

2004-03-02: Tiscali A/S og Cybercity A/S mod Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 2. marts 2004 i sagerne 03-89.375 og 03-89.382

Tiscali A/S
og
Cybercity A/S
(advokat Katja Høegh for begge)

mod

Konkurrencerådet
(specialkonsulent Niels Kjærsgaard)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:

TDC A/S
(advokat Jens Munk Plum)

1. Den påklagede afgørelse

Ved klageskrifter af 25. februar og 13. marts 2003 har Tiscali A/S og Cybercity A/S påklaget en afgørelse truffet af Konkurrencerådet den 29. januar 2003. Ved denne afgørelse fandt rådet, at TDC ikke har misbrugt sin dominerende position på slutbrugermarkedet for ADSL- forbindelser ved predatory pricing i strid med konkurrencelovens § 11.

Ved afgørelsen blev det konkluderet, at:

"104. ADSL-forbindelser er højhastigheds internetforbindelser og er et marked i eksplosiv vækst. TDC har en dominerende stilling på markedet for højhastigheds internetforbindelser.

105. En analyse af TDC's priser og omkostninger ved udbud af ADSL ved bit stream access indikerer, at TDC har forfulgt en aggressiv prisstrategi, der dog ikke har haft karakter af predatory pricing."

1.2 Sagen angår spørgsmålene om, dels hvorvidt Konkurrencerådet var berettiget til at undlade at behandle den del af markedet, der vedrører TDC's vilkår for andre internetudbyderes transmissionsadgang til ADSL-forbindelse, dels hvorvidt TDC har misbrugt sin dominerende

stilling på markedet for "højhastigheds internetadgang" ved at sælge internetproduktet ADSL til underbudspriser, og med henblik på at drive TDC's konkurrenter ud af markedet.

1.3 Om baggrunden for sagen er der i Konkurrencerådets afgørelse af 29. januar 2003 bl.a. anført følgende:

"Sagsfremstilling

Indledning

17. Med henvisning til drøftelser med en række teleudbydere af ADSL (CyberCity, Orange, Telia, Tiscali og TDC), rettede IT- og Telestyrelsen ved brev af 14. december 2001 henvendelse til Konkurrencestyrelsen. IT- og Telestyrelsen udtrykte i henvendelsen til Konkurrencestyrelsen bekymring over TDC's hastigt stigende markedsandel, selskabets lave slutbrugerpriser og selskabets formodede underskud på salg af ADSL. Telestyrelsen konstaterede, at der kunne være tale om en overtrædelse af konkurrenceloven i form af krydssubsidiering/predatory pricing fra TDC's side ved, at TDC gennem urimeligt lave slutbrugerpriser forsøger at presse konkurrenterne ud af markedet.

18. TDC's konkurrenter har over for Konkurrencestyrelsen anført, at TDC sælger dets produkter til slutbrugerne til så lave slutbrugerpriser, at konkurrenterne ikke kan opnå omkostningsdækning, når konkurrenterne skal betale TDC's engrospriser for de enkelte ADSL-komponenter. Herved sætter TDC sig på en stor markedsandel, mens markedet er i vækst, og kunderne skal vælge operatør for første gang, hvilket er fordelagtigt, fordi kundernes mobilitet reduceres i et stabilt marked som følge af skifteomkostninger. Det bemærkes i den forbindelse, at den del af slutbrugerpriserne, der vedrører prisen for kobberanvendelse eller prisen for engrosproduktet bit stream access, er reguleret af telelovgivningen, hvilket lægges til grund i styrelsens afgørelse.

19. TDC's konkurrenter har desuden anført, at TDC har misbrugt sin dominans ved i lang tid at have nægtet konkurrenterne adgang til kun at benytte den højfrekvente del af det rå kobber (delt anvendelse af rå kobber). TDC har selv benyttet delt anvendelse af det rå kobber, men kunne understøttet af telelovgivningen kræve, at konkurrenterne overtog hele kobberforbindelsen og dermed også telefonidelen, uagtet at selskaberne kun markedsførte sig som internetudbydere. IT- og Telestyrelsen har oplyst, at konkurrenterne har haft adgang til at anmode om adgang til delt anvendelse af det rå kobber og bit stream access siden medio 2000 uden at dette skete. Der er i dag indgået aftaler om adgang til delt rå kobber, og om adgang til engrosproduktet bit stream access.

20. Konkurrenterne har også anført over for Konkurrencestyrelsen, at de ikke kan opnå ligeså fordelagtige adgangs- og tilslutningsvilkår hos TDC, som TDC kan tilbyde sig selv. TDC skulle således have behandlet ordrer for konkurrenternes ADSL-kunder langsommere end ordrer fra TDC's egne ADSL-kunder. Dette forhold henhører under telelovgivningen, og IT- og Telestyrelsen har derfor i forsommeren 2002 fået KPMG til at undersøge dette forhold nærmere i medfør af § 52 i lov 418 af 31. maj 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet. Konklusionen var, at KPMG ikke kunne give konkurrenterne medhold i deres klager. På denne baggrund har Konkurrencestyrelsen ikke taget stilling til dette spørgsmål eller KPMG's rapport.

21. Konkurrencestyrelsen har i anledning af IT- og Telestyrelsens henvendelse og med udgangspunkt i de forhold, der er omfattet af konkurrenceloven foretaget en vurdering af, om TDC

misbruger sin dominerende stilling på markedet for højhastigheds internetforbindelser ved at sælge ADSL-produkter til priser, der ikke giver dækning for TDC's omkostninger ved salg af ADSL til slutbrugere, eller ved at sælge med tab med henblik på at fjerne konkurrenter fra markedet. Priserne på engrosmarkedet og priserne for hel og delt anvendelse af kobber er som nævnt omfattet af telereguleringen og derfor ikke underlagt konkurrencelovens regler.

Høring

22. Konkurrencestyrelsen sendte den 27. november 2002 udkast til afgørelse i høring til Telia, TDC, Tele2, Orange, Tiscali, CyberCity og Sonofon.

23. Tiscali og Orange er ikke fremkommet med høringssvar. TDC's høringssvar indeholdt kun mindre præciseringer. De øvrige teleselskabers høringssvar indeholder de samme to hovedpunkter, som er opsummeret i det følgende.

24. Der er utilfredshed med, at undersøgelsen er indsnævret til udelukkende at omhandle marginen mellem engrospriser og detailpriser og ikke også omfatter en vurdering af priserne på engrosprodukterne. Hermed findes der en risiko for, at gebyrer, som betales ved køb af engrosydelsener men som ikke er regulerede af IT- og Telestyrelsen, også kan udgøre et misbrug men ikke analyseres. I forlængelse heraf har CyberCity påpeget, at risikoen for margin squeeze ikke er tilstrækkeligt belyst i sagsfremstillingen. Der efterlyses således en samlet vurdering, som både inkluderer regulerede som ikke regulerede områder.

25. Konkurrenterne finder, at en tidshorisont på 5 år ikke er realistisk for kundeforhold. Alle foreslår en treårig tidshorisont i stedet.

26. Med hensyn til spørgsmålet om afgrænsningen af undersøgelsen er Konkurrencestyrelsen enig i, at undersøgelsen er koncentreret om spørgsmålet om predatory pricing og ikke forholder sig til spørgsmålet om, hvorvidt TDC og konkurrenterne opererer under lige vilkår. Dette spørgsmål vil med fordel kunne undersøges selvstændigt. Konkurrencestyrelsen vil derfor tage kontakt til de konkurrerende teleselskaber med henblik på at opnå større indsigt i de fremførte problemstillinger om mulig konkurrenceforvridning.

27. Kritikken af at TDC lægger et 5-årigt kundeforhold til grund i sine kalkuler giver ikke anledning til revision af styrelsens vurdering jf. afsnit 86.

