2006-02-10: Konkurrenceankenævnets kendelse om TDC A/S mod Konkurrencerådet (Margin squeeze og bonusskalaer)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 10. februar 2006 i sag 04-134.896.

TDC A/S
(advokat Jens Munk Plum)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Line Kornerup Flittner)

1. Den påklagede afgørelse.

Ved foreløbigt klageskrift af 6. maj 2004 og endeligt klageskrift af 11. juni 2004 har TDC A/S påklaget sålydende afgørelse truffet af Konkurrencerådet den 28. april 2004:

”22. Det meddeles TDC, at selskabet i 2003 har udøvet ulovlig margin squeeze omfattet af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1. TDC påbydes, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 1, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 4 at bringe dette misbrug til ophør. Påbudet skal være efterkommet senest en uge efter modtagelsen af den endelige afgørelse i sagen. …

24. Det meddeles TDC, at bonusskalaerne i TDC Mobils gensalgsaftale mobil er dis-kriminerende og loyalitetsskabende. Da de ikke kan begrundes i omkostningsforhold udgør de et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1. TDC påbydes, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 1, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 4 at bringe overtrædelsen af konkurrencelovens § 11, stk. 1 til ophør hurtigst muligt.”

Konkurrencerådet har i skrivelse af 13. maj 2004 ”efter en konkret vurdering valgt at tillægge” klagen opsættende virkning.

2. Sagens baggrund.

2.1 Sagen drejer sig om, hvorvidt TDC har udøvet ”margin squeeze” ved at levere engrosydelser til sig selv og til andre aktører til en sådan pris, at forskellen (”the margin”) mellem engros- og detailpris er for lille til, at selv en tilstrækkelig effektiv udbyder kan opnå en rimelig indtjening på markedet.

Desuden drejer sagen sig om, hvorvidt den bonusordning, som indgår i TDC Mobils aftaler om gensalg af mobiltjenester til de såkaldte serviceprovidere, der ikke selv har mobilnet, er diskriminerende og loyalitetsskabende og uden omkostningsmæssig begrundelse.

Sagen er opstået på baggrund af, at Song Networks A/S (Song), der udbyder fastnettelefoni til erhvervsvirksomheder, den 8. marts 2002 klagede til Konkurrencestyrelsen over, at TDC og SONOFON udøver ulovlig krydssubsidiering i forbindelse med terminering af kald i TDC's og SONOFON's mobilnet.

Efter møder med Konkurrencestyrelsen i løbet af 2003 ændrede Song sine klagepunkter til at vedrøre 1) urimeligt høje priser på terminering i mobilnet, 2) krydssubsidiering/margin squeeze mellem engros- og detailsalg, 3) ulovlige bonusskalaer i TDC Mobils gensalgsaftaler mobil og 4) samordnet praksis ved fastsættelse af mobiltermineringsafgifter.

Konkurrencestyrelsen afviste i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., at behandle klagepunkt nr. 1 og nr. 4, hvorfor Konkurrencerådets afgørelse af 28. april 2004 alene vedrører spørgsmålene om margin squeeze mellem engros- og detailsalg og ulovlige bonuskanaler i aftaler om gensalg af mobiltjenester.

2.2 Det bemærkes, at parterne for ankenævnet er enige om, at de relevante markeder er erhvervsslutbrugermarkedet i Danmark for telefoniløsninger, der inkluderer fastnet, engrosmarkedet for terminering af trafik i TDC's mobilnet samt engrosmarkedet for gensalg af mobiltjenester.

Det er desuden for ankenævnet ubestridt, at TDC indtager en dominerende stilling på de relevante markeder.

2.3 I det notat, der ligger til grund for afgørelsen, hedder det bl.a.:

*"**Klagen***

26. Klageren Song Networks A/S er et fastnetselskab, der konkurrerer med bl.a. TDC …om at levere telefoni til erhvervsvirksomheder i Danmark.

27. Ved produktionen af telefoni til erhvervsvirksomheder indgår bagvedliggende engrostjenester kaldet access (originering) og terminering. Disse engrostjenester udgør råvarerne i et telefonkald.
…

28. Slutbruger A foretager et kald til slutbruger B. Produktionen af dette kald består af access (originering) af kaldet fra A's telefon til en såkaldt samtrafikcentral, hvor kaldet går fra A's teleudbyders net til B's teleudbyders net, og af terminering af kaldet fra samtrafikcentralen til B's telefon. Både accesstjenesten og termineringstjenesten kan foregå i fastnettet eller mobilnettet, alt afhængig af kaldsretningen. Eksempelvis består kaldsretningen fastnet – mobil af engrostjenesterne access i fastnet og terminering i mobilnet.

29. Access og terminering sælges på engrosmarkederne via såkaldte samtrafikaftaler. Derudover er det muligt at købe de to engrostjenester som en samlet engrostjeneste, der så dækker hele kaldet fra A til B. Den samlede tjeneste sælges på engrosmarkederne via en aftale om såkaldt gensalg af mobiltjenester eller fastnettjenester. Når en teleoperatør tegner en aftale om gensalg af mobil eller

fastnettjenester køber operatøren hele kaldet og står alene for kundeservice m.v. over for slutbrugerne. Derfor anvendes betegnelsen "serviceprovidere" om disse selskaber.

30. Selskaberne TDC og SONOFON er begge mobiloperatører med eget mobilnet. Det betyder, at de kan producere engrostjenesten terminering i mobilnettet. Song Networks er ikke mobiloperatør, men serviceprovider på mobilområdet, og kan derfor ikke selv producere terminering i mobilnet.

...

Krydssubsidiering/Margin-squeeze
38. Song anfører, at TDC …tilbyder erhvervskunder kald fra fastnet til selskabernes egne mobilnet til priser, der er langt under engrosprisen for denne type kald. Det må ifølge Song medføre et tab for TDC …, der bliver dækket af overskud fra de af selskabernes afdelinger, der udbyder engrostjenesten terminering af kald i selskabernes egne mobilnet. De to selskabers adfærd er ifølge Song Networks et eksempel på margin-squeeze. [Note: Se Kommisionens beslutning af 20. marts 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (Sag COMP/35.141 – Deutsche Post AG)[1]

39. Song påpeger, at TDC …har en dominerende stilling på engrosmarkedet for terminering i eget mobilnet, og Song's klagepunkt går dermed på, at de to selskaber misbruger denne dominerende stilling til at udføre margin-squeeze i forbindelse med selskabernes salg af produkter på erhvervsslutbrugermarkedet. På den måde udkonkurreres Song på erhvervsslutbrugermarkedet.

40. Ifølge klagen forhindrer TDC's …margin-squeeze adfærd altså Song i at kunne tilbyde samme slutbrugerpriser som TDC …uden, at Song pådrager sig betydelige tab herved.

Konkurrenceforvridende bonus
41. Song anfører, at de bonusskalaer, der er indeholdt i TDC Mobils gensalgsaftaler, indebærer så store rabatter, at de ikke kan være begrundet i omkostningsforhold forårsaget af stordriftsfordele i nettet. Progressionen i bonusskalaerne er indrettet på en sådan måde, at der ydes en stigende bonus i takt med stigende omsætning. Song anfører derfor, at progressionen i skalaen begunstiger serviceprovidere med en stor omsætning – herunder særligt TDC selv, med konkurrenceforvridning til følge. Song anfører, at da TDC Mobil er dominerende på markedet for gensalg af mobiltjenester indebærer bonusskalaerne et misbrug omfattet af konkurrencelovens § 11 stk. 3. nr. 3.

Høring
42. Udkast til Konkurrencestyrelsens afgørelse har, jf. konkurrencelovens § 15a, været i høring hos sagens parter, TDC, SONOFON og Song Networks. Sagen har været sendt i høring flere gange. Hovedpunkterne i høringssvarene er gengivet her, men først kommenteret under de relevante punkter i notatet. ...

TDC's høringssvar

43. Advokat Jens Munk Plum har afgivet høringssvar på vegne af TDC. TDC's høringssvar drejer sig i al væsentlighed om ...

- ...

- Konkurrencestyrelsens test af margin-squeeze

- SP-bonussen

...

46. For så vidt angår andet punkt er TDC uenig i, at styrelsens metode kan anvendes til at statuere margin squeeze. TDC finder således ikke, at styrelsens metode er i overensstemmelse med gældende EU-konkurrenceret, og at testet i øvrigt ikke er egnet til at påvise margin squeeze, således som dette definere i gældende konkurrenceret.

47. Derudover finder TDC ikke, at der selv efter styrelsens metode foreligger margin squeeze. For det første finder TDC, at styrelsens analyse ikke er korrekt, fordi den – uagtet, at engrosmarkedet for terminering i mobilnet ikke er en del af de i sagen definerede relevante markeder – alligevel inddrages dette marked i vurderingen af margin squeeze. TDC finder, at vurderingen af margin squeeze skal foretages på de for sagen relevante markeder. For det andet er TDC ikke enig i styrelsens analyse af underskudsgivende kaldsretninger. For det tredje finder TDC, at overskudsgraden på ca. […] pct. i sig selv er tilstrækkelig til at fastslå, at der ikke kan foreligge margin squeeze, og at styrelsens konklusion er klart ubegrundet. For det fjerde anføres det, at TDC møder konkurrencen fra SONOFON. TDC finder, at SONOFONs gennemsnitlige priser i praksis er lavere end beregnet af styrelsen. Samlet finder TDC altså ikke, at det kan lægges til grund, at TDC har udført margin squeeze.

48. For så vidt angår det tredje og sidste punkt finder TDC grundlæggende, at styrelsens analyse af SP-bonusordningen er mangelfuld og forkert, og at der ikke er grundlag for styrelsens konklusion om, at SP-bonusskalaen kan anses for et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11.

49. For det første finder TDC, at styrelsens analyse er mangelfuld og forkert, idet styrelsen ikke har foretaget en korrekt konkurrenceretlig analyse af ordningen.

50. For det andet gør TDC gældende, at ordningen hverken er diskriminerende eller har bindingsvirkninger.

51. For det tredje finder TDC, at Konkurrencestyrelsens vurdering af omkostningselementets betydning er fejlagtig. TDC finder således ikke, at der er grundlag for at fastslå, at SP-bonussen skulle være diskriminerende, fordi den ikke fuldt ud skulle være omkostningsbegrundet. En manglende omkostningsbegrundelse gør efter TDC's vurdering ikke en kvantumsrabat diskriminerende.

52. For det fjerde finder TDC, at vurderingen af SP-bonus er i strid med såvel Konkurrencerådets hidtidige praksis som Konkurrencestyrelsens egen tidligere vurdering heraf.

53. For det femte finder TDC, at SP-bonussen har en tilstrækkelig omkostningsmæssig begrundelse og at styrelsens synspunkt vil føre til, at TDC reelt afholdes fra at give nogen form for rabat, og at styrelsens vurdering derfor vil være en klar skærpelse af praksis

54. Endelig finder TDC, at vurderingen må ses i lyset af de rabatter, andre udbydere på markedet, særlig SONOFON benytter sig af.

...

Selskaberne

Song Networks

66. Song Networks (tidl. Tele1 Europe) er et teleselskab, der leverer datakommunikations- og telefoniløsninger til erhvervslivet i Sverige, Danmark, Norge og Finland. Hovedsædet ligger i Stockholm, og selskabet havde i 2001 driftsindtægter på 2.167 mio. SEK, hvoraf de godt 395 mio. SEK stammer fra den danske forretning. Det samlede kundeantal i norden ligger på omkring 21.000.

67. Song Networks ejer og driver selv et omfattende backbone-net i fastnettet bestående af optiske fiberforbindelser, der forbinder de største nordiske byer. Derudover ejer og driver selskabet en række såkaldte local access network, der består af faste kredsløb (direkte forbindelser mellem to punkter) i og imellem områder, hvor selskabet har kunder, i de største nordiske byer. De enkelte local access network bliver forbundet af backbone-nettet.

68. Song har ikke mobilnet og driver heller ikke mobilvirksomhed som MVNO (mobil virtuel netoperator), dvs. med eget udstyr på centralerne, men uden eget net. Song Networks har dog en gensalgsaftale med TDC og gensælger, som serviceprovider, mobiltrafik til sine kunder via TDC's mobilnet. Selskabet ejer, som nævnt, faste kredsløb, der benyttes til at bringe trafikken til centrale punkter i Danmark og udlandet, hvorpå trafikken termineres til slutbrugerne via andre net. Song efterspørger derfor i forbindelse med sit udbud af data- og teletjenester bl.a. samtrafik hos netoperatørerne i Danmark herunder samtrafik i de landsdækkende GSM mobilnet drevet af TDC og SONOFON.

TDC

69. TDC er det tidligere statsmonopol på det danske marked for telefoni og ejer og driver dermed det omfattende fastnet, der via kobberledningerne i accessnettet forbinder fastnetslutbrugerne til det overordnede net. Derudover ejer og driver TDC bl.a. et landsdækkende GSM mobilnet i Danmark bestående af et GSM 900 net og et GSM 1800 net. TDC havde samlet en omsætning på godt 50 mia. kr. i 2003 hvoraf godt 22 mia. kr. stammer fra TDC's danske forretning. Årets resultat var godt 1,8 mia. kr.

