

Teleklagenævnet

KOPI

TDC A/S  
Nørregade 21  
0900 København C

Bredgade 43  
DK-1260 København K

Tlf 3392 9700  
Fax 3392 9988

TDC Totalløsninger A/S  
Tegholmegade 1  
0900 København C

**Afgørelse af klage indbragt af TDC A/S og TDC Totalløsninger A/S (TDC) over IT- og Telestyrelsens afgørelse på engrosmarkedet for fastnetaccess (markeds 8), jf. § 101, stk. 1, nr. 6, i lovbekendtgørelse nr. 784 af 28. juli 2005 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet (teleloven)**

8. maj 2006

J.nr. 721-2005-041  
Deres j.nr. 11022-0158

TDC A/S har den 2. november 2005 indbragt IT- og Telestyrelsens afgørelse af 6. oktober 2005 vedrørende konkurrenceforholdene på engrosmarkedet for fastnetaccess for Teleklagenævnet.

Styrelsens afgørelse er truffet på baggrund af reglerne i telelovens kapitel 20 b, ifølge hvilke det påhviler IT- og Telestyrelsen med regelmæssige mellemrum at gennemføre såkaldte markedsundersøgelser, jf. teleloven § 84 a.

Efter at have foretaget en opdeling af produktmarkedet på teleområdet i en række mindre markeder med udgangspunkt i rammedirektivets bilag 1<sup>1</sup> og anbefalingerne i Kommissionens markedshenstilling<sup>2</sup> og Kommissionens retningslinier<sup>3</sup>, men tilpasset danske forhold, påhviler det IT- og Telestyrelsen at foretage en analyse af de enkelte markeder med henblik på at vurdere, om der er reel konkurrence på markederne, jf. teleloven §§ 84 b og 84 c.

Hvis en analyse viser, at der ikke er reel konkurrence på et givet marked, påhviler det styrelsen at udpege virksomheder med en stærk markedsposition (SMP) med henblik på at pålægge disse en eller flere forpligtelser som

<sup>1</sup> Jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

<sup>2</sup> Jf. Kommissionens henstilling 2003/311/EF af 11. februar 2003 om relevante produkt- og tjenestemarkeder inden for den elektroniske kommunikationssektor, som er underlagt forhåndsregulering i overensstemmelse med Europa-Parlamentets direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet).

<sup>3</sup> Jf. Kommissionens retningslinjer 2002/C 165/03 for markedsanalyse og beregning af stærk markedsposition i henhold til EU-rammebestemmelserne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

nævnt i blandt andet telelovens § 51, jf. lovens § 84 d. Hvis analysen viser, at der er reel konkurrence på et marked, ophæves alle tidligere, individuelt pålagte forpligtelser på det pågældende marked, jf. telelovens § 84 d, stk. 5.

Forinden videre skal det bemærkes, at nævnet har noteret sig, at nævnssekretariatet i forbindelse med forberedelsen af den forelagte sag for nævnet rettede henvendelse til IT- og Telestyrelsen, idet det var sekretariatets opfattelse, at den påklagede afgørelse burde have været rettet mod TDC Totalløsninger A/S som det selskab i TDC-koncernen, der driver fastnettelefoni i Danmark, og ikke til TDC A/S, som er moderselskabet i koncernen.

Spørgsmålet blev herefter konkret løst på den måde, at TDC Totalløsninger A/S ved brev af 31. januar 2006 til sekretariatet har tilkendegivet, at selskabet tillige anser IT- og Telestyrelsens afgørelse for rettet mod sig.

Nævnet skal på baggrund heraf udtale som sin opfattelse, at IT- og Telestyrelsens afgørelser skal rettes til de selskaber, der faktisk agerer på de pågældende markeder, og som derfor er ansvarlige for at efterleve styrelsens afgørelser, og ikke til et eventuelt holding- eller moderselskab i den koncern, hvori de måtte indgå.

En fravigelse fra dette udgangspunkt kan efter nævnets opfattelse alene komme på tale i de tilfælde, hvor IT- og Telestyrelsen kan påvise, at der foreligger særlige omstændigheder, herunder at et andet selskab i koncernen i det konkrete tilfælde udøver en reel ledelse i forhold til det pågældende selskab og i kraft heraf er ansvarlig for sidstnævnte selskabs efterlevelse af myndighedspålæg.

For så vidt angår den påklagede afgørelse, fremgår det af denne, at IT- og Telestyrelsen ved markedsanalysen har afgrænset engrosmarkedet for fastnetaccess således, at dette marked ikke blot omfatter opsamling af trafik, som anbefalet af Kommissionen, men også af adgangsforbindelser og af samtrafikproduktet tjenesteudbyderadgang.

Afvigelsen fra den anbefalede markedsafgrænsning er i afgørelsen begrundet med, at TDC i en årrække har været pålagt at sælge tjenesteudbyderadgang til andre udbydere.

Styrelsen har desuden henvist til detailmarkedet for fastnettelefoni, der ifølge Kommissionens anbefaling både omfatter opsamling af trafik og adgangsforbindelser. Da efterspørgsel efter et engrosprodukt er begrundet i udbudet på detailmarkedet, har styrelsen herefter fundet det berettiget ud fra danske forhold at inkludere adgangsforbindelser i markedet.

Ved afgørelsen har IT- og Telestyrelsen dernæst udpeget TDC som SMP-udbyder og i kraft heraf pålagt selskabet en række forpligtelser i henhold til

telelovens § 51, blandt andet at imødekomme alle rimelige anmodninger om adgang til samtrafik fra andre udbydere, herunder anmodninger om adgang til samhusning.

Adgangen til samhusning er ifølge afgørelsen ikke som hidtil betinget af, at den pågældende udbyder anvender den tildelte samhusning i forbindelse med en samtidig aftale med TDC om et andet samtrafikprodukt, men alene, at samhusningen understøtter den pågældende udbyders aktiviteter på markedet.

Som begrundelse for ændringen af betingelserne for at opnå samhusning har IT- og Telestyrelsen i sin afgørelse henvist til telelovsændringen i 2003<sup>4</sup>, hvorved den hidtil gældende definition af samhusning i lovens § 39, stk. 1, nr. 4, blev ændret, således at det ikke længere er en betingelse for samhusning, at samhusningen anvendes i forbindelse med en aftale om et eller flere af de samtrafikprodukter, der er nævnt i loven, jf. den gældende telelovs § 40, stk. 2, nr. 3.

Styrelsen har i den forbindelse redegjort for, at Teleklagenævnets afgørelse af 26. maj 2005, hvori nævnet fastslog, at der ikke er hjemmel til at pålægge TDC at lade samhusningsberettigede parter anvende en given samhusning til transport af trafik, der ikke er omfattet af en samtidig aftale med TDC om adgang til andre former for samtrafik, efter styrelsens opfattelse er truffet efter reglerne i teleloven fra 2000<sup>5</sup>.

TDCs har i sin klage nedlagt den principale påstand, at marked 8 alene bør omfattet opsamling af trafik. Til støtte herfor har TDC blandt andet anført, at IT- og Telestyrelsen ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, hvilke særlige danske forhold der tilsiger en afgrænsning af marked 8, der adskiller sig fra den afgrænsning, som Kommissionen har anbefalet, og som gælder i de øvrige EU-lande. Det er på den baggrund TDCs opfattelse, at styrelsen ikke i tilstrækkelig grad har opfyldt sin begrundelsespligt.

Til støtte for sin primære påstand har TDC desuden gjort gældende, at forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang bør baseres på markedsforholdene på detailmarkederne for fastnettelefoni og ikke på engrosmarkedet, ligesom TDC har argumenteret for, at forpligtelsen til samhusning bør baseres på markedsforholdene på engrosmarkedet for ubundet adgang og eventuelt på engrosmarkedet for terminerede segmenter af faste kredsløb.

Ligeledes som principal påstand har TDC fremført, at ikke kun TDC, men alle øvrige fastnetudbydere bør anses for at have SMP på marked 8. Selskabet har i den forbindelse henvist til IT- og Telestyrelsens afgørelse af 18.

<sup>4</sup> Lov nr. 450 af 10. juni 2003 om ændring af teleloven med flere love.

<sup>5</sup> Lov nr. 418 af 31. maj 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet.

januar 2006 på engrosmarkedet for fastnetterminering, hvor samtlige udbydere er tillagt SMP-status.

Subsidiært har TDC nedlagt påstand om, at indholdet af samhusningsforpligtelsen omgøres, idet selskabet ikke finder, at ændringen af samtrafikbestemmelserne i teleloven fra 2003 indeholder den fornødne hjemmel til at udvide samhusningsforpligtelsen.

TDC har i den forbindelse henvist til, at det i bemærkningerne til den gældende telelovs § 40, stk. 2, nr. 3<sup>6</sup>, er anført, at adgang til fysisk infrastruktur blandt andet omfatter samhusning som efter hidtil gældende lov, men at det som noget nyt er foreslået, at adgang til fælles udnyttelse af kabelkanaler m.v. kan indgå i en samhusning. Dermed fremgår det efter selskabets opfattelse direkte af bemærkningerne, at samhusningsforpligtelsen er en videreførelse af den hidtil gældende forpligtelse, dog med den undtagelse, at fælles udnyttelse af kabelkanaler m.v. nu også er omfattet.

Henset til omfanget af den hidtidige forpligtelse sammenholdt med lovens bemærkninger om deregulering, er det TDCs opfattelse, at en så bebyrdende skærpelse af samhusningsforpligtelsen ud fra et almindeligt legalitetssynspunkt må forudsætte en klar og entydig lovhjemmel.

Som tertiær påstand har TDC fremført, at sagen bør hjemvises til fornyet behandling i IT- og Telestyrelsen, idet datagrundlaget for styrelsens afgørelse må anses for forældet, idet det stammer fra perioden 2001-2003.

Endelig har TDC nedlagt den selvstændige påstand, at styrelsens afgørelse tidligst bør træde i kraft 12 uger efter, at Teleklagenævnet har truffet afgørelse i sagen, idet TDC finder, at der bør gives selskabet en rimelig frist til at efterleve afgørelsen.

Idet der henvises til vedlagte sagsfremstilling skal nævnet her oplyse, at en række udbydere samlet i Samarbejdsgruppen (SAT Gruppen) ved en nævnsafgørelse af 7. marts 2006 er indrømmet adgang til at udtale sig om sagens faktiske forhold i forbindelse med sagens forberedelse for nævnet. SAT Gruppens udtalelse er afgivet den 31. marts 2006, jf. vedlagte sagsfremstilling.

---

Teleklagenævnet har behandlet TDCs klage på et møde i nævnet den 24. april 2006.

---

<sup>6</sup> Jf. lovforslag L 143 af 29. januar 2003 om ændring af teleloven med flere love.

1. Nævnet har herefter på grundlag af det i sagen foreliggende materiale, jf. vedlagte sagsfremstilling, truffet afgørelse om ikke at imødekomme TDCs primære påstand om at ophæve den foretagne markedsafgrænsning. Derimod har nævnet besluttet at imødekomme TDCs subsidiære påstand om at omgøre den udvidede adgang til samhusning.

Idet TDCs tertiære påstand findes at falde bort ved imødekommelsen af selskabets subsidiære påstand, har nævnet endvidere ikke fundet grundlag for at imødekomme selskabets selvstændige påstand om at udskyde ikrafttrædelsestidspunktet for nævnets afgørelse.

For så vidt angår den af IT- og Telestyrelsen foretagne markedsafgrænsning, skal nævnet bemærke, at det ifølge rammedirektivets artikel 15, stk. 3, og telelovens § 84 b påhviler de nationale myndigheder at afgrænse de relevante markeder under nøje hensyntagen til Kommissionens markedshenstilling og retningslinier, idet den anbefalede markedsafgrænsning dog kan tilpasses de nationale forhold, navnlig for så vidt angår geografiske forhold, og således at afgrænsningen sker i overensstemmelse med konkurrencerettens principper.

Et af disse principper er det såkaldt substitutionsprincip, hvorefter et givet marked består af de produkter, som på tilfredsstillende måde på grund af deres egenskaber, pris og den tiltænkte anvendelse m.v. af køberne betragtes som substituerbare, jf. retningslinjernes afsnit 2.2.1., punkt 44 ff.

Som det fremgår af Kommissionens meddelelse af 11. marts 2005 i anledning af styrelsens udkast af 4. februar 2005 til afgørelse på marked 8, som på det omhandlede punkt svarer til styrelsens endelige afgørelse, tvivler Kommissionen på, at adgangsforbindinger skulle udgøre en del af marked 8, idet adgangstjenester ikke kan anses for at være erstatninger for, men snarere supplementer til fastnetaccesstjenester.

På trods af Kommissionens skepsis over for IT- og Telestyrelsens begrundelser for den foretagne afgrænsning af marked 8 lader Kommissionen imidlertid spørgsmålet stå åbent i den foreliggende sag, idet det er Kommissionens vurdering, at afgrænsningen i den konkrete situation ikke har nogen indvirkning på afgørelsen af, hvilke udbydere der har SMP på det således samlede marked eller på de opdelte markeder hver for sig, eller hvilke forpligtelser TDC er blevet pålagt.

Teleklagenævnet skal som sin opfattelse udtale, at IT- og Telestyrelsens afgørelse om at inddrage adgangsforbindinger og tjenesteudbyderadgang i marked 8 ikke indeholder nogen reel begrundelse for, hvilke særlige danske forhold der berettiger til en afvigelse fra Kommissionens markedshenstilling.

I lighed med Kommissionen har nævnet imidlertid besluttet ikke at tilsidesætte den foretagne markedsafgrænsning, idet afgrænsningen – og dermed den mangelfulde begrundelse – ikke findes at have konkret betydning for de forpligtelser, som TDC er pålagt i henhold til afgørelsen.

Nævnet finder dog, at inkluderingen af opsamling af fastnettrafik på den ene side og adgangsforbindelser og tjenesteudbyderadgang på den anden side i samme marked må antages at stille sig hindrende i vejen for den fleksibilitet i reguleringen af telemarkedet, som har været et af formålene med indførelsen af markedsanalyserne, idet produkterne på grund af deres indbyrdes manglende substitution som udgangspunkt ikke kan antages at være underlagt samme grader af konkurrence på et givet tidspunkt.

Særligt vedrørende tjenesteudbyderadgang skal nævnet bemærke, at det allerede i bemærkningerne til teleloven fra 2000<sup>7</sup> blev anført, at reguleringen af tjenesteudbyderaftaler ikke må være så attraktiv, at dette i sig selv indebærer, at konkurrencesituationen i urimeligt omfang forvrides til fordel for tjenesteudbydere på bekostning af andre former for udbydere af teletjenester, som i højere grad foretager investeringer i egen infrastruktur, egen IN-plattform eller lignende.

Under henvisning til den af Kommissionen nævnte mulighed for at forpligte en SMP-udbyder til at give adgang til forbindelser og opkald i henhold til adgangsdirektivets artikel 12 uden at inddrage produkterne i et eksisterende marked, skal nævnet opfordre IT- og Telestyrelsen til ved en fremtidig revidering af marked 8 i medfør af telelovens § 84 a at genoverveje den foretagne markedsafgrænsning.

Til TDCs andet anbringende i relation til markedsafgrænsningen, nemlig at forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang bør pålægges ud fra konkurrenceforholdene på detailmarkedet og ikke ud fra forholdene på engrosmarkedet, er nævnet enig med selskabet i, at den ovenfor omtalte artikel 12 i rammedirektivet netop angiver konkurrenceforholdene på detailmarkedet som en af flere mulige grunde til at pålægge en SMP-udbyder at give adgang til de faciliteter og tjenester, der er nævnt i bestemmelsen.

Det er dog nævnets vurdering, at der hverken i teleloven eller i de bagvedliggende direktiver findes den nødvendige hjemmel til at tilsidesætte styrelsens fremgangsmåde.

For så vidt angår TDCs anbringende om, at forpligtelsen til samhusning bør pålægges på baggrund af en vurdering af markedsforholdene på engrosmarkedet for ubundet adgang og/eller engrosmarkedet for terminerende seg-

---

<sup>7</sup> Lovforslag L 248 af 30. marts 2000 om lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet.

menter af faste kredsløb, finder nævnet ikke grundlag for at tilsidesætte styrelsens vurdering af, at en udbyder af accessydelser, der ikke råder over rå kobber, kan have behov for at etablere samhusning med henblik på opsamling af origineret trafik.

Til TDCs anbringende om, at andre udbydere end TDC må anses for at have SMP på marked 8, skal nævnet bemærke, at TDC på baggrund af styrelsens oplysninger om, at selskabet i 2003 besad markedsandele på over 95 % både på engrosmarkedet for opsamling af trafik og på adgangsforbindelser, med rette er anset for som det eneste selskab at have SMP på markedet.

