

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 22. november 2011 i sag nr. 2011-0024981

TDC A/S
(advokat Niels Kjærsgaard)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(specialkonsulent Gry Høirup)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:
Telia og Telenor
(advokat Gitte Holtsø og advokat Jan-Erik Svensson)

Resume af afgørelsen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 30. juni 2011 truffet afgørelse i en sag, der drejer sig om, hvorvidt TDC A/S skal anses som part i en sag vedrørende Telia og Telenors netdelingsaftale. Styrelsen kom til, at TDC A/S ikke er part i sagen og derfor ikke har ret til partsaktindsigt.

Ved klageskrift af 11. juli 2011 og supplerende klageskrift af 14. juli 2011 har TDC indbragt denne afgørelse for Konkurrenceankenævnet, idet TDC ikke er enige i, at TDC ikke kan anses for part. Telia og Telenor har interveneret til fordel for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, idet de er enige med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i, at TDC ikke skal anses for part.

TDC har navnlig begrundet sin klage med, at der er meget få aktører i markedet, hvorfor en afgørelse vedrørende to af disse aktørers fælles udnyttelse af udstedte licenser på markedet, har direkte indvirkning på TDC, hvorfor TDC har en væsentlig individuel interesse i sagen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført, at når to selskaber anmelder en samarbejdsaftale med henblik på at opnå en ikke-indgrebserklæring, er det alene de to selskaber, som er parter i sagen.

Konkurrenceankenævnet har i lighed med Konkurrencerådet fundet, at TDC ikke er part i sagen vedrørende Telia og Telenors samarbejdsaftale.

Parteres påstande

TDC A/S har nedlagt påstand om, at Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 30. juni 2011 ændres, således at TDC A/S skal anses for at være part i sagen og dermed have ret til partsaktindsigt.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Telia og Telenor har som biintervenienter udtalt sig til støtte for Konkurrencerådets påstand.

Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet har den 30. juni 2011 truffet følgende afgørelse:

”Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer derfor ikke, at TDC kan blive tildelt partsstatus i sagen. På denne baggrund afslås TDC's anmodning om aktindsigt efter forvaltningslovens § 9, stk. 1.

Som følge af, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke finder, at TDC er part i sagen om netdelingssamarbejdet mellem Telia og Telenor, afslås endvidere TDC's anmodninger efter forvaltningslovens §§ 11 og 21 samt konkurrencelovens § 15 a, stk. 2.

”

Sagens faktiske omstændigheder

Denne sag indledtes ved, at Telia og Telenor anmeldte en samarbejdsaftale over for Konkurrencerådet med henblik på at opnå en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, subsidiært en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 2.

Den 15. juni 2011 offentliggjorde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen det anmeldte samarbejde og anmodede samtidig Butler Networks, Dansk Beredskabskommunikation

A/S, ELRO/Skyline, Net 1, TDC samt 3 om at fremkomme med bemærkninger inden den 28. juni 2011. De pågældende aktører blev udvalgt, fordi de alle ligesom parterne er indehavere af frekvenstilladelser.

TDC valgte ikke at fremkomme med bemærkninger til det anmeldte samarbejde, idet de oplyste, at det ikke var muligt at komme med bemærkninger uden først at få partsaktindsigt i sagen.

Den 20. juni 2011 begærede TDC partsaktindsigt i hovedsagen, jf. forvaltningslovens § 9, og anmodede om, som part i sagen, at kunne afgive en udtalelse, jf. forvaltningslovens §§ 11 og 21. Efterfølgende har TDC desuden anmodet om udvidet adgang til partshøring efter konkurrencelovens § 15a, stk. 2.

Den 30. juni 2011 traf Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgørelse om, at TDC ikke er part i hovedsagen. Styrelsen afslog herefter begæringen om partsaktindsigt samt TDCs anmodninger efter forvaltningslovens §§ 9, 11 og 21 samt konkurrencelovens § 15 a, stk. 2.

Den 24. juni 2011 og den 19. august 2011 har styrelsen i medfør af offentlighedslovens regler om meraktindsigt tilsendt TDC henholdsvis et af Telia og Telenor udarbejdet faktaark, som i detaljer beskriver, hvori samarbejdet består, og en ikke-fortrolig udgave af Telia og Telenors anmeldelse af samarbejdet.

TDC har indbragt afgørelsen om manglende partsstatus for Konkurrenceankenævnet.

