

2003-08-18: Consorte Danmark A/S mod Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 18. august 2003 i sag j.nr. 02-193.762

Consorte Danmark A/S
(advokat Katja Høegh)

mod

Konkurrencerådet
(chefkonsulent Benedikte Havskov Hansen)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:
TDC Totalløsninger A/S
(advokat Jens Munk Plum)

1. Den påklagede afgørelse og sagens baggrund.

1.1. Den 17. januar klagede Consorte Danmark A/S til Konkurrencestyrelsen over TDC Tele Danmark A/S (nu TDC Totalløsninger A/S) for misbrug af dominerende stilling i forbindelse med selskabets afregning af termineringsafgift for udgående kald til 70-numre i andre operatørers net. En termineringsafgift er af sagens parter defineret som den del af den samlede betaling for et opkald, som opkaldets modtagers teleselskab modtager.

Den 29. maj 2002 traf Konkurrencerådet afgørelse i sagen. Ved afgørelsen meddeltes det TDC, at selskabet ved fastsættelsen af de omhandlede termineringsafgifter misbrugte sin dominerende stilling, og selskabet blev derfor pålagt inden 3 uger at fremlægge en løsningsmodel.

Den 12. juni 2002 fremlagde TDC et forslag til løsningsmodel, hvilket forslag Konkurrencerådet tiltrådte ved sin afgørelse af 28. august 2002.

Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002 er indbragt for Konkurrenceankenævnet af Consorte Danmark A/S.

1.2. Afgørelsen af 28. august 2002 er sålydende:

"Afgørelse

7. Det meddeles TDC, at TDC's løsningsmodel, som medfører, at TDC på linie med sine konkurrenter altid modtager lokal termineringsafgift ved terminering af kald til 70-numre, er i overensstemmelse med rådets afgørelse af 29. maj 2002.

Vurdering

8. I det følgende gennemgås løsningsmodellerne, som henholdsvis TDC og Konkurrencestyrelsen har fremlagt.

1. TDC's forslag (altid lokal terminering)

9. TDC foreslog i brev af 12. juni 2002 samt ved møde i Konkurrencestyrelsen, at der ved alle kald til 70-numre i TDC's net kun skal betales for lokal samtrafik.

10. TDC's forslag er opsummeret i følgende tabel, som fokuserer på termineringsafgifterne under forudsætning af samtaksring. Tabellen viser beløbet modtaget i terminering af henholdsvis TDC og Telia ved kald fra den anden parts net, når der skal termineres henholdsvis lokalt, inden for samtrafikområde og mellem samtrafikområder. Telia er valgt som eksempel på en konkurrent, da de i modsætning til Consorte har både ud- og indgående telefoni.

Figur 1 ...

<i>DC's forslag</i>						
<i>Terminering:</i>	<i>Lokal</i>		<i>Inden for område</i>		<i>Mellem områder</i>	
<i>Virksomhed</i>	<i>TDC</i>	<i>Telia</i>	<i>TDC</i>	<i>Telia</i>	<i>TDC</i>	<i>Telia</i>
<i>Nuværende takster</i>	3,67	3,67	6,55	3,67	9,29	3,67
<i>Foreslåede takster</i>	3,67	3,67	3,67	3,67	3,67	3,67

11. Denne løsning bringer lighed i termineringsafgifterne teleselskaberne imellem forstået derved, at TDC selv modtager samme termineringsafgift ved terminering af kald fra andres net som TDC betaler sine konkurrenter for at terminere kald fra TDC's net ved samtaksring. I stedet for at sænke sin egen retention således at konkurrenterne kan opkræve samme termineringsafgifter som TDC, vælger TDC at sænke sine termineringsafgifter, således at konkurrenterne kan hæve deres retention.

12. Et problem ved denne løsning er, at prisen for termineringsydelsen løsrives fra produktet, der leveres. Termineringsafgiften vil i gennemsnit ikke dække netomkostningerne, som derfor vil skulle dækkes af anden vej, evt. over abonnementet for IN-tjenesten.

13. For Consorte vil denne løsning medføre status quo på indtægtssiden. Eneste forskel vil således være, at TDC på lang sigt i teorien vil stå lige så ringe som Consorte hvad angår terminering. Fuldkommen lighed kan kun opnås ved selskabsmæssig separation af TDC's division for udvikling og salg af IN-tjenester, hvorved også denne vil skulle betale for terminering på lige vilkår med Consorte.

14. Uanset om en sådan lighed kan opnås, vil det være et minus ved denne model, at vilkårene for at udbyde IN-tjenester på det danske telemarked er dårlige, idet IN-udbydere som udgangspunkt må påregne et tab pr. kald, der skal dækkes på andre måder.

...

2. Konkurrencestyrelsens forslag (termineringsafgift efter distance)

17. I dette tilfælde udbredes princippet, som TDC hidtil har lagt til grund for prissætningen af terminering i TDC's net, til også at gælde for konkurrerende udbydere. Taksten for terminering udregnes efter principperne, som benyttes af IT- og Telestyrelsen til på omkostningsgrundlag at fastlægge TDC's termineringsafgifter.

18. Konkurrencestyrelsens forslag er opsummeret i følgende tabel igen under forudsætning af samtaksring:

Figur 2

Konkurrencestyrelsens forslag						
<i>Terminering:</i>	<i>Lokal</i>		<i>Inden for område</i>		<i>Mellem områder</i>	
<i>Virksomhed</i>	<i>TDC</i>	<i>Telia</i>	<i>TDC</i>	<i>Telia</i>	<i>TDC</i>	<i>Telia</i>
<i>Nuværende takster</i>	3,67	3,67	6,55	3,67	9,29	3,67
<i>Foreslåede takster</i>	3,67	3,67	6,55	6,55	9,29	9,29

19. TDC vil ved denne løsning skulle tilpasse sin retention, således at konkurrenterne kan opkræve termineringsafgifter på linie med TDC uden at slutbrugertaksten påvirkes. TDC's retention bliver således residualt af slutbrugertaksten minus termineringsafgiften.

