

2000-10-25: Telia A/S ctr. Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 25. oktober 2000 i sag 00-67.280

Telia A/S
(advokat Jens Ottosen-Støtt)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Thomas Hauerberg)

1.

Ved skrivelse af 10. februar 2000 har Telia A/S indbragt en af Konkurrencerådet truffet afgørelse, hvorefter en af Dansk MobilTelefon I/S og Sonofon A/S med Telia A/S indgået roamingaftale påbydes ophævet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1.

Konkurrencerådet har ved skrivelse af 23. februar 2000 tillagt klagen opsættende virkning, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 4.

Det hedder i den påklagede afgørelse meddelt Telia ved skrivelse af 12. januar 2000 bl.a.:

" . . .

Den i nærværende sag relevante roamingaftale finder anvendelse inden for mobiltelefoni-området og giver Telia mulighed for at leje kapacitet og funktionalitet på Dansk MobilTelefon I/S' og SONOFON A/S' netværk. Aftalen indebærer derved, at kunder hos Telia sættes i stand til at foretage og modtage opkald i områder, hvor Telia's eget net ikke dækker.

Den mellem SONOFON og Telia indgåede roamingaftale indeholder i § 13, stk. 2 en bestemmelse, hvorefter Telia under nærmere bestemte betingelser forpligter sig til, så længe aftalen er gældende, ikke at indgå aftale med andre mobiloperatører i Danmark om national roaming. SONOFON sikres således en eksklusiv ret til al roamingtrafik genereret af Telia.

Det fremgår af roamingaftalens § 13, stk. 1, at aftalen som udgangspunkt er tidsubegrænset, men at aftalen skriftligt kan opsiges med et varsel på 2 år. Aftalen kan imidlertid tidligst ophæves med virkning fra den 31. december 2002, hvorfor Telia reelt er bundet af aftalen i mindst 5 år.

Roamingaftalen indeholder i bilag V, punkt 12 en bestemmelse indeholdende en forpligtigelse for Telia til at aftage en given mindstemængde af nationale roaming minutter. Fra og med år 1999 skal Telia således minimum aftage 80\% af det faktiske forbrug af minutter i det foregående år, og fra år 2000 minimum 60\% af det maksimale prognosticerede forbrug i det foregående år. Opfylder Telia ikke sine forpligtelser, vil selskabet blive faktureret differencen mellem det faktiske og det i medfør af ovennævnte bestemmelse påkrævede forbrug af minutter det pågældende år.

...

Det skal indledningsvist ved bedømmelsen af roamingaftalen tillægges vægt, at der er tale om en kommerciel aftale mellem to erhvervsdrivende, hvis forhandlingsstyrke på tidspunktet for aftaleindgåelse må anses for at have været væsentligt forskellig.

Det tillægges i bedømmelsen af roamingaftalen endvidere betydning, at aftalen finder anvendelse på et marked under konstant udvikling, og at aftalen vil kunne have afledte konsekvenser for Telia's ageren på det nærtbeslægtede marked for mobiltelefoni, hvor den (kraftige) teknologiske og omkostningsmæssige udvikling med relativt korte tidsintervaller skaber nye markeder og markedsforhold.

Roamingaftaler har mange karakteristika til fælles med - og tilstræber i høj grad samme formål som - samtrafik- og service provision aftaler. For i konkurrenceretlig henseende at undgå reguleringsmæssig ubalance mellem de forskellige muligheder for at opnå landsdækning gennem brug af andre operatørers net anses det for berettiget at vurdere roamingaftaler, herunder den i nærværende sag relevante roamingaftale, i overensstemmelse med de af Konkurrencerådet af 25. februar 1998 opstillede principper for vurdering af samtrafikaftaler. Disse principper fastslår blandt andet, at sådanne aftaler ikke er i overensstemmelse med konkurrenceloven, såfremt de indeholder bestemmelser om eksklusivitet, har en varighed på mere end 1 år samt indeholder mindstekøbsklausuler, der udgør en væsentlig del af den forventede omsætning. Konkurrencerådet traf ved afgørelse af 27. maj 1998 beslutning om at disse principper også finder anvendelse på service provision aftaler.

