

2006-09-13: TDC Totalløsninger A/S mod Konkurrencerådet/IT- og Telestyrelsen (Ophævet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 13. september 2006 i sag 2005-0004479.

TDC Totalløsninger A/S
(advokat Jens Munk Plum)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Frederik André Bork)

og

IT- og Telestyrelsen
(fuldmægtig Frederik André Bork)

Biintervenienter til støtte for Konkurrencerådet og IT- og Telestyrelsen:

Cybercity A/S
(advokat Gitte Holtsø)

og

Tele2 A/S
(advokat Michael Brandt)

1. TDC's standardaftaler

Ved klageskrift af 28. november 2005 har TDC Totalløsninger A/S (i det følgende TDC) indbragt IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 i en sag, der drejer sig om, hvorvidt TDC misbruger eller har misbrugt en dominerende stilling ved at stille krav om såvel forudbetaling som garantistillelse i henhold til vilkår herom i TDC's standardaftaler for samtrafikydelserne rå kobber og delt rå kobber (angår adgangen til TDC's kobbernet), transmission (angår faste kredsløb, f.eks. en isoleret dataforbindelse mellem to virksomheder) og samhusning (facilitering af de nævnte ydelser) samt gensalg (angår engrossalg af tjenester med henblik på videresalg til egne slutbrugerkunder).

TDC's Standardaftale om Rå kobber indeholder bl.a. følgende vilkår:

"16. Betalingsbetingelser

16.1 Fakturering

Rå kobber vil pr. betalingselement have to opkrævningselementer: et oprettelsesgebyr og et gebyr pr. kvartal i leje. Oprettelsesgebyret opkræves af TDC i forbindelse med levering af forbindelser og tillægsydelser. Lejegebyret opkræves af TDC kvartalsvis forud.

Andre ydelser faktureres kvartalsvis bagud

Vederlaget forfalder til betaling 30 dage fra fakturadato.

...

16.2 Dokumentation for fakturerede ydelser

TDC er på anfordring fra Operatøren og med 20 dages varsel forpligtet til at dokumentere levering af fakturerede ydelser, såfremt Operatøren finder at faktura er fejlbehæftet.

Operatøren er berettiget til at afvente betaling af den konkrete faktura indtil dokumentation foreligger. Dette gælder dog alene de elementer af fakturaen, der vedrører uafklarede forhold, og som Operatøren har krævet yderligere dokumentation for

Renter påløber i overensstemmelse med aftalens pkt. 16.4 fra oprindelig forfaldstid, såfremt TDC kan dokumentere de pågældende fakturerede beløb.

16.3 Sikkerhedsstillelse

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en uigenkaldelig anfordringsgaranti stillet i et af TDC anerkendt pengeinstitut eller kautionsinstitut til sikkerhed for enhver betaling eller forpligtelse i øvrigt, der påhviler Operatøren i henhold til denne aftale.

Anfordringsgarantien skal udarbejdes efter modellen herfor i bilag 4 og skal herefter udgøre bilag 4 til aftalen.

I den udstrækning Operatøren allerede har indgået eller senere indgår andre samtrafikaftaler med TDC, udstrækkes garantien efter nærmere aftale med TDC til at omfatte samtlige Operatørens betalinger eller forpligtelser i øvrigt i henhold til disse aftaler.

TDC kan maksimalt kræve sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til det prognosticerede eller faktiske forbrug af to kvartalers forudbetalte ydelser.

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en forhøjelse af den krævede garanti, såfremt den ikke har den fornødne størrelse i henhold til den eller de relevante samtrafikaftaler.

Den krævede sikkerhedsstillelse skal enten stilles inden aftalens indgåelse eller 14 arbejdsdage efter modtagelse af TDC's anmodning herom.

16.4 Manglende betaling

Ved manglende rettidig betaling af forfaldne beløb i henhold til denne aftale forrentes det forfaldne beløb med den til enhver tid fastsatte rente i medfør af renteloven fra forfaldsdagen til fuld betaling sker.

...

18. Operatørens misligholdelse

18.1 Væsentlig misligholdelse

Følgende forhold anses blandt andet og altid for væsentlig misligholdelse fra Operatørens side:

- Operatøren undlader at betale forfaldne beløb rettidigt og undlader at afhjælpe sådan misligholdelse inden 10 arbejdsdage efter, at TDC skriftligt ved påkrav har underrettet Operatøren om den manglende betaling jf. pkt. 16.4.

...

18.3 Ophævelse

Såfremt Operatøren væsentligt misligholder sine forpligtelser ifølge denne aftale, og sådan misligholdelse ikke er bragt til ophør senest 20 arbejdsdage efter modtagelse af skriftligt påkrav herom, skal TDC være berettiget til med omgående virkning at ophæve denne aftale helt eller delvist.

I tilfælde af manglende betaling er TDC berettiget til med omgående virkning at ophæve denne aftale helt eller delvist efter udløb af det i pkt. 18.1 nævnte påkrav."

TDC's Standardaftale om Delt rå Kobber indeholder helt tilsvarende vilkår.

TDC's Standardaftale om Transmissionsydelser indeholder bl.a. følgende vilkår:

"16 Betalingsbetingelser

16.1 Fakturering

Lejet Transmissionskapacitet vil pr. betalingselement have to opkrævningskomponenter: et oprettelsesgebyr og et gebyr pr. kvartal i leje. Oprettelsesgebyret opkræves af TDC i forbindelse med levering af forbindelser og tillægsydelser. Lejegebyret opkræves af TDC kvartalsvis forud.

Vederlaget forfalder til betaling 30 dage fra fakturadato.

...

16.2 Uenighed om vederlagets størrelse

Uanset uenighed mellem Parterne om et faktureret beløb, skal fakturabeløbet betales fuldt ud, hvis det omstridte beløb er mindre end 5% af det totale fakturabeløb. Betaling i henhold hertil har ikke præjudicerende virkning.

Krav i forbindelse med uenighed skal være vedlagt fyldestgørende redegørelse samt nødvendig dokumentation herfor.

16.3 Manglende betaling

Ved manglende rettidig betaling af forfaldne beløb i henhold til denne Aftale forrentes det forfaldne beløb med den til enhver tid fastsatte rente i medfør af renteloven fra forfaldsdagen til fuld betaling sker.

16.4 Sikkerhedsstillelse

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en uigenkaldelig anfordringsgaranti stillet i et af TDC anerkendt pengeinstitut eller kautionsinstitut til sikkerhed for enhver betaling

eller forpligtelse i øvrigt, der påhviler Operatøren i henhold til denne Aftale.

Anfordringsgarantien skal udarbejdes efter modellen herfor i bilag 5 og skal herefter udgøre bilag 5 til denne Aftale.

I den udstrækning Operatøren allerede har indgået eller senere indgår andre samtrafikaftaler med TDC, udstrækkes garantien efter nærmere aftale med TDC til at omfatte samtlige Operatørens betalinger eller forpligtelser i øvrigt i henhold til disse aftaler.

TDC kan maksimalt kræve sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til det prognosticerede eller faktiske forbrug af 1 kvartals forudbetalte Ydelser.

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en forøgelse af garantiens omfang, såfremt garantien ikke har den fornødne størrelse i henhold til den eller de relevante samtrafikaftaler.

Den krævede sikkerhedsstillelse skal enten stilles inden aftalens indgåelse eller senest 14 Arbejdsdage efter TDC har fremsat anmodning herom.

...

18 Operatørens misligholdelse

18.1 Væsentlig misligholdelse

Følgende forhold anses blandt andet og altid for væsentlig misligholdelse fra Operatørens side:

- Operatøren undlader at betale forfaldne beløb rettidigt og undlader at afhjælpe sådan misligholdelse inden 10 Arbejdsdage efter, at TDC skriftligt har underrettet Operatøren om den manglende betaling.

...

18.3 Ophævelse

Såfremt Operatøren væsentligt misligholder sine forpligtelser ifølge denne Aftale og sådan misligholdelse ikke er bragt til ophør senest 20 Arbejdsdage efter modtagelse af skriftligt påkrav herom, dog senest 10 Arbejdsdage for misligholdelse i form af manglende betaling af forfaldne beløb skal TDC være berettiget til med omgående virkning at ophæve denne Aftale helt eller delvist."

TDC's Standardaftale om Samhusning indeholder bl.a. følgende vilkår:

"12. Betalingsbetingelser

12.1 Fakturering

Samhusninger vil pr. betalingselement have to opkrævningsselementer: et oprettelsesgebyr og et lejegebyr.

Oprettelsesgebyret opkræves af TDC i forbindelse med levering af Samhusninger og tillægsydelser. Lejegebyret for samtlige samhusninger opkræves af TDC enten månedsvis eller kvartalsvis forud.

...

Vederlaget forfalder til betaling 30 dage fra fakturadato.

...

Alle omkostninger ved overførsler af betalinger til TDC afholdes af Operatøren.

Uanset uenighed mellem parterne om et faktureret beløb, skal fakturabeløbet betales fuldt ud, hvis det omstridte beløb udgør mindre end 5 % af det totale fakturabeløb. Betaling i henhold hertil har ikke præjudicerende virkning.

12.2 Manglende betaling

Ved manglende rettidig betaling af forfaldne beløb i henhold til denne Aftale forrentes det forfaldne beløb med den til enhver tid fastsatte rente i medfør af renteloven fra forfaldsdagen til fuld betaling sker.

TDC er samtidig – i tilknytning til TDC's øvrige rettigheder, jf. pkt. 14, berettiget til at annullere uden yderligere varsel alle igangværende ordrer uanset om disse er ordrebekræftede og fakturerer tillige Operatøren for de tilhørende annulleringer.

12.3. Inkasso

Såfremt TDC finder det nødvendigt, overdrages en udestående fordring til inkasso. Operatøren skal betale samtlige omkostninger og gebyrer, som påløber ved sådan inkasso, herunder alle beløb, som påløber ved fordringens inddreven via foretagne retsskridt.

12.4. Sikkerhedsstillelse

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en uigenkaldelig anfordringsgaranti stillet i et af TDC anerkendt pengeinstitut eller kautionsinstitut til sikkerhed for enhver betaling eller forpligtelse i øvrigt, der påhviler Operatøren i henhold til denne aftale.

Anfordringsgarantien skal udarbejdes efter modellen herfor i bilag 4 og herefter udgøre bilag 4 til aftalen. I den udstrækning Operatøren allerede har indgået eller senere indgår andre samtrafikaftaler med TDC, udstrækkes garantien efter nærmere aftale med TDC til at omfatte samtlige Operatørens betalinger eller forpligtelser i øvrigt i henhold til disse aftaler.

TDC kan maksimalt kræve sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til summen af de seneste 2 måneders bagudfakturerede ydelser samt eventuelle ordrede ikke-fakturerede ydelser samt 1 måneds forudfakturerede ydelser. Såfremt Operatøren ikke har fået leveret ydelser i det seneste kvartal, kan TDC kræve sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til prognosticerede forbrug i det førstkommende kvartal, jf. pkt. 7.1.1.

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en forhøjelse af den krævede garanti, såfremt den ikke har den fornødne størrelse i henhold til den eller de relevante samtrafikaftaler.

Den krævede sikkerhedsstillelse skal enten stilles inden aftalens indgåelse eller 14 arbejdsdage efter modtagelse af TDC's anmodning herom.

...

14. Operatørens misligholdelse

Væsentlig misligholdelse

Enhver af nedenstående begivenheder anses blandt andet og altid for misligholdelse fra Operatørens side, der berettiger TDC til ophævelse af denne samhusningsaftale og de konkrete aftaler om enkelte samhusningslokaliteter:

- Operatøren undlader at betale forfaldne beløb ved forfald på den aftalte måde, og undlader at afhjælpe sådan misligholdelse inden 10 arbejdsdage efter, at TDC har underrettet Operatøren om den manglende betaling.

...

14.3. Misligholdelsesbeføjelser / ophævelse

Såfremt Operatøren væsentlig misligholder sine forpligtelser ifølge denne aftale jf. pkt. 14.1 eller udviser en erstatningspådragende adfærd, og sådan misligholdelse eller adfærd ikke er bragt til ophør senest 5 arbejdsdage efter skriftligt påkrav fra TDC, skal TDC være berettiget til med omgående virkning at ophæve denne aftale helt eller delvist."

TDC's Standardaftale om Gensalg af tjenester m.v. på fastnetområdet indeholder bl.a. følgende vilkår:

"23 Betalingsbetingelser

23.1 Fakturering

TDC fakturerer abonnenter kvartalsvis forud og alle andre betalinger månedsvis bagud for Gensælgerens faktiske forbrug af Ydelser.

Ved overdragelser af kundeforholdet kan der forekomme efterreguleringer i de efterfølgende måneder.

Vederlaget forfalder til betaling 30 Dage fra fakturadato.

...

23.2 Uenighed om vederlagets størrelse

...

Uanset uenighed mellem Parterne om et faktureret beløb, skal fakturabeløbet betales fuldt ud, hvis det omstridte beløb udgør mindre end 5 % af det totale fakturabeløb. Betaling i henhold hertil har ikke præjudicerende virkning.

23.3 Manglende betaling

Ved manglende rettidig betaling af forfaldne beløb i henhold til denne Aftale forrentes det forfaldne beløb med den til enhver tid fastsatte rente i medfør af renteloven fra forfaldsdagen til fuld betaling sker.

23.4 Sikkerhedsstillelse

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en uigenkaldelig anfordringsgaranti fra et af TDC anerkendt pengeinstitut eller kautionsinstitut til sikkerhed for enhver betaling eller forpligtelse i øvrigt, der påhviler Gensælgeren.

Anfordringsgarantien skal udarbejdes efter modellen herfor i Bilag 4 og skal herefter udgøre Bilag 4 til aftalen.

I den udstrækning Gensælgeren allerede har indgået eller senere indgår andre samtrafik-aftaler med TDC, udstrækkes garantien efter nærmere aftale med TDC til at omfatte samtlige Gensælgerens betalinger eller forpligtelser i øvrigt i henhold til disse aftaler.

TDC kan maksimalt kræve sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til det prognosticerede eller faktiske forbrug af bagud betalte ydelser for to kvartaler samt to kvartalers forudbetalte ydelser.

TDC er til enhver tid berettiget til at kræve en forøgelse af garantiens omfang, såfremt garantien ikke har den fornødne størrelse i henhold til den eller de relevante samtrafik-aftaler.

Den krævede sikkerhedsstillelse skal enten stilles inden aftalens indgåelse eller senest 14 arbejdsdage efter TDC har fremsat anmodning herom.

...

25 Gensælgerens misligholdelse

25.1 Væsentlig misligholdelse

Følgende forhold anses blandt andet og altid for væsentlig misligholdelse fra Gensælgerens side:

- Gensælgeren undlader at betale forfaldne beløb rettidigt og undlader at afhjælpe sådan misligholdelse inden 10 Arbejdsdage efter, at TDC skriftligt har underrettet Gensælgeren om den manglende betaling.

...

25.3 Ophævelse

Såfremt Gensælgeren væsentligt misligholder sine forpligtelser ifølge denne Aftale og så dan misligholdelse ikke er bragt til ophør senest 20 Arbejdsdage efter modtagelse af skriftligt påkrav herom, dog senest 10 Arbejdsdage for misligholdelse i form af manglende betaling af forfaldne beløb skal TDC være berettiget til med omgående virkning at ophæve denne Aftale helt eller delvist."

2. Den påklagede afgørelse

2.1 Det hedder i den påklagede afgørelse af 28. oktober 2005 fra IT- og Telestyrelsen bl.a.:

"I overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens supplerende bindende udtalelse af 28. september 2005 og i medfør af § 73 stk. 1 i teleloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 784

af 28. juli 2005 træffer IT- og Telestyrelsen hermed følgende

AFGØRELSE:

TDC A/S' vilkår vedrørende dels bankgaranti og dels forudbetaling i forbindelse med indgåelse af samtrafikaftaler i TDC A/S standardaftaler om rå kobber, delt rå kobber, transmission, samhusning samt gensalg, udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.

TDC A/S pålægges herefter at udforme vilkårene for forudbetaling og sikkerhedsstillelse i selskabets standardtilbud vedrørende rå kobber, delt rå kobber, transmission, samhusning samt gensalg som anført ovenfor og uddybet i Konkurrencestyrelsens supplerende bindende udtalelse af 28. september 2005.

IT- og Telestyrelsen henviser i øvrigt til § 73 stk. 2 i teleloven, hvorefter TDC skal udmønte afgørelsen i et opdateret standardtilbud senest en måned efter denne afgørelse er truffet."

2.2 Det hedder i den udtalelse af 28. september 2005 fra Konkurrencestyrelsen, som IT- og Telestyrelsen har lagt til grund for afgørelsen af 28. oktober 2005, bl.a.:

"Ved skrivelser af 5. november og 20. december 2004 har Tiscali A/S (Tiscali) [note: Tiscali A/S er efter indgivelsen af klagen til Konkurrencestyrelsen solgt til Tele 2] og Cybercity A/S (Cybercity) klaget til Konkurrencestyrelsen over TDC Totalløsninger A/S (TDC).

Tiscali og Cybercity gør gældende, at TDC misbruger sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 ved (i) at stille krav om bankgaranti for indgåelse af samtrafikaftaler, (ii) at kræve kvartalsvise forudbetalinger i alle samtrafikaftaler undtagen gensalg, og (iii) ved at tilbyde forskellige vilkår til operatørerne på markedet.

Konkurrencestyrelsen har tidligere afgivet bindende udtalelser vedrørende TDC' samtrafikaftaler, og disse udtalelser er blevet lagt til grund af IT- og Telestyrelsen.

TDC gør over for Tiscali' og Cybercity' klager gældende, at Konkurrencestyrelsen ikke har kompetence til af egen drift at behandle klagerne, samt subsidiært gældende, at vilkårene i samtrafikaftalerne ikke er udtryk for misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11.

Konkurrencestyrelsen er enig med TDC i, at styrelsen ikke er kompetent til at træffe afgørelse i klagesagerne, idet kompetencen til at træffe afgørelse ligger hos IT- og Telestyrelsen, jf. bl.a. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. marts 2004, Tiscali A/S og Cybercity A/S mod Konkurrencerådet.

Konkurrencestyrelsen har imidlertid på baggrund af Tiscali' og Cybercity' klager fundet anledning til at fremkomme med en supplerende bindende udtalelse til IT- og Telestyrelsen vedrørende TDC' samtrafikaftaler.

Konkurrencestyrelsens supplerende bindende udtalelse

Konkurrencestyrelsens supplerende bindende udtalelse vedrører 5 forskellige standardaftaler. Det drejer sig om:

- TDC' standardaftale af 14. april 2005 om rå kobber, som Konkurrencestyrelsen

- senest har afgivet bindende udtalelse om ved skrivelse af 23. juni 2005,
- TDC' standardaftale af 14. april 2005 om delt rå kobber, som Konkurrencestyrelsen senest har afgivet bindende udtalelse om ved skrivelse af 21. juli 2005,
 - TDC' standardaftale om transmissionsydelser, som Konkurrencestyrelsen senest har afgivet bindende udtalelse om ved skrivelse af 22. juni 2005,
 - TDC' standardaftale af 14. april 2005 om gensalg, som Konkurrencestyrelsen senest har afgivet bindende udtalelse om ved skrivelse af 23. juni 2005, og
 - TDC' standardaftale af 14. april 2005 om fælles udnyttelse af bygninger, centraludstyr m.v. (samhusning), som Konkurrencestyrelsen endnu ikke har afgivet bindende udtalelse om. [Note: Konkurrencestyrelsen har senest ved skrivelse af 20. september 2004 afgivet en bindende udtalelse om TDC' standardaftale om samhusning af 13. august 2004. Konkurrencestyrelsens bindende udtalelse vedrørende TDC' standardaftale af 20. december 2004 og senest 14. april 2005 om samhusning har afventet styrelsens afgørelse i sagen om Tiscali' og Cybercity' klager.]

