

RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Beslissing nr. 2012-P/K-29 van 29 november 2012

Zaak MEDE-P/K-05/0042 : Tele2 / Belgacom (“Happy Time”)

Inhoud

I. Procedure	4
II. De partijen en de klacht ten gronde	9
III. Het regelgevingskader: beschrijving van het CS/CPS model	10
A. Beschrijving van de indirecte toegang via de CS/CPS methode	10
B. Beschrijving van de interconnectiediensten van Belgacom voor spraaktelefonie over vaste netwerken.....	11
C. Evolutie van de interconnectietarieven over de relevante periode.....	12
IV. Marktafbakening.....	12
A. Relevante productmarkt	12
A.1. De relevante groothandelsmarkten	14
A.2. De relevante kleinhandelsmarkt	14
B. De relevante geografische markt	14
C. Conclusie	15
V. Mogelijke beïnvloeding van de handel tussen de EU-lidstaten	15
VI. Bestaan van een machtspositie.....	16
VII. Mogelijk misbruik van machtspositie	16
A. Inleiding : De klacht ten gronde	16
B. Definitie van wurgprijzen of marge-utholling	16
C. Wurgprijzen of marge-utholling als misbruik van machtspositie	17
D. Methodiek van een wurgprijzetest.....	18

Publieke versie

D.1. De keuze van een aangepaste test in het mededingingsrecht.....	18
D.1.1. Het onderscheid tussen EEO, REO en ACO	20
D.1.2. Welke test is toepasselijk in het mededingingsrecht?	21
D.1.3. Is een CPS operator een redelijk efficiënte operator?	25
D.1.4. Is Tele2 een dergelijke REO en kan men zich bij het uitvoeren van een REO test baseren op de gegevens met betrekking tot Tele2?	27
D.2. De relevante standaard voor de raming van de stroomafwaartse kosten	27
D.2.1. Aangepaste kostenstandaard voor de raming van de kosten van de dominante operator op de stroomafwaartse markt in het kader van een wurgprijzetest.	28
D.2.2. Beschikbaarheid van de relevante gegevens voor de evaluatie van de kosten op de stroomafwaartse markt.	30
D.3. De keuze van het aggregatieniveau van de test.....	30
D.4. Conclusie over de aangepaste methodiek voor een wurgprijzetest in onderhavige zaak	33
E. De berekening van de marge tussen inkomsten en stroomopwaartse kosten voor het Happy Time aanbod.....	35
E.1. Vergelijkbaarheid van groothandels- en kleinhandelsproducten	36
E.2. Raming van Happy Time inkomsten	37
E.3. Raming van Happy Time wholesalekosten.....	38
E.3.1. Variabele interconnectiekosten.....	38
E.3.2. Vaste interconnectiediensten.....	39
3.2.1. Vullingsgraad van IC-links.....	39
3.2.2. Type IC-links.....	39
F. Raming van Belgacoms commerciële kosten	39
G. De resultaten van de wurgprijzetesten.....	42
G.1. De replicateerbaarheid van de vaste telefonieaanbiedingen van Belgacom.....	43
G.1.1. De berekening van de marge in een EEO test.....	43
G.1.2. De berekening van de marge in een REO test.....	44

Publieke versie

G.1.3. Conclusie over de repliceerbaarheid van de vaste telefonieaanbiedingen van Belgacom	44
G.2. De repliceerbaarheid van het Happy Time aanbod van Belgacom	45
G.2.1. Berekening van de marge over de stroomopwaartse kosten in een EEO test	45
G.2.2. Berekening van de marge over de stroomopwaartse kosten in een REO test	46
G.2.3. Zijn de marges hoog genoeg om de stroomafwaartse kosten te dekken?.....	47
H. Algemene conclusie over het bestaan van wurgprijzen	48
VIII. Dispositief	48

I. Procedure

1. Op 5 juli 2005 werd bij de Raad voor de Mededinging (hierna: "de Raad") een klacht en bij de voorzitter van de Raad een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door Tele2 Belgium NV (hierna: "Tele2"), dochteronderneming van een Zweedse vennootschap met dezelfde naam, tegen Belgacom NV van publiek recht (hierna: "Belgacom"). De klacht werd geregistreerd met het nummer MEDE-P/K-05/0042, het verzoek tot voorlopige maatregelen kreeg het nummer MEDE-V/M-05/0043. Het verzoek tot voorlopige maatregelen strekte ertoe Belgacom te horen bevelen het Happy Time aanbod niet meer aan te bieden, in afwachting van de uitspraak over de klacht die eveneens tegen het Happy Time aanbod gericht was.

2. Op 19 augustus 2005 heeft het toenmalige Korps Verslaggevers (op 1 oktober 2006 opgevolgd door het Auditoraat, opgericht bij wet tot bescherming van economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, hierna: "WBEM") een verslag met toepassing van artikel 35 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, neergelegd bij de voorzitter van de Raad, met betrekking tot dit verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen.

Op 1 september 2006 heeft de voorzitter van de Raad een beslissing genomen in de zaak MEDE-V/M-05/0043 (hierna: "beslissing van de voorzitter") waarbij het verzoek tot voorlopige maatregelen werd verworpen (Beslissing nr. 2006-V/M-13 van 1 september 2006 in zaak MEDE-V/M-05/0043: Tele2 NV / Belgacom NV, B.S. 11 december 2006, blz. 68891 – 68899).

Tegen deze beslissing heeft Tele2 op 5 oktober 2006 beroep ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel (hierna: "het Hof van beroep"), waar de zaak gekend is met nummer 2006/MR/3 van de algemene rol.

Het Hof van beroep heeft bij arrest van 18 december 2007 de beslissing van de voorzitter teniet gedaan, zonder zelf uitspraak te doen over het verzoek om voorlopige maatregelen.

Na het arrest van het Hof van beroep is de procedure met betrekking tot het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen niet meer hernomen.

3. Bij brief van 10 december 2008 heeft Tele2 het Auditoraat verzocht de klacht ten gronde verder te onderzoeken. Parallel met deze procedure voor de Raad, heeft Tele2 Belgacom gedagvaard in vergoeding van de schade die zij door het Happy Time aanbod zou hebben geleden. Deze zaak is aanhangig voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel met het rolnummer A.R. A/08/03565.

4. Het onderzoek aangaande de klacht ten gronde werd uitgevoerd door inspecteurs van de Algemene Directie Mededinging, onder leiding van de heer Bert Stulens, auditeur-generaal.

Op 29 september 2009 werd het "gemotiveerd verslag in toepassing van artikel 45, §4 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna: "WBEM") in zaak nr. MEDE-P/K-05/0042" (hierna: "het Verslag"), samen met het onderzoeksdossier, overgemaakt aan de Raad met toepassing van artikel 45, § 4 WBEM.

Belgacom heeft van de auditeur-generaal het Verslag ontvangen op 29 september 2009. Vanaf die datum lag het dossier ter inzage van Belgacom op de griffie van de Raad (art. 48, § 1, eerste lid WBEM).

5. In de klacht ten gronde neergelegd op 5 juli 2005 heeft het mogelijke misbruik van machtspositie betrekking op (i) marge-uitholling of wurgprijzen (hierna als synoniem gebruikt), (ii) rooftprijzen en (iii) kruissubsidiëring, en wordt door Tele2 de klacht als volgt geformuleerd:

"Er zal worden aangetoond dat Belgacom, met de lancering van haar aanbod Happy Time, misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de retailmarkten voor toegang tot het netwerk en voor vaste telefonie voor particuliere gebruikers, evenals op de wholesalemarkten voor gespreksopbouw en gespreksafgifte, door marge-uitholling (*margin squeeze*), door rooftprijzen (*predatory prices*) toe te passen, en deze praktijken te financieren door middel van kruissubsidies" (Klacht Tele2, blz. 2, zie doc. nr. 1.1, blz. 000002).

In het Verslag stelt de auditeur-generaal vast dat er in de brief van Tele2 van 10 december 2008 (zie supra, randnummer 3) enkel melding wordt gemaakt van de aangeklaagde wurgprijzenpraktijken van Belgacom, niet van de rooiprijzen noch van de kruissubsidiëringsproblematiek.

Volgens het Verslag lijkt Tele2 hiermee zelf aan te geven dat vooral de wurgprijzenpraktijken van belang zijn omdat deze vermeende praktijken Tele2 verhinderen op een economisch rendabele wijze diensten te verstrekken in concurrentie met Belgacom en volgens Tele2 dan ook de hoofdoorzaak vormen van het falen van haar businessmodel.

Verder blijkt, volgens het Verslag, de voorkeur van Tele2 voor de behandeling van deze zaak ten gronde, eerder dan het onderzoek van het verzoek om voorlopige maatregelen te hernemen. Het Verslag stelt dat hoewel het onderzoeksorgaan niet gebonden is aan het standpunt van de klager en dus ook de andere vermeende inbreuken kan onderzoeken, op onderzoeksniveau werd beslist het onderzoek verder toe te spitsen op de wurgprijzenproblematiek. Het Verslag stelt dat dit een beleidskeuze is waaruit niet kan of mag worden afgeleid dat beide andere kwalificaties (rooiprijzen en kruissubsidiëring) niet mogelijks als een inbreuk kunnen worden beschouwd.

6. Bij brief van 9 oktober 2009 heeft Mobistar NV (hierna: “Mobistar”) verzocht om te worden gehoord, toegang te krijgen tot het Verslag, en een kopie van de inventaris van het onderzoeksdossier te bekomen met de bedoeling doelgericht om toegang tot bepaalde stukken van het onderzoeksdossier te kunnen verzoeken.

7. Bij beschikking van de voorzitter van de Raad van 15 oktober 2009 werd de behandeling van de zaak toegewezen aan de Derde kamer van de Raad (hierna: “de Raad”).

8. Bij brief van 29 oktober 2009 heeft de griffier van de Raad (hierna: “de griffier”), met toepassing van artikel 48, § 1, tweede lid, eerste zin WBEM, Tele2 op de hoogte gebracht van het indienen van het Verslag van de auditeur-generaal ter griffie van de Raad.

9. Bij brief van 29 oktober 2009 heeft de griffier, namens de voorzitter van de Derde kamer, Belgacom uitgenodigd, overeenkomstig artikel 48, § 2, eerste lid, eerste zin WBEM, om de gegevens in het Verslag aan te stippen die vertrouwelijk zijn ten aanzien van de onderneming die de klacht heeft ingediend, Tele2, van een derde onderneming die had gevraagd om gehoord te worden, Mobistar, en van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna: “het BIPT”), die eventueel toegang tot het Verslag zouden krijgen.

Belgacom is op dat verzoek ingegaan bij brief van haar raadsman van 16 november 2009 (zie infra, randnummer 12).

10. Bij beschikking van 30 oktober 2009 heeft de voorzitter van de Derde kamer, overeenkomstig artikel 48, § 3, eerste lid WBEM, de termijnen bepaald voor de schriftelijke opmerkingen voor Belgacom (tot 11 januari 2010) en voor de auditeur-generaal (tot 8 februari 2010) en voor de tweede schriftelijke opmerkingen van Belgacom in antwoord op de schriftelijke opmerkingen van de auditeur-generaal (tot 8 maart 2010).

11. Bij brief van 30 oktober 2009, heeft de griffier Belgacom en de auditeur-generaal opgeroepen voor de hoorzitting, bedoeld in artikel 48, § 5 WBEM en vastgesteld op 24 maart 2010.

12. Bij brief van haar raadsman van 16 november 2009 heeft Belgacom, in antwoord op de brief van 29 oktober 2009 van de griffier namens de voorzitter van de Derde kamer (zie supra, randnummer 9), de gegevens in het Verslag aangestipt die Belgacom als vertrouwelijk beschouwt ten aanzien van respectievelijk de onderneming die de klacht heeft ingediend, Tele2, en de derden die eventueel gehoord zouden worden door de Raad.

13. Op 18 november 2009 heeft KPN Belgium NV (hierna: “KPN Belgium”) die sedert de feiten en de aanvang van het onderzoek de rechtsopvolger is van Tele2, een vordering tot wraking ingesteld tegen twee leden van de Derde kamer van de Raad. Deze vorderingen tot wraking werden verworpen bij

Beslissingen 2009-D/V-28 en 2009-D/V-29 van de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging op grond van artikel 18, § 2, zesde lid WBEM van 9 december 2009.

14. Op 11 januari 2010, heeft Belgacom haar schriftelijke opmerkingen “bij het Gemotiveerd verslag in toepassing van artikel 45, § 4 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 van de Auditeur-Generaal van 29 september 2009” (hieronder: “de eerste schriftelijke opmerkingen van Belgacom”) ter griffie ingediend. Een niet-vertrouwelijke versie werd ook overgemaakt waaruit de informatie die naar de mening van Belgacom voor de klagende partij niet toegankelijk kon zijn, was verwijderd.

15. Bij brief van 21 januari 2010, heeft KPN Belgium NV (als rechtsopvolger van Tele2, zie supra, randnummer 13 en infra, randnummer 52) de Derde kamer verzocht om, overeenkomstig artikelen 20 en 48, § 5 WBEM, gehoord te worden in haar hoedanigheid van klagende partij.

16. Bij brief van 22 januari 2010 gericht aan de voorzitter van de Derde kamer, heeft KPN Belgium gevraagd om inzage te krijgen in een niet-vertrouwelijke versie van het Verslag en in het onderzoeksdossier, teneinde haar rechten als klagende partij op nuttige wijze te kunnen uitoefenen.

17. Op 22 januari 2010 heeft de Derde kamer beslist om KPN Belgium te horen en, overeenkomstig artikel 48, § 1, tweede lid WBEM, toegang tot een niet-vertrouwelijke versie van het Verslag te verlenen. Als bijlage bij deze beslissing van de Derde kamer was de niet-vertrouwelijke versie van het Verslag ten aanzien van KPN Belgium gevoegd. Bij dezelfde beslissing heeft de Derde kamer KPN Belgium voor de zitting van 24 maart 2010 opgeroepen.

Over het verzoek van KPN Belgium om toegang te bekomen tot de stukken van het onderzoeksdossier werd later beslist (zie infra, randnummer 23).

18. Bij beschikking van 22 januari 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer de termijnen bepaald voor schriftelijke opmerkingen voor KPN Belgium (tot 22 februari 2010), en voor schriftelijke replieken daarop door Belgacom en door de auditeur-generaal (tot 19 maart 2010). Bij dezelfde beschikking heeft de voorzitter KPN Belgium uitgenodigd de gegevens van haar schriftelijke opmerkingen te vermelden die zij beschouwde als vertrouwelijk ten aanzien van Belgacom.

19. Op 22 januari 2010 heeft de Derde kamer beslist om Mobistar, overeenkomstig artikel 48, § 5, derde lid WBEM, te horen en, overeenkomstig artikel 48, § 1, tweede lid WBEM, toegang tot een niet-vertrouwelijke versie van het Verslag te verlenen (zie supra, randnummer 6). Bij dezelfde beslissing van 22 januari 2010 heeft de Derde kamer Mobistar voor de zitting van 24 maart 2010 opgeroepen.

Over het verzoek van Mobistar om toegang te bekomen tot de stukken van het onderzoeksdossier werd later beslist (zie infra, randnummer 25).

20. Bij brief van 22 januari 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer het BIPT uitgenodigd om te worden gehoord op de hoorzitting van 24 maart 2010 (zie supra, randnummer 11).

21. Bij brief van 22 januari 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer KPN Belgium uitgenodigd de gegevens in het Verslag aan te duiden die volgens KPN Belgium vertrouwelijk zijn ten aanzien van Mobistar en ten aanzien van het BIPT.

22. Bij brief van 26 januari 2010 heeft de raadsman van KPN Belgium aan de voorzitter van de Derde kamer gemeld dat geen van de gegevens opgenomen in het Verslag als vertrouwelijk ten aanzien van Mobistar en van het BIPT beschouwd dienden te worden.

23. Bij beslissing van 26 januari 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer KPN Belgium toegang tot de stukken van het onderzoeksdossier geweigerd.

24. Bij beschikking van 26 januari 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer de termijnen bepaald voor schriftelijke opmerkingen voor Mobistar (tot 26 februari 2010), en voor de replieken hierop door Belgacom en door de auditeur-generaal (tot 19 maart 2010). Bij dezelfde beschikking heeft de voorzitter

van de Derde kamer Mobistar uitgenodigd de gegevens van haar schriftelijke opmerkingen te vermelden die zij beschouwde als vertrouwelijk ten aanzien van Belgacom.

25. Bij beslissing van 27 januari 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer Mobistar toegang tot de stukken van het onderzoeksdossier geweigerd.

26. Bij brief van 4 februari 2010 gericht tot de voorzitter van de Derde kamer, in antwoord op de brief van 22 januari 2010 van de voorzitter (zie supra, randnummer 20), heeft het BIPT geantwoord op de zitting van 24 maart 2010 vertegenwoordigd te zullen zijn en verzocht om toegang tot een niet-vertrouwelijke versie van het Verslag.

27. Op 8 februari 2010 werden de schriftelijke opmerkingen voor de auditeur-generaal, in antwoord op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, ingediend ter griffie.

28. Bij beslissing van 9 februari 2010 heeft de Derde kamer het BIPT toegang tot het Verslag verleend overeenkomstig artikel 48, § 1, tweede lid WBEM. Als bijlage bij deze beslissing was de niet-vertrouwelijke versie van het Verslag ten aanzien van het BIPT gevoegd.

29. Op 22 februari 2010 heeft KPN Belgium schriftelijke opmerkingen ingediend ter griffie.

30. Op 26 februari 2010 heeft Mobistar schriftelijke opmerkingen ingediend ter griffie. Mobistar heeft gegevens van haar schriftelijke opmerkingen aangeduid als zijnde vertrouwelijk ten aanzien van Belgacom (zie supra, randnummer 24). Een niet-vertrouwelijke versie was bijgevoegd.

31. Bij beschikking van 1 maart 2010 heeft de voorzitter van de Raad een raadslid aangewezen dat geen deel uitmaakt van de Raad om zich over de vertrouwelijkheid van de gegevens van Mobistar uit te spreken, overeenkomstig artikel 48, § 2, lid 3 WBEM.

32. Bij brief van 1 maart 2010 heeft dit raadslid de vertrouwelijkheid van de gegevens die Mobistar in haar schriftelijke opmerkingen als vertrouwelijk had aangemerkt, aanvaard.

33. Bij beslissing van 3 maart 2010 heeft de Derde kamer de beslissing van 30 oktober 2009 waarbij de hoorzitting was bepaald op 24 maart 2010 (zie supra, randnummer 11) ingetrokken, de hoorzitting bepaald op 21 april 2010, en Belgacom, KPN Belgium, Mobistar, het BIPT en de auditeur-generaal opgeroepen voor de hoorzitting van 21 april 2010.

34. Bij beschikking van 3 maart 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer de termijn voor de tweede schriftelijke opmerkingen voor Belgacom verlengd tot 6 april 2010. Bij dezelfde beschikking van 3 maart 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer de termijn voor de schriftelijke replieken door Belgacom na de schriftelijke opmerkingen van KPN Belgium van 22 februari 2010, eveneens verlengd tot 6 april 2010.

Bij dezelfde beschikking van 3 maart 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer beslist dat de laatste schriftelijke opmerkingen voor Belgacom, waarvoor de termijn verstrijkt op 6 april 2010, haar vorige schriftelijke opmerkingen dienen te vervangen.

35. Op 6 april 2010 heeft Belgacom haar laatste schriftelijke opmerkingen voor de hoorzitting ingediend ter griffie.

36. Bij e-mail van 9 april 2010 heeft de griffier informatie over het verloop van de hoorzitting van 21 april 2010 meegedeeld aan Belgacom, KPN Belgium, Mobistar, het BIPT en de auditeur-generaal.

37. Bij e-mail van 12 april 2010 heeft de auditeur-generaal een verzoek ingediend tot verdaging van de hoorzitting. Op 12 april 2010 heeft Belgacom een e-mail verzonden in verband met het verzoek tot verdaging van de hoorzitting.

38. Bij e-mail van 13 april 2010 werd aan Belgacom, KPN Belgium, Mobistar, het BIPT en de auditeur-generaal meegedeeld dat de Derde kamer beslist had de hoorzitting, die vastgesteld was op 21 april 2010, te verdagen, op verzoek van de auditeur-generaal.

