

Erhvervsstyrelsen

København, 12. oktober 2022

TDC NET's bemærkninger til Erhvervsstyrelsens udkast til tilsagnsafgørelse for AURA og tilsagn fra AURA modtaget 20. september 2022

TDC Net har konkrete kommentarer til AURA's tilsagn, men vil indledningsvist kommentere på Erhvervsstyrelsens håndtering af tilsagnsprocesser.

1) Kommentarer vedr. Erhvervsstyrelsens tilsagnsproces generelt

I fht. de fire priskontrolmetoder, som kan anvendes i markedsafgørelser, er tilsagnsmodellen tiltænkt som et alternativ, som en SMP-udpeget udbyder kan tilbyde givet den konkrete markedssituation og de konkurrenceproblemer styrelsen har påpeget i deres markedsanalyse. Det giver fleksibilitet til at udbyderen kan komme med innovative forslag, der afhjælper konkurrenceproblemerne og samtidig skaber så få u hensigtsmæssige sideeffekter som muligt i kombination med rimelige implementeringsomkostninger. Tilsagn kan siges at være en femte mulighed hvor styrelsen står mere frit i forhold til metode og løsning – det afgørende må være, om der tilbydes et tilsagn, der sikrer en pris, som understøtter en effektiv netadgang.

Imidlertid bestyrker AURA's tilsagn formodningen om, at prissætningen under tilsagn blot er en omskrivning af en eksisterende omkostningsmetode. Priserne for alle hidtidige tilsagn ligger således i midten af LRAIC-omkostningsspændet for en given udbyder, og de specifikke priser for båndbredder må ikke variere mere end 20% fra denne gennemsnitspris. Denne tilgang afspejler tilsyneladende, at Erhvervsstyrelsen vurderer tilbudte tilsagn op imod de forpligtelser, som styrelsen ville have formuleret som led i en markedsafgørelse – en mulighed, der virker så meget desto mere udtalt i denne sag, hvor markedsafgørelsen allerede foreligger.

Efter TDC Nets opfattelse bør Erhvervsstyrelsens fokus i stedet alene være på, om tilsagnene er *tilstrækkelige til at løse de konstaterede konkurrenceproblemer* – ligesom tilfældet er i tilsagnsprocesser i konkurrencesager. Med andre ord, styrelsen skal ikke vurdere tilsagn op mod de forpligtelser styrelsen ville have taget beslutning om, hvis der ikke lå et tilsagn; styrelsen skal vurdere tilsagn op mod de konkurrenceproblemer som de har identificeret.

Tilgangen i forhold til AURA's pristilsagn er med andre ord efter TDC Nets opfattelse ikke udtryk for den fleksibilitet, der er en del af tilsagnsinstrumentets natur og Erhvervsstyrelsen opfordres som anført ovenfor til at gentænke tilsagnsproces og tilsagnsevaluering fremadrettet med fokus på, at tilsagn alene skal adressere og løse de konkrete konkurrenceproblemer i delmarkederne, hvis disse eksisterer, og at dette kan ske ved alternative løsningsmodeller, herunder andre prissætningsmekanismer end de, der kan anvendes i markedsafgørelser.

TDC Net har i høringsvaret af 27. august 2021 vedr. høring over tilbudte tilsagn adresseret ovenstående problemstillinger i forventning om at tilsagnsprocessen

freemover ville blive ændret og komme i overensstemmelse med Kommissionens anbefalinger. TDC Net kan desværre konstatere kommentarerne i sidste års høringsvar fortsat er relevante.

2

2) Kommentarer vedr. AURA's tilsagnsproces

AURA har - på linje med andre udbydere - i forbindelse med Erhvervsstyrelsens seneste markedsanalyse haft mulighed for at udarbejde et tilsagn for på den måde at komme en forpligtelsesregulering i forkøbet. Dette havde AURA på daværende tidspunkt ikke ønske om, og Erhvervsstyrelsen har derfor haft en proces med udarbejdelse af en markedsafgørelse, som inden ikrafttrædelse af prisforpligtelsen nu erstattes af et tilsagn.

TDC Net finder denne tilgang besynderlig på flere områder:

1. Det uklart, hvornår i forløbet med udarbejdelse af markedsanalyse og -afgørelser, at et tilsagn kan tilbydes som erstatning for den ordinære markedsafgørelse. Er der perioder i denne cyklus, hvor det ikke er muligt?

Tilsagn i konkurrencesager har længe været en mulighed før værktøjet blev implementeret i telelovgivningen. Her lægges fem kriterier til grund for at et tilsagn kan overvejes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen¹:

1. Tilsagnene skal utvetydigt, hurtigt og permanent løse de foreløbige konkurrencemæssige betænkeligheder
2. Tilsagnene skal tilbydes tidligt i processen og være ressourcebesparende for styrelsen
3. Tilsagnene skal være utvetydige samt nemme at implementere og overvåge
4. Tilsagnene skal som udgangspunkt kunne markedstestes
5. Tilsagnenes varighed skal være klar

I AURA's tilfælde er tilsagnet ikke tilbudt tidligt i processen og er ikke ressourcebesparende for Erhvervsstyrelsen, da der er brugt ressourcer på at udarbejde indhold til en markedsafgørelse. Tværtimod er tilsagnet ekstra ressourcekrævende for styrelsen, da der både er udarbejdet markedsafgørelse og efterfølgende en tilsagnsafgørelse.