Konkurrencestyrelsen udtaler, at vilkårene i TDC' standardaftaler vedrørende rå kobber, delt rå kobber, transmission samt samhusning, hvorefter der stilles krav om 3 måneders forudbetaling samtidig med, at TDC har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for enhver forpligtelse medkontrahenten måtte have påtaget sig, udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.

Konkurrencestyrelsen udtaler samtidig, at de nævnte standardaftaler ikke vil indeholde konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, såfremt TDC kun kan stille krav om (maksimalt) 30 dages forudbetaling. [Note: Da TDC efter Konkurrencestyrelsens oplysninger hidtil har opkrævet kvartalsvis forudbetaling efter kalenderåret, vil TDC således være berettiget til at opkræve betaling den 1. i en måned (f.eks. den 1. januar) for hele den pågældende måned (hele januar). Såfremt TDC' krav om forudbetaling ikke måtte følge kalendermånederne, vil forudbetaling tilsvarende kun kunne stilles for 30 dage. Opkræves der således f.eks. forudbetaling med betalingstermin den 17. i en måned, kan forudbetalingen vedrøre perioden fra den 17. til den 16. i den efterfølgende måned.]

Konkurrencestyrelsen udtaler endvidere, at TDC vil være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling ved siden af kravet om 30 dages forudbetaling.

TDC vil således være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling for et beløb svarende til den kreditrisiko, som TDC pålægges ved først at kunne ophæve samtrafikaftalerne i tilfælde af betalingsmisligholdelse efter udløbet af aftalernes ophævelsesperiode, jf. konkurrencelovens § 16, nr. 3, sidste pkt.

I modsat fald ville TDC pålægges den kreditrisiko, at selskabets aftagere kunne undlade at forudbetale, samtidig med at TDC fortsat var forpligtet til at levere samtrafikydelserne i ophævelsesperioden.

TDC vil således kunne stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling vedrørende *rå kobber, delt rå kobber samt transmission* for et beløb maksimalt svarende til prisen for løbende levering af disse samtrafikydelser i en periode på 10 arbejdsdage (svarende til ophævelsesperioden).

For så vidt angår *samhusning* vil TDC være berettiget til stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling for et beløb maksimalt svarende til prisen for løbende levering i en periode på 15 arbejdsdage (svarende til

ophævelsesperioden).

For så vidt angår *gensalg*, hvor fakturering sker månedsvis bagud, vil TDC være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for den bag-udbetalte måned samt for et beløb svarende til løbende levering i 10 arbejdsdage (svarende til ophævelsesperioden).

TDC vil herudover som udgangspunkt ikke være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling af samtrafikydelserne.

Såfremt TDC' aftagere imidlertid måtte ønske en rykkerprocedure for manglende betaling, og TDC ikke kan opsigte aftaleforholdet under en sådan rykkerprocedure, vil TDC endvidere være berettiget til at afdække sin kreditrisiko ved en sådan procedure og stille krav om sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til manglende betaling i hele rykkerperioden.

TDC kan imidlertid ikke kræve en sådan særlig rykkerprocedure.

Konkurrencestyrelsens vurdering

Konkurrencestyrelsens vurdering af TDC' samtrafikaftaler vedrører fire hovedspørgsmål. Det drejer sig om:

1. Konkurrencestyrelsens kompetence.
2. Konkurrencestyrelsens vurdering af, om EF-traktatens artikel 82 finder anvendelse.
3. Konkurrencestyrelsens vurdering af, om TDC misbruger sin dominerede stilling i strid med konkurrencelovens § 11/EF-traktatens artikel 82.
4. Konkurrencestyrelsens vurdering af, at TDC' krav om forudbetaling indregnes i de regulerede priser for samtrafikydelser.

1. Konkurrencestyrelsens kompetence

Ved skrivelse af 22. marts 2005 rettede Konkurrencestyrelsen henvendelse til Videnskabsministeriet for at få oplyst, om TDC' krav om kvartalsvis forudbetaling for samtrafikydelser er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering under ministeriets område, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 4.

Ved skrivelse af 1. maj 2005 meddelte Videnskabsministeriet, at "TDC' krav om forudbetaling for en række samtrafikydelser ikke er og heller ikke har været en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering på teleområdet".

Konkurrencestyrelsen er ikke kompetent til at ændre eller tilsidesætte Videnskabsministeriets vurdering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 4. Forbudsbestemmelserne i konkurrencelovens kapitel 2 og 3 finder derfor anvendelse på TDC' samtrafikaftaler. [Note: Konkurrencestyrelsen bemærker for god ordens skyld supplerende - i forlængelse af TDC' bemærkninger om, at selskabets samtrafikaftaler findes at være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering - at Konkurrencestyrelsen er enig i Videnskabsministeriets vurdering, jf. forenede sag C-359/95 P og C-379/95 P, Ladbroke Racing Ltd.]

Konkurrencestyrelsen vurderer endvidere, at IT- og Telestyrelsen er kompetent til at træffe afgørelse i klagesagerne. Konkurrencestyrelsen henviser bl.a. til Konkurrenceankenævnets afgørelse af 2. marts 2004, *Tiscali A/S og Cybercity A/S mod Konkurrencerådet*, samt til forarbejderne til både teleloven [note: Jf. bemærkningerne til § 5 i lovforslag nr. 260 fremsat af forskningsministeren den 7. maj 1997. Jf.

endvidere bemærkninger til lov nr. 418 af 31. maj 2000, jf. Folketingstidende 1999-00, Tillæg A, sp. 6896ff, og bemærkninger til lov nr. 450 af 10. juni 2003, jf. Folketings Tidende 2002-03, Tillæg A, sp. 3467ff.] og konkurrenceloven [note: Jf. Folketings Tidende 1996-97, Tillæg A, sp. 3654].

IT- og Telestyrelsen skal imidlertid træffe afgørelse i klagesagerne på grundlag af en bindende udtalelse fra konkurrencemyndighederne, jf. telelovens § 79, jf. § 73.

Konkurrencestyrelsen har på den baggrund som nævnt revurderet TDC' samtrafikaftaler og fremkommet med nærværende supplerende udtalelse.

TDC har i sine høringsskrivelser af 1. marts, 10. juni og 2. september 2005 gjort gældende, at Konkurrencestyrelsen ikke har hjemmel til at ændre sine tidligere bindende udtalelser. TDC har bl.a. fremhævet, at Konkurrencestyrelsen ikke kan ændre sin bindende udtalelse uden en anmodning fra IT- og Telestyrelsen, at der ikke er tale om en sag efter telelovens § 79, men om en klagesag efter telelovens § 76, stk. 1, og at udtalelserne er *bindende* for Konkurrencestyrelsen.

Konkurrencestyrelsen bemærker i den forbindelse for det første, at IT- og Telestyrelsen er forpligtet til at indhente den i telelovens § 79 forudsatte udtalelse fra Konkurrencestyrelsen. [Note: Jf. bemærkningerne til pkt. 69 om telelovens § 79 i forslag L 143 til ændring af teleloven fremsat den 29. januar 2003 af videnskabsministeren, jf. Folketings Tidende 2002-03, Tillæg A, sp. 3467ff: "Formålet med forslaget til bestemmelsen i § 79 er at sikre, at Konkurrencerådet kan kontrollere, at virksomhedernes aktiviteter ikke indebærer skadelige virkninger for konkurrencen, herunder konkurrenceforvridende krydssubsidiering i strid med konkurrencelovgivningen." Jf. endvidere bemærkningerne til den dagældende § 5 i lov nr. 391 af 10. juni 1997, jf. L 260 fremsat den 7. marts 1997 af forskningsministeren: "Afgørelser eller indgreb på grundlag af stk. 2-3, sker på grundlag af bindende udtalelser fra Konkurrencerådet. Sigtet hermed er at sikre, at den generelle konkurrencelovs principper ikke tilsidesættes på samtrafikområdet, og at tilsynet med og afgørelser om, hvorvidt samtrafikaftaler indeholder vilkår i strid med konkurrenceloven, er baseret på Konkurrencerådets og Konkurrenceseekretariatets generelle praksis og fortolkning af konkurrenceloven." "Sigtet med de foreslåede bestemmelser er at sikre at der gribes ind overfor alle former for aftalevilkår i samtrafikaftaler, der skønnes at være konkurrencebegrænsende"]. IT- og Telestyrelsen skulle derfor i alle tilfælde have oversendt Tiscali' og Cybercity' klager til Konkurrencestyrelsen.

Konkurrencestyrelsen finder på den baggrund ikke, at styrelsen skulle være forpligtet til at sende klagerne til IT- og Telestyrelsen kun med det formål, at IT- og Telestyrelsen kunne returnere klagesagerne til Konkurrencestyrelsen.

Konkurrencestyrelsen finder af samme grund ikke, at det er korrekt, når TDC i selskabets høringssvar af 1. september 2005 anfører, at det måtte forventes, at IT- og Telestyrelsen ville afvise klagerne, såfremt Konkurrencestyrelsen havde oversendt klagerne til IT- og Telestyrelsen.

Konkurrencestyrelsen bemærker for det andet, at styrelsens nærværende vurdering drejer sig om TDC' samtrafikaftaler, og at der derfor er tale om en samtrafik sag i telelovens § 79' forstand.

Konkurrencestyrelsen bemærker for det tredje, at styrelsens udtalelser i henhold til teleloven kun er bindende for IT- og Telestyrelsen, men ikke for Konkurrencestyrelsen, jf. telelovens § 79, stk. 3.

Konkurrencestyrelsen kan i den forbindelse ikke lægge vægt på de af TDC fremkomne betragtninger om begunstigende forvaltningsakter, om den påståede betydning af Konkurrencestyrelsens forbehold samt om betydningen af adgangen til at indbringe en afgørelse for Konkurrenceankenævnet efter telelovens § 106.

Vedrørende begunstigende forvaltningsakter bemærker Konkurrencestyrelsen, at forvaltningsakter kan tilbagekaldes af forvaltningen, også selv om forvaltningsakten er begunstigende. [Note: Dette gælder særligt i nærværende tilfælde, hvor (i) forvaltningens konkrete tilbagekaldelsesårsag (misbrug af dominerende stilling), (ii) tredjeparters interesse (klagernes modinteresse over for TDC's interesse), (iii) den oprindelige bindende udtalelses karakter (der var tale om skønspregt vurdering) samt (iv) indgrebets intensitet over for TDC (TDC kan forholdsvis nemt indrette sig efter den supplerende bindende udtalelse) taler for, at forvaltningen er berettiget til at tilbagekalde en forvaltningsakt.]

Vedrørende den af TDC påståede betydning af Konkurrencestyrelsens forbehold bemærkes, at Konkurrencestyrelsens forbehold ikke kan tages til indtægt for, at styrelsen skulle være bundet af sin oprindelige udtalelse. Dette følger allerede af, at det vil være relevant for Konkurrencestyrelsen at tage et forbehold i et tilfælde, hvor styrelsen på baggrund af almindelige forvaltningsretlige regler ikke - uden et forbehold - ville være berettiget til at tilbagekalde styrelsens bindende udtalelse.

Vedrørende telelovens § 106 bemærkes, at lovgiver ved denne adgang til at indbringe en afgørelse, der er truffet på baggrund af en udtalelse fra Konkurrencestyrelsen, ikke har taget stilling til, om Konkurrencestyrelsens oprindelige udtalelse er bindende for styrelsen. Telelovens § 106, der blot knæsetter en administrativ rekursadgang til Konkurrenceankenævnet, er relevant i de tilfælde, hvor en part ikke får medhold hos IT- og Telestyrelsen, og hvor Konkurrencestyrelsen ikke vil tilbagekalde sin bindende udtalelse.

For det fjerde bemærker Konkurrencestyrelsen, at styrelsen har taget et forbehold i sine tidligere udtalelser vedrørende samtrafikaftalerne, og at styrelsen i den forbindelse har taget forbehold for en ændret vurdering på baggrund af klager over samtrafikaftalerne. Konkurrencestyrelsens forbehold har med få variationer lydt:

"Det skal anføres, at ovenstående udtalelse er afgivet på det foreliggende grundlag. Konkurrencestyrelsen forbeholder sig at tage aftalen op til fornyet bedømmelse, hvis der fremkommer nye oplysninger, ændringer i aftalen, eller klage over aftalens praktisering".

Konkurrencestyrelsens forbehold vedlægges efter fast praksis af IT- og Telestyrelsen i styrelsens afgørelser og har således været kendt for TDC.

For det femte finder Konkurrencestyrelsen, at styrelsen ikke kan forventes at kunne vurdere den fulde rækkevidde af samtlige vilkår i samtrafikaftalerne forud for aftalernes praktisering, hvilket taler for, at styrelsen er berettiget til at korrigere tidligere udtalelser.

For det sjette finder Konkurrencestyrelsen, at vurderingen af enkelte vilkårs betydning kan ændre sig - og bør have mulighed for at ændre sig - over tid, bl.a. som følge af indgivne klager fra konkurrenter på afledte markeder.

Konkurrencestyrelsen bemærker i forlængelse af det som det fjerde, femte og sjette anførte, at kravet om kvartalsvis forudbetaling vil ramme kunders likviditet forskelligt, f.eks. afhængigt af hvor meget kunden aftager. Konkurrencestyrelsen har som følge heraf haft vanskeligt ved at bedømme standardaftalernes faktiske virkninger.

Konkurrencestyrelsen konkluderer herefter samlet, at styrelsen er berettiget til at ændre tidligere udtalelser afgivet i medfør af telelovens § 79.

2. EF-traktatens artikel 82

EF-traktatens artikel 82 finder anvendelse på virksomheders adfærd, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan øve indflydelse på samhandlen mellem medlemsstater. [Note: Jf. bl.a. dom af 15. december 1994 i sag C-250/92, Gøttrup-Klim.]

Artikel 82 finder imidlertid kun anvendelse, såfremt virksomhedernes adfærd har mærkbar virkning på samhandlen.

Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at dette ikke er tilfældet i foreliggende tilfælde.

Konkurrencestyrelsen henviser for det første til, at TDC' adfærd kun omfatter en enkelt medlemsstat. [Note: Sml. Kommissionens meddelelse om begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, jf. afsnit 3.2ff, hvor det dog samtidig fremgår, at påvirkning af samhandlen godt kan foreligge i de tilfælde, hvor misbruget kun vedrører én medlemsstat.] For det andet vedrører TDC' adfærd ikke import eller eksport til andre medlemsstater eller aktiviteter i flere medlemsstater. TDC' betalingsvilkår ses således ikke ifølge sin natur at kunne påvirke handlen mellem medlemsstater. [Note: Sml. Kommissionens meddelelse om begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, jf. pkt. 45 og 86.]

For det tredje ses TDC' adfærd ikke at føre til en afskærmning af det danske marked og dermed til en opdeling af fællesmarkedet i strid med målsætningen om markedsintegration. For det fjerde udgør TDC' betalingsvilkår om forudbetaling og sikkerhedsstillelse kun en del af de samlede vilkår for levering af samtrafikydelse.

Konkurrencestyrelsen finder herefter ikke, at TDC' adfærd aktuelt eller potentielt påvirker samhandlen i tilstrækkelig mærkbar grad til, at artikel 82 finder anvendelse. [Note: Sml. Rådsmødet den 28. april 2004, *Song Networks' klager vedr. erhvervstelemarkedet*, hvor EF-traktatens artikel 82 heller ikke blev anvendt.]

3. Konkurrencelovens § 11 om misbrug af dominerende stilling

Der er tre forudsætninger, der skal opfyldes for at kunne anvende konkurrencelovens § 11. Der skal være tale om (i) en eller flere virksomheder, der (ii) har en dominerende stilling, og som (iii) misbruger denne dominerende stilling.

Det er således ikke i sig selv forbudt at erhverve, besidde eller styrke en dominerende stilling på det relevante marked.

ad (i) Virksomhedsbegrebet

Virksomhedsbegrebet skal forstås bredt, idet enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer eller tjenester, er omfattet af konkurrenceloven.

TDC er et 100 % ejet datterselskab af TDC A/S og indgår i TDC A/S' koncernregnskab.

TDC udbyder et bredt sortiment af kommunikationsløsninger, herunder bl.a. fastnettelefoni, konvergensprodukter (kombinerer fastnettelefoni med mobiltelefoni), bredbåndsløsninger, avancerede sikkerheds- og hostingtjenester, datakommunikation

og internettjenester, udleje af faste kredsløb, terminalsalg og installation. [Note: Jf. Årsrapport 2004 for TDC.]

Som led i TDC' forretningsområder udbyder selskabet endvidere bl.a. visse engrosydelser så som bit stream acces, rå kobber, delt rå kobber, administrativt rå kobber, faste kredsløb, samhusning, ATM samt transmissioner til andre teleselskaber.

Konkurrencestyrelsen finder på denne baggrund, at TDC udgør en virksomhed i konkurrencelovens forstand.

ad (ii) Dominerende stilling

En virksomhed antages at indtage en dominerende stilling, når virksomheden har en økonomisk position, der sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet virksomheden kan anlægge en uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder samt i sidste instans forbrugerne. [Note: Jf. f.eks. dom af 9. november 1983 i sag 322/81, Michelin, pr. 30.]

Virksomhedens styrke på markedet skal vurderes på baggrund af flere faktorer. Den i praksis væsentligste faktor er virksomhedens markedsandel på det relevante marked, men også andre faktorer som f.eks. særlige adgangsbarrierer til markedet er relevante.

I henhold til teleloven skal teleudbydere, der har en stærk markedsposition på et givent område, udarbejde og offentliggøre standardtilbud til markedets aftagere.

IT- og Telestyrelsen har således allerede - ved at forpligte TDC til at offentliggøre standardtilbud vedrørende samtrafikprodukterne - vurderet, at TDC efter teleloven har en stærk markedsposition vedrørende disse produkter.

Konkurrencestyrelsen finder, at det på den baggrund som udgangspunkt kan lægges til grund, at TDC har en dominerende stilling i konkurrencelovens forstand. Dette skyldes, at definitionen af begrebet "stærk markedsposition" i teleloven er sammenfaldende med definitionen af det konkurrenceretlige dominansbegreb. [Note: Den eneste forskel er, at dominansvurderingerne efter teleloven er fremadrettede (ex ante), mens konkurrencelovgivningens dominansbegreb er bagudrettede (ex post).]

IT- og Telestyrelsen har endvidere - i tæt samarbejde med Konkurrencestyrelsen - foretaget markedsafgrænsninger på teleområdet efter reglerne i telelovens kapitel 20 b. [Note: Jf. IT- og Telestyrelsens analyse af 5. december 2003 om "Afgrænsning af relevante markeder til brug for IT- og Telestyrelsens markedsundersøgelser i henhold til telelovens §§ 84 a-d". Jf. endvidere IT- og Telestyrelsen analyse af de enkelte omtalte markeder. Samtlige dokumenter er offentliggjort på IT- og Telestyrelsens hjemmeside <http://www.itst.dk/>.] IT- og Telestyrelsen har i den forbindelse vurderet, om der forelå reel konkurrence på 16 af de 18 markeder, som er omfattet af Kommissionens henstilling på området. [Note: IT- og Telestyrelsens markedsafgrænsninger tager udgangspunkt i Kommissionens henstilling af 11. februar 2003 om relevante produkt- og tjenestemarkeder.]

IT- og Telestyrelsens markedsafgrænsninger er foretaget med udgangspunkt i generelle konkurrenceretlige principper. Markedsafgrænsningerne er således foretaget ved hjælp af den konkurrenceretlige substitutionsmetode, hvorefter produkter og tjenester, der kan substituere hinanden, tilhører samme marked. [Note: Også markedsafgrænsningerne er dog foretaget ex ante og ikke post.]

Konkurrencestyrelsen finder, at IT- og Telestyrelsens analyser for flere af de 16 afgrænsede markeder er relevante i forhold til nærværende sags standardaftaler.