Bij e-mail van dezelfde datum werden al de opgeroepen ervan op de hoogte gebracht dat de data van de hoorzitting vastgelegd waren op 3 en 4 juni 2010 en welk het verloop van de hoorzitting zou zijn.

39. Bij de aanvang van de hoorzitting op 3 juni 2010 zijn aanwezig en vermeld op de aanwezigheidslijst: de raadslieden en vertegenwoordigers van de betrokken onderneming Belgacom, de raadslieden van de klager KPN Belgium, de raadsman van de derde Mobistar, en de auditeur-generaal en zijn medewerkers van de Algemene Directie Mededinging.

De uiteenzetting van de auditeur-generaal op 3 juni 2010 werd onder meer ondersteund door een document van één bladzijde, getiteld “Bijlage bij presentatie Auditeur-generaal: Berekening op basis van de inkomsten zoals ze blijken uit gescheiden boekhouding van Belgacom”. Naar aanleiding van het neerleggen door de auditeur-generaal van deze bijlage maakte de raadsman van Belgacom voorbehoud met betrekking tot de kennisneming door de Raad van deze bijlage, op grond van de overweging dat de inhoud ervan nieuw was voor Belgacom.

Vertegenwoordigers van het BIPT werden eveneens in de loop van de zitting gehoord. De Raad heeft het BIPT gevraagd bepaalde gegevens te verstrekken.

Op 4 juni 2010 heeft de Raad de raadsman van Belgacom gehoord. Zijn presentatie werd ondersteund onder meer door een document getiteld “Eerste en voorlopige opmerkingen van Belgacom op de Bijlage bij de presentatie van de Auditeur-Generaal, neergelegd op de zitting van 3 juni 2010 in de Zaak MEDE-P/K-05/0042 – Neergelegd ter zitting van 4 juni 2010 – Vertrouwelijke versie”. Dit laatstvermelde document van Belgacom werd enkele dagen na de zitting, op 16 juni 2010, door een definitieve versie van de opmerkingen van Belgacom op de Bijlage bij de presentatie van de auditeur-generaal vervangen (zie infra, randnummer 41).

Een proces-verbaal van de hoorzitting werd opgesteld. Alle stukken ingediend ter zitting van 3 en 4 juni 2010 werden als bijlagen bij dit proces-verbaal gevoegd.

40. Bij e-mail van 9 juni 2010 deelde het BIPT aan de Derde kamer de ter hoorzitting van 3 juni 2010 door de Raad gevraagde gegevens mee.

Bij e-mail van 10 juni 2010 heeft de griffier aan Belgacom de e-mail van het BIPT van 9 juni 2010 en zijn bijlage meegedeeld.

41. Op 16 juni 2010 heeft Belgacom de definitieve versie van haar Opmerkingen op de Bijlage bij de presentatie van de auditeur-generaal ingediend.

Deze versie vervangt het document getiteld “Eerste en voorlopige opmerkingen van Belgacom op de Bijlage bij de presentatie van de Auditeur-Generaal, neergelegd op de zitting van 3 juni 2010 in de Zaak MEDE-P/K-05/0042 – Neergelegd ter zitting van 4 juni 2010 – Vertrouwelijke versie” dat de raadsman van Belgacom ter zitting op 4 juni 2010 had neergelegd en becommentarieerd (zie supra, randnummer 39).

42. Bij beslissing van 21 juni 2010 heeft de Derde kamer aan KPN Belgium toegang verleend tot een niet-vertrouwelijke versie van de eerste Power Point presentatie van de auditeur-generaal, en toegang geweigerd tot andere stukken, met name de schriftelijke opmerkingen van 8 februari 2010 voor de auditeur-generaal in antwoord op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, de tweede Power Point presentatie van de auditeur-generaal, de derde Power Point presentatie van de auditeur-generaal en de Bijlage bij de presentatie van de auditeur-generaal.

43. Bij brief van 21 juni 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer KPN Belgium uitgenodigd de gegevens in de eerste Power Point presentatie van de auditeur-generaal aan te duiden die volgens KPN Belgium vertrouwelijk zijn ten aanzien van Mobistar.

44. Bij e-mail van 22 juni 2010 heeft de griffier aan de auditeur-generaal de door het BIPT op 9 juni 2010 bezorgde gegevens (zie supra, randnummer 40) meegedeeld.

45. Bij brief van 24 juni 2010 heeft KPN Belgium aan de voorzitter van de Derde kamer gemeld dat de eerste Power Point presentatie van de auditeur-generaal geen vertrouwelijke gegevens ten aanzien van Mobistar bevatte.
46. Bij beslissing van 24 juni 2010 heeft de Derde kamer aan Mobistar toegang verleend tot een niet-vertrouwelijke versie van de eerste Power Point presentatie van de auditeur-generaal, en toegang geweigerd tot andere stukken, met name de schriftelijke opmerkingen van 8 februari 2010 voor de auditeur-generaal in antwoord op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, de tweede Power Point presentatie van de auditeur-generaal, de derde Power Point presentatie van de auditeur-generaal en de Bijlage bij de presentatie van de auditeur-generaal.
47. Bij brief van 5 juli 2010 heeft de voorzitter van de Derde kamer aan Belgacom een termijn verleend voor schriftelijke opmerkingen over de gegevens die het BIPT aan Belgacom had bezorgd bij mail van 9 juni 2010 (zie supra, randnummer 40).
48. Bij brief van 5 juli 2010 gericht aan de voorzitter van de Derde kamer, met kopie aan de raadsman van Belgacom, heeft de auditeur-generaal gemeld, met betrekking tot de op 16 juni 2010 door Belgacom ingediende definitieve versie van haar opmerkingen op de Bijlage bij de presentatie van de auditeur-generaal op de hoorzitting, dat hij zich hield aan zijn standpunt zoals uiteengezet in deze ter zitting neergelegde bijlage.
49. Bij brief van 8 juli 2010 ontvangen ter griffie op 12 juli 2010 en gericht aan de voorzitter van de Derde kamer heeft de raadsman van Belgacom gereageerd op het schrijven van de auditeur-generaal van 5 juli 2010.
50. Op 14 juli 2010 heeft Belgacom haar opmerkingen over de gegevens bezorgd door het BIPT bij e-mail van 9 juni 2010 ingediend bij de Raad.

II. De partijen en de klacht ten gronde

51. De klacht is gericht tegen de naamloze vennootschap van publiek recht Belgacom gevestigd in Schaarbeek. Belgacom is de historische telefonieoperator die een wettelijk monopolie genoot tot de vrijmaking van de Belgische markt in 1998.
52. De klagende partij, Tele2 was bij de aanvang van de procedure op 5 juli 2005 een dochteronderneming van een Zweedse vennootschap met dezelfde naam. Tele2 is sinds januari 2003 actief op de Belgische markt voor vaste telefonie als CPS-operator en heeft op het einde van 2005 Versatel overgenomen. In 2007 werd Tele2, samen met Versatel België, door haar Zweedse moederonderneming verkocht aan de groep KPN, de historische Nederlandse telefonieoperator.
53. Belgacom heeft op 1 juni 2005 het tarief Happy Time ingevoerd voor bellers van een vast toestel naar een ander vast toestel op Belgisch grondgebied voor een bedrag van 0,3 EUR (inclusief BTW) per oproep van 8 u tot 17 u, van maandag tot en met vrijdag. Oproepen buiten deze uren, en op zaterdag en zondag, zijn gratis. Volgens Tele2 maakt Belgacom, met de lancering van het Happy Time aanbod, misbruik van haar machtspositie op de kleinhandelsmarkten voor toegang tot het netwerk en voor vaste nationale telefonie voor particuliere gebruikers, evenals op de groothandelsmarkten voor gespreksopbouw en voor gespreksafgifte, onder andere door marge-uitholling, roofprijzen en kruissubsidies.
- De aspecten roofprijzen en kruissubsidiëring zijn noch hernomen noch behandeld door de auditeur-generaal in zijn verslag om de redenen die in randnummer 5 hierboven zijn uiteengezet.
54. De auditeur-generaal legt de Raad het volgende voorstel tot beslissing voor (Verslag, blz. 90):
- de klacht van Tele2 ontvankelijk en gegrond te verklaren;
 - de machtspositie van Belgacom vast te stellen op de verschillende kleinhandels- en groothandelsmarkten, zijnde:

- de markt voor openbaar beschikbare nationale telefoniediensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers;
 - de markt voor toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers;
 - de collectingmarkt (groothandelsmarkt voor gespreksopbouw);
 - de terminatingmarkt (groothandelsmarkt voor gespreksafgifte);
- de lancering van het Happy Time aanbod van Belgacom als een praktijk van marge-utholling te zien en om die reden dan ook een misbruik van een machtspositie vast te stellen;
 - deze praktijk (de marge-utholling) als een inbreuk op het artikel 3 WBEM alsook op het artikel 82 van het EG-Verdrag te beschouwen;
 - Belgacom te bevelen deze praktijk met onmiddellijke ingang te beëindigen; Belgacom conform het artikel 63 WBEM een dwangsom op te leggen bij niet naleving van deze beslissing;
 - Belgacom een geldboete op te leggen conform artikel 63 WBEM waarbij rekening wordt gehouden met de ernst van de inbreuk alsook met de duur hiervan.

III. Het regelgevingskader: beschrijving van het CS/CPS model

55. In dit deel van de beslissing wordt er beschreven waaruit het CS/CPS model bestaat, welke diensten onder dit model vallen, hoe een operator die van dit indirecte toegangsmodel gebruik maakt geïnterconnecteerd wordt met het netwerk van Belgacom en wat hij daarvoor aan Belgacom moet betalen.

A. Beschrijving van de indirecte toegang via de CS/CPS methode

56. Het Verslag geeft onder punt 5 een algemene beschrijving van de CS/CPS methode, ook het indirecte toegangsmodel genoemd.

De indirecte toegang bestaat erin het netwerk van een alternatieve operator te gebruiken voor het verzenden van oproepen van klanten die op het netwerk van Belgacom aangesloten zijn. Een telefoongesprek tussen twee eindgebruikers verloopt dan als volgt: Belgacom pikt de oproep op van één van haar klanten aangesloten op haar vast aansluitnetwerk, transporteert hem over haar netwerk tot het interconnectiepunt tussen haar netwerk en dat van de alternatieve operator (dit is de materiële verbinding tussen de twee netwerken) waar de oproep doorgegeven wordt op het netwerk van de alternatieve operator gekozen door haar klant (dit is de collectingdienst voor oproepen). De alternatieve operator transporteert de oproep op zijn netwerk ofwel tot zijn bestemming, ofwel tot het interconnectiepunt met het netwerk van de operator waarop de opgeroepene aangesloten is voor afgifte (dit is de terminatingdienst voor oproepen), meestal Belgacom in geval van spraaktelefonie.

In de praktijk gebeurt deze manier van connecteren door middel van een selectiecode van een operator die bestaat uit 4 cijfers en die, hetzij wordt samengesteld door de oproeper bij elke oproep in geval van de CS methode (selectie van transporteur of “Carrier Selection”), hetzij, in de meerderheid der gevallen, voorgeprogrammeerd is in het netwerk van Belgacom in geval van de CPS methode (preselectie van transporteur of “Carrier Preselection”). Vanaf het moment dat deze selectiecode wordt gevormd, herkent het netwerk van Belgacom dat het gaat om een oproep die moet verzonden worden naar de alternatieve operator die titularis is van de selectiecode.

57. Het indirecte toegangsmodel wordt gebruikt door operatoren die over geen aansluitnetwerk beschikken maar alleen een vervoernetwerk ontwikkeld hebben. Het geldt alleen voor spraaktelefonie. Met de CPS methode, wanneer de selectiecode geprogrammeerd is in het netwerk van Belgacom, worden alle types betalend spraakverkeer automatisch naar het netwerk van de alternatieve operator doorverzonden. Met de CS methode kiest de klant voor elke oproep of en naar welke alternatieve operator de oproep moet worden doorverzonden.

58. Aangezien de telecommunicatiesector belangrijke investeringsrisico's met zich meebrengt vanwege de aanloopkosten ("sunk costs"), hebben de nieuwkomers de neiging een stapsgewijze ("step-by-step") ontwikkelingsstrategie aan te nemen om parallel hun klantenbasis en hun alternatief netwerk te ontwikkelen. Dit ontwikkelingsmodel wordt een "investeringsladder" genoemd. Het is om dit ontwikkelingsmodel mogelijk te maken dat het regelgevingskader, dat in de toegang voor alternatieve operatoren tot verschillende niveaus van het netwerk van de historische operator voorziet, in het leven werd geroepen op Europees niveau.

Een CPS operator (hierna wordt deze uitdrukking, behoudens andersluidende vermelding, gebruikt om zowel CS als CPS aan te duiden) is een operator die op de eerste trede van de investeringsladder staat, gespecialiseerd is in spraaktelefonie, weinig investeert in zijn eigen netwerk, maar de mogelijkheid heeft om zijn klantenbasis te doen toenemen om dan vervolgens zijn eigen netwerk te ontwikkelen en om geleidelijk nieuwe producten aan te bieden (Verslag, blz. 61).

59. Sinds januari 2003 biedt de klager, Tele2, in België de mogelijkheid om telefoongesprekken te voeren vanop een vast toestel. Daartoe maakt hij gebruik van de technieken van selectie of preselectie die door Belgacom aangeboden worden. Tele2 startte dus als een loutere "CPS operator". Sindsdien heeft Tele2 de investeringsladder beklommen, onder andere door de aankoop eind 2005 van Versatel (supra, randnummer 52) dat reeds in de ontplooiing van een eigen aansluitingsnetwerk geïnvesteerd had, en sinds de tweede helft van het jaar 2005 heeft Tele2 haar productportfolio ook uitgebreid tot ADSL producten (Verslag, blz. 7-8).

B. Beschrijving van de interconnectiediensten van Belgacom voor spraaktelefonie over vaste netwerken

60. De interconnectiediensten van Belgacom kunnen als volgt algemeen beschreven worden (Verslag, blz. 15-16).

1) De collectingdienst voor oproepen ("collecting" of gespreksopbouw) is een dienst waarmee Belgacom de oproep verzendt vanaf de oproeper tot het dichtstbijzijnde ontmoetingspunt (technisch omschreven als "interconnectiepunt") tussen haar netwerk en dat van de alternatieve operator.

2) De terminatingdienst voor oproepen ("terminating" of gespreksafgifte) is een dienst waarmee Belgacom de oproep verzendt vanaf het interconnectiepunt, tussen het netwerk van de alternatieve operator en het hare, naar de opgeroepene.

3) De diensten van interconnectieverbindingen ("IC-link") en ATAP ("access to an access point") zijn diensten die betrekking hebben op de fysieke verbinding tussen het netwerk van Belgacom en dat van de alternatieve operator. Deze diensten zijn onontbeerlijk voor ondernemingen die over geen aansluitnetwerk beschikken en telefoniediensten willen leveren volgens de indirecte toegang. Technisch gezien kan de verbinding tussen het netwerk van Belgacom en dat van elke alternatieve operator plaatsvinden op verschillende hiërarchische niveaus (tegen verschillende tarieven) in het netwerk van Belgacom, te weten:

- (EAA) Extra Access Area: dit interconnectieniveau wordt gebruikt door de operator die één enkel en uniek interconnectiepunt bezit met het netwerk van Belgacom (dit niveau is enkel bruikbaar voor de terminatingdienst, en dus niet voor de collectingdienst);
- (IAA) Intra Access Area: dit interconnectieniveau is mogelijk binnen elke toegangszone van Belgacom¹ waarin de operatoren een interconnectiepunt bezitten;
- Local: dit interconnectieniveau richt zich tot alternatieve operatoren die al een zeer uitgestrekt netwerk bezitten.²

¹ Belgacom heeft België ingedeeld in 10 Acces Areas of interconnectiezones.

² Hetgeen de verbinding impliceert met ongeveer [...] lokale schakelaars van het netwerk van Belgacom om over een nationale dekking te beschikken.

In de praktijk is de grote meerderheid van de alternatieve operatoren, onder wie de klager, geïnterconnecteerd in elke Access Area zodat zij vrijwel geen gebruik maken van EAA-tarieven.

De alternatieve operatoren hebben er belang bij interconnectie op het lokale niveau te bekomen. Daarvoor moeten zij investeren in een eigen ruggengraatnetwerk om minder gebruik te maken van het netwerk van Belgacom en hun variabele kosten te laten dalen.

C. Evolutie van de interconnectietarieven over de relevante periode

61. De interconnectietarieven worden gepubliceerd in het BRIO³-referentieaanbod. Het referentieaanbod van Belgacom wordt ter goedkeuring voorgelegd aan het BIPT dat de kostenoriëntering van die tarieven nagaat. Aanpassingen van die tarieven hebben meerdere malen plaatsgevonden in de loop van de door onderhavige zaak bestreken tijdspanne.

IV. Marktafbakening

A. Relevante productmarkt

Standpunt van de auditeur-generaal

62. De auditeur-generaal identificeert vier relevante productmarkten, namelijk twee kleinhandelsmarkten en twee groothandelsmarkten:

- kleinhandelsmarkt voor toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers
- kleinhandelsmarkt voor openbaar beschikbare nationale telefoniediensten op een vaste locatie voor particuliere gebruikers
- groothandelsmarkt voor gespreksafgifte (terminatingdiensten)
- groothandelsmarkt voor gespreksopbouw (collectingdiensten).

De keuze voor deze vier markten is als volgt verantwoord:

“Als vertrekpunt voor de analyse van de vermeende inbreuk nemen we (...) de (voor het verstrekken van bedoelde telefoniediensten) onontbeerlijke terminating-wholesaledienst en kijken we welke diensten hiermee kunnen worden geleverd op de retailmarkt.

Hierdoor komen we uit bij de volgende twee markten, die als relevant (zijnde onontbeerlijk voor de price squeeze in deze zaak) kunnen worden aangemerkt:

- *de (retail)markt voor openbaar beschikbare nationale telefoniediensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers*
- *de terminatingmarkt (wholesalemarkt voor gespreksafgifte)*

Echter, gezien de toenmalige positie van Tele2 op de ‘investeringsladder’, had Tele2 ook de collecting-wholesaledienst van Belgacom nodig om de bedoelde telefoniediensten te kunnen verstrekken en is ook de (retail)markt voor toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers relevant.” (Verslag, punt 6.1.4, blz.19-20)

³ BRIO staat voor Belgacom Reference Interconnect Offer dat o.a. de voorwaarden bepaalt onder dewelke Belgacom de Collecting Access Services aanbiedt aan de CPS operatoren.

Standpunt van de klager

63. In de klacht van Tele2 van 5 juli 2005 worden drie relevante productenmarkten aangehaald: de groothandelsmarkt voor gespreksafgifte, de groothandelsmarkt voor gespreksopbouw en de stroomafwaartse retailmarkt voor nationale telefoniediensten voor particuliere gebruikers (Klacht Tele2, blz. 2, zie doc. Nr. 1.1, blz. 000018). Wat die kleinhandelsmarkt betreft is er evenwel volgens de klager een afzonderlijke markt voor het verkeer van een vast toestel naar een vast toestel. De klager beperkt dus de kleinhandelsmarkt voor telefonie tot alleen de nationale telefonische oproepen van een vast nummer naar een vast nummer voor particuliere gebruikers, wat betekent dat, onder andere, oproepen naar mobiele nummers uitgesloten zijn (schriftelijke opmerkingen ingediend voor KPN Belgium op 22 februari 2010, randnummers 248 en volgende).

Standpunt van Belgacom

64. Belgacom stelt dat een afzonderlijke markt voor het verkeer van een vast toestel naar een vast toestel te eng is gedefinieerd. Er moet volgens Belgacom worden gekeken naar de aankoops- en verkoopspatronen waaruit blijkt dat de diverse soorten oproepen samen worden aangekocht en verkocht. Er bestaat dan ook geen aanleiding om de dienst uit te splitsen naargelang het soort oproepen.

65. Wat de internationale oproepen betreft, stelt Belgacom, enerzijds, dat het bekomen van internationale connectiviteit geenszins ingewikkeld is, en, anderzijds, dat de internationale tarieven alsmear verder zijn gedaald en dichtbij de nationale tarieven liggen. Belgacom meent dan ook dat de nationale en internationale uitgaande gesprekken moeten worden beschouwd als een deel van één en dezelfde markt, door het feit dat alle operatoren die hun diensten aanbieden via CS of CPS beide types van diensten verlenen.