En lang bindingsperiode vil gennem fastlåsning af Telia til SONOFON have skadelige virkninger for selskabets mobilitet i kommerciel henseende, og vil dermed endvidere have skadelig virkning for konkurrencen mellem de eksisterende udbydere af mobil-kommunikationsnet. Lange bindingsperioder er i konkurrenceretlig henseende særligt betænkeligt på markeder, der er præget af betydelig teknologisk og kommerciel udvikling. Disse betragtninger ligger til grund for, at der for så vidt angår samtrafik- og service provision-aftaler konkurrenceretligt alene accepteres bindingsperioder på 1 år. En bindingsperiode på 5 år som tilfældet er i nærværende sag anses derfor i sig selv for værende en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det er i denne sammenhæng af afgørende betydning for vurderingen af roamingaftalen, at denne eksplicit indeholder et krav om eksklusivitet. Telia er således efter kontraktindgåelse med SONOFON kun under nærmere bestemte betingelser berettiget til at indgå roamingaftaler med andre teleselskaber. Dette skal ses i forhold til den begrænsning af konkurrencen der allerede ligger i, at adgangen til markedet er begrænset som følge af knappe frekvensressourcer og anvendelige sendepositioner.

Fastsættelse af mindsteforbrug kan i visse situationer være problematisk, såfremt forbruget og/eller sanktionen for ikke-opfyldelse fastsættes således, at det reelt forhindrer kunden i helt eller delvist at handle hos en konkurrerende teleoperatør. Bestemmelser om mindsteforbrug vil i sådanne tilfælde kunne have samme virkning som en eksklusiv bestemmelse, og derved mindske mobiliteten på det givne marked. Dette er baggrunden for, at Konkurrencerådet ved bedømmelse af såvel samtrafikaftaler som service provision aftaler anser det for stridende mod konkurrenceloven, såfremt der stilles krav om mindstekøb, der udgør mere end en beskeden del af den forventede omsætning. I nærværende roamingaftale er Telia underlagt en forpligtigelse til at dække en ikke uvæsentlig del af sit behov for roamingtrafik hos SONOFON og vil blive faktureret herfor uanset om det givne antal minutter faktisk forbruges. Denne forpligtelse gør det isoleret betragtet vanskeligere for konkurrenter til SONOFON at tilbyde Telia roamingtrafik på deres net, hvorfor bestemmelsen har eksklusiv-lignende virkning, og derfor anses for at være konkurrencebegrænsende.

Den mellem SONOFON og Telia indgåede roamingaftale findes herefter at have eller kunne have konkurrencebegrænsende virkninger til følge, hvorfor aftalen er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

...

Det meddeles Dansk MobilTelefon I/S og SONOFON A/S, at ansøgningen om en ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 9 for den anmeldte roamingaftale indgået med Telia A/S ikke kan imødekommes, idet roamingaftalen indeholder konkurrencebegrænsninger omfattet af lovens § 6, stk. 1.

Det meddeles endvidere Dansk MobilTelefon I/S og SONOFON A/S, at roamingaftalen ikke i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1 kan fritages fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Dansk MobilTelefon I/S og SONOFON A/S påbydes i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1 at ophæve den anmeldte roamingaftale. Påbudet skal være efterkommet inden den 13. april 2000 jf. § 27, stk. 4."

Det fremgår således af Konkurrencerådets afgørelse, at det er aftalens vilkår om eksklusivitet, varighed og minimumsaftag, som er fundet konkurrencebegrænsende.

For Ankenævnet har Telia anerkendt Konkurrencerådets afgørelse for så vidt angår disse vilkår.

Konkurrencerådets afgørelse er imidlertid ikke begrænset til disse vilkår, men omfatter aftalen som helhed. Telia har derfor nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse om ophævelse af roamingaftalen skal begrænses til at angå aftalens vilkår om eksklusivitet, varighed og minimumsaftag.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Sagen har været mundtligt forhandlet.