En sammenligning med SMP-vurderingen på engrosmarkedet for fastnet-terminering (marked 9) findes efter nævnets opfattelse ikke at kunne medføre et andet resultat, idet sidstnævnte marked i overensstemmelse med Kommissionens henstilling er afgrænset således, at SMP-vurderingen er baseret på terminering i individuelle net, hvilket efter nævnets opfattelse forklarer de forskellige resultater.

Nævnet finder på den baggrund ikke grundlag for at tilsidesætte styrelsens SMP-vurdering på det forelagte marked under henvisning til vurderingen på marked 9.

Da nævnet dermed ikke har imødekommet TDCs klage vedrørende den foretagne afgrænsning af marked 8, og da nævnet ikke har fundet, at andre udbydere end TDC bør anses for at indtage en stærk markedsposition på markedet, skal nævnet i det følgende nærmere begrunde sin beslutning om at imødekomme TDCs subsidiære påstand om at omgøre den foretagne udvidelse af samhusningsforpligtelsen.

Med ændringen af teleloven i 2003 ændredes reglerne om samhusning således, at det ikke længere fremgår eksplicit af lovens regler om samtrafik, at adgangen til samhusning kun kan indrømmes i forbindelse med en aftale om et af de samtrafikprodukter, der er omfattet af loven, jf. den gældende telelovs § 40, stk. 2, nr. 3, og den tidligere telelovs § 39, stk. 1, nr. 4.

Imidlertid har samtrafikbekendtgørelsen<sup>8</sup> sideløbende hermed og siden 2000 bestemt, at bekendtgørelsens regler om samtrafik blandt andet omfatter samtrafikproduktet 'fælles udnyttelse af bygninger, centraludstyr m.v. i forbindelse med aftaler om samtrafikprodukter som nævnt i nr. 1-3', jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1, nr. 4.

Samtrafikbekendtgørelsen er endnu ikke blevet ophævet af videnskabsministeren, jf. overgangsreglen i § 7, stk. 1, i telelovsændringen fra 2003. Endvidere fremgår det af samme lovs § 7, stk. 3, at bekendtgørelsen fortsat finder

<sup>8</sup> Jf. senest bekendtgørelse nr. 930 af 29. november 2002 om samtrafik m.v.

anvendelse, undtagen på de områder og imellem de parter, hvor der måtte foreligge en endelig administrativ markedsafgørelse, og hvor forpligtelserne i henhold til afgørelsen er trådt i kraft.

På det tidspunkt, hvor IT- og Telestyrelsen traf sin afgørelse, havde nævnet endnu ikke truffet endelig administrativ afgørelse, og forpligtelserne på marked 8 var som følge heraf ikke trådt i kraft, hvorfor samtrafikbekendtgørelsens regler om samhusning efter nævnets opfattelse burde have fundet anvendelse i den forelagte sag. Det er således nævnets vurdering, at styrelsen ikke var berettiget til at udvide de øvrige udbyderes adgang til samhusning på TDCs lokaliteter i forhold til de gældende regler, som blandt andet kom til udtryk i nævnets afgørelse af 26. maj 2005.

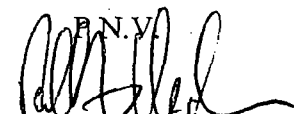
Nævnet skal desuden bemærke, at det af de almindelig bemærkninger til ændringslovforslaget i 2003 udtrykkeligt fremgår, at det ikke har været lovgivers hensigt at ændre grundlæggende i de hidtidige forpligtelser og således heller i forpligtelsen til samhusning. I bemærkningerne til lovforslaget er således anført:

*'Der vil ikke ske grundlæggende ændringer i de kendte principper og i de forpligtelser, der kan pålægges parterne. Det er således måden, hvorpå forpligtelserne pålægges, der ændres'.<sup>9</sup>*

Teleklagenævnets afgørelse er endelig i henhold til telelovens § 102, stk. 1, hvorfor den ikke kan påklages til anden administrativ myndighed, herunder til ministeren for videnskab, teknologi og udvikling.

Afgørelsen kan indbringes for domstolene senest otte uger efter, at afgørelsen er meddelt klageren, jf. telelovens § 102, stk. 2.

Kopi af afgørelsen er sendt til IT- og Telestyrelsen og til SAT Gruppen.

  
Palle Bo Madsen  
Formand

  
/ Ida Faurholt Galle  
Sekretær

<sup>9</sup> Jf. s. 26 i bemærkningerne til lovforslag L 143 af 29. januar 2003 til lov om ændring af teleloven med flere love.



**Sagsfremstilling. Klage fra TDC A/S og TDC Totalløsninger A/S over IT- og Telestyrelsens afgørelse af 6. oktober 2005 vedrørende konkurrencesituationen på engrosmarkedet for fastnetaccess (marked 8), jf. § 101, stk. 1, nr. 6, i lovbekendtgørelse nr. 784 af 28. juli 2005 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet (teleloven)**

## 1. INDLEDNING

Efter at have foretaget en analyse af konkurrenceforholdene på engrosmarkedet for fastnetaccess (marked 8) traf IT- og Telestyrelsen den 6. oktober 2005 afgørelse om at pålægge TDC A/S en række forpligtelser som følge af selskabets position som en udbyder med en stærk markedsposition (SMP), jf. telelovens § 51, stk. 3, nr. 1, jf. § 51 a.

Ved analysen havde IT- og Telestyrelsen således konstateret, at der ikke forelå reel konkurrence på engrosmarkedet for fastnetaccess, at TDC indtog en stærk markedsposition på dette marked, og at TDC som følge heraf og med det formål at forbedre konkurrencesituationen var forpligtet til at iværksætte en række tiltag, herunder blandt andet at imødekomme alle rimelig anmodninger om adgang til samtrafik fra øvrige udbydere.

IT- og Telestyrelsens afgørelse blev den 2. november 2005 indbragt for Teleklagenævnet af TDC, idet selskabet blandt andet ønskede prøvet, om styrelsen med rette havde anvendt en afgrænsning af det analyserede marked, der afveg fra den afgrænsning, som EU-Kommissionen havde foretaget. TDC fandt desuden, at samtlige fastnetoperatører burde pålægges samme forpligtelser, som TDC var blevet pålagt, idet de alle måtte anses for at indtage en stærk markedsposition på markedet. Endelig var TDC uenig i, at den udvidede adgang til samhusning m.v., som selskabet blev pålagt i afgørelsen, var en udvidelse af den hidtil gældende samhusningsforpligtelse, som savnede hjemmel i teleloven, jf. nærmere nedenfor.

## 2. MARKEDSANALYSER

Inden der foretages en egentlig gennemgang af sagsforløbet, skal der kort gøres rede for begrebet markedsanalyser og den ændring af telelovgivningen, der fandt sted i 2003<sup>10</sup> som følge af implementeringen af direktivpakken '99-review'<sup>11</sup>, og som introducerede markedsundersøgelser som instrument til regulering af konkurrencen på telemarkedet.

<sup>10</sup> Jf. lov nr. 450 af 10. juni 2003 om ændring af lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet med flere love (implementering af direktivpakken '99-review').

<sup>11</sup> Direktivpakken består bl.a. af *rammedirektivet*, jf. note 1, og *adgangsdirektivet*, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/29/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter.

Den tidligere teleregulering, der var baseret på direktivpakken fra 1998, havde primært til formål at håndtere overgangen fra monopol til konkurrence og var som sådan fokuseret på nye udbyderes rettigheder og på at skabe et konkurrencebaseret marked<sup>12</sup>.

Direktivpakken kaldet 'new regulatory framework' eller 99-review, som introducerer begrebet markedsundersøgelser, indeholder derimod et mere alment regelsæt, som skulle være tilstrækkeligt fleksibelt til at håndtere de hurtigt skiftende markeder inden for teleområdet. Reglerne tager desuden sigte på anvendelse i en fase, der mere eller mindre er præget af overgangen fra sektorspecifik regulering til regulering i kraft af almindelige konkurrenceretlige regler. De nationale myndigheder forventes her at spille en betydelig rolle i forbindelse med at hjælpe med til at sikre, at EU-reglerne anvendes ensartet i alle medlemsstaterne.

Begrebet 'markedsundersøgelser' anvendes som en samlebetegnelse for de analyser, som IT- og Telestyrelsen skal foretage af konkurrencesituationen på telemarkedet med det formål at vurdere, i hvilket omfang konkurrencen bør fremmes på de dertil definerede 18 delmarkeder ved regulering af udbydernes markedsadfærd gennem sektorspecifikke forpligtelser, således at det sikres, at udbydere med en stærk markedsposition (SMP) ikke begrænser eller fordrejer konkurrencen på de enkelte delmarkeder, jf. § 84 a.

Den fremgangsmåde, som IT- og Telestyrelsen skal følge i forbindelse med markedsundersøgelserne, er beskrevet i telelovens kapitel 20 b (§§ 84 a – 84 e). Markedsundersøgelserne skal efter disse bestemmelser foretages på følgende måde:

- a) IT- og Telestyrelsen *foretager en afgrænsning* af de relevante delmarkeder tilpasset danske forhold under hensyntagen til Kommissionens retningslinjer og henstillinger på området<sup>13</sup> (§ 84 b, stk. 1).
- b) IT- og Telestyrelsen *analyserer* de fremkomne markeder for at vurdere, om der er *reel konkurrence* på de enkelte markeder (§ 84 c, stk. 1)
- c) Hvis en markedsanalyse viser, at der ikke er reel konkurrence på det omhandlede marked, *udpeger* IT- og Telestyrelsen virksomheder med en stærk markedsposition (SMP-udbydere) med henblik på, at disse pålægges en eller flere særlige forpligtelser efter bl.a. lovens § 51 (§ 84 d, stk. 1).
- d) Hvis en markedsanalyse viser, at der *er* reel konkurrence på et relevant marked, *ophæver* IT- og Telestyrelsen alle tidligere pålagte forpligtelser på det pågældende marked (§ 84 d, stk. 5)

I bemærkningerne<sup>14</sup> til ændringen af teleloven i 2003 anføres det, at formålet med indførelsen af markedsundersøgelser er at ændre reguleringen af konkur-

<sup>12</sup> Der kan bl.a. henvises til Kommissionen betragtninger over Today's Framework på hjemmesiden [http://europa.eu.int/information\\_society/policy/ecom/history/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/history/index_en.htm).

<sup>13</sup> Der er tale om 1) *markedshestillingen*, jf. note 2, og 2) *begrundelsen for markedshestillingen*, jf. pkt. 1, og 3) *retningslinjerne*, jf. note 3.

rencen på teleområdet, således at reguleringen fremover i højere grad skal ske via konkrete afgørelser på baggrund af markedsundersøgelser i stedet for som tidligere via bekendtgørelser. Af bemærkningerne fremgår det desuden, at lovændringen ikke haft til hensigt at medføre grundlæggende ændringer i de kendte principper eller de forpligtelser, der kan pålægges udbydere, idet det er måden, hvorpå forpligtelserne pålægges eller ophæves, der ændres<sup>14</sup>.

### **3. HØRINGSADGANG FOR ANDRE END SAGENS PARTER**

En række udbydere samlet i Samarbejdsgruppen for Alternative Operatører (SAT Gruppen) samt Telia A/S og Cybercity A/S anmodede henholdsvis den 23. november 2005, den 5. december 2005 og den 8. december 2005 om at blive høringsberettigede i forbindelse med klagesagens behandling ved Teleklagenævnet.

Efter at sekretariatet den 20. december 2005 havde fundet, at de udbydere, der aftog produkter omfattet af marked 8, havde en sådan retlig interesse i sagens udfald, at de kunne tillægges status som høringsberettigede, protesterede TDC den 23. december 2005 mod sekretariatets beslutning, hvorfor spørgsmålet blev indbragt for Teleklagenævnet.

Herefter indrømmede Teleklagenævnet den 7. marts 2006 de udbydere, der agerede på det omtalte marked på tidspunktet for styrelsens afgørelse, adgang til at udtale sig om klagesagens faktiske forhold, idet det forudsattes, at samtlige udbydere udtalte sig gennem SAT Gruppen som den af dem valgte repræsentant.

SAT Gruppen udnyttede høringsadgangen ved udtalelse af 31. marts 2006, der den 11. april 2006 blev kommenteret af TDC, jf. nærmere nedenfor under gennemgang af sagsforløbet.

### **4. RETTE ADRESSAT FOR IT- OG TELESTYRELSENS AFGØRELSE**

Som det fremgår af IT- og Telestyrelsens afgørelse, er denne rettet mod TDC A/S, som er moderselskabet i TDC-koncernen. Da Sekretariatet for Teleklagenævnet er af den opfattelse, at styrelsens afgørelse burde have været stilet til TDC Totalløsninger A/S som det selskab i TDC-koncernen, der driver fastnettelefoni i Danmark, og som dermed er det selskab, der kan og skal efterleve den indbragte afgørelse, har TDC Totalløsninger A/S på sekretariatets foranledning i brev af 31. januar 2006 tilkendegivet, at selskabet tillige anser IT- og Telestyrelsens afgørelse for rettet mod sig.

<sup>14</sup> Jf. eksempelvis side 25 i bemærkningerne til lovforslag L 143 af 29. januar 2003 om ændring af lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet med flere love.

<sup>15</sup> Jf. bemærkningernes side 26.

## 5. AFGRÆNSNING AF ENGROSMARKEDET FOR FASTNETACCESS (MARKED 8)

Kommissionen har i sin markedshenstilling og med henvisning til bilag 1 i rammedirektivet udpeget de markeder, som efter Kommissionen opfattelse bør underlægges forhåndsregulering.

De i alt 18 markeder er opdelt i et detailniveau (markederne 1-7) og et engrosniveau (markederne 8-18), idet det i relation til den forelagte sag kan oplyses, at følgende engrosmarkeder er udskilt som selvstændige markeder som henholdsvis marked 8, 9 og 10:

- engrosmarkedet for access (dvs. originering/opsamling af trafik)
- engrosmarkedet for terminering (dvs. aflevering af trafik)
- engrosmarkedet for transit (dvs. fremføring af trafik)

Efter Kommissionens markedsopdeling består engrosmarkedet for fastnetaccess af opsamling af trafik fra abonnenten til og med det førstkomende tilknyttede samtrafikpunkt i lokalcentralen, hvor trafikken kan udveksles med andre udbydere.

I den påklagede afgørelse har IT- og Telestyrelsen foretaget en afgrænsning af engrosmarkedet for fastnetaccess, der adskiller sig fra den af Kommissionen anbefalede, således at dette marked både omfatter markedet for opsamling af trafik (trafikminutter) som beskrevet ovenfor og markedet for adgangsforbindelser (fastnetabonnementer), jf. nærmere nedenfor.

IT- og Telestyrelsens udkast af 4. februar 2005 til afgørelse på marked 8, der på dette punkt svarer til den endelige afgørelse, er baseret på den nævnte, udvidede markedsafgrænsning, blev forelagt EU-Kommissionen i form af et sammendrag benævnt 'Summary of the Danish National IT and Telecom Agency's draft decision on market no. 8' af 4. februar 2005.

I sammendraget argumenterede styrelsen for, at ændringen af markedsafgrænsningen alene er udtryk for en forbedring af den af Kommissionen foreslåede afgrænsning begrundet i en sammenligning med forholdene på marked 15, hvor både opsamling af trafik og forbindelser er inkluderet i engrosmarkedet for mobilaccess. Samme steds argumenterede styrelsen for, at hvis Kommissionen ikke fandt, at der var tale om en forbedring af markedsafgrænsningen, var den skete afgrænsning foretaget med respekt af tre-kriteriums-testen<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Jf. s. 7 ff. i begrundelsen for markedshenstillingen, hvorefter det ved ændring af den foreslåede markedsafgrænsning skal vurderes 1) om det pågældende marked er omfattet af betydelige og vedvarende adgangshindringer, 2) om markedet har sådanne egenskaber, at det med tiden vil have tendens til at gå i retning af reel konkurrence, og 3) om konkurrence-lovgivningen alene kan ses for tilstrækkelig. Testen forudsættes anvendt af de nationale myndigheder, hvis der foretages ændringer af markedsafgrænsningerne. Fravigelser fra

Efter at have modtaget det nævnte sammendrag spurgte EU-Kommissionen i brev af 11. februar 2005 blandt andet styrelsen om, hvorvidt afgørelsen om at inkludere de to separate komponenter (opsamling af trafik og adgangsforbindelser) i det omhandlede marked hovedsagelig var begrundet i eksistensen af en konkret, separat efterspørgsel efter hver af de nævnte komponenter.

I sit svar af 16. februar 2005 bemærkede styrelsen, at opsamling af trafik underbyggede konkurrencen i den del af markedet, der havde at gøre med trafik, medens adgang for udbydere til på detailsiden til at få adgang til både abonnenter og trafik understøttede konkurrencen på markederne for såvel trafik som forbindelser.