20. TDC har overfor Konkurrencestyrelsen påpeget besværet ved en sådan opgørelsesmetode. Konkurrencestyrelsen bemærker dog, at TDC allerede nu administrerer ordningen over for sine konkurrenter, og at en sådan løsning derfor ikke kan påføre TDC yderligere besvær end den gældende ordning.

21. I forhold til TDC's forslag udmærker nærværende løsning sig ved, at termineringsafgiften dækker omkostningerne ved terminering, hvilket er udgangspunktet ved fastlæggelse af termineringsafgifter ved kald af alle andre nummerserier.

22. I modsætning til TDC's løsningsforslag vil denne løsning påvirke de konkurrerende teleselskabers incitament til at oprette 70-numre til sine kunder. For de konkurrerende teleselskaber vil det ved denne løsning være en fordel at have 70-numre frem for almindelige numre, idet 70-numrene vil udløse en større terminering end det for indeværende er tilfældet ved

kald til almindelige numre til de gældende takster. Dette vil dog ikke være et samfundsøkonomisk problem, da kaldene behandles ens i nettet.

Konklusion

23. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at TDC's løsningsforslag ligger inden for rammerne for løsninger, der sikrer lige konkurrencevilkår i overensstemmelse med rådets tidligere afgørelse. Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for at afvise TDC's løsningsforslag, hvorfor det indstilles, at løsningsforslaget godkendes som løsning på sagen."

1.3. I det til afgørelsen af 29. maj 2002 knyttede rådsnotat hedder det bl.a.:

"21. Ved skrivelse af 17. januar 2001 har Consorte Danmark A/S klaget til Konkurrencestyrelsen over TDC Tele Danmark A/S (tidligere Tele Danmark A/S) for misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

22. I forbindelse med forhandlingerne om indgåelse af en aftale om udveksling af trafik [notetekst: Ved udveksling af trafik mellem udbydere af telenet eller teletjenester (koblet samtrafik) forstås fysisk eller logisk sammenkobling af telenet med henblik på at give slutbrugere hos en udbyder mulighed for at kommunikere med andre slutbrugere hos den samme udbyder eller med slutbrugere hos en anden udbyder eller med henblik på at give slutbrugere adgang til teletjenester, der udbydes af en anden udbyder jf. § 4, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 570 af 22. juni 2000] har Consorte Danmark A/S (Consorte) forespurgt TDC Tele Danmark A/S (TDC) om mulighederne for, at TDC opkræver sine abonnenter samme slutbrugerpris for kald mod Consortes 70-numre som for kald mod TDC's 70-numre.

23. TDC har overfor Consorte anført, at såfremt slutbrugerprisen skal være den samme, er Consorte nødsaget til kun at opkræve en termineringsafgift for kald fra TDC kunder på ca. halvdelen af, hvad TDC selv opkræver i termineringsafgift, når der modsat er tale om, at andre teleoperatørers kunder ringer til TDC's 70-numre.

24. Det er Consortes opfattelse, at TDC ikke har omkostningsmæssig begrundelse for størrelsen af retentionen ved kald af et Consorte-nummer, hvorfor TDC's adfærd er udtryk for misbrug af dominerende stilling.

25. Indgåelse og ændring af aftaler om koblet samtrafik er i vid udstrækning reguleret i telelovgivningen, herunder særligt lov nr. 418 af 31. maj 2000 med tilhørende bekendtgørelser.

26. Consorte klagede derfor ved skrivelse af 28. september 2000 til Telestyrelsen, der ikke anså TDC's adfærd for at være en overtrædelse af telelovgivningens bestemmelser om samtrafik eller i øvrigt underlagt Telestyrelsens kompetence.

27. TDC har med virkning fra 1. juni 2001 nedsat sin slutbrugerpris for kald til egne 70-numre, og i den forbindelse meddelt Consorte, at såfremt slutbrugerprisen skal være den samme for kald til Consortes 70-numre, skal Consorte nedsætte sine termineringsafgifter yderligere.

28. Ved skrivelse af 8. juni 2001 til Konkurrencestyrelsen har Consorte udvidet sin klage til også at omfatte de nye prisforhold.

29. Slutbrugerprisen er yderligere reduceret pr. 1. januar 2002, hvilket Konkurrencestyrelsen tager udgangspunkt i ved sine udregninger.

Markedsbeskrivelse

30. Inden liberaliseringen af telesektoren for alvor tog fart i midten af 90'erne var alle telefonabonnenter kunder hos TDC, der således i alle tilfælde modtog ("satte op") kaldet fra den ringende abonnent (A-abbonnenten) og førte det frem til den tilringede abonnent (B-abbonnenten). Dette kald kunne føres gennem flere ledningsstrækninger og over flere centraler alt efter hvor i landet samtalen førtes.

31. Tele Danmark havde således alle omkostningerne og havde ingen tilskyndelse til at kalkulere og prisfastsætte de enkelte elementer ud fra en ren omkostningsbetragtning.

32. Princippet i dag er i udgangspunktet det samme, men nu er der flere andre operatører, der lejer sig ind (får samtrafik) på større eller mindre dele af Tele Danmarks net. Teletjenester kan udbydes uden forudgående tilladelse af nogen art, men antallet af udbydere forudsættes ikke at ligge meget over de omkring 70 selskaber, der har indgået aftaler om samtrafik med Tele Danmark. Ved udgangen af 2001 var der i Danmark oprettet ca. 3,5 mio. abonnentlinier hvoraf 450.000 havde fastnetabonnementet hos en anden udbyder end Tele Danmark. Imidlertid er der tegnet hele 3 mio. abonnementer på forvalgskoder hvorved abonnenterne har mulighed for at anvende alternative udbydere. 900.000 abonnenter anvender fast en anden udbyder end Tele Danmark.