70. TDC er samtidig den største operatør på udbud af telefonitjenester til slutbrugerne via fastnet og mobilnet. TDC Totalløsninger, der er resultatet af en sammenlægning af TDC Tele Danmark A/S, og TDC Internet A/S, er den afdeling i TDC, der udbyder telefoniprodukter baseret på fastnet til erhvervskunder i Danmark. Disse produkter omfatter bl.a. integrerede produkter (PlusNet Mobil) og almindelige fastnetprodukter, hvori også indgår kald fra fastnet til mobilnet. TDC Totalløsninger A/S havde i 2003 en omsætning på 18,6 mia. kr. og et resultat af primær drift (EBITDA) på godt 6 mia. kr.

71. TDC Mobile International A/S, der driver TDC's mobilforretning, herunder den danske, havde i 2002 en samlet omsætning på 15,4 mia. kr. hvoraf 5,4 mia. kr. hidrører fra den danske forretning. TDC havde i 2. halvår 2003 en markedsandel på 34 pct. af mobilabonnenterne i Danmark og 36 pct. af den afgående indenlandske mobiltrafik (dækker både trafik fra mobilnet til samme net eller til andre net i Danmark.)

...

Det relevante marked

...

80. Det er ifølge styrelsens oplysninger ikke muligt at købe de enkelte kaldsretninger, herunder kaldsretningen fastnet til mobilnet, særskilt. Der kunne argumenteres for, at et samlet udbud af kald fra fastnet i et produkt udgør en bundling af de enkelte kaldsretninger. Dette kræver dog, at de enkelte kaldsretninger sælges og kan købes på selvstændige markeder. Dette er efter styrelsens oplysninger ikke tilfældet. Derfor vurderes, at kald fra fastnet udgør et samlet produkt, og at kald fra mobilnet udgør et samlet produkt.

...

Det relevante slutbrugermarked

99. Det relevante slutbrugermarked i nærværende sag er erhvervsslutbrugermarkedet i Danmark for telefoniløsninger, der inkluderer fastnet. Dette marked inkluderer både simple fastnet-produkter og integrerede mobil- og fastnet-produkter.

...

104 …har styrelsen vurderet, at simple kombinerede løsninger af fastnet- og mobiltelefoni er substituerbare med de integrerede løsninger, og derfor indgår på samme marked.

...

Dominerende stilling på slutbrugermarkedet

107 På erhvervsslutbrugermarkedet i Danmark for telefoniløsninger, der inkluderer fastnet, udbyder TDC produkterne ErhvervsAftale, SKI aftalen, TeleRabat, Kombi og PlusNet Mobil. TDC's samlede omsætning fra disse produkter var i 2003 ca. X mia. kr. SONOFONs udbud af slutbrugerprodukter på erhvervsslutbrugermarkedet består af produkterne Multiplan og Fastnet Erhverv. SONOFON havde i 2003 en omsætning på X mio. kr.

...

110. Det vurderes derfor, at TDC indtager en dominerende stilling på erhvervsslutbrugermarkedet i Danmark for telefoniløsninger, der inkluderer fastnet.

...

De relevante engrosmarkeder

128. Konkurrencestyrelsen vurderer på denne baggrund, at det relevante engrosmarked er engrosmarkedet for terminering af kald i TDC's mobilnet, engrosmarkedet for terminering af kald i SONOFONs mobilnet, og et samlet marked for gensalg af mobiltjenester i Danmark.

...

Misbrug

...

Krydssubsidiering/Margin Squeeze

136. Under klagepunktet om krydssubsidiering/margin Squeeze har Konkurrencestyrelsen undersøgt, hvorvidt TDC og SONOFON udøver ulovlig margin squeeze i forbindelse med selskabernes udbud på slutbrugermarkedet …

Margin Squeeze

137. Konkurrencerådet har ikke tidligere behandlet en sag, der vedrører margin squeeze, og international retspraksis på området er meget begrænset.

138. Senest har EU-Kommissionenen i Deutsche Telekom-sagen undersøgt for margin squeeze [note: COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 Deutsche Telekom AG) (2003/707/EF)]. …

139. Office of Fair Trading (OFT) har ligeledes undersøgt for margin squeeze i sagen mod BSKyB [note: (CA98/20/2002): BSkyB investigation: alleged infringement of the Chapter II prohibition.]. …

140. Konkurrencestyrelsen finder, at de to sager er forskellige fra nærværende sag og, at de test, der er anvendt i DT-sagen og BSkyB-sagen, dermed ikke direkte kan anvendes til at undersøge for margin squeeze i nærværende sag.

141. I denne sag giver det ikke mening at undersøge alle de slutbrugerprodukter, der kan produceres på baggrund af engrosprodukterne. Det skyldes, at de enkelte produkter på detailmarkedet i denne sag er i direkte konkurrence med hinanden, og indtægter fra de integrerede produkter PlusNet Mobil (udbudt af TDC) og Multiplan (udbudt af SONOFON), udgør en stærkt stigende andel af TDC's og SONOFONs omsætning såvel som den samlede omsætning på slutbrugermarkedet.

142. TDC's omsætning for PlusNet Mobil produktet er således mere end […] fra 2002 til 2003 (produktet blev introduceret i 2002), således at det i 2003 udgjorde […] pct. af TDC's samlede omsætning på slutbrugermarkedet mod […] pct. i 2003. …

143. De integrerede produkter konkurrerer altså direkte med de øvrige produkter på markedet – med stor succes. På dette punkt adskiller sagen sig fra de to ovennævnte sager, hvor de enkelte

detailprodukter ikke var i direkte konkurrencen med hinanden. Song og andre ikke-integrerede konkurrenter kan ikke blot koncentrere sig om andre produkter, der kan produceres på baggrund af engrosprodukterne. Det skyldes altså, at PlusNet Mobil produktet (…) vinder markedsandele fra de øvrige produkter på markedet.

144. Derudover er det netop igennem de integrerede produkter, at TDC …sælger enkelte kaldsretninger med betydeligt underskud.

145. Det giver heller ikke mening kun at undersøge den samlede indtjening i forbindelse med de samlede integrerede detailprodukter. Det skyldes, at de integrerede produkter består af en række delkomponenter, der ikke kan købes selvstændigt, men kun i samlet form. Selskaberne har i forbindelse med de integrerede produkter PlusNet Mobil (TDC) …valgt en prisstruktur, hvor flere forskellige kaldsretninger sælges til samme pris på trods af forskellig engrosomkostning. Det betyder, at enkelte delkomponenter sælges til priser under engrosomkostningerne, mens andre sælges til priser over engrosomkostninger. Denne prisstruktur udgør et stort problem for ikke-integrerede virksomheder som Song, der konkurrerer med TDC og SONOFON på detailmarkedet. Der var ikke tale om lignende samlede produkter i DT-sagen eller BSkyB-sagen.

146. Problemet er, at de samlede produkter ikke består af bestemte, på forhånd fastsatte, mængder af de enkelte delkomponenter. Slutbrugerne kan således ændre deres adfærd og dermed forbrugsmønster af det samlede produkt. De kan derved bruge mere af en delkomponent og mindre af en anden. Der er en betydelig risiko for, at de tabsgivende kaldsretningers andel vil vokse og de overskudsgivende kaldsretningers andel vil falde. Det samlede produkt kan derved give underskud på detailniveau. TDC og SONOFON er imidlertid integrerede virksomheder, der både er aktive på engros- og detailmarkedet. En sådan adfærdsændring vil derfor ikke give meget tab for TDC eller SONOFON på koncernniveau.

147. Problemet kan illustreres med følgende forsimplede regneeksempel. Der er for overskuelighedens skyld set bort fra engrospris og omkostninger ved access i fastnettet og kun medtaget terminering i mobilnet. Det bemærkes, at Konkurrencestyrelsen ikke er bekendt med de præcise engrosomkostninger for terminering i mobilnet. Konkurrencestyrelsen har på baggrund af oplysninger fra markedsaktører foretaget et konservativt skøn for omkostningen ved terminering. Den antages derfor i dette regneeksempel til 50 øre. De øvrige priser og omkostninger i eksemplet stammer fra oplysninger fra TDC og SONOFON.

...

151. Song er ikke aktive på det overskudsgivende engrosled, og Song har derfor en helt anden risiko ved at sælge de enkelt kaldsretninger med underskud. En stigning i kundernes brug af de underskudsgivende kaldsretninger vil derfor gøre det tabsgivende for Song at agere på markedet.

152. Pga. risikoen kan en sådan prisstruktur indebære et misbrug i form af margin squeeze. Og det er ikke nødvendigt for TDC …at have en prisstruktur, hvor der er ens priser på en række kaldsretninger, og hvor enkelte kaldsretninger dermed sælges med underskud. De to selskaber kan sagtens lave produkter med samme brugervenlighed, men uden ens minutpriser. Selskaberne kan i stedet lade prisen på de enkelte kaldsretninger afspejle de bagvedliggende engrosomkostninger. Det vil ikke påvirke den samlede regning for kunderne, og derved fjernes risikoen for de ikke-integrerede selskaber, når de skal konkurrere med de integrerede produkter. Derfor skal

vurderingen i denne sag basere sig på indtjeningen på delkomponenterne i de samlede detailprodukter. En simpel vurdering af indtjeningen på det samlede produkt afspejler ikke dette problem.

153. De test, der er blevet anvendt i DT-sagen og i BSkyB sagen, er derfor ikke direkte anvendelige i nærværende sag. Konkurrencestyrelsen har derfor opstillet sit eget test, der tager højde for de særlige forhold der er gældende i nærværende sag. Dette test er en modificering af de test, der er anvendt i DT-sagen og i BSkyB-sagen.

154. Konkurrencestyrelsens test udgøres af følgende …to forudsætninger, der begge skal være opfyldt for, at det i nærværende sag kan godtgøres, at TDC og SONOFON har udført ulovlig margin squeeze. Dertil komme to særlige hensyn, der kan virke som formildende omstændigheder i forhold til misbruget:

Test for margin squeeze

Forudsætninger for margin squeeze

1. Dominans:
Selskabet har dominans på mindst ét af de engrosmarkeder, der indgår i slutbrugerproduktet, og selskabet kan via prisen på dette engrosmarked mærkbart påvirke konkurrencesituationen på slutbrugermarkedet. Selskabet er samtidig aktiv på slutbrugermarkedet,

2. Misbrug:
Underskud på enkelte kaldsretninger i det samlede produkt:
Selskabet sælger en eller flere kaldsretninger under de ydelsesspecifikke meromkostninger (IC)

Særlige hensyn

- *Indtægterne fra det samlede produkt er ikke tilstrækkelige til at dække de samlede omkostninger inklusiv risiko og normal forrentning*
- *Overtrædelse af "meeting the competition defence" argumentet:*
  Selskabet agerer aggressivt på slutbrugermarkedet og er gået videre end meeting the competition defence ved at have lavere gennemsnitlig minutpris end den nærmeste konkurrents på de kaldsretninger, hvor IC ikke dækkes.

1. Test af dominans – forudsætning for misbrug

155. Det første krav er forudsætning for, at der kan forekomme et misbrug. Margin squeeze begrebet er nært beslægtet med begrebet leverage [note: Leverage begrebet beskriver en situation, hvor en virksomhed benytter sin dominerende stilling på et marked som "løftestang" til at tiltvinge sig konkurrencefordele på et nært beslægtet marked]. For at der kan være tale om margin squeeze skal selskabet via sin dominerende position på ét marked (engrosmarked) have en mærkbar indflydelse på konkurrencesituationen på det tilstødende marked (slutbrugermarkedet). Det kan være tilfældet, hvis selskabet har en dominerende indflydelse på prisen for et engrosprodukt, der

har en mærkbar indflydelse på produktet, der handles på det tilstødende marked. Selskabet kan i denne situation hæve prisen på engrosproduktet og dermed sænke marginen (margin squeeze) på produktet på det tilstødende marked. Herved kan selskabet via dominans på engrosproduktet mærkbart påvirke konkurrencesituationen på det tilstødende marked.

2. Der er underskud på enkelte kaldsretninger i det bundlede produkt – test for selve misbruget

156. Det andet krav udgør et test for selve misbruget. Et selskab, der er dominerende på et engrosmarked og samtidig aktiv på slutbrugermarkedet kan sælge enkelte delprodukter (kaldsretninger) i et bundlet produkt til klart under de variable omkostninger, men samtidig sælge hele produktet med overskud. Hermed påtager selskabet sig en risiko, fordi kundens forbrug af de enkelte delprodukter i det bundlede produkt (kaldmønster) kan ændre sig og et samlet forventet overskud kan blive til et underskud.

157. Til forskel for et selskab, der ikke har dominans på et engrosmarked (Song) opnår den vertikalt integrerede virksomhed (TDC …) indtjening på engrosmarkedet. De delprodukter (kald), som genererer underskud på detailmarkedet, således vil give en afledt indtægt på engrosmarkedet for selskabet (TDC …). Et delprodukt (kald), som er underskudsgivende på detailmarkedet, kan derfor godt give overskud på koncernplan for disse to virksomheder. …. Derfor har det vertikalt integrerede selskab (TDC …), modsat selskabet, der kun er til stede på det tilstødende slutbrugermarked (Song), langt fra samme risiko ved at tilbyde underskudsgivende priser på de enkelte kaldsretninger. Når TDC …sælger enkelte kaldsretninger med underskud, kan det derfor indebære margin squeeze.

158. Dette punkt svarer altså til de test, der foretages i både DT-sagen og BSkyB-sagen, blot for de enkelte kaldsretninger.