2.

Vedrørende aftaleforholdet har Telia henvist til aftalens bilag 3 vedrørende "Seamless Handover", som dækker over det forhold, at en igangværende samtale fra en abonnement hos klager kan flyttes fra klagers net over i Sonofons net i forbindelse med, at terminalen (mobiltelefonen) skifter placering i forhold til antennepositionerne. Uden Seamless Handover vil samtalen blive afbrudt, men kan så efterfølgende ved fornyet opkald genoptages i Sonofons net. Seamless Handover er således en egenskab, der giver en operatør uden landsdækkende net, som f.eks. klager, mulighed for at tilbyde kunderne nøjagtig samme funktionalitet, som findes hos udbyder med landsdækkende net som Tele Danmark og Sonofon – at kunne holde en samtale åben i 99 % af landets areal. Der er ikke andre steder i verden, hvor der er gennemført Seamless Handover ved roaming. Det er klager, der har stået for udviklingen af den teknologiske løsning. Den manglende internationale norm for gennemførelse af Seamless Handover betyder, at der ikke efter den gældende danske lov om mobilkommunikation er en almindelig adgang til at kræve roaming med denne egenskab. Den kan kun antages at eksistere, såfremt klager kan påvise, at forholdene hos den anden netoperatør understøtter den løsning, Telia har etableret. For tiden vil Telia ikke være i stand til at kunne påvise det hos andre operatører end Sonofon.

Eksistensen af en aftale om Seamless Handover er således af stor konkurrence- og markedsmæssig betydning for klager og samtidig udtryk for, at det er den eneste anden netoperatør, klager for tiden har viden, teknologi og gennemtestede løsninger fælles med med henblik på at kunne etablere Seamless Handover. Det er for klager uklart, hvilken konkurrencemæssig forbedring styrelsen mener at opnå ved også at lade denne aftale bortfalde til genforhandling indenfor en 3-måneders frist.

I tilknytning hertil har klager anført, at klager ikke for tiden påtænker anden netudbygning, end den der følger af den givne licens. Det vil sige, der planlægges ikke med en fuld udbygning til landsdækning. Roaming vil således fortsat være en nødvendighed konkurrencemæssigt. Derved adskiller klagers situation sig væsentligt fra en udbyder, der har fastlagt planer om at opbygge sit eget fuldt landsdækkende net.

Af Roamingaftalens § 16.4. "Severability" fremgår, at såfremt nogen del af aftalen eller bilag til denne vil blive ugyldig eller umulig at fuldbyrde på grund af eksisterende lovgivning eller ændringer til denne, så skal det ikke medføre, at andre bestemmelser i aftalen eller dens bilag gøres ugyldige. Derimod skal parterne forsøge gennem forhandlinger i god hensigt at erstatte sådanne ugyldige bestemmelser med gyldige bestemmelser, som ligger så tæt på parternes oprindelige økonomiske forståelse og hensigter som lovligt muligt.

Det betyder, at de to aftaleparter, ved aftalens tilblivelse, har gjort op med spørgsmålet om, hvad der skal ske i tilfælde af, at dele af aftalen måtte blive erklæret ugyldig eller i strid med gældende regler. Det fastslås således, at resten af aftalen gælder, og parterne skal forhandle en løsning så tæt på de oprindelige hensigter som muligt og inden for lovens rammer.

Det ses ikke, at denne bestemmelse overhovedet er indgået i Konkurrencerådets behandling.

Selv om aftalen har en "Severability" bestemmelse, og selv om Konkurrencerådets afgørelse alene vedrører helt specifikke punkter i aftalen af (beskeden) betydning, så har Konkurrencerådet valgt at tilsidesætte hele aftalen inklusive tillægget om Seamless Handover.

Dette er i strid med loven og dens forarbejder. De anførte punkter kan uden besvær udskilles såvel logisk som tekstmæssigt af den indgåede aftale.