Markedsbeskrivelse

28. Henvendelsen vedrører markedet for udbud af højhastigheds internetforbindelser (ADSL og kabelmodem) til slutbrugere (slutbrugermarkedet) og markedet for adgang til infrastruktur til højhastigheds internetforbindelser (engrosmarkedet).

29. Det geografiske marked er som udgangspunkt i begge tilfælde Danmark, da der er tale om salg til og betjening af kunder i Danmark. Der kan i konkrete sager afgrænses lokale markeder, når der lokalt ikke er efterspørgsels- og udbudssubstitution i forhold til konkurrerende teknologier.

Engrosmarkedet

30. Engrosmarkedet vedrører adgang til transmission af data fra slutbrugere til centraler, hvorfra videre transmission kan foretages, hvilket påvirker hvilke produkter, der kan udbydes til slutbrugerne. Mulighederne for entry er begrænsede på grund af store omkostninger ved opbygning af infrastruktur helt ud til slutbrugerne. Adgang til slutbrugerne vil på kort og mellemlang sigt skulle foregå via eksisterende infrastruktur.

31. Den eksisterende infrastruktur består af TDC's kobbernet (telefonnettet), Sonofons FWA net og kabeltv-nettet, hvor Telias StofaNet er den største konkurrent til TDC's kabelnet.

32. TDC's kobbernet udmærker sig ved at være landsdækkende. Ca. 95% af alle danske husstande kan således få leveret ADSL via TDC's kobbernet.

33. Sonofons FWA net er også landsdækkende, men prisen på hardware er ikke kommet ned i et leje, der gør det interessant at udbyde til private, hvilket understreges af, at kun knap 800 bruger FWA på landsplan til ADSL. FWA kræver, at der er fri sigt mellem punkterne, hvorfra signalet sendes og modtages. Benyttelse af FWA kræver derfor opstilling af tilstrækkeligt høje master ved slutbrugeren, hvilket begrænser den praktiske anvendelighed. Selv om et landsdækkende net således eksisterer, er det ikke på nuværende tidspunkt et reelt alternativ til fastnettet og til kabelnetterne for privatbrugere.

34. TDC's kabeltv-net benyttes i dag til at levere højhastigheds Internet (kaldet WebSpeed) til ca. 42.000 brugere. TDC Kabel TV regner med at have x brugere af kabelmodem ved udgangen af 2002. TDC Kabel TV har ca. 800.000 tv-kunder, hvilket kan ses som en indikator for potentialet for udbredelse.

35. Næst efter TDC har Telias StofaNet de mest udbredte kabelnet ud til slutbrugerne. StofaNet er i stand til at levere højhastigheds internetforbindelser til 350.000 (ca. 15% af Danmarks ca. 2,4 mio. husstande). Heraf er ca. 75.000 husstande i dag tilsluttet højhastighedsinternetforbindelse. StofaNets begrænsede udbredelse betyder dog, at StofaNet kun er konkurrent til TDC på markedet for fastnetadgang til slutbrugere i begrænsede geografiske områder.

36. IT- og Telestyrelsen opgjorde ved udgangen af juni 2002, at ca. 30% af Danmarks husstande kan benytte kabelmodem til ADSL svarende til ca. 60% af husstandene med kabeltv. OECD har i en rapport om udviklingen i adgangen til bredbånd i OECD-landene forudset, at der pr. medio 2002 ville være adgang til Internettet via kabelmodem for ca. 70% af den danske befolkning. Selv om udrulningen ikke i praksis har foregået så hurtigt, giver dette dog en kvalificeret indikation af det umiddelbare potentiale for adgang via kabelnettet. StofaNet og TDC Kabel TV når sjældent ud til de samme kunder og er derfor ikke i konkurrence med hinanden. De er til gengæld begge i konkurrence med ADSL-løsninger via TDC's fastnet og FWA-løsninger.

37. Engrosmarkedet er reguleret via telelovgivningen, som bl.a. regulerer priserne for adgang til brug af TDC's kobbernet. Engrosmarkedet er reguleret for så vidt angår lejeafgifter ved benyttelse af TDC's infrastruktur og samhusning. På kabel tv-nettet er der også adgang til samtrafik. IT- og Telestyrelsen kontrollerer og godkender priserne på engrosmarkedet på basis af omkostningsdokumentation.

38. TDC's opgørelser viser, at engrosomkostningerne andrager ca. x% af de samlede omkostninger ved levering af ADSL ved bit stream access og ca. x% ved rå kobber og delt anvendelse, som ikke inkluderer samme mængde udstyr.

39. Engrosprisen på bit stream access er ca. 10% lavere end prisen for rå kobber, når der korrigeres for udgifterne til tekniske installationer. Hermed opnår TDC to fordele.

40. Den første er, at TDC selv benytter bit stream access og dermed opnår konkurrencestyrke over for de konkurrenter, der benytter rå kobber eller delt rå kobber. Denne fordel var især markant i perioden, hvor konkurrenterne ikke havde adgang til anvendelse af delt rå kobber løsningen. Konkurrenterne opbyggede på daværende tidspunkt egen infrastruktur, og det kan nu ikke betale sig at skifte til bit stream access. Overfor disse konkurrenter har TDC opnået en varig konkurrencefordel.

41. Den anden fordel består i, at TDC overfor andre brugere af bit stream access opnår at have first mover advantage ved introduktion af nye tekniske løsninger i kraft af selskabets kontrol med udstyret på centralerne, som afgør, hvad der er teknisk muligt at udbyde.

42. Da priserne på engrosmarkedet fastlægges via telelovgivningen er disse priser ikke gjort til genstand for yderligere bedømmelse.

Slutbrugermarkedet

43. ADSL-produkter markedsført på slutbrugermarkedet er som udgangspunkt identiske uanset om produkterne markedsføres overfor virksomheder eller private. Virksomheder køber dog i større omfang end private tillægsydelser (sikkerhedspakker etc.), hvilket bevirker, at der er bedre indtjeningsmuligheder i dette segment.

44. Det er således ikke muligt at opdele markedet i et forbruger- og et erhvervssegment. Konkurrencestyrelsen har derfor udelukkende fokuseret på, om de til enhver tid gældende priser for de forskellige ADSL-forbindelser har kunnet dække omkostningerne.

45. Slutbrugermarkedet for salg af ADSL via kobbernettet eller højhastigheds Internet via kabelnettet er ikke reguleret.

46. En typisk telefonforbindelse til slutbrugere består af en kobberledning, hvorigennem signaler kan sendes ved forskellige frekvenser. Ved almindelig samtaletelefoni benyttes lave frekvenser. Ved fremkomsten af de første internetforbindelser var det ikke muligt at differentiere anvendelsen af kobberforbindelsen, således at brugeren både kunne benytte telefonforbindelsen til almindelig telefoni og samtidig være tilkoblet Internettet. Det blev muliggjort ved de senere ISDN forbindelser. Hastigheden for en ISDN-forbindelse er maksimalt 128 kbit/s.

47. En teknisk opgradering af kobberledningen har medført muligheden for yderligere transmissionshastighed ved at transmittere data ved høje frekvenser, hvilket benævnes DSL. Samtidig har udviklingen medført så lave omkostninger ved datatransmission, at der nu almindeligvis ikke betales efter faktisk forbrug, men at kunden er opkoblet døgnet rundt og betaler et såkaldt flatrate-abonnement. Det månedlige abonnement er betinget af, hvor stor kapacitet (hastighed) forbindelsen besidder. Den typiske ADSL-forbindelse, som rigeligt modsvarer en

normal forbrugers behov, har en hastighed på 256/128 kbit/s. Der kan abonneres på varierende hastigheder på op til typisk 2048/512 kbit/s.