33. I alt blev der i 2001 gennemført opkald af en samlet varighed på 11 mia. minutter, hvilket groft kan opgøres til et samlet marked for den rene trafikafgift på ca. 4 mia. kr. Heraf havde TDC en andel på omkring X %.

34. Medens der således er etableret en vis konkurrence på opkald og samtaler, er det imidlertid stadig Tele Danmark, der sidder på langt størstedelen af abonnentlinierne.

35. I en situation hvor flere selskaber er involveret i et eller flere delelementer af det samlede opkald på et så betydeligt marked, er det selvsagt afgørende, at de enkelte elementer, der indgår i en samtale, prisfastsættes ud fra omkostninger, og principperne herfor er i vid udstrækning fastsat i den sektorspecifikke telelovgivning. Der opereres her med en flerhed af omkostningsopgørelsesmodeller som eksempelvis LRAIC-principper, avoided cost og best practice.

36. Alle disse principper administreres af Telestyrelsen, og er fastsat med udgangspunkt i generel EU-konkurrencelovgivning, dog med langt lavere grænser for hvornår der foreligger markedsdominans og indtjeningsmisbrug mm.

37. Når operatører forhandler aftaler om samtrafik, kan der indgå en bestemmelse om samtaksring. Det betyder, at selskaberne tager samme slutbrugerpris for at levere opkaldet til den anden operatør som for at aflevere opkaldet i eget net.

38. I nærværende sag er der tale om et selskab, Consorte, der udelukkende modtager opkald leveret fra andre net, videreforarbejder (value adding) opkaldet og leverer det til egne slutkunder. Disse slutkunder er således henvist til at benytte andre operatører til deres udgående opkald.

39. Det relevante marked i nærværende sag er slutbrugermarkedet for udgående opkald fra fastnet til 70-numre i Danmark.

40. Konkurrencestyrelsen bemærker, at samtrafikpriserne for opkald til en række nummerserier er reguleret af samtrafiklovgivningen, hvorved størrelsen af retentionen således implicit bestemmes. Den for sagen relevante nummerserie giver mulighed for takstfastsættelse, der inkluderer priser over normal telefontakst, da udbud af IN-tjenester kan være forbundet med ekstraomkostninger, der ikke kan dækkes inden for almindelig telefontakst.

41. Den for sagen relevante nummerserie er 70-numre i den danske nummerplan, jf. lov nr. 418 af 31. maj 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet samt bekendtgørelse nr. 654 af 3. juli 2001 om den samlede danske nummerplan. Der vil i nogle tilfælde være mulighed for, at benytte andre nummerserier til at udbyde de relevante tjenester. Disse substitutionsmuligheder er dog sjældent attraktive på grund af forskelle i signalværdien ved at have eksempelvis et 70- eller 90-nummer. Således fastslår TDC i sit høringssvar, at der eksisterer et selvstændigt marked for 70-numre.

42. 70-nummerserien i den samlede danske nummerplan er ikke reserveret til nogen bestemte telefonitjenester. Der er ikke i lovgivningen fastlagt et loft for taksten. Der er ligeledes mulighed for, at modtageren af opkaldet betaler helt eller delvist for dette (splitcharge), hvorfor det er muligt at slutbrugeren kan ringe gratis til et 70-nummer såfremt indehaveren af nummeret måtte ønske det.

43. 70-numre er kendetegnet ved, at de er stedsuafhængige forstået ved, at nummeret ikke er knyttet til en specifik fysisk placering af nummerindehaveren. Således betales der også den samme takst uanset hvorfra slutbrugeren ringer og hvortil kaldet går.

44. Stedsuafhængige numre indeholder såkaldte Intelligent netværk, (IN)-numre, hvor opkald "trigge" en Intelligent netværkstjeneste (IN-tjeneste) ...

46. I forhold til nærværende sag er problemet ikke at TDC synes at have en stor markedsandel på markedet for IN-tjenester, men at TDC's retention ved opkald fra TDC kunder til en af de andre operatørers numre er så stor, at det begrænser andre operatørers muligheder for at konkurrere med TDC på markedet for IN-tjenester (70-numre). Det er således herigennem at misbruget af dominans i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1 finder sted.

47. Adgang til at udbyde IN-tjenester er i lighed med mulighederne for at udbyde andre fastnetstjenester nært forbundet med adgangen til slutbrugerne.

48. Adgang til (landsdækkende) fastnet kan opnås via ejerskab eller indgåelse af aftale om samtrafik på fastnettet med andre operatører, herunder i særdeleshed TDC, som besidder et landsdækkende netværk med en stor tilknyttet kundebase. Vilklårene for indgåelse af aftale om samtrafik er reguleret i sektor specifik lovgivning, blandt andet baseret på udtalelser fra Konkurrencerådet.

Virksomhederne

49. Consorte Danmark A/S blev stiftet den 4. maj 2000 med driftsstart den 1. marts 2001. Selskabet er et datterselskab af norske Consorte Group AS, der endvidere har datterselskaber i Sverige og England. Consorte Group AS havde i år 2000 samlede indtægter på i alt ca. NOK 31 mio.

50. Consorte Danmark A/S har som teleoperatør valgt at fokusere alene på indgående telefoni. Selskabets forretningsområde er at tilbyde mellemstore og store virksomhedskunder individuelt tilpassede telefonløsninger i form af intelligente netværkstjenester (IN-tjenester), der kan sikre en optimering af håndteringen af kundernes indgående telefoni.