Der er endvidere i strid med den almindelig proportionalitetsgrundsætning at tilsidesætte aftalen inklusive tillæg om Seamless Handover i sin helhed, når et mindre indgreb er tilstrækkeligt.

Dette gælder især, fordi et bortfald af hele aftaleforholdet svækker klageren forhandlingsmæssigt og konkurrencemæssigt, specielt fordi der ikke er noget retskrav overfor andre operatører på at få en aftale om Seamless Handover. Der er i øvrigt under hensyn til de tekniske og administrative muligheder umuligt at skifte netoperatør på en tre måneders frist, hvorfor ophævelsen af hele aftalen savner fornuftig mening.

3.

Konkurrencestyrelsen har anført, at roamingaftalen blev indgået mere end et år før der blev enighed mellem parterne om en projektaftale med henblik på Seamless Handover, og over 1½ år før selve indgåelsen af tillægsaftalen herom. Der er således hverken i selve roamingaftalen, i anmeldelsen af denne til Konkurrencestyrelsen eller efterfølgende foretaget nogen omtale af en (kommende) tillægsaftale om Seamless Handover. Tillægsaftalen om Seamless Handover findes således ej forudsætningsvist at have noget med udformningen, indholdet og den ønskede praktisering af den anmeldte roamingaftale at gøre.

Konkurrencestyrelsen har i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1, hjemmel til at påbyde hel eller delvis ophævelse af en konkurrencebegrænsende aftale. Der kan påbydes fuldstændig ophævelse, såfremt det i den konkrete aftale ikke er muligt at udskille de konkurrencebegrænsende bestemmelser fra de øvrige bestemmelser i aftalen, eller når det ikke giver reel mening at tale om en aftale efter ophævelse af de konkurrencebegrænsende bestemmelser.

Ved gennemgangen af den anmeldte roamingaftale fandt Konkurrencestyrelsen, at bestemmelsen i roamingaftalens § 16, punkt 4, er en privatretlig bestemmelse, der alene gælder mellem aftalepartnerne, og således ikke ændrer ved ovennævnte hjemmel for Konkurrencestyrelsen til at påbyde hel eller delvis ophævelse af aftalen.

Det i konkurrenceretlig henseende materielle indhold af Konkurrencestyrelsens afgørelse er, at de tre nævnte bestemmelser om henholdsvis eksklusivitet, bindingsperiode og mindstekøb hver for sig og set i sammenhæng er konkurrencebegrænsende i medfør af konkurrencelovens § 6 uden mulighed for fritagelse efter lovens § 8.

Når det er konstateret, at der foreligger konkurrencebegrænsende bestemmelser i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, skal Konkurrencestyrelsen i medfør af § 6, stk. 4, set i sammenhæng med § 16, tage stilling til, hvorledes disse skal bringes til ophør.

Ved den konkrete bedømmelse i denne sag fandt Konkurrencestyrelsen bestemmelserne for at udgøre en så væsentlig og integreret del af roamingaftalens kommercielle (økonomiske) indhold, at grundlaget for hele aftalen vil bortfalde ved ophævelse af de nævnte konkurrencebegrænsende bestemmelser.

Det skyldes, at ud fra en almindelig økonomisk betragtning ville begge aftaleparter ikke have indgået nærværende roamingaftale indeholdende aftalens øvrige bestemmelser, hvis ikke bestemmelserne eksklusivitet, bindingsperiode og mindstekøb nøjagtig havde det indhold som de har. Dette gælder ikke mindst hele indholdet af bilag V vedrørende priser, rabatter m.v.

Dette støttes også af, at det fremgår af anmeldelsen af roamingaftalen, at de konkurrencebegrænsende bestemmelser ligger til grund for, at SONOFON ser sig i stand til at kunne tilbyde roaming til lave priser, og at mindstekøbsklausulen anvendes som en økonomisk sikkerhedsbestemmelse i forbindelse med udgifterne til udbygning af mobilnettet. Ophævelse af mindstekøbsklausulen vil nødvendiggøre udarbejdelse af en helt ny prisberegningsmodel.