66. Belgacom erkent het bestaan van de terminatingmarkt maar merkt op dat de enige onvermijdbare dienst in feite de lokale gespreksafgifte is. Wat betreft de collectingmarkt, meent Belgacom dat deze markt niet alleen de gespreksopbouw via het inkopen van een externe collectingdienst dient te bevatten maar ook minstens de eigen levering (“self-supply”) van dergelijke dienst voor gespreksopbouw, omwille van het feit dat diverse operatoren over hun eigen infrastructuur (of andere middelen, zoals een VoB-dienst) beschikken om gesprekken op te bouwen.

Beslissing van de Raad

67. De definitie van de relevante markten houdt eng verband met de feitelijke context van een bepaalde zaak. In onderhavige zaak stelt zich de vraag of het lanceren van het Happy Time aanbod gebeurde tegen tariefvoorwaarden die een wurg-effect geven dat van zodanige aard is dat de CPS operatoren die afhangen van de groothandelsaanbiedingen van de verticaal geïntegreerde operator ten einde een concurrerend product op de kleinhandelsmarkt aan te bieden, van de kleinhandelsmarkt uitgesloten worden. Het komt erop aan om de relevante kleinhandelsmarkt af te bakenen waartoe het product Happy Time behoort alsook de groothandelsmarkten te omschrijven waarop de verticaal geïntegreerde operator zijn groothandelsproducten aanbiedt waarvan de CPS operatoren afhankelijk zijn voor het aanbieden van met Happy Time concurrerende producten.

De Raad deelt het standpunt van de klager volgens welk de door het BIPT gebruikte definities van de relevante markten in het kader van zijn marktanalyses voor reglementaire doeleinden worden gehanteerd in een heel ander bestek en ze daardoor niet noodzakelijkerwijze als dusdanig kunnen worden gebruikt binnen het kader van een ex post analyse door de mededingingsautoriteit (schriftelijke opmerkingen ingediend voor KPN Belgium op 22 februari 2010, randnummer 262). Happy Time is een tariefplan dat aan particuliere gebruikers van vaste telefoniediensten gratis oproepen naar vaste nationale toestellen, gedaan in de daluren, en oproepen tegen een vaste prijs, dus onafhankelijk van de tijdsduur, voor dezelfde oproepen in de piekuren, aanbiedt. De groothandelsproducten die de CPS operatoren nodig hebben om

een met het Happy Time tariefplan concurrerend aanbod te brengen zijn de diensten voor gespreksopbouw (collectingdiensten) en de diensten voor gespreksafgifte (terminatingdiensten) (supra, randnummer 56).

De Raad neemt derhalve drie relevante productenmarkten in aanmerking in onderhavige zaak : twee groothandelsmarkten – de groothandelsmarkt voor gespreksopbouw (“collecting”) en de groothandelsmarkt voor gespreksafgifte (“terminating”) – en één kleinhandelsmarkt, namelijk de retailmarkt voor openbaar beschikbare nationale telefoniediensten geleverd op een vaste locatie. De Raad beschouwt immers dat de kleinhandelsmarkt voor toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie niet relevant is in onderhavige zaak die uitsluitend betrekking heeft op het indirecte toegangsmodel waarbij de klant van de CPS operator de toegang tot het telefoonnet via Belgacom behoudt. De Raad stelt overigens vast dat Tele2, wanneer zij het vermeende misbruik van marge-utholling omschrijft, verwijst naar niet meer dan die drie productenmarkten (zie infra, randnummer 82). De vragen die zich omtrent de afbakening van de relevante markten stellen worden achtereenvolgens onderzocht op groothandels- en kleinhandelsniveau.

A.1. De relevante groothandelsmarkten

68. Op groothandelsniveau stelt zich de vraag naar het in aanmerking nemen van eigen leveringen (“self-supply”). Gelet op het feit dat de conclusie over de machtspositie in deze zaak niet beïnvloed wordt indien rekening wordt gehouden met de eigen leveringen, neemt de Raad geen beslissing over dit punt.

A.2. De relevante kleinhandelsmarkt

69. Wat de afbakening van de relevante kleinhandelsmarkt betreft, moet de Raad een beslissing nemen over de volgende twee vragen.

70. De eerste vraag heeft betrekking op het onderscheid tussen particuliere en niet-particuliere gebruikers. Het Happy Time tarief plan is typisch bestemd voor residentiële klanten; slechts een gering aantal professionele klanten belt na 17 uur of tijdens het weekend wanneer de oproepen gratis zijn. Professionele klanten hebben ook weinig neiging om langere oproepen te maken gedurende de piekuren om van de prijs per oproep gebruik te maken. Bovendien wordt het Happy Time tariefplan beperkt tot één nummer per klant, zodat het aan aantrekkelijkheid inboet voor professionele klanten uit het bedrijfsleven.

71. De tweede vraag heeft betrekking op de types van telefoonoproepen die in aanmerking komen, namelijk de vraag of alle types van oproepen vanuit een vast toestel die langs CPS mogelijk zijn in aanmerking genomen worden, dus inclusief internationale oproepen en vast-naar-mobiele oproepen, dan wel of alleen die oproepen in aanmerking genomen worden waarop het tarief plan Happy Time van toepassing is. In dat laatste geval worden de internationale oproepen en de vast-naar-mobiele oproepen uitgesloten van de relevante kleinhandelsmarkt. Gezien de klager zijn concurrerend aanbod alleen aanbiedt aan klanten die voor CPS kiezen en, vervolgens, een van de voorgestelde wurgprijzentesten gevoerd wordt vanuit het standpunt van een CPS operator (zie infra, randnummers 163 en 168), zou in onderhavige zaak overwogen kunnen worden de relevante kleinhandelsmarkt te definiëren op basis van alle verkeerstelefoniediensten die door CPS opgenomen worden, namelijk inclusief internationale en vast-naar-mobiel gesprekken.

72. Aangezien het bestaan van een machtspositie op de stroomafwaartse markt niet vereist is om het anticoncurrentieel karakter van wurgprijzen vast te stellen (zie infra, randnummer 81), mag de definitie van de kleinhandelsmarkt open blijven.

B. De relevante geografische markt

Standpunt van de auditeur-generaal

73. De markten zijn nationaal (Verslag, blz. 32).

Standpunt van Belgacom

74. Belgacom voert aan dat wat de geografische definitie van de markt betreft, men bij de beoordeling van het tariefplan Happy Time rekening moet houden met een geografische differentiatie binnen een nationale marktdefinitie omdat de concurrentie die Belgacom van kabeloperatoren ondervindt heviger is in bepaalde delen van het land dan in andere delen van het land (laatste schriftelijke opmerkingen van Belgacom, randnummer 113).

Beslissing van de Raad

75. Gelet op het feit dat volgens de Raad in deze zaak zowel de groothandelsmarkten als de kleinhandelsmarkten voor toegang buiten beschouwing worden gelaten, is de opmerking gemaakt door Belgacom over de geografische differentiatie met betrekking tot de concurrentie van de kabeloperatoren niet ter zake dienend omwille van het beperkte marktaandeel van kabeloperatoren op de markt van telefoniediensten.

76. De Raad beslist dat de drie relevante markten een nationale dimensie hebben gelet op de verplichting voor Belgacom om zowel de producten van de groothandelsmarkten als van de kleinhandelsmarkt aan te bieden voor het hele grondgebied.

C. Conclusie

77. De afbakening van de relevante markten in onderhavige zaak heeft als doel na te gaan of het bestaan van een machtspositie van Belgacom op de relevante stroomopwaartse markten kan worden vastgesteld.

Voor een operator die telefoniediensten via indirecte toegang aanbiedt zijn gespreksopbouw en gespreksafgifte onontbeerlijke diensten die hij moet aankopen. De groothandelsmarkten voor gespreksopbouw en gespreksafgifte zijn dus de twee relevante groothandelsmarkten voor onderhavige zaak.

Deze twee markten omvatten alle niveaus van interconnectiediensten (supra, randnummer 60).

De relevante kleinhandelsmarkt is de markt voor spraaktelefonie vanop een vast toestel. Een beslissing over de types telefoonverkeer die tot die markt behoren, namelijk oproepen naar internationale nummers of naar mobiele nummers, is niet nodig om de zaak ten gronde te behandelen.

Voor alle markten wordt het Belgische grondgebied als de relevante geografische markt beschouwd.

V. Mogelijke beïnvloeding van de handel tussen de EU-lidstaten

78. Op basis van artikel 3, §1 van Verordening 1/2003 (Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB L. 4 januari 2003, afl. 1, 1.) moet de Raad eerst onderzoeken of naast het nationale mededingingsrecht ook het communautaire mededingingsrecht moet worden toegepast.

79. Het Verslag van de auditeur-generaal gaat ervan uit dat er eveneens sprake is van een inbreuk op het toenmalige artikel 82 van het EG-Verdrag, nu artikel 102 van het “Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie” (VWEU), omdat de aangeklaagde praktijk gevolgen heeft zowel voor alternatieve operatoren die, zoals Tele2, CPS-activiteiten ontplooiën, als voor buitenlandse concurrenten die de Belgische markt willen betreden of er actief zijn. Op dit punt bestaat er geen betwisting tussen partijen. In deze beslissing van de Raad worden de kwestieuze praktijken derhalve zowel op grond van het artikel 3 van de WBEM als op grond van het artikel 102 VWEU onderzocht.

VI. Bestaan van een machtspositie

80. De auditeur-generaal concludeert, op basis van, enerzijds, de hoge marktaandeelen van Belgacom op de geanalyseerde productenmarkten en, anderzijds, andere factoren (sterke positie op talrijke naburige markten, herkenning van het merk, uitgebreide verkoopkanalen), dat Belgacom een machtspositie heeft op de groothandelsmarkten van afgifte en opbouw (Verslag, blz. 38). De Raad is het eens met het Auditoraat dat Belgacom een machtspositie op de betrokken groothandelsmarkten bezit aangezien zij, wegens regelgevende verplichtingen, de enige aanbieder is van groothandelsdiensten die nodig zijn om CPS diensten aan te bieden voor uitgaande gesprekken van op een vaste lijn.

81. Voor de Raad is het niet noodzakelijk, in het kader van een analyse inzake marge-utholling, om vast te stellen dat Belgacom ook over een machtspositie op de onderliggende relevante kleinhandelsmarkt beschikt. Dit werd met name bevestigd in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak TeliaSonera (C-52/09, 17 februari 2011, randnummers 87-89).

VII. Mogelijk misbruik van machtspositie

A. Inleiding : De klacht ten gronde

82. Met betrekking tot marge-utholling stelt Tele2 in de klacht het volgende (Klacht Tele2, blz. 2):

“Het kan niet betwist worden dat het aanbod “Happy Time” van Belgacom voldoet aan de criteria die toelaten het bestaan van een marge-utholling vast te stellen:

- *Belgacom is actief op de markten voor interconnectie die zich stroomopwaarts bevinden, zowel op de wholesalemarkten gespreksopbouw als gespreksafgifte, als op de stroomafwaartse retailmarkt nationale telefoniediensten voor particuliere gebruikers van een vast nummer naar een vast nummer;*
- *Zoals hoger aangegeven, heeft Belgacom een machtspositie of zelfs een monopolie op de markt voor de gespreksopbouw en op de markt voor de gespreksafgifte in de mate dat geen enkele andere operator gespreksopbouw- en gespreksafgifte-diensten verkoopt op wholesaleniveau;*
- *Tele2 en alle andere operatoren kopen van Belgacom wholesalediensten op de stroomopwaartse interconnectiemarkten en concurreren met Belgacom op de markt voor nationale telefoniediensten voor particuliere gebruikers van een vast nummer naar een vast nummer;*
- *Zoals Tele2 hieronder zal aantonen, kan het worden vastgesteld, op basis van publiek beschikbare informatie, dat de activiteiten op retailniveau van een redelijk efficiënte operator op de markt voor nationale gesprekken van vast nummer naar vast nummer voor particuliere gebruikers, niet winstgevend kunnen zijn wanneer men het verschil tussen de prijzen aangerekend door Belgacom op de stroomopwaartse en stroomafwaartse markt in rekening brengt;*
- *De marge-utholling zal er noodzakelijkerwijze toe leiden dat de CPS operatoren van de markt worden uitgesloten. Aangezien de concurrenten van Belgacom volledig of in grote mate afhankelijk van hun inkomsten op de markt voor diensten op retailniveau, zijn zij niet in staat om gedurende een lange periode te overleven.”*

B. Definitie van wurgprijzen of marge-utholling

83. Wurgprijzen of marge-utholling (deze uitdrukkingen worden gebruikt als synoniemen) vinden plaats wanneer een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie in het aanbod van onontbeerlijke stroomopwaartse inputs haar prijzen op groothandels- en kleinhandelsniveau zo bepaalt dat het verschil tussen de eindgebruikerstarieven van die onderneming en het voor intermediair verbruik bestemd tarief voor vergelijkbare diensten aangerekend aan haar concurrenten negatief is of niet toereikend is om de stroomafwaartse kosten te dekken (zie onder meer de beslissing van de Commissie van 21 mei 2003 inzake Deutsche Telekom, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, randnummer 107 en het arrest van 10

april 2008 van het Gerecht in die zaak Deutsche Telekom t. Europese Commissie, T-271/03, randnummers 166 en 237).

C. Wurgprijzen of marge-utholling als misbruik van machtspositie

Standpunt van de klager

84. Volgens de klager kan marge-utholling als een specifiek misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU beschouwd worden.

Standpunt van Belgacom

85. Volgens Belgacom kan een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU niet worden aangetoond door de resultaten van een wurgprijzetest, aangezien dergelijke test enkel zou slaan op de verhouding tussen groothandels- en kleinhandelsprijzen.

Standpunt van de auditeur-generaal

86. Zowel het Hof van beroep te Brussel (arrest van het Hof van beroep van 18 december 2007, blz.53, vijfde alinea) als de Europese Commissie in de zaak Deutsche Telekom (Beslissing van 21 mei 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, randnummer 180), bevestigd door het arrest van het Gerecht (zaak T-271/03, Deutsche Telekom t. Commissie, 10 april 2008, randnummers 167 en 187), weerleggen de redenering van Belgacom.

Beslissing van de Raad

87. Er wordt aan herinnerd dat het misbruik van een machtspositie is dat door artikel 102 VWEU verboden wordt, dat het op zichzelf niet onrechtmatig is dat een onderneming een machtspositie heeft maar dat de operatoren met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid hebben om een daadwerkelijke concurrentie op de markten niet te hinderen. In dit kader is een verticaal geïntegreerde operator, die over een machtspositie op de stroomopwaartse groothandelsmarkt beschikt, in staat door zijn prijzenpolitiek en, in het bijzonder door het verschil tussen de groothandelsprijzen die hij op de stroomopwaartse markt aanreket en de kleinhandelsprijzen die hij op de stroomafwaartse markt toepast, om de ontwikkeling van de concurrentie op de stroomafwaartse markt te beïnvloeden.

88. Een onvoldoende marge tussen de groothandelsprijzen en de kleinhandelsprijzen belet immers de niet verticaal geïntegreerde operatoren om op duurzame wijze actief te zijn op de stroomafwaartse markt. Indien wurgprijzen een even efficiënte stroomafwaartse concurrent uitsluiten dan kunnen zij een misbruik uitmaken.

89. De door de auditeur-generaal aangehaalde rechtspraak en de beslissing van de Europese Commissie in de zaak Telefónica (Beslissing van 4 juli 2007, COMP/C-38.784, randnummer 283) die ondertussen door arresten van het Hof van Justitie in de zaak Deutsche Telekom (C-280/08 P, 14 oktober 2010, randnummers 167 tot 169, 183) en in de zaak TeliaSonera (C-52/09, 17 februari 2011, randnummers 31, 32 en 34) en door het Gerecht in de zaak Telefónica (T-336/07, 29 maart 2012, randnummers 180 en 187) op dat punt zijn bevestigd, stellen duidelijk dat niet hoeft te worden aangetoond dat de groothandelsprijzen of kleinhandelsprijzen op zich een misbruik vormen omdat zij, naargelang van het geval, buitensporige of afbraakprijzen zouden zijn.

90. Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat marge-utholling wel een apart misbruik uitmaakt dat te onderscheiden is van buitensporige of afbraakprijzen, onder andere omdat de methode die gebruikt wordt om te bepalen of er misbruik is, verschillend is, zoals hieronder in randnummer 110 wordt aangetoond.

D. Methodiek van een wurgprijzetest

91. Dit gedeelte D legt de methodiek uit die door de Raad toegepast wordt om vast te stellen of een marge-utholling bestaat. Drie belangrijke aspecten worden in aanmerking genomen:

- De keuze van een aangepaste wurgprijzetest in mededingingsrecht (D.1.)
- De aangepaste kostenstandaard om de stroomafwaartse kosten te bepalen (D.2.)
- Het aggregatieniveau van de test (D.3.): moet de test toegepast worden op een bepaald product of op alle producten die door een CPS operator aangeboden kunnen worden?

In D.4. concludeert de Raad over de aangepaste methodiek voor het vaststellen van een mogelijke marge-utholling in onderhavige zaak.

D.1. De keuze van een aangepaste test in het mededingingsrecht

Standpunt van de klager

92. Volgens de klager dient rekening gehouden te worden met de kosten van een redelijk efficiënte nieuwkomer voor de toepassing van het mededingingsrecht in recent geliberaliseerde markten. Het is voor de klager normaal dat Tele2 hogere kosten heeft gehad dan Belgacom, omdat zij per definitie niet dezelfde schaalvoordelen kan genieten.

93. De klager stelt dat uit vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie (Zaak C-462/99, Connect Austria, 2003, ECR, I-5197, randnummer 83; zaak C-544/03, Mobistar tegen gemeente Fléron, 2005, ECR, I-7713, randnummer 49; zaak C-109/03 KPN Telecom BV tegen OPTA, 2004, ECR I-1173, randnummer 55) en van het Gerecht (zaak T-271/03, Deutsche Telecom tegen Europese Commissie, 10 april 2008, randnummers 198-199) blijkt dat voor de toepassing van zowel ex ante regulering als van het mededingingsrecht rekening moet worden gehouden met de objectief verschillende situatie van nieuwe toetreders tot de markt zodat nieuwkomers op een recent geliberaliseerde markt gelijke kansen krijgen ten opzichte van de historische operator om zich te ontplooien. Enkel het in rekening brengen van de kosten van een weliswaar redelijk efficiënte nieuwkomer is van aard om gelijkheid van kansen te waarborgen (Verslag, blz. 48).

94. Deze vaststaande rechtspraak werd volgens Tele2 (antwoord Tele2 van 23 februari 2009, blz. 11 – 14, zie doc. Nr. 1.8, blz. 739 – 742) ook opgenomen in de richtsnoeren van de Commissie aangaande artikel 82 van het EG Verdrag waar de Commissie volgens de klager uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid van toepassing van een wurgprijzetest op basis van de kosten van nieuwkomers in markten waar historische operatoren speciale en exclusieve rechten genoten hebben (Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PB C 45, 24 februari 2009, blz. 7, randnummer 82). Tele2 levert een geheel aan informatie om aan te tonen dat zij een “low cost” operator is en dat ze daarom erkend kan worden als “redelijk efficiënt”, wat het gebruik van gegevens in verband met haar kosten in een test van het type ‘reasonably efficient operator’ (REO) zou rechtvaardigen (Verslag, blz. 46 tot 49).

Standpunt van Belgacom

95. Belgacom is het niet eens met de auditeur-generaal die de kosten van Tele2 gebruikt in zijn test aangaande een vermindering van de winstmarges.

96. Het bestaan van wurgprijzen kan niet worden aangetoond op basis van een test die enkel rekening houdt met de reële kosten van concurrenten, wat Belgacom in haar schriftelijke opmerkingen bestempelt als de “reasonably efficient operator” test, de zogenaamde REO test (laatste schriftelijke opmerkingen van Belgacom, randnummers 160 en 163). Het feit dat deze kosten dan ook nog als betrouwbaar worden aangemerkt, maakt de test voor Belgacom volledig onbruikbaar (laatste schriftelijke opmerkingen van

Belgacom, randnummer 166, blz. 172 en randnummer 172, blz. 192). Belgacom wijst verder op de Deutsche Telekom-rechtspraak van het Gerecht waarin volgens Belgacom wordt bevestigd dat een wurgprijzetest dient gebaseerd te worden op de kosten van de dominante operator, niet op de kosten van één of meerdere alternatieve markspelers (Antwoord Belgacom van 23 februari 2009, blz. 11, zie doc. nr.2.2., blz. 1453).