51. TDC Tele Danmark A/S (tidl. Tele Danmark A/S) er et helejet datterselskab af TDC A/S, der er moderselskabet i TDC Gruppen. TDC A/S er Danmarks største telekommunikationselskab med en nettoomsætning i år 2001 på 51,6 mia. kr. med et resultat af primær drift på 4,3 mia. kr.

52. TDC Tele Danmark A/S varetager TDC A/S' aktiviteter indenfor fastnetområdet, herunder telefoni, datakommunikation og systemintegration. TDC Tele Danmark varetager endvidere TDC A/S' forpligtelser vedrørende indgåelse af samtrafikaftaler med andre – og dermed konkurrerende – teleoperatører på fastnetområdet. TDC Tele Danmark havde i år 2001 en samlet nettoomsætning på 21,3 mia. kr.

Sektorspecifik regulering

53. Indgåelse af aftale mellem teleoperatører om koblet samtrafik på fastnettet er i vid udstrækning reguleret af telelovgivningen, herunder særligt lov nr. 418 af 31. maj 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet (lov nr. 418) med tilhørende bekendtgørelser, som er udformet efter høring af Konkurrencerådet.

54. Det anføres i lovbemærkningerne til lov nr. 418, at der på nye liberaliserede telemarkeder ikke nødvendigvis er gensidighed i aftaler om samtrafik. Her er situationen for så vidt angår terminering af trafik typisk den, at en udbyder "sidder på" langt størsteparten af slutbrugernes abonnement/faste forbindelse, og dermed også er den, der modtager langt størsteparten af trafikken til terminering.

55. I medfør af § 41 i lov nr. 418 har udbydere af telenet og teletjenester derfor både en ret og pligt til indbyrdes at forhandle aftaler om koblet samtrafik med henblik på at sikre gensidig adgang til deres telenet eller teletjenester.

...

61. Udbud af 70-nummerløsninger er ikke omfattet af telelovgivningen. Der er som følge heraf ingen særlig regulering af TDC's slutbrugerpris for kald mod 70-numre. Det er uanset om kaldet afsluttes i TDC's eget net eller om det afsluttes i en anden teleoperatørs net. TDC kan derfor fastsætte forskellige (højere) priser for opkald til andre udbyderes 70-numre end for opkald til egne 70-numre.

Adfærden

62. Taksten opkrævet af slutbrugeren fordeles mellem operatøren, der har slutkunden (her TDC) og operatøren, der terminerer kaldet (her Consorte). Consortes klage retter sig imod den gældende

fordeling, hvor Consorte hævder, at TDC's retention er for høj efterladende en for lille rest til betaling for terminering til Consorte.

63. Consorte har to muligheder. A) Slutbrugeren skal betale den samme takst ved opkald til et Consorte-nummer som ved opkald til et TDC nummer, såkaldt samtaksering, hvorfor Consorte er nødt til at acceptere den (lave) termineringsafgift, der tilbydes af TDC (og som ikke dækker Consortes variable omkostninger ved opkaldet). B) Consorte kan kræve en højere termineringsafgift (der tillader Consorte at få dækket sine variable omkostninger) af TDC. Dette vil dog medføre, at TDC opkræver en højere takst af slutkunden, hvis TDC skal opnå den samme retention.

64. Vælger Consorte løsning A vil underskuddet fra den løbende drift skulle dækkes via andre indtægter, som i sidste ende kun kan komme fra Consortes kunder. Ved denne løsning opnår TDC, at Consortes produkt fordyres og dermed bliver mindre attraktivt for købere af IN-tjenester end eksempelvis TDC's produkt.

65. Ved løsning B skal Consortes kunde acceptere, at vedkommendes kunder skal betale en overpris ved opkald til dennes 70-numre. Ved denne løsning opnår TDC, at Consortes produkt fremstår mindre attraktivt, da det for køberne af IN-tjenester ikke er ønskværdigt at pålægge sine kunder ekstraudgifter ved benyttelse af firmaets telefonnumre.

66. Ved at opretholde en høj retention opnår TDC således ikke blot en høj direkte forrentning ved levering af opkald til andre net, men også at konkurrencen på markedet for IN-tjenester forvrides til TDC's fordel.

...

Vurdering

Det relevante marked

78. Det relevante marked er slutbrugermarkedet for udgående opkald fra fastnet til 70-numre i Danmark.

...

Dominerende stilling

...

85. TDC besidder dermed en dominerende stilling på det relevante marked.

Misbrug

86. For opkald til 70-numre kan taksten for brugerens opkald variere mellem nul og et teoretisk set ubegrænset højt niveau. Som udgangspunkt kan Consorte derfor opkræve et hvilket som helst beløb for terminering af opkald, hvilket dog vil give sig direkte udslag i TDC's taksering af slutbrugeren for at ringe til et nummer hos Consorte.

87. TDC's retention er forskellen mellem slutbrugerprisen og beløbet til betaling af Consorte for terminering af opkaldet.

88. På grund af konkurrence med andre teleoperatører, TDC i særdeleshed, kan Consorte dog ikke tillade sig at lade slutbrugerens pris for kald af et Consorte-nummer overstige taksten for at ringe til et tilsvarende TDC-nummer, da en sådan prispolitik vil gøre Consortes produkt mindre attraktivt i forhold til for eksempel TDC's konkurrerende produkt, med mindre der er markante forskelle på produkternes anvendelsesmuligheder og kvalitet, som vil kunne kompensere for en eventuel takstforskel. I nærværende tilfælde har Consorte vurderet, at det er nødvendigt at slutbrugerens udgift ved at ringe til et Consorte nummer ikke må overstige udgiften ved at ringe til et tilsvarende TDC nummer for at Consorte reelt kan konkurrere med TDC. Dette sker i praksis ved, at parterne (frivilligt) indgår en samtakseringsaftale. Misbruget af dominerende stilling består i, at TDC udnytter sin dominerende stilling på det relevante marked til at diktere så lav en termineringspris over for Consorte, at Consorte ikke kan konkurrere med TDC på markedet for værdiforøgende funktionaliteter til B-abonnenter, dvs. indehavere af 70-numre.