Styrelsen henviste desuden til sit sammendrag og til afgørelsesudkastets kapitel V, afsnit 4.1, hvoraf det fremgik, at forpligtelserne også reflekterer en balance mellem infrastrukturbaseret konkurrence og tjenestebaseret konkurrence, hvilket resulterede i en højere grad af konkurrence på detailmarkedet for PSTN<sup>17</sup> og ISDN<sup>18</sup>.

EU-Kommissionens endelige stillingtagen til den udvidede afgrænsning fremgår af Kommissionens brev af 11. marts 2005.

Med henvisning til sin behandling af spørgsmålet i sagen UK/2003/0013-0014 bemærkede Kommissionen på side 4 i brevet:

*Kommissionen betvivler, at engrosadgang udgør en del af engrosmarkedet for opkaldsoprindelse (marked 8). For det første, eftersom engrosmarkeder kan anses for at afspejle de tilsvarende markeder på detailniveau, så kan denne skelnen, idet det faste smalbåndsmarked skelner mellem adgang og opkald, lige så vel gælde for engrosniveauet.*

For det andet fandt Kommissionen ikke sammenligningen med mobilmarkedet relevant, idet mobile adgangs- og opkaldsoprindelsestjenester leveres samlet i modsætning til, hvad der gør sig gældende inden for fastnetmarkedet. Kommissionen fandt således, at et væsentligt træk ved engrosmarkedet for faste kredsløb er muligheden for separat at indgå kontrakt om operatør(for)valg. For det tredje henviste Kommissionen til, at der i Danmark syntes at være særskilt efterspørgsel efter og udbud af fastnetaccesstjenester uden adgang. Adgangstjenester var derfor efter Kommissionens opfattelse ikke erstatninger for, men snarere supplementer til fastnetaccesstjenester<sup>19</sup>.

---

Kommissionens markedsopdeling skal forelægges Kommissionen, jf. proceduren i rammedirektivets artikel 7, stk. 4.

<sup>17</sup> PSTN er en forkortelse for 'public switched telephone network'.

<sup>18</sup> ISDN står for 'integrated services digital networks'.

<sup>19</sup> Kommissionen hentyder her til substitutionsmetoden, som beskrevet i Kommissionens retningslinjer, afsnit 2.2.1, punkt 44, ff. Afgrænsning af markederne skal således ske under iagttagelse af substitutionsprincippet på såvel udbuds- som efterspørgselssiden. Et givet marked består herefter af de produkter eller tjenester, som på tilfredsstillende måde på

Til styrelsens henvisning til, at tre-kriteriums-testen ville være bestået *både* for det bredere marked bestående af opsamling af trafik og adgangsforbindelser og for det smallere marked kun bestående af adgangsforbindelser, bemærkede, at adgangsforbindelser alene vil kunne udgøre et selvstændigt marked, der burde underlægges forhåndsregulering. Kommissionen henviste desuden til, at styrelsen havde påvist, at TDC ville have SMP både på engrosmarkedet for opsamling af trafik og på engrosmarkedet for adgangsforbindelser.

I den forbindelse bemærkede Kommissionen, at de foreslåede løsninger ikke nødvendigvis kræver afgrænsning af et separat adgangsmarked, eftersom de kan pålægges på fastnetaccessmarkedet alene<sup>20</sup>.

På ovenstående baggrund og med særlig vægt på følgerne af den valgte markedsafgrænsning accepterede Kommissionen IT- og Telestyrelsens markedsdefinition, idet Kommissionen bemærkede, at

*(...) spørgsmålet om, (hvorvidt) adgangstjenester på engrosniveau kan inkluderes i marked nummer 8, eller om disse markeder udgør et særskilt marked, der bør underlægges forhåndsregulering, kan stå åbent i den foreliggende sag, eftersom det ikke har nogen indvirkning på vurderingen af SMP eller på de foreslåede løsninger. (...)*

## 6. REDEGØRELSE FOR SAGENS FORLØB

Nedenfor følger en gennemgang af sagens forløb fra og med tidspunktet for IT- og Telestyrelsens afgørelse.

Efter at have foretaget en analyse af engrosmarkedet for fastnetaccess afgrænset på den beskrevne måde og udført i henhold til telelovens fremgangsmåde traf IT- og Telestyrelsen den **6. oktober 2005** afgørelse på marked 8. Afgørelsen indebar blandt andet

- en afgrænsning af engrosmarkedet for fastnetaccess bestående af såvel opsamling af trafik som af adgangsforbindelser
- en vurdering af, at der ikke var reel konkurrence på det nævnte marked
- en udpegning af TDC som havende SMP på markedet

---

grund af deres egenskaber, pris og den tiltænkte anvendelse m.v. af køberne betragtes som substituerbare (kan udskiftes med/erstatte af hinanden). Produkter, der i ringe eller relativt ringe grad er udskiftelige med hinanden, indgår ikke i det samme marked.

<sup>20</sup> Kommissionen har her i en note en henvisning til Kommissionens behandling af spørgsmålet om engrosadgang i sag UK/2003/0013-0014, hvor Oftel afgrænsede et separat marked for 'wholesale exchange line services'. Uanset forskellen i terminologien svarer 'wholesale exchange line services', som defineret af Oftel, til markedssegmentet for adgangsforbindelser på engrosniveau defineret af IT- og Telestyrelsen.

- fastlæggelse af en række forpligtelser, som TDC skulle opfylde i kraft af sin stilling som udbyder med en stærk markedsposition, herunder pligt til at imødekomme alle rimelige anmodninger om samtrafik

Som følge af TDCs klagepunkter vil Sekretariatet for Teleklagenævnets gennemgang af styrelsens afgørelse i det følgende koncentrere sig om de dele af afgørelsen, som TDC har indbragt for Teleklagenævnet, dvs. særligt spørgsmålet om den afvigende afgrænsning af marked 8, de øvrige fastnetudbyderes mulige SMP samt spørgsmålet om omfanget af forpligtelsen til samhusning.

#### *Markedsafgrænsningen*

På side 6-9 i den påklagede afgørelse afgrænsede IT- og Telestyrelsen engrosmarkedet for fastnetaccess således, at det både omfatter opsamling af trafik, som fastlagt af EU-Kommissionen, og adgangsforbindelser, hvorefter marked 8 herefter ville bestå af følgende

- a) *opsamling af trafik* fra abonnenten til og med det førstkommande tilknyttede samtrafikpunkt i lokalcentralen, hvor trafikken kan udveksles med andre udbydere, dvs. inklusiv den lokale originering i centralen, herunder koblingen af trafikken i samtrafikpunktet, og
- b) *adgangsforbindelser*, som etableres via en ubundet forbindelse i accessnettet (f.eks. via en rå kobberforbindelse). Adgangen til abonnenten omfatter strækningen fra abonnenten til og med liniekortet i den tilhørende telefoncentral.

På side 6 nederst i afgørelsen bemærkede styrelsen, at EU-Kommissionen i markedshenstillingen omtalte en skelnen mellem opsamling af trafik og adgangsforbindelser, idet Kommissionen bemærkede, at en udbyder kunne beslutte sig for *enten* at gå ind på det kombinerede marked for opkald og adgangsforbindelser *eller* blot gå ind på en del af eller hele opkaldsmarkedet. I henstillingen konkluderede Kommissionen, at markedet for fastnetaccess som udgangspunkt kun omfattede originering af trafik.

Styrelsen bemærkede videre, at en udbyders eventuelle anskaffelse af selve infrastrukturen typisk skete på de 'bagvedliggende' engrosmarkeder for henholdsvis ubundet adgang og terminerende segmenter af faste kredsløb, som derved kom til at udgøre 'råvaremarkedet' for engrosmarkedet for fastnetaccess. Det var imidlertid styrelsens opfattelse, at der var nationale forhold, der talte for, at adgangsforbindelser også burde indgå som et relevant produkt på engrosmarkedet for fastnetaccess.

Som nærmere begrundelse for, hvilke nationale forhold der talte for denne inkludering, anførte styrelsen på side 7, 2. afsnit, i afgørelsen<sup>21</sup>:

<sup>21</sup> Det bemærkes, at afsnitopdelingen i det følgende citat er foretaget af sekretariatet.

*IT- og Telestyrelsen har herved lagt vægt på, at TDC som SMP-udbyder i en årrække har været pålagt at sælge tjenesteudbyderadgang til andre udbydere. Ved tjenesteudbyderadgang forstås engrosalg af eksisterende slutbrugerprodukter, som udbydes til en ikke på forhånd afgrænset kreds af slutbrugere, herunder PSTN- og ISDN-standardabonnementer, der indeholder tilslutning<sup>22</sup> og mulighed for at foretage opkald, med henblik på en tjenesteudbyders gensalg eller videresalg til egne slutbrugere.*

*Produktet tjenesteudbyderadgang sikrer andre udbydere end TDC mulighed for eksempelvis at udbyde samlede landsdækkende løsninger til slutbrugere i form af såvel abonnementer som opkaldstjenester i en fase af konkurrenceudviklingen, hvor der ikke er andre konkurrencemæssigt effektive muligheder herfor (dvs. tjenestebaseret konkurrence på et tidspunkt, hvor der ikke er grundlag for infrastrukturbaseret konkurrence, idet ingen andre udbydere har etableret de nødvendige former for infrastruktur).*

*Hertil kommer, at EU-Kommissionen i henstillingen om relevante produkt- og tjenestemarkeder har inkluderet både tilslutning og opkald i detailmarkederne nr. 1-6 om adgang til det offentlige telefonnet på et fast sted og offentligt tilgængelige telefontjenester leveret på et fast sted. Da efterspørgsel efter et engrosprodukt er begrundet i udbud på et detailmarked, finder IT- og Telestyrelsen det således berettiget ud fra danske forhold at inkludere tilslutning i engrosmarkedet for fastnetaccess.*

I afgørelsen redegjorde styrelsen videre for, at markedet for fastnetaccess var et engrosmarked, hvilket indebærer, at udbyderne på markedet typisk var de selskaber, som stod for produktionen af de nævnte accesstjenester (opsamling og adgangsforsendelser), medens kunderne på dette marked var de teleselskaber, som aftog de pågældende tjenester med henblik på videresalg til slutbrugerne i form af abonnementer og trafikminutter.

Styrelsen redegjorde dernæst for, at markedet omfattede både intern og ekstern afsætning. Intern afsætning indebærer afsætning til sig selv i form af afdelinger i selskabet, men også afsætning til søster-/datterselskaber, hvor selskabet havde en bestemmende indflydelse, blev medregnet til intern afsætning. Det betød, at et selskab, som både producerede og internt i selskabet aftog accesstjenester med henblik på videresalg til slutbrugerne, både var udbyder af og kunde til accesstjenester.

Styrelsen oplyste videre, at der ikke var modtaget oplysninger, der gav grundlag for at fastslå, at der var markante forskelle i konkurrencevilkårene i forskel-

<sup>22</sup> Betegnelsen 'tilslutninger' er synonymt med 'adgangsforsendelser', som er forsøgt anvendt konsekvent i sagsfremstillingen, når bortses fra direkte citater.



lige geografiske dele af Danmark, hvorfor markedet for fastnetaccess var nationalt.

Med henvisning til analysen i bilag 4 til styrelsens afgørelse om reel konkurrence og SMP på engrosmarkedet for fastnetaccess om markedsafgrænsning, analyse om reel konkurrence og udpegning af virksomheder med SMP samt på baggrund af ovennævnte betragtninger fandt styrelsen, at den foretagne markedsafgrænsning var i overensstemmelse med rammedirektivet, EU-Kommissionens retningslinjer og henstillinger og med konkurrenceretlige principper, herunder med de nationale myndigheders mulighed for at tilpasse EU-Kommissionens overordnede markedsafgrænsninger til nationale forhold.

Opsummerende redegjorde styrelsen for, at marked 8 i Danmark omfattede adgang til abonnenten i det offentlige telefonnet på et fast sted via enhver type ubestykket forbindelse i accessnettet. Således omfattede markedet alle former for adgangsforbindelser i fastnettet (egen infrastruktur, lejede faste kredsløb m.v.), som anvendtes til afgående trafik fra abonnenten, uanset hvilken infrastruktur (kobber, fiber, FWA<sup>23</sup> etc.), der blev anvendt til at producere trafikken på.

Desuden omfattede markedet originerende trafik i accessnettet i form af taletelefoni og opkaldsbaseret adgang til internettet på op til og med 1128 kbit/s (på en PSTN- eller en ISDN-forbindelse).

#### *Adgang til samhusning m.m.*

På side 25 ff. i IT- og Telestyrelsens afgørelse blev TDC i kraft af sin position som udbyder med en stærk markedsposition (SMP) blandt andet pålagt en forpligtelse til at imødekomme alle rimelige anmodninger om adgang til samhusning, dvs. fælles udnyttelse af bygninger m.v. med henblik på opsamling og videretransport af originerende trafik.

Idet styrelsen henviste til telelovens § 40, stk. 3, og til § 40, stk. 2, nr. 3, beskrev den på side 28 i afgørelsen nærmere, hvori forpligtelsen til samhusning bestod. Der citeres fra afgørelsen:

*Ved fælles udnyttelse af bygninger m.v. forstås samtrafikproduktet samhusning, hvorved der skal gives adgang til fælles udnyttelse af bygninger, centraludstyr m.v., dvs. adgang for andre udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til i TDCs centralbygninger eller andre lokaliteter, som TDC ejer, lejer eller på anden måde råder over, at opstille og vedligeholde egne centraler, det nødvendige transmissionsudstyr, koblingsudstyr, krydsfelter m.v., som i praksis understøtter den samhusningsberettigedes aktiviteter på markedet.*

<sup>23</sup> FWA er en forkortelse for 'fixed wireless access'.

Forpligtelsen omfatter tillige adgang til at foretage intern kabling med andre udbydere og til at lade andre udbydere opstille og vedligeholde udstyr på den samhusningsberettigedes samhusningslokalitet under forudsætning af, at disse aktiviteter understøtter den samhusningsberettigedes egne aktiviteter på markedet for fastnetaccess. Det bemærkes, at den samhusningsberettigede i forhold til TDC er ansvarlig for, at samhusningen anvendes til understøttelse af den samhusningsberettigedes egne aktiviteter på nærværende marked. En indstæelse herfor vil naturligt kunne gives i forbindelse med indgåelse af samtrafikaftalen om samhusning.

(...)

I den for nærværende afgørelse gældende lovgivning er samhusningsforpligtelsen – i modsætning til de tidligere gældende regler – en selvstændig forpligtelse, der ikke skal være knyttet til andre samtrafikprodukter. Forpligtelsen til at tilbyde samhusning er dog afhæng af den samhusningsberettigedes egne aktiviteter på nærværende marked. Adgangen til intern kabling er dog – på linie med adgangen til andre samtrafikprodukter – begrænset af lovens regler om f.eks. tekniske hindringer for samtrafikkens gennemførelse.

(...)

Rettigheden til samhusning medfører, at den adgangsberettigede kan anvende udstyret til såvel egen trafik som til andre udbyderes trafik, når det understøtter udbyderens aktiviteter på nærværende marked.

Der kan være tilfælde, hvor adgangen til at placere og anvende udstyr på samhusningspositionen, som understøtter udbyderens aktiviteter på nærværende marked, ikke er tilstrækkelig til, at den adgangsberettigede kan konkurrere på lige fod med en SMP-udbyder inden for markedet.

Afgørelsens samhusningsrettighed indebærer således også, at den adgangsberettigede i sådanne tilfælde kan anvende udstyret til aktiviteter, som er omfattet af et andet marked, i det omfang dette er nødvendigt for at skabe lige konkurrenceforhold på det nærværende marked.

Den samhusningsberettigede kan også anmode udbydere (tredjeparter) på andre markeder om at opstille udstyr på den adgangsberettigedes samhusningsareal. Det skal bemærkes, at tredjeparter, der 'bydes indenfor' på den adgangsberettigedes samhusning ikke dermed opnår nogen selvstændig ret til at anmode om samhusning hos den samhusningsforpligtede. Det er således den adgangsberettigede, der varetager alle aftaleforhold herom over for den forpligtede udbyder – medmindre andet aftales mellem alle tre parter.