Standardaftalerne om rå kobber og delt rå kobber vedrører således det produktmarked, der er omfattet af IT- og Telestyrelsens analyser af marked nr. 11 - engrosmarkedet for ubundet adgang - der bl.a. omfatter adgangen til rå kobber og delt rå kobber.

På dette marked viser IT- og Telestyrelsens analyser, at TDC er den eneste udbyder af rå kobber og delt rå kobber, og at TDC således har en monopolstilling. [Note: Jf. IT- og Telestyrelsens analyse af 9. juli 2004 om reel konkurrence og SMP på engrosmarkedet for ubundet adgang (marked nr. 11).] Konkurrencestyrelsen finder derfor at kunne lægge til grund, at TDC indtager en dominerende stilling i konkurrencelovens forstand vedrørende disse produkter

Standardaftalen om gensalg af bredbånd omfatter et bredbåndsprодукt, som indgik i IT- og Telestyrelsens oprindelige markedsafgrænsning for marked nr. 12 vedrørende engrosmarkedet for bredbåndstilslutninger. IT- og Telestyrelsen ændrede imidlertid efterfølgende (efter drøftelser med Kommissionen) denne markedsafgrænsning, således at gensalgsprodukter ikke længere er omfattet af markedet.

Konkurrencestyrelsen bemærker imidlertid, at TDC er det eneste selskab, som råder over en landsdækkende infrastruktur - TDC' kobbernet - som anvendes til udbud af bredbåndsprодукter på engrosniveau, dvs. til udbud af rå kobber/delt rå kobber, bit stream access og gensalg af bredbånd.

IT- og Telestyrelsens analyser viser endvidere, at TDC har en stærk markedsposition på udbud af både rå kobber/delt rå kobber (marked 11) og bit stream access (marked 12), og efter Konkurrencestyrelsens oplysninger er TDC også på gensalgsprodukter den eneste udbyder på engrosniveauet. Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at TDC ligeledes indtager en dominerende stilling i konkurrencelovgivningens forstand vedrørende gensalg af bredbånd.

Standardaftalen om transmissionsydelser vedrører de produktmarkeder, som er omfattet af IT- og Telestyrelsens analyser af engrosmarkederne for faste kredsløb (marked 13 og 14).

På marked nr. 13 - engrosmarkedet for terminerende segmenter af faste kredsløb - havde TDC ifølge IT- og Telestyrelsens analyser markedsandele i 2003 på omkring 95 % målt i stk. og 78 % målt i kapacitet. På marked nr. 14 - engrosmarkedet for centrallinjesegmenter af faste kredsløb - foretog IT- og Telestyrelsen en geografisk opdeling af markedet på henholdsvis perifere og overordnede faste kredsløb. IT- og Telestyrelsens analyser viste her, at TDC havde en dominerende stilling på det perifere centrallinjesegment med en markedsandel på ca. 86 % i 2003 [note: TDC har efterfølgende købt Song Networks, hvorved selskabets markedsandel må antages forøget yderligere], mens der var tale om reel konkurrence på de overordnede centrallinjesegmenter.

Det er på den baggrund Konkurrencestyrelsens vurdering, at TDC indtager en dominerende stilling i konkurrencelovgivningens forstand vedrørende de transmissionsydelser, som omfatter terminerende segmenter og perifere centrallinjesegmenter af fastekredsløb.

Endelig omfatter standardaftalen vedrørende samhusning ydelser, som leveres i tilknytning til og som en nødvendig og integreret del af de samtrafikprodukter, hvor TDC findes at have en stærk markedsposition i henhold til telekonkurrencelovgivning.

IT- og Telestyrelsen betragter således ikke samhusningsydelser som selvstændige ydelser, hvor der skal afgrænses et særligt produktmarked for samhusning, men pålægger i stedet TDC at give adgang til samhusning mv. for at kunne facilitere adgangen til et konkret samtrafikprodukt, for hvilket TDC har en stærk markedsposition.

Såfremt TDC således har en stærk markedsposition for et givent samtrafikprodukt, vil IT- og Telestyrelsen pålægge TDC at udarbejde standardaftale om samhusning for dette produkt. Konkurrencestyrelsen vurderer på den baggrund, at TDC vil have en dominerende stilling, hvad enten der kan afgrænses et særligt (snævert) marked for samhusning af et givent produkt, eller markedet i stedet skal afgrænses til markedet for det pågældende produkt som sådan (inkl. samhusning af produktet).

Konkurrencestyrelsen bemærker supplerende til bemærkningerne til IT- og Telestyrelsens analyser, at TDC i praksis er eneste udbyder af de forskellige former for infrastrukturadgang og dertil hørende produkter med tilstrækkelig geografisk dækning, og at der er betydelige adgangsbarrierer for andre evt. udbydere af de forskellige samtrafikprodukter.

For så vidt angår den geografisk markedsafgrænsning vurderer Konkurrencestyrelsen, at det relevante marked kan afgrænses til Danmark.

Konkurrencestyrelsen henviser til IT- og Telestyrelsens tidligere undersøgelser, hvor det geografiske marked for de relevante produktmarkeder som udgangspunkt er afgrænset til Danmark. [Note: Jf. IT- og Telestyrelsens analyse af 5. december 2003 om "Afgrænsning af relevante markeder til brug for IT- og Telestyrelsens markedsundersøgelser i henhold til telelovens §§ 84 a-d.]

Konkurrencestyrelsen henviser endvidere til, at der er tale om en nationalt dækkende infrastruktur underlagt national regulering, hvilket leder til markedsvilkår, der afviger fra tilstødende områder. Hertil kommer, at der er tale om samtrafikydelser til brug for betjening af kunder i Danmark, sml. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. marts 2004, *Tiscali A/S og Cybercity A/S mod Konkurrencerådet*.

Konkurrencestyrelsen henviser endelig til, at punktvis lokal alternativ infrastruktur er fragmenteret og kun fungerer som alternative detailudbyderes koncerninterne supplement til TDC' infrastruktur snarere end som en egentlig konkurrent til TDC på engrosniveau. Der er derfor ikke grundlag for at nedbryde det nationale marked i lokale geografiske delmarkeder.

ad (iii) Misbrug

TDC' samtrafikaftaler stiller krav om forudbetaling samt giver TDC mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse ved levering af selskabets ydelser. Forudbetalingen opkræves typisk kvartalsvis forud, og sikkerhedsstillelsen kan dække hele eller dele af aftagernes forpligtelser til TDC, jf. tabel 1.

Tabel 1: Betalingsbetingelser for TDC' ydelser

Ydelse	Betalingsbetingelser	
	Fakturering	Sikkerhedsstillelse

Rå og delt kobber	Kvartalsvis forud	TDC kan kræve depositum eller anfordringsgaranti for enhver forpligtelse
Transmission	Kvartalsvis forud	TDC kan kræve depositum eller anfordringsgaranti for enhver forpligtelse
Gensalg	Månedsvi bagud	TDC kan kræve anfordringsgaranti for enhver forpligtelse iht. prognosticerede forbrug i 3 kvartaler
Samhusning	Kvartalsvis forud	TDC kan kræve anfordringsgaranti for enhver forpligtelse iht. prognosticerede forbrug i 3 kvartaler

Kravet om forudbetaling og muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse sikrer, at TDC afdækker sin kreditrisiko ved at levere ydelserne løbende.

Samtrafikaftalerne indeholder endvidere særlige bestemmelser om ophævelse, opsigelse og misligholdelse. I alle TDC' samtrafikaftaler betragtes manglende betaling og manglende iagttagelse af kravet om at stille sikkerhedsstillelse som en væsentlig misligholdelse, der berettiger TDC til at ophæve samtrafikaftalerne, jf. tabel 2.

Tabel 2: Ophævelse af samtrafikaftalerne

Ydelse	Ophævelsesfrist efter påkrav []	
	Mgl. betaling	Mgl. sikkerhedsstillelse
Rå kobber	10 arbejdsdage	20 arbejdsdage
Delt kobber	10 arbejdsdage	10 arbejdsdage
Transmission	10 arbejdsdage	10 arbejdsdage
Gensalg	10 arbejdsdage	20 arbejdsdage
Samhusning	15 arbejdsdage	5 arbejdsdage

Ud over at være udbyder af samtrafikydelserne, er TDC endvidere aftager af de samme ydelser på afledte markeder.

TDC benytter således selv de for sagen relevante engrosprodukter for at kunne konkurrere med bl.a. klagerne på afledte detailmarkeder som f.eks. markedet for internetforbindelser eller fastnettelefoni. Dette sker på to forskellige måder.

For det første opererer TDC på de afledte detailmarkeder med egne afdelinger, der udgør én og samme juridiske enhed som TDC. For det andet opererer TDC på de afledte detailmarkeder med 100 % ejede datterselskaber (som f.eks. TDC Mobil A/S), der udgør selvstændige juridiske enheder i forhold til TDC.

Udgør kravet om forudbetaling samt adgangen til at kræve sikkerhedsstillelse et urimeligt vilkår, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1?

Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at krav om forudbetaling samt en adgang til at kræve sikkerhedsstillelse kan udgøre et urimeligt vilkår i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.

Dette skyldes, at TDC' aftagere bliver pålagt øgede kapitalomkostninger jo større krav, der stilles vedrørende forudbetaling og sikkerhedsstillelse, og at sådanne kapitalomkostninger kan forhindre aftagerne i at produktudvikle og tilbyde konkurrencedygtige priser over for slutkunderne.

Endvidere vil et vilkår i sig selv, dvs. blot den kontraktuelle mulighed for at indføre forudbetaling og sikkerhedsstillelse i strid med konkurrencelovens § 11, efter Konkurrencestyrelsens opfattelse udgøre et urimeligt vilkår i lovens forstand. [Note: Jf. ordlyden af konkurrencelovens § 11, stk. 2, nr. 1, hvor gerningsindholdet er beskrevet som påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser. Jf. endvidere det forhold, at påtvingelsen af et urimeligt aftalevilkår i sig selv kan anses som en udnyttelse af en dominerende stilling, hvormed påtvingelsen, men ikke nødvendigvis efterlevelsen, i sig selv kan anses som en udnyttende misbrugsadfærd. Sml. sag T-203/01, Michelin II, pr. 239: "Til fastlæggelse af, om artikel 82 EF er blevet overtrådt, er det tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning." (). Sml. sag T-219/99, British Airways, pr. 293: "Det bemærkes for det første, at det med henblik på fastslåelsen af, at der er sket tilsidesættelse af artikel 82 EF, ikke er nødvendigt at påvise, at det konstaterede misbrug har haft en konkret virkning på de berørte markeder. Det er i denne henseende tilstrækkeligt at godtgøre, at den adfærd fra den dominerende virksomheds side, som udgør et misbrug, har til formål at begrænse konkurrencen, eller, med andre ord, at adfærden vil eller kan have en sådan virkning." (). Sml. sag 247/86, Alsattel, pr. 10, hvor det forhold, at en kontrakt automatisk blev forlænget med femten år, dersom nogle ændringer indebar en lejeforhøjelse på mindst 25 %, i sig selv blev anset for at udgøre en urimelig forretningsbetingelse uden hensyn til, om kontrakten rent faktisk blev automatisk forlænget. Sml. endelig vedrørende konkurrencelovens § 6, hvor aftaleindgåelsen, men ikke den efterfølgende gennemførelse af aftalen, er et tilstrækkeligt gerningsindhold.]

De konkurrencebegrænsende virkninger bliver forstærket af det forhold, at TDC opererer på de afledte markeder i konkurrence med selskabets aftagere, idet TDC' kapitalbindingsvilkår da tillige i praksis stiller konkurrenterne ringere i konkurrencen i forhold til TDC selv. TDC' kapitalbindingsvilkår kan således også være med til at presse konkurrenterne ud af de afledte markeder til gavn for TDC-koncernen som sådan (margin squeeze).

TDC har gjort gældende, at selskabets krav om kvartalsvis forudbetaling og adgang til at kræve sikkerhedsstillelse ikke kan udgøre et urimeligt vilkår i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, idet TDC har en "helt legitim og beskyttelsesværdig, kommerciel interesse i at sikre sig mod tab".

TDC gør endvidere gældende, at konkurrencemyndighederne skal være varsomme med at gribe ind i almindelige forretningsvilkår, og at indgreb kun skal være forbeholdt helt ekstraordinære situationer, hvor det står klart, at der er handlet i strid med

aftagernes interesser.

TDC støtter bl.a. sit synspunkt på den sparsomme praksis på området og henviser i øvrigt til Kommissionens beslutninger af 24. juli 1991 i sag IV/31.043, Tetra Pak II, og af 20. juni 2001 i sag COMP/E-2/36.041/PO, Michelin.

Konkurrencestyrelsen bestrider ikke, at TDC er berettiget til at sikre sig mod at lide tab ved at stille særlige krav i forbindelse med selskabets leveringsforpligtelse af samtrafikydelser, jf. konkurrencelovens § 16, nr. 3, sidste pkt.

Konkurrencestyrelsen finder således ikke, at det er i strid med konkurrenceloven, såfremt TDC fastsætter vilkår om forudbetaling og sikkerhedsstillelse, der reelt modsvarer de risici, som selskabet har ved at være forpligtet til levere sine samtrafikydelser, og betalingsvilkårene i øvrigt håndteres objektivt, sagligt og ikke-diskriminerende. [Note: Jf. afgørelse af 18. juni 2003, Sikkerhedsstillelse ved fakturering gennem indkøbsforening, hvor styrelsen godkendte en dominerende virksomheds sikkerhedsstillelse, såfremt sikkerhedsstillelseskravet var objektivt, sagligt og ikke-diskriminerende. Jf. tilsvarende Konkurrencestyrelsens afgørelse af 30. januar 2002, Klage over garantistillelse vedrørende køb af fløde fra Arla Foods.]

Konkurrencestyrelsen finder på den anden side ikke, at styrelsen er forhindret i eller bør være særligt tilbageholdende med at gribe ind over for misbrug i form af urimelige betalingsvilkår.

Konkurrencestyrelsen henviser for det første til, at der eksplicit er hjemmel i konkurrenceloven til at gribe ind over for urimelige forretningsbetingelser, og at denne hjemmel ikke ses at være ønsket indsnævret fra lovgivers side.

For det andet henviser Konkurrencestyrelsen til, at der i nærværende sag skal tages hensyn til det særlige forhold, at TDC både er udbyder af samtrafikydelser og aftager af de samme ydelser på afledte markeder.

For det tredje henviser Konkurrencestyrelsen til, at det i praksis er fastslået, at betalingsvilkår kan udgøre urimelige forretningsvilkår i strid med konkurrencelovens § 11/EF-traktatens artikel 82. Dette gælder ikke kun ved for høje eller lave priser, men også ved vilkår for prisernes fastsættelse og opkrævning, der kan sætte medkontrahenterne i en usikker eller urimelig situation. [Note: I sag COMP/E-2/36.041/PO, Michelin, af 20. juni 2001 fandt Kommissionen således, at påførelse af likviditetsomkostninger uden nogen økonomisk begrundelse kan udgøre misbrug i artikel 82' forstand, jf. afgørelsens pr. 276.]

Konkurrencestyrelsen finder på denne baggrund som nævnt, at krav om forudbetaling og en adgang til at kræve sikkerhedsstillelse kan udgøre et urimeligt vilkår i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, jf. stk. 1.

Konkurrencestyrelsen finder endvidere, at krav om forudbetaling og adgang til at kræve sikkerhedsstillelse vil udgøre et urimeligt vilkår, hvis disse krav kan indebære en større kapitalbinding for aftagerne, end det er nødvendigt for i tilstrækkeligt omfang at afdække TDC' kreditrisiko. Dette skyldes, at betalingsvilkårene da både vil være usaglige og uproportionale.

Det er i denne forbindelse Konkurrencestyrelsens vurdering, at TDC ikke vil løbe nogen kreditrisiko, hvis selskabet i stedet for kvartalsvis forudbetaling og adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for enhver forpligtelse kun har adgang til at kræve 30 dages forudbetaling samt sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til aftagernes manglende

betaling i ophævelsesperioden.

Konkurrencestyrelsen henviser for det første til, at TDC ved at kræve 30 dages forudbetaling som udgangspunkt er sikret betaling for, at de løbende ydelser leveres.

Kun såfremt forudbetalingen ikke erlægges rettidig, vil TDC løbe en kreditrisiko. Denne kreditrisiko vil svare til værdien af de løbende ydelser, som TDC leverer i ophævelsesperioden.

TDC vil imidlertid kunne afdække kreditrisikoen ved at stille krav om sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til værdien af de løbende ydelser, som TDC leverer i ophævelsesperioden, dvs. stille krav om sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til prisen for levering af ydelser i 10 (15) arbejdsdage.

TDC har gjort gældende, at perioden for rykkerskrivelser mv. typisk ikke vil udgøre kortere tid end 1 ½ måned, og at TDC derfor ikke er kreditorsikret ved et krav om 30 dages forudbetaling. TDC hævder endvidere, at den anvendte forudbetaling er på linie med praksis i branchen og derfor må anses for udtryk for normal forretningsadfærd.

Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at TDC i aftalerne ubestrideligt har mulighed for at afdække sin kreditrisiko ved enten at ophæve aftaleforholdet inden for 10 (15) arbejdsdage eller at stille krav om sikkerhed som skitseret af Konkurrencestyrelsen. [Note: TDC' bemærkninger om, at "TDC aht. både kunderne og TDC selv ikke vil kunne tillade sig at gennemføre en lukning umiddelbart efter udløb på et opsigelsesvarsel på 10 (15) arbejdsdage", kan ikke tillægges vægt. TDC kan ikke på den ene side indføre en hjemmel til at ophæve aftalerne med 10 (15) dages varsel, og på den anden side argumentere at denne hjemmel ikke vil blive benyttet.]

Konkurrencestyrelsen finder endvidere ikke, at der kan lægges vægt på TDC' argument om, at den anvendte forudbetaling er på linie med praksis i branchen. Dette skyldes, at det er TDC, der kan fastlægge standarderne i kraft af sin betydning på engrosmarkederne. Alle konkurrenter er således i et vist omfang afhængige af TDC' infrastruktur, når de agerer i konkurrence med TDC på engrosniveau. [Note: TDC bestrider under høringen, at kontant betaling eller betaling efter levering er normal praksis i andre brancher. TDC henviser til, at forudbetaling er normal inden for f.eks. forsikringsbranchen og avisbranchen. Der er flere årsager til, at TDC' eksempler er irrelevante i forhold til nærværende sag. For det første kan en dominerende virksomhed ikke påberåbe sig, at en omstridt adfærd blot er udtryk for almindelig handelssædvane, idet konkurrencen jo netop er svækket som følge af tilstedeværelsen af den pågældende virksomhed, sml. Konkurrenceloven med kommentarer, 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, af Kirsten Levinsen, side 350. For det andet er forsikringsmarkederne og avismarkederne begge detailmarkeder, hvor sælgerne ikke selv optræder som købere og videresælgere. Derfor vil forudbetalingsperioden i disse tilfælde ikke forvride konkurrencen i samme grad. Hertil kommer, at den enkelte kunde kun køber for langt mindre beløb, og forudbetalingen derfor kun i meget begrænset omfang påvirker kundens kapitalomkostninger.]

Konkurrencestyrelsen henviser for det andet til, at TDC ved 30 dages forudbetaling og adgang til at kræve sikkerhedsstillelse stilles bedre end udgangspunktet efter almindelige formueretlige principper, hvorefter ydelser leveres samtidigt.