Parternes argumentation

TDC har til støtte for påstanden navnlig gjort gældende, at TDCs adgang til styrelsens akter er central for at sikre, at det grundlag, hvorpå styrelsen træffer afgørelse som forvaltningsmyndighed, er tilstrækkeligt oplyst. Uden denne adgang kan TDC ikke afgive kvalificeret udtalelse, inden der træffes afgørelse i sagen.

Det var ved indførelsen af konkurrencelovens § 15 a, og ved formuleringen af bemærk-

ningerne hertil, ikke lovgivers intention, at begrænse adgangen til aktindsigt i andet end dokumenter, der udveksles mellem kommissionen og bl.a. andre medlemsstaters myndigheder. I alle andre typer af konkurrenceretlige sager reguleres partsbegrebet af forvaltningslovens regler, hvilket fremgår af forarbejderne til loven.

Det er korrekt, at man skal have en væsentlig og individuel interesse i en sag for at kunne anses for part. I denne sag må det lægges til grund, at TDC har en væsentlig og individuel interesse. Markedet som, Telia, Telenor og TDC opererer på, må anses for et oligopolistisk marked. Dette fremgår af, at markedet er meget reguleret, og at der alene er en aktør på dette marked, udover de tre, som er en del af nærværende sag. Såfremt Telia og Telenor får medhold i hovedspørgsmålet, kan de slå de to virksomheder sammen, således at de nuværende fire operatører i realiteten vil blive skåret ned til tre.

På grund af licensreglerne er det ikke muligt for et andet udenlandsk selskab at indtræde på markedet, hvilket yderligere begrænser markedet.

Eftersom der således er tale om et marked, hvor der udover ansøgerne alene er to operatører, må disse tildeles partsstatus. Dette understreges af, at Telia og Telenor har opnået deres licenser som del i et udbud, hvor TDC betalte et stort beløb for at få licens.

Endeligt vil en afvisning af at give TDC partsstatus være i strid med Konkurrenceankenævnets egen praksis, herunder særligt Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 2002, hvor Konkurrenceankenævnet fandt, at en konkurrent til TV2 skulle anses for part i en sag.

Konkurrencerådet har til støtte for påstanden gjort gældende, at TDCs interesse i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sag nr. 4/0120-0402-0057 ikke er tilstrækkelig væsentlig og individuel til, at TDC kan anses at være part heri.

Partsbegrebet fortolkes snævert, når man er inden for konkurrencelovens område. Dette følger af forarbejderne til konkurrencelovens § 15a, stk. 1, (FT 2004-2005, tillæg A, side 1650), ligesom praksis viser det samme.

Hvis sagen ender med, at Telia og Telenors samarbejde gennemføres, vil det kunne have en vis indirekte betydning for konkurrencesituationen på engros- og detailmarkedet for telefoniysdelser i Danmark. Dette medfører ikke, at TDC kan tillægges partsstatus, idet der ikke vil være tale om en adfærd eller virkninger rettet direkte mod nogen individuel aktør, herunder TDC.

På det danske marked for engrossalg af mobiltelefoni efter en eventuel gennemførelse af Telia og Telenors netdelingsaftale vil der fortsat være fire teleoperatører. Telia og Telenor vil således forblive to særskilte teleoperatører, der konkurrerer indbyrdes og med de øvrige aktører på engros- og detailmarkederne for mobiltelefoni, herunder TDC.

TDCs begæring om partsaktindsigt og TDCs anmodning om at afgive udtalelse samt TDCs begæring om udvidet adgang til partshøring i relation til sag nr. 4/0120-0402-0057 er derfor med rette afslået.

Telia og Telenor har som biintervenienter til støtte for Konkurrencerådets påstand anført, at TDC ikke opfylder kriterierne for at være part i den sag, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har på baggrund af Telias og Telenors anmeldelse af et netværkssamarbejde.

Telia og Telenor har henvist til, at TDC ikke har redegjort for, at selskabets interesse er væsentlig. Det forhold, at TDC er til stede på samme marked som parterne, er ikke tilstrækkelig til at gøre TDC til part.