*I visse tilfælde vil tredjeparten have adgang til samhusning i forbindelse med forpligtelser pålagt på andre markeder. I sådanne tilfælde skal der gives adgang til at etablere intern kabling mellem de to parter, der er samtrafikberettigede på hvert sit marked, efter samme retningslinier, som gælder i førnævnte tilfælde, hvor tredjeparten bydes indenfor på en adgangsberettigets samhusning.*

Om selve begrundelsen for overhovedet at pålægge samhusning som forpligtelse på marked 8 anførte styrelsen:

*Det er i afgørelshøringen blevet anført, at en forpligtelse til samhusning bør baseres på markedsforholdene på engrosmarkedet for rå kobber (marked 11) og evt. engrosmarkedet for centralliniesegmenter (marked 13), idet der ikke er grundlag for at antage, at adgang til access kræver adgang til samhusning.*

*Det er IT- og Telestyrelsens opfattelse, at en udbyder af accessydelser, der ikke råder over rå kobber, kan have behov for at etablere samhusning med henblik på opsamling af origineret trafik. Som et eksempel herpå kan nævnes situationen, hvor et gensalgsprodukt benyttes i kombination med fast operatørvalg for slutbrugerens trafik, og hvor gensælgeren ønsker at opsamle trafikken så tæt på slutbrugeren som muligt. IT- og Telestyrelsen pålægger derfor også samhusningsforpligtelsen på nærværende marked. Adgang til samhusning via denne forpligtelse har dog som forudsætning, at den understøtter den samhusningsberettigedes egne aktiviteter på nærværende marked som ovenfor nævnt.*

Ud over forpligtelsen til at imødekomme alle rimelige anmodninger adgang til samtrafik blev TDC pålagt en række andre forpligtelser til blandt andet at foretage regnskabsmæssig opsplitting, opfylde krav om priskontrol og anvende et omkostningsregnskab, jf. telelovens §§ 51 – 51 e. Pålæggelsen af disse forpligtelser er ikke påklaget.

Sidst i styrelsens afgørelse var det bestemt, at afgørelsen skulle træde i kraft den 15. december 2005, eller når der forelå en endelig administrativ afgørelse, hvis dette tidspunkt kom til at ligge efter den 15. december 2005. Afgørelsen skulle med andre ord træde i kraft, når fristen for påklage var udløbet, eller når Teleklagenævnet havde truffet afgørelse i sagen<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Afgørelsens ikrafttrædelsesbestemmelse skyldes § 7, stk. 3 og 4, i den ændring af teleloven, der fandt sted ved lov nr. 450 af 10. juni 2003. Efter de nævnte bestemmelser finder en række bestemmelser i den hidtidige telelov og en række bekendtgørelser fortsat anvendelse, indtil der er truffet *endelig* administrativ afgørelse, og forpligtelserne for det relevante marked er trådt i kraft. Det skal i parentes bemærkes, at bestemmelsen er ophævet, idet den reelt indebar, at en klage til nævnet fik opsættende virkning, hvilket ikke er i overensstemmelse med EU-retten. Ophævelsen er sket ved § 2 i lov nr. 1427 af 21. december 2005 om ændring af teleloven. Ændringen har ikke betydning for nærværende sag.

IT- og Telestyrelsens afgørelse blev den **2. november 2005** indbragt for Teleklagenævnet af TDC, der *principal* påstod afgørelsen ophævet, *subsidiært* omgjort for så vidt angik indholdet af samhusningsforpligtelsen, *tertiært* hjemvist til fornyet behandling i IT- og Telestyrelsen. Som et særskilt punkt påstod TDC desuden, at afgørelsen tidligst burde træde i kraft 12 uger efter Teleklagenævnets afgørelse.

Til støtte for sin principale påstand om ophævelse gjorde TDC tre forhold gældende:

*1. Marked 8 vedrørende fastnetaccess burde kun omfatte originering af trafik og ikke selve tilslutningen*

TDC henviste i den forbindelse til, at det af Kommissionens markedshenstilling fremgik, at det omhandlede marked som udgangspunkt kun omfattede originering af trafik. Baggrunden for denne afgrænsning var ifølge henstillingen blandt andet, at en udbyder kunne beslutte sig for at gå ind på det kombinerede marked for adgangsforbindelser og opkald *eller* blot gå ind på en del af eller hele opkaldsmarkedet.

Til IT- og Telestyrelsens begrundelser for at inkludere adgangsforbindelser i marked 8 bemærkede TDC, at selskabet ikke var enig i styrelsens synspunkt om, at der var særlige danske forhold, der talte herfor.

At TDC i en årrække havde været pålagt at sælge tjenesteudbyderadgang svarede til, hvad der havde været gældende i andre EU-lande, hvorfor dette ikke var et særligt dansk forhold. Herudover havde IT- og Telestyrelsen ikke redegjort for, på hvilken måde danske forhold adskilte sig fra disse øvrige lande. TDC kunne på den baggrund ikke se, hvordan styrelsens argumentation kunne bære en anden markedsafgrænsning end den, som EU-Kommissionen havde anbefalet.

Til styrelsens henvisning til, at Kommissionen i sin markedsopdeling på detailmarkederne 1-6 for adgang til det offentlige telefonnet på et fast sted og offentligt tilgængelige telefontjenester leveret på et fast sted havde inkluderet både trafik og adgangsforbindelser bemærkede TDC, at denne henstilling var gældende for alle medlemsstater, hvorfor der ikke var tale om et specifikt dansk forhold.

TDC pegede endvidere på, at myndighederne i de øvrige EU-lande, som havde analyseret marked 8, havde valgt at afgrænse markedet således, at kun originering af trafik og ikke adgangsforbindelser var omfattet, selv om der i visse af disse lande blev udbudt tjenesteudbyderadgang. Det påhvilede således efter TDCs opfattelse IT- og Telestyrelsen at godtgøre, hvilke særlige danske forhold der tilsagde, at markedsafgrænsningen skulle være anderledes i Danmark end i de øvrige EU-lande. Da IT- og Telestyrelsen ikke havde foretaget en sådan

analyse, fandt TDC, at styrelsen ikke i tilstrækkelig grad havde opfyldt sin begrundelsespligt.

Endelig pegede TDC på, at den altovervejende del af produktionen af adgangsforbindelser bestod i accessnettets rå kobber, som var omfattet af marked 11 vedrørende ubundet adgang. Ifølge styrelsens udkast til afgørelse for marked 11 ville TDC på dette marked blive pålagt forpligtelser til at imødekomme rimelige anmodninger om adgang til leje af rå kobber. Det var derfor efter TDCs opfattelse overflødig og uforholdsmæssigt at inkludere adgangsforbindelser i marked 8.

## *2. Forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang burde baseres på markedsforholdene på detailmarkederne for telefoni*

TDC henviste under dette punkt til, at det fremgik både af EU-Kommissionens udtalelser og af en række af de øvrige EU-landes markedsundersøgelser, at forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang burde baseres på markedsforholdene på detailmarkederne i stedet for markedsforholdene på engrosmarkederne.

Som eksempel herpå henviste TDC til EU-Kommissionens udtalelse af 3. september 2004 til den portugisiske telemyndighed, hvoraf det fremgik, at

*In general, the Commission considers that WLR<sup>25</sup> can be an appropriate remedy to address the lack of competition in the relevant retail markets. In any event, the need for the market entrants to rely on inputs such as WLR should decrease, over time, as they increase investment in their network infrastructure.*

TDC pegede endvidere på, at det fremgik af den svenske afgørelse på marked 8, at gensalgforpligtelsen ikke var placeret på dette marked, men på detailmarkedet. Ligesom i andre lande omfattede forpligtelsen i Sverige kun gensalg af adgangsforbindelser (WLR) og de trafiktyper, der ikke var omfattet af frit operatørvalg.

Konsekvensen af den danske afgørelse var for eksempel, at TDC ville blive pålagt gensalg af trafik på marked 6<sup>26</sup>, hvor der i henhold til IT- og Telestyrelsens udkast til afgørelse herskede fuld konkurrence, uden at det blev belyst, om gensalg af udlandstrafik til erhvervsabonnenter spillede nogen rolle for dette marked. Dette eksempel illustrerede, at forpligtelsen til gensalg på marked 8 ville medføre ubegrundede forpligtelser på de underliggende detailmarkeder.

Af side 3 i høringsnotatet af 25. august 2005<sup>27</sup> fremgik det, at det var styrelsens opfattelse, at den ved valget af, om en forpligtelse om gensalg skulle pålægges

<sup>25</sup> WLR er en forkortelse for 'wholesale line rental', dvs. engrossalg af adgangsforbindelser/tilslutninger.

<sup>26</sup> Detailmarkedet for udlandstelefoni til erhvervs kunder.

<sup>27</sup> Høringsnotatet er vedlagt styrelsens afgørelse som bilag 8.

markederne 1-2 eller marked 8, først skulle søge at løse konkurrenceproblemerne ved at pålægge forpligtelser på engrosmarkedet.

TDC var ikke uenig i dette synspunkt, men fandt, at vurderingen af, om der skulle pålægges en forpligtelse til gensalg på engrosmarkedet, burde afhænge af markedsforholdene på de relevante detailmarkeder. De relevante detailmarkeder i den forbindelse ville være markederne 1-6, idet forpligtelsen til gensalg af både adgangsforbindelser og trafik på marked 8 indvirkede på alle disse detailmarkeder.

Konsekvensen af, at marked 8 blev udvidet til også at omfatte adgangsforbindelser, ville i øvrigt være, at samtlige fastnetoperatører skulle anses for at have en stærk markedsposition på dette marked i forhold til accesstrafik fra deres kunder, og at alle udbydere derfor burde pålægges en gensalgsforpligtelse<sup>28</sup>. Dette skyldtes, at det for alle typer originering<sup>29</sup> gjaldt, at der på engrosmarkedet ikke var konkurrence, da en udbyder ikke kunne vælge andre alternativer til access.

*3. Da adgang til access ikke krævede adgang til samhusning, burde forpligtelsen til at give adgang til samhusning baseres på markedsforholdene på markedet for ubundet adgang (marked 11) og eventuelt markedet for terminerede segmenter af faste kredsløb (marked 13)*

TDC gjorde i den forbindelse gældende, at adgang til access ikke nødvendigvis krævede adgang til samhusning.

IT- og Telestyrelsen havde på side 29 i sin afgørelse anført som sin opfattelse, at en udbyder af accessydelser, der ikke rådede over rå kobber, kunne have behov for at etablere samhusning med henblik på opsamling af origineret trafik. Som eksempel herpå nævnte styrelsen den situationen, hvor et gensalgsprodukt blev benyttet i kombination med fast operatørvalg for slutbrugerens trafik, og hvor gensælgeren ønskede at opsamle trafikken så tæt på slutbrugeren som muligt.

TDC var enig i, at opsamling af trafik kunne ske ved hjælp af en samhusning, men dette var ikke nødvendigt, idet opsamling af trafik tillige kunne finde sted ved f.eks. at føre trafikken over et kredsløb lejet hos TDC.

Forpligtelsen til samhusning var derimod relevant på engrosmarkedet for ubundet adgang (marked 11) og eventuelt på engrosmarkedet for central-liniesegmenter (marked 13).

Hvis samhusningsforpligtelsen blev opretholdt på accessmarkedet, burde samme forpligtelse med samme ret kunne pålægges termineringsmarkedet. Konse-

<sup>28</sup> Dette synspunkt er trukket tilbage, jf. TDCs udtalelse af 22. marts 2006 nedenfor.

<sup>29</sup> Originering i eget net, trafik mod frikaldsnumre i andre net og trafik mod operatørvalgnumre.

kvensen heraf ville være, at alle udbydere skulle være forpligtede til at tilbyde samhusning.

Til støtte for sin subsidiære påstand om omgørelse af samhusningsforpligtelsen fremførte TDC endvidere, at

4. *telelovens § 40, stk. 2, nr. 3, jf. § 51 a, stk. 2, ikke gav IT- og Telestyrelsen hjemmel til at udvide samhusningsforpligtelsen i forhold til den hidtil gældende telelovs § 39, stk. 1, nr. 4, og § 40, stk. 4*

Af bemærkningerne til den tidligere gældende telelovs § 40, stk. 4<sup>30</sup>, fremgik det, at der ved samhusning skulle forstås adgang til i centralbygninger eller andre lokaliteter, som en udbyder ejede, lejede eller på anden måde rådede over, at opstille og vedligeholde centraler samt det nødvendige transmissionsudstyr m.v., som i praksis gav mulighed for at fremføre og styre signaler mellem bestemte termineringspunkter i forbindelse med aftaler om samtrafik.

Endvidere var det i bemærkningerne til loven anført, at

*Aftaler om samhusning indgås således i tilknytning til aftaler om udveksling af trafik mellem udbyderen af telenet eller teletjenester, leje af infrastrukturkapacitet eller tjenesteudbyderadgang.*

TDC pegede videre på, at IT- og Telestyrelsen i en afgørelse dateret den 28. april 2004 havde fortolket samhusningsforpligtelsen således, at TDC ikke kunne pålægges en forpligtelse til at lade en udbyders samhusningsaftaler blive anvendt til at transportere eller koble trafik for en anden udbyder, uanset at trafikken vedrørte en samtrafikaftale indgået med TDC.

Desuden henviste TDC til, at Teleklagenævnet tilsvarende i en afgørelse af 26. maj 2005 havde fastslået, at TDC var berettiget til at stille krav om, at samhust udstyr skulle benyttes i tilknytning til den pågældende operatørs samtrafikaftale med TDC.

Samhusningsforpligtelsen i den påklagede afgørelse var fastsat således, at de samhusningsberettigede udbydere skulle have adgang til

- a) at opstille og vedligeholde udstyr på samhusningslokaliteten
- b) at foretage intern kabling med andre udbydere, og
- c) at lade andre udbydere opstille og vedligeholde udstyr på den samhusningsberettigedes lokalitet

TDC fremførte i den forbindelse, at ovenstående udgjorde en udvidelse af samhusningsforpligtelsen på en række punkter i forhold til hidtil gældende telelovgivning, herunder især på følgende punkter

<sup>30</sup> Der henvises til lovforslag L 248 af 30. marts 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet.

- den samhusningsberettigede udbyder fik mulighed for at opnå aftale om samhusning med henblik på at opsamle anden trafik end den trafik, der stammede fra den samhusningsberettigedes egen samtrafik med TDC
- den samhusningsberettigede fik ret til at foretage intern kabling, uden at kablingen var betinget af, at kablingen blev anvendt i tilknytning til den samtrafikberettigedes egen trafik med TDC
- TDC forpligtedes til at lade andre udbydere opstille og vedligeholde udstyr på den samhusningsberettigedes lokalitet

TDC henviste til, at IT- og Telestyrelsen på side 23 i den påklagede afgørelse havde begrundet udvidelsen således:

*Ifølge den nugældende telelovgivning er samtrafikproduktet samhusning et selvstændigt samtrafikprodukt, der i teleloven § 40, stk. 1, nr. 1, jf. § 40, stk. 2, nr. 3, er angivet som sideordnet med de øvrige produkter og faciliteter, som en udbyder med en stærk markedsposition skal give adgang til. Telelovgivningen betinger dermed ikke længere adgangen til samhusning af, at den udbyder, der ønsker samhusning, kun må anvende samhusningen, hvis udbyderen samtidig har en samtrafikaftale med SMP-udbyderen, og hvis udstyret på samhusningslokaliteten alene anvendes til håndtering af den trafik, der er genereret som led i den tilknyttede samtrafikaftale. Pålæggelse af samhusningsforpligtelsen indebærer således mulighed for at opnå en aftale om samhusning med henblik på at opsamle anden trafik end den trafik, der stammer fra den samhusningsberettigedes egen aftale om samtrafik med SMP-udbyderen.*

TDC bemærkede hertil, at samhusningsforpligtelsen efter den hidtil gældende telelov også var oplistet som et selvstændigt samtrafikprodukt, jf. den dagældende § 39, stk. 1, nr. 4, og § 40, stk. 4. At samhusningsforpligtelsen nu fremgik af en anden bestemmelse i loven kunne efter selskabets opfattelse ikke i sig selv udgøre den fornødne hjemmel til at udvide samhusningsforpligtelsen.

Til støtte for, at der ikke var tale om en materiel udvidelse, henviste TDC til bemærkningerne til § 40, stk. 2, nr. 3, i den nugældende telelov:

*'Adgang til fysisk infrastruktur omfatter – som efter den gældende lov – bl.a. samhusning. Som noget nyt foreslås endvidere adgang til fælles udnyttelse af kabelkanaler m.v. at indgå i det omfang disse udgør en væsentlig del af infrastrukturen på linie med f.eks. bygninger og master.'*

Det fremgik således efter TDCs opfattelse direkte af bemærkningerne til loven, at samhusningsforpligtelsen var en videreførelse af den hidtil gældende forpligtelse, dog med den undtagelse, at fællesudnyttelse af kabelkanaler m.v. nu også skulle være omfattet.



TDC pegede yderligere på forpligtelsen i telelovens § 51 a, stk. 3, hvorefter SMP-udbyderen blev pålagt at stille nødvendig transmissionskapacitet til rådighed for den samhusningsberettigede, hvis det ikke var praktisk muligt at indgå aftale om samhusning på en eller flere lokaliteter. tjek

Forpligtelsen syntes således efter den påklagede afgørelse at nå det helt urimeligt resultat, at TDC kunne risikere at skulle stille transmissionskapacitet vederlagsfrit til rådighed for samhusningsberettigede, der ønskede at opsamle trafik fra andre udbydere, når det ikke var muligt at skaffe plads på en lokalitet, hvor de pågældende udbydere var samhuset. Dette havde efter TDCs opfattelse formodningen imod sig, at lovgiver skulle have tiltænkt en sådan udvidelse af TDCs forpligtelser, idet det tilsvarende fremgik af bemærkningerne til § 51 a, stk. 3, at der var tale om en indholdsmæssig videreførelse af reglerne i den hidtil gældende lovs § 49, stk. 2.