Standpunt van de auditeur-generaal

97. Volgende passage uit het arrest van het Gerecht in de Deutsche Telekom zaak is volgens de auditeur-generaal voor deze analyse relevant (Verslag, blz. 45):

188. Verder dient te worden vastgesteld dat de gemeenschapsrechter zich weliswaar tot op heden nog niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de vraag welke methode dient te worden toegepast om uit te maken of er sprake is van een prijsqueeze, maar dat niettemin uit de rechtspraak duidelijk blijkt dat bij de beoordeling of de tariefpraktijken van een onderneming met een machtspositie misbruik vormen, in beginsel wordt uitgegaan van haar eigen situatie en dus van haar eigen tarieven en kosten, en niet van de situatie van de bestaande of potentiële concurrenten. (...)

192. Hieraan dient te worden toegevoegd dat elke andere aanpak kan leiden tot een schending van het algemene beginsel van rechtszekerheid. Indien de rechtmatigheid van de tariefpraktijken van een onderneming met een machtspositie afhangt van de specifieke situatie van de concurrenten, met name van hun kostenstructuur, die de dominante onderneming over het algemeen niet kent, zou deze laatste de rechtmatigheid van haar eigen gedrag immers niet kunnen beoordelen.”

(onderlijning van de auditeur-generaal) (*Deutsche Telekom*, T-271/03, 10 april 2008, randnummers 188 en 192).

98. De auditeur-generaal vermeldt ook dat de Raad voor de Mededinging in zijn beslissing Base/BMB (nr. 2009-P/K-10, 26 mei 2009, randnummer 276) eveneens de “equally efficient operator” test (EEO), dit is het in aanmerking nemen van de kosten van Belgacom, meer aangewezen acht dan de “reasonably efficient operator” test (REO), omdat de REO-test het risico loopt het algemene beginsel van rechtszekerheid te schenden (Verslag, blz. 45).

99. Alhoewel uit de geciteerde rechtspraak een voorkeur zou kunnen blijken voor de “equally efficient operator” test (EEO), kan volgens de auditeur-generaal, verwijzend naar de onderlijnde passages in de citaten hierboven (in randnummer 97), niet worden afgeleid dat het gebruik van de “reasonably efficient operator” test (REO) wordt uitgesloten om een wurgprijzenpraktijk te analyseren (Verslag, blz. 45).

100. Het Gerecht heeft enkel gesteld dat de Commissie terecht heeft geconcludeerd tot het bestaan van wurgprijzen in hoofde van Deutsche Telekom op basis van de EEO test. Dit is logisch in de veronderstelling dat de voormalige monopolist een lagere kostenstructuur heeft dan eventuele nieuwkomers op de markt, dit als gevolg van grotere schaalvoordelen en voordelen voortvloeiend uit de verticale integratie. Indien nu de marge-uitholling al kan worden vastgesteld door de lagere kosten van de historische operator in aanmerking te nemen, zal dit zeker ook het geval zijn wanneer de hogere kosten van de alternatieve operatoren in aanmerking genomen worden. De REO test zou dan ook niet tot een ander resultaat hebben geleid.

101. Hierbij aansluitend verwijst de auditeur-generaal naar het arrest van het Hof van beroep te Brussel van 18 december 2007 (blz. 53-54) waarin volgens hem volgend citaat belangrijk is:

“(…) Price Squeeze vooreerst kan worden aangetoond via de equally efficient operator test maar ook door gebruik te maken van de hypothetical reasonably efficient operator test, de REO-test. Daarbij moet worden aangetoond dat de marge tussen de prijs die de dominerende onderneming van haar concurrenten op de stroomafwaartse markt vraagt voor de diensten van intermediair gebruik en de prijs die de dominerende onderneming op de stroomafwaartse markt vraagt, niet hoog genoeg is om een redelijk efficiënte dienstverrichter op deze markt in staat te stellen een normale winst te

behalen. (...) De kennis van de kosten van de concurrerende ondernemingen is niet altijd vereist opdat een gedraging als een misbruik van machtspositie wegens wurgprijzen zou kunnen worden aangemerkt” (Verslag, blz. 46).

Met andere woorden, volgens de auditeur-generaal, erkent het Hof van beroep de mogelijkheid van het aantonen van wurgprijzen door het hanteren van een REO test (Verslag, blz. 46).

102. Op die basis concludeert de auditeur-generaal dat wurgprijzen ook aangetoond kunnen worden door gebruik te maken van een REO test (Verslag, blz. 46) die als volgt gedefinieerd is : “Bij de reasonably efficient operator test wordt nagegaan of de marge (retail price minus wholesale price) voldoende kostendekkend is voor deze operator” (Verslag, blz.44). De auditeur-generaal merkt op dat “Wat onder reasonably efficient moet worden verstaan, blijkt niet uit de rechtspraak” (blz. 46). Hij analyseert dan of Tele2 wel als “reasonably efficient operator” beschouwd mag worden, en gebruikt vervolgens informatie over de kosten aangeleverd door Tele2 voor een REO test.

Beslissing van de Raad

D.1.1. Het onderscheid tussen EEO, REO en ACO

103. In de Telefónica zaak (zaak COMP. 38/784, 2007, randnummer 311) heeft de Europese Commissie het volgende overwogen:

311. A margin squeeze can be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream operations could not trade profitably on the basis of the upstream price charged to its competitors by the upstream operating arm of the dominant company ('equally efficient competitor' test).

A margin squeeze can also be demonstrated by showing that the margin between the price charged to competitors on the upstream market for access and the price which the downstream arm of the dominant operator charges in the downstream market is insufficient to allow a reasonably efficient service provider in the downstream market to obtain a normal profit ('hypothetical reasonably efficient competitor test').

Vrije vertaling:

311. Een marge-uitholling kan aangetoond worden door het feit dat de eigen stroomafwaartse diensten van de dominante onderneming niet rendabel zouden zijn op basis van de stroomopwaartse prijs die aangerekend wordt aan haar concurrenten door de stroomopwaartse dienstenafdeling van de dominante onderneming ('equally efficient competitor' test).

Een marge uitholling kan ook aangetoond worden door het bewijs dat de marge tussen de aan de concurrenten aangerekende prijs voor toegang op de stroomopwaartse markt en de prijs welke de stroomafwaartse afdeling van de dominante operator aanreken in de stroomafwaartse markt onvoldoende is om een redelijk efficiënte dienstenverlener in de stroomafwaartse markt de mogelijkheid te bieden om een normale winst te boeken ('hypothetical reasonably efficient competitor test').

104. De “equally efficient competitor” of “operator” test (EEO) laat dus toe na te gaan of de dominante onderneming voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar kleinhandelsdiensten zonder verlies aan te bieden aan de eindgebruikers indien zij vooraf haar eigen groothandelsprijzen voor de intermediaire diensten had moeten betalen (Deutsche Telekom, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, randnummer 201). Deze test wordt ook vaak een “imputatietest”⁴ genoemd, omdat groothandelsprijzen in aanmerking genomen worden in plaats van groothandelskosten. De beoordeling van het misbruik gaat uitsluitend uit van de situatie van de dominante onderneming. De stroomafwaartse concurrent moet in dat geval

⁴ Zie bijvoorbeeld OESO, Directorate for Financial and Enterprise Affairs – Competition Committee, Working Party N° 2 on Competition and Regulation, Executive Summary of the Roundtable on Margin Squeeze, 19 oktober 2009, randnummer 9, voetnoot 1. M. POLO, “Price Squeeze: Lessons from the *Telecom Italia* case”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2007, 3(3), 453-470.

tenminste even efficiënt zijn als de verticaal geïntegreerde dominante onderneming op beide stroomopwaartse en stroomafwaartse markten, i.e. dezelfde schaal-, breedte- en verticale integratievoordelen genieten als de dominante operator.

105. Bij de “hypothetical reasonably efficient operator” test (REO) wordt nagegaan of de marge (tussen de kleinhandelsprijs van de dominante onderneming en de groothandelsprijs doorgerekend aan derden) voldoende is om een hypothetische redelijk efficiënte concurrent in de stroomafwaartse markt toe te laten een normale winst te behalen. Deze beoordeling gaat dus uit van het standpunt van deze “hypothetische redelijk efficiënte concurrent”, die groothandelsproducten moet betalen aan de dominante onderneming om te concurreren op de kleinhandelsmarkt met de stroomafwaartse afdeling van de dominante onderneming. In dat geval berust de beoordeling van het misbruik op de bepaling van wat een “hypothetische redelijk efficiënte concurrent in de stroomafwaartse markt” is en op de vraag of de marge groot genoeg is om deze concurrent in staat te stellen om een normale winst te behalen.

106. Een derde type test dat in de doctrine beschreven is⁵ als de “alternative competitor operator” test (ACO) maakt enkel gebruik van informatie afkomstig van een bestaande alternatieve operator die concurreert met de stroomafwaartse afdeling van de dominante onderneming op de kleinhandelsmarkt. De test berust op het verschil tussen inkomsten en kosten van de bestaande concurrent, meestal de klager, wat betekent dat het resultaat van de test van de strategie van die specifieke onderneming afhangt en, onder andere, van de schaal- en breedtevoordelen die deze onderneming geniet. Deze test wordt soms aanzien als een soort REO test wanneer een bestaande concurrent beschouwd wordt als een “redelijk efficiënte operator”.

107. De partijen en de auditeur-generaal maken geen onderscheid tussen de “hypothetical reasonably efficient operator” test (REO) en de “alternative competitor operator” test (ACO). Belgacom is voorstander van de “equally efficient operator” test (EEO), terwijl zoals vermeld in randnummer 94, de klager het gebruik van haar eigen kostengegevens verantwoordt op basis van het argument dat zij een “low cost” efficiënte operator is. De auditeur-generaal volgt de klager in deze redenering en gebruikt dan ook de kostengegevens van Tele2 om de wurgprijzen aan te tonen.

D.1.2. Welke test is toepasselijk in het mededingingsrecht?

108. Er wordt in herinnering gebracht dat de doelstelling van de test erin bestaat om de zekerheid te hebben dat de door de dominante onderneming toegepaste tarievenstructuur geen uitsluiting van bestaande of potentiële efficiënte concurrenten teweegbrengt (arrest van 29 maart 2012 van het Gerecht in de zaak Telefónica, T-336/07, randnummers 188 en 189). Het is op basis van die doelstelling dat de evaluatie van de aangepaste test dient te gebeuren. De test dient ertoe te strekken om het uitsluitingseffect te beoordelen dat zou voortvloeien uit een onvoldoende marge tussen de groothandelsprijzen en de kleinhandelsprijzen die door de verticaal geïntegreerde dominante onderneming worden toegepast.

109. De voorkeur van de mededingingsautoriteiten, van het Gerecht en van het Hof van Justitie voor een EEO test in mededingingszaken komt duidelijk tot uiting in de zaken Deutsche Telekom, Telefonica en TeliaSonera.

In de zaak Deutsche Telekom (zie supra, randnummer 97) stelt het Gerecht vast niet alleen dat in beginsel een EEO test aangepast is maar ook dat de rechtszekerheid ertoe leidt de ACO test te verwerpen.

De Commissie neemt hetzelfde standpunt in de Telefónica zaak (COMP. 38.784):

312. The Commission considers the applicable margin squeeze test in this case is an ‘equally efficient competitor’ test. That is, the detrimental effect of a margin squeeze can be described in terms of the foreclosure of competitors which are able to provide downstream services as efficiently as the dominant firm. Thus the relevant test is whether Telefónica would have been able to offer

⁵ Zie bijvoorbeeld M. BAY & G. DE STEFANO, “ECJ Rules on Margin Squeeze Appeal”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, Vol. 2, N° 2, blz. 129. G. FAELLA & R. PARDOLESI, “Price Squeeze Abuses after linkLine and Deutsche Telekom”, EALE, jaarlijkse conferentie, 17-19 september 2009, Luiss Guido Carli, Rome.

downstream services without incurring a loss if, during the period under investigation, it had had to pay the upstream access price charged to competitors as an internal transfer price for its own retail operations.

Vrije vertaling:

312. De Commissie beschouwt dat de toegepaste wurgprijzetest in dit geval een ‘equally efficient operator’ test is. Dat wil zeggen dat het negatieve effect van wurgprijzen kan beschreven worden in termen van uitsluiting van concurrenten die in staat zijn om stroomafwaartse diensten aan te bieden op een even efficiënte wijze als de dominante onderneming. Bijgevolg is de relevante test of Telefónica in staat was geweest om de stroomafwaartse diensten te kunnen aanbieden zonder verlies te lijden, indien, gedurende de onderzoeksperiode, zij de stroomopwaartse toegangsprijzen aangerekend voor concurrenten als een interne transfer prijs voor haar eigen kleinhandelsdiensten had moeten betalen.

Het Gerecht bevestigt in die zaak Telefónica (T-336/07, randnummers 190 en 191) dat de wurgprijzetest gegrond is « op de kosten opgelopen door de dominante onderneming zelf en op de strategie van deze laatste » (vrije vertaling) overeenkomstig de beslissingen inzake Deutsche Telekom en TeliaSonera. Het Gerecht voegt daaraan toe dat deze test “toelaat na te gaan of deze onderneming efficiënt genoeg was geweest om haar kleinhandelsprestaties zonder verlies aan te bieden aan de eindgebruikers, indien zij voorafgaandelijk verplicht was geweest om haar eigen groothandelsprijzen voor groothandelsdiensten te betalen” (vrije vertaling).

Het Gerecht preciseert als volgt :

194. C'est donc à bon droit que la Commission a considéré que le test adéquat pour établir le ciseau tarifaire consistait à établir si un concurrent ayant la même structure de coûts que celle de l'activité en aval de l'entreprise verticalement intégrée serait en mesure d'offrir des services en aval sans enregistrer des pertes si ladite entreprise verticalement intégrée devait payer le prix d'accès en amont facturé à ses concurrents, en se référant aux coûts encourus par Telefónica (considérants 311 à 315 de la décision attaquée), sans effectuer une étude des marges des principaux opérateurs alternatifs sur le marché espagnol.

Vrije vertaling :

194. Het is dus terecht zo dat de Commissie geponeerd heeft dat de aangepaste test om wurgprijzen vast te stellen erin bestaat om na te gaan of een concurrent met dezelfde kostenstructuur als deze van de stroomafwaartse activiteit van de verticaal geïntegreerde onderneming in staat zou zijn om stroomafwaartse diensten te leveren zonder verlies te lijden indien deze verticaal geïntegreerde onderneming de prijs voor de stroomopwaartse toegang die gefactureerd werd aan haar concurrenten diende te betalen, zich baserend op de door Telefónica opgelopen kosten (overwegingen 311 tot 315 van de aangevochten beslissing), zonder een studie van de marges van de belangrijkste alternatieve operatoren op de Spaanse markt uit te voeren.

In de TeliaSonera zaak stelt het Hof van Justitie:

41. Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid dient in beginsel een beroep te worden gedaan op prijscriteria die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie (zie in die zin arrest van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 74, en arrest France Télécom/Commissie, reeds aangehaald, punt 108).

42. In het bijzonder kan bij een in een prijssqueeze resulterende tariefpraktijk aan de hand van dergelijke toetsingscriteria worden nagegaan of die onderneming voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar retaildiensten zonder verlies aan te bieden aan de eindgebruikers indien zij vooraf

haar eigen groothandelsprijzen voor de intermediaire diensten had moeten betalen (zie in die zin arrest Deutsche Telekom/Commissie, punt 201).

43. Zou die onderneming niet in staat zijn geweest haar retaildiensten zonder verlies aan te bieden, dan zou dit betekenen dat de concurrenten die door de toepassing van de betrokken tariefpraktijk van de markt hadden kunnen worden verdreven, niet minder efficiënt waren dan de onderneming met een machtspositie en dat het gevaar van hun uitsluiting het gevolg was van een vervalste mededinging. Een dergelijke mededinging zou immers niet alleen gebaseerd zijn op de respectieve verdiensten van de betrokken ondernemingen.

Het verwerpen van een ACO test op basis van de rechtszekerheid wordt bevestigd:

44.(...) Een onderneming met een machtspositie kent immers wel haar eigen kosten en tarieven, maar in beginsel niet die van haar concurrenten (arrest Deutsche Telekom/Commissie, punt 202).

110. De Raad stelt trouwens vast dat het gebruik van de groothandelsprijzen om de marge in de wurgprijzetest te bepalen net het relevante onderscheid is met de test met betrekking tot een afbraakprijs. In het eerste geval gaat het over een “imputatietest” terwijl in geval van afbraakprijzen de test gebaseerd is op de vergelijking van de kleinhandelsprijzen met de effectieve kosten van de dominante onderneming. Dit verschil verklaart waarom een marge-uithollingstest geen verlies vereist terwijl een afbraakprijs altijd gekoppeld is in de eerste fase aan een negatieve marge. De groothandelsprijzen, waarvan sprake in onderhavige zaak, zijn bepaald op basis van een kostenmodel van een efficiënte operator wiens parameters bepaald werden door de regulator. Zoals vermeld door het BIPT (Besluit van de Raad van het BIPT van 17 oktober 2005 betreffende het tariefplan Happy Time van Belgacom, punt 225), kunnen de kosten voor de diensten gebaseerd op deze groothandelsprijzen duidelijk afwijken van de effectieve kosten gedragen door de dominante onderneming voor het aanbieden van deze diensten.

111. Zoals hierboven opgemerkt in verband met de zaak Telefónica (supra, randnummer 109) en door de auditeur-generaal in verband met het arrest van het Hof van beroep van 18 december 2007 (supra, randnummer 101) en in verband met de zaak Deutsche Telekom (randnummer 97), geldt de EEO test in beginsel, maar zijn andere testen niet a priori uitgesloten.

112. In punt 45 van het TeliaSonera arrest geeft het Hof van Justitie de omstandigheden weer waaronder volgens zijn opvatting toch gebruik gemaakt zou kunnen worden van een andere test dan de EEO test.

Een andere test zou kunnen worden toegepast wanneer:

- 1) de kostenstructuur van de dominante onderneming niet nauwkeurig kan worden vastgesteld terwijl dit wel het geval is voor de kostenstructuur van de “efficiënte operator”;
- 2) de aan de concurrenten verleende dienst bestaat in de loutere exploitatie van een infrastructuur waarvan de productiekosten reeds afgeschreven zijn zodat aan de toegang tot een dergelijke infrastructuur voor de onderneming met een machtspositie geen kosten meer verbonden zijn die vanuit economisch oogpunt vergelijkbaar zijn met de kosten die haar concurrenten dienen te dragen voor deze toegang;
- 3) de specifieke mededingingsvoorwaarden van de markt dit vereisen, wegens, bijvoorbeeld, de omstandigheid dat het kostenniveau van de onderneming met een machtspositie juist het gevolg is van het concurrentievoordeel dat die onderneming als gevolg van de machtspositie geniet.

113. De Raad onderzoekt of een van de drie voormelde voorwaarden van toepassing is in de huidige zaak.

- 1) *Geen nauwkeurige – of tenminste minder nauwkeurige - vaststelling van de kostenstructuur van de dominante onderneming:* Zoals zal worden aangetoond in D.2. (“de relevante standaard voor de raming van de stroomafwaartse kosten”), concludeert de Raad dat de kostenstructuur van Belgacom nauwkeurig genoeg gekend is om een EEO test toe te passen.
- 2) *De aan de concurrenten verleende dienst bestaat in de loutere exploitatie van een infrastructuur waarvan de productiekosten reeds afgeschreven zijn zodat aan de toegang tot een dergelijke infrastructuur voor de onderneming met een machtspositie geen kosten meer verbonden zijn die vanuit*

economisch oogpunt vergelijkbaar zijn met de kosten die haar concurrenten dienen te dragen voor deze toegang. Het is inderdaad zo dat Belgacom voor het aanbieden van Happy Time gebruik maakt van haar vaste PSTN netwerk waarvan de productiekosten reeds afgeschreven zijn terwijl concurrenten, en voornamelijk CPS operatoren zoals Tele2, interconnectieprijzen moeten betalen voor het gebruik van dit netwerk. De toepassing van de imputatieregel, namelijk het gebruik van interconnectieprijzen in plaats van groothandelskosten, in de EEO test komt evenwel aan dit punt tegemoet (zie supra, randnummer 110).

