

Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt

J.nr. 2:8032-596/hh

Rådsmødet den 16. juni 1999

1. Resumé

Tele Danmark Mobil har den 30. juni 1998 foretaget anmeldelse af en standard storkundekontrakt, der udgør Tele Danmark Mobils aftaleretlige grundlag ved indgåelse af kontrakt med storkunder vedrørende GSM- og NMT-mobiltelefoni, med anmodning om ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 9 og - hvis sådan ikke kan gives - fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. Endvidere er der anmodet om en erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4.

Den anmeldte standard storkundekontrakt indeholder et meget detaljeret og omfattende rabat- og friværdisystem, bestående af en basisrabat, en friværdi, som er en egentlig gratisydelse, og en vækstrabat. Denne konkrete kombination af rabatter og friværdi giver storkunderne mulighed for at opnå betydelige omkostningsbesparelser på deres forbrug af teleydelserne NMT- og GSM-mobiltelefoni, samt teletjenesterne Minitext og OPS.

Rådet skal tage stilling til om standard storkundekontrakten, og især rabat/friværdibestemmelserne, efter de forhold, der foreligger oplyst, er eller kan være konkurrencebegrænsende eller konkurrenceforvridende og dermed falder ind under forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 og om der i givet fald kan gives fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. Rådet skal endvidere tage stilling til om standard storkundekontrakten er omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1.

2. Afgørelse

Det meddeles Tele Danmark Mobil, at ansøgningen om en ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 9 for den af Tele Danmark Mobil anmeldte standard storkundekontrakt ikke kan imødekommes, idet kontrakten indeholder konkurrencebegrænsninger omfattet af lovens § 6, stk. 1.

Det meddeles endvidere Tele Danmark Mobil, at standard storkundekontrakten ikke i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1 kan fritages fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Endelig meddeles det Tele Danmark Mobil, at standard storkundekontrakten anses for omfattet af forbudet mod misbrug af dominerende stilling i lovens § 11, stk. 1, hvorfor der ikke kan gives en ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4.

Tele Danmark Mobil påbydes i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4 og § 11, stk. 3, jf. § 16, stk. 1, nr. 1 at ophæve friværdiordningen og vækstrabatten i den anmeldte standard storkundekontrakt. Påbudene skal være efterkommet inden den 17. september 1999.

3. Sagsfremstilling

3.1 Indledning

Ved brev af 30. juni 1998 har Konkurrencestyrelsen modtaget Tele Danmark Mobils anmeldelse af en standard storkundekontrakt, der udgør Tele Danmark Mobils aftaleretlige grundlag ved indgåelse af kontrakter med større kunder vedrørende GSM- og NMT-mobiltelefoni, Minitext og OPS tjenester. I anmeldelsen ansøges om ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 9 og - hvis sådan ikke kan gives - fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. Der er endvidere ansøgt om en erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4.

Tele Danmark Mobil anmeldte endvidere den 30. juni 1998 XXX storkundekontrakter indgået med såvel private som offentlige virksomheder samt offentlige myndigheder, herunder kommuner, på

basis af den anmeldte standard storkundekontrakt. Hovedparten af disse aftaler vil blive afgjort på grundlag af Konkurrencerådets afgørelse i nærværende sag. Af de XXX aftaler indeholder XXX imidlertid bestemmelser, som formuleringsmæssigt og/eller indholdsmæssigt afviger fra standard storkundekontrakten. For så vidt angår de aftaler, som indholdsmæssigt afviger fra standard storkundekontrakten vil der ske en særskilt konkurrenceretlig behandling af disse på et senere tidspunkt, medens de aftaler som alene afviger formuleringsmæssigt vil blive afgjort styrelsesmæssigt på grundlag af nærværende sag.

3.2 Aftalens opbygning og indhold

Den af Tele Danmark Mobil (i det følgende TDM) anmeldte standard storkundekontrakt (i det følgende standardkontrakt) anvendes ved kontraktindgåelse mellem Tele Danmark Mobil og henholdsvis privat- og erhvervs-kunder vedrørende disses forbrug af både GSM- og NMT-mobiltelefoni, Minitext og OPS (Offentlig Person Søgetjeneste) tjenester.

Der er således mulighed for at lade en storkundekontrakt omfatte abonnementer vedrørende MobilBasis, MobilErhverv, MobilPrivat, MobilPrivatPlus samt OPS og Minitext. Standardkontrakten fastsætter ingen krav til hvilke og/eller hvormange af ovennævnte abonnementer storkunden skal træffe aftale om for at kunne indgå en storkundekontrakt. Det er således op til den enkelte kundes eget valg, hvor mange ydelser, der omfattes af kontrakten, men det er en betingelse for en storkundekontrakt, at kunden indgår kontrakt om et samlet årligt forbrug af teletjenester omfattet af et eller flere af ovennævnte abonnementer for mere end 60.000 kr.

Som det fremgår af ovenstående abonnementsformer finder standardkontrakten for storkunder anvendelse på mobilorigineret trafik. Der sker således ikke sammenblanding af fastnettrafik, hvor Tele Danmark har en klart dominerende stilling og hvor der endnu ikke er særlig stor konkurrence, og mobiltrafik i kontrakten, hvilket er vigtigt, idet dette i givet fald kunne være konkurrenceforvridende.

Standardvilkårene indeholder ingen eksklusivetsbestemmelser og heller ingen former for engelske klausuler¹, der giver TDM mulighed for gennem storkunderne at opnå detaljerede oplysninger om konkurrenternes rabat/bonusordninger, som TDM ellers ikke ville have fået kendskab til, og dermed en konkret mulighed for at tilbyde mere favorable vilkår for rabat/friværdsordningen.