3. Indtægter på det samlede produkt dækker ikke de samlede omkostninger inklusiv risiko og normal forrentning – særligt hensyn

159. Det tredje krav er et særligt hensyn, der kan fungere som en modifikation, givet det andet krav er opfyldt. Såfremt efterspørgslen efter underskudsgivende kald (eksempelvis fast – mobil) stiger, vil det således betyde, at resultat for produktet som helhed forværres. Derfor er det ikke tilstrækkeligt, at der for produktet som helhed blot er dækning for de ydelsesspecifikke meromkostninger, som det er gældende i predatory pricing sager, men resultatet for produktet som helhed skal indeholde en betydelig risikopræmie. Hvis risikoen for en ikke vertikalt integreret virksomhed ikke afspejles i afkastet på detailmarkedet, kan der foreligge et misbrug af dominerende stilling i form af margin squeeze.

4. Test af "meeting the competition defence"-argumentet – særligt hensyn

160. Det fjerde krav er på samme måde et særligt hensyn, der kan fungere som en modifikation, givet det andet krav er opfyldt. Det vurderes således, at en dominerende virksomhed (TDC) kan påberåbe sig det såkaldte meeting the competition defence princip. På det for sagen relevante slutbrugermarked var SONOFON den første på markedet med et integreret produkt. Med dette produkt, Multiplan, har SONOFON vundet markedsandele fra TDC, sidst igennem den såkaldte delaftale 1 med Statens og Kommunernes Indkøbs Service, hvor Staten har forpligtet sig til at købe

telefonitjenester af SONOFON. Derfor må TDC defensivt have en vis mulighed for at forsvare sig imod SONOFON udfra argumentet med "meeting the competition defence".

161. Det dominerende selskab (TDC) må dog ikke forsvare sig aggressivt, og i nærværende sag defineres en aggressiv adfærd fra TDC's side ved, at TDC i en længere periode har solgt underskudsgivende kaldsretninger til lavere slutbrugerpriser end den nærmeste konkurrent (SONOFON).

162. Konkurrencestyrelsen har til analysen indhentet oplysninger fra TDC og SONOFON. De to selskaber er således blevet bedt om at tilvejebringe oplysninger om erhvervsprodukter, der inkluderer kald fra fastnet til mobil, og som siden 1. januar 2001 er blevet tilbudt erhvervskunder.

TDC

1. Test af dominans

...

164. TDC har en dominerende stilling på engrosmarkedet for terminering i TDC's mobilnet og på engrosmarkedet for gensalg af mobiltjenester. Ca. […] pct. af TDC's engrosomkostninger i forbindelse med udbuddet af PlusNet Mobil produktet stammede i 2003 fra kaldsretninger, hvor terminering eller gensalg af mobiltjenester indgik. Dermed har TDC's engrospriser en mærkbar effekt på konkurrencesituationen. TDC opfylder dermed første krav.

...

2. Test af "underskud på enkelte kaldsretninger"

166. TDC har leveret produktregnskaber for PlusNet Mobil produktet i 2003 opdelt på kvartaler. Opgørelserne baserer sig på en operatør-tilgang for så vidt angår fastnetkald, og på en serviceprovider-tilgang for så vidt angår mobilkald. Dvs. at TDC Totalløsninger, der udbyder produktet til slutbrugerne, regnskabsmæssigt behandles som operatører på fastnet-delen og serviceprovider på mobil-delen. Som serviceprovider betaler TDC Totalløsninger, via en serviceprovideraftale på fastnetområdet, TDC's engrosafdeling for at producere produktet, dvs. bl.a. at udveksle trafik med andre operatører. TDC Totalløsninger håndterer som serviceprovider alene kundeservice m.v. [note: IT- og Telestyrelsen har over for Konkurrencestyrelsen bekræftet, at TDC frit kan vælge, om produktregnskaber skal baseres på en operatøradgang eller en serviceprovidertilgang]. TDC har således oplyst omsætningen og de ydelsesspecifikke omkostninger [note: Omkostningerne til fastnetoriginerede kald baserer sig på LRAIC-omkostninger, der omfatter en andel af faste omkostninger, herunder delte og fælles omkostninger, og omkostningerne til mobiloriginerede kald baserer sig på serviceprovideromkostninger. Begge metoder vurderes at dække de ydelsesspecifikke meromkostninger forbundet med produktion af minutter] for de forskellige kaldsretninger opdelt i peak og off-peak trafik og on-net og off-net trafik. On-net trafik relaterer sig til trafik inden for gruppen, dvs. til kundernes egne telefoner. Off-net relaterer sig til al trafik uden for gruppen, dvs. i TDC's net og øvrige net, der i PlusNet Mobil bliver solgt til samme pris.

167. Opgørelserne viser, at TDC i 2003 samlet havde negativt dækningsbidrag på […] kaldsretninger ud af 34 kaldsretninger (peak og off-peak regnes som selvstændig kaldsretning, og der ses bort fra SMS). Nedenfor er angivet det gennemsnitlige dækningsbidrag pr. minut for de enkelte kaldsretninger:

...

168. TDC anfører, at der skal tages hensyn til både peak og off-peak trafik, og at der derfor skal fastlægges en vægtet pris for den pågældende kaldsretning. Sker det anfører TDC, at der kun vil være underskud på kaldsretningerne fast-mobil (on net) og (off-net) og i helt begrænset omfang DATA.

169. Styrelsen er ikke enig i dette, og bemærker, at selv hvis TDC's metode blev anvendt, ville TDC stadig have underskud på 3 kaldsretninger, og særligt på fast – mobil. TDC opfylder dermed det andet krav.

3. Indtægterne på det samlede slutbrugerprodukt dækker ikke de samlede omkostninger inklusiv risiko og normal forrentning

170. Opgørelserne viser, at TDC i 2003 havde et samlet overskud på godt […] mio. kr. ud af en samlet omsætning på godt […] mio. kr. Det svarer til en gennemsnitlig overskudsgrad på godt […] pct.

171. Men fjernes den ulovlige SP-bonus, falder overskudsgraden til ca. […] pct. TDC's overskudsgrad på den samlede danske forretning i 2003 var 19,3 pct., mens overskudsgraden for telekommunikationsbranchen på globalt plan i 2003 var 18,2 pct.…TDC's overskudsgrad på PlusNet Mobil produktet var i 2003 altså reelt […] så stor som, hvad der ellers er gældende for TDC og for telekommunikationsbranchen globalt set, og derfor reelt […] så stor, som hvad man kan kalde en "normal" overskudsgrad.

172. Det er svært talmæssigt at fastsætte risikoen, og det må derfor bero på en konkret vurdering af forholdene på markedet. Men i nærværende sag er overskudsgraden lavere end TDC´s gennemsnitlige overskudsgrad. Hvis det sammenholdes med de betydelige underskud i forbindelse med fast-mobil kald pr. minut i detaildelen, det betydelige overskud i engrosdelen samt den kraftigt stigende andel af den samlede trafik, som disse kald udgør [note: TDC's PlusNet Mobil produkt har kun været på markedet siden slutningen af 2002. SONOFONs Multiplan blev introduceret allerede i 2000. Andelen af fast-mobil kald udgjorde i 2001 …pct. mod …pct. i 2003. Det svarer til en stigning på godt …pct.], så indebærer dette reelt, at konkurrencen begrænses yderligere til fordel for TDC. Der er således en klar risiko for, at overskudsgraden vil falde yderligere. Da konkurrerende selskaber (Song), der ikke er aktive på engrosmarkedet (hvor der er et betydeligt overskud i forbindelse med de underskudsgivende kald) med den nuværende prisstruktur på integrerede produkter har en langt større risiko ved at udbyde disse produkter på markedet end TDC, vil lave overskudsgrader virke som en strategisk barriere, der holder konkurrenter ude.

173. Styrelsen har foretaget følsomhedsanalyser på TDC's overskudsgrad. Styrelsen har således ændret kaldsfordelingen i forhold til 4. kvartal 2003 og fjernet TDC's ulovlige bonus. Styrelsen har ændret andelen af fast-fast kald, fast-mobil, mobil-fast og mobil-mobil. …

...

174. Det ses, at resultatet for produktet som helhed forværres betydeligt, hvis kaldsfordelingen ændrer sig over mod flere kald mod mobil …. Analysen viser, at resultaterne er følsomme over for ændringer i kaldsfordelingen. Dette afspejler risikoen forbundet med at sælge de enkelte kaldsretninger med underskud.

175. PlusNet Mobil produktet blev først introduceret i slutningen af 2002, og det er derfor vanskeligt at pege på signifikante tendenser i udviklingen i kaldsfordelingen. Der har dog ikke har været den store udvikling i løbet af 2003. Fra 1. kvartal 2003 til 4. kvartal 2003 steg andelen af fast-mobil i PlusNet Mobil produktet således med knap […] pct. mens andelen af mobil-mobil steg med godt […] pct.

...

177. Derfor er indtægterne fra det samlede PlusNet Mobil produkt ikke tilstrækkelige til at dække de samlede omkostninger inklusiv den betydelige risiko forbundet med at sælge enkelte kaldsretninger med underskud og normal forrentning. TDC opfylder dermed det tredje krav.

178. TDC anfører i sit høringssvar, at styrelsens konklusion på dette punkt er klart ubegrundet. TDC finder således, at en overskudsgrad på […] pct. i sig selv er nok til at fastslå, at der ikke kan foreligge margin squeeze. TDC anfører, at […] pct. er højt i forhold til, hvad der i øvrigt opereres med i telesektoren. Derudover finder TDC, at styrelsens vurdering af risikoen ved at sælge kald med underskud er klart overvurderet. Således viser TDC's beregninger, at der skal ske en femdobling af trafikken på kaldsretningen fast-mobil, før det samlede produktregnskab giver underskud.

179. Styrelsen er ikke enig i dette, og henviser til følsomhedsanalysen over for, hvor der er taget hensyn til, at andelen af overskudsgivende kaldsretninger samtidig kan falde. Det forholder TDC sig ikke til.

4. Test af "meeting the competition defence" argumentet

180. Konkurrencestyrelsen har beregnet den gennemsnitlige minutpris for de forskellige kaldsretninger i PlusNet Mobil produktet og sammenlignet den med den gennemsnitlige minutpris i SONOFONs tilsvarende integrerede produkt Multiplan. Der er i beregningerne inkluderet opkaldsafgift og trafikafhængige rabatter. Beregningerne viser, at TDC i alle 4 kvartaler i 2003 var billigere end SONOFON på kaldsretningen fast-mobil (off-net) (peak). SONOFON var billigere på alle øvrige kaldsretninger, der indgår i Multiplan. Nedenstående tabel viser henholdsvis TDC's og SONOFONs gennemsnitlige minutpris på denne kaldsretning samt forskellen på de to priser.

...

181. Beregningerne viser altså, at TDC konsekvent igennem 2003 været billigere end SONOFON på kaldsretningen fast-mobil (off-net) (peak). TDC opfylder dermed også det fjerde krav.

182. TDC anfører, at SONOFONs minutpris som angivet af styrelsen, ikke er sammenlignelig med TDC's. Det skyldes ifølge TDC, at SONOFON markedsfører tekniske løsninger, hvor de dyre fast-

mobil (off-net) kald konverteres til mobil-mobil (off-net) kald, der takseres billigere. Det bevirker ifølge TDC, at den pris kunderne i realiteten møder hos SONOFON for fast-mobil (off-net) er lavere end angivet. For at TDC's pris skal være sammenlignelig med SONOFONs pris skal der derfor ifølge TDC korrigeres for dette i ovenstående minutpriser, således at SONOFONs pris bliver en vægtet pris mellem fast-mobil (off-net) og mobil-mobil (off-net).

183. SONOFON har afvist, at dette er tilfældet, og TDC har ikke dokumenteret dette.

184. Styrelsen har dog foretaget en følsomhedsanalyse på beregningerne. Styrelsen har undersøgt, hvor stor en andel af SONOFONs angivne mobil-mobil (off-net) kald, der skal være konverteret fra fast-mobil (off-net) kald for, at SONOFONs vægtede minutpris er lavere end TDC's.

...

185. Styrelsens analyse viser …, at ca. 41 pct. af SONOFONs mobil-mobil (off-net) kald skal være konverterede fast-mobil (off-net) kald, før SONOFONs vægtede pris er lavere end TDC's. Dette vurderes ikke at være sandsynligt. Styrelsen har sammenlignet fordelingen af kald, som oplyst af TDC og SONOFON, for 2003.

...

186. For at der skal være lighed i det relative forhold mellem de to kaldsretninger for de to selskaber, skal ca. […] pct. af SONOFON's mobil - mobil (off-net) være konverteret fra fast – mobil (off-net). Det vurderes derfor ikke sandsynligt, at op mod 40 pct. af mobil – mobil (off-net) skulle være konverteret fra fast – mobil (off-net). Dette særligt sammenholdt med, at SONOFON afviser, at en sådan løsning markedsføres. Styrelsen fastholder derfor, at TDC har været billigere end SONOFON på kaldsretningen fast – mobil (off-net). Dette selv, hvis der korrigeres for, at SONOFON måtte have konverteret en andel af fast – mobil (off-net) kald til mobil – mobil (off-net) kald. TDC opfylder dermed også fjerde krav.

...

Vurdering

210. Til afgørelse af, om det kan gøres gældende, at TDC …har udøvet margin squeeze har styrelsen opstillet to forudsætninger samt to særlige hensyn. Både forudsætningerne og de særlige hensyn skal være opfyldt for, at det kan gøres gældende, at der er blevet begået margin squeeze.

