknaden ska lämnas oreglerad.

I Italien har emellertid dessa frågor fått ett stort utrymme, vilket har resulterat i ett flertal ålägganden gentemot Telecom Italia från den nationella regleringsmyndigheten AGCom. Bl.a. krävs separation av affärsenheterna slutkundstjänster och nätverkstjänster – såväl vad gäller access och trafik. Storbritannien stod under 2003 i valet mellan strukturell eller funktionell separation av verksamheterna hos British Telecom. I slutänden beslöt dock Ofcom att acceptera rättsligt bindande frivilliga åtaganden från BT som i allt väsentligt innebar en funktionell separation av verksamheten inom BT, där konkurrenterna garanteras tillträde till samma produkter, priser och processer som BT internt (se vidare kapitel 7).