TDC har ikke redegjort for, at selskabet har en direkte interesse i sagens udfald. Det forhold, at der er få operatører, kan ikke i sig selv begrunde en direkte interesse eller partsstatus, hvilket fremgår af Konkurrenceankenævnets praksis. Der foreligger ikke noget "særligt konkurrenceforhold". Tværtimod er det danske marked for mobiltelefoni anerkendt som et af de mest konkurrenceprægede markeder i Europa. Telia og Telenors samarbejdsaftale berører hverken TDC, deres engroskunder, detailkunder eller samarbejdspartnere. Samarbejdsaftalen vedrører alene Telia og Telenors egne forhold. Eventuelle afledte virkninger vil have generel betydning for markedet, og således også for andre konkurrenter. Der vil ikke være virkninger rettet direkte

mod TDC eller andre aktører i markedet.

TDC har ikke en individuel interesse i sagens udfald. Baggrunden for dette er, at der også efter gennemførelse af samarbejdet vil bestå fire aktører i engrosmarkedet og en lang række aktører på detailmarkedet. Dette fremgår tillige af det faktaark TDC har modtaget og fremsendt til ankenævnet som bilag, ligesom det fremgår af styrelsens offentliggørelse af samarbejdet. Dertil vil potentielle aktører have adgang til det danske telemarked. Nye aktører kan således på lige vilkår byde i konkurrence med etablerede aktører på licenser.

Aftaleforholdet mellem Telia og Telenor berører kun Telia og Telenor. Der er ikke andre aftaleparter involveret i samarbejdet. TDCs henvendelse viser, at TDC ønsker at udøve partsbeføjelser med henvisning til, at styrelsen skal have grundlag for at vurdere aftalens påvirkning af konkurrenceforholdene. TDCs interesse er således knyttet til de generelle konkurrenceforhold i markedet, og ikke til TDCs egne individuelle forhold.

TDCs interesse i sagen synes at være knyttet til en mere generelt præget ideel interesse i at opnå kendskab til forhold, som vedrører andre aktørers forretningsførelse.

Partsbegrebet efter ombudsmandens praksis fortolkes normalt snævert i konkurrenceretten, hvilket er i overensstemmelse med forarbejderne til konkurrencelovens § 15 a. Baggrunden for at partsbegrebet i konkurrenceretten fortolkes snævert er bl.a., at konkurrence-myndighedernes opgaver ofte vedrører fortrolige forhold, forretningsforhold o.lign. Der er således et særligt hensyn til, at konkurrencemyndighederne ikke skal facilitere udveksling af følsomme oplysninger. Virksomheder skal have tillid til at kunne fremsende selv meget fortrolige dokumenter til konkurrencemyndighederne, uden at disse spredes i markedet eller i offentligheden.

Afgørelsens begrundelse og resultat

Adgang til aktindsigt efter forvaltningslovens § 9, stk. 1, tilkommer sagens parter.

Ifølge forarbejderne til konkurrenceloven (FT 2004-2005, tillæg A, side 1650), er der i sager efter konkurrenceloven tale om et snævert partsbegreb, der som udgangspunkt omfatter afgørelsens adressat. Partsstatus kan imidlertid også undtagelsesvis tillægges andre end den

umiddelbare adressat for afgørelsen, hvis vedkommende har en væsentlig individuel interesse knyttet til sagen og dens udfald.

Det fremgår af Konkurrenceankenævnets praksis, at selv i en situation, hvor en sag er indledt på baggrund af en klage fra en konkurrent i et marked med meget få aktører, gives klageren ikke partsstatus.

Nærværende sag drejer sig om, hvorvidt Konkurrencerådet vil afgive en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, i forhold til en samarbejdsaftale mellem Telia og Telenor. Dette betyder, at det som udgangspunkt alene er Telia og Telenor, som er parter i sagen. Dette underbygges af, at Telia og Telenor opererer på et marked med andre store aktører end Telia, Telenor og TDC, og at Konkurrencerådets afgørelse vil blive truffet i forhold til det generelle marked og ikke den enkelte konkurrent.

Det forhold, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har valgt at høre TDC A/S over Telia og Telenors anmodning, samt at TDC A/S har oplyst, at selskabet ikke finder at kunne afgive en udtalelse vedrørende Telia og Telenors samarbejde, hvis ikke det får adgang til fuld partsaktindsigt, ændrer ikke herved.

På denne baggrund stadfæster Konkurrenceankenævnet i det hele Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 11. juni 2011 om aktindsigt.

Herefter bestemmes

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 11. juni 2011 stadfæstes.

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Suzanne Helsteen

Christian Hjorth-Andersen

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Konkurrenceankenævnet den 22. november 2011.

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Susanne Winther-Nielsen
Ekspeditionssekr.