For det tredje henviser Konkurrencestyrelsen til, at den eneste merudgift for TDC ved at overgå til 30 dages forudbetaling vil være, at TDC skal udsende regninger månedsvis i stedet for kvartalsvis [note: TDC har for nylig også givet mulighed herfor mod merbetaling]. Omkostningen hertil kan efter Konkurrencestyrelsens vurdering ikke retfærdiggøre, at TDC' aftagere på de afledte markeder påføres tab som følge af store

kapitalbindinger, der kan udgøre betydelige millionbeløb. [Note: TDC stillede f.eks. oprindeligt krav om, at Tiscali skulle stille sikkerhed (bankgaranti) på 22,5 mio. kr. Denne sikkerhed er efter forhandling nedsat til 9,5 mio. kr.]

Betydningen af kapitalbindingerne kan illustreres med følgende eksempel: Et selskab aftager på et år for 100 enheder samtrafikydelser, og skal derfor i henhold til TDC' vilkår løbende betale 25 enheder alene i forudbetaling. Ved en rentesats på f.eks. 6 % vil dette svare til et rentetab på 1,5 enhed. Hvis selskabet i stedet kun skulle betale for en måneds forudbetaling, vil der skulle forudbetales for 8,33 enheder, svarende til et rentetab på 0,5 enheder ved en rentesats på 6 %. Ved at reducere forudbetalingen fra 3 måneder til en måned sparer virksomheden med andre ord 1 enhed i rentetab, svarende til 1 % af selskabets omsætning. Hertil kommer endvidere adgangen for TDC til at kræve sikkerhed.]

For det fjerde henviser Konkurrencestyrelsen til, at det vil have væsentlig betydning for TDC' aftagere på de afledte markeder, såfremt betalingsvilkårene ændres.

Konkurrencestyrelsen vurderer herefter samlet, at TDC kræver forudbetaling/har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for en unødvendig lang periode/stor forpligtelse, og at dette begrænser selskabets aftageres mulighed for at produktudvikle og tilbyde konkurrencedygtige priser over for slutkunderne.

Konkurrencestyrelsen vurderer derfor samtidig, at TDC' betalingsvilkår udgør et urimeligt vilkår i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3 nr. 1. TDC vil opnå en fornøden afdækning af selskabets kreditrisiko, såfremt selskabets betalingsvilkår ændres, således at TDC har mulighed for at stille krav om 30 dages forudbetaling og sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til værdien af leverede samtrafikydelser i ophævelsesperioden.

Konkurrencestyrelsen har ikke hermed generelt frataget TDC selskabets adgang til at tilpasse kravene til sikkerhedsstillelse i forhold til de enkelte kunder.

Konkurrencestyrelsen har kun maksimeret TDC' adgang til at afdække selskabets kreditrisiko. Inden for denne maksimale grænse, der i kroner og øre svinger for de enkelte kunder, vil TDC kunne variere kravet om forudbetaling og sikkerhedsstillelse henset til den konkrete kreditrisiko hos den enkelte debitor.

Konkurrencestyrelsen anerkender imidlertid samtidig, at der kan være situationer, hvor TDC' aftagere vil foretrække en længere rykkerprocedure end ophævelsesperioden på 10 (15) arbejdsdage tillader.

Der vil således muligvis forekomme tilfælde, hvor nogle af TDC' aftagere ønsker en længere rykkerprocedure, mod i stedet at stille en højere sikkerhedsstillelse, der modsvarer TDC' øgede kreditrisiko ved den længere rykkerprocedure.

I sådanne tilfælde finder Konkurrencestyrelsen det berettiget, jf. konkurrencelovens § 16, nr. 3, sidste pkt., såfremt TDC får mulighed for at afdække den øgede kreditrisiko ved at stille krav om sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til værdien af leverede samtrafikydelser i hele rykkerperioden. [Note: Der er i dette tilfælde ikke tale om, at TDC' kunder "skal kunne afgøre hvilket rykkerforløb de ønsker fra leverandøren", sml. TDC' høringskrivelse af 2. september 2005 ... Det vil være TDC, der afgør, om selskabet vil tilbyde en forlænget rykkerprocedure mod betaling af et beløb svarende til værdien af leverede samtrafikydelser i den aftalte periode. Ved at have mulighed for at forlænge rykkerproceduren vil TDC endvidere ikke nødvendigvis skulle lukke forbindelsen til kunderne med det samme efter 10 (15) dage, sml. TDC' høringskrivelse af 2. september 2005 ...]

Dette vil dog kun være tilfældet, såfremt TDC ikke samtidig er berettiget til at ophæve aftaleforholdet inden rykkerproceduren er afsluttet, idet TDC ellers vil kunne afdække selskabets risiko ved at ophæve samarbejdsforholdet.

4. Indregning af forudbetaling i regulerede priser

Ved skrivelse af 22. marts 2005 rettede Konkurrencestyrelsen henvendelse til IT- og Telestyrelsen med henblik på at afklare sammenhængen mellem prisreguleringen og kravet om forudbetaling.

Ved skrivelse af 8. april 2005 anførte IT- og Telestyrelsen, at prisreguleringen indregner forrentningen af bunden kapital og dermed forudbetalingen. En afkortelse af perioden, der forudbetales for, vil derfor, alt andet lige, skulle resultere i en opjustering af de ved regulering fastsatte priser.

TDC hævder under henvisning hertil, at et indgreb ikke vil have praktisk konsekvenser for den samlede omkostning for køberne, og at derfor heller ikke kan foreligge et misbrug.

Konkurrencestyrelsen vurderer imidlertid, at indregningen af forudbetaling i samtrafikpriserne ikke indebærer, at der ikke foreligger et misbrug, eller at styrelsens indgreb ikke vil have praktisk effekt. Flere faktorer spiller ind i styrelsens vurdering:

- Kvartalsvis forudbetaling, frem for f.eks. månedlig forudbetaling, øger kravet til konkurrenternes likviditet. Det øger risikoen ved at stille likviditet til rådighed, hvilket kan øge kreditorernes krav til forrentning.
- Modregningen af værdien af forudbetalingen i samtrafikpriserne foregår med udgangspunkt i TDC' WACC. Da konkurrenternes WACC utvivlsomt er højere end TDC', kompenserer modregningen således ikke konkurrenterne fuldt ud for deres tab ved binding af kapital i op til tre måneder. [Note: TDC bestrider under høringen Konkurrencestyrelsens påstand om konkurrenternes højere WACC. Konkurrencestyrelsen finder styrelsens påstand underbygget af, at konkurrenterne i modsætning til TDC endnu ikke har opnået positiv indtjening efter afskrivninger på det danske marked og at den heraf følgende risiko for kreditorer bør give sig udslag i højere kapitalomkostninger.]
- TDC' konkurrenter betaler ikke kun forud for deres faktiske forbrug men for deres forventede forbrug. Hermed er der en risiko for, at konkurrenterne binder kapital til produkter, som de ender med ikke at købe. Dette problem reduceres ved forudbetaling for en kortere periode.
- Selv om TDC' konkurrenters tab ved forudbetalingen måtte være beskeden i forhold til værdien af de købte engrosprodukter, kan tabet godt udgøre en stor andel af indtjeningen på et produkt. Dette er med til at bringe TDC' konkurrenter i en "indtjeningsklemme" (margin squeeze). Hermed begrænses konkurrenternes muligheder for at konkurrere med TDC.

TDC hævder ydermere, at sammenhængen mellem samtrafikpriserne og kravet om forudbetaling betyder, at implementering af Konkurrencestyrelsen vil indebære, at Konkurrencestyrelsen implicit foretager et ulovligt indgreb på et reguleret felt.

Samtrafikpriserne fastlægges for længere perioder af gangen og tilpasses således ikke løbende til udviklingen i alle de delelementer, der indgår i prisfastsættelsen.

Oprettelses- og lejeafgifter for f.eks. bit stream access har således været konstante siden 2002, selv om markedet utvivlsomt har udviklet sig kraftigt de seneste år.

På samme måde bliver LRAIC-priserne heller ikke løbende justeret, selv om TDC løbende foretager tilpasninger i nettet, og de underliggende udstyrpriser løbende

ændrer sig. Praksis for prisregulering indebærer således, at ændringer i beregningsgrundlaget ikke indregnes løbende, men typisk kun i forbindelse med årlige revisioner af priserne. Dette uanset om disse ændringer er til TDC's fordel eller, som i dette tilfælde, ulempe.

Hertil kommer, at Videnskabsministeriet i svaret på Konkurrencestyrelsens henvendelse efter konkurrencelovens § 2, stk. 4, eksplicit henviser til, at forudbetalingen kan påvirke prisreguleringen uden at dette forhold leder ministeriet til at konkludere, at Konkurrencestyrelsen ikke har kompetence til at gribe ind.

TDC' påstand under høringen om, at det af Konkurrencestyrelsens foreslåede indgreb vil kræve ændringer af samtrafikpriserne, og styrelsen derfor implicit foretager et ulovligt indgreb på et reguleret felt, må derfor afvises."

2.3 Sagen er behandlet mundtligt på et møde i Konkurrenceankenævnet den 12. juni 2006.

3. Konkurrenceankenævnets afgørelser om opsættende virkning og biintervention.

3.1 Ved Konkurrenceankenævnets afgørelse af 19. december 2005 blev det med følgende begrundelse besluttet at tillægge klagen til Konkurrenceankenævnet opsættende virkning:

"Til prøvelse for ankenævnet er indbragt, jf. telelovens § 106, den del af afgørelsen, der er truffet af IT- og Telestyrelsen på grundlag af den for IT- og Telestyrelsen bindende udtalelse, som Konkurrencerådet har afgivet i henhold til telelovens § 79. Det er således i første række Konkurrencerådets udtalelse, som reelt er til prøvelse i ankenævnet. Da Konkurrencerådet ikke har udtalt sig imod, at der som begæret af klager tillægges klagen opsættende virkning, tillægges der klagen af 28. november 2005 opsættende virkning."

3.2 Cybercity A/S og Tele2 A/S anmodede den 23. januar 2006 om tilladelse til at indtræde som biintervenient under ankesagens behandling til støtte for Konkurrencerådet og IT- og Telestyrelsen.

Ved Konkurrenceankenævnets afgørelse af 3. marts 2006 blev anmodningerne imødekommet.

4. Parternes påstande.

4.1 TDC har indbragt sagen for Konkurrenceankenævnet med påstand om hel eller delvis ophævelse af IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 og Konkurrencestyrelsens bindende udtalelse af 28. september 2005, subsidiært hjemvisning til fornyet behandling.

4.2 Konkurrencerådet har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1: IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 ophæves, i det omfang afgørelsen vedrører TDC's standardaftale om gensalg.

Påstand 2:

Principal: IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 stadfæstes, i det omfang afgørelsen ikke ophæves som påstået i den principale påstand 1.

Subsidiært: IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 stadfæstes, for så vidt afgørelsen fastslår, at TDC's vilkår i standardaftalerne om rå kobber, delt rå kobber, transmission og samhusning udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk.

3, nr. 1.

5. TDC's argumentation.

TDC har anført, at IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 skal tilsidesættes, idet afgørelsens ordlyd ikke er i overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens udtalelse af 28. september 2005.

Konkurrencestyrelsens udtalelse af 28. september 2005 må forstås således, at vilkårene i TDC's standardaftaler om forudbetaling sammenholdt med ret til at kræve sikkerhedsstillelse anses for at udgøre en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 11. IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 må derimod forstås således, at vilkårene i TDC's standardaftaler om henholdsvis forudbetaling samt ret til at kræve sikkerhedsstillelse hver for sig udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrenceloven, hvilket ikke er i overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens udtalelse af 28. september 2005.

TDC har videre anført, at vilkårene om forudbetaling samtidig med ret til sikkerhedsstillelse i TDC's standardaftaler om rå kobber, delt rå kobber, transmission, samhusning eller gensalg desuden ikke udgør nogen urimelig forretningsbetingelse i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

TDC hverken har misbrugt eller misbruger således en dominerende stilling med sine vilkår om forudbetaling/betaling sammenholdt med ret til at kræve sikkerhedsstillelse. Det er ikke godtgjort, at selskabets *anvendelse* af de nævnte vilkår i standardaftalerne kan anses for *urimelige forretningsvilkår*. TDC gør gældende, at de pågældende vilkår og administrationen heraf er udtryk for anvendelse af rimelige forretningsvilkår, som der ikke er grundlag for at tilsidesætte i medfør af Konkurrencelovens § 11.

Som anført i Konkurrencestyrelsens udtalelse af 28. september 2005, side 12, er forholdet, at

"Kravet om forudbetaling og muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse sikrer, at TDC afdækker sin kreditrisiko ved at levere ydelserne løbende."

Baggrunden for, at der opkræves henholdsvis forudbetaling samt er mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse inden for visse rammer skal ses i lyset af den kreditrisiko, TDC påtager sig for levering af grundlæggende to forskellige typer af ydelser under samtlige aftaler. Dels abonnementsgebyr for etablerede abonnenter, dels betaling for løbende ydelser leveret herudover.

Tager man eksempelvis § 16.1 i aftalerne om rå kobber/delt rå kobber, ses, at aftalerne betalingselementer har to opkrævningselementer.

Abonnementsomkostningerne for etablerede rå kobber abonnenter (lejegebyr) – der modsvares af slutkundens abonnementsbetaling – opkræves i de to aftaler kvartalsvis forud for tre måneder. En sådan forudopkrævning af abonnementsafgift er helt sædvanlig og kutymemæssig i telebranchen, og svarer til, at slutbrugerne tilsvarende opkræves abonnement tre måneder forud på telefonregningen. Abonnementsbetalingen kan efter omstændighederne udgøre betydelige beløb, og TDC har kreditrisikoen fra forfaldsdagen indtil den faktiske betaling, hvilket ofte første sker et stykke ind i det kvartal betalingen dækker. Forudbetalingen dækker kun disse abonnementsomkostninger.

Herudover leveres løbende en række andre ydelser under aftalen, der primært er knyttet til oprettelsen af nye abonnenter (oprettelsesafgift) samt andre ydelser, som TDC leverer under aftalerne, f.eks. oprettelse (355 kr.), opsætning af KAP (514 kr.), teknikerbesøg (startgebyr 396 kr., pr. påbegyndt time 320 kr.), dæmningsberegning (280 kr.), ændring af trunknummer (350 kr.) og fysisk omlægning (750 kr.). Disse ydelser faktureres enten løbende ved levering eller

kvartalsvis bagud. Der kan også her være tale om anselige beløb, afhængig af samtrafikkundens aktivitetsniveau, eksempelvis hvis en virksomhed i et kvartal kører en kampagne og sælger 2-3.000 abonnementer, der skal oprettes, hvilket dels udløser oprettelsesgebyrer, dels mulige supplerende omkostninger til teknikerbesøg mv.

Standardaftalerne indeholder hjemmel til, at der kan kræves sikkerhedsstillelse, som dels vil kunne dække TDC's kreditrisiko for manglende betaling af etablerede abonnementer, dels kreditrisikoen ved de løbende ydelser, der faktureres kvartalsvis bagud. Om der skal kræves sikkerhedsstillelse beror i første række på en konkret og individuel vurdering af samtrafikkundens soliditet. Vurderes denne tilstrækkelig, stilles ikke krav om sikkerhed. I dag (november 2005) er situationen, at TDC har fået sikkerhedsstillelse fra godt halvdelen af samtlige samtrafikkunder.

Hvis det skønnes, at der er behov for sikkerhedsstillelse, fastsættes denne med udgangspunkt i samtrafikkundens prognosticerede forbrug af ydelser, såvel faste som løbende. TDC anvender en standard beregningsmodel, der med udgangspunkt i en række faktorer og standard nøgletal, og med baggrund i kundens forventede aktivitetsniveau, beregner en "standard sikkerhedsstillelse". Modellen er udviklet således, at der udregnes - inden for aftalernes maksima - et samlet sikkerhedsstillelsesbeløb for samtlige samtrafikaftaler, som kunden måtte have. Når der via modellen er udregnet et standardmæssigt sikkerhedsstillelsesbeløb, kan der foretages en fornyet individuel vurdering af beløbet i forhold til kundens profil og virksomhed. Dette skyldes, at der efter omstændighederne kan være tale om relativt høje standard sikkerhedsstillelser, fordi en samtrafikkunde eksempelvis i en opstartsfasen forventer betydelig kundetilgang med deraf omfattende udgifter til oprettelsesgebyrer mv. samt en over tid voksende forudbetaling af abonnementer. I en sådan situation vil TDC enten nedsætte kravet til sikkerheden eller finde en anden løsning, eventuelt ved at kunden "sparer sikkerheden op" over en vis periode. Der sker med rimelige intervaller opfølgninger med henblik på at vurdere, om sikkerhedsstillelsen fortsat modsvarer TDC's kreditrisiko, eller om beløbet skal nedsættes eller forhøjes.

Ser man på TDC's samlede kreditrisiko vedrørende samtrafikprodukter den 22. november 2005, udgjorde sikkerhedsstillelserne ca. 16 % af TDC's samlede udestående. Hos de samtrafikkunder, som har stillet sikkerhed, skønnes sikkerhedsstillelsen typisk at svare til 2,5 måneders samhandel.

TDC gør gældende, at der ikke er grundlag for at fastslå, at det her skitserede system kan anses for misbrug af dominerende stilling i form af urimelige forretningsbetingelser.

For det første er det forkert, at selve eksistensen af muligheden for at kræve sikkerhed, sammenholdt med muligheden for under de fire af de fem aftaler at få forudbetaling af faste ydelser, kan udgøre et misbrug. Dette er ikke i overensstemmelse med gældende praksis. I styrelsens egen praksis vedrørende indkøbsforeninger havde man forbeholdt muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse, hvilket var uproblematisk. Udnyttelsen af denne ret forudsatte, at det skete på objektiv, saglig og ikke-diskriminerende vis. I EF-domstolen i Compagnie Maritime Belge (C-395 + 396P) fandt Domstolen, at eksistensen af en eksklusivret som de indklagede virksomheder kunne påberåbe sig, ikke i sig selv kunne anses for et misbrug, men at et misbrug kunne bestå i, at virksomhederne udnyttede eksklusivretten med henblik på at ekskludere andre fra markedet.

For det andet må det – også i relation til statuering af misbrug i form af urimelige forretningsbetingelser – være godtgjort på grundlag af sagens retlige og faktiske omstændigheder, at adfærden rent faktisk er egnet til at begrænse konkurrencen, enten fordi adfærden kan virke ekskluderende eller er udtryk for udnyttelse. Dette må i særdeleshed kræves godtgjort i denne sag, hvor der reelt er tale om, at Konkurrencestyrelsen tilsidesætter et almindeligt kommercielt skøn over indretningen af betalingsvilkår. Den analyse Konkurrencestyrelsen påberåber som grundlag for at fastslå, at TDC's vilkår om forudbetaling og sikkerhedsstillelse skulle kunne anses for et misbrug er i så henseende alene en ren teoretisk analyse uden støtte i de faktiske forhold og uden nogen vurdering af vilkårenes reelle egnethed til at svække samtrafikkundernes handlemuligheder på afledte markeder.

I den sammenhæng må styrelsens henvisninger til Michelin og Tetra Pak II-sagerne afvises. Situationen i disse sager var, at virksomheder via kapitalbindingskrav i form af forudbetalinger søgte at binde kunderne til sig, og dermed foreclose markedet. Dette er ikke problemstillingen i denne sag, hvor styrelsen erstatter TDC's kommercielle vurdering af sikkerhedsstillelseskrav med sin egen vurdering, baseret på en proportionalitetsgrundsætning, hvis anvendelse i praksis må anses for højst usikker.

I den forbindelse er det for det tredje TDC's opfattelse, at de oven for beskrevne krav til sikkerhedsstillelse, og TDC's anvendelse af hjemlen hertil på ingen måde kan anses for uproportional eller usaglig. Styrelsens udtalelse om, at TDC maksimalt kan kræve sikkerhed for en 10 dages betalingsusikkerhed, fordi TDC blot kan ophæve aftalerne som væsentligt misligholdt, er udtryk for en helt urealistisk opfattelse af, hvorledes et kommercielt samhandelsforhold forløber. Den er i øvrigt ikke i overensstemmelse med aftalernes formulering af ophævelsesretten ved manglende betaling.