Sammenfattende mente TDC, at det således måtte konkluderes, at der hverken i loven eller i bemærkningerne hertil var støtte for – og dermed hjemmel til – at udvide samhusningsforpligtelsen.

Henset til omfanget af den hidtil gældende forpligtelse sammenholdt med lovens bemærkninger om deregulering, fandt TDC, at en så bebyrdende skærpeelse af forpligtelsen, som afgørelsen udgjorde, i henhold til et almindeligt legalitetssynspunkt måtte forudsætte en klar og entydig lovhjemmel. En sådan hjemmel syntes ikke at fremgå af hverken teleloven eller dens bemærkninger.

På den baggrund fandt TDC, at såvel det materielle indhold af den tidligere gældende § 40, stk. 4, som afgørelser truffet i henhold hertil, herunder Teleklagenævnets afgørelser af henholdsvis 28. april 2004 og 26. maj 2005, fortsat fandt anvendelse.

TDC fandt derfor, at Teleklagenævnet burde omgøre IT- og Telestyrelsens afgørelse, således at TDC fortsat kunne opretholde et krav om, at samhuset udstyr skulle benyttes i tilknytning til den pågældende operatørs samtrafikaftale med TDC.

Til støtte for sin tertiære påstand om hjemvisning af sagen til behandling i IT- og Telestyrelsen gjorde TDC gældende, at

##### *5. Datagrundlaget for styrelsens afgørelse var forældet*

TDC fremførte under dette punkt, at styrelsens analyse af markedet beroede på data for perioden 2003-2005, hvorfor det faktuelle datagrundlag for styrelsens afgørelse ikke tog højde for den seneste udvikling på markedet og derfor i vidt omfang var forældet. Styrelsens datagrundlag afspejlede således ikke udviklingen i mulighederne for alternative accessformer, som utvivlsomt havde ændret sig væsentligt, siden styrelsen havde indhentet de anvendte data.

TDC fandt således, at IT- og Telestyrelsen i overensstemmelse med official-princippet burde tage skridt til at sikre en opdatering af datagrundlaget, inden styrelsen traf endelig afgørelse. En sådan opdatering havde imidlertid ikke fundet sted, og afgørelsen led derfor af en sådan formel mangel, at den burde ophæves eller hjemvises til fornyet behandling i IT- og Telestyrelsen.

Til TDCs særskilte påstand om ikrafttrædelsestidspunktet for IT- og Telestyrelsens afgørelse bemærkede selskabet, at

*6. En fastholdelse af IT- og Telestyrelsens afgørelse ville betyde, Teleklagenævnets afgørelse skulle træde i kraft samme dag, som afgørelsen blev truffet, hvis dette skete efter den 15. december 2005.*

TDC bemærkede hertil, at det ikke var praktisk muligt at efterleve afgørelsen uden et vist varsel. Hvis Teleklagenævnet traf afgørelse om at pålægge TDC yderligere forpligtelser, ville TDC være nødsaget til at foretage ændringer i standardtilbud m.m., hvorfor selskabet burde indrømmes en rimelig frist hertil, som under hensyn til arbejds omfang ikke burde være under 12 uger.

Efter at have modtaget TDCs bemærkninger udtalte IT- og Telestyrelsen den 21. november 2005, at det var styrelsens opfattelse, at den påklagede afgørelse i det hele burde opretholdes, idet styrelsen anvendte samme systematik i sin udtalelse som anvendt af TDC.

#### *Markedsafgrænsningen*

Til TDCs synspunkt i relation til markedsafgrænsningen pegede styrelsen på, at den i henhold til telelovens § 84 b havde pligt til at tilpasse markedsafgrænsningen til danske forhold. Styrelsen fremhævede, at det af forarbejderne til den nævnte bestemmelse fremgik, at styrelsen ud fra egen vurdering kunne afgrænse andre relevante produktmarkeder, idet det afgørende var at få vurderet alle produktmarkeder, hvor der kunne være konkurrenceproblemer.

Styrelsen henviste til, at det af rammedirektivets artikel 15, stk. 3, yderligere fremgik, at medlemsstaterne under nøje hensyntagen til Kommissionen henstilling skulle foretage en afgrænsning af de relevante markeder 'tilpasset de nationale forhold'. Det afgørende var således, om de nationale konkurrenceforhold berettigede til et indgreb.

På denne baggrund havde styrelsen afgrænset markedet for fastnetaccess således, at adgangsforbindelser også indgik som et relevant produkt for fastnetaccess, da der var nationale forhold, der talte herfor. Det skulle således efter styrelsens opfattelse tages i betragtning, at TDC som SMP-udbyder i en årrække havde været pålagt at sælge tjenesteudbyderadgang til andre udbydere.

Styrelsen pegede videre på, at EU-Kommissionen i brev af 11. marts 2005 ikke havde indsigelser mod den foretagne markedsafgrænsning, hvorfor det måtte

lægges til grund, at markedsafgrænsningen var foretaget i overensstemmelse med gældende regler.

Det blev i den forbindelse fremhævet, at Kommissionen i brev af 11. marts 2005 blandt andet havde udtalt:

*[...]Eftersom IT- og Telestyrelsens vurdering kan gælde såvel mutatis mutandis for det smallere marked, der kun omfatter adgangsforsbindelser på engrosniveau, følger det deraf, at adgang alene også kan bestå denne test og således udgøre et marked, som bør underlægges forhåndsregulering. IT- og Telestyrelsen har ydermere påvist, at TDC ville have SMP både for (kun) fastnetaccess på engrosniveau og for (kun) adgangsforsbindelser på (kun) engrosniveau.*

*Derudover bemærker Kommissionens tjenestegrene, at de foreslåede løsninger ikke nødvendigvis kræver afgrænsning af et separat adgangsmarked, eftersom de kan pålægges med hensyn til fastnetaccess-markedet alene.*

Yderligere fremgik det af Kommissionens brev, at

*Følgelig finder Kommissionen, at spørgsmålet om adgangstjenester på engrosniveau kan inkluderes i marked nummer 8, eller om disse markeder udgør et særskilt marked, der bør underlægges forhåndsregulering, kan stå åbent i den foreliggende sag, eftersom det ikke har nogen indvirkning på vurderingen af SMP eller på de foreslåede løsninger.*

Efter styrelsens opfattelse havde Kommissionen dermed accepteret den skete markedsafgrænsning, fordi TDC havde SMP både på engrosniveau for opsamling af trafik (alene) og for adgangsforsbindelser (alene). På denne baggrund havde IT- og Telestyrelsen valgt at lade adgangsforsbindelser indgå som en del af marked 8.

Styrelsen henviste yderligere til, at Konkurrencestyrelsen i en vejledende udtalelse af 19. august 2004 i forbindelse med høring over udkast til analyse om reel konkurrence og SMP på engrosmarkedet for fastnetaccess havde udtalt

*[...] at markedsafgrænsninger, markedsanalyser og IT- og Telestyrelsens angivelse af, hvilke virksomheder IT- og Telestyrelsen påtænker at udpege som havende SMP på engrosmarkedet for fastnetaccess, er foretaget i overensstemmelse med EU-teledirektivpakken og dennes implementering i Danmark.*

Til TDCs indsigelse om, at IT- og Telestyrelsen ikke havde redegjort for, på hvilken måde danske forhold adskilte sig fra forholdene i de øvrige lande, hvor der blev udbudt tjenesteudbyderadgang, henviste styrelsen til, at den over for

Kommissionen<sup>31</sup> og på side 7 i afgørelsen havde redegjort for, på hvilken måde danske forhold adskilte sig fra Kommissionens generelle markedsafgrænsning af marked 8, som den kom til udtryk i henstillingen.

Da konkurrencesituationen kunne variere fra land til land, fandt styrelsen, at det var af mindre betydning, hvordan andre landes myndigheder afgrænsede produktmarkeder ud fra lokale forhold, og det ville derfor efter styrelsens opfattelse heller ikke tjene noget formål at foretage en sammenligning med andre lande, sådan som TDC havde plæderet for.

Endelig henviste styrelsen til, at Kommissionen ved brev af 11. marts 2005 havde fundet, at den skete markedsafgrænsning var i overensstemmelse med de gældende regler.

Til TDCs synspunkt om, at det var overflødigt og uforholdsmæssigt at inkludere adgangsforbindelser i marked 8, da den altovervejende del af produktionen af adgangsforbindelser bestod i accessnettets rå kobber, bemærkede styrelsen, at i det omfang, der var lige adgang til det rå kobber, syntes adgangsforbindelser ikke i sig selv at udgøre en flaskehals på marked 8. Da den rå kobberforbindelse imidlertid kun udgjorde en del af adgangsforbindelsen, ville der være flaskehalse på de dele af produktet, der lå ud over det rå kobber (liniekortudstyr). Adgangsforbindelser omfattede således hele strækningen fra slutbrugeren til og med liniekortet i lokalcentralen.

Adgangen til det rå kobber var således kun en del af produktet adgangsforbindelser og dermed ikke den eneste del af trækningen, hvor der kunne forekomme flaskehalsproblemer.

#### *Forpligtelsen til at tilbyde tjenesteudbyderadgang*

Til TDCs anbringende om, at forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang burde baseres på forholdene på detailmarkedet, bemærkede styrelsen, at der kunne være selvstændige konkurrenceproblemer på både engros- og detailmarkedet. Regulering af detailmarkedet kunne således ikke i sig selv løse konkurrenceproblemer på engrosmarkedet.

Endvidere fremgik det af forsyningspligt direktivets betragtning 26<sup>32</sup>, at kontrol med detailtjenester kun burde indføres, hvis myndighederne fandt, at de relevante engrostjenester eller tilhørende foranstaltninger ikke sikrede målsætningen om reel konkurrence.

<sup>31</sup> Styrelsen har oplyst, at der her henvises til en sammenfatning af 4. februar 2005 af afgørelsesudkastet på marked 8 sendt til EU-Kommissionen, jf. ovenfor under afsnit 5 om markedsafgrænsning.

<sup>32</sup> Jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

Styrelsen bemærkede yderligere, at der ikke i direktiverne var et dobbelt SMP-krav, jf. Kommissionens betragtninger i den 10. implementeringsrapport, side 26:

*There are certain Member States which seem to limit the power of the NRA by restricting the necessary discretion by means of the application of criteria and conditions that are not present in the regulatory framework. This is the case in particular in Germany where the law introduces additional criteria – relation to the need for dominance on both the wholesale and the retail markets, and a historical market power position – as a condition for the imposition of ex ante wholesale price regulation for access services. This seems to go beyond the requirements set out in the Directive.*

Styrelsen konkluderede på den baggrund, at en myndigheds pålæg af forpligtelser på et engrosmarked således ikke var afhængig af, at der på detailmarkedet ligeledes var et fravær af konkurrence.

Af Kommissionens brev af 11. marts 2005 til styrelsen fremgik det, at navnlig forpligtelsen til at give adgang til engroskøb af gensalgstjenester (forbindelser og opkald) kunne lægges på fastnetaccessmarkedet på grundlag af artikel 12 i adgangsdirektivet, der tillod pålæggelse af en forpligtelse til at levere specificerede tjenester på engrosbasis til gensalg af tredjepart. Kommissionen havde således ikke udtalt, at forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang burde baseres på markedsforholdene på detailmarkedet for telefoni.

Styrelsen havde i afgørelsen taget udgangspunkt i det konstaterede konkurrenceproblem (forekomsten af flaskehals) på marked 8. Dette medførte, at flere udbydere kunne opnå adgang til at udbyde adgangsforsendelser og opsamling af trafik i konkurrence med hinanden, hvorved den reelle konkurrence blev styrket, således at mulighederne for et varigt og billigt udbud af produkter til slutbrugerne blev forbedret.

Det var endvidere styrelsens vurdering, at hvis den hidtil gældende forpligtelse til tjenesteudbyderadgang blev ophævet, ville det indebære, at nuværende udbydere på tilknyttede detailmarkeder ikke inden for en overskuelig periode ville kunne omstille sig til at agere som udbydere på disse markeder, hvorved der ville blive skabt en afgørende og markant forringelse af konkurrencen på de tilknyttede detailmarkeder.

Desuden rakte forpligtelsen videre end adgangen til opsamling af trafik, idet engroskøb af f.eks. samtaleminutter i praksis ville være baseret på flere engrosprodukter end opsamling af trafik alene, og forpligtelserne gik således på tværs af flere produkter og markeder, herunder terminering og transport. Styrelsen havde fundet det mest hensigtsmæssigt at pålægge tjenesteudbyderadgang – som alene kunne pålægges med mening på et enkelt marked – på marked 8, idet den centrale bestanddel af abonnementsdelen af gensalgproduktet (originering

og access) var placeret på dette marked. Desuden fandt styrelsen det berettiget og proportionalt.

Styrelsen vendte sig herefter mod TDCs argument om, at konsekvensen af afgørelsen f.eks. var, at TDC blev pålagt gensalg af trafik på marked 6, hvor der ifølge udkast til afgørelse herskede fuld konkurrence, uden at det var blevet belyst, om gensalg af udlandstrafik til erhvervsabonnenter spillede nogen rolle for dette marked. Hertil gjorde styrelsen gældende, at én af forudsætningerne for, at det i udkastet på marked 6 var konstateret, at der var reel konkurrence, var de forpligtelser, der var blevet pålagt TDC på marked 8. Konkurrencesituationen på marked 6 og analysen af denne afhang således direkte af de forpligtelser, der var blevet pålagt på marked 8.

#### *Anvendelsen af samhusningsforpligtelsen*

Efter at have fremsat bemærkninger til det af TDC frafaldne synspunkt om øvrige udbyderes SMP på engrosmarkedet for opsamling af trafik som følge af inddragelsen af adgangsforbindelser, beskæftigede styrelsen sig med TDCs anbringende om, at forpligtelse til opsamling af trafik ikke nødvendigvis krævede adgang til samhusning, idet denne også kunne ske ved f.eks. at lede trafikken over et kredsløb lejet hos TDC.

Styrelsen var således enig med TDC i, at der skulle ske opsamling af trafik fra markedet, og at dette skulle ske ved etablering af f.eks. faste kredsløb. Etableringen af sådanne kredsløb kunne enten ske ved brug af TDCs net eller ved brug af transmissionskapacitet leveret af en anden udbyder end TDC. Hvis sidstnævnte var tilfældet, var det nødvendigt at have adgang til samhusning med henblik på at opstille udstyr på lokaliteten, der kunne give mulighed for opsamling af trafik.

Hvis konkurrencen på markedet skulle øges i forhold til den nuværende konkurrencesituation, måtte det efter styrelsens opfattelse sikres, at opsamlingsydelsen kunne aftages hos andre udbydere end TDC, der via en markedsandel på over 95 % havde en stærk markedsposition på markedet. En undladelse af at pålægge en forpligtelse til samhusning ville alene underbygge TDCs stærke markedsposition, for så vidt angik opsamling af den originerede trafik.

Forpligtelsen til at tilbyde samhusning var således blevet pålagt TDC som et nødvendigt tiltag for at skabe alternativer til opsamling af trafik ved anvendelse af TDCs infrastruktur og udstyr og dermed styrke konkurrencen på markedet.

#### *Indhold og omfang af samhusningsforpligtelsen*

Under dette punkt beskæftigede styrelsen sig først med TDCs anbringende om, at forpligtelsen til at tilbyde samhusning i den gældende telelovs § 40, stk. 2, nr. 3, måtte anses for uændret videreførelse af den tidligere bestemmelse om samhusning i teleloven fra 2000, hvorfor adgangen til samhusning forsat burde være betinget af en anden samtidig aftale om samtrafik mellem parterne, lige-

som udstyr på samhusningslokaliteten alene måtte anvendes til transport af trafik, der var genereret efter denne anden samtidige aftale om samtrafik med TDC.

Styrelsen bemærkede hertil, at den tidligere telelov og den gældende var baseret på hver sit sæt EU-direktiver. De direktiver, som den tidligere telelov var baseret på<sup>33</sup>, beskæftigede sig kun sporadisk med begrebet samhusning, hvorfor de nationale bestemmelser om samhusning for en stor dels vedkommende alene var formuleret på baggrund af nationale vedtagelser.

Derimod fremgik det af adgangsdirektivets artikel 12, stk. 1, som den nuværende telelovs § 40, stk. 2, nr. 3, byggede på, at udbyderne kunne pålægges pligt til at tilbyde samhusning eller andre former for fælles brug af faciliteter, herunder fælles brug af kabelkanaler, bygninger eller master, jf. bestemmelsens litra f.