48. ADSL sælges som udgangspunkt i konkurrence med andre teknologier til opkobling til Internettet (PSTN, ISDN, kabelmodem eller evt. GPRS over mobiltelefon).

49. Der er store ligheder mellem ADSL og kabelmodem hvad angår ydeevne. Kabelmodemer er jævnfør ovenfor dog kun tilgængelige for en begrænset andel (30%) af husstandene, hvilket begrænser konkurrencepresset fra denne løsning. I hvor stort et omfang dette gør sig gældende afhænger af omfanget af overlappet mellem den befolkningsgruppe, der både kan efterspørge højhastighedsinternet via fastnettet og via kabeltv-nettet. Størrelsen på dette overlap er bestemt af kabelnettenes geografiske udbredelse, som er koncentreret omkring de større byområder. I disse områder forekommer der således konkurrence mellem de to løsninger. Den største udbyder af kabelnet er dog TDC, der således er i konkurrence med sig selv.

50. ADSL og kabelmodem (højhastigheds internetforbindelser) adskiller sig betydeligt fra et konventionelt internetabonnement (PSTN) og GPRS i kraft af overlegen kapacitet for datatransmission og henvender sig derfor til kundegrupper med andre behov.

51. Højhastigheds internetforbindelser og ISDN er i højere grad substituerbare, idet begge typer er internetforbindelser, der tilbyder relativt høje transmissionshastigheder. Der er dog forskel på produkternes ydeevne samt spektret af anvendelsesmuligheder. Hvor højhastigheds internetforbindelser er ISDN overlegen, hvad angår transmissionshastighed, udmærker ISDN sig ved at tilbyde kunden to telefonlinier og dermed mulighed for at føre to uafhængige telefonsamtaler.

52. Efter Konkurrencestyrelsens vurdering er der tre afgørende forskelle på de to produkter. Først og fremmest medfører højhastigheds internetforbindelser, at kunden altid er på nettet.

53. Takststrukturen ved højhastigheds internetforbindelser er en anden afgørende faktor. Ved højhastigheds internetforbindelser betales der typisk ikke efter forbrug, som ved ISDN, men efter kapacitet, hvorved brugeren opnår en større fleksibilitet i anvendelsen.

54. Hastigheden for datatransmission er den tredje afgørende forskel. De mindste ADSL-forbindelser medfører mellem dobbelt og fire gange så stor hastighed som ISDN, afhængig af om telefonen samtidig benyttes.

55. ISDN og højhastigheds internetforbindelser har hver deres styrker og retter sig dermed imod imødekommelse af forskellige behov os brugeren, hvilket understreges af, at efterspørgslen efter ISDN kun er faldet marginalt efter introduktionen af ADSL. Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at højhastigheds internetforbindelser og ISDN er forskellige produkter, som snarere komplementerer end substituerer hinanden. ISDN vurderes derfor ikke at være på samme marked som ADSL og kabelmodem.

56. Markedet for højhastighedsforbindelser til internettet omfatter således de på markedet udbudte ADSL-produkter til slutbrugere, hvad enten de foregår via fastnettet eller via kabelmodem.

...

Potentiel konkurrence

61. Markedet er generelt i voldsom vækst båret frem af lave priser og fortjenester på de mindste forbindelser. Denne kombination giver tvetydige indikationer, hvad angår incitamenter til entry.

...

62. Lav margin udgør i sig selv en barriere for entry, idet nye operatører påføres en betydelig risiko. Selv små udsving i omkostninger eller gennemsnitlig længde af kundeforhold vil kunne medføre, at forretningen bliver tabsgivende. Den lave profitabilitet sammenholdt med en vis koncentration af omkostninger ved indledningen af kundeforholdet medfører ydermere store krav til likviditet, hvilket kan virke som en barriere.

63. På trods af meget lave profitmarginer for de mindste (men vigtige) forbindelser, kan entry på nuværende tidspunkt være attraktivt under forventning om, at profitraterne vil stige, når væksten i markedet flader ud, og det til gengæld bliver dyrere at tiltrække kunder. Dette sænker entrybarrieren, idet det er lettere at tiltrække kunder i et voksende marked.

64. Som udgangspunkt er de produkter, der sælges til privat- og erhvervskunder identiske. Erhvervskunder efterspørger dog generelt forbindelser med større kapacitet samt yderligere ydelser i form af fx produkter til fremme af datasikkerhed. Hermed er indtægtsgrundlaget for erhvervssegmentet bedre end for privatsegmentet, hvilket giver bedre muligheder for entry og konkurrence på dette område. Der findes udbydere, der primært udbyder til erhvervskunder.

65. Landsdækkende entry på markedet via kobbernettet vil med de eksisterende teknologier kunne foregå ved delt rå kobber eller bit stream access. En rå kobber løsning er relativt dyrere at etablere end en bit stream løsning. Rå kobber løsningen udgør derfor ikke et reelt konkurrencedygtigt alternativ for TDC's konkurrenter, idet prisen herfor ikke levner mulighed for en business case ved de gældende slutbrugerpriser for de mindste ADSL-forbindelser.

66. Bit stream access er den mindst kapitalkrævende af de to løsninger, idet delt rå kobber kræver selvstændig tilstedeværelse på slutbrugernes lokale telefoncentraler, hvilket er relativt omkostningstungt i særdeleshed indledningsvis, hvor volumen må forventes at være lille.

67. I den daglige brug af produkterne mærker slutbrugerne ikke forskel på hvilken bagvedliggende teknologi, der benyttes af udbyderen. Udbydere har derfor på kort sigt et stærkt incitament til at benytte den billigste teknologi, hvilket for indeværende er bit stream access.

68. Adgang til distribution kan ligeledes være en adgangsbarriere. TDC besidder et landsdækkende net af butikker, hvilket konkurrenterne kun i begrænset omfang kan konkurrere med. Konkurrenternes betjening af kunder vil derfor i højere grad skulle foregå via Internettet eller call-centre. Denne mere indirekte adgang til kunderne stiller større krav til markedsføringsindsats og øger værdien af at have et kendt varemærke, hvilket bidrager til at hæve adgangsbarriererne.

69. Barriererne for entry vurderes som værende høje hvis operatøren ikke allerede er et etableret navn i industrien. For etablerede navne er adgangsbarriererne ved bit stream access overkommelige. Ved udbud via delt rå kobber er entrybarriererne betydelige også for kendte virksomheder.

Dominerende stilling

70. På markedet for højhastigheds Internet til slutbrugere via fastnettet og via kabelnettet har TDC i dag en markedsandel på 64%. Markedsandelen fordeles på 79% på ADSL-kunderne og 34% af kunderne med kabelmodem. Med en samlet markedsandel på 64% vurderes TDC at have en dominerende stilling på markedet for højhastighedsinternet til slutbrugere.

71. Markedsandelen har siden starten af ADSL i 2000 været for opadgående. Ultimo 2000 og ultimo 2001 var markedsandelene på det samlede marked på henholdsvis 28% og 59%. Det er således pr. medio 2001, at TDC kan siges at have opnået en tilstrækkelig markedsandel til at indtage en dominerende stilling på markedet for højhastigheds internetforbindelser til slutbrugere.

Misbrug

72. Konkurrencestyrelsens har gennemført en analyse af TDC's pris- og omkostningskalkulationer på ADSL-området med henblik på at vurdere, om TDC misbruger sin dominerende stilling på markedet for ADSL ved i strid med konkurrencelovens § 11 at sælge ADSL-produkter til slutbrugerpriser, der ikke giver dækning for TDC's omkostninger, og ved at sælge med tab med henblik på at fjerne konkurrenter fra markedet med konkurrenceforvridende krydssubsidiering til følge. Priserne på engrosmarkedet og priserne for hel og delt anvendelse af kobber er som nævnt omfattet af telereguleringen. Undersøgelsen koncentrerer sig derfor om forskellen mellem slutbrugerpriserne og de regulerede indkøbspriser. Styrelsen har endvidere foretaget en analyse af de tilsvarende pris- og omkostningskalkulationer hos to af TDC's konkurrenter for at teste årsagerne til eventuelle forskelle.