Det fremgår af vilkårene i TDC's standardtilbud, at det anses for væsentlig misligholdelse fra operatørens side, såfremt "operatøren undlader at betale forfaldne beløb rettidigt og undlader at afhjælpe sådan misligholdelse inden 10 arbejdsdage efter, at TDC skriftligt ved påkrav har underrettet operatøren om den manglende betaling". Således vil TDC forud for en ophævelse af en standardaftale først skulle konstatere den manglende betaling, hvilket på basis af ugentlige forfaldslistes sker op til 1 uge efter betalingsmisligholdelsens indtræden, og herefter fremsende påkrav om betaling. Der forløber således mere end 10 dage fra kundens manglende betaling og frem til, at TDC kan ophæve standardaftalen. Hertil kommer, at TDC, som enhver anden part i et kommercielt samhandelsforhold almindeligvis gør det, fremsender en eller flere (i alt 3) rykkere til en kunde, som har misligholdt sin betaling, forinden TDC fremsender påkrav om ophævelse af standardaftalen. Konsekvensen af Konkurrencestyrelsens udtalelse er, at TDC forhindres i at have en sådan almindelig rykkerprocedure. I praksis vil der efter gældende rykkerprocedurer typisk gå mindst 1½ måned, fra betalingsmisligholdelsen konstateres, til beslutning om lukning er effektueret efter et 10-dages påkrav.

Konkurrencestyrelsens udtalelse vil således kunne få som konsekvens, at TDC fra den ene dag til den anden tvinges til at ophæve samtrafikaftaler med ca. 10 kunder, som pt. er bagud med betalingerne og over for hvem, der er iværksat den rykkerprocedure, som TDC detaljeret har beskrevet for Konkurrencestyrelsen under sagen. I den forbindelse forekommer det i øvrigt noget søgt, når det i afgørelsen udtales, at TDC kun skulle kunne indføre en rykkerprocedure med bagvedliggende sikkerhedsstillelse, hvis kunderne var enige heri.

TDC har i praksis ikke mulighed for inden for 10 dages fristen endeligt at afklare, om der måtte foreligge betalingsmisligholdelse med forudbetalingen, ligesom der som beskrevet oven for fortsat vil være en yderligere kreditrisiko, som skal afdækkes via sikkerhedsstillelsen.

Det anførte viser også, at afgørelsens påbud – og Konkurrencestyrelsens udtalelse – er baseret på en forkert og misforstået opfattelse af standardaftalernes vilkår, hvorfor afgørelsen også af denne grund bør ophæves.

I den forbindelse må særligt vedrørende afgørelsens påbud i forhold til standardaftalen om gensalg fastnet fremhæves, at påbuddets ordlyd må bero på en misforståelse, idet påbuddet vil føre til, at TDC ikke kan kræve sikkerhed for sit bagudopkrævede tilgodehavende. Efter afgørelsen kan TDC kræve sikkerhed for den bagudbetalte måned + levering i 10 dage. Den kommercielle realitet er at kunderne faktureres eksempelvis ultimo november for ydelser leveret i november. Faktura fremsendes typisk til den første med 30 dages betalingsfrist, det vil sige med forfald 1. januar. Betales ikke rettidigt kan aftalens hæves efter 10. januar. Med IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober betyder det, at TDC pådrager sig kreditrisikoen for levering i hele december måned. Dermed fraviges det principielle udgangspunkt om, at TDC kan kræve afdækning af sin kreditrisiko. Bortset herfra indeholder afgørelsen ingen særskilt begrundelse for, at denne standardaftale med månedsvis bagudbetaling og adgang til at kræve sikkerhedsstillelse

skulle kunne udgøre et misbrug. En efterlevelse af IT- og Telestyrelsens påbud vil samtidig betyde, at TDC pålægges forøgede omkostninger til fakturering og administration, herunder med henblik på at skulle foretage en mere intensiv løbende opfølgning for ikke at eksponere sig kreditmæssigt.

For det fjerde gælder, at en begrænsning af TDC's ret til forudbetaling på basis af IT- og Telestyrelsens tilkendegivelser under sagen, må forventes at føre til, at IT- og Telestyrelsen foretager en justering i opadgående retning af samtrafikpriserne for så vidt angår likviditetsforringelsen ved en kortere forudbetalingsperiode, idet den gældende prisregulering indregner forretningen af bunden kapital og dermed forudbetalingen. Konkurrencestyrelsen gør gældende, at kapitalbindingerne som følge af forudbetalingskrav virker konkurrencebegrænsende. Den her anførte analyse er uden støtte i de faktiske forhold, og Konkurrencestyrelsen vælger at bortse fra det beskrevne forhold, at de regulerede samtrafikpriser tager højde for TDC's vilkår om tre måneders forudbetaling, og at en reduktion til 1 måneds forudbetaling vil medføre en prisjustering, som tilsvarende vil øge samtrafikkundernes løbende betalinger, således at deres reelle likviditetsmæssige situation vil være upåvirket, mens TDC vil være påtvunget vilkår, som eksponerer TDC for tab ud over det, man i dag er.

TDC's betalingsvilkår har ikke, som anført af IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet, medført betydelige indtægter for TDC, idet langt størstedelen af samtrafikydelserne for rå kobber, delt rå kobber og samhusning er LRAIC regulerede, herunder samtlige abonnementsbaserede ydelser. Fordelen med forudbetalingen er dermed indregnet i (lavere) priser. For så vidt angår rå kobber, delt rå kobber og samhusning er det således kun priserne for ydelser såsom annulleringsgebyr, teknikerbesøg, kabler o. lign., som ikke er LRAIC regulerede. Disse ydelser er imidlertid heller ikke forudbetalt.

De LRAIC regulerede priser tager således højde for, at forudbetalingsperioden for abonnementsydelser er 3 måneder. Skulle forudbetalingsperioden derfor nedsættes til 1 måned, som foreslået af IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet, ville dette indebære en tilsvarende stigning i de LRAIC regulerede priser med deraf følgende markedspåvirkning til følge. Det bemærkes i denne sammenhæng, at IT- og Telestyrelsen rent faktisk efter den påklagede afgørelse foretog en opdatering af LRAIC modellen under hensyn til de bebudede ændringer i TDC's standardaftaler fra 3 måneders forudbetaling til 1 måned - hvilket isoleret set hæver IT- og Telestyrelsens LRAIC regulerede priser - til ikrafttræden 1. januar 2006 under forudsætning af, at anken ikke tillagdes opsættende virkning.

Det er af væsentlig betydning for spørgsmålet om vilkårenes egnethed til at begrænse konkurrencen, at TDC's betalingsvilkår ikke påvirker samtrafikkundernes likviditet negativt, idet IT- og Telestyrelsen netop selv tager højde for betalingsvilkårene gennem LRAIC reguleringen.

Det bestrides i øvrigt, at TDC's betalingsvilkår for samtrafikydelser skulle kunne virke konkurrencebegrænsende. Dette modbevises af, at der netop optræder en lang række aktører på markedet, samt at der foreligger udpræget konkurrence på markedet for bl.a. ADSL og bredbånd, som forudsætter adgang til rå kobber eller delt rå kobber gennem TDC. På disse markeder viser praksis, at hverken Tiscali, Cyberville eller Tele2 har været afskåret fra at konkurrere og udbyde nye og innovative produkter endside at sænke priserne til stadigt lavere niveauer. Påstanden om, at TDC's betalingsvilkår skulle virke begrænsende for innovation og konkurrenceevne er derfor udokumenteret.

Det er endvidere udokumenteret, at betalingsvilkårene for samtrafikydelser skulle være egnede til at påvirke konkurrencen på detailmarkedet (margin squeeze). Endelig bemærkes det, at TDC's samtrafikkunder alle behandles ud fra lige vilkår, og at der ikke kan foreligge diskrimination, såfremt alle kunder behandles lige.

Det af IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet anførte må samlet forstås således, at det påståede misbrug af en dominerende stilling består i TDC's krav om 3 måneders forudbetaling i kombination med muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse, således at der foreligger en mulig

dobbelt- eller overdækning af TDC's kreditrisiko, hvilket IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet anser for urimeligt. Hverken kravet om 3 måneders forudbetaling eller hjemlen til at kræve sikkerhedsstillelse kan derfor hver for sig anses at udgøre et misbrug.

For så vidt angår den kontraktretlige mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse bemærkes, at Konkurrencestyrelsen i afgørelse af 18. juni 2003 om en dominerende indkøbsforenings vedtægter har udtalt, at "det er styrelsens opfattelse, at det som udgangspunkt må være op til indkøbsforeningen, blandt andet ud fra størrelsen af andelsselskabets egenkapital og ud fra risikoen for tab at fastlægge, hvornår man vil kræve sikkerhed stillet." Konkurrencestyrelsen anfægter ikke i denne afgørelse den blotte hjemmel i indkøbsforeningens vedtægter til at kræve sikkerhedsstillelse, men fastslår derimod, at det som udgangspunkt må være op til den dominerende virksomhed, hvorvidt sikkerhedsstillelse konkret kræves.

TDC's mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse dækker alle samtrafikydelser, TDC leverer under standardaftalerne, og således også ydelser, hvor TDC ikke modtager forudbetaling, eksempelvis oprettelsesafgifter, teknikerbesøg m.v. Det skal i denne sammenhæng betones, at der alene foreligger forudbetaling i relation til løbende afgifter (abonnementer), mens sikkerhedsstillelse er mulig både i relation til løbende afgifter (abonnementer) og oprettelsesydelser m.v. Allerede fordi TDC ikke modtager forudbetaling for oprettelsesafgifter, teknikerbesøg m.v., kan den blotte mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse i kombination med et krav om 3 måneders forudbetaling ikke i sig selv udgøre en urimelig forretningsbetingelse.

Muligheden for sikkerhedsstillelse vil kun kunne anses som et urimeligt forretningsvilkår, såfremt den konkrete faktiske udnyttelse heraf er urimelig. Dette bør kun kunne anses at være tilfældet, hvis udnyttelsen sker på en måde, der kan anses for klart for vidtgående i forhold til almindelig obligationsretlige regler samt er egnet til aktuelt eller potentielt at begrænse konkurrencen, hvilket ikke er tilfældet her. Det bestrides, at alene den blotte kontraktretlige mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse kombineret med 3 måneders forudbetaling i sig selv kan udgøre et misbrug.

Det gøres gældende, at der ud fra IT – og Telestyrelsen og Konkurrencerådets definition af misbrug i givet fald alene kan foreligge et misbrug i det omfang, TDC reelt opnår "dobbeldækning" for sin kreditrisiko i væsentligt videre omfang end påkrævet. Dette er ikke tilfældet.

Til det af IT – og Telestyrelsen og Konkurrencerådet anførte om, at TDC's mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse i sig selv skulle være egnet til at begrænse konkurrencen, idet dette udgør en "likviditetsbegrænsning" for TDC's konkurrenter, da virksomhederne løbende skal være klar til at imødegå et krav om sikkerhedsstillelse, bemærkes, at dette er helt udokumenteret.

Den blotte mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse er i sig selv utilstrækkelig til at udgøre en aktuel eller potentiel konkurrencebegrænsning. At eksistensen af hjemlen for TDC til at kræve sikkerhedsstillelse i sig selv skulle kunne påvirke virksomhedens finansieringsomkostninger er helt udokumenteret. Bortset herfra gælder, at en betalingsgaranti sædvanligvis koster en virksomhed ca. 1,5-2,5% p.a. af garantibeløbet (afhængig af virksomhedens soliditet). Muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse ville således maksimalt kunne betyde en hensættelse for virksomheden i størrelsesordenen 1,5-2,5% p.a. af det beløb, der eventuelt skal stilles sikkerhed for. Dette udgør under alle omstændigheder så lille et beløb, at det ikke kan medføre en påvirkning af virksomhedens likviditet og dermed konkurrenceevne af betydning, selv hvis muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse skulle blive udnyttet.

Det forhold, at en virksomhed eventuelt skulle have så dårlig soliditet, at garantistilleren afkræver virksomheden en deponering af hele garantisummen, førend en garanti kan stilles, kan ikke bevirke, at forretningsvilkåret om mulighed for sikkerhedsstillelse anses at være konkurrencebegrænsende, idet TDC herved fratages muligheden for at afdække den kreditrisiko, TDC reelt er eksponeret for. Det vil i øvrigt være helt upåregneligt for TDC, hvorvidt en given

samtrafikkunde som følge af sine egne økonomiske forhold konkret vil blive mødt med et krav om deponering som en forudsætning for en garantistillelse. I den forbindelse bemærkes, at TDC ingen likviditetsmæssig fordel opnår ved, at en virksomhed stiller sikkerhed uanset, om virksomheden af garantistilleren afkræves at deponere garantisummen, idet renter af et sådan beløb aldrig vil tilfalde TDC.

Sagens kerne er således i realiteten, i hvilket omfang TDC er berettiget til at afdække den kreditrisiko, TDC er udsat for, samt hvilken kreditrisiko der reelt er tale om. Af afgørende betydning i denne sammenhæng er det forhold, at de omhandlede ydelser, henholdsvis rå kobber, delt rå kobber, transmission og samhusning alle er ydelser, hvor TDC er underlagt en legal leveringspligt. TDC kan således ikke som leverandør selv vælge sine kunder og herunder eventuelt afvise at levere til en kunde, som TDC finder, mangler betalingsevne eller har en tvivlsom betalingsevne. Allerede dér er det obligationsretlige udgangspunkt forrykket i TDC's disfavør. Muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse er indsat i standardaftalerne med henblik på at minimere denne kreditrisiko. Det forhold, at TDC er underlagt en leveringspligt, øger TDC's muligheder for at kunne afdække den hermed følgende øgede kreditrisiko.

Sikkerhedsstillelsen for de 45 dages løbende afgifter (abonnementer), som TDC modtager forudbetaling for, udgør ikke en "dobbeltdækning", som påstået af IT – og Telestyrelsen og Konkurrencerådet. Sikkerhedsstillelsen herfor dækker den risiko, TDC løber ved, at TDC ikke blot uden videre kan opsige sine kunder, såfremt disse misligholder deres betalingsforpligtelse. Denne risiko er reel og kan opstå derved, at en samtrafikkunde misligholder sin forudbetalingsforpligtelse i henhold til samtrafikaftalen. TDC vil blive opmærksom på en sådan betalingsmisligholdelse senest 1 uge efter den er indtrådt, og herefter vil TDC fremsende et påkrav om betaling. Undlader kunden fortsat at betale, vil TDC, som enhver anden part i et kommercielt forhold fremsende en eller flere rykkere til kunden, forinden TDC tager det drastiske skridt at ophæve samtrafikaftalen med kunden.

Denne proces vil typisk ikke vare under 1½ måned, hvilket ikke skyldes en langtrukken sagsbehandlingstid hos TDC, men derimod en rykkeprocedure, som er udtryk for gængs kommerciel adfærd. I de 1½ måned, der forløber fra betalingsmisligholdelsen indtræder, og til TDC ophæver samtrafikaftalen, vil kunden have løbende afgifter, som ikke betales og som TDC derved har kreditrisikoen for. Det er netop denne risiko TDC afdækker ved i visse tilfælde at anmode om sikkerhedsstillelse for bl.a. 45 dages løbende afgifter (abonnementer). Det forekommer helt useriøst, og ville være til skade for forbrugernes sikkerhed for fortsatte leverancer fra den af dem valgte operatør, hvis TDC – som Konkurrencerådet hævder det – skulle ophæve en samtrafikaftale, hver gang en samtrafikkunde var forsinket med betaling, for at have mulighed for at afdække sin kreditrisiko herved.

Det afgørende for, om der kan foreligge et misbrug, må således være, hvorledes TDC reelt har udnyttet kravet om forudbetaling og muligheden for sikkerhedsstillelse under standardaftalerne. TDC har herved navngivet større aktører, som aldrig har været afkrævet sikkerhedsstillelse, og nærmere redegjort for et konkret forløb med for sen betaling og en afdragsordning efterfulgt af garantiaktivering – et forløb omfattende en gæld betydeligt større end den stillede garanti på oprindeligt 22,5 mio. kr., hvilket viser, at den krævede sikkerhed ikke var mere vidtgående end nødvendigt.

Det er omvendt ikke fra IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådets side dokumenteret, at TDC har udnyttet adgangen til at kræve sikkerhedsstillelse i væsentligt videre omfang end nødvendigt. IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet har således ikke løftet bevisbyrden for, at TDC har foretaget en risikoafdækning, der er væsentligt større end den risiko TDC reelt er underlagt.

Det bestrides på denne baggrund, at TDC's betalingsvilkår skulle være usaglige, uproportionale og urimelige og allerede af den grund i strid med konkurrenceloven § 11. Det gøres hermed gældende, at IT – og Telestyrelsen og Konkurrencerådets fortolkning af proportionalitetsprincippet er mere vidtgående end der er hjemmel til, idet det gøres gældende, at betalingsvilkårene må

skulle være åbenbart uproportionale, førend de kan antages at være i strid med Konkurrencelovens § 11, jf. præmis 111 i Kommissionens beslutning i *Duales System Deutschland* sagen (2001/463/EF), hvoraf det fremgår, at " der foreligger en overtrædelse af EF-Traktatens artikel 82, stk. 2 litra a), hvis der er åbenbart misforhold mellem de med ydelsen forbundne omkostninger og prisen" . Pointen er, at der tilkommer virksomhederne et betydeligt skøn over, hvad der er rimeligt, og at der skal ganske meget til, førend et vilkår for karakter af at være urimeligt.

Samlet set gøres det gældende, at der ikke i Konkurrencestyrelsens udtalelse er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at standardaftalernes vilkår om forudbetaling/betaling og sikkerhedsstillelse kan anses for urimelige forretningsbetingelser i strid med konkurrencelovens § 11.

TDC har desuden anført, at IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 er truffet på et forkert retligt grundlag, herunder at Konkurrencestyrelsen ikke i denne sag har haft hjemmel til at afgive en supplerende bindende udtalelse, ligesom afgørelsen og den supplerende bindende udtalelse fra Konkurrencestyrelsen er i strid med almindelige forvaltningsretlige grundsætninger.

Det fremgår af IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005, at denne er truffet med hjemmel i telelovens § 73, stk. 1. Det gøres i den forbindelse gældende, at IT- og Telestyrelsen ikke kan træffe afgørelsen af 28. oktober 2005 med hjemmel i § 73, stk. 1. Afgørelsen skulle rettelig have været truffet med hjemmel i teleloven § 76.

Telelovens § 73, jf. § 72, vedrører IT- og Telestyrelsens kontrol med, om standardtilbud er i overensstemmelse med de forpligtelser, en part er pålagt i medfør af telelovens afsnit IV samt konkurrenceloven. IT- og Telestyrelsen foretager denne kontrol på baggrund af standardtilbud, som den pågældende part er forpligtet til at fremsende til IT- og Telestyrelsen samtidig med offentliggørelsen heraf, jf. § 72, stk. 2. Således kan IT og Telestyrelsen alene foretage kontrol af standardtilbuddet på dette tidspunkt samt naturligvis, såfremt parten efterfølgende foretager ændringer i det tidligere offentliggjorte og fremsendte standardtilbud. Resultatet af IT- og Telestyrelsens kontrol er en afgørelse vedrørende standardtilbuddets overensstemmelse med de forpligtelser, parten er pålagt i medfør af telelovens afsnit IV samt konkurrenceloven, jf. telelovens § 73, stk. 2.

I forbindelse med IT- og Telestyrelsens kontrol efter § 72 er IT- og Telestyrelsen forpligtet til at indhente en udtalelse fra Konkurrencerådet om, hvorvidt vilkår, der indgår i de pågældende standardtilbud, udgør en overtrædelse af konkurrencelovgivningen, jf. telelovens § 79, stk. 4, jf. stk. 1. Udtalelsen er bindende for IT- og Telestyrelsen, jf. telelovens § 79, stk. 3.