Storkundekontrakterne indgås som hovedregel for XXX år med mulighed for forlængelse. Der er imidlertid ifølge standardkontrakten mulighed for fra starten at indgå op til XXX årlige kontrakter. Ved XXX årlige kontraktperioder vil kontrakten efter det første år skriftligt kunne opsiges med 3 måneders varsel til udgangen af et kvartal. XXX årlige aftaler er således uopsigelige.

Opsiges kontrakten inden udløbet af den aftalte kontraktperiode er storkunden forpligtet til at betale en bod på 15% af kontraktsummen for det år, hvori kontrakten opsiges - dog mindst 25.000,- ekskl. moms. Denne bestemmelse rejser ikke isoleret set konkurrenceretlig betænkelighed. Det skyldes, at storkundekontrakten er en kommerciel aftale indgået mellem parter, der anses for tilnærmelsesvis at være ligeværdige i forhandlingsstyrke. Det er endvidere af betydning, at kontraktperioden som hovedregel er kort, hvorfor storkunden relativt hurtigt kan komme ud af kontraktforholdet uden at skulle betale bod. Dette skal sammenholdes med, at storkunden endvidere er berettiget til at hæve kontrakten uden at skulle betale bod, såfremt TDMs priser er 10% højere end gennemsnittet for mobilpriser opgjort af OECD i det år, hvori storkunden ønsker at opsiges kontrakten. Endelig er det af betydning, at der normalt i et aftaleforhold skal betales en kompensation ved førtidig opsigelse.

De eneste vilkår i den anmeldte standardkontrakt, der påkalder sig konkurrenceretlig interesse er bestemmelserne i punkt 4,5,6 og 7, der opstiller et detaljeret og omfattende rabatsystem bestående af tre komponenter, der betegnes som basisrabat, friværdi og vækstrabat.

Tele Danmark Mobil indsendte den 14. oktober 1996 den i standard storkundecontrakten indeholdte rabat/friværdiordning til godkendelse hos Telestyrelsen, der med baggrund i den dagældende lovgivning overordnet godkendte udformningen af ordningen i medfør af Tele Danmarks GSM-tilladelse pkt. 13, litra b og pkt. 15, litra c samt Tele Danmarks koncession § 5, stk. 1, jf. lov om offentlig mobilkommunikation § 20, stk. 4.

Nedenfor vil der blive foretaget en nærmere gennemgang af hver enkelt rabat/friværdi.

Basisrabat

Basisrabatten beregnes i forbindelse med kontraktindgåelsen mellem TDM og kunden på grundlag af den mellem parterne aftalte samlede kontraktsum for storkundeaftalen og udbetales ved kvartalsafregningerne.

Ydelse af basisrabatten er afhængig af, at storkunden opnår et samlet forbrug af de af kontrakten omfattede teleydelser, der overstiger den i kontrakten fastsatte kontraktsum. Ydelse af basisrabatten er derimod ikke afhængig af, hvorvidt kunden opfylder kontraktsummen for hvert enkelt teleabonnement, der indgår i storkundeaftalen

- Forbrug(A,B,C,D)₁ > Den aftalte kontraktsum for storkundeaftalen omfattende tjenesterne A,B,C og D for år 1.
- ForbrugA₁ kan være større, mindre eller lig med den aftalte kontraktsum for tjenesten A for år 1.

Kontraktsummen fastlægges ud fra et estimat af kundens forventede forbrug i det kommende år - eller på baggrund af det tidligere års forbrug, såfremt der er tale om et fortsættende kontraktforhold - af samtlige ydelser omfattet af kontrakten. Indgår eller har kunden indgået 2 eller 3 årlige kontrakter forpligter kunden sig til at kontraktsummen for andet år mindst udgør 50% af første års kontraktsum og for tredje år mindst 50% af kontraktsummen for andet år (= 25% af kontraktsummen for første år). I beregningen af forbruget indgår med fuld vægt for hvert mobiltelefoniabonnement omsætningselementerne oprettelses- og kvartalsafgift, mobilorigineret opkaldsforsøg, herunder data, fax og SMS (Satellite Multiservice System), samt indenlandske samtaleminutter. Der indgår ikke ifølge standardkontrakten andre omsætningselementer i beregningsgrundlaget.

Som det fremgår af ovenstående er beregningen af basisrabatten baseret på kundens kumulative forbrug af alle de af kontrakten omfattede tjenester i løbet af hele året, herunder også rabat på abonnementsafgiften, og vurderes derfor at være en samlerabat og en aggreret rabat. Der sker dog ikke samrabattering mellem GSM og NMT-tjenesterne. Såfremt en kunde har begge former for mobiltelefoni, sker beregningen af basisrabat særskilt for de to tjenester.

Den konkrete procentsats vedrørende basisrabatten udregnes ved sammenlægning af en rabatprocent beregnet ud fra den aftalte kontraktsum (i det følgende kaldet volumerabat) med mulighed for at opnå og/eller aftale tillægsprocenter for XXX, XXX, XXX og XXX, XXX samt XXX. Det fastlægges individuelt med den enkelte kunde, hvilke af ovenstående ekstra tillægsprocenter, der skal indgå i beregningen af den samlede procentsats for beregning af basisrabatten.

For så vidt angår volumerabatten sker der en graduering af procentsatserne alt efter størrelsen på den aftalte kontraktsum jf. nedenstående skemaer.