211. TDC er grundlæggende uenig i, at testet kan anvendes til at statuere margin squeeze. TDC finder således ikke, at styrelsens metode er i overensstemmelse med gældende EU-konkurrenceret, og at testet i øvrigt ikke er egnet til at påvise margin squeeze, således som dette definere i gældende konkurrenceret. TDC anfører således i sit høringssvar, at vurderingen af, om der måtte foreligge margin squeeze, ikke kan ske ud fra en bedømmelse af indtjeningsforholdene på enkelte kaldsretninger i PlusNet Mobil produktet, men skal ske ud fra en samlet bedømmelse af produkterne på det for sagen relevante marked.

212. Konkurrencestyrelsen er ikke enig heri. Det vurderes ikke nødvendigt for TDC …at sælge de enkelte kaldsretninger med underskud for at tilbyde slutbrugerne et godt produkt. Den tekniske

løsning med lokalnummerplan og viderestilling forudsætter ikke, at enkelte kaldsretninger sælges med underskud, og der kan argumenteres for, at slutbrugerne selv burde bære risikoen ved usikkerheden omkring mængden af viderestillede opkald. Når TDC … ikke desto mindre prisfastsætter på denne måde, betyder det, at andre operatører ikke har lige mulighed for at konkurrere på markedet.

...

216. Styrelsens analyse viser, at TDC opfylder både de to forudsætninger samt de særlige hensyn i testet for margin squeeze. Styrelsen vurderer derfor, at det kan lægges til grund, at TDC i 2003 i forbindelse med udbuddet af PlusNet Mobil produktet har udøvet ulovlig margin squeeze omfattet af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1.

...

Konkurrenceforvridende Bonus
219. Konkurrencestyrelsen har behandlet klagen over konkurrenceforvridende bonus ved at indhente oplysninger vedr. de i TDC Mobils gensalgsaftale indeholdte bonus-skalaer. Styrelsen har undersøgt, hvorvidt bonusskalaerne er diskriminerende og loyalitetsskabende, og efterspurgt omkostningsbegrundelse herfor. Disse bonusskalaer kaldes fremover SP-bonus.

220. SP-bonus ydes til serviceprovidere i TDC Mobils net som en funktion af samlet voice-omsætning, brutto-intake af kunder samt originerede SMS'er. SP-bonus er indrettet efter progressiv skala, således at den udbetalte bonus i afgrænsede intervaller stiger gradvist med omsætningen. Der er således ikke tale om en akkumulerende bonus. Bonusskalaerne ser ud som følger:

...

221. Det maksimale bonustrin er 24 %, og Song anfører, at det blandt udbyderne til erhvervslivet i realiteten kun er TDC selv, der i kraft er sin størrelse kan få adgang til disse høje bonusser.

222. Nedenfor er angivet, hvad de enkelte serviceprovidere i TDC's net fik i bonus i 2003. Der er tale om en samlet bonus, der dækker både voice, SMS og bruttointake af kunder.

...

223. TDC anfører i sit høringssvar, at da skalaen starter på 5 % svarer dette i realiteten til en sænkning af gensalgsprisen snarere end en volumenrabat. Den maksimale rabatsats er derfor ikke 24 %, men 20 % (24 %-5 %/0,95). Det betyder, at TDC Totalløsningers reelle marginale rabatprocent kun er […]. TDC gør i øvrigt gældende, at Telmore opnår en reel rabatprocent på […] og debitel en reel rabatprocent på […]. TDC mener derfor ikke, at det er korrekt, at det blandt udbyderne til erhvervslivet kun er TDC Totalløsninger, der har adgang til de høje rabatter. Styrelsen skal hertil bemærke, at hverken debitel eller Telmore har nogen omsætning af betydning på det for sagen relevante marked. Til sammenligning får Song kun ca. […] %, og det er derfor vurderingen, at det kun er TDC Totalløsninger blandt udbyderne til erhvervsvirksomheder, der opnår de høje rabatter.

224. Det er styrelsens vurdering, at bonusskalaerne er både loyalitetsskabende og diskriminerende.

SP-bonusskalaens diskriminerende virkning

225. TDC har gjort gældende, at SP-bonussen ikke er diskriminerende, fordi alle, der aftager lige meget, behandles ens. Derved er der ifølge TDC tale om, at den samme ydelse – omsætning i et givet interval – afregnes efter samme sats over for alle. Ligeledes anfører TDC, at SP-bonussen ikke kan anses for at være diskriminerende, alene fordi den ikke er akkumulerende.

226. Styrelsen finder klart, at diskrimination i konkurrenceretlig forstand udmærket kan foreligge i tilfælde, hvor alle store virksomheder behandles ens og alle små virksomheder behandles ens, men store og små virksomheder behandles forskelligt. Som det ses af tabellen ovenfor får de selskaber, der har en stor omsætning, en betydelig højere bonus, end de selskaber, der har en lav omsætning. Der er ikke forskel på det første og sidste marginale minut, men da de efter SP-bonusskalaen rabatteres forskelligt er der netop tale om, at samme ydelse – et marginalt minut - afregnes til forskellig takst.

227. Hvis en dominerende udbyder giver større rabatter til store end til små aftagere, vil dette virke fastlåsende på markedsstrukturen. De små aftagere vil jo hermed have højere omkostninger end de store ved at udbyde varer eller tjenester på et afledt marked, og dette vil føre til ulige konkurrence på det afledte marked. Dette er netop tilfældet med TDC Totalløsninger og Song. Hermed kan de store aftagere fastholde deres markedsposition selv om de måtte være mindre effektive end de små aftagere.

228. Såvel akkumulerende rabatter som rabatter, der kun gives på det marginale køb, kan derfor lede til forskelsbehandling mellem store og små udbydere. Derfor finder styrelsen SP-bonussen for diskriminerende.

SP-bonussens loyalitetsskabende virkning

229. TDC anfører, at ordningen ikke er loyalitetsskabende, fordi den kun giver den højere rabat for omsætningen i det "trinhøjere" interval. Konkurrencestyrelsen er ikke enig heri, og finder det klart alene af ordningens progressive skala, at det kan betale sig for serviceprovidere at samle så meget af deres omsætning hos TDC som muligt, da den marginale rabat er stigende. Hvis en serviceprovider således har kontrakt med to netudbydere med TDC's rabatstruktur, vil serviceprovideren ønske, at nye slutkunder placeres i det af nettene, hvor selskabet i forvejen har mest trafik, fordi selskabet derved opnår den laveste marginalpris. Dette vurderes at have en klar loyalitetsskabende virkning.

230. Der er endvidere ingen grund til at sondre mellem systemer, hvor der alene gives en stigende rabat på det marginale køb, og systemer, hvor der gives en stigende rabat på det samlede køb. De to systemer kan konstrueres, så de i praksis er ens, hvis rabatprocenterne er højest i det førstnævnte system [note: Jf. Præmis 272 i dom afsagt af Retten i Første Instans (Første afdeling) den 17. december 2003. British Airways plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Sag T-219/99].

231. TDC anfører, at SP-bonussen ikke kan siges at have en loyalitetsskabende virkning, da selskabet debitel har serviceprovider-aftaler med både TDC og SONOFON. Styrelsen bemærker, at TDC har mange serviceprovidere i sit net, og det er kun debitel, der også har en aftale med SONOFON. Det kan der være mange grunde til, men det beviser ikke, at ordningen ikke er

loyalitetsskabende [note: Jf. Præmis 293 og 297 i dom afsagt af Retten i Første Instans (Første afdeling) den 17. december 2003. British Airways plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Sag T-219/99].

232. Derfor finder styrelsen, at SP-bonussen er loyalitetsskabende.

Omkostningsbegrundelse

233. Da SP-bonussen vurderes at være både diskriminerende og loyalitetsskabende hviler der et krav på TDC som dominerende virksomhed, at SP-bonussen, akkumulerende eller ej, skal afspejle de sparede omkostninger ved, at det er én stor i stedet for flere små aftagere, der aftager en given mængde. En diskriminerende og loyalitetsskabende bonus, der ikke er omkostningsbegrundet, udgør et misbrug i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

234. Konkurrencestyrelsen har af TDC efterspurgt omkostningsbegrundelse for ovenstående bonus-skalaer.

235. TDC anfører indledningsvis, at bonusskalaerne afspejler stordriftsfordelene i telenettet, da enhedsomkostninger for så vidt angår voice- og SMS-trafik er faldende med stigende trafikvolumen. Dette forhold skyldes, at de faste omkostninger fordeles på en stigende produktionsvolumen, og således udgør en stadig mindre del af de gennemsnitlige totale omkostninger. Det er disse stordriftsfordele, TDC igennem bonusskalaerne lader komme serviceproviderne til gode.

236. TDC anfører, at TDC Mobil har faste omkostninger vedrørende gensalgsforretning på […] mio. kr. TDC gør gældende, at TDC Mobil afholder […] mio. kr. i ekstraomkostninger ved tilføjelsen af en marginal (lille) ny serviceprovider i nettet. TDC har dog ikke dokumenteret dette.

237. TDC anfører, at de giver rabat på baggrund af samtlige faste omkostninger i forbindelse med gensalgsforretningen, nemlig […] mio. kr.

238. For så vidt angår bonusskalaen for bruttointake af kunder anfører TDC, at det er tale om en engangsbonus for at stimulere kundetilgangen. TDC Mobils detailforretning har ifølge TDC akkvisitionsomkostninger på […] kr. per mobilkunde bestående af omkostninger til terminaltilskud, forhandlerbonus og markedsføring, og TDC sparer akkvisistionsomkostningerne, når en abonnent bliver kunde hos en serviceprovider i TDC's net frem for hos detailforretningen hos TDC Mobil.

239. Bonusskalaen har dog en stigende progression. Det betyder, at serviceproviderne får en forskellig bonus for en ny kunde alt afhængig af, hvor mange kunder der tilsluttes. TDC har ikke kunnet dokumentere, at TDC's akkvisitionsomkostninger stiger, når brutto-intake af kunder stiger.

Vurdering

240. Indledningsvist skal det bemærkes, at TDC anfører, at styrelsen selv tidligere i en bindende udtalelse til IT- og Telestyrelsen har vurderet, at SP-bonusordningen ikke rejser konkurrenceretlige problemstillinger. TDC anfører derfor, at styrelsen forvaltningsretligt må være afskåret fra at omgøre sin vurdering, uden at der foreligger nye forhold.

241. Det bemærkes, at styrelsen af ressourcemæssige årsager ikke har mulighed for at gå i dybden med alle samtrafiksager, som bliver oversendt fra IT- og Telestyrelsen. Netop af denne årsag er der indført et sidste afsnit i brevet til IT- og Telestyrelsen, hvor styrelsen forbeholder sig retten til at vurdere aftalen på ny blandt andet som følge af klager fra tredjeparter. Derfor finder styrelsen ikke, at udtalelsen til IT- og Telestyrelsen afholder Konkurrencestyrelsen fra at omgøre sin vurdering af SP-bonussen.

242. Retten af første instans anfører [note: Jf. Præmis 246-248 i dom afsagt af Retten i Første Instans (Første afdeling) den 17. december 2003. British Airways plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Sag T-219/99], at mængderabatter, som TDC's SP-bonus, der udelukkende har sammenhæng med den indkøbte mængde hos en dominerende producent, i almindelighed ikke anses for, i strid med artikel 82 EF, at hindre, at kunderne fortager indkøb hos konkurrenterne. Såfremt …en stigning i den leverede mængde medfører lavere omkostninger for leverandøren, er denne berettiget til at give kunden fordel heraf ved en mere fordelagtig prissætning. Mængderabatter antages således at afspejle effektivitetsgevinster og stordriftsfordele for den dominerende virksomhed.

243. Det vurderes som beskrevet ovenfor, at TDC's SP-bonus både er diskriminerende og loyalitetsskabende. Derfor hviler der et krav på TDC som dominerende virksomhed, at SP-bonussen, akkumulerende eller ej, skal afspejle de sparede omkostninger ved, at det er én stor i stedet for flere små aftagere, der aftager en given mængde.

244. TDC anfører som nævnt i sit høringssvar, at TDC's omkostninger på […] mio. kr. i forbindelse med gensalgsforretningen, alle er sådanne omkostninger, som kan begrunde en kvantumsrabat i takt med en stigende omsætning, idet dette medfører en nedsættelse af stykomkostninger pr. produceret minut.

245. Styrelsen er ikke enig heri. Styrelsen betvivler ikke, at afdelingens samlede omkostninger udgør […] mio. kr. TDC har en relativt stor gensalgsafdeling, med gensalgskunder, der videresælger mange minutter. En del af omkostningerne må antages at være omkostninger til IT-udstyr og programmer mv. - en anden del må antages at være omkostninger til service mv. Omkostningerne kan deles i tre dele:

- en del (1), som er fast

- en del (2), der varierer med antallet af gensælgere (pt. 14)

- en del (3), der varierer med antallet af gensolgte minutter

246. Hvis salget til én stor gensælger sammenlignes med salget til 20 små gensælgere, der tilsammen sælger lige så mange minutter, kan man se, at det interessante er, hvor stor en del af omkostningerne, der ligger i " del 2" . Det er kun forskelle her, der kan forklare omkostningsbegrundede prisforskelle. Og her har TDC jo selv angivet at denne del er […] mio. kr. pr. gensælger. Hvis man forestiller sig et tænkt eksempel, hvor TDC's største aftager blev splittet op i fx 20 små, er det tvivlsomt, at omkostningerne ville ændre sig væsentligt. TDC's marginale omkostning ved et minut solgt til fx Telmore (stor aftager) er den samme som den marginale omkostning ved et minut solgt til fx Song (lille aftager). Eneste kilde til stordriftsfordele er således de faste omkostninger, der er ved at betjene den enkelte serviceprovider. Dette er nemlig det eneste

omkostningselement, som ville blive forøget, hvis TDC i stedet for én stor aftager havde flere små aftagere. TDC har selv oplyst overfor Konkurrencestyrelsen, at omkostningen herved er […] mio. kr. pr. serviceprovider.