89. Consortes klage over den lave takst for terminering af opkald fra TDC's net er således i realiteten det samme som en klage over TDC's implicite takst (retention) for levering af kald til 70-numre.

90. For TDC findes der tre typer opkald:

- A) Fra TDC-kunde til TDC-kunde.
- B) Fra TDC-kunde til kunde hos anden operatør.
- C) Fra kunde hos anden operatør til TDC-kunde.

92. Det for Consortes vedkommende interessante tilfælde er B). I dette tilfælde benytter TDC en mark-up på omkostningerne på X% og opnår en overskudsgrad på X%.

93. Til sammenligning opnåede TDC generelt en overskudsgrad på 15,2 % i 2000 og 8,3 % i 2001. Markedet for levering af opkald til andres net er således betydeligt mere lukrativt for TDC end alle forretningsområder i gennemsnit.

94. TDC opkræver i gennemsnit 24,88 øre/minut af kunden og har samlede omkostninger på X øre/minut ...eksklusiv betaling til Consorte (eller en anden operatør i lignende situation). Der er således i gennemsnit X øre/minut til disposition til fordeling mellem de to operatører. På nuværende tidspunkt beholder TDC X øre/minut og betaler de resterende 4,6 øre minuttet til Consorte.

95. Consorte mener, at den beskrevne fordelingsnøgle er et udtryk for misbrug af dominerende stilling, idet retentionens størrelse ($X + X = 20,28$) ikke levner Consorte en margin (termineringsafgift = 4,60), der gør konkurrence med TDC mulig. Konkurrencestyrelsen bemærker, at TDC ifølge egne angivelser ved udførelse af terminering af opkald fra andres net (tilfælde C) opnår et underskud på trods af, at TDC modtager en termineringsafgift, der er mere end dobbelt så stor som den Consorte modtager for at udføre en lignende opgave.

96. Consorte fremfører i sin klage ønske om, at Consorte modtager samme termineringsafgift, når en TDC-kundes opkald termineres via Consorte som TDC modtager, når et opkald fra en kunde fra et andet teleselskab termineres i TDC's net (tilfælde C). Såfremt dette princip indførtes, ville

Consorte skulle modtage 9,29 øre/minut i termineringsafgift og TDC's overskud reduceres til X øre/minut, hvilket vil give en overskudsgrad på X %.

97. På baggrund af TDC's egne opgørelser er selskabets omkostninger ved håndtering af opkald opgjort til X øre/minut. Tillades en overskudsgrad på X% vil TDC's retention kunne opgøres til 15,59 øre/minut, hvilket vil efterlade 9,29 øre/minut til Consorte. Da TDC's termineringsafgift er 9,29 øre/minut vil en afregningsmetode baseret på en symmetribetragtning medføre, at TDC både får dækket sine omkostninger og oppebærer en rentabilitet, som ikke er ringere end for TDC's andre forretningsområder generelt.

Princip for udregning af passende retention

98. Konkurrencestyrelsen har ved fastlæggelse af princippet for udregningen af en passende retention til TDC benyttet konsulentbistand fra Andersen Management International (AMI). AMI har udfærdiget et notat, som redegør for baggrunden for princippet bag fastsættelse TDC's retention ved kald termineret i andre net ...

99. Konkurrencestyrelsen vurderer på basis af analyserne foretaget af Konkurrencestyrelsen og AMI af materialet fremlagt af TDC, at en passende retention til TDC opnås ved, at retentionen udregnes efter følgende princip:

$$\underbrace{X \text{ øre/minut}}_{\text{Til dækning af omkostning}} + \underbrace{X\% \text{ af indtægt i alt pr. minut}}_{\text{Til dækning af forrentningsrisiko}} = \text{retention}$$

100. Princippet har den fordel, at det baserer sig på en fri prisdannelse på slutbrugermarkedet.

101. Udregnes TDC's retention i nærværende sag efter det skitserede princip og med en overskudsgrad på X%, vil TDC beholde sammenlagt 15,59 øre/minut i gennemsnit ved en TDC-kundes opkald til et 70-nummer i en anden teleoperatørs net ved den gældende telefontakst. Termineringsafgiften til eksempelvis Consorte vil i så fald blive 9,29 øre/minut. Ved et princip for udregning af en passende retention, som tager udgangspunkt i TDC's egen opgørelse af omkostninger opnås der således lige behandling mellem TDC og TDC's konkurrenter.

102. Det benyttede princip medfører, at TDC som udgangspunkt får dækket sine omkostninger (X øre/minut), uanset hvordan taksterne udvikler sig på markedet.

103. Ved at give TDC X% af slutbrugerprisen opnås, at TDC altid opnår positiv forrentning af levering af opkald til andre operatørs net. I telelovgivningen arbejdes der i øjeblikket med en rimelig forrentning på 12% når TDC sælger samtrafikydelse til andre operatører. Der kan dog argumenteres for, at forrentningen i nærværende sag bør overstige denne procentsats, da slutbrugermarkedet vurderes at være mere risikofyldt end samtrafikmarkedet....

104. TDC anfører i sit høringssvar, at udregning af TDC's retention efter ovenstående princip vil medføre en mulighed for at Consorte og enhver anden operatør kan oprette "pengemaskiner", ved at lade sine 70-numre fungere som et simpelt viderestillingsnummer.