73. Predatory pricing defineres jævnfør EU-retten som urimeligt lave priser, som benyttes med henblik på at eliminere en konkurrent. Såfremt prisen er under de gennemsnitlige variable omkostninger er der altid tale om predatory pricing, da det bedre ville kunne betale sig for virksomheden at undlade at producere. Predatory pricing er forbudt, jf. forbudet mod misbrug af dominerende stilling i konkurrencelovens § 11, stk. 1.

74. Om prisfastsættelse over de gennemsnitlige variable omkostninger, men under de gennemsnitlige totale omkostninger udtaler EF-Domstolen i sagen AKZO mod Kommissionen (SAG C-62/86):

"Priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, dvs. de faste plus de variable omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent. Sådanne priser kan nemlig udelukke virksomheder fra markedet, der måske er lige så effektive som den dominerende virksomhed, men som ikke er i stand til at modstå den konkurrence, de udsættes for, som følge af deres mindre økonomiske styrke."

75. I nærværende sag vil TDC således have benyttet predatory pricing, såfremt priserne ikke i gennemsnit dækkede de gennemsnitlige variable omkostninger eller såfremt de gennemsnitlige totale omkostninger ikke ville blive dækket og dette indgik i en strategi med henblik på at eliminere konkurrencen.

76. Kommissionen udtaler i sag COMP/35.141 - Deutsche Post AG følgende om, hvornår der foreligger krydssubsidiering:

"Ud fra et økonomisk synspunkt foreligger der krydssubsidiering, når på den ene side indtægterne fra en tjeneste ikke er tilstrækkelige til at dække de specifikke meromkostninger (incremental costs), der opstår i forbindelse med denne tjeneste..."

TDC's priser ved salg af ADSL-produkter skal således også kunne dække de omkostninger, der ville falde bort såfremt TDC ikke udbød ADSL.

77. For at belyse hvorvidt TDC misbruger sin dominerende stilling ved at tilbyde ADSL til slutbrugerne til kunstigt lave priser, har Konkurrencestyrelsen modtaget regnskab for salget af produktet NetExpress (kun ADSL) fra IT- og Telestyrelsen for år 2000 og 2001 samt regnskab for salget af produktet TDK Bredbånd (ADSL bundtet med telefoni) for 2001.

...

79. På 1½ års drift har TDC akkumuleret et underskud på x mio. kr. ved ca. 110.000 kunder. TDC har overfor Konkurrencestyrelsen redegjort for årsagen til underskuddene, og har i den forbindelse henvist til, at en stor del af de samlede omkostninger ligger i starten af kundeforholdet, samt ekstraordinære omkostninger ved at opstarten af et nyt forretningsområde.

80. Konkurrencestyrelsen har ydermere anmodet TDC om at indsende kalkuler for indtjening og omkostninger ved kundeforhold af henholdsvis 3 og 5 års varighed. Klagerne har ligeledes indsendt udregninger for deres indtjeningsmuligheder ved køb af ADSL fra TDC Branchesalg.

81. Der er store forskelle såvel relativt som absolut på TDC's henholdsvis konkurrenternes angivelser af omkostninger. En gennemgang af de bagvedliggende principper for kalkulerne kan forklare en del af forskellene, men ikke alle.

82. En afgørende forklaring på forskellene i omkostninger er efter styrelsens vurdering, at TDC's samtidige optræden på markedet for telefoni medfører en række fordele ved udbud af ADSL (economies of scope).

83. Efter indgående drøftelser med klagerne og ud fra de foretagne pris- og omkostningskalkulationer er det tydeligt, at forretningsmulighederne for TDC's konkurrenter klart er ringest ved salg af de mindste (og billigste) ADSL-forbindelser til private. Det er på de mindste forbindelser, at konkurrenternes største kalkulatoriske underskud forekommer. Dette peger i retning af, at TDC's priser for disse forbindelser måske ikke giver omkostningsdækning. I modsat fald vil det kunne konkluderes, at TDC nødvendigvis også opnår omkostningsdækning for sine øvrige produkter. Konkurrencestyrelsen har derfor anmodet TDC om at kalkulere priserne og udregne profitabiliteten for den mest almindelige forbindelse (256/128). ...

84. Der er nogen usikkerhed omkring den økonomiske levetid af udstyr benyttet ved udbud af ADSL. Amerikanske tal for såkaldt churn (dvs. andelen af kunder, der forlader en operatør) på DSL forbindelser indikerer en rate på 15% om året. Dette er relativt lavt i forhold til PSTN baserede internetforbindelser, der oplever churn på op imod 30%. Disse churantal indikerer afskrivningstider

på mellem 6 og 3 år. TDC's opgørelser for churn viser tal på x-x%, hvilket giver forventede kundeforhold på godt x år. Tal fra europæiske udbydere indikerer churn på under 12% om året.

85. Der er væsentlige forskelle på kundernes omkostning ved at skifte mellem PSTN baserede abonnementer eller ADSL abonnementer. Ved et PSTN abonnement besidder kunden selv modemmet og skiftet mellem udbydere vil uden nævneværdige omkostninger kunne foretages uden at kundens forbindelse afbrydes, mens skiftet foretages. Ved ADSL lejes modemmet typisk af udbyderen og vil derfor forventes at skulle leveres tilbage ved afslutningen af kundeforholdet, hvorefter et nyt modem vil skulle fremskaffes. Hermed vil kunderne kunne opleve større besvær ved at skifte udbyder, hvilket bør reducere churn.

86. Med churn på 15-30% vil det forventede kundeforhold være mellem 3 og 6 år. TDC regner med 5 år, hvilket således ligger inden for hvad der kan forsvares baseret på udenlandske erfaringer. TDC har ligeledes lagt en femårig tidshorisont til grund ved prisfastsættelsen af bit stream access. Kommissionens praksis på området ligger mellem 3 og 5 år. Konkurrencestyrelsen finder derfor ikke samlet belæg for at afvise TDC's antagelse om et femårigt business-case. Desuden har Konkurrencestyrelsen foretaget beregninger på grundlag af en treårig tidshorisont. Konkurrencestyrelsens vurdering og konklusioner er robuste overfor en sådan reduktion af den af TDC benyttede tidshorisont.

87. [Der] er ...kun en beskednen margin for prisreduktioner for ADSL udbudt ved bit stream access over en treårig tidshorisont. Ved delt rå kobber er der ingen margin, hvilket er endnu mere udtalt ved en rå kobber løsning. Ved et femårigt forløb er der overskud på samtlige opkoblingsmetoder.

88. Jo større ADSL-forbindelse, jo mindre relativ betydning får TDC's omkostningsfordele og jo bedre er forudsætningerne for bæredygtig konkurrence. En væsentlig årsag til konkurrenternes stærkt faldende markedsandel er således, at hovedparten af væksten i antallet af opkoblinger forekommer ved de små forbindelser.

89. TDC's relativt store tilgængelighed kan også være en tungtvejende årsag til TDC's store fremgang på markedet. TDC har et udbredt net af telebutikker hvorfra produktet TDK Bredbånd, men ikke NetExpress, forhandles.

90. Konkurrencestyrelsen har med henblik på belysning af årsagerne til den lave profitabilitet på de mindste forbindelser undersøgt prisudviklingen på 256/128 kbit/s forbindelserne for de forskellige konkurrerende selskaber.