For alle fem standardaftaler gælder, at disse for så vidt angår betalingsreglerne og sikkerhedsstillelsesbestemmelserne har været igennem denne § 73-proces.

IT- og Telestyrelsen har behandlet den foreliggende sag på baggrund af en klage og truffet afgørelsen af 28. oktober 2005 på baggrund heraf. Der foreligger ikke hjemmel i telelovens § 72 eller § 73 til, at IT- og Telestyrelsen kan træffe en afgørelse i henhold til disse bestemmelser på baggrund af en klage.

Den bestemmelse i teleloven, hvorefter IT- og Telestyrelsen kan behandle sager om overholdelse af Teleloven på baggrund af en klage eller af egen drift, er § 76. Det gøres gældende, at denne hjemmel også omfatter sager om overholdelse af konkurrenceloven, i det omfang man er uden for de særlige regler om bindende udtalelser i § 79, jf. forarbejderne til teleloven, (lovforslag nr. L 260/1997), hvor det blandt andet anføres, at

"Med ændringerne præciseres det, at der i Telestyrelsens regi skal ske en one-stop-shopping behandling af sager vedrørende samtrafiktaftalers indhold, der også omfatter spørgsmålet om, hvorvidt samtrafiktaftaler indeholder vilkår, der udgør en overtrædelse

af den generelle konkurrencelov, dvs. vilkår der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse eller forvride konkurrencen, eller som udgør et misbrug af dominerende stilling.”

Dette gælder i særdeleshed i relation til vilkår, som pligtmæssigt skal indeholdes i standardtilbud, såsom vilkår for fakturering, jf. bekendtgørelse om standardtilbud på samtrafikområdet § 2, stk. 1, nr. 2, jf. Bilag 1, B, pkt. 1.

Det gøres således gældende, at IT- og Telestyrelsen har hjemmel i teleloven til at behandle klagerne fra henholdsvis Tiscali A/S den 5. november 2004 og Cybercity A/S den 20. december 2004 samt til at træffe afgørelse på baggrund heraf. IT- og Telestyrelsen har imidlertid ikke hjemmel til på baggrund af disse klager at træffe afgørelse i henhold til teleloven § 73, stk. 1, som det er sket i nærværende sag.

Det følger endvidere heraf, at IT- og Telestyrelsen ikke har haft hjemmel eller pligt til at indhente en udtalelse fra Konkurrencestyrelsen endsige en supplerende bindende udtalelse i den foreliggende sag.

Hjemlen i teleloven for indhentelse af udtalelser fra Konkurrencerådet fremgår af § 79. Det følger af stk. 4 i denne bestemmelse, at udtalelser fra Konkurrencerådet indhentes i forbindelse med IT- og Telestyrelsens afgørelser i henhold til § 69, stk. 1 (mæglingssager), og § 73, stk. 1 (IT- og Telestyrelsens tilsyn med standardtilbud).

Telelovens § 79 nævner ikke § 76, hvorfor Konkurrencestyrelsen således ikke har hjemmel til at afgive udtalelser i IT- og Telestyrelsens klagesager eller sager, som IT- og Telestyrelsen behandler af egen drift. Som anført ovenfor er den korrekte hjemmel for IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 telelovens § 76, hvorfor der ikke i denne sag er hjemmel til at Konkurrencestyrelsen afgiver en bindende udtalelse.

Bortset herfra er det ikke i overensstemmelse med de lovfæstede procedurer, at Konkurrencestyrelsen af egen drift iværksætter udarbejdelsen af en supplerende bindende udtalelse efter § 79. Begrebet findes ikke i loven, og det fremgår endvidere af bestemmelsen, at det er på IT- og Telestyrelsens initiativ, at der skal indhentes udtalelser til brug for behandlingen af standardtilbud modtaget i henhold til § 72. Der er end ikke hjemmel i §§ 72-73 til, at Konkurrencestyrelsen på eget initiativ skulle kunne fremkomme med en supplerende udtalelse som det er sket her. Konsekvensen af at acceptere fremgangsmåden er, at man i strid med lovgivers intentioner sætter kompetencedelingen og de fastlagte sagsbehandlingsprocedurer i teleloven ud af kraft. Indtil 25. juli 2003 har Telestyrelsen (herunder Konkurrencestyrelsen) løbende fået tilsendt kopi af de konkrete samtrafikaftaler, der er indgået mellem TDC og henholdsvis Cybercity A/S og Tiscali A/S, med henblik på vurdering af, hvorvidt vilkårene i de pågældende aftaler om samtrafik udgjorde en overtrædelse af konkurrenceloven, jf. § 79, stk. 1, i teleloven nr. 418 af 31. maj 2000.

Efter lovændringen af teleloven (lovændring nr. 450 af 10. juni 2003) har IT- og Telestyrelsen på baggrund af Konkurrencestyrelsens bindende udtalelser ført tilsyn med, om vilkårene i TDC's standardtilbud udgør en overtrædelse af konkurrenceloven. TDC har løbende i sine aftaler bevaret samme vilkår vedrørende krav om kvartalsmæssig forudbetaling af abonnementsydelser samt sikkerhedsstillelse herfor i de samtrafikaftaler, hvori der indgår abonnementsydelser.

IT- og Telestyrelsen samt Konkurrencestyrelsen har ikke forud for nærværende sag i relation til henholdsvis konkrete samtrafikaftaler eller TDC's standardtilbud fundet anledning til at udtale, at vilkårene om kvartalsvis forudbetaling af abonnementsydelser eller sikkerhedsstillelse indeholder konkurrenceretlige problemstillinger.

IT- og Telestyrelsen har med hjemmel i telelovens § 73, stk. 1, på baggrund af Konkurrencestyrelsens bindende udtalelse tidligere truffet afgørelse om, at vilkårene i TDC's

standardtilbud ikke er i strid med teleloven eller udgør en overtrædelse af konkurrenceloven.

Som følge af klagerne fra henholdsvis Tiscali A/S den 5. november 2004 og Cybercity A/S den 20. december 2004 traf IT- og Telestyrelsen den 28. oktober 2005 imidlertid en ny afgørelse i relation til TDC's standardtilbud i henhold til § 73 på baggrund af en supplerende bindende udtalelse fra Konkurrencestyrelsen.

Det gøres gældende, at IT- og Telestyrelsens oprindelige afgørelse vedrørende TDC's standardtilbud må anses for en begunstigende forvaltningsakt, som ved afgørelsen af 28. oktober 2005 delvist tilbagekaldes af IT- og Telestyrelsen til ugunst for TDC. Det følger af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, at der skal foreligge saglige begrundelser for en tilbagekaldelse af en begunstigende forvaltningsakt, idet adressaten har indrettet sig og disponeret i tillid til afgørelsen og derfor har en berettiget forventning om, at den oprindelige afgørelse står ved magt. Saglige begrundelser vil være ændrede faktiske omstændigheder, såsom tilstedeværelsen af nye oplysninger, eller ændrede retlige omstændigheder, såsom tilstedeværelsen af et nyt lovgrundlag.

Det gøres gældende, at der i nærværende sag hverken foreligger nye faktiske omstændigheder eller nye retlige omstændigheder, der kan begrunde en delvis tilbagekaldelse af IT- og Telestyrelsens tidligere afgørelse i relation til TDC's standardtilbud. Tilbagekaldelsen er alene begrundet i IT- og Telestyrelsens (herunder Konkurrencestyrelsens) omvurdering af faktiske oplysninger, som allerede forelå for IT- og Telestyrelsen (herunder Konkurrencestyrelsen), da styrelsen traf sin oprindelige afgørelse. I henhold til forvaltningsretlige grundsætninger er den klare hovedregel i sådanne tilfælde, at der ikke foreligger adgang for IT- og Telestyrelsen til at tilbagekalde den tidligere afgørelse.

Der er ikke med klagerne modtaget væsentlige nye oplysninger, der kan begrunde en til skade for TDC ændret vurdering af de anførte vilkår. Forudbetalingskravets mulige forskellige virkninger i forhold til kundernes forskellige karakteristika kan udledes umiddelbart af aftalen, og er ikke et forhold, hvor styrelsen for at foretage sin vurdering har haft behov for yderligere oplysninger.

Det forhold, at Konkurrencestyrelsen i de tidligere bindende udtalelser, der er afgivet vedrørende vilkårene i TDC's standardtilbud om kvartalsvis forudbetaling af abonnementsydelse samt sikkerhedsstillelse, har indarbejdet forbehold for, at styrelsen (herunder IT- og Telestyrelsen) kan tage aftalen op til fornyet behandling, såfremt der forekommer nye oplysninger, ændringer i aftalen eller klage fra tredjemand over aftalens praktisering, kan ikke føre til et andet resultat. Accepterer man dette, svarer til det, at styrelsens bindende udtalelse er uden indhold, på trods af, at den er bindende for IT- og Telestyrelsen.

Som anført foreligger der ikke i nærværende sag ændringer i TDC's standardtilbud eller i forudsætningerne herfor. For så vidt angår Konkurrencestyrelsens (herunder IT- og Telestyrelsens) tredje forbehold vedrørende muligheden for ændring af en afgivet godkendelse af vilkårene i TDC's standardtilbud alene som følge af, at tredjemand klager over aftalens praktisering, gøres det gældende, at Konkurrencestyrelsens (herunder IT- og Telestyrelsens) anvendelse heraf, som begrundelse for tilbagekaldelsen af en begunstigende forvaltningsafgørelse, er i strid med almindelige forvaltningsretlige grundsætninger.

Som det er gjort gældende ovenfor, vil en forvaltningsmyndighed alene kunne tilbagekalde en begunstigende forvaltningsakt, såfremt der foreligger saglige begrundelser herfor. Konkurrencestyrelsen (herunder IT- og Telestyrelsen) kan ikke blot ved anvendelsen af vide forbehold i deres afgørelser sætte sig ud over de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger.

6. Konkurrencerådet og IT- og Telestyrelsens argumentation.

IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet bemærker ad påstand 1, at det ikke med IT- og Telestyrelsens afgørelse var hensigten at denne skulle omfatte TDC' standardaftale om gensalg.

IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet har på den baggrund valgt at nedlægge den principale påstand 1, hvorefter IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 påstås ophævet for så vidt angår aftalen om gensalg. Hermed vil der ske en rettelse af IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober i overensstemmelse med myndighedernes oprindelige hensigter. Påstand 1 og den principale påstand 2 er sideordnede.

IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet har til støtte for den principale påstand 2 om stadfæstelse af IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 anført, at IT- og Telestyrelsen var kompetent til at træffe afgørelse efter telelovens § 73, stk. 1. I den forbindelse er anført, at IT- og Telestyrelsen var forpligtet til at bringe samtrafikaftalerne i overensstemmelse med lovgivningens regler. IT- og Telestyrelsens pligt til at kontrollere standardaftalerne efter telelovens §§ 72 og 73, gjaldt også, selv om kontrollen én gang var foretaget.

Det bestrides, at IT- og Telestyrelsen burde have truffet sin afgørelse efter telelovens § 76. For det første er der ikke tale om en klagesag i telelovens forstand. Afgørelsen vedrører TDC's samtrafikaftaler og er rettet til TDC. For det andet ville IT- og Telestyrelsen efter telelovens § 76 være forpligtet til at holde sig til Konkurrencestyrelsens oprindelige bindende udtalelse. Det på trods af, at Konkurrencestyrelsen havde en revideret opfattelse af samtrafikaftalerne. En sådan procedure ville være i strid med formålet med telelovens § 72. Formålet med § 72 er at sikre kontrollen med, at standardaftalerne er i overensstemmelse med bl.a. reglerne i konkurrenceloven.

For så vidt angår spørgsmålet om tilbagekaldelse af en begunstigende forvaltningsakt, bemærkes, at der ikke er tale om en "genoptagelse" af en sag, men derimod om en afslutning af et kontrolforløb efter den dagældende telelovs § 73, stk. 1. Men, selv hvis der havde været tale om en genoptagelse af en begunstigende forvaltningsakt, ville denne kunne ændres i en sådan sag. Såfremt en afgørelse er truffet på et retligt eller faktisk fejlagtigt grundlag - herunder fordi der er fremkommet oplysninger, som der ikke tidligere i forløbet kunne tages endeligt højde for (de skadelige virkninger af betalingsvilkårene) - påhviler det myndigheden at rette op på afgørelsen og omgøre denne. Det gælder i hvert fald i det tilfælde, hvor afgørelsen har betydning for en lang række andre parter med modsatrettede interesser, end den afgørelsen er rettet til.

TDC kan endvidere ikke have haft en beskyttelsesværdig forventning om, at kontrolforløbet var endelig afsluttet. For det første medfører telelovens system, at myndighederne kun har 4 uger til at komme med en bindende udtalelse. Konkurrencestyrelsen havde derfor reelt ingen mulighed for at høre markedets aktører om virkningerne af TDC's betalingsvilkår. Dette har været TDC bekendt. For det andet - og i sammenhæng hermed - tog Konkurrencestyrelsens udtrykkeligt forbehold for, at styrelsens udtalelse blev afgivet på det foreliggende grundlag.

IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet har videre anført, at TDC's betalingsvilkår vedrørende forudbetaling og sikkerhedsstillelse i standardaftalerne om rå kobber, delt rå kobber, transmission og samhusning udgør et misbrug i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1. Det har alene været hensigten med den bindende udtalelse og efterfølgende afgørelse at regulere den situation, hvor TDC både kræver forudbetaling og har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse. TDC kan kræve en rimelig og proportional sikkerhedsstillelse for den kreditrisiko, der ikke afdækkes af aftagernes forudbetaling (de andre ydelser end abon-nementsbetalingerne). For så vidt angår abonnementsbetalingerne finder IT- og Telestyrelsen og Konkurrencestyrelsen imidlertid, at TDC ikke er berettiget til at kræve kvartalsvis forudbetaling samtidig med, at TDC har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for forudbetalingen, idet TDC ved sådanne vilkår får afdækket sin kreditrisiko i et langt videre omfang end nødvendigt, hvormed vilkårene fremstår som usaglige og uproportionale. TDC vil som udgangspunkt kunne afdække sin kreditrisiko ved blot at kræve én måneds forudbetaling af aftagerne. TDC skal dog herudover være berettiget til at kræve sikkerhedsstillelse for værdien af leverede samtrafikydelser i ophævelsesperioden. I modsat fald ville TDC risikere, at aftagerne ikke betalte forudbetalingen, samtidig med at TDC først kunne opsige aftalerne 10/15 arbejdsdage efter modtagelse af påkrav. IT- og Telestyrelsens afgørelse skal således samlet læses sådan, at TDC skal reducere sin forudbetalingsperiode fra tre til én

måned. TDC skal endvidere ændre sine betalingsvilkår, således at selskabet ikke har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for hele forudbetalingen, men kun har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for værdien af leverede ydelser i ophævelsesperioden. Det har derimod ikke været hensigten, at IT- og Telestyrelsens og Konkurrencestyrelsens bindende udtalelse skulle vedrøre TDC's adgang til at afdække den del af selskabets kreditrisiko, der ikke vedrører abonnementsbetalingerne.

Konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, forbyder en dominerende virksomhed at påtvinge urimelige forretningsbetingelser. Det er antaget i praksis, at forbudet finder anvendelse på urimelige betalingsvilkår. Ikke blot på for høje eller for lave priser, men også på urimelige vilkår vedrørende selve prisfastsættelsen og betalingsopkrævningen. I Michelin II-afgørelsen (beslutning af 20. juni 2001 i sag 36.041) fandt Kommissionen bl.a., at Michelins sene udbetaling af rabatter påførte forhandlerne likviditetsproblemer og likviditets-omkostninger, der var urimelige. I Tetra Pak II-afgørelsen (beslutning af 24. juli 1991 i sag 31.043) fandt Kommissionen bl.a., at et krav om forudbetaling af en fremtidig lejebetaling var en urimelig forretningsbetingelse. Lejekontrakten var reelt at sidestille med en salgskontrakt. Brugeren fik dog ikke overdraget ejendomsretten til den lejede maskine. I DSD-sagen (beslutning af 20. april 2001 i 34.493) fandt Kommissionen, at der forelå urimelige forretningsbetingelser, fordi den dominerende virksomhed ikke overholdt proportionalitetsprincippet. DSD-sagen drejede sig om en tjenesteydelse, der bestod i en fritagelse for tilbagetagning og nyttiggørelse af emballage. Betalingen for denne tjenesteydelse var ikke knyttet til brugen af tjenesteydelsen, men til brugen af "Der Grüne Punkt"-varemærket. Det medførte, at aftagerne skulle betale den fulde pris for tjenesteydelsen, selv om aftagerne ikke anvendte ydelsen eller kun anvendte den delvist. Det fandtes at være uproportionalt og at udgøre et misbrug i strid med artikel 82.

Dansk praksis har været på linje med fællesskabspraksis. Konkurrencemyndighederne accepterer, at der fastsættes betalingsvilkår, så kreditrisikoen bliver dækket. Betalingsvilkårene skal dog være objektive, saglige og ikke-diskriminerende. Som eksempel kan henvises til Konkurrencestyrelsens afgørelse af 18. juni 2003 (om sikkerhedsstillelse ved fakturering gennem indkøbsforretning) og Konkurrencerådets afgørelse af 30. januar 2002 (om klage over garantistillelse vedr. køb af fløde fra Arla Foods).

TDC stiller krav om kvartalsvis forudbetaling, og disse forudbetalinger udgør betydelige beløb. Til illustration af beløbsstørrelserne henvises til følgende tabel vedrørende Tele2 A/S' forudbetalinger:

Tele 2 A/S' forudbetalinger i mio. kr. i 2004 og 2005.

Periode	Forudbetaling i mio. kr.
1. kvartal 2004	64
2. kvartal 2004	75
3. kvartal 2004	76
4. kvartal 2004	74
1. kvartal 2005	76

2. kvartal 2005	80
3. kvartal 2005	86
4. kvartal 2005	81

Hertil kommer forudbetalingerne fra de mere end 60 andre aftagere.

TDC har endvidere adgang til at kræve sikkerhedsstillelse. Tiscali A/S skulle f.eks. stille 1 ½ måneds sikkerhed som supplement til forudbetalingen.

Ud over at afdække sin kreditrisiko ved (i) at kræve kvartalsvis forudbetaling og (ii) have mulighed for sikkerhedsstillelse, kan TDC endvidere ophæve samtrafikaftalerne efter 10 (15) dage, hvis aftagerne ikke betaler rettidigt.

Det gøres gældende, at disse betalingsvilkår samlet er usaglige, fordi den krævede risikoafdækning indebærer en større kapitalbinding - og dermed likviditetsomkostninger - for aftagerne, end hvad der er nødvendigt for TDC til i tilstrækkeligt omfang at afdække selskabets kreditrisiko.

Betalingsvilkårene er endvidere uproportionale og urimelige. Inden for rammerne af den nødvendige afvejning af parternes interesser, jf. DSD-afgørelsen, er det ikke rimeligt, at TDC undlader at basere sine betalingsvilkår på selskabets reelle kreditrisiko. Der er ikke noget berettiget hensyn, der taler for, at TDC's betalingsvilkår skal gå videre end selskabets reelle kreditrisiko. Der er omvendt en væsentlig berettiget interesse i at beskytte aftagerne - der tillige er konkurrenter med TDC - mod byrdefulde og urimelige vilkår.

Selv hvis det antages, at TDC undlader at ophæve en aftale pga. manglende betaling - hvilket TDC ellers i praksis har "truet" sine aftagere med - vil TDC's kreditrisiko - efter TDC's egen opfattelse - ikke overstige værdien af leverede ydelser i 1 ½ måned. Det er den tid det tager at gennemføre den rykkerprocedure, som TDC efter det oplyste opererer med i dag. På trods heraf kræver TDC forudbetaling af alle sine aftagere for en tre måneders periode.