247. Det er styrelsens opfattelse, at TDC alene kan yde bonus på baggrund af de ekstraomkostninger TDC skal afholde ved tilføjelsen af en marginal ny serviceprovider i nettet, og ikke samtlige faste omkostninger i forbindelse med gensalgsforretningen [note: Se i øvrigt Jf. Præmis 286-288 i dom afsagt af Retten i Første Instans (Første afdeling) den 17. december 2003. British Airways plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Sag T-219/99].

248. Selv om det beskrevne marked for teleydelser kan forekomme at være kompliceret, vurderes forholdene ikke at være anderledes end for mange andre produkter og serviceydelser på andre områder. De fleste virksomheder kan påvise, at virksomheden vil kunne nyde fordele af stordriftsfordele, hvis virksomhedens samlede produktion stiger mærkbart. Det betyder imidlertid ikke, at dominerende virksomheder, med henvisning hertil, uden videre kan yde den enkelte kunde kvantumsrabatter, når disse har en diskriminerende/konkurrenceforvridende og loyalitetsskabende virkning. Dette forudsætter, at der er omkostningsfordele forbundet med store (i forhold til mindre) leverancer til den enkelte kunde, som afspejler kvantumsrabatterne. Når kvantumsrabatter er blevet godkendt på andre områder, skyldes det, at distributions-, forsendelses og logistikomkostninger mv. er mindre pr. enhed ved store leverancer til hver kunde end små leverancer - og ikke forhold knyttet til den bagvedliggende produktionsproces.

249. Det vurderes, at det kun er de anførte […] mio. kr., der har karakter af faste distributions-, forsendelses og logistikomkostninger, og at TDC kun må yde rabat på baggrund af disse omkostninger. Derfor vurderer styrelsen ikke, at TDC har leveret omkostningsbegrundelse for den diskriminerende og loyalitetsskabende SP-bonus. Det bemærkes, at Konkurrencerådet i tidligere afgørelser har accepteret udokumenterede rabatskalaer, der går op til 6 % [note: Se bl.a. Ditas/Dendek fusionen, rådsmødet d. 24/4-02, Opel-sagen, rådsmødet d. 28/11-01 og Citroen-sagen, rådsmødet d. 26/2-03. I de to Bil-sager er procentsatserne fortrolige].

250. Hvis TDC´s kvantumsrabatter blev accepteret, ville det betyde, at Konkurrencestyrelsen og -rådet ud fra en lighedsgrundsætning ville være nødt til at acceptere en række af de loyalitetsskabende kvantumsrabatter, som i andre sager er blevet forbudt.

251. Endelig finder TDC, at SP-bonussen må ses i lyset af de rabatter, andre udbydere på markedet benytter sig af. TDC henviser særlig til de aggregerende, progressive rabatter, som SONOFON tilbyder, og at Konkurrenceankenævnet tidligere har slået fast, at der ved vurderingen en rabatordning skal tages hensyn til de ordninger andre konkurrerende udbydere benytter sig af.

252. Det vurderes, at en dominerende udbyder styrer markedet, og for at konkurrerende udbydere kan komme ind på markedet må de nødvendigvis tilbyde mindst de samme vilkår som den dominerende virksomhed. Derfor vil de konkurrerende virksomheder følge efter, hvis den dominerende virksomhed tvinges til at andre adfærd.

253. Samlet vurderer styrelsen, at bonusskalaerne indeholdt i gensalgsaftale mobil er både diskriminerende og loyalitetsskabende, og at der hverken er omkostningsbegrundelse for progressionen i bonusskalaerne for voice eller SMS. Da TDC er dominerende på engrosmarkedet for gensalg af mobiltjenester finder styrelsen derfor, at de anvendte bonusskalaer udgør et misbrug

af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, fordi de diskriminerer små serviceprovidere i forhold til store som TDC selv.

254. Konkurrencestyrelsen finder på tilsvarende måde ikke, at der er omkostningsbegrundelse for bonusskalaen for så vidt angår brutto-intake af kunder, og at den anvendte bonusskala udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

...

Samlet vurdering

...

263. For så vidt angår klagepunkt vedr. krydssubsidiering/margin squeeze har Konkurrencestyrelsen indhentet en omfattende mængde oplysninger fra TDC og SONOFON.

264. Styrelsen har analyseret det omfattende talmateriale, og finder at der er risiko for, at både TDC og SONOFON udøver ulovlig margin squeeze i forbindelse med udbuddet af produkter på slutbrugermarkedet. Det skyldes, at selskaberne sælger enkelte kaldsretninger med underskud, men henter dette underskud ind via overskud fra andre kaldsretninger. Denne adfærd indebærer imidlertid en betydelig risiko for en ikke vertikalt integreret virksomhed som Song, og er ikke nødvendig for at tilbyde kunderne integrerede løsninger.

265. Til afgørelse af om der kan gøres gældende, at TDC og SONOFON har udøvet ulovlig margin squeeze, har Konkurrencestyrelsen opstillet to forudsætninger og to særlige hensyn, der alle skal være opfyldt:

- *Test for mærkbar dominans*
- *Test for underskudsgivende kaldsretninger*
- *Test for utilstrækkelige indtægter på det samlede bundlede produkt*
- *Test for "meeting the competition defence"*

...

267. For så vidt angår TDC viser analysen, at TDC har dominans på slutbrugermarkedet og dominans på en række bagvedliggende engrosmarkeder. Ca. […] pct. af TDC's engrosomkostninger i forbindelse med udbuddet af PlusNet Mobil produktet stammede i 2003 fra kaldsretninger, hvor terminering eller gensalg af mobiltjenester indgik. Dermed har TDC's pris på slutbrugermarkedet sammenholdt med TDC's engrospriser en mærkbar effekt på konkurrencesituationen. TDC opfylder dermed første krav, der er selve forudsætningen for, at der kan være margin squeeze.

268. Analysen viser, at TDC i forbindelse med PlusNet Mobil produktet i 2003 havde underskud på en række kaldsretninger, der tilbydes i produktet. Derved opfylder TDC også det andet krav. Dette udgør selve misbruget

269. TDC's overskudsgrad for hele PlusNet Mobil produktet var i 2003 ca. […] pct., men når der tages hensyn til ulovlig SP-bonus er overskudsgraden blot […] pct. Det er ca. […] af TDC's normale overskudsgrad. Tages der hensyn til det betydelige underskud på fast-mobil kald pr. minut

og den kraftigt stigende andel af den samlede trafik som disse kald udgør, vurderes indtægterne ikke at være tilstrækkeligt til at dække de samlede omkostninger samt den betydelige risiko forbundet med at sælge de enkelte kaldsretninger med underskud og normal forretning. TDC opfylder dermed det krav.

270. Endelig viser analysen, at TDC konsekvent igennem 2003 har solgt kaldsretningen fast-mobil off-net (peak) til mellem […] og […] pct. lavere pris end SONOFON. Derved opfylder TDC også det fjerde krav.

271. Konkurrencestyrelsen vurderer derfor, at TDC i forbindelse med udbuddet af PlusNet Mobil i 2003 har udøvet ulovlig margin squeeze omfattet af forbudet mod misbrug af dominerende stilling jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1.

...

274. Endelig for så vidt angår klagen om konkurrenceforvridende bonus i TDC Mobils gensalgsaftale mobil finder Konkurrencestyrelsen, at bonusskalaerne indeholdt i bilag 12 i gensalgsaftale mobil er loyalitetsskabende og diskriminerende og, at der ikke er omkostningsbegrundelse for progressionen i bonusskalaerne. Da TDC er dominerende på engrosmarkedet for gensalg af mobiltjenester finder Konkurrencestyrelsen derfor, at TDC Mobils bonus udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med forbudet i konkurrencelovens § 11, stk.1.

275. Det bemærkes, at Konkurrencestyrelsen kun er imod rabatter, der enten er diskriminerende eller loyalitetsskabende uden at dette kan begrundes i omkostningsforhold. Konkurrencestyrelsen har heller ikke et absolut krav om, at der slet ikke forekommer underskud på de enkelte kaldsretninger. Men omfanget af rabatgivningen og de underskudsgivende kaldsretninger er så betydelige, at der er tale om misbrug i det omfang der er tale om her, er der misbrug. Derfor skal omfanget være mindre. Konkurrencestyrelsen vil ikke diktere en bestemt løsning, men vil anmode TDC om at komme med et løsningsforslag."

2.3 Song Networks A/S anmodede den 28. maj 2004 om tilladelse til at indtræde som biintervenient under ankesagens behandling til støtte for Konkurrencerådet, men er efter tilladelse hertil blevet overtaget af TDC A/S og er med henvisning hertil den 7. december 2004 udtrådt som biintervenient.

3. Parternes påstande.

TDC A/S har indbragt sagen for Konkurrenceankenævnet med påstand om ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse af 28. april 2004, helt eller delvis, subsidiært hjemvisning til fornyet behandling i Konkurrencestyrelsen, helt eller delvis.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

4. TDC's argumentation.

TDC A/S har anført, at der hverken retligt eller faktisk er grundlag for afgørelsens konklusion om margin squeeze.

Den af rådet anvendte margin squeeze test er forkert og ikke EU-konform. Konkurrenceretligt er der ikke grundlag for at fastslå, at TDC ved prissætningen af produktet PlusNet Mobil udøver margin squeeze (pristryk). Den test, rådet opstiller i afgørelsens punkt 154 er ikke egnet til at påvise margin squeeze, således som dette begreb er fastlagt i den sparsomme praksis herom. Ifølge denne praksis foreligger der margin squeeze, hvis forholdet mellem engros- og detailpriser er således, at en rimelig effektiv udbyder ikke kan få et tilstrækkeligt afkast på sine detailaktiviteter.

Påvisning af margin squeeze i telesektoren forudsætter, enten at forholdet mellem den analyserede engrospris og de på grundlag heraf udbudte downstream tjenester ikke giver fortjeneste, eller at fortjenesten ved salg af detailprodukterne ikke er tilstrækkelig stor til at give en lige så effektiv udbyder en normal fortjeneste.

Det fremgår således af Kommissionens meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren (EFT 98/C 265/02), pkt. 117 og 118, at:

"Man kan påvise, at prisen trykkes ved at vise, at det dominerende selskabs egne transaktioner i efterfølgende led ikke kan foretages med fortjeneste på grundlag af den pris i det forudgående led, som forlanges af selskabets konkurrenter.

...

Under de rette omstændigheder kan man også påvise et pristryk ved at vise, at margenen mellem den pris, der afkræves konkurrenter på det efterfølgende marked (herunder det dominerende selskabs eventuelt egne transaktioner i det efterfølgende led) for adgang til faciliteten, og den pris, netoperatøren forlanger på det efterfølgende marked, ikke er tilstrækkelig stor til at give en rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked en normal fortjeneste (med mindre det dominerende selskab kan påvise, at dets transaktioner i det efterfølgende led er usædvanlig effektive)."

Kommissionen anvendte dette udgangspunkt i Deutsche Telekom-sagen (EFT 2003/707) og anførte i pkt. 109, at:

"Sammenligneligheden mellem engros- og detailadgangstjenesterne er afgørende for påvisningen af et prispres. Konkurrenterne udbyder normalt, ligesom den etablerede operatør, alle former for detailtjenester. Derfor skal det undersøges, om den etablerede operatørs detail- og engrostjenester er indbyrdes sammenlignelige på en sådan måde, at de opviser de samme eller i det mindste lignende tekniske karakteristika og muliggør levering af de samme eller lignende tjenester."

Kommissionens krav om sammenlignelighed mellem den engrospris, som indgår i margin squeeze-vurderingen, og prisen på de detailprodukter, som produceres på grundlag heraf, er ikke opfyldt ved den af rådet anvendte test. Kommissionen tager ved fastlæggelsen af de relevante detailpriser hensyn til alle de produkter, der produceres på grundlag af engrosydelsen, og således at der fastlægges en gennemsnitlig detailpris baseret på en vægtning af priser og produkter, jf. Deutsche Telekom-sagen pkt. 111.

Denne vægtning af detailpriserne er nødvendig for at kunne vurdere, hvordan indtjeningsforholdene vil være på detailmarkedet som sådan, eftersom konkurrenter på detailmarkedet vil kunne udbyde

alle de produkter, som kan produceres på grundlag af de engrosydelser, der indgår i sammenligningen af, om der foregår et pristryk.

Rådet afviser for så vidt ikke denne fremstilling af EU-praksis om margin squeeze, som i den foreliggende sag fører til, at rådet skulle have foretaget en vægtning af detailpriserne på alle TDC's produkter, som kan indgå i det relevante detailmarked, jf. herunder oplistningen i afgørelsens punkt 107. Først med denne vægtning af detailpriserne ville det kunne afgøres, om TDC's detailprisniveau har været således, at konkurrenter ved salg af deres produkter i konkurrence med TDC ikke ville kunne opnå en tilstrækkelig indtjening.