FIGUR 1

TABEL 1

Som det fremgår af figuren er procentsatsen vedrørende volumen i intervallet XXX kr. til XXX kr. kraftigt stigende, medens den derefter flader ud og bliver vandret for et forbrug på eller over XXX kr. Procentsatsen for volumerabatten kan således maksimalt udgøre XXX % af den samlede

kontraksum.

Som det fremgår af ovenstående tabel starter rabatskalaen for standardkontrakterne ved XXX %, hvilket er et meget højt udgangsniveau. Kunder med et forbrug lavere end XXX kr. kan imidlertid gennem rabatordningen Spar2 opnå rabatter på deres samtaleforbrug og/eller samlerabat på deres abonnementer. Såfremt kunden kombinerer de to rabatter vil denne kunne opnå en rabat, der omregnet til den i nærværende sag anvendte rabatskala vurderes at ville ligge på mellem ca. XXX % og XXX % afhængig af kundens konkrete forbrug. På det foreliggende grundlag anses der derfor at være en glidende overgang i rabatskalaen for et forbrug under og over XXX kr.

For så vidt angår tillægsprocenter for XXX kan der opnås XXX % ekstra pr. år dog maksimalt XXX %. Rabatprocenten begrundes med administrative omkostningsbesparelser samt med, at kunden skal tilgodeses, fordi denne medvirker til at dække kapacitetsomkostningerne. Tillægsprocenten er derfor ikke direkte begrundet i omkostningsbesparelse for TDM ved levering af mobiltrafik til kunden. Afhængig af aftalens XXX kan storkunden opnå tillægsprocenter, dog maksimalt XXX %, af første års kontraktsum, såfremt kunden forpligter sig til mindst at aftage de tidligere nævnte mængder i det XXX. Denne ekstra procentsats begrundes med mere optimal disponering over netkapaciteten, idet længerevarende aftaler muliggør bedre netplanlægning.

Endvidere gives der XXXX % ekstra, hvis kunden afgiver XXX og XXXX % for XXX. Disse tillægsprocenter begrundes med, at oplysningerne vil lette TDMs kundekontakt med den pågældende kunde samt muliggøre en bedre fokusering af TDMs markedsføring overfor kunden med brug af færre ressourcer. Der gives endvidere XXX % ekstra, såfremt storkunden XXX, idet dette sparer TDM for administrative omkostninger. Med samme begrundelse kan kunden endelig få XXX % i tillægsrabat, hvis denne vælger XXX..

Såfremt storkunden ikke aftager ydelser i det pågældende år til en værdi svarende til den mellem parterne aftalte kontraktsum, men for mere end 80% heraf, skal for meget modtaget basisrabat tilbagebetales. Aftager kunden derimod for mindre end 80% af kontraktsummen er denne forpligtet til at betale differencen (efter fradrag af rabat) mellem den samlede kontraktsum og det bruttobeløb for hvilket der er aftaget ydelser for.

Udover basisrabatten har storkunden mulighed for at opnå en friværdi og en vækstrabat. Fælles for disse to er, at de i modsætning til basisrabatten optjenes og ydes adskilt for de enkelte abonnementstjenester i kontrakten.

Friværdi

Såfremt storkunden opfylder to kumulative betingelser, opnår denne en friværdi på 20% af den aftalte kontraktsum for den givne teletjeneste. Denne friværdi kan anvendes til gratis at erhverve ydelser omfattet af kontrakten for den tjeneste, der har udløst friværdien.

De to kumulative betingelser der skal være opfyldt for at opnå friværdien er, at den af parterne aftalte kontraktsum for den pågældende teletjeneste i løbet af året skal opfyldes, og at kunden i løbet af dette år aftager ydelser omfattet af denne tjeneste, som svarer til kundens samlede forbrug i de forudgående 4 kvartaler med tillæg af en nærmere fastsat vækstprocent (y). Vækstprocenten fastsættes af TDM for hvert år, og oplyses til kunden i forbindelse med kontraktindgåelsen. Ved indgåelse af kontrakt med en helt ny kunde, hvor det tidligere forbrug er uoplyst, bortses der ved ydelse af friværdien fra den anden af de to betingelser

- ForbrugA1 > Den aftalte kontraktsum for tjenesten A for år 1.
- ForbrugA1 > De 4 forudgående kvartalers samlede forbrug af tjenesten A plus tillæg y.

Det er ifølge standardkontrakten et krav, at friværdien anvendes indenfor det år, hvori den er optjent. De 20% friværdi kan derfor hverken helt eller delvis overflyttes til efterfølgende år eller til brug for andre mobiltelefoniabonnementer.

Vækstrabat

- ForbrugA1 > Den aftalte kontraktsum for tjenesten A i år 1 og
- ForbrugA1 > De 4 forudgående kvartalers samlede forbrug af tjenesten A plus tillæg y plus friværdien beregnet i år 1.

For det resterende års forbrug af den pågældende tjeneste gives en rabat på 50% på TDMs generelle takster og afgifter. Rabatten træder i stedet for alle andre rabatter.

For at skabe et overblik over den samlede effekt af ovenstående rabatter/friværdi opstilles der i nedenstående skema er oversigt over den gennemsnitlige rabatprocent ved forskellig merforbrug i forhold til den mellem parterne aftalte kontraktsum. Det er forudsat, at storkunden alene erhverver en tjeneste for et år og opnår tillæg til basisrabatten for at oplyse navnene på virksomhedens beslutningstagere og brugere. Det er endvidere forudsat, at storkunden opfylder betingelserne for at opnå henholdsvis friværdi og vækstrabat.

Figur 2.