91. TDC har i situationer med stigende markedsandel foretaget unilaterale prisreduktioner, mens konkurrenterne har hævet deres priser på sammenlignelige produkter på trods af faldende markedsandele. Der er således ikke tale om, at TDC er blevet konkurreret ned i pris, men at TDC selv har sænket prisen til et niveau, hvor omkostningerne kun akkurat dækkes.

92. TDC's incitament til at drive profitabiliteten for pågældende typer forbindelser i bund må være, at TDC hermed får en høj markedsandel, mens markedet er i vækst og samtidig reducerer konkurrenternes evne til at trænge ind på markedet, idet der ikke er margin til prisreduktioner i forhold til TDC's pris.

93. For at belyse hvorvidt der foregår eller har foregået predatory pricing og/eller krydssubsidiering, har Konkurrencestyrelsen indhentet data for TDC's prisudvikling og sammenholdt priserne med de gennemsnitlige omkostninger opgjort pr. 14. juni 2002.

...

95. ...NetExpress [er] konsekvent blevet solgt til omkostningsdækkende priser uanset om det gennemsnitlige kundeforhold varer 36 eller 60 måneder ved opkrævning af listepriiserne. Brugen af rabatter vil ikke medføre underdækning af de gennemsnitlige totale omkostninger ved kundeforhold på 5 år og kun i begrænset omfang, såfremt det gennemsnitlige kundeforhold kun løber i tre år. Dette rækker dog ikke til at konstatere predatory pricing, jf. diskussionen om forventningen til kundeforholdets varighed.

...

96. Frem til prisstigningen i januar 2001 er 256/128 TDK Bredbånd blevet solgt til priser, som gav et forventet tab ved kundeforhold på 3 år, mens kundeforhold på 5 år ville medføre et overskud. I en række tilfælde er der ydermere blevet givet rabatter eller specielle tilbud ved oprettelse, hvilket bidrager til usikkerheden omkring profitabiliteten og for en del af kunderne kan medføre, at de gennemsnitlige totale omkostninger ikke kan forventes dækket.

97. De relevante perioder er ugerne 21-31 (introduktionstilbud) og 45-52 (juletilbud) i 2001. Allerede pr. 30. november 2001 blev der dog annonceret prisstigninger hvorfor kunderne i ugerne 49-52 må forventes at have indgået kundeforholdet under forventning til et højere (og omkostningsdækkende) prisniveau end det gældende. Under forudsætning om fastholdelse af gældende priser og kundeforhold på 5 år ville TDC kunne forvente et tab på ca. x kr./måned ved kundeforhold indgået i ugerne 21-31 og ca. x kr./måned ved kundeforhold indgået i ugerne 45-48 i forhold til de gennemsnitlige totale omkostninger. I samlet set 15 uger har kunder således indgået kundeforhold, som, på basis af den for kunden til rådighed værende information, kunne forventes at give underdækning i forhold til de gennemsnitlige totale omkostninger. Ca. x kunder blev omfattet af pågældende vilkår.

98. I de tilfælde hvor de gennemsnitlige totale omkostninger ikke kunne forventes dækket er en nærmere analyse nødvendig for at fastslå, hvorvidt der har foregået predatory pricing.

99. En del af de gennemsnitlige totale omkostninger udgøres af faste omkostninger, som fordeles ligeligt på eksisterende kundeforhold. Dette er således omkostninger, der er nødvendige for at betjene alle kunderne men ikke kan relateres direkte til den enkelte kunde og dermed ikke (eller kun delvist) falder bort, såfremt kunden forlader udbyderen.

100. Dækning af de gennemsnitlige totale omkostninger er et langsigtet krav af hensyn til en virksomheds overlevelse. På kort sigt kan det dog være rationelt at prisfastsætte under de gennemsnitlige totale omkostninger med henblik på fx at opbygge kritisk volumen eller for at promovere et produkt/varemærke. For at det er rationelt for en virksomhed at indgå et kundeforhold skal indtægterne, som dette forventes at generere dække de udgifter, der direkte kan relateres til pågældende kundeforhold (de variable omkostninger). Inden for spektret mellem de gennemsnitlige totale og de gennemsnitlige variable omkostninger findes der således et råderum for

prisfastsættelse, som ikke vil kunne anses for predatory selv om de gennemsnitlige totale omkostninger ikke dækkes.

101. I nærværende tilfælde udgjorde underdækningen af de gennemsnitlige totale omkostninger x-x% og det er Konkurrencestyrelsens klare vurdering, at de gennemsnitlige variable omkostninger konsekvent er blevet dækket ved de benyttede priser og rabatter. Ethvert kundeforhold ville derfor ved de benyttede priser og rabatter forventes at dække omkostningerne direkte forbundet med at betjene pågældende kunde.

102. Det lave niveau for underdækning af de gennemsnitlige totale omkostninger, den konsekvente dækning af de gennemsnitlige variable omkostninger og den begrænsede periode hvori prispolitikken benyttedes taget i betragtning, finder Konkurrencestyrelsen ikke tilstrækkeligt belæg for at konkludere, at TDC har udført predatory pricing.

103. Konkurrencestyrelsen bemærker dog, at en kombination af en meget aggressiv prispolitik fra TDC's side og generelle strukturelle vilkår, som giver TDC fordele i forhold til konkurrenterne, i praksis kan medføre, at konkurrenterne ikke vil kunne opnå omkostningsdækning hvis TDC's priser skal mødes. Dette understreger, at absolut lige vilkår for TDC og konkurrenterne er strengt nødvendigt, såfremt markedet skal kunne forventes at fungere."

2. Parternes påstande

Tiscali A/S og Cybercity A/S har indbragt sagen for Konkurrenceankenævnet med påstand om:

Principalt: Konkurrencerådets afgørelse af 29. januar 2003 ophæves, idet der samtidig hermed fastslås, at TDC har misbrugt sin dominerende stilling ved at foretage såkaldt "margin squeezing", og idet afgørelsen i øvrigt hjemvises til Konkurrencerådet for en fornyet prøvelse af øvrige klagepunkter.

Subsidiært: Konkurrencerådets afgørelse af 29. januar 2003 hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

3. Klagernes argumentation

Klagerne, Tiscali A/S og Cybercity A/S, har indledningsvist gjort gældende, at Konkurrencerådets afgørelse af 29. januar 2003 – vedrørende TDC's udbud af ADSL – er behæftet med alvorlige sagsbehandlingsfejl i form af mangelfuld kontradiktion og mangelfuld begrundelse.

Der foreligger mangelfuld kontradiktion som følge af for vidtgående og ukritisk hemmeligholdelse af pris m.fl. oplysninger fra TDC, hvilket umuliggjorde en egentlig kontrol med og kommentering af de af TDC meddelte oplysninger, som ligger til grund for Konkurrencerådets afgørelse, fra klagernes side. Desuden blev den amerikanske undersøgelse – som er grundlaget for Konkurrencerådets fastlæggelse af en afskrivningsperiode på 5 år, jf. afgørelsens pkt. 84 og 85 – ikke forelagt for klagerne.

Begrundelsen er mangelfuld, idet afgørelsen ikke angiver det retlige grundlag for afvisningen af en lang række af klagerne klagepunkter. Således må den manglende begrundelse af afvisningen af en række klagepunkter under henvisning til, at disse punkter henhører under IT- og Telestyrelsen, anses for aldeles utilstrækkelig. Den manglende henvisning til den nærmere hjemmel for den påståede kompetencefordeling er i klar modstrid med begrundelseskravet i forvaltningslovens § 22, jf. § 24, jf. herved eksempelvis FOB 1983.192 og FOB 1990.171.