Rådet vælger imidlertid alene at foretage en bedømmelse af margin squeeze-problemstillingen ud fra et enkelt produkt, og da reelt ikke ud fra produktets indtjeningsmulighed, men på økonomien i enkeltkomponenter i produktet, som ikke sælges særskilt.

Det er med urette, at rådet i afgørelsen finder, at den påberåbte praksis i form af Deutsche Telekom- og BskyB-sagerne ikke er relevante for denne sag. For det første er det ikke korrekt, at EU-praksis adskiller sig fra den foreliggende sag, fordi der i de nævnte sager var tale om, at der skete en vægtning af prisen på produkter, der tilhørte forskellige produktmarkeder. I såvel Deutsche Telekom-sagen som BskyB-sagen skete der en vægtning af priser, der omfattede såvel produkterne på et og samme produktmarked, som produkter på andre, konkurrenceretligt adskilte markeder.

Rådets begrundelse for at afvise metoden fra de to sager er således forkert.

For det andet giver analysen og vægtningen af priser, som kan udledes af den nævnte praksis, netop mening, når formålet er at måle, om der foreligger en margin squeeze, forstået således, at der skal være rimelige indtjeningsmuligheder for operatørerne på det relevante marked, som også i denne sag omfatter flere produkter, som kan give en indtjening. Netop fordi produkterne er i konkurrence med hinanden – hvad rådet selv pointerer i pkt. 104, hvor det anføres, at simple kombinerende løsninger af fastnet og mobiltelefoni er substituerbare med de integrerede løsninger, hvortil PlusNet Mobil hører – må der nødvendigvis ske den anførte vægtning af samtlige priser på detailprodukterne. Sker det ikke, kan det ikke konkluderes, om forholdet mellem engros- og detailpriserne er således, at den rimelige effektive udbyder ikke levnes plads til at opnå en tilstrækkelig indtjening på markedet ved udbud af de forskellige detailprodukter, han kan producere på grundlag af engrosydelserne.

Når der i Deutsche Telekom- og BskyB-sagerne blev foretaget en vægtning af priser både på produkterne på et og samme marked og andre markeder, var det fordi de konkurrerende detailudbydere kunne udbyde alle disse produkter på grundlag af engrosydelserne. Dermed kunne der konkurreres på alle produkttyperne uanset marked, og derfor måtte priserne på alle detailprodukterne nødvendigvis vægtes, for at det kunne vurderes, om der forelå en margin squeeze.

For det tredje er den modificerede test rådet opstiller i punkt 154 ikke egnet til at påvise, hvorvidt en rimelig effektiv udbyder kan opnå en tilstrækkelig indtjening ved salg af detailprodukter på det relevante detailmarked. I forhold til denne vurdering – som er "margin squeeze-vurderingen" - giver det ingen mening at tage udgangspunkt i, om der på enkeltkomponenter (kaldsretninger) i det samlede produkt – og vel og mærke enkeltkomponenter, som ikke markedsføres selvstændigt, jf. punkt 80 – er overskud eller underskud. Produktet er "summen af enkeltkomponenter", og summen er udtryk for, hvad produktet genererer af overskud.

Rådet anerkender da også, at der er tale om et samlet produkt og ikke en bundling af kaldsretninger. Det er derfor inkonsistent og ikke korrekt, når rådet herefter i testen i det konkrete tilfælde vurderer underskud på de enkelte kaldsretninger i det samlede produkt og fastslår, at salg af enkelte kaldsretninger med underskud kan udgøre et misbrug i form af margin squeeze. Dette synes da også delvist anerkendt af rådet, jf. afgørelsens pkt. 275.

Der ses ingen konkurrenceretlig praksis, der støtter rådets antagelse om, at det i sig selv skulle kunne udgøre et misbrug af dominerende stilling i form af margin squeeze, at delkomponenter i det samlede produkt sælges med underskud, og det kan derfor samlet konkluderes, at rådets margin squeeze test ikke er EU-konform, og ikke er egnet til at påvise, om der foreligger margin squeeze.

TDC har videre anført, at rådet i afgørelsen har forudsat, at der er en ”betydelig risiko” for ændringer i kaldsretningerne, og denne forudsætning har været afgørende for rådets konklusion om, at TDC’s prisstruktur kan udgøre et misbrug. Der er imidlertid ikke i den trufne afgørelse noget grundlag for at konkludere, at der skulle eksistere en ”betydelig risiko” for ændringer i kaldsretningerne for PlusNet Mobil.

Der må i så henseende gælde et skærpet krav om dokumentation for denne risiko, dels henset til, at tilstedeværelsen heraf er bærende for rådets konklusion, dels henset til, at TDC’s produkt PlusNet Mobil i 2003 havde en overskudsgrad på […] % - på niveau med TDC’s overskudsgrad på andre produkter på det danske marked - hvilket gør, at der langt fra kan tales om ”margin squeeze” vedrørende produktet.

I afgørelsens punkt 172 henvises til, at der er ”betydelige” underskud i forbindelse med fastnet-mobil kald pr. minut i detaildelen, og ”betydelige” overskud i engrosdelen samt en ”kraftig stigning” i den andel af den samlede trafik, som disse kald udgør. Dette skulle lede til en yderligere ”forværring” af konkurrencen til skade for konkurrenterne.

Grundlaget herfor er tilsyneladende udviklingen i kaldsretninger for Sonofons produkt, eller muligvis en udvikling generelt på markedet, hvor fastnet-mobil kaldenes andel af den samlede trafik skulle være stigende. Hvad der reelt er lagt vægt på kan ikke udledes af afgørelsen, men det er i hvert fald ikke de faktiske opgørelser over udviklingen i kaldsretninger for PlusNet Mobil-produktet. Allerede derfor er konklusionen om tilstedeværelsen af den ”betydelige risiko” i forhold til PlusNet Mobil udokumenteret.

Det forhold, at rådet ikke kan pege på signifikante tendenser i omfanget af underskudsgivende kaldsretninger i PlusNet Mobil viser, at der ikke er grundlag for rådets antagelse om, at der skulle eksistere en ”betydelig risiko” for en sådan udvikling. Det må herunder også afvises, at mere eller mindre uunderbyggede antagelser om den generelle tendens i udviklingen i kaldsretningsmønster i telebranchen under et, eller for den sags skyld om Sonofons udvikling i kaldsretninger, på nogen måde kan udgøre et tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der for PlusNet Mobil skulle gælde den anførte ”betydelige risiko” for den postulerede udvikling i kaldsretninger.

Samtidig kan TDC konstatere, at det anførte end ikke er korrekt. I den forbindelse har TDC for Konkurrenceankenævnet fremlagt en fortrolig opgørelse over fastnet–mobil-kaldenes andel af de samlede kald, hvoraf fremgår, at andelen har været stort set fast i hele perioden, endog med et beskedent fald i fjerde kvartal 2003.

Samlet kan det konkluderes, at der ikke har foreligget noget grundlag for at fastslå, at TDC med PlusNet Mobil skulle have nogen betydelig risiko for ændringer i kaldsretningerne med den virkning, at dette kan føre til, at prisstrukturen for PlusNet Mobil kan være udtryk for margin squeeze efter rådets egen test.

TDC har desuden anført, at det gennemgående tema i afgørelsen – at TDC som integreret operatør skulle have mulighed for at kompensere tab på detailsalget gennem de engrosindtægter, der opnås i forbindelse med salget af PlusNet Mobil, og derfor ikke bærer nogen risiko for ændringer i kaldsretninger – er udokumenteret.

Det er klart, at TDC (og Sonofon) som integrerede virksomheder med engros- og detailsalg har andre forretningsmuligheder end ikke-integrerede virksomheder. Om deres status som integrerede virksomheder imidlertid giver anledning til konkurrenceretlige problemer må vurderes efter de sædvanlige, konkurrenceretlige standarder, det vil sige i forhold til reglerne om predatory pricing (og krydssubsidiering i forbindelse hermed) og reglerne om margin squeeze.

Det kan herved for det første konstateres, at der ikke foreligger predatory pricing på det relevante detailmarked. For det andet kan det konstateres, at der ikke sker krydssubsidiering mellem TDC's engros – og detaildel. For det tredje kan det efter den rette margin squeeze test konstateres, at der heller ikke med den nuværende prisstruktur foreligger nogen margin squeeze. For det fjerde er det rent faktisk intetsteds i afgørelsen dokumenteret, at TDC's prisstruktur reelt har virkninger i forhold til ikke-integrerede virksomheder som påstås. Der er end ikke gjort noget forsøg på at beskrive, hvorledes indtjeningsforholdene for virksomheder som SONG rent faktisk er på markedet, og herunder SONG's (og andres) muligheder for at konkurrere via de simple løsninger, der – jf. punkt 104 – er substituerbare med de integrerede løsninger, og derfor indgår på samme marked. Rådet har således tilsyneladende undladt at undersøge betydelige udbydere med eget net - såsom Telia og Orange's - muligheder for at konkurrere, hvorfor afgørelsen for så vidt denne del også af denne grund må ophæves.

TDC har videre anført, at overskudsgraden på PlusNet Mobil er klart tilstrækkelig. TDC's overskud på produktet PlusNet Mobil udgjorde i 2003 DKK […] mio., hvilket svarer til en overskudsgrad på […] %. En overskudsgrad på […] % viser i sig selv, at en "rimelig effektiv udbyder kan få tilstrækkelig indtjening". Til sammenligning er overskudsgraden på det regulerede samtrafikmarked, der tager udgangspunkt i historiske omkostninger, lovgivningsmæssigt maksimeret til 12 %. Det regulerede marked er karakteriseret ved meget større og tungere investeringer og omkostninger end det relevante marked, hvorfor selskabets økonomiske risiko er betydelig større på det regulerede marked end på det relevante marked.

Af Konkurrencerådets egen praksis inden for telekommunikation (Consorte-sagen, afgørelse af 29. maj 2002) fremgår det, at en overskudsgrad på mere end 15 % efter rådets opfattelse ville være urimelig ved vurderingen af TDC's indtjening på opkald til 70-numre.

Betragtes de faktiske overskudsgrader i forskellige brancher på globalt plan, må en overskudsgrad på over […] % være ganske rimelig og sædvanlig – også når denne sammenholdes med overskudsgraderne for udvalgte sektorer i hele verden i 2001, 2002 og 2003.

TDC's overskudsgrad i 2003 i Danmark var på 19,3 %, hvilket også viser, at en overskudsgrad på PlusNet Mobil på […] % er fornuftig og langt fra et niveau, hvor der kan tales om margin squeeze.

Dette bekræftes også af Office of Fair Trading's afgørelse vedrørende BskyB, hvor en "return on turnover" på 1,5 % eller mere var tilstrækkelig til at statuere, at der ikke var tale om margin squeeze.

Rådets konklusion om, at en overskudsgrad på […] % er utilstrækkelig, beror på den udokumenterede påstand om, at der for PlusNet Mobil skulle eksistere en "betydelig risiko" for ændringer i kaldsretninger med en faldende overskudsgrad til følge. Denne risiko er imidlertid som tidligere nævnt ikke påvist.

Selv også hvis man imidlertid lagde til grund, at der fandtes en sådan risiko, gør TDC gældende, at en overskudsgrad på […] % under de foreliggende omstændigheder må anses for fuldt tilstrækkelig til at konkludere, at der ikke foreligger margin squeeze, fordi selv en stigning i udviklingen i den mest underskudsgivende kaldsretning fastnet-mobil aldrig ville kunne få en størrelse, der kunne eliminere eller blot reducere PlusNet Mobils overskud i en grad, der kan berettige en konklusion om, at dette ville være et reelt økonomisk problem for ikke-integrerede udbydere. Dette ville forudsætte en sådan markant udvikling i de underskudsgivende kaldsretninger, at det ganske enkelt er urealistisk.

Som anført i afgørelsens punkt 178 vil elimineringen af overskuddet i PlusNet Mobil kræve, at omsætningen på den underskudsgivende kaldsretning fastnet–mobil isoleret set skulle femdobles, før PlusNet Mobils overskud elimineres. Hvis man – som rådet – skulle se bort fra virkningen af SP-bonussen, ville omsætningen på kaldsretningen fastnet–mobil isoleret set skulle tredobles, før overskuddet forsvandt.

Den af rådet i pkt. 173 opstillede "følsomhedsanalyse", der skal dokumentere, at TDCs overskudsgrad ikke skulle være tilstrækkelig til at dække "den betydelige risiko" for ændringer i kaldsretninger, er i bedste fald misvisende. For det første bortser rådet i analysen helt fra SP-bonussen, hvorfor analysen allerede af den grund bliver misvisende. TDC ville, hvilket Rådet og styrelsen selv pointerer, kunne have etableret andre rabatter, hvorfor en udeladelse af rabatter i følsomhedsanalysen er misvisende, om ikke vildledende. Rådet lægger endvidere en række udokumenterede formodninger om udviklingen i kaldsretninger til grund ved følsomhedsanalysen, og bygger på udviklingen i kaldsretninger i et Sonofon produkt. Derved forbigås, at udviklingen i kaldsretninger i PlusNet Mobil har haft et helt andet forløb i 2003.

Samlet set er det således ikke godtgjort, at en overskudsgrad på […] % ikke skulle være tilstrækkeligt i den foreliggende sag.