TDM anfører samlet om baggrunden for udformningen af ovennævnte rabatter og friværdi, at storkunder med et betydeligt forbrug indebærer visse stordriftsfordele, blandt andet i forbindelse med kapacitetsudnyttelse og planlægning, og at det er disse fordele, der videregives i form af rabatterne. Endvidere anfører TDM, at den stigende procentsats vedrørende basisrabatten skyldes en række kundeforhold, herunder vejledning, vedligeholdelse og registrering samt fakturering, som kun i begrænset omfang er omsætningsafhængige. Jo større kunden er, desto mindre vejer sådanne omkostninger derfor relativt, og dette er baggrunden for en højere rabattering. Endelig begrundes rabat- og friværdiordningen med et ønske om at forbedre TDMs konkurrenceposition overfor storkundesegmentet.

3.3 Det relevante marked

Ifølge den anmeldte standardkontrakt anvendes denne ved kontraktindgåelse med private og erhvervs-kunder med et minimumsforbrug af mobiltelefonitjenester samt Minitext og OPS på mindst 60.000,- kr.

Storkunder anses samlet for at være et særskilt markedssegment, eftersom disse kunder stiller særlige krav og har specielle behov hvad angår teletjenester, herunder mobiltelefoni. Dette markedssegment muliggør således i langt højere grad end almindelige privatkunder konkurrence på flere parametre end blot pris, hvorfor teleselskaber har mulighed for at differentiere sig på en række områder.

Markedet for storkunder er endvidere et attraktivt markedssegment, fordi disse kunder er ensbetydende med stor trafikvolumen, hvilket er et vitalt element for alle selskaber, idet der skal opnås en mindste volumen i trafikmængden før det er rentabelt at være på mobilmarkedet. Det er således også dette markedssegment, der har været mest konkurrenceudsat siden liberaliseringen af telemarkedet.

For at være en udbyder på ovennævnte markedssegment er det en betingelse, at have adgang til et landsdækkende mobilnet. En sådan adgang kan enten opnås gennem ejerskab, lejeaftaler, samtrafikaftaler og/eller tjenesteudbyderaftaler. Andre teleoperatører end de nuværende kan derfor relativt nemt opnå adgang til dette marked. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de nuværende mobiltelefonoperatører opbygger meget infrastruktur, hvorfor der ikke vurderes indenfor en overskuelig periode at ville opstå kapacitetsproblemer, der skulle forhindre nye teleudbydere at leje sig ind.

Indtræden gennem ejerskab af teleinfrastruktur vil derimod være forbundet med meget store omkostninger og skal sammenholdes med, at frekvenslicenser og mastepositioner er begrænsede

ressourcer, hvorfor adgang til markedet via ejerskab ikke umiddelbart er en realistisk mulighed.

Der vil i nærværende sag ikke blive skelnet mellem GSM- og NMT-nettene, idet de for så vidt angår almindelig mobiltelefoni vurderes at være internt substituerbare. Det skal i den forbindelse bemærkes, at de frekvenser, der er afsat til NMT-nettet indenfor en kortere årrække vil overgå til brug for et eller flere GSM-net.

Det relevante produktmarked anses samlet for at være markedet for storkunders mobiltrafik på GSM- og NMT-nettet.

Idet aftalerne vedrører storkunders landsdækkende mobiltrafik på GSM- og NMT-nettet anses det relevante geografiske marked for at være Danmark.

3.4 Markedsaktørernes stilling

TDMs storkundeområde henhører under forretningsdivisionen Tele Danmark Erhverv indenfor Tele Danmark A/S, som er moderselskabet i Tele Danmark Koncernen. Tele Danmark A/S havde i 1998 en samlet nettoomsætning på 19.743 mio. kr., medens Tele Danmark Koncernens nettoomsætning var 33.989 mio. kr., heraf 2.916 mio. kr. på mobiltelefoniområdet.

TDM har en stærk stilling på det samlede mobiltelefonimarkedet, idet selskabet har eneret på NMT-nettet (både 450 og 900 MHz-frekvenserne) samtidig med at selskabet og Sonofon har opnået licens til drift af et GSM-net, medens Telia A/S og Mobilix A/S har fået en GSM 1800 licens. Udover disse selskaber er debitel Danmark A/S aktør på markedet. Dette selskab har til forskel fra de andre ikke eget net, men har på service provider betingelser opnået adgang til markedet. Der forventes endvidere yderligere konkurrenter på ovennævnte marked, blandt andet Tele2 og Interroute Danmark A/S.

Det er ikke muligt at opgøre markedsandelene for ovennævnte selskaber for så vidt angår markedet for storkunder, men betragtes det samlede marked for mobiltelefonabonnenter kan følgende tabel over

relevante markedsaktørers markedsandele opstilles²:

	Medio 1998		Primo 1999	
	antal	%	antal	%
Samlede marked	1.574.182	100 %	1.945.000	100 %
Tele Danmark	884.490	56 %	945.000	49 %
Sonofon	609.322	39 %	696.000	36 %
Mobilix	10.396	1 %	100.000	5 %
Telia	9.900	1 %	100.000	5 %
debitel	60.074	4 %	104.000	5 %

Tallene i ovenstående tabel gælder for det samlede mobilmarked, og skal derfor anvendes med forsigtighed i nærværende sag. Faldet i Tele Danmarks markedsandele fra medio 1998 til primo 1999 skyldes især udviklingen på det almindelige privatkundemarked som følge af introduktionen af taletidskort. Tele Danmark Mobil må derfor vurderes at have en højere markedsandel på markedet for storkunder end 49% og derfor ud fra en vurdering alene på baggrund af markedsandele må anses for at være dominerende. En vurdering, der støttes af det faktum, at Tele Danmark Mobil ikke selv i forbindelse med ansøgningen om en ikke-indgrebsklæring efter konkurrencelovens § 11, stk. 4 har stillet spørgsmålstegn ved hvorvidt denne besidder en dominerende stilling.