105. Pointen er, at indehaveren af tjenesten vil kunne modtage 9,29 øre/minut i terminering af TDC når kaldet ankommer til viderestillingstjenesten mens vedkommende kun skal betale 3,97 øre/minut

...til TDC i terminering når kaldet ledes fra viderestillingstjenesten til nummeret hvor kaldet besvares. Derved opnås en bruttogeovinst på højst 5,32 øre/minut. Konkurrencestyrelsen bemærker, at kunden ved kald til sin egen IN-tjeneste, også vil skulle betale afgift til TDC for levering af kaldet, hvilket beløber sig til 15,59 øre/minut, hvorved det samlede resultat er en udgift for kunden på 10,27 øre/minut. Der er således ingen mulighed for arbitrage. Ved kald fra andre personer til pågældende IN-tjeneste vil indehaveren kunne oppebære en indtægt på lige fod med udbydere af telefoni via forvalgskoder. Der kan således ikke være tale om en "pengemaskine".

Sammenfattende konklusion

106. TDC besidder en dominerende stilling på slutbrugermarkedet for udgående opkald fra fastnet til 70-numre i Danmark.

107. TDC misbruger denne dominans ved at tilbageholde så stor en retention ved opkald til 70-numre i andre net, at konkurrencen på markedet for værdiforøgende tjenester til B-abonnenter, dvs. indehavere af 70-numre, begrænses ved at Consorte ikke kan opnå en termineringsafgift på linie med TDC. Adfærden er konkurrenceforvridende og strider imod konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1.

108. I medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4 påbyder Konkurrencerådet TDC at bringe misbruget til ophør.

109. Samtidig meddeles det TDC, at Konkurrencestyrelse ikke vil anse en takstfastsættelse som beskrevet ovenfor for et misbrug af dominerende stilling."

2. Parternes påstande.

Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002 er ved klageskrift af 24. september 2002 indbragt for Konkurrenceankenævnet af Consorte Danmark A/S, der har nedlagt følgende endelige påstande:

Principalt:

1. Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002 ophæves, idet det fastslås, at TDC's forslag af 12. juni 2002 til prisfastsættelse af termineringsafgift ved opkald til 70-numre er i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1.
2. Den gennemsnitlige termineringsafgift, som TDC skal betale til Consorte, og den retention, TDC skal beholde, fastlægges efter den formel, der fremgår af Konkurrencerådets afgørelse af 29. maj 2002 pkt. 99, jf. pkt. 107.

Subsidiært til påstand 2:

3. Sagen hjemvises til fornyet behandling, idet det pålægges Konkurrencerådet at sikre, at den løsningsmodel fra TDC, der herefter godkendes, skal respektere de i afgørelsen af 29. maj 2002 pkt. 99, jf. pkt. 107, fastlagte principper for en ikke-konkurrencestridig prissætning.

Mere subsidiært til påstand 2:

4. Sagen hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Mest subsidiært til påstand 1 og 2:

5. Konkurrencerådets afgørelse ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

TDC Totalløsninger A/S er indtrådt i sagen som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

Sagen er mundtligt forhandlet.

3. Klagers argumentation.

Klager gør gældende, at den godkendte løsningsmodel er i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1.

Der er således tale om misbrug af dominerende stilling bl.a. i form af såkaldt price squeezing, idet TDC's fastsættelse af en lav termineringsafgift og en høj retention indebærer, at konkurrenter til TDC på markedet for IN-tjenester, som ikke selv er dominerende fastnet-operatører, og som ikke selv er aktører på markedet for udgående samtaler, opnår tab på ethvert opkald til de af konkurrenterne udbudte IN-tjenester.

Den af TDC beregnede retention overstiger langt TDC's omkostninger og en rimelig fortjeneste, hvilket i sig selv er udtryk for misbrug af dominerende stilling.

Det samme gælder TDC's fastsættelse af prisen for køb af terminering, idet prisen fastlægges på et niveau, der ligger under en IN-operatørs udgifter til viderestilling af opkaldet.

Bedømmelsen af, om der foreligger predatory pricing og/eller krydssubsidiering, skal efter klagers opfattelse ske i forhold til slutbrugermarkedet for udgående opkald fra fastnet til 70-numre i Danmark. Der skal derfor ikke inddrages indtægter fra andre markeder, herunder særligt markedet for IN-tjenester, ved denne bedømmelse. Selv hvis vurderingen imidlertid baseres på en vurdering af TDC's omkostninger og indtægter på markedet for IN-tjenester, viser en analyse af de af TDC oplyste priser, at TDC nødvendigvis må have underskud på sine IN-tjenester.

Der er samtidig tale om krydssubsidiering, idet fastsættelsen af en så lav termineringsafgift ikke kan ske uden tilskud fra TDC's øvrige aktiviteter inden for fastnettelefoni, herunder overskuddet hidrørende fra modtagen retention. Det er således klagers opfattelse, at TDC ikke uden at modtage subsidier fra øvrige aktiviteter inden for fastnettelefoni kan få dækket sine gennemsnitlige variable eller samlede omkostninger eller sine gennemsnitlige grænseomkostninger over længere tid ved at drive IN-tjenester.

Klager bestrider, at der består en reel mulighed for klager for at opkræve en højere termineringsafgift af TDC end den afgift, TDC selv tager ved opkald til TDC's egne IN-tjenester. I givet fald ville TDC i forhold til sin abonnent opkræve en højere opkaldsafgift end den, TDC kræver ved opkald til TDC's egne IN-tjenester. En sådan ordning ville medføre, at opkald til klagers IN-numre påfører IN-abbonentens kunder større opkaldsudgifter end de udgifter, kunderne ville have ved opkald til TDC's IN-numre. Det er imidlertid konkurrencemæssigt udelukket for klager som ny aktør på markedet for IN-tjenester at etablere sig i forhold til sine IN-abbonenter, hvis dette er tilfældet.