Klagerne har i øvrigt gjort gældende, at der foreligger en lang række materielle fejl som følge af rådets manglende undersøgelse af og stillingtagen til misbrug af dominerende stilling i form af ulovlig bundtning, tying, tilrettelæggelsen af TDC's forretningsgange, hvor TDC's bredbåndsprodukt favoriseredes på konkurrenternes bekostning, samt margin squeezing.

Konkurrencerådets afgørelse indeholder således ingen undersøgelse af eller stillingtagen til, om der forelå ulovlig bundtning, dels som et led i den foretagne predatory pricing, dels som et særskilt misbrug ved afskærmning af markedet for ADSL-forbindelser. Rådet har på samme måde ikke foretaget nogen undersøgelse af eller stillingtagen til, om TDC udøvede tying i relation til manglende adgang til delt rå kobber før 1. juli 2000 eller TDC's krav om anvendelse af TDC's ATM-netværk – som ikke er omfattet af telereguleringen – ved køb af TDC's bitstream access produkt. Tilrettelæggelsen af TDC's forretningsgange, således at TDC's bredbåndsprodukt favoriseres, indgår ligeledes ikke i rådets afgørelse. Rådet har således ikke undersøgt eller taget stilling til, om TDC's tilrettelæggelse af sine forretningsgange – og heraf følgende fastlæggelse af vilkår for prissætning af og adgang som sådan til forskellige en gros produkter – favoriserede TDC's bredbåndsprodukt og dermed i strid med konkurrencelovens § 11 diskriminerede alternative operatørs adgang til markedet for højhastighedsforbindelser i perioden, hvor alternative operatører ikke i medfør af den teleretlige regulering havde krav på at modtage bit stream access produktet eller delt rå kobber, d.v.s. som minimum frem til henholdsvis 6. oktober 2001 og 1. juli 2000.

Konkurrencerådet har desuden undladt at undersøge eller tage stilling til margin squeezing i form af fastlæggelse af så lave slutbrugerpriser for ADSL-forbindelser udbudt af TDC, at dette ikke – i sammenhæng med de af TDC anvendte pris- og øvrige vilkår for salg af nødvendige en gros produkter til alternative operatører – giver en anden rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked mulighed for at opnå en normal fortjeneste. Misbrug af dominerende stilling i form af margin squeezing kan foreligge selv om den dominerende virksomhed faktisk kan påvise selv at kunne få sin forretning – på det down-stream marked, hvor prisklemmen virker – til at give overskud, jf. forordning nr. 2887/2000 af 18. december 2000. Det er derfor i relation til margin squeezing uden betydning, om TDC kan dokumentere, at der for TDC selv er en fortjeneste i forbindelse med videresalg af ADSL-forbindelser fra en gros til slutbrugerkunderne. Hertil bemærkes, at klagerne – som må antages at være effektive operatører – ikke med de en gros priser TDC krævede i januar 2002, kunne opnå en rimelig fortjeneste på markedet for de mindre højhastighedsforbindelser. TDC's konkurrenter i branchen kan således ikke opnå et rimeligt dækningsbidrag på de billigere og mindre hurtige forbindelser 256/128 kbit/s, hvilket er anerkendt af Konkurrencerådet, jf. afgørelsens pkt. 83, jf. pkt. 90-92. Der er dermed faktisk ikke noget tvivlsspørgsmål i sagen, idet det ligger fast, at en effektiv konkurrent til TDC på markedet for de billigere højhastighedsforbindelser ikke med TDC's en gros priser kan opnå en rimelig fortjeneste, når henses til de slutbrugerpriser, som TDC selv opererer med. Det gøres i den forbindelse gældende, at der vedrørende margin squeezing foreligger tilstrækkeligt grundlag for Konkurrenceankenævnet til, at ankenævnet i overensstemmelse med den principale påstand – uden hjemvisning af dette spørgsmål – kan statuere, at der foreligger misbrug af dominerende stilling.

Klagerne har yderligere gjort gældende, at Konkurrencerådets afvisning af, at der foreligger predatory pricing, er fejlbehæftet. Rådet anvendte således en forkert test til at undersøge, om der forelå predatory pricing, idet der alene blev taget udgangspunkt i AKZO-dommen, og idet rådet ukritisk accepterede, at en bundtning af navnlig produkterne fastnettelefoni og ADSL-forbindelser og uigennemsigtig fordeling af fælles omkostninger ud fra ikke nærmere kvalificerede betragtninger om "economies of scope" og "economies of scale" indebar, at der ikke forelå predatory pricing. Rådet antog desuden ved anvendelsen af AKZO-testen fejlagtigt og uden nærmere undersøgelse, at der ikke hos TDC forelå en subjektiv hensigt om at eliminere konkurrenter fra markedet for højhastighedsforbindelser som baggrund for TDC's lave priser. Afgørelsen er endelig fejlbehæftet som følge af, at der blev foretaget en alt for overfladisk undersøgelse, som i øvrigt i relation til spørgsmålet om varighed af kundeforhold og afskrivningsperiode er baseret på direkte forkerte antagelser.

4. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådet har vedrørende kontradiktion bl.a. gjort gældende, at den af klager omtalte amerikanske undersøgelse ikke indeholdt faktiske oplysninger, der var af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Oplysningerne om amerikanske churn-tal har alene indgået som én blandt flere indikatorer i forbindelse med skønnet for den økonomiske levetid af udstyr benyttet ved udbud af ADSL. Oplysningerne har således ikke haft en selvstændig og afgørende betydning for fastsættelse af længden af beregningsmetoden for prisfastsættelsen på ADSL-adgang. Vedrørende klagerens manglende adgang til regnskabsoplysninger fra TDC i forbindelse med partshøringen bemærkes, at disse har været udeladt, idet der var tale om fortrolige oplysninger om TDC's forretningsforhold, som – hvis de blev offentliggjorte – ville kunne medføre væsentlige økonomiske skadevirkninger for TDC.

For så vidt angår begrundelse har Konkurrencerådet gjort gældende, at der i rådsafgørelsen er henvisning til både det relevante lovgrundlag og de specifikke bestemmelser i telelovgivningen.

Konkurrencerådet har om forholdene til telelovgivningen gjort gældende, at rådet med rette har fundet, at spørgsmålet om forskelsbehandling i relation til prisfastsættelse og adgangsvilkår for engrosprodukterne (samtrafikprodukterne) henhører under IT- og Telestyrelsens ressortområde og således ikke kan behandles af Konkurrencerådet.

Det er videre gjort gældende, at TDC's prisfastsættelse af ADSL-forbindelse til Internettet over for slutbrugerne i perioden fra medio 2001 til ultimo 2002 i relation til det separate produkt NetExpress skete til priser, der ikke lå under de gennemsnitlige samlede omkostninger fordelt over et kundeforhold med en varighed af henholdsvis 3 år og 5 år, og at der således ikke var tale om underbudspriser i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1. I forlængelse heraf har Rådet gjort gældende, at TDC's prisfastsættelse af ADSL-forbindelse til Internettet over for slutbrugerne i perioden fra medio 2001 til ultimo 2002 i relation til det bundlede produkt, TDK Bredbånd, i den overvejende del af perioden og i hele 2002 skete til priser, der ikke lå under de gennemsnitlige samlede omkostninger fordelt over et kundeforhold med en varighed af henholdsvis 3 år og 5 år, samt at der i perioden i 2001, hvor TDC fastsatte priser til under de gennemsnitlige samlede omkostninger, ikke forelå tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at denne prisfastsættelse, der lå over de gennemsnitlige variable omkostninger, var et led i en forretningsstrategi fra TDC's side om at eliminere en eller flere konkurrenter fra markedet, og der således ikke var tale om underbudspriser i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1. I forbindelse hermed har rådet gjort gældende, at

AKZO-testen kan bruges ved vurdering af predatory pricing inden for telesektoren, og at AKZO-dommen også inden for telesektoren udgør den ledende EF-domstolsafgørelse vedrørende vurdering af, om der foreligger predatory pricing.