Som det fremgik af bestemmelsen, var adgangen til samhusning opstillet som en selvstændig forpligtelse på lige fod med øvrige faciliteter og produkter. Bestemmelsen, der var implementeret i § 40 i den gældende telelov, opstillede således ikke som forudsætning, at adgangen blev givet i tilknytning til anden samtidig trafikaftale.

I lovbemærkningerne til § 40, stk. 4, i teleloven fra 2000 var anført følgende om kriterierne for adgang til samhusning:

*Aftaler om samhusning indgås således i tilknytning til aftaler om udveksling af trafik mellem udbydere af telenet eller teletjenester, leje af infrastrukturkapacitet eller tjenesteudbyderadgang.*

Denne forudsætning for indgåelse af en aftale om samhusning var alene anført i bemærkninger til 2000-loven. Forudsætningen var derimod ikke medtaget ved ændringen af teleloven i 2003.

Videre konstaterede styrelsen, at bestemmelsen i adgangsdirektivet heller ikke opstillede særlige betingelser om samtidige samtrafikaftaler som forudsætning for adgang til samhusning.

Bemærkninger til den gældende bestemmelse i telelovens § 40, stk. 2, nr. 3, angav, at der i lighed med den hidtidige lov også fandtes en forpligtelse til samhusning i den nye lov. Det var imidlertid ikke normeret, hvad begrebet samhusning indebar, eller hvilke kriterier der skulle opfyldes, for at forpligtelsen til samhusning kunne pålægges. På den baggrund mente styrelsen, at bemærkningerne skulle læses som en samlet beskrivelse af, hvad adgang til fysisk

<sup>33</sup> Styrelsen henviste her til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30. juni 1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtigheder og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/10/EF af 26. februar 1998 om ONP-vilkår for taletelefonitjenesten og om udbud af forsyningspligtigheder på teleområdet under konkurrenceforhold. ONP står for open network provision, dvs. tilrådighedsstillelse af åbne net.

infrastruktur kunne omfatte, men ikke en indikation af, at den nye bestemmelse skulle fortolkes i overensstemmelse med den gamle.

Det var styrelsens opfattelse, at hvis man ønskede en videreførelse af en given lovbestemmelse fra et lovkompleks til et andet, skulle videreførelsen eksplicit angives i lovbemærkningerne. Endvidere måtte det gælde, at hvis der skulle opstilles særlige vilkår for at bringe et givet produkt i anvendelse, måtte dette tillige særskilt videreføres fra det ene lovkompleks til det andet. Dette var ikke tilfældet i den forelagte sag. Som eksempel på en eksplicit videreførelse nævnte styrelsen bemærkninger til telelovens gældende § 51 a, stk. 2 og 3, hvor det særskilt var angivet i bemærkninger, at bestemmelsen indholdsmæssigt var en videreførelse af de hidtil gældende regler.

Ud fra ordlyden i den gældende bestemmelse i telelovens § 40, stk. 2, nr. 3, sammenholdt med bestemmelsen i adgangsdirektivets artikel 12, stk. 1, måtte samhusningsforpligtelsen forstås således, at den kunne pålægges og anvendes som en selvstændig forpligtelse uden forudsætning om tilknytning til samtidig adgang til andre samtrafikprodukter. Den nævnte bestemmelse var – selv om den vedrørte samme forhold som den hidtidige bestemmelse – helt ny, hvorfor den ikke skulle fortolkes i lyset af den ikke helt tilsvarende hidtidige bestemmelse, men undergives en selvstændig fortolkning under hensyn til de konkrete formål, som den aktuelle underliggende EU-regulering opstillede.

Den gældende formulering af samhusningsforpligtelsen var i modsætning til tidligere ikke en selvstændig dansk definition af samhusning. Den gældende telelov var således funderet på et andet grundlag end den hidtidige telelov<sup>34</sup>, og dette grundlag – adgangsdirektivet – forudsatte et samhusningsprodukt, der kunne foreskrives særskilt og uafhængigt. Direktivet var således efter styrelsens opfattelse korrekt implementeret i den danske telelov.

Til TDCs anbringende om, at samhusningsforpligtelsen ikke kunne udvides i forhold til den hidtil gældende telelov, henviste styrelsen til telelovens § 40, stk. 2, hvorefter adgang til eller tilrådighedsstillelse af faciliteter bl.a. omfattede adgang til fysisk infrastruktur.

I de særlige lovbemærkninger var det desuden anført, at oplistningen af samtrafikprodukter i bestemmelsen alene var eksemplificerende og derfor ikke udtømmende. Herudover var det bemærket, at IT- og Telestyrelsen konkret fastlagde afgrænsningen af de enkelte samtrafikprodukter i forbindelse med afgørelser om forpligtelser efter lovens § 51.

Det var på denne baggrund styrelsens opfattelse, at omfanget af de samtrafikprodukter, som en udbyder med en stærk markedsposition skulle give adgang til i henhold til telelovens § 51 a, skulle fastsættes individuelt ud fra den konkrete konkurrencesituation på det aktuelle marked. Dermed var de pålagte for-

<sup>34</sup> Jf. lov nr. 418 af 31. maj 2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet.



pligtelser til samhusning m.v. omfattet af styrelsens adgang til at pålægge forpligtelser efter telelovens § 51 a, stk. 1, nr. 1.

Styrelsen ville med andre ord i forbindelse med en markedsafgørelse konkret og ud fra den aktuelle konkurrencesituation og ud fra det aktuelle behov på markedet kunne fastlægge omfanget og arten af de samtrafikprodukter efter § 40, der på et givet marked skulle gives adgang til.

For så vidt angik TDCs bemærkninger om hensigten med § 51 a, stk. 3, vedrørende vederlagsfri tilrådighedsstillelse af transmissionskapacitet i særlige tilfælde, bemærkede styrelsen, at TDCs henvisninger til bestemmelsens forarbejder ikke kunne føre til en antagelse om, at samhusningsbestemmelsen skulle have et uændret indhold i forhold til den hidtil gældende telelov. Dette skyldtes, at forarbejderne blot henviste til selve omfanget af forpligtelsen efter den hidtidige § 49, stk. 2, der netop ikke var ændret, hvorimod dette naturligvis ikke samtidig betød, at reguleringen i den nye lov var identisk, for så vidt angik alle de tilfælde, hvor forpligtelsen kunne blive aktuel.

Hertil kom, at Kommissionen ikke havde haft indvendinger mod omfanget af samhusningsforpligtelsen i forbindelse med høringen over udkastet til den påklagede afgørelse.

Styrelsen henviste ligeledes til et brev af 10. oktober 2005 fra Kommissionen til Videnskabsministeriet<sup>35</sup>, hvori Kommissionen som eksempel nævner adgangen til intern kabling som en forpligtelse, som Kommissionen gerne så træde i kraft snarest muligt i lyset af den verserende problematik omkring produktet. Det var på baggrund af dette brev styrelsens vurdering, at forpligtelsen til intern kabling efter Kommissionens opfattelse kunne pålægges som sket i styrelsens afgørelse.

#### *Datagrundlaget*

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt datagrundlaget for afgørelsen var forældet, bemærkede styrelsen, at datagrundlaget som følge af konstruktionen omkring markedsafgørelser ikke kunne være 100 % opdateret på tidspunktet for afgørelsen.

Dette medførte imidlertid efter styrelsens opfattelse ikke, at afgørelsen i sig selv blev ugyldig af denne grund, idet lovgiver havde taget højde for situationen ved at åbne for muligheden for, at der blev truffet særskilte tillægsafgørelser baseret på analyser af dele af markederne, jf. telelovens § 84 a med tilhørende lovbe-  
mærkninger. Dette indebar, at hvis alene enkelte områder af et marked blev ændret i et sådant omfang, at forpligtelser, der var knyttet til disse markeder, burde ændres, ville styrelsen kunne foretage en analyse af det enkelte område og pålægge/ophæve forpligtelser i forhold til resultatet af denne analyse.

<sup>35</sup> Brevet, der er vedlagt styrelsens udtalelse, har relation til ændringen af teleloven i 2005 som følge af, at de dengang gældende regler om ikrafttrædelsestidspunktet for styrelsens markedsafgørelser var fundet i strid med EU-retten, jf. lov nr. 1427 af 21. december 2005 om ændring af teleloven.

Styrelsen havde ikke kunnet konstatere, at der skulle være forhold på marked 8, der helt eller delvist skulle kunne danne grundlag for ændring af forpligtelserne i den foreliggende markedsafgørelse. Men hvis TDC rådede over sådanne oplysninger, ville styrelsen selv sagt foretage en tillægsanalyse af det pågældende.

#### *Ikrafttrædelsestidspunktet for styrelsens afgørelse*

Til TDCs bemærkninger om ikrafttrædelsestidspunktet for styrelsens afgørelse henviste styrelsen til, at den endelige afgørelse af dette spørgsmål hørte under Teleklagenævnets kompetence.

Efter at have fået forelagt IT- og Telestyrelsens udtalelse fremkom TDC den 15. december 2005 med sine bemærkninger hertil.

Til spørgsmålet om den divergerende afgrænsning af marked 8 bemærkede TDC, at selskabet stadig ikke fandt, at styrelsen havde redegjort for, på hvilken måde danske forhold adskilte sig fra forholdene i de øvrige lande, hvor der blev udbudt tjenesteudbyderadgang. I sin udtalelse henviste styrelsen til side 7 i selve afgørelsen, hvor der som eneste begrundelse var anført, at der ved markedsafgrænsningen var lagt særlig vægt på, at TDC allerede efter den nuværende regulering var pålagt at sælge tjenesteudbyderadgang.

TDC fremførte dernæst, at det var rigtigt som påpeget på side 3 i styrelsens udtalelse, at der krævedes mere end rå kobber for at producere telefoni, eksempelvis også linie-kort m.v. Der kunne derfor, som styrelsen havde anført, forekomme flaskehalsproblemer. Men markedsafgørelsen skulle efter TDCs opfattelse ikke basere sig på, at der kunne være problemer, men på påvisningen eller sandsynliggørelsen af faktiske problemer. Styrelsen havde efter TDCs opfattelse ikke i sin begrundelse påvist eller sandsynliggjort, at sådanne problemer forelå.

I den forbindelse bemærkede TDC, at styrelsen havde haft gode muligheder for at undersøge, om der forelå sådanne flaskehalsproblemer, idet styrelsen havde set på tilgængelige teknologier i forbindelse med LRAIC-modelleringen<sup>36</sup> for telefoninettet. Specielt ét af Tele2s abonnementer var således ifølge TDCs oplysninger baseret på, at Tele2 opsatte eget PSTN-udstyr og dermed anvendte rå kobber. I givet fald havde styrelsen ikke foretaget en tilstrækkelig sagsoplysning.

På ovenstående baggrund fastholdt TDC, at IT- og Telestyrelsens afgørelse om at lade adgangsforbindelser være omfattet af marked 8 ikke var tilstrækkeligt begrundet.

<sup>36</sup> Forkortelsen LRAIC står for 'long run average incremental cost', dvs. langsigtede gennemsnitlige differensomkostningers metode.

Til spørgsmålet om tjenesteudbyderadgang bemærkede TDC, at styrelsen kunne have ret i som hævded nederst på side 3 i sin udtalelse, at reguleringen på detailmarkederne ikke i sig selv kunne løse konkurrenceproblemerne på engrosmarkederne. TDC fandt imidlertid ikke, at styrelsens anbringende var relevant i den givne sammenhæng, idet en pålagt gensalgforpligtelse ikke ville kunne løse eventuelle konkurrenceproblemer på engrosmarkederne – snarere tværtimod. En gensalgforpligtelse ville således efter TDCs opfattelse alene afhjælpe manglen på konkurrence på detailmarkedet.

TDCs henviste i den forbindelse til, at telelovens formål i henhold til § 1 var at give slutbrugerne mulighed for at vælge, hvilken udbyder de ønskede at være kunde hos. Hovedsigtet var således at sikre konkurrence på detailmarkedet, og som anført var der efter TDCs opfattelse ikke grundlag for at lade marked 8 omfatte tjenesteudbyderadgang, der ikke udgjorde et særligt engrosmarked for gensalg. En regulering af gensalg måtte derfor pålægges på grundlag af konkurrenceproblemer på detailmarkederne, og en sådan forpligtelse kunne være tilstrækkelig til at løse eventuelle problemer på de relevante detailmarkeder.

TDC henviste yderligere til, at styrelsen nederst på side 4 i sin udtalelse argumenterede for, at gensalgforpligtelsen skulle pålægges marked 8 i stedet for på de overliggende detailmarkeder med den begrundelse, at gensalgforpligtelsen gik på tværs af flere produkter og markeder – ikke blot originering, som var kernen i marked 8, men også adgangsforbindelser (abonnement), terminering og transport. På den baggrund havde styrelsen fundet, at det var mest hensigtsmæssigt at pålægge forpligtelsen på marked 8, idet den alene med mening kunne lægges på et enkelt marked.

TDC fandt imidlertid ikke, at det var korrekt, at gensalgforpligtelsen kun gav mening, hvis både abonnement og samtaler blev inkluderet. Den almindeligste form for gensalg var kombineret med fast operatørvalg, hvor gensælgeren fik adgang til selv at afvikle trafikken. Forpligtelsen kunne således udmærket indskrænkes til f.eks. at omfatte PSTN- og ISDN-abonnementer og pålægges efter afgørelsen for marked 1. Der ville efter TDCs opfattelse heller ikke være tekniske problemer forbundet med at pålægge gensalgforpligtelse for f.eks. begge abonnementsmarkeder (marked 1/privat og marked 2/erhverv) og et eller flere markeder for samtaleformidling (marked 3-6) alt afhængig af konkurrencesituationen på hvert enkelt detailmarked.

Den eneste naturlige binding ville efter TDCs opfattelse være, at gensalgforpligtelsen på ét eller flere markeder for samtaleformidling (markederne 3-6) måtte forudsætte, at der også var gensalgforpligtelse på mindst ét af markederne for abonnementer (markederne 1 og 2).

Styrelsens afgørelse om at pålægge en fuld, bundtet gensalgforpligtelse på marked 8 syntes således at være baseret på en misforståelse af de faktiske forhold.

TDC knyttede herefter nogle bemærkninger til side 5 øverst i IT- og Telestyrelsens udtalelse, hvor det var anført, at én af forudsætningerne for, at styrelsen i sit udkast til afgørelse for marked 6 havde kunnet konstatere, at der var reel konkurrence på dette marked, var begrundet i de forpligtelser, der var blevet pålagt i forbindelse med afgørelsen for marked 8.

TDC ville ikke afvise, at dette kunne være rigtigt, men det kunne efter selskabets opfattelse ikke være forpligtelsen til gensalg af trafik, der udgjorde den nødvendige forudsætning. Hvis man betragtede marked 6, udgjorde den del af afsætningen, der var baseret på gensalg af trafik, kun en forsvindende del. Derimod var det fast operatørvalg og access, der her havde væsentlig betydning.

TDC henviste i øvrigt til EU-Kommissionens brev af 30. november 2005 vedrørende marked 3 og 4, hvor det blev gjort gældende, at forpligtelserne som udgangspunkt måtte fastsættes ud fra det enkelte markeds vilkår. En henvisning til, at forpligtelserne på engrosmarkerne var tilstrækkelige, krævede en løbende vurdering af disse kravs virkning på de pågældende slutbrugermarkeder. Dette argument måtte efter TDCs opfattelse samtidig betyde, at det løbende måtte vurderes, om en afsmittende effekt af et virksomt krav på slutbrugermarkeder ud fra forpligtelser på engrosmarkederne ikke medførte en unødvendig og konkurrenceforvridende virkning på et slutbrugermarked. I modsat fald ville man acceptere, at forpligtelser på engrosmarkeder kunne forvride konkurrencen på slutbrugermarkederne. TDC fandt således også af denne grund, at gensalgsforpligtelsen rettelig burde pålægges efter afgørelser vedrørende slutbrugermarkederne.

Til IT- og Telestyrelsens afvisning på side 5 i udtalelsen af, at samtlige fastnetoperatører havde SMP på marked 8 i forhold til accesstrafik fra deres kunder, og at alle udbydere derfor burde pålægges en gensalgsforpligtelsen, fastholdt TDC, at en udvidelse af markedet til at omfatte adgangsforbindelser nødvendigvis måtte have den konsekvens, at samtlige fastnetoperatører havde SMP på marked 8 i forhold til accesstrafik fra deres kunder<sup>37</sup>.

Styrelsens anbringende gav imidlertid TDC anledning til at præcisere, at pålæggelsen af eventuelle nødvendige forpligtelser over for de pågældende fastnetoperatører skulle foretages ud fra den konkrete konkurrencesituation på markedet. Alle operatører burde derfor pålægges de samme forpligtelser til f.eks. access og frit operatørvalg.