Det bestrides endvidere, at der således som anført af TDC er risiko for, at der ved en ændring af Rådets afgørelse genereres en "pengemaskine" for andre operatører. Det forhold, at "plattenslagere" eventuelt ville kunne misbruge en konkurrencelovmedholdelig prissætning, kan i øvrigt heller ikke begrunde, at TDC ikke skal tilrette sin prissætning således, at den bestående price squeezing mv. ophører i forhold til egentlige IN-udbydere som klager, hvis forretning rent faktisk sikrer en værditilvækst og raffinering af almindelige teleydelser.

Klager gør herudover gældende, at Rådets afgørelse er behæftet med væsentlige formelle fejl, idet Rådet har tilsidesat sin pligt til ex officio at sikre, at konkrete forslag til opfyldelse af et i en tidligere afgørelse meddelt påbud overholder konkurrenceloven. Rådet burde således ex officio have taget stilling til, hvorvidt den foreslåede løsning er lovlig efter konkurrenceloven, herunder specielt i relation til price squeezing samt predatory pricing/krydssubsidiering.

Ankenævnet bør i forbindelse med ophævelsen af afgørelsen fastlægge, hvorledes en korrekt prissætning skal ske og dermed endeligt afgøre sagen. Prissætningen bør ske i overensstemmelse med den formel, der fremgår af pkt. 109, jf. pkt. 99, i Rådets afgørelse. Det bestrides i den forbindelse, at TDC således som anført af Rådet nu kun kan opkræve en termineringsafgift på 5,20 øre/min. ved kald til deres IN-tjenester.

Det gøres samtidig gældende, at der er hjemmel til og grundlag for et sådant prisindgreb, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 2. Den af klager påberåbte formel er netop udtryk for en enkeltvarekalkulation. Der er desuden tilvejebragt et nøje og gennemanalyseret grundlag for at fastlægge, hvad prisen eller avancen ville være i et konkurrencepræget marked for enkeltvaren, og dermed hvad en konkurrencepræget fordeling mellem retention og termineringspris bør udgøre.

Subsidiært bør der i overensstemmelse med klagers påstand 3 i forbindelse med en hjemvisning af sagen gives nærmere retningslinjer for, hvordan et acceptabelt løsningsforslag fra TDC kan udformes.

4. Konkurrencerådets argumentation.

Konkurrencerådet har gjort gældende, at man med rette har godkendt TDC's løsningsforslag som værende i overensstemmelse med konkurrenceloven.

Det godkendte forslag indebærer således ikke misbrug af TDC's dominerende stilling, da TDC ikke længere opnår en merindtjening på terminering i forhold til konkurrenterne, eftersom termineringsafgiften nu er ens, uanset om opkald sker til en IN-tjeneste ejet af TDC eller af klager. Der er herved sikret ens priser for ens ydelser. Det forhold, at klager har valgt en forretningsmodel, der koncentrerer sig om indgående trafik, kan ikke tillægges betydning i den forbindelse.

Rådets afgørelse skaber endvidere mulighed for mere konkurrence på det relevante marked mellem de teleselskaber, der har udgående telefoni. Det skyldes, at den pris, som disse teleselskaber skal betale til TDC's IN-Tjeneste i terminering, nu er nedsat, og selskaberne vil derfor kunne nedsætte samtaleafgiften med et beløb svarende til det, termineringsafgiften er nedsat med, og samtidig være skadesløse. Rådet bestrider på denne baggrund endvidere, at afgørelsen, således som gøres det gældende af klager, ikke tager hensyn til konsekvenserne på markedet for 70-numre som helhed.

Rådet har herudover bestridt klagers synspunkt om, at Rådet også burde forholde sig til, om de 3,67 øre i termineringsafgift er for lavt. Rådet er generelt tilbageholdende med at regulere priser, uanset om det sker i opadgående eller nedadgående retning. Der kan ikke siges at være én rigtig pris for terminering, og når TDC foreslår en termineringsafgift – og afgiften i øvrigt er af samme størrelse som den, klager får – ønsker Rådet ikke at foretage et prisindgreb. En forhøjelse af termineringsafgiften vil have en afsmittende virkning på konkurrencen på markedet for udgående telefoni, da pengene jo skal komme et sted fra. Med Rådets afgørelse er der således lagt op til, at pengene skal tages fra køberen af IN-tjenesten, idet det er her, leverandøren af IN-tjenesten (Consorte) har sit reelle kundeforhold.

Det forhold, at afgiften for terminering af et kald til en IN-tjeneste kan være lavere end den afgift, IN-tjenesten skal betale for terminering til svarstedet, er endvidere ikke ensbetydende med, at TDC's prisfastsættelse sker løsrevet fra de reelle omkostninger. Det afhænger af, hvad køberen af IN-tjenesten betaler. Det kan således ikke ud fra det faktum, at den konkrete termineringsafgift er lavere end de gennemsnitlige omkostninger, sluttes, at der foreligger et misbrug.

Til klagers synspunkt om, at godkendelse af TDC's forslag i sig selv udgør en ny konkurrencebegrænsning i form af krydssubsidiering/predatory pricing, har Rådet anført, at det ikke er korrekt, at TDC kun kan have et termineringsgebyr af den pågældende størrelse, fordi selskabet også har udgående telefoni, og derfor har indtægter i form af retention. Hvis termineringsafgiften på 3,67 øre/min er for lav i forhold til de udgifter, en IN-tjeneste har, må dette tjenes ind i forbindelse med det primære kundeforhold – nemlig i forholdet mellem IN-tjenesten og svarstedet. Det gælder for såvel klager som TDC.