Vedrørende margin squeezing har rådet navnlig gjort gældende, at det må lægges til grund, at TDC's priser på adgang til engrosprodukterne er rimelige, idet priserne for samtrafikydelserne er godkendt af IT- og Telestyrelsen i medfør af telelovgivningen. Hertil kommer, at der er fortjeneste for TDC i forbindelse med videresalg af produktet ADSL-forbindelse til Internettet fra engrosleddet til slutbrugerne.

Rådet har endelig gjort gældende, at rådet ikke har taget stilling til spørgsmålet om ulovlig bundling i strid med konkurrencelovens § 11 ved TDC's salg af internetproduktet TDK Bredbånd, og at der heller ikke forelå grundlag for en stillingtagen fra Konkurrencerådets side.

5. Biintervenientens argumentation

Biintervenienten, TDC A/S, har til støtte for Konkurrencerådet supplerende gjort gældende, at TDC under sagen har dokumenteret, at TDC's udbud af ADSL ikke sker til underbud, idet de gennemsnitlige totale omkostninger bliver dækket, og at det derfor er med rette, at Konkurrencerådet har meddelt, at TDC ikke har misbrugt sin dominerende stilling. I den forbindelse kan det afvises, at TDC har haft subjektiv elimineringshensigt i forbindelse med udbudet af ADSL. Vedrørende afskrivningsperioden bemærkes, at afskrivningsperioden på produkter, der anvendes til oprettelse af nye ADSL-abonnementer ikke pr. definition er lig med kundelevetiden, idet der vil være mulighed for at genanvende en række af produkterne fra afgangskunder ved oprettelse af nye kunder.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

6.1 Lovgrundlag og praksis vedrørende kompetencefordelingen mellem IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet:

Telekonkurrenceområdet er reguleret i lov nr. 418 af 31. maj 2000 med senere ændringer (telekonkurrenceloven). Denne regulering indbefatter bl.a. leje af infrastrukturkapacitet, jf. § 39, stk. 1, nr. 2, jf. § 40, stk. 2, samt af fælles udnyttelse af bygninger m.v. i forbindelse med aftaler om samtrafikprodukter, herunder leje af infrastruktur, jf. § 39, stk. 1, nr. 4, jf. § 40, stk. 4.

I forarbejderne til loven fremgår generelt om telekonkurrencelovens anvendelsesområde, jf. FT 1999-2000, Tillæg A, s. 6896 ff. i bemærkningerne til § 2 bl.a. følgende:

"§ 2 opregner lovens anvendelsesområde.

Kerneområdet er en samlet lovregulering af konkurrence- og forbrugerforhold rettet imod udbydere af telenet eller teletjenester.

...

De dele af reguleringen, der omhandler samtrafik og nummerforhold m.v., er karakteriseret ved at pålægge visse udbydere, herunder navnlig udbydere med en stærk markedsposition på et eller flere delmarkeder, en række forpligtelser, som modsat skaber rettigheder, navnlig for andre udbydere af telenet eller teletjenester. ..."

Hvilke produkter der anses for værende samtrafikprodukter omfattet af telekonkurrenceloven, er nærmere reguleret i bekendtgørelse nr. 852 af 28. september 2001 om bærertjenester m.v. Bekendtgørelsen trådte i kraft den 6. oktober 2001 og afløste derved den tidligere bærertjenestebekendtgørelse nr. 573 af 22. juni 2000, som indeholdt en tilsvarende regulering, dog således, at bit stream access ikke blev anset som et samtrafikprodukt. Det følger af den gældende bekendtgørelse bl.a., at leje af rå ubeskyttede infrastrukturstrækninger m.v., er omfattet af samtrafikreguleringen i telekonkurrenceloven, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1, nr. 1, jf. bilag 2, nr. 2, litra a og b. Det samme gælder transmissionsydelser – jf. § 1, stk. 1, nr. 1, jf. bilag 2, nr. 1, litra a-j – samt bit stream access, jf. § 1, stk. 1, nr. 1, jf. bilag 2, nr. 1, litra k. Også fælles udnyttelse af bygninger m.v. (samhusning) er omfattet af telekonkurrenceloven, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1, nr. 4, jf. bilag 4.

Nærmere regler om bl.a., hvem der har adgang til samtrafik, hvornår der foreligger en udbyder med stærk markedsposition, prisregulering af samtrafik m.v. er fastsat i bekendtgørelse nr. 930 af 19. november 2002, som trådte i kraft 1. december 2002. Bekendtgørelsen afløste den hidtil gældende bekendtgørelse nr. 570 af 22. juni 2000 om samtrafik m.v., der pr. 1. juli 2000 afløste bekendtgørelse nr. 861 af 4. december 1998.

Det følger af telekonkurrencelovens § 41, at der for alle udbydere af offentlige telenet eller teletjenester er ret og pligt til at forhandle aftaler om udveksling af trafik. Udbydere med en stærk markedsposition er efter § 42 særlig forpligtet til at imødekomme alle rimelige anmodninger om indgåelse eller ændring af aftaler af samtrafik. Samme udbydere er underkastet pris- og vilkårsregulering, jf. §§ 51a-g.

Den danske lovgivning bygger på rådsforordning nr. 2887/2000 af 18. december 2000, der er direkte anvendelig i Danmark. Forordningen forpligter siden 31. december 2000 operatører med en stærk markedsposition til at imødekomme rimelige anmodninger om adgang fra alternative operatører og til at give adgang på ikke-diskriminerende vilkår, jf. art. 3, stk. 2. Prissætningen skal ske på grundlag af omkostningsrelaterede priser, jf. art. 3, stk. 3. Forordningens art. 4 fastlægger nærmere de nationale tilsynsmyndigheders forpligtelser til at påse, at der ved den fastlagte ubundtede adgang skabes en fair og bæredygtig konkurrence. Forordningen indeholder imidlertid ikke specifikke krav om, hvilken myndighed medlemsstaterne skal overlade ansvaret for forordningens gennemførelse til.

Efter telekonkurrencelovens § 65 træffer IT- og Telestyrelsen bl.a. afgørelse om, hvorvidt anmodninger vedrørende adgang fra alternative operatører skal imødekommes eller berettiget kan afvises.

Om kompetencefordelingen mellem IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet fremgår af forslaget til den oprindelige lov på samtrafikområdet (lov nr. 467 af 12. juni 1996), jf. lovforslag nr. 242 fremsat den 16. april 1996, følgende:

"Denne bestemmelse fastlægger Telestyrelsens tilsynskompetence på området. Telestyrelsen vil i medfør heraf påse om de samtrafikaftaler, der indsendes til styrelsen, i fornødent omfang har taget hensyn til de forhold som skal være omfattet af aftaler om samtrafik. Når det angives, at Telestyrelsen skal påse, at en aftale fremmer reel konkurrence, menes der bl.a., at de samtrafikaftaler, der indgås, ikke må have en konkurrencebegrænsende effekt fx i form eksklusivaftaler, markedsopdeling eller andre uhensigtsmæssige indskrænkninger i muligheden for indgåelse af aftaler med andre parter.

I tilsynskompetencen ligger også en forpligtelse for Telestyrelsen til generelt at følge de af lovforslaget omfattede områder og herunder foranstalte undersøgelser m.v. på områder, hvor det formodes, at reglerne ikke anvendes eller ikke anvendes korrekt, samt at påtale eventuelle overtrædelser."