TDC har videre anført, at SP-bonussen er konkurrenceretlig acceptabel.

SP-bonusordningen er en kvantumsrabat, hvor der gives en højere marginal rabat for den yderligere tilførte volumen, en service provider leverer til TDC Mobil, og bonussen indeholder derfor ikke nogen diskriminations- eller bindingsvirkninger.

Ser man på ordningens eventuelle diskriminationsvirkninger, kan det konstateres, at der ikke er tale om, at ordningen i strid med § 11 fører til anvendelse af "ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, der herved stilles ringere i konkurrencen."

Ordningen, der anvendes ensartet og konsekvent, stiller alle lige, fordi der netop er tale om, at den samme ydelse – omsætning i et givet interval – afregnes efter samme sats over for alle. Det er netop det forhold, at den forhøjede SP-bonus i et givet interval kun afregnes for omsætningen i det pågældende interval – og ikke for købet i tidligere intervaller – der sikrer, at der sker en ligebehandling, således som dette er forudsat i konkurrencelovens § 11.

Ser man herefter på SP-bonussens eventuelle bindingsvirkninger, kan man kort konstatere, at ordningen ikke efter de kriterier, der efter hidtidig national eller EU-konkurrenceretlig praksis er fastlagt, har nogen bindingsvirkninger, som kan afskærme markedet for andre leverandører. Dette beror igen på, at ordningen kun giver den højere rabat for omsætningen i det trin højere interval.

TDC er uenig i rådets konklusioner i afgørelsen vedrørende loyalitets- og bindingsvirkningerne med henvisning til præmisserne i British Airways-dommen (sag T-219/99). For det første er det ikke med henvisning til præmis 272 muligt at konkludere, at der ikke skal ske en sondring mellem en aggregerende progressiv rabat og en progressiv rabat med effekt for det marginale køb. For det andet har rådet ikke i overensstemmelse med indholdet af præmis 297 godtgjort, at TDC's adfærd har til formål at begrænse konkurrencen. Derudover fremstår det som om, rådet anser debitels indgåelse af flere serviceprovider-aftaler som et udslag af, at TDC faktisk skulle gennemføre en praksis med henblik på at fortrænge konkurrenter, men at det ikke er lykkedes. Dette er ikke korrekt, idet rådet hverken har påvist en reel overtrædelse eller godtgjort en sådan hensigt. Debitels aftaler med sine serviceprovidere godtgør, at SP-bonussen ikke har de loyalitetsskabende virkninger, som rådet anfører. For det tredje er de marginale rabatter, der udløses af SP-bonussen, netop udtryk for, at TDC kan videregive stordriftsfordele ved større volumener til kunderne. Ordningen opfylder derfor de betingelser, som Retten i præmis 246-248 stiller til almindelige mængderabatordninger. Rådet undlader dog at læse denne præmis i sammenhæng med præmis 271, hvoraf det fremgår, at der indledningsvis skal ske en vurdering af hvorvidt, der overhovedet foreligger en loyalitetsskabende virkning, og hvis det er tilfældet, skal der ske en vurdering af, hvorvidt ordningen er omkostningsmæssigt begrundet.

Samlet må det konkluderes, at rådet ikke har godtgjort, at SP-bonussen skulle have diskriminations- eller loyalitetsskabende virkninger, og at der heller ikke i EU-retlig praksis er grundlag for en sådan konklusion.

SP-bonussen er desuden omkostningsmæssigt begrundet, og retfærdiggør derfor et rabatsystem, som ellers – hvilket dog ikke er tilfældet i denne sag – må anses for enten have diskriminations- eller bindingsvirkninger. I den forbindelse bemærkes, at der som udgangspunkt intet diskriminerende er i en ren kvantumsrabatordning med stigende rabatter på det marginale køb, hvis der kan anvises en objektiv begrundelse herfor, herunder stordriftsfordele, jf. EF-Domstolens dom af 29. marts 2001 (C-163/99), præmis 50-52.

Det er TDC's opfattelse, at de […] mio. kr., som udgør de faste omkostninger forbundet med TDC Mobils gensalgsforretning, alle er sådanne omkostninger, som kan begrunde en kvantumsrabat i takt med en stigende omsætning, idet dette medfører en nedsættelse af stykomkostninger pr. produceret minut.

Der ses ikke at være grundlag for, at rådet under henvisning til BA-dommen præmis 286-288 i afgørelsens pkt. 247 konkluderer, at TDC alene kan yde bonus på baggrund af de ekstraomkostninger TDC skal afholde ved tilføjelse af en marginal ny serviceprovider i nettet, og

ikke samtlige omkostninger i forbindelse med gensalgsforretningen. Præmisserne i BA-dommen behandler konsekvensen af, at der er tale om en ikke omkostningsmæssig begrundet rabat. Der er imidlertid intet grundlag for på baggrund af disse præmisser at fastslå, at TDC's bonusgrundlag alene skulle være de marginale ekstraomkostninger forbundet med en ny service provider, og ikke de samlede omkostninger i TDC's gensalgsforretning.

Yderligere skal det bemærkes, at en generel prisnedsættelse ikke er en løsning, idet man ikke herved sikrer sig, at man opnår den volumen, der skaber stordriftsfordelene og derved reduktionen i enhedsomkostningerne.

Konsekvensen af rådets holdning vil være, at TDC reelt afskæres fra at give nogen form for kvantumsrabat baseret på de stordriftsfordele, der er forbundet med større gensælgere, hvis volumen medvirker til at reducere andelen af faste omkostninger pr. produceret enhed.

I betragtning af, at Konkurrencestyrelsen/-rådet i tidligere afgørelser ud fra en "stordriftsfordelsbetragtning" har accepteret progressive, aggregerende rabatskalaer på fra 0 til 6 % uden nærmere omkostningsdokumentation, forekommer rådets vurdering af SP-bonussens påståede manglende omkostningsbegrundelse at være en klar skærpelse af praksis, der ikke har støtte i de faktiske forhold, der gør sig gældende for SP-bonussen.

TDC har desuden anført, at vurderingen må ske under hensyn til markedsforholdene. Overordnet kan det konstateres, at der ikke i ankenævnets praksis ses eksempler på, at der er grebet ind over for en progressiv, marginalt beregnet kvantumsrabat som den SP-bonussen er udtryk for. Betragter man EU-retlig praksis, kan det samme konstateres. I de sager, hvor Konkurrencestyrelsen eller –rådet ses at have grebet ind over for rabat- og bonusordninger med hjemmel i konkurrencelovens § 11 (og til dels også § 6), har der så vidt ses været tale om indgreb mod progressive, aggregerende rabatter, modsat udformningen af SP-bonussen.

Det kan af Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. april 2002 (TV2-sagen) udledes, at der ved vurderingen af virkningerne af en rabatordning, tillige må tages hensyn til de ordninger, andre konkurrerende udbydere benytter sig af. I relation til den nævnte kendelse bemærkes i øvrigt, at Konkurrenceankenævnet ikke i sagen fandt noget grundlag for at fastslå, at TV2's progressive rabatskala – som efter kendelsens ordlyd må opfattes som havende været aggregerende – med et rabatspænd på 4 til mellem 25 og 30 % kunne anses for et misbrug af en dominerende stilling.

TDC's nærmeste konkurrent Sonofon anvender en progressiv og aggregerende rabatordning med en skala fra […]% rabat, der således gives for det samlede køb i referenceperioden. Der er tale om en ordning, der gennemsnitligt medfører betydelig lavere priser end ved anvendelsen af TDC's bonusskala. Rådet har undladt at forholde sig hertil.

TDC har yderligere anført, at Konkurrencerådets afgørelse er behæftet med væsentlige tilblivelses- og formelle mangler på grund af manglende høring og som følge af påbuddenes manglende klarhed. Der blev således ikke foretaget partshøring af TDC i forbindelse med fjerde udkast til afgørelse af 16. april 2004, som er det udkast, der ligger til grund for afgørelsen. Herved er sket en tilsidesættelse af grundlæggende forvaltningsregler, idet det bemærkes, at fjerde udkast og dermed afgørelsen indeholder væsentlige retlige og faktiske ændringer i forhold til det udkast, der forelå til afgørelse den 31. marts 2004 og som havde været i høring hos TDC.

5. Konkurrencerådets argumentation.

Konkurrencerådet har i forlængelse af det i afgørelsen anførte gjort gældende, at TDC i 2003 på det for sagen relevante slutbrugermarked har udøvet margin squeeze ved i forbindelse med produktet PlusNet Mobil at have solgt […] kaldsretninger under de ydelsesspecifikke meromkostninger, herunder kaldsretningen fastnet – mobil, og ved at have så lave indtægter fra det samlede PlusNet Mobil produkt, at der ikke var tilstrækkelig dækning til kapitalforrentning og risiko samt fortjeneste. Da TDC's pris på engrosmarkederne har en væsentlig påvirkning på konkurrencesituationen og da TDC i 2003 er gået videre end hvad meeting the competition defence tillader, har TDC herved misbrugt sin dominerende stilling i strid med Konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, jf. § 11, stk. 1.

Der foreligger kun meget sparsom praksis på området, og der findes ikke nogen universelt anerkendt definition af margin squeeze. Kommissionen har anført, at der kan påvises margin squeeze, hvor marginen ikke er tilstrækkelig stor til at give en rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked en normal fortjeneste, jf. Kommissionens meddelelse 98/C 265/02, pkt. 118.

Der er her tale om en retningspil, som rådet har taget udgangspunkt i ved vurderingen af denne sag. Selve testen for margin squeeze må dog tilpasses de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag, og rådet har i denne sag fundet det nødvendigt at anvende en ny test, der tager højde for de særlige forhold, der gør sig gældende i denne sag, jf. afgørelsens pkt. 154.

For overhovedet at kunne vurdere, om TDC har udøvet margin squeeze, har det i denne sag været nødvendigt, for det første at se isoleret på TDC´s produkt PlusNet Mobil. For det andet at vurdere såvel profitabiliteten ved det samlede produkt som indtjeningen på enkelte kaldsretninger.

For at forstå hvorfor denne test er nødvendig og rigtig er det vigtigt at huske på, hvilken konkurrencesituation Song stod overfor i 2003. De to største spillere på markedet – TDC og Sonofon – havde i årene før lanceret integrerede telefoniprodukter, der er produkter, som består af både mobil og fastnet telefoni. De integrerede produkter – Sonofons Multiplan og TDC´s PlusNet Mobil – var fra starten en succes, og erhvervskunderne skiftede i stor stil til de integrerede produkter fra de ældre ikke-integrerede produkter, herunder fra Songs produkter. Udfordringen for Song bestod således i at matche Sonofons og TDC´s integrerede produkter, fordi disse produkter på daværende tidspunkt var markedsledende. Denne udfordring var væsentlig større, end den ville være under normale konkurrenceforhold, fordi Song dels blev klemt på sin margin og dels blev udsat for en diskriminering i forhold til specielt TDC selv i kraft af bonusordningen. Det er baggrunden for, at det er relevant kun at se på PlusNet Mobil produktet ved vurderingen af om TDC udøvede margin squeeze. Det var nemlig PlusNet Mobil produktet der sagde noget om konkurrencesituationen på detailmarkedet på daværende tidspunkt. PlusNet Mobil produktet var særdeles billigt på detailniveau. Og det var ikke bare billigt – det var billigt netop på opkald fra fastnet til mobil, hvor engrosprisen til gengæld var høj. I kraft af at Song ikke havde – og ikke kunne få – eget mobilnet, var Song tvunget til at købe mobiltelefoni som serviceprovider, hvis Song skulle imødegå konkurrencen fra de integrerede produkter.

Konkurrencerådet har i sin afgørelse i pkt. 147 illustreret problemstillingen. Som det fremgår af regneeksemplet, tjener TDC penge på engrosniveau hver gang TDC modtager et opkald til TDC´s

mobilnet. Denne indtjening kan kompensere for, at TDC sælger disse opkald til detailpriser, der er lavere end TDC´s egne engrospriser. Hermed kan TDC påføre Song tab uden at lide tab selv.

PlusNet Mobil produktet indebærer i kraft af sin prisstruktur en risiko for yderligere tab for virksomheder som Song, der ikke har eget mobilnet.

Et integreret telefoniprodukt består nemlig ikke af bestemte på forhånd fastsatte mængder af de enkelte delkomponenter. Det er derimod slutbrugerens adfærd og forbrugsmønster, der afgør produktets sammensætning og dermed profitabilitet til enhver tid. Det er således selve prisstrukturen i TDC´s PlusNet Mobil produkt og den deraf følgende risiko for tab for Song, der gør det nødvendigt ved testen af margin squeeze at se på såvel profitabiliteten ved det samlede produkt som på indtjeningen på de enkelte kaldsretninger.

Ved vurderingen af testen for margin squeeze er det endvidere vigtigt at have for øje, at erhvervskunderne ved valg af telefonileverandør ikke kun vurderer prisen for den samlede pakke, men også prisen for de enkelte kaldsretninger i forhold til den pågældende kundes forbrugsmønster, for netop at finde den leverandør, hvor kunden samlet set kan opnå den billigste pris. Det er således næppe tilfældigt, at TDC solgte netop kaldsretningen fastnet til mobil til en meget lav – og underskudsgivende – pris i detailleddet. Prisen for denne kaldsretning var nemlig af stor betydning for mange kunder grundet den hastigt stigende udbredelse af mobiltelefoner.