Der næst knyttede TDC nogle kommentarer til IT- og Telestyrelsens argumentation på side 6 i udtalelsen, hvor følgende var anført:

*Hvis konkurrencesituationen på markedet skal øges i forhold til den nuværende konkurrencesituation på markedet, må det efter IT- og Telestyrelsens opfattelse sikres, at opsamlingsydelsen kan aftages hos*

<sup>37</sup> TDC har frafaldet synspunktet, jf. selskabets brev af 22. marts 2006.

*andre udbydere end TDC, der via en markedsandel på 95 % har stærk markedsposition på markedet.*

For det første bemærkede TDC, at styrelsen ikke her nærmere havde defineret, hvad styrelsen mente med 'markedet'.

Det foreliggende udkast til afgørelse på engrosmarkedet for fastnetterminering (marked 9) indeholdt ikke en samhusningsforpligtelse. Umiddelbart vurderet ud fra de enkelte markeder, var det for TDC vanskeligt at forstå, at samhusningsforpligtelsen skulle være nødvendig for opsamling af trafik, men ikke for terminering af trafik. Sammen med den brede virkning af gensalgsforpligtelsen på slutbrugermarkederne efterlod det indtryk af en fremgangsmåde, hvor forpligtelserne ikke udelukkende blev vurderet ud fra forholdene på det enkelte marked, men også ud fra den samlede virkning af alle forpligtelser pålagt TDC. TDC fandt, at dette var i strid med hele grundlaget for udpegning af forpligtelser på basis af markedsundersøgelser på de enkelte delmarkeder, jf. telelovens § 51, stk. 4<sup>38</sup>.

Hvis styrelsen med 'markedet' mente hele marked 8, burde styrelsen efter TDCs opfattelse havde forholdt sig til TDCs argumentation om, at der kunne skabes stort set den samme konkurrence uden samhusning. Dette kunne styrelsen bl.a. havde fundet ud af ved at undersøge, om transmission var fordyrende for accesstrafik set i forhold til de omkostninger, som en udbyder havde til køb og drift af en samhusning. Hvis en sådan vurdering havde været foretaget, kunne styrelsen have konstateret, at transmission var et reelt alternativ til samhusning, og at transmission ikke reelt betød noget i forhold til de samlede omkostninger til gensalg. Det var følgelig TDCs opfattelse, at styrelsen på dette punkt ikke havde foretaget en tilstrækkelig proportional afvejning.

Det var dog ikke helt klart, om styrelsen kun mente marked 8, idet styrelsen videre havde anført: '*SMP for så vidt angår opsamling af den originerede trafik*'. Herved forstod TDC et marked for opsamling af origineret trafik – altså opsamling fra flere lokalcentraler til ét eller flere punkter, hvor samtrafikparten tog over. Men dette var ikke en del af marked 8, med af marked 10 (engrosmarkedet for fremføring af fastnettrafik).

Til TDCs subsidiære påstand vedrørende indholdet og omfanget af samhusningsforpligtelsen bemærkede selskabet, at styrelsen nederst på side 7 i udtalelsen overfortolkede telelovens § 40, stk. 2, nr. 3, og den tilsvarende bestemmelse i adgangsdirektivets artikel 12, stk. 1.

Formålet med forpligtelser efter sidstnævnte bestemmelse var ifølge bestemmelsen selv, at

<sup>38</sup> Efter denne bestemmelse skal de forpligtelser, der pålægges, tage udgangspunkt i det konkrete problem og være forholdsmæssige og berettigede under hensyn til formålene i lovens § 1.

*(...) pålægge udbydere forpligtelser til at efterkomme rimelige anmodninger om adgang til og anvendelse af specifikke netelementer og tilhørende faciliteter. (TDCs understregning).*

Direktivets tekst måtte efter TDCs opfattelse forstås således, at adgang til SMP-udbyderens faciliteter kunne pålægges, når denne forpligtelse samtidig relaterede sig til de tilhørende netelementer, dvs. samtrafikprodukter, som SMP-udbyderen var forpligtet til at give adgang til.

Til støtte herfor talte endvidere, at de øvrige pligter i artikel 12, stk. 1, litra a-e og g-i vedrørte netop udbydere, som ønskede samtrafik med SMP-udbyderen. Når litra a og litra d omtalte 'tredjemand', var det i forhold til SMP-udbyderen og dennes slutkunder. Når litra f blev set i sammenhæng med den øvrige tekst, var det netop tydeligt, at forpligtelsen alene var tiltænkt at skulle gælde i forhold til de samtrafikpartnere, som nødvendigvis måtte have adgang til samhusning for at kunne udnytte deres ret til at udveksle trafik med SMP-operatøren.

TDC knyttede dernæst nogle bemærkninger til styrelsens argument nederst på side 8 i styrelsens udtalelse, hvor der stod, at

*Såfremt der ønskes en uændret videreførelse af en lovbestemmelse fra et lovkompleks til et andet, skal denne videreførelse lovteknisk set anføres eksplicit i lovbemærkningerne.*

TDC fandt her, det anførte nok så meget måtte gælde, at hvis man ved lov ændrer noget principielt og afgørende, skulle det nævnes eksplicit i lovbemærkningerne.

TDC bestred samtidig styrelsens synspunkt, som ikke fandtes at have støtte i praksis eller teori. Samhusning var et væsentligt indgreb i SMP-udbyderens ejendomsret, og i sådanne tilfælde gjaldt der i særlig grad et udvidet legalitetsprincip.

Uden klare holdepunkter i den bagvedliggende EU-ret måtte det derfor som minimum kræves, at lovgiver havde præciseret i lovbemærkningerne, hvis det var lovgivers intention, at den ændrede formulering af lovteksten om samhusning skulle medføre en udvidelse af forpligtelserne i forhold til den eksisterende lov.

Henset til, at der hverken i lovteksten eller i adgangsdirektivet var støtte for en udvidelse af samhusningsforpligtelsen, fastholdt TDC, at styrelsens afgørelse led af væsentlige hjemmelsmangler på dette punkt.

Til spørgsmålet om datagrundlaget for afgørelsen fremhævede TDC, at IT- og Telestyrelsen i udtalelsen havde anført, at selve konstruktionen med indhentelse af data, markedsundersøgelser, lovpligtige høringer m.v. indebærer, at datagrundlaget ikke kunne være 100 % opdateret, men at dette ikke i sig selv gjorde afgø-

relsen ugyldig. Styrelsen havde i den forbindelse henvist til, at lovgiver havde lagt op til, at der efterfølgende kunne træffes tillægsafgørelser.

Dertil bemærkede TDC, at selskabet selvfølgelig var indforstået med, at indleverede data pr. definition måtte være historiske dagen efter, at de var indleveret. I den forelagte sag var der imidlertid tale om tal, der var op til 5 år gamle, uden at styrelsen havde foretaget en selvstændig prøvelse af, om datagrundlaget burde opdateres. I og med, at der var tale om en bebyrdende retsakt for TDC, påhvilede der ifølge officialmaksimen IT- og Telestyrelsen en særlig forpligtelse til at sikre sig, at afgørelsen var baseret på et korrekt faktisk grundlag.

TDC fandt det især betænkeligt, at TDC blev pålagt en bebyrdende retsakt, der var baseret på forældede data, når det blev taget i betragtning, at TDC ikke havde været årsag til, at henholdsvis udkast til markedsanalyse, udkast til markedsafgørelse og selve afgørelsen gentagne gange var blevet udsat i forhold til styrelsens planlagte tidsplaner.

Efter at sekretariatet havde anmodet TDC om yderligere oplysninger i relation til selskabets påstand om, at samtlige udbydere burde have SMP på markedet for opsamling af trafik, henviste selskabet i brev af **22. marts 2006** til, at IT- og Telestyrelsen på engrosmarkedet for fastnetterminering (marked 9) havde foretaget en opdeling i delmarkeder afgrænset ved hver netoperatørs eget net og fundet, at hver udbyder havde SMP på terminering i vedkommendes udbyders netværk.

Konklusionen byggede på det forhold, at terminering til en slutkunde, der var tilsluttet én udbyders net, ikke kunne substitueres af terminering til kunder, der var tilsluttet en anden udbyders netværk.

Det samme forhold gjorde sig efter TDCs opfattelse gældende for opsamling af trafik på marked 8. Hvis en udbyder ønskede at aftage engrosproduktet med henblik på at tilbyde sine tjenester til en slutkunde, der var tilsluttet operatør A's telefonnet, kunne udbyderen ikke i stedet anvende de origineringsydelser, som operatør B tilbød gennem dennes net.

Dette ville kræve, at engroskunden kunne vælge, hvilket telefonnet hans slutkunde var tilkoblet. En sådan styrke over for slutkunden havde den udbyder ikke, der alene tilbød trafik eller endog kun trafik til bestemte destinationer eller tjenester.

Hver enkelt fastnetoperatør havde således SMP på markedet for opsamling af trafik fra den pågældende operatørs net.

Pålæggelsen af nødvendige forpligtelser over for de pågældende fastnetoperatører skulle selvsagt foretages ud fra den konkrete konkurrencesituation på markedet, men det var TDCs opfattelse, at der ikke var forskelle i markedsforholdene mellem TDC og andre udbydere, hvorfor alle udbydere burde pålægges samme forpligtelse til f.eks. access og frit operatørvalg.

I relation til TDCs tidligere anbringende om, at en udvidelse af marked 8 til også at omfatte adgangsforbindelser medførte, at samtlige udbydere havde SMP på markedet i forhold til accesstrafik fra deres kunder, måtte selskabet medgive, at synspunktet var uklart formuleret, hvorfor selskabet ikke ønskede at gøre det gældende.

IT- og Telestyrelsen, der ligeledes var anmodet om yderligere oplysninger af sekretariatet, afgav disse i brev af 23. marts 2006.

Til spørgsmålet om, hvorvidt de øvrige medlemslande havde inkluderet henholdsvis adgangsforbinder og tjenesteudbyderadgang og i givet fald på hvilke markeder, oplyste styrelsen indledningsvist, at forpligtelsen tjenesteudbyderadgang alene kunne pålægges på det marked, hvor adgangsforbindelser var en del af markedet.

Styrelsen kunne således oplyse, at det af en analyse foretaget af Cullen International i februar 2006<sup>39</sup> fremgik, at Storbritannien og Holland havde medtaget tjenesteudbyderadgang ved at definere et selvstændigt engrosmarked. Østrig, Irland, Portugal og Sverige havde medtaget tjenesteudbyderadgang som en forpligtelse på detailniveau, medens Frankrig og Danmark havde medtaget forpligtelsen på engrosmarkedet for fastnetaccess.

På den baggrund konkluderede styrelsen, at der ikke var en entydig fremgangsmåde, som medlemslandene skulle følge i relation til adgangsforbindelser.

Med hensyn til Kommissionens stillingtagen til den valgte fremgangsmåde henviste styrelsen til, at hvis Kommissionen havde været uenig, havde den haft mulighed for at indlede en såkaldt fase II-procedure og nedlægge veto.

Styrelsen var desuden bedt om bemærkninger til Kommissionens udtalelse i brev af 11. marts 2005 til styrelsen, hvorefter de i styrelsens afgørelse pålagte forpligtelser ikke krævede afgrænsning af et separat marked, idet de kunne pålægges med hensyn til fastnetaccessmarkedet alene. Styrelsen bemærkede således, at det netop var denne fremgangsmåde, som var anvendt, ligesom styrelsen fremhævede, at Kommissionen havde henvist til, at forpligtelsen til at give adgang til engroskøb af gensalgstjenester kunne ske i medfør af artikel 12 i adgangsdirektivet. Styrelsen mente således, at det ikke fulgte at Kommissionens bemærkninger, at forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang burde baseres på markedsforholdene på detailmarkedet.

Sekretariatet havde dernæst bedt styrelsen om oplysning om, hvorvidt der i styrelsens analyse af marked 8 var inddraget afsætning fra eller til udenlandske selskaber i kraft af sidstnævntes position som eksempelvis datterselskab i den analyserede koncern.

<sup>39</sup> Uddrag af analysen er vedlagt styrelsens besvarelse.



Styrelsen oplyste hertil, at det var styrelsens opfattelse, at alle selskaber inden for en koncern skulle betragtes som én samlet enhed. De selskaber, hvor koncernens moderselskab havde bestemmende indflydelse, skulle således medtages som interne selskaber. Det ville f.eks. betyde, at salg mellem to datterselskaber skulle betragtes som intern afsætning, hvis moderselskabet havde bestemmende indflydelse i begge datterselskaber.

Idet styrelsen henviste til side 5 i styrelsens dataindsamlingskonceptet af 5. december 2005, oplystes det videre, at de indhentede oplysninger fra teleselskaberne alene skulle vedrøre selskabernes aktiviteter i Danmark. Dog var selskaberne under punktet indsamling af generelle virksomhedsoplysninger om udenlandske aktiviteter blevet bedt om oplysning om udenlandske aktiviteter i den enkelte koncern til brug for vurderingen af indikatoren for virksomhedens samlede størrelse i analyser om SMP.

Til sekretariatets spørgsmål om, hvorvidt andre udbydere end TDC kunne antages at have SMP på engrosmarkedet for henholdsvis opsamling af trafik og adgangsforbindelser oplyste styrelsen, at der ikke var indhentet oplysninger fra udbydere for hvert af de enkelte markeder. Det kunne dog oplyses, at det af side 37 i analysen om reel konkurrence og SMP på marked 8<sup>40</sup> fremgik, at TDCs markedsandel for adgangsforbindelser i 2003 var på 98,4 %, medens TDCs andel for opsamling af trafik samme år var 96,1 %. Styrelsen fandt, at det på denne baggrund kunne konstateres, at hvis der var tale om to separate markeder, ville TDC have SMP-status for begge markeder i modsætning til, hvad der gjorde sig gældende for de øvrige udbydere.

I styrelsens afgørelse var det om samhusningsforpligtelsen oplyst, at Teleklagenævnets afgørelse af 26. maj 2005 var truffet i henhold til en tidligere version af teleloven, hvilket havde foranlediget sekretariatet til at anmode styrelsen om at uddybe denne opfattelse.

Således foranlediget oplyste styrelsen, at den nævnte Teleklagenævnsafgørelse var truffet i henhold til teleloven af 31. maj 2000 med senere ændringer indtil den 10. juni 2003<sup>41</sup>, hvor ændringen trådte i kraft. Med ændringsloven ophævedes eller ændredes samtrafikbestemmelserne, herunder bestemmelserne om samtrafikprodukterne og deres anvendelsesområde, som følge af bestemmelserne i direktivpakken.

Årsagen til, at Teleklagenævnets afgørelse fra maj 2005 efter styrelsens opfattelse var truffet i henhold til 2000-teleloven, skulle findes i overgangsreglerne i § 7 i ændringsloven fra 2003. Efter denne bestemmelse skulle den hidtil gældende regulering fortsat gælde, indtil der blev truffet *endelig administrativ* afgørelse på de enkelte samtrafikmarkeder.

<sup>40</sup> Analysen er vedlagt styrelsens afgørelse som bilag 4.

<sup>41</sup> Det bemærkes, at den omtalte lov ikke trådte i kraft den 10. juni 2003, men den 25. juli 2003, jf. ændringslovens § 6.

Styrelsen mente således, at ovenstående indebar, at 2003-loven med dens nye samtrafikprodukter først trådte i kraft marked for marked, når der var truffet endelig administrativ afgørelse på de enkelte markeder. 2000-loven med den deri beskrevne samhusningsforpligtelse havde således været gældende på det samlede telemarked, indtil styrelsen ultimo 2005 traf den første markedsafgørelse, og denne var trådt i kraft. Herefter blev reguleringen ifølge 2000-loven fjernet marked for marked, indtil der var truffet endelig administrativ afgørelse på alle udpegede samtrafikmarkeder.

Når der var truffet endelig administrativ afgørelse på samtlige markeder, og når forpligtelserne for disse var trådt i kraft, var 2003-loven trådt i kraft med fuld effekt på det samlede telemarked.

Om ændringen af definitionen for samhusning oplyste styrelsen, at de hidtil gældende definitioner i §§ 39 og 40 i 2000-loven blev ændret i forbindelse med lovændringen i 2003, således at samtrafikproduktet samhusning overgik fra at være et produkt, som alene skulle tilbydes ved samtidigt køb af en anden samtrafikydelse, til at være et selvstændigt samtrafikprodukt, som skulle kunne tilbydes selvstændigt og uden et krav om, at erhververen samtidig skulle aftage andre samtrafikprodukter, som samhusningen udelukkende måtte anvendes til at håndtere.