4. Vurdering

Den af TDM anmeldte standard storkundekontrakt er blevet anvendt til kontraktindgåelse med såvel private som offentlige virksomheder samt offentlige myndigheder, herunder kommuner, vedrørende disses forbrug af mobiltjenester. Anvendelsen af standardkontrakten sker i forbindelse med udøvelse af erhvervsvirksomhed, og er som følge heraf omfattet af konkurrenceloven, jf. dennes § 2, stk. 1. Kontrakten er ikke EU-fritaget og den vil ikke finde anvendelse for parter, der er en del af samme koncern, hvorfor lovens §§ 4 og 5 ikke finder anvendelse.

Konkurrencelovens § 6

Det skal herefter vurderes om den i standardkontrakten opstillede rabat/friværdiordning direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og dermed vil være omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det skal indledningsvist bemærkes, at der indtil 1. marts 1999 skete en prisregulering i form af maksimalprisfastsættelse for udbud af grundabonnementer vedrørende blandt andet MobilPrivat, MobilPrivatPlus og OPS samt for abonnementer, som erstattede disse jf. Bekendtgørelse om videreførelse af maksimalpriser for visse offentlige mobilkommunikationstjenester af 4. august 1997. Den centrale prisregulering har i en vis udstrækning medført en uniformering af markedsprisen på maksimalprisniveauet, og dermed en begrænsning i brugen af pris som konkurrenceparameter, for ikke at give myndighederne bevæggrund til at nedsætte maksimalprisen. Konkurrencen mellem teleselskaberne om storkunderne er derfor i særdeleshed sket gennem rabat/bonusordninger. TDM anfører således også i anmeldelsen, at udarbejdelsen af ordningen skal ses som værende nødvendig for at kunne matche Sonofons "individuelle tilpassede kundeløsninger".

Det er af generel betydning for vurderingen af rabat/friværdiordningen, at denne ikke direkte eller indirekte indeholder krav om eksklusivitet. Storkunden er således såvel før som efter kontraktindgåelse med TDM berettiget til at købe teleydelser hos andre teleselskaber. Storkunden har derfor både valgmulighed med hensyn til hvilket teleselskab denne ønsker at bruge som mulighed for selv at bestemme hvilke og hvor mange teletjenester denne ønsker at erhverve hos TDM. Det er endvidere op til storkunden hvorvidt alle de tjenester, som denne erhverver hos TDM skal indgå i storkundekontrakten. Storkunden er således berettiget til kun at indgå kontrakt om en del af sine abonnementer hos TDM, såfremt dette er mere fordelagtigt for denne. I denne forbindelse er det også af betydning, at standardkontrakten ikke sammenblander storkundens trafik på henholdsvis fast- og mobilnettet i den anmeldte ordningen, men alene omhandler mobiltrafik.

Det er også af betydning, at standardkontrakten ikke indeholder nogen former for engelske klausuler.

Ovenstående skal ses i sammenhæng med, at standardkontrakterne som hovedregel indgår for XXX ad gangen, hvorfor storkunden relativt hurtigt har mulighed for at skifte teleselskab uden at skulle betale nogen bod herfor.

Det er endelig af betydning, at ordningen er gennemført konsekvent for alle de anmeldte aftaler

og den er kendt af kunderne. Dette skal sammenholdes med, at beregningen af rabatterne/friværdien primært sker udfra storkundens forbrug, og dermed et objektivi kriterium.

Rabat/friværdiordningen anses imidlertid for at have stor betydning for adgangen til og forbliven på markedet for storkunders mobiltelefoni, idet andre teleselskaber vil være nødsaget til at tilbyde konkurrencedygtige ordninger, hvilket andre og mindre selskaber end markedsdominerende virksomheder vurderes at ville få svært ved. Det skyldes først og fremmest den i standardkontrakten indeholdte friværdi, som indebærer tilrådighedsstilling af en væsentlig mængde gratis trafik for den enkelte storkunde. Dette giver storkunden et stort incitament til at øge sit forbrug hos TDM udover det, der er indgået aftale om.

Dette er konkurrenceretlig problematisk, eftersom det forbrug, som storkunden får mulighed for at erhverve gratis, kunne være henlagt hos et andet teleselskab. Dette udelukkes imidlertid med den udformning som friværdien har, idet et andet teleselskab ikke vil være i stand til at kunne tilbyde en rabator dning alene på storkundens merforbrug, som kan matche friværdien. Det skal i denne forbindelse anføres, at tilrådighedsstilling af gratis ydelser ikke kan være omkostningsbegrundet ud fra stordriftsfordele, bedre kapacitetsplanlægning m.v.

Friværdien anses samlet for - i hvert fald indirekte - at binde storkunderne til TDM. Dette skal ses i sammenhæng med, at markedet for storkunder, som nævnt under afsnit 3.3, af flere årsager er særdeles vigtigt for alle teleselskaber.

Det er endvidere et krav for opnåelse af friværdien, at storkunden opnår en given vækst i forbruget af den pågældende teletjeneste i forhold til det tidligere års forbrug. Dette kan indebære konkurrenceskadelig diskriminering, idet to konkurrerende virksomheder, der i år 1 har samme forbrug af den pågældende teletjeneste risikerer at blive stillet forskelligt, hvis de to virksomheder i år 0 har haft forskelligt forbrug og kun den ene af de to virksomheder derfor opfylder det af TDM påkrævede vækstkrav. I sådant et tilfælde sker der en ikke omkostningsbegrundet forskelsbehandling mellem de to virksomheder i år 1, der vil kunne virke konkurrenceforvridende. En forskelsbehandling, der forstærkes af, at opnåelse af vækstrabatten også er betinget af vækstkravet, hvorfor den ene af de to virksomheder også vil være udelukket fra at opnå vækstrabatten, der indebærer 50% rabat.