- 3) *Wanneer de specifieke mededingingsvoorwaarden van de markt dit vereisen, wegens, bijvoorbeeld, de omstandigheid dat het kostenniveau van de onderneming met een machtspositie juist het gevolg is van het concurrentievoordeel dat die onderneming als gevolg van de machtspositie geniet.* De ontwikkeling van haar netwerk, en in het bijzonder het toegangsnetwerk, gedurende de periode waar zij speciale en exclusieve rechten genoot, heeft Belgacom toegelaten om spraaktelefoniediensten te leveren in het kader van een verticaal geïntegreerde structuur die haar concurrentiële voordelen heeft opgeleverd ten overstaan van nieuwkomers die niet over dergelijk toegangsnetwerk beschikken en daardoor afhankelijk zijn van groothandelsdiensten aangeboden door Belgacom voor het leveren van een spraaktelefoniedienst aan de eindgebruiker.

Aldus zou men kunnen verdedigen dat een andere test dan de EEO test aangepast is in deze zaak.

114. Er zijn verschillende redenen waarom een verticaal geïntegreerde dominante operator een kostenvoordeel kan genieten ten opzichte van zijn concurrenten op de stroomafwaartse markt. Enerzijds, zijn er voordelen voortvloeiend uit zijn verticale integratie, en, anderzijds, zijn er voordelen voortvloeiend uit zijn klantenportefeuille en zijn producten die zich vertalen in schaal- en breedtevoordelen. De nieuwkomers die niet verticaal geïntegreerd zijn hebben geen vat op de bijkomende kosten in de stroomopwaartse markt waardoor zij nadeel ondervinden tot op het moment dat zij investeren in hun eigen toegangsnetwerk. De schaal- en breedtevoordelen zijn, integendeel, binnen het handbereik van de concurrenten naargelang hun ontwikkelingsstrategie in de stroomafwaartse markt.

115. Zoals opgemerkt door de Commissie in de voetnoten 289 en 290 van haar Telefónica beslissing, nemen de sectorregulators in hun wurgprijzentoetsen soms in aanmerking dat nieuwkomers inefficiënties oplopen omdat zij laat en op kleine schaal tot de markt toegetreden zijn, en dan nog uitsluitend op kleinhandelsniveau, en dit ten einde toetreding op recent geliberaliseerde markten in de hand te werken. Sommige sectorregulators zijn er zo toe gebracht de hypothetische concurrent op basis waarvan zij hun wurgprijzentoetsen bepalen, op een expliciete wijze te beschrijven⁶.

De Raad is evenwel van oordeel dat in het mededingingsrecht alleen deze inefficiënties waarop de toetreders geen vat hebben in aanmerking kunnen worden genomen in een test van het type REO.

116. Door in haar Telefónica beslissing (COMP/C-38.784, 4 juli 2007, randnummer 314) te onderstrepen dat de EEO test gunstiger is voor de gevestigde historische operator dan een REO test, gelet op het belang van de schaal- en breedteconomieën die de historische operator geniet, suggereert de Commissie dat de kostennadelen die de nieuwe toetreders op de stroomafwaartse markt ondervinden gelet op hun beperkte waaier aan producten en/of klanten, in een REO test in aanmerking zouden kunnen worden genomen.

117. De Raad deelt dit standpunt niet en stelt trouwens vast dat het Gerecht met deze commentaar geen rekening houdt (Telefónica, T-336/07, 29 maart 2012, randnummers 190, 191, 192, 194 en 209). Het resultaat van de REO test laten afhangen van hypothesen met betrekking tot de grootte van de schaalconomieën of het gamma aan producten die een redelijk efficiënte nieuwkomer geniet is niet verenigbaar met het rechtszekerheidsprincipe dat vereist dat een dominante onderneming in staat moet zijn om de rechtmatigheid van haar tariefbeslissingen te kunnen voorzien. In tegenstelling tot de sectorregulator die, in het kader van zijn benadering ex ante, zijn visie van een redelijk efficiënte

⁶ Zie daarover de Notitie over de wurgprijzentest voor de « vaste telefonie » die door de Franse regulator ARCEP in maart 2006 is gepubliceerd. Die Notitie “heeft als doel de netwerkarchitectuur en de verschillende parameters voor te stellen die in aanmerking zijn genomen om de kosten van een alternatieve operator te modelleren” (blz. 2, vrije vertaling).

concurrent kan definiëren en kenbaar kan maken aan de markt, is een identieke benadering niet aanvaardbaar in het kader van de tussenkomsten ex post in het mededingingsrecht. Dergelijke benadering zou het resultaat van de test kunnen laten afhangen van de keuzes gemaakt door de nieuwkomer met betrekking tot zijn ontwikkelingsstrategieën.

Anders is het gesteld met de door CPS operatoren opgelopen meerkosten op de stroomopwaartse markt vanwege het uitblijven van de verticale integratie van die CPS operatoren vanaf het ogenblik dat deze operatoren beschouwd worden als “redelijk efficiënte” operatoren.

Deze benadering is trouwens toegepast door de Europese Commissie – en bevestigd door het Gerecht - in de zaak Deutsche Telekom (T-271/03, 10 april 2008, randnummers 164, 210 en 211) waar zij in de wurgprijzentest rekening houdt met “bijkomende stroomopwaartse kosten” (“additional upstream costs”). Deze bijkomende stroomopwaartse kosten zijn de zogenaamde kosten voor onderbreking (“discontinuance charges”), als volgt beschreven in randnummer 164 van het arrest van het Gerecht:

Deze kosten zijn specifieke kosten die te wijten zijn aan inefficiënties die zich voordoen als resultaat van een toetreding op de markt en waaraan de gevestigde operator in een machtspositie noodzakelijkerwijs niet wordt blootgesteld. (vrije vertaling van: “*These costs are specific inefficiency costs which arise as a result of entry to the market, which the incumbent operator in a dominant position necessarily does not incur*”.)

118. In onderhavige zaak dringt de vraag zich op om te weten of verticale integratie binnen het bereik was van de nieuwkomers op de markt van spraaktelefonie ten tijde van de feiten hetgeen als gevolg zou hebben dat de CPS operatoren per definitie beschouwd dienen te worden als inefficiënte operatoren. Zo niet, en spijts de meerkosten die de niet-integratie op de stroomopwaartse markt meebrengt, laat het CPS model de ontwikkeling van efficiënte operatoren op de stroomafwaartse markt van de spraaktelefonie toe.

Of het CS-CPS model een efficiënt model is, en dus voor de Raad het uitgangspunt van een REO test mag zijn, is een discussiepunt tussen partijen.

D.1.3. Is een CPS operator een redelijk efficiënte operator?

Standpunt van de klager

119. Het CPS-bedrijfsmodel van Tele2 kan terecht als een efficiënt bedrijfsmodel worden beschouwd aangezien het nieuwkomers op de markt toelaat om diensten te leveren mits slechts beperkte netwerkinvesteringen en personeelskosten.

Standpunt van Belgacom

120. Het CPS model is geen efficiënt model. Dit model is van tijdelijke aard omdat het enkel toelaat traditionele telefoniediensten aan te bieden en de eerste trede op de investeringsladder is vooraleer uitgebreide diensten zoals breedbandtoegangsdiensden te kunnen aanbieden.

Standpunt van de auditeur-generaal

121. Bij de ontwikkeling van concurrentie in netwerkindustrieën zoals telecommunicatie is de winstgevendheid van elke trede op de investeringsladder van kapitaal belang, hetgeen ook de positie van de Commissie is (Telefónica, COMP/38.784, 4 juli 2007, randnummer 392):

“...*It is therefore necessary that there should not be any margin squeeze in relation to any ‘step’ of the ladder, i.e. in relation to any wholesale product. If there was such a margin squeeze, new entrants that are climbing the ladder of investments, would be foreclosed*” (vrije vertaling: “Het dringt zich derhalve op dat er geen margeuitholling zou bestaan met betrekking tot om het even welke ‘trede’ van de investeringsladder, d.i. met betrekking tot om het even welke groothandelsproduct. Zou er zulk een marge-uitholling zijn zouden nieuwe toetreders die de investeringsladder aan het beklimmen zijn, uitgesloten worden”).

122. Aangezien het CS-CPS-model kan worden omschreven als de eerste trede van de investeringsladder, is zijn rol natuurlijk van enorm belang voor de opkomst van levensvatbare concurrenten op de Belgische markt voor telefoniediensten.

Beslissing van de Raad

123. Een CPS operator is minder efficiënt dan een verticale geïntegreerde operator omdat interconnectie van netwerken specifieke meerkosten teweegbrengt – vaste interconnectiekosten gepaard gaande met interconnectieverbindingen – die niet van toepassing zijn voor on-net telefonieverkeer, namelijk voor oproepen die op hetzelfde netwerk blijven. Op die basis is het duidelijk dat on-net efficiënter is dan off-net. CPS operatoren dragen zulke vaste interconnectiekosten voor al hun CPS telefonieverkeer. Zelfs een CPS operator die op de kleinhandelsmarkt zo efficiënt is als de verticale dominante operator is niet in staat het niveau van groothandelskosten van de geïntegreerde dominante onderneming te bereiken. Dit geeft een CPS operator een aansporing om de investeringsladder te beklimmen en een eigen netwerk te ontwikkelen.

124. Deze inefficiënties zijn verbonden met de aard zelf van de wijze waarop de CPS operator het gesprek tot stand moet brengen; hij is afhankelijk van de verticaal geïntegreerde onderneming voor de gespreksopbouw en gespreksafgifte van zijn klanten. Deze inefficiënties kunnen enkel verminderd worden door investeringen in een eigen toegangsnetwerk, met andere woorden door een opklimming op de investeringsladder.

125. Desondanks zou een CPS operator toch als een redelijk efficiënte operator kunnen beschouwd worden zolang CPS de eerste trede op de investeringsladder is, wat het geval scheen te zijn ten tijde van de feiten. De spraaktelefonie werd in feite in de beginjaren 2000 beschouwd als de toegangspoort voor nieuwe operatoren in de telecommunicatiesector.

126. In de mate dat het nodig is om het uitblijven van de marge-utholling op iedere trede van de investeringsladder te waarborgen (supra, randnummer 121), is het aangewezen om zich te vergewissen van de levensvatbaarheid van de CPS operatoren in de kleinhandelsmarkt van spraaktelefonie, en dit ten tijde van de feiten.

127. De Raad merkt op dat het CPS model sinds 2005 een algemene neerwaartse trend kent in Europa ten voordele van de ontwikkeling van breedbandtoegangs-aanbiedingen. Het is dan ook niet zeker dat in 2012 een volledige CPS operator nog kan beschouwd worden als zijnde “redelijk efficiënt”.

128. Een volledige CS-CPS operator mag wel als een “hypothetical reasonably efficient” operator (REO) beschouwd worden ten tijde van de feiten die voorwerp van onderzoek en verslag zijn.

129. De toepassing van de REO test bestaat er dan in om de vaste interconnectiekosten tussen netwerken, specifiek voor de oproepen off-net, in aanmerking te nemen die gedragen moeten worden door een 100% CPS operator. Bij toepassing van deze REO test is de verticaal geïntegreerde onderneming ertoe verplicht om een voldoende marge te laten die het behoud van concurrerende aanbiedingen mogelijk maakt die minder efficiënt zijn, omdat die concurrerende aanbiedingen 100% uit oproepen off-net bestaan⁷.

⁷ Zie hierover G. EDWARDS, 2011, « Margin squeezes and the inefficient 'equally efficient' operator », E.C.L.R., Issue 8, die preciseert op blz. 403: « An approach consistent with the EEO standard would exclude AUCs [additional upstream costs] from the margin-squeeze test. This would protect only a downstream competitor that is as efficient as the vertically-integrated firm both at the downstream level and with respect to the upstream inputs that it requires. Conversely, including AUCs is akin to the REO standard, in which the vertically-integrated firm is required to provide some 'headroom' to allow for inefficient modes of supply”.

Vrije vertaling:

“Een met de EEO standaard consistente benadering zou de AUCs [bijkomende stroomopwaartse kosten] van de wurgprijzetest uitsluiten. Dit zou enkel bescherming bieden aan de stroomafwaartse concurrent die even efficiënt is als de verticaal geïntegreerde firma zowel op de stroomafwaartse markt als met betrekking tot de vereiste stroomopwaartse inputs. Daarentegen, rekening houden met de bijkomende stroomopwaartse kosten is verwant aan de REO standaard, waarin van de verticaal geïntegreerde firma verwacht wordt om in een zekere marge te voorzien om inefficiënte aanbiedingen toe te laten”.

130. In deze zaak wordt de “hypothetical reasonably efficient operator” gedefinieerd als een 100% CPS operator die afhankelijk is van de dominante operator voor het opbouwen en de afgifte van het geheel van het verkeer dat hij overbrengt en voor welke dienst hij de interconnectietarieven betaalt zoals opgenomen in het aanbod BRIO van Belgacom. Deze hypothetische 100% CPS operator verwerkt een volume en een soort verkeer die overeenstemmen met deze van de dominante operator en betaalt daarvoor de kosten gepaard gaande met de interconnectie met het netwerk van de dominante operator (huur van interconnectieverbindingen en toegang tot de interconnectiepunten). Op de stroomafwaartse markt wordt hij verondersteld even efficiënt te zijn als de dominante operator.

D.1.4. Is Tele2 een dergelijke REO en kan men zich bij het uitvoeren van een REO test baseren op de gegevens met betrekking tot Tele2?

131. Zoals hierboven uiteengezet is een REO een hypothetische operator in de zin dat rekening wordt gehouden met bepaalde kosten die niet worden gedragen door de verticaal geïntegreerde dominante operator, maar die onvermijdbaar zijn voor de nieuwkomers die afhankelijk zijn van de geïntegreerde operator voor de levering van hun diensten op de stroomafwaartse markt.

132. Zoals de Europese rechtspraak duidelijk maakt (Deutsche Telekom, T-271/03 van 10 april 2008, randnummer 192) is een REO geen specifieke marktpartij. Het gebruik van de kosten van een specifieke marktpartij maakt een ACO test uit (zie supra, randnummer 106). Dat zou de prijzenpolitiek van de dominante operator afhankelijk maken van de situatie van een specifieke operator waarvan hij de kosten niet kent. Concurrenten hebben verschillende kostenstructuren afhankelijk van hun strategie en de tijdsperiode die sinds hun toetreding tot de markt verlopen is. De dominante operator zou dan niet in staat zijn de rechtmatigheid van zijn eigen gedrag te beoordelen.

133. De evolutie van de daadwerkelijke kleinhandelskosten van Tele2 weerspiegelen de specifieke toestand van deze operator: zeer hoge kleinhandelskosten per klant die bij de toetreding op de markt opgelopen zijn en die te wijten zijn aan de met het oog op de herkenning van het merk gedane investeringen (de zogenaamde “brand recognition”) en aan het beperkt aantal producten en klanten, doch die dalend zijn naar aanleiding van de stijging van het aantal klanten en van de uitbreiding van de waaier aan producten.

134. Volgens het Teliasonera arrest (zie randnummer 112 hierboven) mag een andere test dan een EEO test gebruikt worden wanneer geen betrouwbare relevante informatie beschikbaar is binnen de dominante onderneming. In D.2. hierna wordt onderzocht of deze situatie zich voordoet in de onderhavige zaak. Het bestaan van betrouwbare informatie over netwerkkosten is niet betwist door de partijen noch door de auditeur-generaal. Dit is niet het geval voor de stroomafwaartse kosten van Belgacom.

D.2. De relevante standaard voor de raming van de stroomafwaartse kosten

135. In nauw verband met de voorgaande sectie (D.1.) betreft een van de belangrijkste discussiepunten in deze zaak het feit van het gebruik van de kostengegevens geleverd door de klager om een raming te maken van de commercialisatiekosten van het tariefplan Happy Time. De auditeur-generaal voert namelijk aan (Antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz. 27 en 28) dat de ramingen gedaan door Belgacom van de commercialisatiekosten minder betrouwbaar zijn dan deze voorgesteld door de klager, terwijl de klager voorstander is van het gebruik van zijn eigen kleinhandelskosten die aan een audit onderworpen zijn geweest.

Standpunt van de auditeur-generaal

136. In zijn antwoord op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, schrijft de auditeur-generaal (blz. 27): *“Na deze verduidelijking ziet de auditeur-generaal niet in waarom rekening houden met de op een professionele audit gebaseerde retailkosten van Tele2 irrelevant zou zijn in onderhavige zaak. De auditeur-generaal constateert overigens dat Belgacom hetzelfde doet bij de raming van haar eigen retailkosten, door het naar voren schuiven van een berekening die duidelijk veel meer bij benadering en*

weinig realistisch is ... De auditeur-generaal neemt nota van het feit dat, behalve enkele algemene theorieën, Belgacom geen enkel concreet alternatief voorstelt afgezien van een met haken en ogen aan elkaar hangende berekeningen gebaseerd op percentages betreffende de netwerkkosten. Hiervoor doet BGC beroep op 2 procentuele schattingen van de Duitse en Nederlandse regulatoren. Zonder het werk van deze 2 organismen in twijfel te trekken, kan de auditeur-generaal BGC niet volgen in haar redenering. Immers, afgezien van het feit dat deze algemene ramingen niet gebaseerd zijn op de concrete situatie zoals onderzocht in het verslag, ziet hij niet in waarom hij deze procentuele berekeningen zou moeten verkiezen boven een precieze audit van de kosten van Tele2.

De auditeur-generaal ziet derhalve niet in waarom deze allocatie, die het dichtst bij de werkelijkheid aansluit, zou moeten aan de kant worden geschoven voor een allocatie gebaseerd op algemene percentages”.

Verder schrijft de auditeur-generaal dat hij meent dat het bedrag van [...]€, gebaseerd op de retailkosten die Tele2 heeft moeten dragen in 2004, relevant is maar stelt voor, om een eind te maken aan alle nutteloze discussies, het bedrag van 2005 te gebruiken, namelijk [...]€ (Antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz. 28).

Beslissing van de Raad

137. Om te beoordelen in welke mate het gebrek aan relevante gegevens met betrekking tot de kleinhandelskosten van Belgacom van zodanige aard zou zijn om het beroep op de informatie over de kleinhandelskosten die in onderhavige zaak geleverd is door de klager te rechtvaardigen, is het eerst en vooral noodzakelijk om te kijken naar de aard van de vereiste informatie in het kader van deze wurgprijzentesten om daarna te oordelen of deze gegevens beschikbaar zijn in hoofde van Belgacom.

D.2.1. Aangepaste kostenstandaard voor de raming van de kosten van de dominante operator op de stroomafwaartse markt in het kader van een wurgprijzentest.

138. Zoals blijkt uit de beslissing van de Europese Commissie in de zaak Telefónica (COMP/C-38.784, randnummer 316), heeft een horizontaal en verticaal geïntegreerde operator verschillende types van kosten. De zogenaamde incrementele kosten zijn specifiek gebonden aan de productie van een bepaald soort type van diensten en vervallen bij het beëindigen van deze dienst en/of activiteit. De gemeenschappelijke kosten voor verschillende activiteiten/diensten, integendeel, verdwijnen niet indien een van deze activiteiten/diensten niet meer wordt aangeboden. In het geval van de netwerkindustrieën, zijn deze gemeenschappelijke kosten vrij belangrijk. Een verticaal geïntegreerde operator die bovendien over een groot klantenbestand en een veelzijdig productengamma beschikt, kan deze gemeenschappelijke kosten verhalen op het geheel van zijn diensten terwijl een gespecialiseerde operator het geheel van die kosten (bijvoorbeeld de kosten verbonden met de herkenning van het merk) zal moeten verhalen op één enkel product of dienst.

139. Voorbeelden van gemeenschappelijke kosten betreffen onder andere de facturatedienst - of de operator één enkel product of een gamma van producten aanbiedt, hij moet immers over een facturatedienst beschikken – en de dienst naverkoop voor het cliënteel, alsook de “overhead” kosten.

140. In diezelfde beslissing Telefónica (COMP/C-38.784, randnummers 318 en 322) stelt de Europese Commissie vast dat, overeenkomstig de economische theorie en haar beslissingspraktijk, in een wurgprijzentest met het oog op het evalueren van de levensvatbaarheid van de concurrenten op lange termijn, de aangepaste kostenstandaard voor het meten van de kosten van de dominante operator op de stroomafwaartse markt deze is van de gemiddelde incrementele kosten op lange termijn (LRAIC in het Engels voor “long run average incremental cost”).