Ved den senere ændring af loven – ved lov nr. 391 af 10. juni 1997 – gennemførtes en sektorspecifik konkurrenceregulering. I forarbejderne til lovændringen (lovforslag nr. 260 fremsat 7. marts 1997) fremgår – under bemærkningerne til § 5 – om kompetencefordelingen mellem IT- og Telestyrelsen og Konkurrencerådet følgende:

"Med ændringerne præciseres det, at der i Telestyrelsens regi skal ske en one-stop-shopping behandling af sager vedr. samtrafikaftalers indhold, der også omfatter spørgsmålet om, hvorvidt samtrafikaftaler 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. Det indebærer, at kontakten med udbydere af telenet og teletjenester på samtrafikområdet går gennem Telestyrelsen. Det område, der herved fastsættes regler for, er vilkår i alle samtrafikaftaler - uanset om ingen af parterne i en samtrafikaftale har en stærk markedsposition.

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 Konkurrencesekretariatets generelle praksis og fortolkning af konkurrenceloven. Konkurrencerådets udtalelser kan ikke omfatte forhold, der er eksplicit reguleret i samtrafiklovgivningen og administrative forskrifter udstedt i medfør heraf.

Sigtet med de foreslåede bestemmelser er at sikre at der gribes ind overfor alle former for aftalevilkår i samtrafikaftaler, der skønnes at være konkurrencebegrænsende, herunder at der gribes ind overfor misbrug af dominerende stilling, der fx manifesterer sig i form af forsøg på at påtvinge modparten i en samtrafikaftale urimeligt ugunstige vilkår eller lign. Bestemmelserne omfatter også indgreb overfor manglende overholdelse af vilkår i en samtrafikaftale, der har til hensigt eller til følge at begrænse eller forvride konkurrencen på telemarkedet eller dele heraf."

Om IT- og Telestyrelsens kompetence er i forslag til lov om Telestyrelsen (lovforslag nr. 264 fremsat 7. maj 1997) under de almindelige bemærkninger om lovforslagets indhold, bl.a. anført:

"Det foreslås med lovforslaget præciseret, at Telestyrelsens hovedopgave er at varetage administrationen af telelovgivningen, og at denne administration skal ske med det formål aktivt af fremme konkurrence i telesektoren med sigte på at give private forbrugere, virksomheder m.v.

adgang til et bredt og varieret udbud af teleydelser til lave priser og af høj kvalitet. Samtidig skal Telestyrelsen medvirke til at sikre den fornødne forbrugerbeskyttelse i overensstemmelse med bestemmelserne herom i lov om forsyningspligt og visse forbrugerforhold. Den således foreslåede overordnede målsætning for Telestyrelsens tilsynsvirksomhed er parallel til og ligger i forlængelse af formålsbestemmelserne i de enkelte love på teleområdet, som i vidt omfang har et konkurrenceregulerende sigte.

...

Der er, ikke mindst for de involverede brancheaktører, en række fordele ved, at der sker en samlet og koordineret administration af lovgrundlaget for telesektoren, herunder dels de mere teknisk prægede, dels de mere konkurrenceretligt prægede dele af telelovgivningen, hos en enkelt instans med indgående kendskab til sektoren og med sine primære funktioner rettet imod denne, således som det er tilfældet med Telestyrelsen."

Endelig fremgår det af forarbejderne til konkurrenceloven fra 1998 (FT 1996-97, Tillæg A, s. 3654):

"En anden situation er den, at der i anden lovgivning er eller bliver fastsat bestemmelser med sigte på aktivt at fremme konkurrencen på et eller flere delmarkeder, som eksempelvis en række af bestemmelserne i telelovgivningen, der hjemler en direkte indgreb i samtrafikpriser og -vilkår. De indgrebsmuligheder, der følger af sådan sektorspecifik lovgivning, jf. *lex specialis* princippet, består fortsat og skal håndhæves af den pågældende ressortmyndighed.

Det må anses for hensigtsmæssigt, at Konkurrencerådet og de pågældende sektormyndigheder i forbindelse med eventuelle indgreb løbende koordinerer indsatsen med henblik på at undgå overlapning eller modstridende beslutninger.

Der kan således ikke opstå en retstilstand, hvor såvel Konkurrencerådet som en sektorspecifik myndighed har kompetence til at gribe ind over for det samme forhold.

Desuden bør den retstilstand, hvor hverken den sektorspecifikke myndighed eller Konkurrencerådet kan gribe ind, ikke kunne opstå."

I brev af 11. april 2003 fra IT- og Telestyrelsen til Konkurrencestyrelsen er det anført, at:

"Bundtning af slutprodukter er omfattet af reglerne i § 11, stk. 1, nr. 2, i bkg. nr. 786 af 19. september 2002 (udbudsbekendtgørelsen), hvori det hedder:

2) at priser og vilkår for adgang til og brug af udbydernes telenet eller teletjenester fastsættes på en sådan måde, at slutbrugeren ikke tvinges til at aftage eller betale for tjenester, faciliteter eller andre ydelser, som ikke er nødvendige for den tjeneste, der er anmodet om.

IT- og Telestyrelsen behandler løbende henvendelser og klager omkring TDC's eventuelle bundtning i forbindelse med selskabets udbud af ADSL-slutbrugerprodukter.

...

Spørgsmålet om TDC's udbud af samtrafikprodukter reguleres i telelovgivningen med udgangspunkt i telelovens §§ 39 og 40 samt EU-forordning nr. 2887/2000 om ubundet adgang til "det rå kobber" mv.

IT- og Telestyrelsen kontrollerer til stadighed om TDC's standardtilbud på området overholder gældende telespecifikke regler. Derudover indhentes udtalelse fra Konkurrencerådet om hvorvidt, et givet standardtilbud måtte udgøre en overtrædelse af konkurrencelovgivningen, jf. telelovens § 79.

Eventuelle klager over udformningen af et givet samtrafikprodukt, eksempelvis det af Cybercity nævnte om adgangen til forskellige dele (frekvensbånd) af en rå kobber forbindelse behandles i givet fald af IT- og Telestyrelsen.

...

Spørgsmål vedrørende evt. diskrimination af andre udbydere behandles af IT- og Telestyrelsen med udgangspunkt i telelovens § 52, der bl.a. fastsætter:

"...

Ovennævnte parter skal under tilsvarende forhold anvende samme betingelser overfor andre parter, der stiller samme tjenester til rådighed, samt stille samtrafikprodukter til rådighed for andre på samme vilkår og med samme kvalitet, som de stilles til rådighed for partens egne tjenester eller for partens datterselskaber eller partnere, når dette er relevant."

IT- og Telestyrelsen har allerede via en egen-drift undersøgelse i foråret 2002 vurderet, hvorvidt TDC's udbud af samtrafikprodukter på ADSL-området måtte være i modstrid med reglerne i § 52."

6.2 Den foreliggende sag:

Efter det, der er gengivet foran under 6.1, finder ankenævnet ikke grundlag for at kritisere, at Konkurrencerådet ikke har foretaget undersøgelse og truffet afgørelse vedrørende klagerne over bundtning, tying og diskrimination. Den udviklede myndighedspraksis, hvorefter disse spørgsmål henhører under IT- og Telestyrelsens kompetence, må anses for at være i overensstemmelse med den lovbestemte arbejdsdeling på området, således at Konkurrencerådet ikke skal behandle klager af denne art.

Hvad klagen over predatory pricing og margin squeezing angår, finder ankenævnet efter det, som Konkurrencerådet og TDC har anført, at der ikke – heller ikke under hensyn til det af klagerne anførte – er tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets afgørelse herom.

Med hensyn til de påberåbte forhold vedrørende kontradiktion og begrundelse finder ankenævnet, at der ikke foreligger nogen mangel af betydning for den påklagede afgørelses indhold, som kan begrunde afgørelsens ophævelse.

Ankenævnet stadfæster herefter Konkurrencerådets afgørelse.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 29. januar 2003 stadfæstes.

Jens Fejø Ole Jess Olsen
 Børge Dahl