Dette er baggrunden for Konkurrencerådets test for margin squeeze, og det gøres gældende, at Konkurrencerådet med rette har anvendt denne test.

Deutche Telekom-sagen adskiller sig fra denne sag, idet engrosproduktet er leje af infrastruktur, som kan bruges til mange forskellige detailprodukter. Heroverfor står denne sag, hvor engrosydelsen er terminering i TDC´s mobilnet – og den ydelse kan kun bruges til at lave kaldsretninger med terminering i mobilnet. Derfor er Deutche Telekom-testen, hvor der måles en gennemsnitlig vægtet pris på flere detailpriser ikke relevant i denne sag.

Den af TDC anvendte prisstruktur medfører et misbrug i form af margin squeeze, og det er i denne sag – til forskel fra Deutsche Telekom-sagen og BSKyB-sagen – relevant at basere margin squeeze-vurderingen såvel på indtjeningen på delkomponenterne i PlusNet Mobil produktet som på produktets samlede profitabilitet. En simpel vurdering af indtjeningen på det samlede produkt vil nemlig ikke vise et reelt billede af denne problemstilling, ligesom en vurdering baseret på TDC´s samlede produktpalette heller ikke vil være egnet til at påvise, hvorvidt der foreligger margin squeeze i den foreliggende sag.

Konkurrencerådet har på baggrund af udviklingen i PlusNet mobil produktet og Sonofons tilsvarende Multiplan produkt vurderet, at der var en betydelig risiko for, at andelen af de tabsgivende kaldsretninger (specielt fastnet – mobil) ville vokse på bekostning af de overskudsgivende kaldsretningers andel. Konkurrencerådet har således vurderet, at der var stor risiko for, at det samlede produkt ville kunne blive tabsgivende. Denne vurdering understøttes til fulde af den faktiske udvikling i kaldsmønstrene hos Song, hvor andelen af fastnet – mobil kald har haft en relativ stigning på […] procent i den relevante periode.

Konkurrencerådet har endvidere foretaget følsomhedsanalyser på TDC´s overskudsgrad, der bekræfter, at det samlede resultat for PlusNet Mobil produktet er følsomt for ændringer i

kaldsfordelingen, og at resultatet for produktet forværres betydeligt, hvis andelen af fastnet – mobilkald forøges på bekostning af de overskudsgivende kaldsretninger.

Konkurrencerådet har ved afgørelsen fundet, at TDC´s overskudsgrad på PlusNet Mobil produktet på ca. […] pct. er utilstrækkelig til at dække kapitalforrentningen og risikoen samt fortjeneste. Konkurrencerådet bestrider ikke, at produktregnskabet for PlusNet Mobil indregner engrosselskabets alternativomkostninger. Men det er irrelevant i denne forbindelse, fordi produktregnskabet for PlusNet Mobil ikke tager højde for detailselskabets alternativomkostninger, herunder kapitalforrentning og risikodækning. I produktregnskabet for PlusNet Mobil er udover de faste omkostninger alene indregnet øvrige omkostninger, som ikke indeholder detailselskabets kapitalforrentning og risikodækning.

Kapitalforrentningen og risikoafdækningen for detailselskabet skal således afholdes af overskudsgraden, der efter Konkurrencerådets vurdering er utilstrækkelig. Rigtigheden heraf illustreres af, at TDC´s omkostninger til forrentning af fremmedkapital i 2003 udgjorde 9,3 % af omsætningen. Overskudsgraden på PlusNet Mobil produktet gav således ikke engang dækning til forrentning af fremmedkapitalen.

Rådets vurdering er ikke – som anført af TDC – baseret på antagelser om et eventuelt fremtidigt misbrug. Misbruget skete i 2003, hvor TDC solgte aftaler om PlusNet Mobil af op til 2 års varighed. Ved disse aftaler forpligtede TDC sig til at levere PlusNet Mobil produktet til en fastsat pris, der for […] kaldsretningers vedkommende var tabsgivende, og samlet set gav en for lav overskudsgrad til at afdække risikoen ved produktet. At den fulde effekt af misbruget først kan gøres op, når de indgåede aftaler er udløbet, ændrer ikke noget i forhold til selve misbrugsvurderingen, og hvornår denne kan foretages.

Udfra TDC´s egne opgørelser, jf. Konkurrencerådets afgørelse pkt. 167, sælger TDC […] ud af 34 kaldsretninger i PlusNet Mobil produktet og i særlig grad kaldsretningen fastnet – mobil til slutbrugerpriser, der ligger under engrosprisen. Dette udgør det egentlige margin squeeze misbrug og er andet led i testen.

TDC´s overskudsgrad på PlusNet Mobil produktet i 2003 var cirka […] %, når denne opgøres uden den ulovlige SP bonus. TDC´s overskudsgrad på den samlede danske forretning var i samme periode 19,3 %, mens overskudsgraden for telekommunikationsbranchen på globalt plan i 2003 var 18,2 %.

Den forholdsmæssigt lave overskudsgrad på PlusNet Mobil produktet skal sammenholdes med de faktiske forhold på markedet, hvor produktet sælges på detailmarkedet med et betydeligt underskud på flere kaldsretninger og særligt på kaldsretningen fastnet – mobil, hvor TDC samtidig har betydelige overskud i engrosleddet, og hvor netop denne kaldsretning tegner sig for en stigende trafik.

Hertil kommer, at TDC ville kunne opnå samme brugervenlighed for PlusNet Mobil produktet, selvom TDC ændrede prissætningen, således at prisen på de enkelte kaldsretninger afspejler de bagvedliggende engrosomkostninger.

På denne baggrund er den konstaterede overskudsgrad på PlusNet Mobil kunstigt lav og utilstrækkelig til at dække de samlede omkostninger inklusive den betydelige risiko for Song

Networks A/S og andre konkurrenter, der er forbundet med at sælge de enkelte kaldsretninger med underskud og normal forrentning.

Denne konklusion støttes da også af de følsomhedsanalyser som Konkurrencestyrelsen har foretaget, jf. Konkurrencerådets afgørelse pkt. 173, hvor følsomheden for overskudsgraden ved ændringer i kaldsretninger netop afspejler den risiko, der er forbundet med at sælge de enkelte kaldsretninger med underskud. Dette udgør tredje led i testen.

TDC har konsekvent igennem 2003 været billigere end Sonofon på kaldsretningen fastnet – mobil (off-net)(peak), og TDC er således gået videre end hvad meeting the competition defence tilsiger. Dette udgør fjerde og sidste led i testen.

TDC har således udøvet margin squeeze i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, jf. § 11, stk. 1.

Konkurrencerådet har videre anført, at bonusskalaerne i TDC Mobils gensalgsaftale er diskriminerende og loyalitetsskabende, og at progressionen i de anvendte bonusskalaer ikke kan begrundes i omkostningsforhold.

TDC's bonusordning er indrettet således, at serviceprovidere med stor omsætning opnår betydelig højere bonus end serviceprovidere med lav omsætning. Uanset at der ikke er forskel på det første og det sidste minut, rabatteres de forskelligt. Der er således tale om, at den samme ydelse – et marginalt minut – afregnes til forskellig takst. En sådan forskelsbehandling mellem store aftagere som eksempelvis TDC Totalløsninger A/S og små aftagere som eksempelvis Song Networks A/S medfører ulige konkurrence på det afledte slutbrugermarked, fordi de små aftagere på denne måde har højere omkostninger end de store aftagere ved udbudet af et tilsvarende produkt.

En sådan forskelsbehandling virker endvidere fastlåsende på markedsstrukturen, dels fordi det vanskeliggør de mindre virksomheders bestræbelser på at vokse sig større, og dels fordi det kan afskrække eventuelle nye konkurrenter fra at forsøge at trænge ind på markedet.

Konkurrencerådet har på denne baggrund med rette fundet, at SP-bonusen er diskriminerende.

Som følge af den progressive opbygning af SP-bonus er det klart, at det vil være mest fordelagtigt for en serviceprovider – uanset størrelse – at samle så meget som muligt af sin omsætning hos TDC, da den marginale rabat er stigende.

Allerede derfor har Konkurrencerådet med rette fundet, at SP-bonus er loyalitetsskabende. Det forhold, at kun én serviceprovider ud af i alt 17 serviceprovidere, som TDC har oplyst at have indgået gensalgsaftaler med, har en gensalgsaftale med en anden udbyder udover TDC, understøtter netop denne konklusion.

Da SP-bonus er diskriminerende og loyalitetsskabende, påhviler det TDC som dominerende virksomhed at dokumentere, at bonusordningen er omkostningsmæssigt begrundet.

Ved omkostningsmæssig begrundelse skal i denne sammenhæng forstås, at TDC alene kan yde bonus på baggrund af eventuelle ekstraomkostninger, som TDC måtte skulle afholde ved tilføjelsen af en marginal ny serviceprovider i nettet. Rabatten må således alene afspejle de

omkostningsfordele, der måtte være forbundet med store (i forhold til mindre) leverancer til den enkelte kunde. Derimod må rabatordningen ikke baseres på samtlige faste omkostninger i forbindelse med gensalgsforretningen, således som hævdet af TDC. Den dokumentation, som TDC har fremlagt, dokumenterer ikke, at SP-bonus er omkostningsbegrundet.

Det er fra TDC's side ikke dokumenteret, at TDC Mobil – som hævdet af TDC – afholder […] mio.kr. i ekstraomkostninger ved tilføjelsen af en marginal (lille) ny serviceprovider i nettet. Stordriftsfordele i forbindelse med disse ekstraomkostninger ville dog under alle omstændigheder ikke kunne forklare SP-bonusskalaens progression.

På denne baggrund har Konkurrencerådet med rette fundet, at TDC ikke har dokumenteret, at SP-bonus er omkostningsmæssigt begrundet.

TDC´s (TDC Mobil) anvendelse af den diskriminerende og loyalitetsskabende SP-bonus udgør derfor et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Konkurrencerådet har videre anført, at rådets afgørelse ikke er behæftet med tilblivelses- og formelle mangler på grund af manglende høring eller som følge af påbuddenes manglende klarhed. Klager er blevet hørt i overensstemmelse med konkurrencelovens § 15a i forbindelse med rådets behandling af sagen på mødet den 31. marts 2004. Klager modtog endvidere kopi af det reviderede udkast, som danner grundlag for rådets afgørelse af 28. april 2004, forinden rådsmødet. Klager havde derimod ikke krav på en egentlig høring, fordi det reviderede udkast ikke indeholdt ændring af den materielle indstilling men alene en gennemgang af to afgørelser om margin squeeze, som klager selv påberåbte sig, og gennemgang af en følsomhedsanalyse udarbejdet af Konkurrencestyrelsen.

Konkurrencerådet har i afgørelsen udstedt påbud om ophør med det konstaterede misbrug, men det er klart, at selve udmøntningen af et påbud i en sag som den foreliggende kan gøres til genstand for en forhandling, således som det er gjort i andre lignende sager.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Der kan i overensstemmelse med EU-konkurrenceretlig praksis foreligge misbrug af dominerende stilling i form af pristryk – margin squeeze – i strid med konkurrencelovens § 11, hvis den dominerende virksomheds engrospris er så høj, at forskellen mellem denne pris og virksomhedens detailpris ikke giver mulighed for med passende fortjeneste at drive en rimeligt effektiv konkurrerende virksomhed på detailmarkedet. En overskudsgrad på TDC's detailprodukt PlusNet Mobil på [A] % sammenholdt med overskudsgraden i branchen i øvrigt giver imidlertid ikke i sig selv indtryk af et pristryk i strid med konkurrenceloven, og Konkurrencerådet har ikke dokumenteret, at det med en overskudsgrad på [A] % ikke er muligt for en tilstrækkelig effektiv udbyder at opnå en rimelig fortjeneste på markedet, eller at der foreligger en betydelig risiko derfor som følge af ændringer i udviklingen.

På denne baggrund ophæves Konkurrencerådets afgørelse for så vidt afgørelsens punkt 22 om margin squeeze.

Hvad den påklagede afgørelse om bonusskalaerne i TDC Mobils gensalgsaftale mobil og de påberåbte forhold vedrørende kontradiktion og klarheden af påbudet (afgørelsens punkt 24) finder

ankenævnet, at der ikke foreligger nogen mangel af betydning for den påklagede afgørelses indhold, som kan begrunde afgørelsens ophævelse. Af de grunde, der er anført af Konkurrencerådet, tiltræder ankenævnet, at der er tale om en bonusordning med en sådan kundebindingseffekt, at det – da TDC ikke har godtgjort, at ordningen har en omkostningsmæssig begrundelse – indebærer misbrug af dominerende stilling.

Ankenævnet stadfæster herefter Konkurrencerådets afgørelse for så vidt angår påbudet i afgørelsens punkt 24.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 28. april 2004, hvorved det blev meddelt TDC, at selskabet i 2003 har udøvet ulovlig margin squeeze omfattet af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, og det hermed forbundne påbud, jf. afgørelsens punkt 22, ophæves.

Konkurrencerådets afgørelse af 28. april 2004, hvorved det blev meddelt TDC, at bonusskalaerne i TDC Mobils gensalgsaftale mobil udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, og det hermed forbundne påbud, jf. afgørelsens punkt 24, stadfæstes.

Klageafgiften på 5.000 kr. tilbagebetales TDC A/S.

Jens Fejø
Ole Jess Olsen
Ditlev Tamm
Christian Hjorth-Andersen
Børge Dahl