318. Therefore, in accordance with the economic theory²⁹⁴ and with the practice of the Commission²⁹⁵ on margin squeeze where the ability of competitors to operate profitably in the long

term was assessed, the relevant cost measure for the assessment of a margin squeeze in the telecommunications sector is the long run average incremental costs (LRAIC).

294. See for example G.R. Faulhaber: Cross subsidization in Public enterprises, American Economic Review, Vol. 65/1975, p 970 – Baumol, W & Sidak, JG Towards competition in local telephony, MIT Press, Cambridge, MA, 1994, pp 66, 77-78.

295. See Deutsche Telekom, paragraphs 155 to 157 – Napier Brown–British Sugar, paragraphs 65 and 66 – Commission Decision 76/185/ECSC of 29 October 1975, National Carbonizing Company (“National Carbonizing Company”), paragraph 7.

322. In the present case, LRAIC is an appropriate measure of Telefónica’s downstream costs below which the spread between Telefónica’s upstream and downstream prices provides evidence of a margin squeeze.

141. De gemiddelde lange termijn incrementele kosten zijn kosten die specifiek gebonden zijn aan de betrokken producten/diensten en die verbonden zijn met het totale productievolume van deze producten. De omvang van deze kosten wordt gemeten aan de hand van het verschil tussen de totale kosten van de onderneming wanneer deze producten/diensten aangeboden worden en de waargenomen kosten wanneer deze producten/diensten niet aangeboden worden. Zij bevatten dus niet enkel de kosten – hetzij vast of variabel – specifiek voor die producten/diensten maar ook de verhoging van de gemeenschappelijke kosten verbonden aan het totale volume van die producten/diensten. Zij bevatten, daarentegen, niet de kosten die hieraan niet toe te schrijven zijn. (Telefónica, COMP/C-38.784, randnummers 321 en 405).

321. The idea is that, if the revenues associated with the downstream activity fall below LRAIC, a rational and profit-maximizing firm, at least as efficient as Telefónica – in particular enjoying the same economies of scale and scope – “has no economic interest in offering downstream services in the medium term. It could increase its overall result by either raising downstream prices to cover the additional costs of providing the service or – where there is no demand for this service at a higher price, to discontinue providing the service”²⁹⁷, while holding its output of all other products fixed.

297. Deutsche Post AG (“Deutsche Post”), Commission Decision of 20.03.01 COMP/35.141, OJ L125/27-44. Although Deutsche Post concerns predatory prices, it clarifies the Commission’s position under Article 82 on the costs to be covered by a multi-product network operator that offers an additional line of products in markets open to competition”.

Vrije vertaling:

321. Het idee luidt als volgt: Indien de inkomsten verband houdend met de stroomafwaartse activiteit lager komen te liggen dan de LRAIC, dan heeft een rationeel winstmaximaliserend bedrijf, dat ten minste zo efficiënt is als Telefónica – in het bijzonder eenzelfde niveau van schaal- en breedte-economieën geniet – “geen economisch belang bij het aanbieden van stroomafwaartse diensten op middellange termijn. Het zou zijn totale winsten kunnen verhogen door ofwel de prijzen van de stroomafwaartse diensten te verhogen om de bijkomende kosten voor deze dienstverlening te dekken ofwel - indien er geen vraag is voor deze dienstverlening tegen een hogere prijs, door deze dienstverlening stop te zetten”²⁹⁷, houdend op hetzelfde peil het productievolume van alle andere producten.

297 Deutsche Post AG (“Deutsche Post”), beslissing van de Commissie van 20.03.01 COMP/35.141, OJ L125/27-44. Ook al betreft Deutsche Post afbraakprijzen het verduidelijkt het standpunt van de Commissie in verband met artikel 82 omtrent de kosten die moeten worden gedekt door een multi-product netwerkoperator die een bijkomende waaier aan producten aanbiedt op markten die aan mededinging blootgesteld worden.”

142. Een redelijke raming van de incrementele langetermijncosten zou gebaseerd kunnen worden op de directe kosten die gebonden zijn aan de producten – bijvoorbeeld de kosten voor een specifieke reclamecampagne voor de betrokken producten – alsook op de kosten van de activiteiten die een rechtstreekse impact van het aanbod van deze producten ondervinden – bijvoorbeeld de kosten verbonden aan de tijd die daadwerkelijk door de verschillende verkoopgroepen werd besteed aan de promotie van het betrokken product. Het ontwikkelen van een “activity based cost (ABC) model” dat erin bestaat het causaliteitsverband te leggen tussen de activiteiten – onder meer de commercialisering van de producten –

en de kostencentra van een onderneming laat toe een raming te bekomen van LRAIC kosten (Telefónica, COMP/C-38.784, randnummer 473).

143. Het beroep op verdeelsleutels van deze gemeenschappelijke kosten die op het omzetcijfer of de winst voortvloeiend uit de (verschillende) producten zouden zijn gebaseerd, kan leiden, in tegenstelling tot het gebruik van een ABC model, tot een overschatting van de incrementele commercialisatiekosten van de producten waarvoor de vraag verzadigd is, ja zelfs dalende is, en tot een onderschatting van de incrementele kosten voor de commercialisatie van nieuwe producten waarop de betrokken onderneming verkoopsinspanningen toespitst (Telefónica/C-38.784, randnummer 472).

472. Indeed, by doing so, a significant proportion of the total commercialization costs of the company that should be allocated to the retail broadband activity is in fact allocated to the retail fixed telephony business despite the former is fast growing and the latter is mature and saturated: an end user that has been Telefónica's client for fixed telephony for many years is not at the origin of any activity of Telefónica's commercial staff but Telefónica's allocation key assumes the contrary.

Vrije vertaling:

472. Inderdaad, door deze handeling wordt een aanzienlijk gedeelte van de totale commercialisatiekosten van de onderneming dat zou moeten worden toegerekend aan de breedbandactiviteit in feite toegerekend aan de kleinhandelsdiensten van vaste telefonie niettegenstaande het feit dat de eerste een snelgroeiende markt is en de laatste een stagnerende groei kent en een verzadigde markt is: een eindgebruiker die een Telefónica klant was voor vaste telefonie gedurende meerdere jaren ligt niet aan de basis van enige activiteit van de commerciële staf van Telefónica maar de Telefónica toekenningsleutels laten het tegendeel uitschijnen.

De Commissie laat in haar beslissing Telefónica duidelijk haar voorkeur blijken voor de raming van de kosten op de stroomafwaartse markt op basis van de informatie bekomen vanaf een model van het type ABC.

D.2.2. Beschikbaarheid van de relevante gegevens voor de evaluatie van de kosten op de stroomafwaartse markt.

144. In tegenstelling tot Telefónica, heeft Belgacom een ABC model ontwikkeld dat gebruikt wordt door het BIPT in zijn controle op de kostenoriëntatie van de tarieven van Belgacom. Dit model geeft een verdeling van de commercialisatiekosten ingedeeld voor de verschillende diensten, dat gebruikt werd door het BIPT in zijn beslissing van oktober 2005 (Besluit van de Raad van het BIPT van 17 oktober 2005 betreffende het tariefplan Happy Time van Belgacom).

145. Rekening houdend met de Europese rechtspraak, beschouwt de Raad dat, in onderhavige zaak, de norm voor de evaluatie van de kosten op de stroomafwaartse markt afgestemd op een wurgprijzetest, deze is van de gemiddelde lange termijn incrementele kosten (LRAIC) van de betrokken producten opgenomen in de test. Zoals uiteengezet zal worden in het gedeelte F hierna, is de Raad eveneens van oordeel dat Belgacom over relevante gegevens beschikt om een raming te maken van haar LRAIC kosten op de stroomafwaartse markt.

146. Het is dus niet nodig om terug te vallen op evaluaties van commercialisatiekosten medegedeeld door Tele2 om een raming te maken van de commercialisatiekosten van de dominante onderneming in onderhavige zaak.

D.3. De keuze van het aggregatieniveau van de test

147. De relevante markt waartoe het Happy Time aanbod behoort werd in randnummer 77 hierboven gedefinieerd als de kleinhandelsmarkt voor telefoniediensten op een vaste locatie. Belgacom biedt een aantal andere producten op deze relevante markt aan.

Moet alleen door het specifieke Happy Time aanbod in aanmerking te nemen beoordeeld worden of er sprake is van wurgprijzen? Of moeten alle producten die de onderneming met machtspositie op dezelfde relevante kleinhandelsmarkt aanbiedt in aanmerking worden genomen om te beoordelen of er sprake is van wurgprijzen? Dit is de vraag naar het aggregatieniveau van de wurgprijzetest.

Standpunt van de klager

148. Tele2 is voorstander van de toepassing van de test waarbij alleen het Happy Time tariefplan in aanmerking wordt genomen.

Standpunt van Belgacom

149. Belgacom is voorstander van de toepassing van de test waarbij al de producten en diensten die zij op de relevante markt aan eindgebruikers aanbiedt in aanmerking worden genomen.

Standpunt van de auditeur-generaal

150. De auditeur-generaal concentreert zich enkel op het Happy Time aanbod en houdt geen rekening met de andere retailaanbiedingen van Belgacom op basis van

- Constante rechtspraak, onder andere van de Raad voor de Mededinging in de Base/BMB beslissing die stelt dat een misbruik kan worden vastgesteld op een deel van een bredere markt.
- De Telefónica beslissing (zie infra, randnummer 154) en de mening dat “gezien het opzienbarende succes van het Happy Time aanbod, niet betwist kan worden dat het op zichzelf een nieuwe standaard heeft gecreëerd op de retailmarkt. Immers, volgend op dit aanbod had de markt en in het bijzonder de nieuwkomers zoals de klager, geen andere keuze dan zich minimum aan te passen aan Happy Time om zo de schade te proberen beperken” (Antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz. 22).

151. De auditeur-generaal beperkt de test tot de oproepen van vaste nummers naar vaste nummers van gebruikers van het Happy Time tariefplan op grond van

- het verwerpen van de theorie van de economische eenheid op basis van de rechtspraak;
- bijzondere eigenschappen van oproepen van vaste nummers naar vaste nummers in de onderzochte periode (ze maken de overgrote meerderheid van oproepen uit; ze spelen een belangrijke rol in het concurrentieel spel tussen operatoren) die een individueel onderzoek van de tarifaire voorwaarden van deze dienst rechtvaardigen (Verslag, blz.56).

Beslissing van de Raad

152. De Europese rechtspraak vermeldt duidelijk dat het afgestemde niveau voor het uitvoeren van een test over wurgprijzen deze is van de relevante markt. Niettemin, roept zij ook omstandigheden in waarbij deze test zou kunnen toegepast worden op het niveau van een specifiek aanbod.

153. Zowel in de Deutsche Telekom beslissing als in de Telefónica beslissing, heeft de Commissie de test toegepast op het geaggregeerd niveau, d.w.z. op basis van het geheel van de diensten die de dominante onderneming aanbiedt op de relevante kleinhandelsmarkt. Het Gerecht heeft deze keuze niet in vraag gesteld in zijn arrest Deutsche Telekom (T-271/03, 10 april 2008, randnummer 235 e.v.). In de Telefónica beslissing (COMP/C-38.784, 4 juli 2007, randnummer 388), geeft de Commissie uitleg over het belang van de keuze van het niveau waarop de test is gebaseerd.

388. This approach (referred as to the ‘aggregated approach’) is based on the principle that competitors must at least be able to profitably replicate Telefónica’s product pattern. This is the approach most favourable to Telefónica, since it gives it maximal flexibility to spread the costs which are common to its retail products (provided that the margin squeeze test yields a positive result with the aggregated approach). The aggregated approach is consistent with a new entrant’s internal decision making process in that it assesses the profitability of its investment in

a network by considering the complete range of products that it is able to offer in the relevant downstream market.

Vrije vertaling:

388. Deze aanpak (waarnaar wordt verwezen als ‘geaggregeerde aanpak’) is gebaseerd op het principe dat concurrenten ten minste in staat moeten zijn het Telefónica aanbod te repliceren. Deze aanpak is voordeliger voor Telefónica, aangezien het haar een maximale flexibiliteit geeft om de kosten te spreiden die gemeenschappelijk zijn aan haar kleinhandelsproducten (op voorwaarde dat de wurgprijzetest een positief resultaat oplevert met de geaggregeerde aanpak). De geaggregeerde aanpak is in overeenstemming met het intern beslissingsbeleid van een nieuwkomer waarbij de winstgevendheid van zijn investering in een netwerk beoordeeld wordt op basis van het volledige gamma aan producten dat hij kan aanbieden in de relevante stroomafwaartse markt.

154. In diezelfde beslissing, verduidelijkt de Commissie (randnummer 387) dat er niettemin omstandigheden bestaan waarin het noodzakelijk kan zijn om de test toe te passen op het niveau van een individueel aanbod.

387. In some circumstances, it may be appropriate to conduct the test at the level of each individual offer. This would be the case for a new offer giving rise to a margin squeeze, which is currently subsidised by other profitable offers but whose volumes could increase substantially in the future, subsequently leading to an overall negative margin in the future.³⁶¹

³⁶¹ *Take the example of an operator currently marketing one retail offer to 1.000.000 subscribers at a unit margin of 0.5 €/end-user/month and launching a new retail product with a unit margin of -2 € / end-user / month. Assume that the already established offer generates 100.000 new subscribers and the new offer generates 400.000 new subscribers. The overall monthly unit margin will be: $(0.5 * 1.100.000 - 2 * 400.000) / 1.500.000 = -0.17$ €/end-user/month.”*

Vrije vertaling

387. In sommige omstandigheden, kan het aangewezen zijn om de test uit te voeren op het niveau van ieder individueel aanbod. Dit zou het geval kunnen zijn voor een nieuw aanbod aanleiding gevend tot wurgprijzen, dat gepaard gaat met kruissubsidiëring door andere, winstgevende, aanbiedingen maar waarbij de volumes aanzienlijk zouden kunnen toenemen in de nabije toekomst, met daaruit voortvloeiend een algemeen negatieve marge voor de toekomst.³⁶¹

³⁶¹ *Nem het voorbeeld van een operator die voor het overgrote deel een kleinhandelsaanbod doet aan 1.000.000 klanten met een marge eenheid van 0,5€/eindgebruiker/maandelijks en een nieuw product lanceert met een marge eenheid van -2€/eindgebruiker/maandelijks. Uitgaande van de veronderstelling dat het reeds bestaande aanbod 100.000 nieuwe klanten oplevert en het nieuwe aanbod 400.000 nieuwe inschrijvers oplevert, dan zal de algemene maandelijkse marge eenheid bedragen: $(0,5 * 1.100.000 - 2 * 400.000) / 1.500.000 = -0,17$ €/eindgebruiker/maandelijks.”*

155. In onderhavige zaak heeft Tele2 klacht ingediend wegens misbruik van machtspositie door Belgacom omwille van het feit dat eindgebruikers massaal overstapten op het product Happy Time nadat het gelanceerd werd.

De cijfers van het penetratiepercentage van het aanbod Happy Time (grafiek blz. 23 in het antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag) duiden aan dat er in 7 maanden, [...] klanten van Belgacom geopteerd hebben voor het Happy Time aanbod. Het aantal Happy Time klanten vastgesteld in juni vertegenwoordigen [30-40]% van het gemiddeld jaarlijks actief aantal klanten van Belgacom in 2006, [35-45] % in 2007 en [40-50]% in 2008⁸. Het gevaar opgeworpen in de beslissing Telefónica en vermeld in de vorige randnummers is dus zeer reëel. Het is om die reden dat het noodzakelijk is om na te gaan of er geen wurgprijzen bestaan wanneer het Happy Time aanbod alleen in

⁸ Deze percentages zijn bekomen op basis van de vergelijking tussen het aantal Happy Time klanten zoals opgegeven in doc. 2.2, bijlage 1 van het Verslag, met het aantal actieve klanten van Belgacom zoals opgegeven (in jaargemiddelde) in de tabellen van bladzijden 323-324 van de laatste schriftelijke opmerkingen van Belgacom.

aanmerking wordt genomen. De toename van de penetratie van dit product zou immers van die aard kunnen zijn dat een negatieve marge op het geheel van de spraaktelefoniediensten aangeboden door Belgacom er het gevolg van is.

156. De Raad moet er dan ook vanuit gaan dat het in onderhavige zaak aangewezen is een test uit te voeren zowel op het niveau van het geheel van de vaste spraaktelefonieaanbiedingen met bestemming residentiële klanten alsook op het niveau van Happy Time apart. De eerste test is in het voordeel van Belgacom aangezien hij gebaseerd is op de hypothese van eenzelfde concurrent die in staat zou zijn het geheel van aanbiedingen door Belgacom op deze markt te repliceren. De tweede test moet een uitgesproken wurg-effect vertonen vooraleer er sprake kan zijn van een negatieve marge op het geheel van de relevante markt.

D.4. Conclusie over de aangepaste methodiek voor een wurgprijzetest in onderhavige zaak

157. Er bestaan verschillende soorten van testen voor wurgprijzen. De keuze tussen de verschillende soorten is afhankelijk van het vooropgestelde doel alsook van de eigenheid van de te onderzoeken zaak. In het mededingingsrecht heeft de test tot doel om vast te stellen in welke mate de prijsstructuur aangenomen door de verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie op de groothandelsmarkt de mogelijkheid heeft om een uitsluitingseffect op de stroomafwaartse markt te veroorzaken voor efficiënte, actuele of potentiële, concurrenten. Vandaar dat de mogelijkheid voor concurrerende operatoren op de stroomafwaartse markt om de kleinhandelsaanbiedingen van de operator met machtspositie te repliceren op basis van de groothandelsproducten aangeboden door dezelfde operator een bepalend criterium is voor dit effect.

158. De Europese rechtspraak preciseert dat, rekening houdend met het feit dat de onderneming met machtspositie a priori en met voldoende juistheid de conformiteit van haar prijsstructuur met het mededingingsrecht moet kunnen vaststellen, de meest aangepaste test de “equally efficient operator” test (EEO) is die uitsluitend gebaseerd is op de groot- en kleinhandelsprijzen toegepast door de dominante onderneming en de gegevens waarover zij beschikt op het gebied van de kosten en de inkomsten op het ogenblik van de samenstelling van haar prijsstructuur. Meer bepaald, zoals gesteld in de zaak Deutsche Telekom, impliceert de toepassing van een tarievenstructuur gekenmerkt door een kleinhandelsprijs die kleiner is dan de groothandelsprijs, noodzakelijkerwijze dat de concurrerende operator met verlies moet werken op de kleinhandelsmarkt, welke ook zijn graad van efficiëntie moge zijn.

159. Diezelfde rechtspraak kan nochtans niet uitsluiten dat, in sommige omstandigheden, een test van het type “hypothetical reasonable efficient operator” (REO) die rekening houdt met de positie van een hypothetische redelijk efficiënte operator de aangewezen test blijkt te zijn. In het arrest TeliaSonera, preciseert het Hof de drie voorwaarden die het gebruik van een ander type van test dan de EEO (zie hierboven in randnummer 112) rechtvaardigen. De Raad heeft beoordeeld in welke mate deze voorwaarden vervuld zijn in onderhavige zaak.

160. De reglementaire verplichtingen waaraan Belgacom zich dient te houden als zijnde een dominante onderneming op een reeks van groothandels- en kleinhandelsmarkten, inzonderheid van de vaste telefonie, verplichten haar om onder het toezicht van de regulator (het BIPT) een kostenmodel van haar netwerkactiviteiten te ontwikkelen dat als basis dient voor het vaststellen van tarieven van haar groothandelsactiviteiten die onderworpen zijn aan de goedkeuring van de regulator. Wat betreft de commercialisatiekosten op de stroomafwaartse markt, heeft Belgacom een model van het type Activity Based Costing (ABC) ontwikkeld dat gebruikt wordt door de regulator in zijn evaluatie van de kostenoriëntering van de tarieven bij het aanbod Happy Time.

Om deze redenen neemt de Raad aan dat de eerste voorwaarde vermeld in het arrest TeliaSonera opdat een andere test dan de EEO test toepasselijk zou zijn— met name het gebrek aan betrouwbare gegevens met betrekking tot de operator met een machtspositie— niet vervuld is.

161. De groothandelsprijzen toegepast door Belgacom voor het gebruik van haar netwerk zijn op zodanige wijze gereguleerd dat de voordelen in termen van schaal-economieën en breedte-economieën die voortvloeien uit haar cliënteel en haar waaier aan producten weerspiegeld worden in de interconnectietarieven. De Raad neemt aan dat om die reden de tweede voorwaarde gesteld in TeliaSonera – met name dat de operator met machtspositie de groothandelskosten niet meer oploopt- niet vervuld is.