Betalingsvilkårene udgør derfor et misbrug. Hertil kommer, at betalingsvilkårene er egnede til at begrænse konkurrencen i markedet, idet det i den forbindelse skal fremhæves, at det ikke er nødvendigt at påvise egentlige konkurrencebegrænsende virkninger på markedet, men tilstrækkeligt, at TDC's betalingsvilkår kan have konkurrencebegrænsende virkninger. Det følger således af Michelin II- og British Airways-afgørelserne, der fortsat er gældende ret på dette punkt, jf. også generaladvokatens forslag til afgørelse i den ankende British Airways-afgørelse, at det ikke er nødvendigt at undersøge, om betalingsvilkårene rent faktisk har konkurrencebegrænsende virkninger.

I den forbindelse bemærkes, at der vedrørende egnetheden skal sondres mellem to situationer. Den situation, hvor der ikke sker en LRAIC-modregning, og den situation, hvor der sker en modregning.

Der sker en LRAIC-modregning for 2 af de 4 samtrafikaftaler; nemlig aftalen om rå kobber og delt rå kobber. Aftalen om samhusning er også LRAIC-reguleret, men forudbetalingsperioden indgår imidlertid ikke som parameter i prisberegningen af samhusningsydelser. Der sker derfor ikke en stigning i den LRAIC-regulerede pris ved at forkorte forudbetalingsperioden. Aftalen om transmission er ikke LRAIC-reguleret. Der sker derfor heller ikke en LRAIC-modregning i denne situation.

For så vidt angår den situation, hvor der ikke sker en LRAIC-modregning, gøres det gældende, at TDC's betalingsvilkår kan have konkurrencebegrænsende virkninger i markedet. Det forhold, at TDC's aftagere skal forudbetale betydelige millionbeløb til TDC, forringer helt åbenbart aftagernes likviditet. Aftagerne mister forrentningen af forudbetalingen samt pålægges eventuelle finansieringsomkostninger.

Hvis der tages udgangspunkt i Tele 2's betalinger, så vil en rentegevinst i 3 måneder af f.eks. 75 mio. kr. – med udgangspunkt i en 10-årig obligationsrente på 4 procent – udgøre ca. 250.000 kr. Hertil kommer forudbetalingerne fra alle TDC's øvrige aftagere.

Forudbetalingsbeløbene tilgår TDC som en subsidiering af TDC's investeringer. Forudbetalingerne kan omvendt ikke bruges af aftagerne til nye investeringer eller lavere priser. Vilkårene indebærer derfor, at det er gjort betydeligt sværere for alle aftagerne at gøre sig uafhængig af TDC ved at vedligeholde og udbygge egne investeringer. Det er endvidere sværere for aftagerne at tilbyde lavere priser eller opnå en større fortjenstmargen.

De økonomiske virkninger påvirkes yderligere af et eventuelt krav om sikkerhedsstillelse.

Virkningerne forstærkes også ved, at TDC ikke blot er til stede på engrosmarkedet, men tillige er til stede på det underliggende detailmarked. Aftagerne skal ikke bare leve med, at de mister renteindtægterne fra forudbetalingerne, men også leve med, at fordelene går til den største konkurrent.

Endelig er TDC's betalingsvilkår egnet til at uniformere forudbetalingsperioden på detailmarkedet. Jo længere en forudbetalingsperiode TDC kræver, jo dyrere er det for aftagerne at tilbyde bagudbetaling.

For så vidt angår den situation, hvor der sker en LRAIC-modregning, gøres det ligeledes gældende, at TDC's betalingsvilkår kan have konkurrencebegrænsende virkninger i markedet. Det skyldes, at LRAIC-modregningen ikke er konkurrenceneutral. For det første – set fra aftagernes side – så modsvares en reduktion af forudbetalingsperioden fra tre til én måned ikke fuldt ud af LRAIC-modregningen. For det andet er en reduktion af forudbetalingsperioden ikke provenuneutral, selv om der sker en LRAIC-modregning.

For så vidt angår den første del - at fordelene for aftagerne ikke fuldt ud modsvares af LRAIC-modregningen - gøres det overordnet gældende, at kvartalsvis forudbetaling frem for månedsvise forudbetaling øger kravet til aftagernes likviditet, og at TDC's aftagere ikke kun forudbetaler for deres faktiske forbrug, men for deres forventede forbrug. Der er derfor en risiko for, at konkurrenterne binder kapital til samtrafikydelse, som de i sidste ende ikke køber. Det problem reduceres ved at reducere forudbetalingsperioden.

For så vidt angår den anden del - om LRAIC-modregningen er provenuneutral - har Konkurrencestyrelsen foretaget nogle beregninger. Disse beregninger viser, at LRAIC-modregningen ikke vil være helt provenuneutral. Ved en reduktion af forudbetalingsperioden vil TDC's konkurrenter få en mindre procentuel provenugevinst af omkostningerne, mens TDC vil få et tilsvarende provenutab.

Længere forudbetalingsperioder giver således TDC en direkte økonomisk fordel i forhold til aftagerne og den kumulative virkning heraf indebærer en betydelig påvirkning på konkurrencen i markedet.

Det gælder særligt på et marked med homogene og dermed prisfølsomme produkter. Selv en mindre adgang til at presse indtjeningen, vil have stor betydning for markedets andre aktører og dermed for konkurrencen i markedet.

IT- og Telestyrelsen var derfor berettiget til at kræve TDC's betalingsvilkår ændret til 30 dages forudbetaling med mulighed for sikkerhedsstillelse for leverede ydelser i ophævelsesperioden, dvs. i 10/15 dage. TDC er på den ene side berettiget til at afdække sin reelle kreditrisiko. Og da det ikke er praktisk muligt med kontant betaling, bør TDC have mulighed for at kræve forudbetaling. På den anden side skal TDC ikke have adgang til at afdække selskabets kreditrisiko i et videre omfang end selskabets reelle kreditrisiko. Forudbetalingen skal derfor begrænses til det praktisk kortest mulige - dvs. én måned. Kun i de tilfælde, hvor forudbetalingen ikke erlægges, vil TDC herefter løbe en kreditrisiko. Denne risiko svarer til værdien af leverede ydelser i ophævelsesperioden på 10/15 dage.

For så vidt angår længden af sikkerhedsperioden skal det i øvrigt bemærkes, at TDC's betalingsvilkår - i alle tilfælde - skal vurderes ud fra en gennemsnitsbetragtning. Adgangen til at kræve månedsvis forudbetaling vil give TDC nogle renteindtægter. Disse renteindtægter skal indgå i bedømmelsen af den samlede risiko, som TDC måtte pådrages ved, at en forudbetaling ikke måtte blive betalt.

Det gøres på det grundlag samlet gældende, at IT- og Telestyrelsens var berettiget til at kræve TDC's betalingsvilkår ændret som gjort.

7. Cybercity A/S' argumentation.

Cybercity har anført, at det påståede misbrug ikke relaterer sig til kravet om sikkerhedsstillelse alene, men at der på den anden side heller ikke er tale om, at kravet om forudbetaling ikke i sig selv kan udgøre en urimelig forretningsbetingelse. Det har således ikke været Cybercitys hensigt med klagen at gøre gældende, at alene det forhold, at kravet om tre måneders forudbetaling forekommer i kombination med kravet om sikkerhedsstillelse, udgør en urimelig forretningsbetingelse.

Det kan således være rimeligt at kræve sikkerhedsstillelse, såfremt der ikke er stillet krav om forudbetaling, men det forhold, at der ikke kræves sikkerhedsstillelse berettiger på den anden side ikke et krav om tre måneders forudbetaling.

Der kan ikke være tvivl om, at urimelige forretningsbetingelser kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling, og at det i den forbindelse er uden betydning, at den dominerende virksomhed i henhold til særskilt lovgivning - i dette tilfælde telelovgivningen - er forpligtet til at levere (herunder til sine konkurrenter). Det betyder blot, at der ikke ville kunne stilles spørgsmålstejn ved lovligheden af en leveringsnægtelse, som derfor reelt er udelukket. Urimelige og byrdefulde betalingsbetingelser er selvsagt det tætteste, man kan komme på en egentlig nægtelse af levering, og dermed også langt den mest mærkbare form for urimelige vilkår. TDC synes umiddelbart at gøre gældende, at fordi der består en leveringspligt skulle TDC være berettiget til at stille skærpede vilkår. Det er naturligvis ikke tilfældet. Dels ville der selvsagt være en risiko for, at leveringspligten derved kunne begrænses. Dels er det som anført af IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet flere gange fastslået, herunder af EF-Domstolen, at en dominerende virksomhed faktisk har en særlig forpligtelse til at udvise hensyn og optræde forsvarligt, herunder i relation til de vilkår, som tilbydes kunder. Særligt når der som i dette tilfælde er tale om, at TDC også optræder på samme markeder som kunderne.

Det afgørende i denne henseende er ikke, at TDC skal levere, men derimod at TDC's konkurrenter reelt er tvunget til at aftage, fordi disse i større eller mindre omfang er afhængige af at kunne benytte TDC's infrastruktur. TDC befinder sig i den helt enestående position at kunne diktere forretningsbetingelser, som andre virksomheder - selv andre dominerende virksomheder, som dog ikke råder over en "essential facility" - generelt ikke ville kunne få kunderne til at acceptere. Cybercity, Tiscali og langt hovedparten af de øvrige teleoperatører har imidlertid ikke andet valg end at acceptere TDC's vilkår.

Cybercity har således flere gange ved de "forhandlinger", man har haft med TDC, anmodet TDC

om at ændre disse vilkår, og selvom Cybercity ikke én eneste gang har været forsinket med forudbetalinger, har dette været forgæves.

Det er således åbenlyst, at TDC's leveringspligt ikke kan berettige disse vilkår om forudbetaling og sikkerhedsstillelse. Det må nødvendigvis være således, at det forhold, at TDC ikke kan undslå sig at levere til sine konkurrenter, netop indebærer, at der må være særlig fokus på de vilkår, TDC forlanger. Urimelige krav er selvsagt den eneste mulighed for at "omgå" leveringspligten eller mindske dennes betydning for TDC's forretning. Ved at opstille urimelige krav kan TDC dermed alligevel bibeholde sin styrke i forhold til konkurrenterne, når det nu ikke er muligt helt at afskære dem fra adgangen til den nødvendige infrastruktur.

Dette er også udtrykt i bemærkningerne til den seneste ændring af lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet:

" For så vidt angår urimelige vilkår i aftaler om salg af samtrafikprodukter, har det vist sig at være et problem, at en udbyder med en stærk markedsposition i en række tilfælde helt frit kan fastsætte leveringsvilkår for de samtrafikprodukter, som øvrige teleudbydere aftager efter reglerne om samtrafik. Denne adgang for en udbyder med stærk markedsposition til i en række situationer selv at fastsætte betingelserne for levering/servicering etc. af samtrafikprodukterne vil kunne indebære, at der fastsættes så belastende vilkår, at produkterne reelt vil være af begrænset eller helt uden værdi for aftagerne. Det kan være til skade for konkurrencen."

Konkurrenceankenævnet har netop i sagen vedrørende Toyota A/S mod Konkurrencerådet fastslået, at " for at der kan foreligge misbrug omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1, skal der være anvendt andre midler end i den normale konkurrence – unormal forretningsadfærd – som påvirker konkurrencen negativt. Det er en følge heraf, at anvendelse af sædvanlige misligholdelsesbeføjelser og retsskridt til håndhævelse af aftalebaserede eller lovfastsatte retspositioner eller krav ikke kan anses for misbrug, medmindre det godtgøres, at anvendelsen af de pågældende retsmidler ikke sker forholdsmæssigt på et sædvanligt funderet grundlag i normalt øjemed, men derimod på et mere tvivlsomt grundlag, uforholdsmæssigt og uden at tjene de pågældende retsskridts sædvanlige formål, i konkurrencebegrænsende øjemed."

Kravet om tre måneders forudbetaling samt kravet om sikkerhedsstillelse udgør netop anvendelse af " andre midler end i den normale konkurrence" , og som det fremgår nedenfor påvirker disse midler konkurrencen negativt.

Desuden er det alene i kraft af sin position og råden over en " essential facility" , at TDC kan gennemtvinge disse forretningsbetingelser. TDC har ikke i sine indlæg for Konkurrenceankenævnet kunne retfærdiggøre nødvendigheden heraf, endsige kunne godtgøre sædvanligheden af sådanne krav, og derfor må det lægges til grund, at disse er baseret på et tvivlsomt grundlag, er uforholdsmæssige og håndhævet i konkurrencebegrænsende øjemed.

Kravet om forudbetaling i tre måneder er efter Cybercitys opfattelse det primære forhold i nærværende sag, men i relation til sikkerhedsstillelsen bemærkes, at Cybercity umiddelbart er uforstående over for TDC's påstand om, at rykkerprocedure og efterfølgende ophævelse af aftalen typisk vil vare 1½ måned. TDC er ifølge de aftaler denne sag vedrører berettiget til omgående at ophæve aftalen ved væsentlig misligholdelse, som bl.a. vil være undladelse af at betale forfaldne beløb rettidigt og undladelse af at afhjælpe denne manglende betaling inden 10 arbejdsdage, efter at TDC skriftligt ved påkrav har underrettet herom, og der ses således ikke at være en saglig begrundelse for en sikkerhedsstillelse på 45 dage.

Det må endvidere umiddelbart afvises, at der ville være ekstra administration og dermed yderligere omkostninger forbundet med at gennemføre en rykkerprocedure umiddelbart efter betalingsfristens udløb og straks ophævelse efter 10-dages fristens ophør. Tværtimod synes en sådan " hurtig" administration langt mindre belastende end den procedure, som TDC anfører at

benytte sig af.

Cybercity har som Tele2/Tiscali – om end i mindre omfang – lidt tab som følge af TDC's vilkår. Cybercitys "rentetab" kan for perioden fra 2001 indtil 21. november 2005 som følge af disse vilkår opgøres til kr. 2.694.000, ekskl. moms. Hertil bemærkes, at det lidt tab imidlertid ikke blot kan baseres på et almindeligt rentetab, eftersom det essentielle netop er, at Cybercity har været forhindret i at investere disse penge, fordi de har været bundet hos TDC. Det er vanskeligt at beregne det præcise tab af, at en virksomhed er afholdt fra at foretage nogle specifikke investeringer. Derfor må der nødvendigvis anlægges en generel betragtning, hvorfor tabet anses at udgøre de med forudbetalingen forbundne gennemsnitlige kapitalomkostninger.

Der er således taget udgangspunkt i den WACC (weighed average cost of capital), der har været anvendt i forbindelse med LRAIC-prisfastsættelsesmetoden fra januar 2003, og som dermed er indgået som parameter til fastsættelse af TDC's priser for rå kobber, delt kobber og samhusning over for Cybercity. Den anvendte WACC afspejler et rimeligt niveau for de løbende kapitalomkostninger, eftersom TDC på tilsvarende vis i ovennævnte periode har været berettiget til at anvende denne rentesats ved beregning af priserne for de LRAIC-regulerede samtrafikydelser. Det bemærkes i øvrigt, at en WACC for perioden fra 2001 og frem til januar 2003 utvivlsomt ville have været højere, end den i beregningen anvendte WACC.

Cybercity har fremsat et erstatningskrav over for TDC på ovennævnte beløb ved brev af 21. november 2005, og parterne er foreløbig blevet enige om at suspendere forældelsesfristen, indtil Konkurrenceankenævnets afgørelse foreligger.

Som det fremgår af det ovenfor anførte, har kravet om forudbetaling for Cybercity - lidt forenklet udtrykt - medført, at Cybercitys kapital har været anbragt hos TDC i stedet for hos Cybercity selv. Det er i relation til den virkning, forudbetalingerne har haft for konkurrencen i markedet, imidlertid ikke tilstrækkeligt at fokusere på de involverede parter rentetab eller kapitalomkostninger. Dette udgør de pågældendes tab og er også beløb, som i stedet kunne have været anvendt f.eks. til lavere priser eller investeringer i infrastruktur eller udvikling af produkter.

Men udover selve rentetabet er det væsentligt at denne kapital - havde den ikke skullet forudbetales til TDC - også kunne have været anvendt til investeringer, herunder investeringer i nye centraler med henblik på at opnå større dækning, således at Cybercity ville være mindre afhængig af TDC, og investeringer i udvikling af nye produkter. Denne kapital har i stedet kunnet anvendes af TDC til yderligere investeringer.

I stedet for at Cybercity har kunnet videreudvikle sin virksomhed og dermed opnå en position ved at yde TDC større konkurrence, har forudbetalingerne indirekte medvirket til en fastholdelse af Cybercitys afhængighed af TDC, hvorimod TDC har haft mulighed for at benytte dels den modtagne kapital dels renteindtægterne heraf til yderligere investeringer. Dertil kommer, at der selvsagt ikke kun er tale om kapital modtaget fra Cybercity, men også fra øvrige samhandelspartnere, herunder samhandelspartnere som i endnu højere grad har gjort brug af TDC's infrastruktur. Denne betydelige kapital og renterne heraf har således principielt udgjort en kunstig subsidiering af investeringer hos TDC.

Ligesom det ikke kun er Cybercity og Tiscali, der har lidt et rentetab, er det således også de øvrige grossist-kunder hos TDC, der har været afskåret fra at anvende kapitalen til investeringer. Det er oplyst, at der er tale om 64 øvrige engroskunder, der har erlagt forudbetalinger. Den kumulative virkning af kravet om forudbetaling over for samhandelspartnere har således utvivlsomt været betydelig.

Til illustration af betydningen for Cybercity alene kan oplyses, at en ny central til brug for udbud af eksempelvis bredbånd i et lokalområde koster 500.000 til 1 mio. kr. Cybercity har for tiden 121 centraler, og det gør en vis forskel, at Cybercity, såfremt man ikke havde pålagt en forudbetaling, reelt kunne have foretaget udbygningen af centraler i et hurtigere tempo, ligesom antallet af

centraler kunne have været højere end i dag.

TDC har anført, at betalingsvilkårene ikke har kunnet virke konkurrencebegrænsende, idet LRAIC-modellen indebærer, at forudbetalingen er indregnet i (lavere) priser. Dette er imidlertid ikke korrekt. Det forholder sig tværtimod således, at LRAIC-modellen netop ikke tager udgangspunkt i TDC's faktiske omkostninger, og at der derfor i forbindelse med prissætningen af de relevante samtrafikprodukter allerede er indregnet en afdækning af den generelle kreditrisiko for TDC ved at handle med andre selskaber. TDC får dermed reelt - som følge af forudbetalingen og sikkerheden - mulighed for overkompensation.

For så vidt angår TDC's bemærkninger om, at betalingsvilkårene ikke har kunnet virke konkurrencebegrænsende, fordi der netop optræder en lang række aktører på markedet, samt at der foreligger udpræget konkurrence på markedet for bl.a. ADSL og bredbånd, bemærkes, at alene det forhold, at der optræder en lang række aktører på markedet, ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at én af disse aktører - den dominerende - ikke misbruger sin position over for disse øvrige aktører.

Det forhold, at Tiscali, Cybercity og Tele2 har været i stand til at udbyde nye og innovative produkter og at sænke priserne, er heller ikke nødvendigvis udtryk for, at disse virksomheder og konkurrencen i markedet ikke har lidt under TDC's betalingsvilkår.

Selv om det ikke gøres gældende, at dette alene skyldes kravet om forudbetaling, er det væsentligt at bemærke, at Cybercity for første gang i 2005 har haft overskud, og dette overskud udgør alene 21 millioner kr. før skat og ekstraordinære poster på baggrund af en omsætning på en ½ milliard kr. Cybercity har mange kunder og er den næststørste udbyder på markedet for DSL-forbindelser med en markedsandel på mindre end 15 %, men indtjeningen har desværre først nu efter 5 års drift udvist et positivt resultat. Det forhold, at Cybercity har opnået den position i markedet som selskabet har i dag og fortsat på bedste vis forsøger at konsolidere sin position i markedet, kan således ikke tages som udtryk for, at konkurrencen i markedet - uanset TDC adfærd - er fuldkommen, eller at TDC's adfærd er uproblematisk og lovlig.