Indtjening på IN-tjenester udgøres af flere typer betalinger – f.eks. afgift ved oprettelse af tjenesten, løbende abonnement for tjenesten og termineringsafgifter. En vurdering af, om den ene part har urimeligt lave priser, kan kun foretages i relation til den samlede pris og ikke over for et delelement, som termineringsafgiften er.

Til klagers principale påstand 2 og den subsidiære påstand ad påstand 2 har Rådet i øvrigt anført, at det er uklart, hvad det nærmere indhold af disse påstande er.

Rådet har i den forbindelse anført, at de termineringsafgifter, som fremgår af telelovgivningen – dvs. de afgifter, som TDC selv kan opkræve ved kald til deres IN-tjeneste – er blevet nedsat siden Rådets afgørelse, således at der nu maksimalt vil kunne opkræves 5,20 øre/min. Såfremt det, der menes med påstandene, er en løsning, der beløbsmæssigt svarer til den, der er angivet i afgørelsen af 29. maj 2002, pkt. 101 – altså 9,29 øre/ minut i terminering - vil en efterkommelse heraf således ikke medføre, at der skabes de lige vilkår, som Rådets afgørelse af 29. maj 2002 pålagde TDC at skabe.

5. Biintervenientens argumentation.

TDC har anført, at den godkendte løsningsmodel opfylder Rådets afgørelse af 29. maj 2002, da den medfører, at der for så vidt angår IN-operatørernes indtægter skabes lige vilkår, og da de konkurrenceforvridende virkninger på markedet for udbud af IN-tjenester, som efter Rådets opfattelse fandtes at gøre sig gældende, samtidig er fjernet.

Det forhold, at klager har valgt en forretningsmodel, hvor man ikke driver udgående trafik, ændrer ikke ved, at klager i termineringsmæssig henseende er stillet som alle øvrige operatører.

TDC har bestridt klagers synspunkt om, at det for at sikre lige vilkår er nødvendigt, at termineringsafgiften har en størrelse, som sikrer klager en rimelig dækning af sine trafikomkostninger.

TDC bestrider herunder synspunktet om, at den godkendte model er udtryk for predatory pricing (price squeeze), fordi afgiften er så lav, at det er umuligt at drive virksomhed med udbud af IN-tjenester.

Ved vurderingen af price squeeze må man nødvendigvis inddrage indtægten, der hidrører fra selve IN-tjenesten, og ikke kun slutbrugermarkedet for udgående opkald fra fastnet til 70-numre i Danmark. Klager har imidlertid alene redegjort for indtægter og udgifter som følge af termineringen af opkald i forbindelse med udbud af IN-tjenester, men ikke for, hvorledes klagers faktiske indtægtsforhold forbundet med udbud af IN-tjenesterne er. Klager har således ikke dokumenteret, at det ikke er muligt at tjene penge ved at udbyde IN-tjenester i kraft af det godkendte forslag til termineringsafgifter.

Hertil kommer, at de termineringsomkostninger, som IN-udbydere pålægges ved viderestillingen, er omkostninger fastsat i henhold til telelovgivningen, der pålægges alle aktører på markedet for udbud af IN-tjenester.

At den indtægt, der modtages i form af termineringsafgift, ikke dækker de omkostninger, der er forbundet med viderestillingen, er således uden relevans, idet denne udgift er en nødvendig omkostning, der er forbundet med udbud af IN-tjenester. Der eksisterer ikke et krav om, at det skal være muligt at tjene penge på viderestillingen alene, eller at indtægter og udgifter skal gå lige op.

TDC kan endvidere ikke tiltræde de af klager fremlagte beregninger, som skulle vise, at TDC ikke har overskud på udbuddet af IN-tjenester. Prisforholdene på markedet for IN-tjenester indikerer heller ikke, at TDC's priser skulle være særlig lave. Klagers stigende kundetilgang og omsætning samt forbedringen i økonomien vidner derimod i høj grad om, at TDC ikke udøver nogen form for price squeeze.

Herudover vil en løsning, der opnås ved at hæve termineringsafgiften, skabe en række problemer, idet der derved genereres en "pengemaskine". En udbyder kan ved sit forretningskoncept tilsikre viderestilling til lokaltakst samtidig med, at han modtager en termineringsafgift, der er højere end lokaltaksten. Herved tjenes der penge udelukkende på at viderestille trafik, uden at der sker værditilvækst.

Til klagers påstand 2 har TDC anført, at påstanden i realiteten indebærer fastlæggelsen af en indtægtsdelingsmodel, der uden den fornødne sammenhæng med underliggende ydelser og omkostninger pålægger TDC at dele sine indtægter med klager.

Under de foreliggende omstændigheder er der imidlertid ikke hjemmel til et sådant prisindgreb. Et prisindgreb kan således som udgangspunkt kun anvendes, hvis det kan godtgøres, at alle rimelige muligheder for at modvirke de påviste problemer på markedet på anden vis er udtømt. Et prisindgreb skal være proportionalt og samtidig udtryk for en enkeltvarekalkulation, jf. bemærkningerne til konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1. Det af klager ønskede prisindgreb vil i givet fald skulle ske i form af en retentionsberegningsmodel, der udgør en generel prisfastsættelse og derfor ikke opfylder kravene til en detaljeret enkeltvarekalkulation.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Ankenævnet henviser til, det der er anført af Konkurrencerådet og af TDC, og finder det herefter ikke godtgjort, at den ved afgørelsen af 28. august 2002 godkendte løsningsmodel vil udgøre misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11. Ankenævnet stadfæster derfor den påklagede afgørelse.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002 stadfæstes.

Jens Fejø Ole Jess Olsen

Børge Dahl