162. Er kan niet ontkend worden dat een 100 % CPS operator minder efficiënt is dan een operator die verticaal geïntegreerd is en die over een basiscliënteel beschikt waarbij het overgrote deel van de oproepen van dit cliënteel overgebracht wordt van gespreksopbouw tot afgifte op haar eigen netwerk (on-net oproepen). Het ontbreken van een eigen toegangsnetwerk heeft inderdaad tot gevolg dat een exclusieve CPS operator een beroep moet doen op interconnectiediensten met de daaraan verbonden vaste kosten voor alle inkomende of uitgaande oproepen van zijn klanten, wat zich vertaalt in een kostenstructuur voor het versturen van deze oproepen naar verschillende netwerken die hoger is dan deze van de operator die beschikt over zijn eigen netwerk waarmee hij zijn oproepen van opbouw tot afgifte kan versturen.

163. In de mate dat het Europese regelgevingskader van de telecommunicatiediensten de toegang van CPS operatoren op de vaste telefonie markt heeft bevorderd, kan de 100% CPS operator ten tijde van de feiten, beschouwd worden als een redelijk efficiënte operator. Een test van het type REO rekening houdend met de vaste interconnectiekosten eigen aan dit type operator, zelfs indien deze kosten niet gedragen worden door de geïntegreerde onderneming voor haar on-net oproepen, is, in de context van de vaste telecommunicatiemarkt ten tijde van de feiten, een test die gebruikt kan worden voor het identificeren van wurgprijzen.

164. Indien nieuwkomers allen de investeringsladder opklimmen, en indien vaste telefonie in vraag zou worden gesteld als ingangsmarkt voor concurrenten in de sector van de elektronische communicatie, zou hetgeen in het vorige randnummer is gesteld niet meer opgaan, zoals wordt onderstreept door de Commissie in de Telefónica beslissing (COMP/38.784, randnummer 575).

165. De toepassing van een test van het type REO houdt evenwel niet systematisch het gebruik van kostengegevens met betrekking tot een concurrent in. Was dat wel het geval, dan ging het om een test van het type ACO. Dit type van test, gebaseerd op gegevens omtrent kosten en inkomsten met betrekking tot een bepaalde operator, gegevens die niet openbaar zijn, kan bij de handhaving van het mededingingsrecht niet worden toegepast omdat een onderneming normalerwijze deze inlichtingen met betrekking tot haar concurrenten niet kan kennen, en omdat zij er uiteraard niet toe aangezet mag worden deze inlichtingen te leren kennen.

Daarenboven is die test niet toepasbaar waar meerdere concurrenten aanwezig zijn op de stroomafwaartse markt, met elk hun eigen inkomstenstructuur en verschillende kosten. Dit type van test zou enkel gerechtvaardigd kunnen zijn in de afwezigheid van betrouwbare gegevens in hoofde van de operator met een machtspositie (zie supra, randnummer 112), hetgeen in onderhavige zaak niet het geval is.

166. Tot besluit neemt de Raad in aanmerking dat een aangepaste test in onderhavige zaak, rekening houdend met de reglementaire context en de markt ten tijde van de feiten, uitgaat van de vergelijking tussen de kleinhandelsinkomsten van de dominante operator en de bijbehorende groothandelskosten gefactureerd aan een 100 % CPS operator. De bestaande marge tussen de inkomsten en de groothandelskosten moet minstens de commercialisatiekosten of retailkosten van de corresponderende producten van de dominante operator dekken om de afwezigheid van het effect van wurgprijzen aan te tonen.

167. Een eerste test, de EEO test, vereist dat de concurrent op de stroomafwaartse markt op zijn minst even efficiënt is als de verticaal geïntegreerde operator zowel op de stroomopwaartse als op de stroomafwaartse markt. De inefficiënties voortkomend uit de vaste interconnectiekosten tussen netwerken in het geval van de off-net oproepen worden in dit geval niet in rekening gebracht. Deze test is gunstig

voor de dominante onderneming die over een fijnmazig toegangsnetwerk beschikt en daardoor ook over een hoog aantal van on-net oproepen. Hij bevoordeligt de eindgebruikers op korte termijn maar het kan voor hen nadelig zijn op lange termijn indien de concurrenten op de stroomafwaartse markt, die niet beschikken over een toegangsnetwerk, niet bij machte zijn om met de aanbiedingen van de dominante operator op de stroomafwaartse markt te concurreren.

168. Een tweede test, de REO test, gebaseerd op de hypothese van 100 % off-net oproepen, houdt rekening met de vaste interconnectiekosten die typisch zijn voor de oproepen tussen netwerken. Deze test vereist van de verticaal geïntegreerde onderneming dat zij een marge behoudt tussen de groothandelsprijzen en de kleinhandelsprijzen die toelaat aan een 100 % CPS operator om met haar te concurreren op de kleinhandelsmarkt. Deze test is minder voordelig voor de gebruikers op korte termijn maar kan voor hen voordeliger zijn op lange termijn in de mate dat het de concurrenten die op de stroomopwaartse markt minder efficiënt zijn mogelijk maakt toe te treden en te overleven. Zo zij kunnen toetreden en overleven, kunnen zij dan door de investeringsladder te beklimmen en dank zij de uitbreiding van hun cliënteel, efficiënter worden. Anderzijds heeft deze test niet af te rekenen met problemen van rechtsonzekerheid die eigen zijn aan de ACO test aangezien de meerkosten gebonden aan de interconnectie tussen netwerken gekend zijn door de verticaal geïntegreerde onderneming.

169. Deze REO test is voordelig voor de klager in de voorliggende zaak voor zover de REO operator gedefinieerd wordt als een operator die alleen spraaktelefoniediensten levert via het model van (pre)selectie van oproepen en daardoor volledig afhankelijk is van de dominante operator voor de levering van de overeenstemmende groothandelsproducten. In werkelijkheid beschikt de klager, sedert de overname van het netwerk van Versatel in 2005, over een toegangsinfrastructuur die hem toelaat de kosten voor het overbrengen van oproepen van en naar de aan dat toegangsnetwerk verbonden klanten te controleren, wat kan leiden tot een bepaald aantal on-net oproepen. Daar komt bij dat hij niet volledig afhankelijk is van Belgacom voor de levering van interconnectiediensten (of transitdiensten) voor zover andere operatoren ook zulke groothandelsdiensten aanbieden.

170. Tele2 erkent trouwens (schriftelijke opmerkingen voor KPN Belgium, blz. 195; Verslag, blz. 43; laatste schriftelijke opmerkingen van Belgacom, blz. 166) dat de marge-uitholling uitwerking heeft tegenover CPS operatoren maar niet tegenover netwerkoperatoren.

171. Gelet op hetgeen voorafgaat, zal de Raad hierna de beide testen vermeld in de randnummers 167 en 168 hierboven zowel op het niveau van de relevante markt als op het niveau van het specifieke aanbod van Happy Time toepassen. Het gaat dan om vier kwantitatieve testen.

Zoals in het gedeelte E hieronder zal blijken, berust de uitwerking van deze kwantitatieve testen op verscheidene hypothesen. Een misbruik van machtspositie door het toepassen van wurgprijzen kan zelden aangetoond worden alleen maar door het mechanische toepassen van kwantitatieve testen. Desalniettemin, indien geen enkele test tot een negatieve marge leidt, is het moeilijk om het bestaan van een misbruik van een machtspositie aan te tonen.

E. De berekening van de marge tussen inkomsten en stroomopwaartse kosten voor het Happy Time aanbod

172. Zoals uiteengezet in het gedeelte D hierboven, zal de beoordeling van het bestaan van wurgprijzen gebeuren op basis van volgende vraag: Is de marge tussen stroomopwaartse en stroomafwaartse prijzen die door Belgacom toegepast worden groot genoeg om haar stroomafwaartse gemiddelde lange termijn incrementele kosten (LRAIC) te dekken?

173. Deze beoordeling gebeurt in twee fasen. In een eerste fase, wordt een raming gemaakt van de marge tussen de inkomsten op de stroomafwaartse markt en de aangerekende kosten op de stroomopwaartse markt. In een tweede fase, wordt de vraag gesteld of deze marge groot genoeg is om de kosten op de stroomafwaartse markt te dekken. Dit gedeelte van de beslissing heeft betrekking op de raming van deze marge. Het volgende gedeelte (F) is gewijd aan de raming van de gemiddelde lange termijn incrementele

kosten op de stroomafwaartse markt. Gedeelte G geeft een voorstelling van de kwantitatieve testen zowel op het niveau van het geheel van spraaktelefonieaanbiedingen als op het niveau van het Happy Time tariefplan.

174. In het raam van de schatting van de marges, hebben de partijen een reeks van discussiepunten opgeworpen met betrekking tot de raming van de inkomsten en de kosten die noodzakelijk zijn voor de berekening van die marge. In de mate dat de auditeur-generaal in zijn Verslag enkel rekening heeft gehouden met de wurgprijzetesten uitgevoerd op het niveau van het Happy Time tariefplan, hebben de hieronder aangehaalde discussiepunten tussen de partijen enkel betrekking op de berekening van de marge voor een tariefplan zoals dat van Happy Time. E.1. hierna is gewijd aan de vergelijkbaarheid van de groothandels- en de kleinhandelsproducten. E.2. onderzoekt de meningsverschillen betreffende de inkomsten die in rekening dienen gebracht te worden, terwijl E.3. zich buigt over de problemen die zich stellen bij de raming van de netwerkkosten van een tariefplan zoals dit van Happy Time.

E.1. Vergelijkbaarheid van groothandels- en kleinhandelsproducten

175. Een van de essentiële vraagstukken op het vlak van de wurgprijzetest heeft betrekking op de vergelijkbaarheid van de groothandels- en kleinhandelsproducten die in aanmerking genomen worden in de test (zie Deutsche Telekom, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, § 109 – § 110). De standpunten van de partijen aangaande de vraag te weten hoe deze vergelijkbaarheid verzekerd kan worden zijn uiteenlopend. Het gaat er vooral om te weten of de wurgprijzetest uitgaat van de groothandelsmarkten (waar de machtspositie zich bevindt) of van de kleinhandelsmarkten.

Standpunt van de auditeur-generaal

176. De auditeur-generaal (antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz. 18) is dat de rechtspraak (Telefónica, zaak COMP. 38/784, § 389-396; Deutsche Telekom, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, § 111 en arrest van het Gerecht, § 204 - § 206) neemt de groothandelsproducten als uitgangspunt en acht het daarom aangewezen om de afgiftdiensten te vergelijken met de enkele inkomsten van de oproepen on-net van de klanten. Daarenboven verwijst hij nog naar casussen uit de Franse en de Britse rechtspraak met betrekking tot de tarieven voor oproepen naar mobiele netwerken.

177. Om die reden beperkt de auditeur-generaal de analyse tot de enkele oproepen on-net, ook al vermeldt hij elders⁹ dat de test zou dienen te gebeuren op de enkele oproepen van vaste nummers naar vaste nummers, wat uitgebreider is dan de enkele oproepen on-net.

Standpunt van Belgacom

178. Belgacom voert aan dat er moet uitgegaan worden van de kleinhandelsmarkt.

Beslissing van de Raad

179. Zoals vermeld in de zaak Base/BMB (Beslissing van de Raad van 26 mei 2009, zie randnummer 264) houdt de vraag waarop de wurgprijzetest een antwoord beoogt te geven verband met het repliceren van de kleinhandelsaanbiedingen van een verticaal geïntegreerde operator door een concurrent op de stroomafwaartse markt die afhankelijk is van de levering van de groothandelsproducten door die verticaal geïntegreerde operator.

180. In de beslissingen Deutsche Telekom en Telefónica wordt een gewogen gemiddelde van de prijzen van de ADSL eindgebruikersdiensten vergeleken met de groothandelsprijzen van de toegangsdiensten voor intermediair verbruik. In het kader van de rechtspraak met betrekking tot de oproepen naar mobiele nummers, is het de gemiddelde opbrengst van de oproepen van een specifiek vaste telefonienetwerk naar een mobiel netwerk dat vergeleken wordt met het gemiddelde afgiftetarief op dit mobiel netwerk.

⁹ Verslag, blz. 58: “Hieruit volgt dat bij de analyse van de price squeeze enkel rekening wordt gehouden met oproepen van vaste nummers naar vaste nummer.”

181. In de onderhavige zaak heeft de klacht betrekking heeft op het repliceren van een specifieke kleinhandelsaanbieding, met name het product Happy Time. Het ligt dan ook voor de hand dat er van dit kleinhandelsproduct uitgegaan wordt om de groothandelsproducten te identificeren die noodzakelijk zijn voor de aanbieder van dit product.

Het is niet pertinent om, op het niveau van de inkomsten van het Happy Time aanbod, uitsluitend de inkomsten van de oproepen on-net op te nemen omdat, in tegenstelling tot de casussen uit de hierboven vermelde rechtspraak met betrekking tot de oproepen van een vast nummer naar een mobiel nummer, dit Happy Time tariefplan het geheel van de nationale oproepen van vaste nummers naar vaste nummers bevat, wat ook het bestemmingsnetwerk zij.

E.2. Raming van Happy Time inkomsten

182. Inkomsten van het Happy Time tariefplan hangen af van het aantal oproepen dat klanten maken tussen 8 uur en 17 uur, gelet op het feit dat buiten die periode - na 17 uur op werkdagen, in het weekend en op feestdagen - alle oproepen gratis zijn.

183. In het kader van zijn analyse van het tariefplan Happy Time (Besluit van de Raad van het BIPT van 17 oktober 2005 betreffende het tariefplan Happy Time van Belgacom), heeft het BIPT gewag gemaakt van de gevoeligheid van de resultaten van de kostenoriëntatietest voor het oproepprofiel van de eindgebruikers van dit plan. Op die grond heeft het BIPT aan Belgacom de verplichting opgelegd om maandelijks de verbruikersgegevens van dit tariefplan over te maken. Deze gegevens laten toe om een berekening te maken van het gemiddelde consumptieprofiel van de eindgebruikers van het tariefplan Happy Time.

184. Aangezien het lanceren van een nieuw tariefplan kan leiden tot een wijziging in het oproepgedrag van de gebruikers, is het noodzakelijk om te beschikken over gegevens die een redelijk lange termijn beslaan om te vermijden dat de testresultaten afhangen van atypische gegevens die enkel een beeld geven op korte termijn of van de specifieke gedragingen van een bepaalde groep klanten. De lancering van nieuwe tariefplannen trekt eerst en vooral de meest alerte cliënteel aan, en de cliënteel voor wie het tariefplan bijzonder aantrekkelijk is. Naarmate het tariefplan langer in gebruik is, is het gedrag van de cliënteel stabiel.

Gelet op het voorgaande zal de marge berekend worden voor volgende periodes: 2005 (7 maanden vanaf de lancering van het tariefplan in juni), 2006, 2007, 2008.

185. De gemiddelde inkomsten van een Happy Time klant worden berekend op basis van het gemiddeld aantal oproepen gemaakt tussen 8 uur en 17 uur op werkdagen door Happy Time klanten vermenigvuldigd met de prijs van deze oproepen. De prijs was 0,30 € per oproep (inclusief BTW) sinds de lancering en werd verhoogd tot 0,31€ vanaf 01/07/2008 en tot 0,32€ vanaf 1/10/2008.

186. De gemiddelde maandelijkse inkomsten van een Happy Time klant schommelen als volgt over de relevante periode (Verslag, punt 9.2.2, blz.64).

- voor 2005: [...] €¹⁰
- voor 2006: [...] €
- voor 2007: [...] €
- voor 01/2008 tot 06/2008: [...] €
- voor 07/2008 tot 09/2008: [...] €
- voor 10/2008 tot 12/2008 : [...] €
- voor 2009: [...] €

¹⁰ Tarief Happy Time * aantal oproepen tussen 8u. en 17u. per klant en per maand : [0.2479 (ex BTW) €* [...] = [...] €.

De daling van inkomsten per klant tussen 2005 en 2008 is toe te schrijven aan de daling van het aantal oproepen per klant gedurende de piekuren. De verhoging in 2008 is te verklaren door de verhoging van de prijs per oproep.

187. Deze inkomsten, gebaseerd op de enkele oproepen met bestemming naar nationale geografische nummers, houden geen rekening met de andere door de Happy Time klanten verrichte oproepen. In een REO aanpak, gebaseerd op een volledige CPS operator, zal het geheel van de verworven inkomsten van een klant van een aanbod van het type Happy Time in aanmerking dienen genomen te worden. Immers, indien een klant kiest voor het type Happy Time dienst aangeboden door een volledige CPS operator, wordt hij verplicht om zich in te schrijven voor de preselectiedienst van het geheel van spraaktelefoonoproepen van deze operator. Het aanbod van een product van het type Happy Time door een volledige CPS operator verwerft niet enkel de inkomsten uit de diensten die specifiek gedekt worden door dit product (de inkomsten van oproepen van vaste naar vaste nationale geografische nummers), maar ook de inkomsten van de andere spraaktelefoniediensten die gedekt worden door de preselectie (de inkomsten van oproepen naar mobiele nummers, de diensten met toegevoegde waarde en de oproepen naar internationale nummers).

188. Een test gebaseerd op de enkele inkomsten van het tariefplan Happy Time die voortkomen uit de oproepen naar vaste geografische nummers geeft een onderschatting van de inkomsten die verworven worden dank zij de klanten die voor dit soort type van tariefplan gekozen hebben in die mate dat de andere door deze klanten gebruikte diensten, in het bijzonder de andere types van oproepen die door dit type van klant gedaan worden, niet in rekening worden gebracht. Dit wordt aangehaald door de auditeur-generaal in zijn gemotiveerd verslag (Verslag blz. 55), die aanstipt dat de oproepen naar vaste nummers het overgrote deel van de oproepen uitgaande van de gebruikers van Happy Time uitmaken.

E.3. Raming van Happy Time wholesalekosten

189. Netwerkkosten bestaan uit variabele interconnectiekosten - waarvan de prijzen afwisselen afhankelijk van de periode van de dag, de lengte van de oproep en het niveau waarop de interconnectie gebeurt (zie supra in randnummer 60) - en vaste interconnectiekosten. Voor de berekening van variabele netwerkkosten wordt hetzelfde oproepprofiel van Happy Time klanten gebruikt als voor de berekening van de inkomsten.

E.3.1. Variabele interconnectiekosten

190. Zoals uiteengezet in randnummers 104 en 110 supra, worden in wurgprijzentesten netwerkkosten geraamd op basis van de prijzen die Belgacom aan derden aanrekenen voor het gebruik van haar netwerk (imputed costs test). De Raad volgt dus de auditeur-generaal in zijn standpunt dat deze regel van toepassing is voor alle oproepen die door klanten van Belgacom gedaan worden, zowel on-net als off-net oproepen, aangezien de replicerbaarheid van het Happy Time aanbod door een full CPS-operator onderzocht wordt. Dit is ook het geval in het systeem van gescheiden boekhouding die voor de berekening van de marge op het niveau van alle telefoniediensten gebruikt wordt (zie infra, randnummer 218). Wat betreft de afgiftekosten worden ook de groothandelstarieven van Belgacom gebruikt voor de on-net oproepen. Voor off-net oproepen zijn de afgiftetarieven gevraagd door de terminating operator in aanmerking genomen. De terminating en collecting tarieven van Belgacom zijn vastgelegd in het BRIO-referentieaanbod dat door het BIPT goedgekeurd is. Voor de periode 2005-2009 zijn wijzigingen van deze prijzen in januari 2006 en juni 2007 in aanmerking genomen.

191. De auditeur-generaal heeft twee scenario's voorgesteld, namelijk een scenario van 100% lokale interconnectie, dat gunstiger is voor Belgacom omdat het geen rekening houdt met eventuele vervoerkosten tussen lokale interconnectiepunten, en een scenario met een mix van lokale en IAA interconnecties. De verdeling tussen de interconnectieniveaus weerspiegelt het reële verbruik van de wholesaleklanten van Belgacom (Verslag, blz. 92). De Raad geeft de voorkeur aan dit laatste scenario dat een betere weerspiegeling van de netwerkkosten geeft gelet op het feit dat de vervoerkosten tussen lokale interconnectiepunten in aanmerking genomen worden.