Endelig bemærkede styrelsen, at opremsningen af samtrafikprodukter i den gældende § 40, stk. 2, ikke var udtømmende, hvilket styrelsen mente fremgik af ordvalget i bestemmelsen. Efter at det var anført, at 'adgangen til eller tilrådighedsstillelse af faciliteter eller tjenester, jf. stk. 1, nr. 1, omfatter bl.a. adgang til ...', var nævnt forskellige samtrafikprodukter, herunder samhusning, i bestemmelsens stk. 2, nr. 3. At bestemmelsen ikke længere var udtømmende, indebar, at der også kunne gives adgang til andre relevante produkter, som ikke var nævnt i bestemmelsen, hvis kravene til at pålægge en sådan forpligtelse i øvrigt var opfyldt.

Efter at have modtaget kopi af TDCs svar af 22. marts 2006 fremkom IT- og Telestyrelsen i brev af 30. marts 2006 med sine bemærkninger hertil.

Til spørgsmålet om, hvorvidt samtlige fastnetoperatører kunne siges at have SMP på engrosmarkedet for opsamling af trafik, bemærkede styrelsen, at der ikke kunne drages paralleller til termineringsmarkedet, idet der ikke var tale om sammenlignelige forhold, idet marked 8 omfattede 'access i det offentlige telefonnet på et fast sted', medens marked 9 for terminering omfattede 'opkaldsterminering i individuelle offentlige telefonnet på et fast sted' (styrelsens understregning).

Som det fremgik af Kommissionens henstilling, var det således alene på markedet for fastnetterminering (marked 9), at markedsafgrænsningen skulle foretages under hensyn til individuelle net. Styrelsen havde ikke fundet danske forhold, der gjorde det nødvendigt at tilpasse Kommissionens markedsafgræns-

ning til særlige nationale forhold, således at markedet blev delt op i de enkelte operatørers net.

Styrelsens opfattelse var således, at TDC ikke var fremkommet med oplysninger, der ændrede ved grundlaget for de konklusioner, der var foretaget i markedsanalysen og i styrelsens afgørelse.

I brev af 31. marts 2006 fremkom de udbydere, der var tillagt høringsadgang, med deres bemærkninger i form af en udtalelse fra SAT Gruppen<sup>42</sup>.

Med henvisning til opbygningen af TDC klagebrev bemærkede gruppen, at den var enig med IT- og Telestyrelsen i, at der på det danske marked var nationale forhold, der talte for, at adgangsforbindelser også burde indgå som et relevant produkt. Da telefonimarkedet var komplekst, og produkterne indbyrdes afhængige og interagerende, fandt SAT Gruppen det relevant at betragte adgangsforbindelsen som et engrosprodukt, som hang sammen med originering af trafik.

Ved netop at inddrage adgangsforbindelsen i analysen af marked 8 kunne styrelsen pålægge TDC som dominerende udbyder en forpligtelse, der sikrede markedets udbydere adgang til alle produktionselementerne i forbindelse med adgang til slutbrugeren. Gruppe mente, at netop denne adgang til produktionselementerne var en styrke i den danske lovgivning og i øvrigt en tendens, der blev fulgt af andre europæiske markeder.

Uden adgangsforpligtelsen ville TDC efter gruppens opfattelse være i stand til at fastholde sin monopolmarkedsposition på marked 8, uden at øvrige operatører ville have reel mulighed for at konkurrere på markedet. Årsagen hertil skulle søges i det forhold, at det var forbundet med særdeles høje adgangsbarrierer overhovedet at påbegynde konkurrence på marked 8. Selv med adgangsforpligtelsen etableret på markedet ville det fortsat være særdeles svært at konkurrere på markedet grundet TDCs massive markedsdominans.

Gruppen fandt det desuden besynderligt, at TDC fremkom med påstand om, at adgangsforpligtelsen skulle frafalde, idet hele formålet med markedsundersøgelsesregimet netop var at identificere monopolflaskehalse og regulere disse. Adgangsforpligtelsen var i denne forbindelse afgørende for, at der overhovedet kunne komme konkurrence på markedet.

På den baggrund kunne gruppen støtte, at styrelsen havde medtaget denne del af analysen og dermed også havde pålagt den nævnte forpligtelse.

Til spørgsmålet om tjenesteudbyderadgang bemærkede gruppen, at den ikke var enig med TDC i, at forpligtelsen burde baseres på markedsforholdene på detailmarkederne, da en sådan analyse ikke ville tage højde for, at udbudet af engrosprodukter skete på basis af et de facto monopol. Det var således væsentligt,

---

<sup>42</sup> Der henvises til afsnit 3 om høringsadgang. SAT Gruppens brev er dateret den 16. januar 2006, men det er lagt til grund, at den korrekte dato er den 31. marts 2006.

at gensalg af TDCs abonnementer blev analyseret på engrosmarkedet, da netop denne ydelse var en vigtig del af at være full-scale teleudbyder. Udbyderne fik derved mulighed for at tilbyde slutkunderne både minutterne og abonnementet. Derudover var der et marked for videresalg af TDCs abonnementer, således at produktet blev handlet videre mellem udbyderne som et engrosprodukt.

Gruppen tilsluttede sig desuden styrelsens bemærkninger i høringssvar af 21. november 2005, s. 3, om, at der kunne være selvstændige konkurrenceproblemer på henholdsvis engrosmarkedet og detailmarkedet. Regulering på detailmarkederne kunne således ikke i selv løse konkurrenceproblemerne på engrosmarkedet. Gruppen var enig i, at der kunne være konkurrence på detailmarkedet, uden at dette var tilfældet for engrosmarkedet, og at dette netop gjorde sig gældende på marked 8, hvor styrelsens analyse viste, at TDC havde markedsdominans med en markedsandel på 97,1 %.

Gruppen kunne desuden tilslutte sig styrelsens bemærkninger på side 4 i høringssvaret, hvorefter en ophævelse af den gældende tjenesteudbyderadgang ville betyde, at nuværende udbydere på de tilknyttede detailmarkeder ikke inden for en overskuelig periode kunne omstille sig til at agere som udbydere på disse markeder, hvorfor der ville blive skabt en afgørende og markant forringelse af de tilknyttede detailmarkeder.

Styrelsens analyse af marked 8 underbyggede desuden, at TDC havde SMP, hvorfor øvrige fastnetoperatører i sagens natur ikke kunne være i besiddelse af en markedsandel, der gjorde dem til SMP-operatører. Da ingen af de eksisterende udbydere kunne udøve markedsdominans på marked 8, mente gruppe således ikke, at disse skulle pålægges en forpligtelse til gensalg. Gruppen fandt det desuden besynderligt, at TDC fremkom med denne påstand, da hovedparten af de andre udbyderes accesser byggede på underliggende accesser fra TDC. Udbyderne ville således få en forpligtelse til at gensælge TDCs accesser til selv samme producent.

Gruppen var desuden enig med styrelsen i, at en af forudsætningerne for konkurrence på marked 6 var de forpligtelser til tjenesteudbyderadgang, som TDC var pålagt efter marked 8. Tilsvarende forhold gjorde sig desuden gældende på de andre detailmarkeder, jf. de øvrige markedsafgørelser og udkast til samme.

Til TDCs anbringende om, at da adgang til access krævede adgang til samhusning, burde forpligtelsen til at give adgang til samhusning baseres på markedsforholdene på marked 11 og evt. på marked 13, bemærkede gruppen, at den fandt det vigtigt, at der blev anlagt en helhedsbetragtning på de enkelte markeder, således at markedernes indbyrdes sammenhæng indgik som en væsentlig del i evalueringen af det enkelte marked.

Til TDCs bemærkninger på side 5 i selve klagen til nævnet om, at opsamling ikke nødvendigvis kun skulle foregå ved hjælp af samhusning, bemærkede gruppen, at hvis udbyderne ikke fik adgang til samhusning, herunder adgang til intern kabling, i forbindelse med access, ville det fastholde TDCs monopol på

access- og transmissionsmarkedet med det resultat, at det ikke var muligt at transportere trafikken opsamlet på fastnetaccessen til konkurrencebaserede priser. Dette ville afstedkomme væsentligt højere omkostninger for alle andre udbydere end TDC, da man således ville være tvunget til at opsamle accessminutterne på regionalt niveau eller mellem trafikområderne til væsentligt højere minuttakster, hvilket ville skade konkurrencen på markedet afgørende.

Dette var en mulig følge af, at udbyderen ikke havde mulighed for selv at transportere den opsamlede trafik, da det ofte ikke ville være rentabelt at etablere lokal fastnetaccess. Dette medførte igen, at der ikke var konkurrence på fastnetaccess eller transmission generelt, og at TDC således ville være den eneste reelle netudbyder på transport- og transmissionsmarkederne. Gruppen var således enig med styrelsen, når den på side 6 i sit høringssvar anførte, at en undladelse af at pålægge forpligtelsen til at tilbyde samhusning alene ville underbygge TDCs stærke markedsposition, for så vidt angik opsamling af den origineret trafik.

Gruppen mente således ikke, at styrelsens pålæg om adgang til samhusning var ude af proportioner i forhold til væsentligheden af forpligtelsen, idet der uden adgang til samhusning ikke ville kunne opnås mulighed for et konkurrencepræget marked.

For udbyderne var det afgørende, at det entydigt i hver enkelt markedsafgørelse blev specificeret konkret og entydigt, hvis der blev givet tilladelse til eksempelvis samhusning og medfølgende intern kabling med henblik på at undgå muligheden for, at TDC trak implementeringen i langdrag, som det eksempelvis var sket i sagen vedrørende intern kabling.

Gruppen oplevede ofte, at TDC havde meget lange sagsbehandlingstider (forhandlinger, frister m.v.). Dette havde en negativ effekt på konkurrencesituationen på markedet generelt og var stærkt medvirkende til at fastholde TDCs SMP-status – stik mod intentionerne med både EU-direktiver og nationale regulering generelt.

Gruppen ønskede desuden at benytte lejligheden til at anføre, at styrelsens afgørelse meget vel kunne have inkluderet flere krav til adgangen til samhusning, end det faktisk var tilfældet, f.eks. uledsaget adgang til samhusningslokaliteten.

Efter gruppens opfattelse, var den udvidede samhusningsforpligtelse nødvendig for at skabe et konkurrencepræget marked 8, idet flaskehalsen samhusningsmæssigt lå i det faktum, at det kun var TDC, der reelt kunne opsamle trafik fra flere operatører og transportere den ud af samhusningen. Bestemmelsen vedrørende samhusning tog således sigte på, at en given operatør kunne gøre det samme, dvs. opsamle trafik fra flere operatører.

Styrelsens afgørelse havde således efter gruppens opfattelse til hensigt at sikre, at TDC ikke opstillede uberettigede krav til de alternative udbyderes fysiske

adgang til centralbygningerne, hvorved udbyderne blev diskrimineret og forhindret i at konkurrere med TDC på lige vilkår.

Til TDCs bemærkninger om datagrundlaget henviste gruppen til styrelsens bemærkninger på side 11 i høringssvaret af 21. november 2005, hvori det var anført, at styrelsen ikke havde kunnet konstatere, at der skulle være forhold på marked 8, der helt eller delvist skulle kunne danne grundlag for en ændring af forpligtelserne i den omhandlede markedsafgørelse.

Med hensyn til spørgsmålet om ikrafttrædelsesbestemmelsen i styrelsens afgørelse var det gruppens opfattelse, at der kun skulle foretages få opdateringer i de eksisterende aftaler som følge af den påklagede aftale, idet langt hovedparten af de pålagte forpligtelser allerede var gældende i medfør af den gældende samtrafikregulering.

Afslutningsvis henstillede gruppen, at nævnet i sin afgørelse ville lægge vægt på Konkurrencestyrelsens bemærkninger om, at hidtidige forsøg på at skabe konkurrerende infrastruktur kun havde haft marginal effekt. Gruppen mente, at marked 8 var af væsentlig betydning for udbydernes muligheder for at skabe alternativ infrastruktur, hvorfor netop også konkurrerende infrastruktur var det afgørende omdrejningspunkt for TDCs fremstilling, selv om denne problemstilling ikke direkte var adresseret i TDCs klage.

Forelagt IT- og Telestyrelsens udtalelser af 23. og 30. marts 2006 bemærkede TDC den 5. april 2006, at begrundelsen for, at der ikke var forskelle i markedsforholdene mellem TDC og øvrige udbydere, var, at originering fra én slutkunde ikke kunne erstatte originering fra en anden slutkundes net. Netop fordi der ikke var substitution mellem adgangsforbindelser, var markedsandelene på dette marked ikke relevant.

TDC henviste i den forbindelse til den sondring mellem marked 8 og marked 9, som Kommissionen efter styrelsens opfattelse havde foretaget ved at betone, at marked 9 bestod i individuelle net. Selskabet bemærkede, at Kommissionens formulering ikke kunne tages til indtægt for styrelsens synspunkt.

Markedshenstillingen havde således følgende ordlyd:

*Når man bruger mulighederne for efterspørgsels- og udbudssubstitution til at definere et relevant marked for konkurrenceanalyse, er det normalt at gå ud fra en snæver definition og udvide den efter behov. I dette tilfælde er udgangspunktet opkaldsterminering til et bestemt sted eller nummer eller en bestemt abonnent. Det er imidlertid vanskeligt for et selskab, der sælger opkaldsterminering en gros til andre selskaber, der ønsker at terminere opkald, at anvende forskellige priser for opkaldsterminering for forskellige abonnenter eller steder på nettet. Derfor er det relevante marked mindst lige så stort som de enkelte netoperatører.*

*Ved overvejelserne af, hvorvidt der er behov for en bredere definition, er det nødvendigt at undersøge mulighederne for efterspørgsels- eller udbudssubstitution, der kan begrænse fastsættelsen af termineringsafgifterne på et givet net.*

TDC bemærkede, at Kommissionen ikke havde foretaget den tilsvarende analyse for marked 8, men dette var ikke et argument for at undlade at gennemføre den nationalt. Det var en helt tilsvarende analyse, der førte til TDCs anbringende.

Efter at have fået tilsendt SAT Gruppens udtalelse henstillede TDC i brev af 11. april 2006 indledningsvist, at nævnet så bort fra gruppens juridiske argumentation i udtalelsen, jf. nævnets afgørelse af 7. marts 2006 om høringsadgang.

Idet TDC henviste til sine tidligere udtalelse ønskede selskabet først at kommentere gruppens bemærkning om, at det uden adgangsforpligtelsen ville TDC være i stand til at fastholde sin monopolmarkedsposition på marked 8, uden at øvrige operatører ville have en reel mulighed for at konkurrere på markedet.

Hertil bemærkede TDC, at selskabet ikke havde 'monopolmarkedsposition' som fremført af gruppen. Dernæst var det ikke markedsafgørelsernes formål at fjerne TDCs eventuelle SMP-status, men derimod at forhindre, at denne SMP-status ikke blev misbrugt. Det var efter TDCs opfattelse i den sammenhæng oplagt, at en regulering af priser og vilkår for opsamling af trafik var tilstrækkeligt til at sikre mod TDCs misbrug af SMP-status.

TDC henviste desuden til, at selskabet ikke havde argumenteret for, at der ikke skulle ske regulering af adgangsforbindelsen, men blot at denne skulle vurderes ud fra konkurrencesituationen på detailmarkedet.

Til gruppens synspunkt om, at en fjernelse af forpligtelsen til tjenesteudbyderadgang ville få indflydelse på detailmarkedet for udlandstrafik til erhvervs-kunder (marked 6), bemærkede TDC, at det dermed var illustreret, at det relevante marked til vurdering af behovet for regulering af tjenesteudbyderadgang var marked 6.

TDC var endvidere ikke enig i gruppens synspunkt om, at det var nødvendigt at forpligte TDC til samhusning, herunder intern kabling, i forbindelse med access for at kunne transportere trafikken opsamlet på fastnetaccessen til konkurrencebaserede priser. Udbydere kunne således efter TDCs opfattelse vælge mellem at opsamle trafikken på regionalt niveau eller på lokalt niveau med dertil hørende transmission gennem kredsløb stillet til rådighed efter reglerne om transmission.

Idet omfang, gruppen fastholdt ovenstående argumentation, at gruppen dokumenterede de forudsatte omkostningsforøgelser, idet transporten gennem TDCs net er prisreguleret i henhold til LRAIC. Der måtte således sættes spørgsmålstegn ved, om andre udbydere ville kunne producere denne væsentligt billigere,

hvilket skulle ses i lyset af gruppens angivelige problemer med at få adgang til TDCs bygninger. Problemerne havde således efter TDCs opfattelse en naturlig sammenhæng med det forhold, at adgangen til TDCs ejendom og produktionsapparat blev reguleret.

Afslutningsvist bemærkede TDC, at det fortsat var selskabets opfattelse, at det ikke var praktisk muligt at efterleve nævnets afgørelse uden en vis implementeringsfrist. Dette gav dog ikke anledning til ændring i mulighederne for at skabe konkurrerende infrastruktur i accessnettet.