TDC Net kan heller ikke umiddelbart konstatere, at AURA's tilsagn skulle udgøre en oplagt forbedring til gavn for konkurrencen sammenholdt med Erhvervsstyrelsens markedsafgørelse af 31. marts 2022, f.eks. i form af at AURA forpligter sig til at give netadgang mv. på et tidligere tidspunkt end hvad der følger af markedsafgørelsens ikrafttrædelsesdatoer. Dog vil AURA som noget nyt iværksætte et værn mod prisklemmer, men TDC Net antager, at styrelsen uanset ville have krævet dette i form af en tillægsafgørelse, da TDC NET lægger til grund, at tilsagnet herom er blevet til på baggrund af en bekymring fra Erhvervsstyrelsens side.

Det er på den baggrund samlet set uklart for TDC Net, hvad der ligger til grund for, at Erhvervsstyrelsen har accepteret de tilbudte tilsagn med tanke på, at der allerede var truffet en markedsafgørelse.

TDC Net vil opfordre Erhvervsstyrelsen til at gøre sig overvejelser af samme karakter som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har gjort i forhold til, hvornår - og under hvilke omstændigheder - styrelsen vil gå i dialog om tilsagn og potentielt acceptere sådanne.

¹ "Processer i Konkurrencesager". Vejledning, december 2018

Det er ikke afgørende for TDC Net, at Erhvervsstyrelsen nødvendigvis når frem til de samme *konklusioner* som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, da TDC Net anerkender, at der er forskelle mellem de to retsområder, som til en vis grad kan begrunde en differentieret tilgang. Det afgørende er, at kriterierne for anvendelsen af tilsagnsinstrumentet – og processen for dette – gennemtænkes og beskrives på en logisk og struktureret måde.

På den måde vil der fremadrettet være en større klarhed og transparens over anvendelsen af tilsagn, hvilket vil være gavnligt forud for næste runde af markedsundersøgelser, da det vil skabe lige muligheder for at indgå tilsagn.

2. I markedsafgørelsen har Erhvervsstyrelsen pålagt AURA hårde prisforpligtelser via LRAIC og dokumentation for historiske omkostninger. Disse er yderst bebyrdende for udbyderen at implementere. Når AURA i det efterfølgende tilsagn kan tilbyde en pris, der af Erhvervsstyrelsen alene er evalueret via en enkelt reference til Norlys' priser, må det være et udtryk for, at forpligtelserne i den oprindelige markedsafgørelse var uproportionale eller at den forudgående markedsanalyse var forkert. En forpligtelse såsom "Krav om rimelige priser" eller "Slutbrugerprisen med fradrag" ville begge have været mere proportionale givet hhv. et benchmark til anden udbyder og givet tilsagn om prisklemmetest (der i praksis fungerer som Slutbrugerpris med fradrag).
3. Erhvervsstyrelsen anvendelse af et enkelt benchmark mod en anden udbyders omkostningsmodel på et andet delmarked finder TDC NET ikke retvisende og fyldestgørende. AURA's tilsagn har til formål at eliminere konkurrenceproblemer på Skanderborg-Odder delmarkedet og en sådan specifik analyse fortages slet ikke i tilsagnsafgørelsen. End ikke en begrundelse for, hvorfor Norlys' omkostningsstruktur kan anvendes for AURA.

3) Erhvervsstyrelsens tilgang til TDC NET's daværende forslag til tilsagn

Erhvervsstyrelsens accept af AURA's tilsagn viser, at en prisforpligtelse indeholdende LRAIC og historiske omkostningers metode er uproportional, og at en benchmark til priser i markedet er tilstrækkeligt. Dette burde tilsvarende have været gældende for TDC NET, der i begyndelsen af tilsagnsprocessen tilbød tilsagnspriser under de hidtidige priser for fiber, men samtidig afdækkede den risiko, der markeds-mæssigt er ved fortsat udbygning af fiber på et konkurrencepræget marked. Dette forslag til tilsagn afviste Erhvervsstyrelsen og udarbejde i stedet en LRAIC-omkostningsmodel uden afdækning af risici ved fortsat fiberudbygning. Det er TDC NET's opfattelse, at hvis Erhvervsstyrelsens tilgang til AURA's tilsagn var anvendt overfor TDC NET på daværende tidspunkt, ville proces- og udarbejdelse af en LRAIC-omkostningsanalyse kunne være undgået.

4) Specifikke kommentarer til AURA's tilsagn

AURA angiver i tilsagnet, at udbyderen på sigt vil tilbyde Build-to-Order til erhvervs-løsninger. TDC NET mener ikke, at et tilsagn kan indeholde et sådant element, da tilsagnet har til formål at regulere udbud på markedet for masseforhandlede produkter, daværende marked 3, og ikke det nu deregulerede marked for erhvervsprodukter af en særlig kvalitet, daværende marked 4. Indhold der vedrører forbindelser af en særlig kvalitet bør derfor fjernes fra tilsagnet.

TDC NET finder ikke, at der i praksis vil være et arms-længdeprincip i tilsagnet, da det vil være samme medarbejdere og systemer, som vil komme til at håndtere engros og detailrelaterede forpligtelser. AURA bør derfor udvikle et bedre set-up og proces for håndtering af information i de to dele af virksomheden. Med det beskrevne setup vil der være risiko for, at TDC Net-information indhentes af AURA's

detail afdeling tilflyder AURA's engros-organisation (f.eks. varslinger af fiberudbygning mv.).