Efter Konkurrencestyrelsens vurdering ændrer tillægsaftalen om Seamless Handover ikke på ovennævnte forhold, og idet tillægsaftalen som en integreret del af roamingaftalen ingen berettigelse har uden denne, blev tillægsaftalen ophævet.

Det er samlet Konkurrencestyrelsens opfattelse, at aftalen skal betragtes som en helhed, hvor aftalens bestemmelser er udformet i en sammenhæng, således at bestemmelserne om eksklusivitet, uopsigelighed og mindstekøb ikke logisk kan ophæves uden at grundlaget for aftalens øvrige bestemmelser bortfalder.

Det følger af lovbemærkningerne til konkurrencelovens § 16, at afhængig af konkurrencebegrænsningens art og virkninger skal Konkurrencestyrelsen i nærværende sag konkret tage stilling til, hvorledes konkurrencebegrænsningen gennem påbud i medfør af § 6, stk. 4, mest hensigtsmæssigt kan bringes til ophør.

I den forbindelse bemærkes det, at vurderingen af, hvorvidt der i medfør af konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 1, skal ske en hel eller delvis ophævelse af roamingaftalen, sker ud fra de samme principper, som anvendes ved spørgsmålet om en aftale eller kun dele heraf skal erklæres ugyldig, jf. lovens § 6, stk. 5.

Det følger heraf, at der skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt de konkurrencebegrænsende elementer i roamingaftalen kan udskilles fra aftalens øvrige indhold, uden at det går ud over aftalen som helhed. Her lægges der blandt andet vægt på, om aftalen efter borttagelse af de konkurrencebegrænsende elementer ændrer så meget karakter, at parterne ikke ville have indgået aftalen med dens øvrige indhold i første omgang.

Konkurrencestyrelsen bemærker, at denne vurdering er i overensstemmelse med EU-praksis på dette område. Således udtaler EF-domstolen i *La Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, C 56/65, [1966] E.C.R.235, at "the automatic nullity in question applies only to those elements of the agreement which are subject to the prohibition, or to the agreement as a whole if those elements do not appear severable from the agreement itself".

Konkurrencestyrelsens afgørelse om at ophæve roamingaftalen i dens helhed beror på en konkret helhedsbedømmelse af aftalen, hvor bestemmelserne om eksklusivitet, bindingsperiode og mindstekøb anses for at udgøre en så vital og integreret del af roamingaftalens kommercielle (/økonomiske) indhold, at grundlaget for hele den kommercielle del af aftalen, herunder særligt prisvilkårene i bilag 5, vil bortfalde ved ophævelse af de nævnte bestemmelser.

Konkurrencestyrelsen finder det rimeligt at anse alle aftalens individuelle bestemmelser for afstemt i forhold til hinanden, hvorfor parterne ikke formodes at ville have udformet og tiltrådt de øvrige bestemmelser uden indholdet af nærværende bestemmelser om eksklusivitet, bindingsperiode og mindstekøb.

4. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Der er i den påklagede afgørelse redegjort for, hvorfor Konkurrencerådet har fundet roamingaftalens vilkår om eksklusivitet, varighed og minimumsaftag konkurrencebegrænsende. Det er imidlertid i den påklagede afgørelse intet anført som begrundelse for påbudet om ophævelse af ikke blot disse vilkår, men aftalen i dens helhed.

På denne baggrund tager Ankenævnet klagers påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådet afgørelse meddelt Telia A/S i skrivelse af 12. januar 2000 om ophævelse af Telia A/S' roamingaftale med Dansk Mobiltelefon I/S og Sonofon A/S begrænses til at angå aftalens vilkår om eksklusivitet, varighed og minimumsaftag.

Klageafgiften tilbagebetales til klager.

Ole Jess Olsen Jens Fejø
Børge Dahl«