På baggrund af ovenstående anses den af Tele Danmark Mobil anmeldte standard storkunde aftale at have konkurrencebegrænsende og -forvridende virkninger til følge, hvorfor kontrakten er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 4.

Som følge af, at standard storkunde aftalen er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, kan der ikke meddeles Tele Danmark Mobil en ikke-indgrebs erklæring i medfør af konkurrencelovens § 9.

Konkurrencelovens § 7

Allerede som følge af, at TDM er en del af Tele Danmark koncernen, hvis samlede omsætning overstiger 1 mia. kr., jf. nærmere afsnit 3.4, finder bagatelreglen i konkurrencelovens § 7 ikke anvendelse.

Konkurrencelovens § 8

Det skal herefter vurderes, hvorvidt der kan opnås fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

§ 8, stk. 1, nr. 1

I relation til en vurdering efter § 8, stk. 1, nr. 1 skal det anføres, at kontrakten muliggør opnåelse af stordriftsfordele gennem bedre kapacitetsudnyttelse og kapacitetsplanlægning, hvorved effektiviteten i TDMs brug af dets NMT- og GSM-net til levering af teletjenester forbedres. Endvidere vurderes der at være mulighed for, at kunde håndteringen bliver effektiviseret som følge af, at TDM får oplysninger på den enkelte virksomheds beslutningstagere og brugere og dermed kan forbedre kunde kontrakten ved brug af færre midler.

Som følge af den intense konkurrence på mobilområdet, især for så vidt angår storkunder, bliver det i stadig stigende grad nødvendigt for teleoperatørerne at optimere deres brug af netkapaciteten for derigennem at mindske enhedsomkostningerne, og dermed til stadighed have mulighed for at kunne tilbyde fordelagtige kundeløsninger.

Optimal anvendelse af netkapacitet er også vigtig for at kunne efterkomme den fortsat stigende efterspørgsel efter kapacitet som følge af den teknologiske udvikling.

Kravet i § 8, stk. 1, nr. 1 vurderes samlet at være opfyldt.

§ 8, stk. 1, nr. 2

Storkunderne vil som følge af den anmeldte standardkontrakt på kort sigt opnå en række fordele i form af billigere teletjenester og forbedret kundeservice.

Det kan endvidere ikke udelukkes, at den endelige forbrugere også vil kunne opnå fordele af de omkostningsbesparelser som storkunderne opnår gennem rabat/friværdsordning, idet storkunderne som følge af konkurrencepres på deres marked i en eller anden udstrækning vil anvende de sparede omkostninger til prisnedsættelser eller kvalitetsforbedringer af deres varer og/eller tjenesteydelser.

Der er imidlertid risiko for, at rabat/friværdsordningen i den anmeldte standardkontrakt vil vanskeliggøre andre teleselskabers indtræden på og forbliven på det i nærværende sag relevante marked, hvorved konkurrencen på længere sigt vil kunne mindskes med deraf følgende risiko for mindre incitament til omkostningseffektivitet hos TDM, højere pris og dårligere kundeservice.

Idet forbrugerbegrebet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 2 skal forstås bredt anses kravet i § 8, stk. 1, nr. 2 på kort sigt for at være opfyldt, medens det er mere tvivlsomt om det også vil være opfyldt på længere sigt.

§ 8, stk. 1, nr. 3

Det skal i relation § 8, stk. 1, nr. 3 særligt vurderes, hvorvidt rabat/friværdsordningen i den anmeldte standard storkundekontrakt, herunder især friværdsordningen og vækstrabatten, er mere vidtgående end hvad der er nødvendigt for at opnå de under § 8, stk. 1, nr. 1 og 2 nævnte fordele.

Det skal anføres, at det ikke kan afvises, at der kan være omkostningsbegrundelse for ydelse af rabatter svarende til det samlede rabatniveau, der opnås ved kombination af de i standardkontrakten indeholdte rabatter og friværdsordningen (se skemaet på side 8). En rabatordning opbygget efter objektive kriterier og ikke indeholdende mulighed for opnåelse af gratis ydelser vil ikke nødvendigvis være konkurrenceretlig problematisk og derfor ikke omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Gratisydelser af et sådant omfang som friværdsordningen udgør, kan dog på ingen måde have baggrund i omkostningsbesparelser eller lignende. Der er tale om en ren troskabsrabat, der klart har konkurrencebegrænsende virkninger.

Ydelse af gratis teletjenester til en værdi af 20% af den mellem TDM og storkunden indgåede kontraktsum anses for at være et så kraftigt incitament for storkunden til allerede ved kontraktindgåelsen at planlægge at aftage for 20% ekstra hos TDM. Dermed har storkunderne fra starten af et mindre incitament til at søge at sprede deres forbrug af den pågældende teletjeneste på flere teleselskaber. Friværdsordningen binder derved storkunden til selskabet og vil derved kunne virke konkurrencebegrænsende.

Samlet vurderes friværdsordningen at være mere vidtgående end hvad der er nødvendigt for at opnå de under § 8, stk. 1, nr. 1 og 2 omtalte fordele.

Endvidere anses kravet i friværdien og vækstrabatten om, at disse to kun opnås, såfremt storkunden opfylder et af TDM fastsat vækstkrav i forhold til det tidligere års forbrug for - i hvert fald potentielt - at kunne virke konkurrenceforvridende. Endvidere anses kravene for unødvendige for at opnå de ovenfor anførte fordele.