Det er Cybercitys opfattelse, at TDC's adfærd virker mærkbart konkurrencebegrænsende, idet TDC hermed sørger for at bibeholde eksisterende styrkeforhold, herunder ved at begrænse konkurrenternes muligheder for at udvikle sig og for at tilbyde endnu lavere priser til kunderne.

Det er som anført af IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet i den forbindelse særdeles væsentligt, at TDC opererer i samme markeder som kunderne, herunder Tele2/Tiscali og Cybercity, og at ydelserne i disse markeder er homogene ydelser, som er særdeles prisfølsomme (den såkaldte "dobbelte virkning").

Endelig bemærkes, at det naturligvis ikke er afgørende, om TDC's betalingsvilkår reelt har haft en konkurrencebegrænsende virkning. Det afgørende er, hvorvidt betalingsvilkårene er egnet til at have en sådan virkning.

For så vidt angår spørgsmålet om Konkurrencestyrelsens mulighed for at omgøre sin bindende udtalelse til IT- og Telestyrelsen, bemærkes, at TDC udtaler sig mod bedre vidende, når det gøres gældende, at en sådan udtalelse er bindende for Konkurrencestyrelsen og ikke kan omgøres, og at vurderingen af aftalerne ellers vil være værdiløs. Alle aktører i telekommunikationsbranchen er bekendt med de vilkår, der hidtil har været gældende for sådanne udtalelser.

Konkurrencestyrelsen har således inden for en begrænset frist måttet udtale sig om sin umiddelbare opfattelse af de forelagte aftaler ud fra et rent teoretisk grundlag, og styrelsen har ikke haft mulighed for at foretage en uddybende økonomisk analyse, da man ikke har haft den fornødne kommercielle indsigt. Retsvirkningerne af disse udtalelser har således været, at disse var afgivet med forbehold, herunder for eventuelle klager, og at disse således var retningsgivende, men ikke nødvendigvis uforanderlige. Dette indebærer imidlertid ikke, at vurderingen af standardaftalerne reelt har været værdiløs. Det er i øvrigt kendetegnende i

konkurrenceretlig henseende, at individuelle fritagelser og selv gruppefritagelser kan tilbagekaldes, såfremt konkurrencemyndighederne får kendskab til oplysninger, som ikke er indgået i sagsbehandlingen, herunder f.eks. en konkurrencebegrænsende adfærds kumulative virkning, som ofte kun vil blive myndighederne bekendt, når de virksomheder, som opererer i markedet, gør myndighederne bekendt hermed. Reglerne er nu ændret, således at der med virkning fra 1. januar 2006 bliver foretaget høring ikke længere af Konkurrencestyrelsen, men i stedet af aktørerne i branchen.

Det følger af bemærkninger til lovforslaget, at " med lovforslaget udvides IT- og Telestyrelsens tilsyn til at tilsidesætte urimelige vilkår i standardtilbudene og herefter pålægge rimelige vilkår som erstatning for de tilsidesatte vilkår. Vilkårene fastsættes med udgangspunkt i de forpligtelser, som den udbyder, der udarbejder standardtilbud, er pålagt. Det foreslås desuden, at IT- og Telestyrelsen skal sende standardtilbud i høring i branchen i forbindelse med styrelsens tilsyn hermed. Vedrørende bindende udtalelser fra Konkurrencerådet i § 79 er formålet med at ophæve bestemmelsen at opnå en smidiggørelse af sagsgangen i forbindelse med den administrative kontrol med standardtilbud og det regnskabsmæssige tilsyn." Fremover vil således også de kommercielle og økonomiske forhold blive belyst, således at en vurdering kan foretages på et mere fuldstændigt grundlag.

8. Tele2's argumentation.

Tele2 har anført, at det er en forudsætning for en korrekt vurdering af misbruget i nærværende sag, at markeds konteksten indgår i korrekt omfang. I den foreliggende sag må den konkurrenceretlige vurdering ske ud fra de særlige markedsforhold, som gør sig gældende i telebranchen, og som er helt særegne i Danmark.

TDC har lige siden liberaliseringen af telemarkedet i starten af 1990'erne været i en dobbeltrolle som leverandør til sine konkurrenter. TDC er monopolist på markedet for rå kobber, delt rå kobber og samhusning og bruger samtidig disse produkter til at sælge slutprodukter til slutkunderne i direkte konkurrence med de virksomheder, der er afhængige af engrosprodukterne.

Dette skaber en risiko for, at der opstår en særlig form for margin squeeze ved, at TDC rykker dækningsbidrag fra detail-delen til engrosdelen. TDC har en åbenlys interesse heri, da TDC herved opnår større samlet indtjening, da de har 100 % af engrosmarkedet, men en mindre del af detail-markedet. Samtidig opnår TDC at squeeze sine konkurrenter ud af detailmarkedet.

Denne sag handler ikke direkte om margin squeeze, men betydningen af sikkerhedsstillelse og forudbetaling skal ses i lyset heraf. Enhver overførsel af indtjening fra detailledet til engrosledet vil således medføre risiko for margin squeeze og kan selvstændigt medføre misbrug.

Generelt må det siges, at der foreligger misbrug, hvis TDC sikrer sig bedre, end deres risiko forudsætter.

Det er i de færreste brancher, at en grossist opnår 100 % risikoafdækning. Når TDC kræver 3 måneders forudbetaling vil dette kræve tre gange så meget likviditet som ved månedsvis forudbetaling. Dette medfører, at Tele2 i 4. kvartal af 2005 havde en maksimal likviditetspåvirkning på 80 mio. i stedet for 27 mio. Hertil kommer rentepåvirkningen.

Ved krav om sikkerhedsstillelse medfører dette udover betalingen for en bankgaranti også en likviditetspåvirkning. TDC anfører, at eneste påvirkning er bankgarantien, men det må bero på en misforståelse, da enhver långiver til et selskab, som har store bankgarantier, bliver nødt til at indregne risikoen for disse garantier i den samlede kreditvurdering. Hertil kommer, at bankgarantien for Tiscalis vedkommende konkret blev stillet ved deponering, der svarede til bankgarantiens størrelse. Bankgarantien – og derved deponeringen – var på et tidspunkt på mere end 50 mio. kr.

Som følge af de særlige markedsforhold, der gør sig gældende i telemarkedet, vil en sikkerhedsstillelse, som ikke afdækker konkret risiko, medføre en skævvridning af risikoen, da den stiller TDC's detailafdelinger bedre, da disse ikke er likviditetspåvirket af en sikkerhedsstillelse.

Forudbetaling har den dobbelte virkning, at TDC's detail-konkurrenter drænes for likviditet, samtidig med at TDC nyder godt af en tilsvarende likviditet.

Det er korrekt, som anført af TDC, at den LRAIC regulerede pris i et vist omfang tager højde for forudbetalingen. Det gælder imidlertid ikke alle ydelserne og da indtjeningsmargin i markedet er lille, vil selv små påvirkninger medføre, at TDC's konkurrenter påføres et pristryk, som er uberettiget. Samtrafikpriserne fastlægges desuden for længere perioder ad gangen og afspejler ikke nødvendigvis udviklingen i markedet. Som eksempel kan nævnes, at oprettelses- og lejeafgifter for bit stream access har været konstante i en længere årrække, på trods af at netop dette marked har udviklet sig markant i de seneste år.

Til det af TDC anførte om, at det er muligt at finde individuelle løsninger på høje krav om sikkerhedsstillelse, bemærkes, at dette meget vel er muligt, men det har antageligvist ikke fundet anvendelse i den konkrete sag, og det er i øvrigt udokumenteret.

Det er vanskeligt at forholde sig til TDC's model for udregning af sikkerhedsstillelse, da den er ekstraheret, og TDC gentagne gange har nægtet at udlevere den. Det må dog antages, at størrelsen beregnes på baggrund af de prognoser, som man i henhold til samtrafikaftalerne er forpligtet til at afgive, hvilket i sig selv er urimeligt.

Til det af TDC anførte om, at det er urealistisk at have en rykkerprocedure på 10-15 dage og at TDC ved afgørelsen forhindres i at have en normal rykkerprocedure med 3 rykkere, bemærkes, at det selvfølgelig er rart, at TDC har til hensigt at have en venlig debitorpolitik. TDC får imidlertid ved ordningen i pose og sæk. Risikoen er fuldt afdækket, og de får også pålagt de konkurrenter, som betaler til tiden, omkostninger. Jo længere procedure jo bedre for TDC.

Til det af TDC anførte om, at der er reel konkurrence på markedet, da der er mange aktører, bemærkes, at næsten alle laver underskud – undtagen TDC, som i Totalløsninger har et massivt overskud.

9. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

9.1 De standardsamtrafikaftaler, som den påklagede afgørelse angår, vedrører ydelser i form af adgang til TDC's anlæg, som TDC i henhold til telekonkurrencelovens § 42 har pligt til at levere. Det drejer sig om leje af fysiske infrastrukturstrækninger – udleje af kobberledninger i accessnettet ("rå kobber"), udleje af delt adgang til kobberledninger i accessnettet ("delt rå kobber") og udleje af transmissionskapacitet. Det drejer sig endvidere om fællesudnyttelse af TDC's bygninger og centraludstyr m.v. (samhusning). Det drejer sig endelig om tjenesteudbud/gensalg, som giver gensælger mulighed for at udbyde adgang til samtaler inden for TDC's net og til og fra de net, som TDC har etableret koblet samtrafik med.

9.2 Der er i alle aftalerne et krav om kvartalsvis forudbetaling af "lejegebyr"/"abonnement" – et beløb, der altså betales for selve netadgangen i perioden. Oprettelse betales ved levering – for eventuelle forbrugsafhængige ydelser betales bagud.

Der er endvidere i alle aftalerne vilkår, hvorefter TDC kan kræve sikkerhedsstillelse.

9.3 Det følger af telekonkurrenceloven, at IT- og Telestyrelsen fører tilsyn med standardtilbud og i den forbindelse indhenter en udtalelse fra Konkurrencerådet om, hvorvidt der i standardtilbuddet indgår vilkår, som udgør en overtrædelse af konkurrencelovgivningen (§ 79, stk. 1), at denne udtalelse er bindende for IT- og Telestyrelsen (§ 79, stk. 3), at IT- og Telestyrelsen kan påbyde ændringer af vilkår i standardtilbud, "som udgør en overtrædelse af konkurrenceloven, jf.

Konkurrencerådets udtalelse efter § 79" (§ 73, stk. 1), og at klage over en sådan afgørelse fra IT- og Telestyrelsen truffet på grundlag af en bindende udtalelse fra Konkurrencerådet skal indbringes for Konkurrenceankenævnet (§ 106, stk. 1).

9.4 Den påklagede afgørelse fra IT- og Telestyrelsen går ud på:

"TDC A/S' vilkår vedrørende dels bankgaranti og dels forudbetaling i forbindelse med indgåelse af samtrafiktafter i TDC A/S standardaftaler om rå kobber, delt rå kobber, transmission, samhusning samt gensalg, udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 11 stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.

TDC A/S pålægges herefter at udforme vilkårene for forudbetaling og sikkerhedsstillelse i selskabets standardtilbud vedrørende rå kobber, delt rå kobber, transmission, samhusning samt gensalg som anført ovenfor og uddybet i Konkurrencestyrelsens supplerende bindende udtalelse af 28. september 2005."

Om hvad der udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, hedder det i den underliggende udtalelse af 28. september 2005 afgivet af Konkurrencestyrelsen:

"Konkurrencestyrelsen udtaler, at vilkårene i TDC's standardaftaler vedrørende rå kobber, delt rå kobber, transmission samt samhusning, hvorefter der stilles krav om 3 måneders forudbetaling samtidig med, at TDC har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for enhver forpligtelse medkontrahenten måtte have påtaget sig, udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1."

Der er således ikke i den af Konkurrencestyrelsen efter telekonkurrencelovens § 79, stk. 1, afgivne udtalelse "om hvorvidt vilkår, der indgår i pågældende standardtilbud, udgør en overtrædelse af konkurrencelovgivningen", grundlag for den trufne afgørelse, idet afgørelsen i modsætning til udtalelsen angår vilkårene om forudbetaling og sikkerhedsstillelse hver for sig og omfatter standardaftalen om gensalg.

9.5 Der er i Konkurrencestyrelsens supplerende bindende udtalelse udsagn om standardaftalen vedrørende gensalg – herunder om hvilket krav om sikkerhedsstillelse TDC vil være berettiget til at stille på dette område – som kan føre til overvejelser om, hvad Konkurrencestyrelsens mening herom egentlig har været. Disse udsagn kan imidlertid ikke udgøre det fornødne grundlag for IT- og Telestyrelsens inddragelse af denne standardaftale i sin afgørelse, heller ikke under hensyntagen til, at TDC også ifølge denne standardaftale "fakturerer abonnenter kvartalsvis forud", jf. foran under punkt 1, mens Konkurrencestyrelsen fejlagtigt har lagt til grund, at fakturering efter denne aftale sker månedsvis bagud.

9.6 Det pålægges ved den påklagede afgørelse som nævnt TDC at udforme vilkårene for forudbetaling og sikkerhedsstillelse i selskabets standardtilbud vedrørende rå kobber, delt rå kobber, transmission, samhusning samt gensalg som anført i Konkurrencestyrelsens udtalelse af 28. september 2005, dvs. i overensstemmelse med følgende:

"Konkurrencestyrelsen udtaler samtidig at de nævnte standardaftaler ikke vil indeholde konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, såfremt TDC kun kan stille krav om maksimalt 30 dages forudbetaling

Konkurrencestyrelsen udtaler endvidere, at TDC vil være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling ved siden af kravet om 30 dages forudbetaling.

TDC vil således være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling for et beløb svarende til den kreditrisiko, som TDC pålægges ved først at kunne ophæve samtrafikaftalerne i tilfælde af betalingsmisligholdelse efter udløbet af aftalernes ophævelsesperiode, jf. konkurrencelovens § 16, nr. 3, sidste pkt.

I modsat fald ville TDC pålægges den kreditrisiko, at selskabets aftagere kunne undlade at forudbetale samtidig med at TDC fortsat var forpligtet til at levere samtrafikydelserne i ophævelsesperioden.

TDC vil således kunne stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling vedrørende *rå kobber, delt rå kobber samt transmission* for et beløb maksimalt svarende til prisen for løbende levering af disse samtrafikydelser i en periode på 10 arbejdsdage (svarende til ophævelsesperioden).

For så vidt angår *samhusning* vil TDC være berettiget til [at] stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling for et beløb maksimalt svarende til prisen for løbende levering i en periode på 15 arbejdsdage (svarende til ophævelsesperioden).

For så vidt angår *gensalg*, hvor fakturering sker månedsvis bagud, vil TDC være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for den bagudbetalte måned samt for et beløb svarende til løbende levering i 10 arbejdsdage (svarende til ophævelsesperioden).

TDC vil herudover som udgangspunkt ikke være berettiget til at stille krav om sikkerhedsstillelse for manglende betaling af samtrafikydelserne."

Styrelserne har under behandlingen for ankenævnet oplyst, at det ikke var hensigten, at denne formulering skulle "vedrøre TDC's adgang til at afdække den del af selskabets kreditrisiko, der ikke vedrører abonnementsbetalingerne". Det er imidlertid en hensigt, som på ingen måde lader sig udlede af formuleringen.

9.7 Konkurrencestyrelsens udtalelse er baseret på den opfattelse, at det ikke er i strid med konkurrenceloven, "såfremt TDC fastsætter vilkår om forudbetaling og sikkerhedsstillelse, der reelt modsvarer de risici, som selskabet har ved at være forpligtet til at levere sine samtrafikydelser, og betalingsvilkårene i øvrigt håndteres objektivt, sagligt og ikke-diskriminerende"

Det er samtidig Konkurrencestyrelsens bedømmelse, 1) at "TDC kræver forudbetaling/har adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for en unødvendig lang periode/stor forpligtelse, og at dette begrænser selskabets aftageres mulighed for at produktudvikle og tilbyde konkurrencedygtige priser til slutkunderne", 2) at "TDC's betalingsvilkår udgør et urimeligt vilkår i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, og 3) at "TDC vil opnå en fornøden afdækning af selskabets kreditrisiko, såfremt selskabets betalingsvilkår ændres, således at TDC har mulighed for at stille krav om 30 dages forudbetaling og sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til værdien af leverede samtrafikydelser i ophævelsesperioden."

Der er imidlertid ikke i Konkurrencestyrelsens udtalelse faktuelle oplysninger, som giver tilstrækkeligt grundlag for en stillingtagen til TDC's reelle kreditrisiko eller til, om TDC vil kunne afdække sin reelle kreditrisiko som hævdet af Konkurrencestyrelsen. Der er heller ikke i Konkurrencestyrelsens udtalelse foretaget en – under hensyn til TDC's kapitalbinding i de anlæg, konkurrenterne skal have adgang til, og forholdene i øvrigt på det pågældende marked samt TDC's reelle kreditrisiko og mulighed for styring heraf – udredning og analyse, som indeholder fornøden faktisk baseret begrundelse for, at krav om kvartalsvis forudbetaling samtidig med en adgang til at kræve sikkerhedsstillelse indebærer misbrug af dominerende stilling, eller at krav om 30 dages forudbetaling og adgang til at kræve sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til værdien

af samtrafikydelser i ophævelsesperioden ikke indebærer et sådant misbrug.

9.8 Det er en følge af LRAIC-prisfastsættelsesmetoden på samtrafikydelser, jf. bekendtgørelse nr. 60 af 18. januar 2005, at forudbetaling indgår som en faktor i prisfastsættelsen. Det fremgår af Konkurrencestyrelsens udtalelse, at styrelsen "vurderer, at indregningen af forudbetaling i samtrafikprisen ikke indebærer, at der ikke foreligger misbrug". Denne vurdering støttes bl.a. på følgende:

"TDC' konkurrenter betaler ikke kun forud for deres faktiske forbrug, men for deres forventede forbrug. Hermed er der en risiko for, at konkurrenterne binder kapital til produkter, som de ender med ikke at købe. Dette problem reduceres ved forudbetaling for en kortere periode."

Det fremgår imidlertid af standardaftalerne, jf. foran under punkterne 1 og 9.2, at forudbetalingerne angår selve netadgangen i perioden – en netadgang, som ifølge aftalen om samtrafikydelser netop stilles til medkontrahentens rådighed i den pågældende periode.

9.9 Efter de mangler, som IT- og Telestyrelsens afgørelse og Konkurrencestyrelsens udtalelse er behæftet med, jf. foran under punkterne 9.4, 9.5, 9.6, 9.7 og 9.8, herunder navnlig uklarheden i det udtalte i forhold til det tilsigtede jf. foran under punkterne 9.4 og 9.6, Konkurrencestyrelsens misforståelser af standardaftalerne, jf. foran under punkterne 9.5 og 9.8, og manglen på fornøden faktuel substantiering af Konkurrencestyrelsens standpunkter, jf. foran under punkt 9.7, må Konkurrenceankenævnet ophæve IT- og Telestyrelsens afgørelse og den underliggende – for IT- og Telestyrelsen bindende – udtalelse fra Konkurrencestyrelsen.

Herefter bestemmes

IT- og Telestyrelsens afgørelse af 28. oktober 2005 og Konkurrencestyrelsens udtalelse af 28. september 2005 ophæves.

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Suzanne Helsteen

Christian Hjorth-
Andersen

Jens Fejøl

Ole Jess Olsen

Børge Dahl