Kravet i § 8, stk. 1, nr. 3 er derfor ikke opfyldt.

§ 8, stk. 1, nr. 4

Der eksisterer på nuværende tidspunkt en intens konkurrence på markedet for storkunders mobiltelefoni, hvilket skal sammenholdes med, at adgang til markedet som udgangspunkt ikke er forbundet med større regulatoriske eller praktiske barrierer. Aftalen indeholder endvidere ingen eksklusiv bestemmelse eller engelske klausuler.

Kravet i § 8, stk. 1, nr. 4 anses for at være opfyldt.

Idet § 8, stk. 1, nr. 3 ikke anses for at være opfyldt, skal det meddeles Tele Danmark Mobil, at standard storkundekontrakten ikke i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1 kan fritages fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Tele Danmark Mobil skal som følge heraf i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1 ophæve friværddiordningen og vækstrabatten indeholdt i den anmeldte standard storkundekontrakt.

Konkurrencelovens § 11

Det skal herefter vurderes, hvorvidt den i standard storkundekontrakten indeholdte rabat/friværddiordning er omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1.

For at være omfattet af § 11, stk. 1 skal TDM besidde en dominerende stilling, hvilket kræver, at TDMs økonomiske magtposition sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det i nærværende sag relevante marked. En dominerende stilling anses efter konkurrenceretlig praksis at foreligge når det givne selskab kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne³. Dette udelukker ikke, at der består en vis konkurrence, men det dominerende firma skal være i stand til at øve indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrencen udvikler sig og under alle omstændigheder i stand til at handle uden at skulle tage hensyn hertil.⁴

I vurderingen af, hvorvidt TDM skal anses for at have en så stor markedsmagt, at denne er dominerende på markedet, skal det tages i betragtning, at selskabet som omtalt under afsnit 3.4 må anses for at besidde en væsentlig markedsandel på det relevante marked (over 50 %). Dette sammenholdt med, at TDM selv i forbindelse med ansøgningen om ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 11, stk. 4 ikke har anfægtet dennes dominans gør, at selskabet i nærværende sag anses for at besidde en dominerende stilling på markedet for storkunders mobiltrafik på GSM- og NMT-nettet.

Konkurrencereglerne forbyder imidlertid ikke, at en virksomhed opnår eller bibeholder en dominerende stilling på et afgrænset og relevant marked. Reglerne finder kun anvendelse, når den dominerende stilling anvendes til et misbrug, der kan skade leverandører og forbrugerne. Ifølge lovbemærkningerne til konkurrencelovens § 11, fremgår det vedrørende rabatordninger, at det konkret skal vurderes om rabat- og bonusydelse har urimelige virkninger.

Basisrabatten

En stor del af rabatten kommer fra volumerabatten og er dermed baseret på et objektivi grundlag, idet den er forbrugsafhængig, og sikrer derved, at der ikke sker diskriminering af købere med samme forbrug.

I beregningen af denne rabat indgår imidlertid også abonnementsafgiften for de forskellige teletjenester, men idet såvel abonnementsforholdet som selve trafikken er konkurrenceudsat på mobilområdet er dette ikke konkurrenceretligt problematisk.

Spændet i rabatprocenten fra omkring XXX % til XXX % er et moderat spænd taget i betragtning, at det dækker over en stigning i forbrug fra XXX kr. til XXX kr. Det skal holdes overfor, at det egentlige spring i procentsatsen sker fra en omsætning på XXX kr. til XXX kr., idet der her indenfor sker en stigning på XXX %. Den virkelige attraktive del af basisrabatten ligger således i sidstnævnte interval. Idet størstedelen af de kunder, der betegnes som værende storkunder må formodes at have et forbrug, som ligger i dette interval vil en stor del af disse kunne opleve en betydelige fordel ved en forøgelse af deres forbrug hos TDM og dermed være tilskyndet til at samle deres forbrug hos TDM. Omvendt vil incitamentet til at placere et forbrug udover XXX mio. kr. hos TDM være begrænset, hvilket kan gøre det attraktivt for storkunder med et større forbrug end XXX mio. at sprede deres forbrug til andre teleoperatører.

Der kan stilles spørgsmålstegn ved om visse af tillægsprocenterne er omkostningsbegrundede, det gælder for eksempel tillægsprocenten for XXX, men idet disse tillægsprocenter udgør en mindre del af den samlede basisrabat, og idet der ikke er noget som tyder på, at disse tillægsprocenter virker konkurrencebegrænsende eller forvridende anses denne del af rabatten ikke at give anledning til konkurrenceretlige problemer.

Der er ikke ud fra de foreliggende oplysninger noget der giver grundlag for at anse basisrabatten i sin helhed eller enkeltdele for - isoleret betragtet - at være udtryk for misbrug af dominerende stilling og er derfor ikke omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Friværdien

Idet friværdien ikke er en egentlig rabat, men en tilrådgivningsstilling af en sum penge, svarende til en værdi på 20% af den aftalte kontraktsum for den pågældende teletjeneste, for hvilken storkunden i det restende år gratis kan erhverve tjenester for, vurderes friværdien at indeholde et væsentligt incitament for storkunderne til at stræbe efter at opnå et forbrug, der overstiger den opstillede kontraktsum.

Bestemmelsen udbygger således kraftigt det incitament storkunden allerede har til at opnå et forbrug som er større end den fastsatte kontraktsum efter bestemmelserne vedrørende basisrabatten, hvor manglende opfyldelse af kontraktsummen kan have ikke uvæsentlige konsekvenser.

Friværdien anses derfor for at være begrundet mere i afsætningsmæssige hensyn end omkostningsmæssige hensyn, idet gratis ydelser ikke kan være omkostningsbegrundet ud fra stordriftsfordele, bedre kapacitetsplanlægning m.v. Dette bestyrkes af det faktum, at TDM ikke skal have opnået en nærmere volumen i nettene, som er den samme for alle virksomheder før friværdien ydes, men alene afhænger af, hvorvidt den enkelte virksomhed har aftaget en mellem parterne aftalt kontraktsum og samtidig opfylder vækstkravet i forhold til det tidligere års forbrug af den pågældende teletjeneste. Sidstnævnte krav indebærer endvidere, at storkunden er underlagt et krav om tilstedeværelse at øge sit forbrug hos TDM fra det ene år til det andet for fortsat at kunne opnå friværdien. Dette indebærer, at storkundens mulighed for, og incitament til, at sprede sit forbrug af teletjenesten på flere teleselskaber mindskes år for år til skade for TDMs konkurrenter.

At friværdien er afsætningsmæssigt begrundet styrkes endvidere af det faktum, at den opnåede friværdi ikke kan overføres til brug mellem de forskellige teletjenester eller til senere år. Storkunden er derfor nødsaget til, såfremt denne ønsker at opnå fuld effekt af friværdien, at aftage for 20% mere i det pågældende år end der oprindeligt er blevet indgået aftale om.

Ovenstående medfører, at friværdien anses for mere at have karakter af en belønning til storkunden for at have opfyldt kontraktsummen, og opnået den af TDM fastsatte vækst i forhold til

det tidligere års forbrug end egentlig omkostningsbesparelse og udgør således en ren troskabsrabat.

Kun en dominerende markedsleder kan over en periode tilbyde gratisydelse af et så betragteligt omfang, subsidiert gennem en stilling på markedet opnået via et tidligere monopol.

Som følge af det troskabsbindende element i friværdien, den konkurrenceskadelige virkning overfor konkurrenter, den potentielle risiko for diskriminering mellem virksomheder på trods af samme forbrug i det pågældende år samt den ikke ubetydelige værdi friværdien kan medføre, anses denne for at udgøre et misbrug af dominerende stilling omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1, nr. 3.

Vækstrabatten

Vækstrabatten opnås for forbrug, som ligger højere end den aftalte kontraktsum for tjenesten A i år 1 eller de 4 forudgående kvartalers samlede forbrug af tjenesten A plus tillæg y plus friværdien beregnet i år 1. Der skal således et merforbrug af en vis størrelse til at opnå denne rabat, hvilket skal sammenholdes med, at rabatten ikke beregnes på grundlag af den aftalte kontraktsum, men alene på grundlag af merforbruget.

Procentsatsen for vækstrabatten er imidlertid 50%, hvilket er en så stor rabat, at der kan stilles spørgsmål ved om den er omkostningsmæssig begrundet. En så høj rabat på det marginale forbrug vil kunne have troskabsbindende virkning for storkunderne. Dette skal sammenholdes med, at storkunderne også i relation til opnåelse af vækstrabatten er underlagt et krav om til stadighed at øge sit forbrug hos TDM fra det ene år til det andet, hvilket - som ved friværdien - medfører mindre incitament til at sprede forbruget af den pågældende teletjeneste på flere teleselskaber til skade for TDMs konkurrenter. Endvidere indeholder sidstnævnte krav som tidligere omtalt en risiko for diskrimination mellem virksomheder, der har samme forbrug i år 1.

Som følge af det troskabsbindende element i vækstrabatten og den potentielle risiko for diskriminering mellem virksomheder, anses vækstrabatten for at kunne udgøre et misbrug af dominerende stilling, og er derfor omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1, nr. 3.

Som følge af, at den i standardkontrakten indeholdte friværdi og vækstrabat anses for omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1, nr. 3 skal det samlet konkluderes, at den anmeldte standard storkundekontrakt er omfattet af forbudet mod misbrug af dominerende stilling i lovens § 11, stk. 1.

Som følge af, at standard storkundeaftalen er omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1, kan der ikke meddeles Tele Danmark Mobil en ikke-indgrebsklæring i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4.

Tele Danmark Mobil skal derfor i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 3, jf. § 16, stk. 1, nr. 1 ophæve friværdiordningen og vækstrabatten indeholdt i den anmeldte standard storkundekontrakt.

1 Ved en engelsk klausul forstås en aftalebestemmelse, hvor en leverandør fra aftagerne får leveret detaljerede oplysninger om de mest favorable tilbud fra konkurrerende virksomheder med henblik på altid at kunne tilbyde priser, der ikke overstiger konkurrenters laveste tilbudte priser jf. FT 1996-97, Tillæg A, side 3660, v. sp.

2 Tallene medio 1998 er fra Telestyrelsens statistik.

Tallene primo 1999 er baseret på Tele Danmarks og GN Store Nord's årsregnskab og for Telia og Mobilix vedkommende på estimer ud fra selskabernes egne oplysninger til bl.a. dagspressen. Tele Danmarks tal er inklusiv NMT-abonnementer. Af Sonofons kunder er 193.000 taletidskunder, hvilket tillige gælder for op imod 80 % af Telias og Mobilix.

3 Jf. Hoffmann - La Roche Co. AG mod Kommissionen, sag 85/76, dom af 13.02.1979, præmis 38.

4 Jf. Hoffmann - La Roche Co. AG mod Kommissionen, sag 85/76, dom af 13.02.1979, præmis 39.