E.3.2. Vaste interconnectiediensten

192. Vaste interconnectiekosten zijn onvermijdbaar voor off-net verkeer. Zij zijn verbonden aan IC-links (interconnectielijnen) en ATAP's (toegang tot knooppunten). De tarieven van Belgacom voor IC-links en ATAP's zijn ook opgenomen in het BRIO-referentieaanbod tot eind december 2008. De prijzen van IC-links werden veranderd in april 2006 en in 2009. Belgacom biedt verschillende types IC-links en ATAP's aan waarvan de prijs varieert afhankelijk van de lengte van de link en de duur van het contract.

193. Om de hoogte van deze vaste interconnectiekosten te berekenen, moeten er assumpties gemaakt worden over het aantal interconnectielijnen en ATAP's die nodig zijn voor het vervoer van Belgacom's telefoonverkeer, omdat Belgacom nu eenmaal zelf geen beroep doet op deze diensten voor het leveren van on-net oproepen van haar klanten. In tegenstelling tot de collecting- en terminatingdiensten, is het gebruik van ATAP's en IC-links per maand gefactureerd tegen een forfaitair bedrag ongeacht het verkeer dat doorgestuurd wordt. Om te bepalen hoeveel IC-links en ATAP's nodig zijn voor het vervoeren van minuten, moet men assumpties maken over de vullingsgraad van de IC-links en over de type IC-links die gebruikt worden.

3.2.1. Vullingsgraad van IC-links

194. Volgens het Verslag zou de auditeur-generaal in zijn simulaties rekening gehouden hebben met een constante vullingsgraad van [...] minuten per maand per IC-link, wat, volgens hem, een uiterst conservatief resultaat weergeeft (Verslag, blz. 50).

De Raad merkt evenwel op dat de vullingsgraad die effectief gebruikt wordt in de simulaties in het verslag gebaseerd is op de gemiddelde vullingsgraad van alle IC-verbindingen van wholesaleklanten van Belgacom voor het betrokken jaar.

De variabiliteit van de vullingsgraad van IC-links tussen operatoren over de relevante periode leidt tot de vraag wat een "theoretische redelijk efficiënte" vullingsgraad zou zijn. Informatie afkomstig van de wholesaleklanten van Belgacom komt normaal niet in aanmerking om te beoordelen of haar retailprijzen gerechtvaardigd zijn. Belgacom zelf mag als dominante, verticaal geïntegreerde onderneming haar prijzenpolitiek niet laten afhangen van de commerciële strategie van haar wholesaleklanten, zonder in strijd te komen met het zogenaamde "Chinese wall" principe.

195. Zonder aanvullende informatie ziet de Raad geen reden om het voorstel van de auditeur-generaal van een constante vullingsgraad van [...] minuten per IC-link per maand te verwerpen. Dit is namelijk ook de assumptie gebruikt door de Raad van het BIPT in zijn Besluit van 17 oktober 2005 betreffende het tariefplan Happy Time van Belgacom. Niettemin en gelet op de gevoeligheid van de resultaten aan de assumptie over de vullingsgraad van IC-links, beslist de Raad om met beide assumpties te werken: een constante vullingsgraad van [...] minuten per IC-link en de gemiddelde vullingsgraad van alle IC-verbindingen van wholesaleklanten van Belgacom over de relevante periode.

3.2.2. Type IC-links

196. Wat betreft het type IC-links, werkt de auditeur-generaal met dezelfde twee scenario's als voor het interconnectieniveau (zie supra randnummer 191). Voor de consistentie kiest de Raad ook hier voor het scenario met een gewogen gemiddelde van IAA en lokaal interconnectieniveaus.

F. Raming van Belgacom's commerciële kosten

197. Om de commercialisatiekosten op de stroomafwaartse markt te kunnen kennen heeft de Europese Commissie aan Telefónica gevraagd om haar gegevens te bezorgen over de incrementele kosten voor de levering van haar ADSL kleinhandelsdienst (COMP/C-38.784, § 400). In de onderhavige zaak heeft het Auditoraat aan Belgacom niet gevraagd om haar gegevens omtrent de incrementele commercialisatiekosten voor de vaste telefoniediensten of de levering van Happy Time aanbiedingen mee te delen. Uitgaande van het principe dat een REO test in deze zaak zou worden toegepast en dat Tele2 als

een REO kon beschouwd worden, heeft de auditeur-generaal de gegevens met betrekking tot de commercialisatiekosten geleverd door Tele2 in aanmerking genomen, en aldus een ACO test toegepast.

198. Zoals vermeld in randnummers 144 tot 146 is de Raad van oordeel dat het niet aangewezen is om gebruik te maken van de kostengegevens medegegeeld door de klager in de mate dat de dominante onderneming beschikt over betrouwbare gegevens over de incrementele leveringskosten in de stroomafwaartse markt.

199. Belgacom heeft een raming van haar eigen commerciële kosten voorgelegd, gebaseerd op een audit, gerealiseerd in het kader van de reglementaire verplichtingen van Belgacom tot gescheiden boekhouding. Volgens Belgacom, maken haar commerciële kosten een percentage tussen [...] en [...] % uit van haar inkomsten uit vaste telefoniediensten, toegangsdiensten inbegrepen. Wanneer geen rekening gehouden wordt met de inkomsten uit toegangsdiensten, vertegenwoordigen de commerciële kosten exclusief kosten van ondersteunende diensten tussen [...] en [...] % van de inkomsten en de commerciële kosten inclusief kosten van ondersteunende diensten vertegenwoordigen tussen [...] en [...] % van de inkomsten van vaste spraaktelefonie (laatste schriftelijke opmerkingen van Belgacom, blz.314).

200. Deze percentages zijn van eenzelfde orde als deze die werden in aanmerking genomen door de Raad van het BIPT in zijn Besluit van 17 oktober 2005 betreffende het tariefplan Happy Time van Belgacom. Op basis van gelijkaardige gegevens met betrekking tot 2003, neemt het BIPT een percentage van [...] % in aanmerking.

Deze percentages zijn aanzienlijk lager dan deze met betrekking tot het geheel van de “Activity based traffic costs”, zoals in aanmerking genomen door de auditeur-generaal als zijnde representatief voor de commercialisatiekosten voor de vaste telefonieproducten van Belgacom (antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz. 30). Het bedrag van de kleinhandelskosten voor spraaktelefonie van [...] miljoen euro dat de auditeur-generaal in aanmerking neemt, vertegenwoordigt in feite [...] % van de corresponderende inkomsten.

201. De “activity based traffic related costs” overgenomen door de auditeur-generaal beslaan het geheel van de indirecte kosten toegerekend op basis van een ABC methode aan de kleinhandelsproducten “telefoonsverkeer” en verwijzen daardoor zowel naar de primaire activiteiten als naar de activiteiten van ondersteuning en beheer (“management”) met betrekking tot deze producten. In het kader van een evaluatie van de incrementele kosten op lange termijn, in het bijzonder wanneer het gaat om een specifiek tariefplan, hoeven de kosten verbonden met het beheersproces zoals aanwerving van personeel (“employee attraction”), retentie en uitgang (“retention and exit”), essentiële financiële diensten (“core financial services”), algemeen beheer en ondersteuning (“general management and support”), evenwel niet in rekening te worden gebracht. Wat de activiteiten van ondersteuning betreft zoals wagenpark (“fleet”), gebouwen en bijbehorende faciliteiten (“buildings and facilities”), beheer van de aanbodsketen (“supply chain management”), beheer van de bevelsketen (“power chain management”...) en de primaire activiteiten, moet de relevantie ervan geval per geval onderzocht worden al naar gelang het betrokken product of de betrokken productenfamilie. In antwoord op een vraag van het BIPT om een rechtvaardiging aangaande de voorgelegde commercialisatiekosten te leveren, heeft Belgacom een lijst met geïdentificeerde activiteiten binnen haar ABC model geleverd, relevant voor de raming van de commercialisatiekosten van de spraaktelefoniediensten. Het BIPT heeft geoordeeld dat twee types van activiteiten, zonder enig verband met de commercialisatie van een aanbieding van spraaktelefoniediensten bestemd voor residentiële klanten, konden worden geweerd uit die lijst. De kosten voor de in aanmerking genomen activiteiten vertegenwoordigen [...] % van de inkomsten van de spraaktelefonie in 2005. Wanneer de ondersteuningskosten buiten beschouwing worden gelaten, lijkt dit percentage relatief stabiel te blijven in het tijdsverloop en werd vastgesteld op [...] %.

202. Het is dus niet verwonderlijk dat het deel van de kosten dat op basis van het ABC model aan het telefoonverkeer toegerekend is en dat in aanmerking genomen is door het BIPT in zijn beslissing van oktober 2005 om de commercialisatiekosten inherent aan het product Happy Time te evalueren, aanzienlijk lager is dan het geheel van de kosten voor het ABC telefonieverkeer (“traffic ABC costs”) die

overgenomen werden door de auditeur-generaal. De kosten waarmee het BIPT rekening hield vertegenwoordigen slechts 30 % van de kosten die overgenomen werden door de auditeur-generaal.

203. De Raad volgt de auditeur-generaal niet waar hij stelt dat “*deze schattingen van Belgacom op zijn zachtst gezegd meer dan bij benadering zijn*” (antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz. 28). Integendeel, de Raad is van oordeel dat de controle uitgevoerd door het BIPT in het kader van zijn besluit van oktober 2005 over de relevantie van de commercialisatieactiviteiten die in rekening dienen gebracht te worden in deze zaak, toelaat te besluiten dat de percentages voorgesteld door Belgacom en aangenomen door het BIPT een redelijke raming leveren van de lange termijn incrementele commercialisatiekosten van de vaste telefonieproducten van Belgacom.

204. De Raad beschikt niet over enige rechtstreekse informatie omtrent de incrementele langetermijnkosten van het product Happy Time dat slechts een gedeelte van het vaste telefoonverkeer uitmaakt. Een eerste benadering zou erin kunnen bestaan om aan te nemen dat het percentage dat berekend is voor de raming van de commercialisatiekosten van het geheel van de spraaktelefoniediensten geldig blijft in het kader van een specifiek tariefplan – wat hoogstwaarschijnlijk leidt tot een overschatting van de kosten¹¹ - en waardoor dit percentage onmiddellijk toegepast kan worden op de door een representatieve Happy Time gebruiker verworven inkomsten. De toepassing van een percentage van [...] op de inkomsten van de representatieve Happy Time gebruiker leidt tot de raming van maandelijkse commercialisatiekosten van [...] euro per klant in 2005.

205. Het BIPT houdt rekening met het feit dat de plotse daling van de inkomsten per klant gekoppeld aan de tarifiering van het product Happy Time zou kunnen leiden tot een onderschatting van de commercialisatiekosten van dit plan. Het BIPT raamt daarom de hypothetisch toe te rekenen commercialisatiekosten op het bedrag dat zou hebben gegolden indien de representatieve Happy Time gebruiker verplicht was geweest om de standaardtarieven van Belgacom te betalen in de plaats van de voorwaarden van het tariefplan Happy Time te genieten, en veronderstelt dat dit absolute bedrag een beeld geeft van de commercialisatiekosten toe te passen in alle simulaties met betrekking tot het tariefplan Happy Time. Het bedrag gelijk aan een percentage van [...] op de inkomsten voortvloeiend uit de toepassing van de standaardtarieven van Belgacom van kracht in 2005 op het consumentenprofiel van een representatieve Happy Time gebruiker leidt tot een schatting van de maandelijkse commercialisatiekosten van [...] euro per klant in 2005.

206. Bijkomende simulaties uitgevoerd door Belgacom op basis van de methodologie voorgesteld door het BIPT - [...] % van de inkomsten gegenereerd wanneer standaardtarieven geldig in 2009 toegepast worden - geven ramingen die zich bevinden tussen [...] en [...] € per klant en per maand in de onderzochte periode (laatste schriftelijke opmerkingen van Belgacom, blz. 301 en 302) .

207. De Raad heeft zich de vraag gesteld of de commercialisatiekosten die voorgesteld zijn door Belgacom en aangenomen zijn door het BIPT redelijk zijn ten opzichte van de beschikbare informatie met betrekking tot de raming van dergelijke kostentypes gedaan door andere regulatoren of door andere telecomoperatoren.

208. Het platform van de operatoren stelt voor, in zijn bemerkings op het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van juli 2005 met betrekking tot het tariefplan Happy Time, dat het BIPT de methodologie van de Duitse regulator BNetzA en van de Nederlandse operator OPTA zou gebruiken voor het evalueren van de commercialisatiekosten die in rekening gebracht moeten worden in het raam van een wurgprijzetest voor de spraaktelefonieaanbiedingen. OPTA stelt in richtlijnen gepubliceerd in 2001 voor om de commercialisatiekosten voor de spraaktelefonieaanbiedingen van KPN te ramen op basis van een

¹¹ Zie daarover BIRO, HOUPIIS & HUNT, 2011, *Applying margin squeeze in telecommunications :some economic insights*, Journal of European Competition Law and Practice, vol. 2, n°6, die vermelden op blz. 594 : “In principle, the narrower the scope of the test, the more likely it is that the relevant (average) LRIC will be lower, to the extent that there are costs that are fixed and common between a wider set of products that would not be saved if a single product, or a narrow set of products were no longer provided”.

retailopslag van 23% op de interconnectiekosten. Ook de Duitse regulator, BNetzA, raamt de commercialisatiekosten op basis van een opslag van 25% op de interconnectiekosten.

209. De Raad neemt zich voor om een vergelijking te maken van de raming van de bekomen commercialisatiekosten op basis van de methodologie zoals vermeld in de randnummers 204 tot 206 met deze bekomen op basis van een retailopslag van 23 tot 25% op de netwerkkosten (zie infra, randnummer 234).

210. Tenslotte herinnert de Raad eraan dat, volgens de jurisprudentie, de aangepaste standaard, in een wurgprijzetest, voor de evaluatie van de leveringskosten van de dominante operator op de stroomafwaartse markt de gemiddelde lange termijn incrementele kosten is. Deze kosten verlopen evenredig met de in ogenschouw genomen toename van de producten (zie voetnoot 11) indien deze laatste de omvang van de gemeenschappelijke kosten beïnvloedt.

211. Met het oog op het belang in onderhavige zaak van de raming van de kosten van de dominante operator op de stroomafwaartse markt, zal de Raad meerdere methoden toepassen om een raming te maken van de hoogte van deze kosten. De Raad beschouwt aldus dat een vork van [...] tot [...] % van de inkomsten voor de raming van de lange termijn incrementele commercialisatiekosten voor de spraaktelefoniediensten gerechtvaardigd is door de verstrekte informatie in het kader van het ABC model ontwikkeld door Belgacom en gecontroleerd door het BIPT. De Raad noteert dat dit percentage van de inkomsten ver boven het percentage ligt dat aangenomen werd door OPTA in 2009 voor de evaluatie van de commercialisatiekosten in het kader van de wurgprijzetesten die OPTA heeft toegepast op de door KPN op de markt gebrachte aanbiedingen van spraaktelefonie¹².

212. De Raad beschouwt eveneens dat de methodologie toegepast door het BIPT voor de raming van de commercialisatiekosten toe te wijzen aan het product Happy Time aanvaardbaar is, ook al strekt deze raming ertoe om een overschatting te maken van de met het tariefplan Happy Time samenhangende lange termijn incrementele commercialisatiekosten. Deze methodologie leidt tot ramingen van de commercialisatiekosten per klant en per maand die zich bevinden in een vork van [...] tot [...] euro over de aangenomen periode.

213. De Raad is van oordeel dat een raming van deze kosten op de stroomafwaartse markt uitgaande van de regels toegepast door de Nederlandse en Duitse regulatoren over de aangenomen periode het mogelijk zal maken om het redelijk karakter van deze ramingen te toetsen.

G. De resultaten van de wurgprijzetesten

214. Dit gedeelte analyseert in hoeverre, over de periode 2005 tot 2008, kleinhandelstarieven van Belgacom voor haar vaste telefoniediensten kunnen gerepliceerd worden op basis van de groothandelstarieven die zij aanrekent aan een volledige CPS operator die dezelfde kleinhandelsdiensten aanbiedt.

215. Zoals vermeld in randnummer 171, worden vier verschillende testen toegepast. De voorstelling van deze testen is als volgt gestructureerd. G.1. hierna onderzoekt de replicerbaarheid van het geheel van de kleinhandelsaanbiedingen van Belgacom voor het vaste telefoonverkeer, opeenvolgend in het kader van een test van het type EEO (G.1.1.) en gebaseerd op een test REO die rekening houdt met de vaste interconnectiekosten die een volledige CPS operator oploopt om dit soort type van kleinhandelsdiensten aan te bieden (G.1.2). G.2 hierna past dezelfde twee testen – EEO en REO – toe op het niveau van het enkele Happy Time aanbod.

¹² Bijlage 108 van de eerste schriftelijke opmerkingen van Belgacom ingediend op 11 januari 2010: OPTA, « Beleidsregels inzake gedragsregel 5 », OPTA/AM/2009/201145, 27 mei 2009. In randnummers 48 tot 50 en 57 van dit document, verantwoordt OPTA met betrekking tot de replicerbaarheid van een retaildienst voor de concurrenten van KPN, het gebruik van incrementele langetermijnkosten, in tegenstelling tot integrale kosten of volledig gealloceerde kosten ("Fully Allocated Costs, FAC). Om het toepassen van deze regel te vereenvoudigen, heeft OPTA voorgesteld om een retailopslag op de wholesalekosten te hanteren (randnummer 57). Na rapportage door KPN, komt OPTA tot een retailopslag van 1% voor spraak (brief met onderwerp "Retailopslagen KPN" en kenmerk OPTA/AM/2009/203252 van 20 november 2009).

G.1. De repliceerbaarheid van de vaste telefonieaanbiedingen van Belgacom

216. De toepassing van een wurgprijzetest op de relevante markt voor vaste telefoniediensten werd door de auditeur-generaal niet uitgevoerd. De cijfers die vereist zijn om deze test toe te passen zijn beschikbaar in zijn antwoord op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag.

G.1.1. De berekening van de marge in een EEO test

217. Zoals aangetoond door de tabel hieronder, opgesteld door de auditeur-generaal op basis van de resultaten van de gescheiden boekhouding waartoe Belgacom reglementair gehouden is, vertoont voor de activiteit van het vast telefoonverkeer volgende netto marge: [...] euro in 2005, [...] euro in 2006, [...] euro in 2007 en [...] euro in 2008, d.i. respectievelijk [...]% , [...]% , [...]% en [...]% van de inkomsten van het corresponderend verkeer.

Tabel 1: Raming van de EEO marge voor Belgacom aanbiedingen van verkeer telefoniediensten op het vaste netwerk (Antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz. 30 en laatste schriftelijke opmerkingen van Belgacom blz. 312 - 313 voor 2008).

€	2005	2006	2007	2008
Traffic revenues	[...]	[...]	[...]	[...]
Traffic direct costs	[...]	[...]	[...]	
Traffic ABC costs	[...]	[...]	[...]	
Traffic charges from core	[...]	[...]	[...]	
Traffic charges from local	[...]	[...]	[...]	
Traffic total costs	[...]	[...]	[...]	
marge	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge/inkomsten	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
marge voor ABC costs	[...]	[...]	[...]	
Marge voor ABC costs/inkomsten	[...]%	[...]%	[...]%	

218. De gegevens die voortvloeien uit de gescheiden boekhouding gedaan door Belgacom onder de controle van de regulator, leiden aldus tot de vaststelling dat over de in beschouwing genomen periode, de marge tussen de inkomsten op de kleinhandelsmarkt voor vaste telefonie en de kosten zowel voor de stroomopwaartse markt - netwerkkosten die aangerekend worden op basis van de met het netwerk samenhangende gebruikersprijs die gefactureerd werd aan derden - alsook op de stroomafwaartse markt ruim positief is. Deze marge is berekend op grond van een raming van de stroomafwaartse kosten die het geheel van de kosten toe te wijzen aan het verkeer op basis van het ABC model (dus met inbegrip van het geheel van ondersteuning- en beheerprocessen) in aanmerking neemt. Zoals vermeld in randnummers 204 en 212 supra zijn de op die manier geraamde kosten een overschatting van de incrementele langetermijnkosten van de spraaktelefoniediensten.

G.1.2. De berekening van de marge in een REO test

219. Zoals het BIPT in zijn besluit van oktober 2005 (blz. 20) vermeld bestaan er geen vaste interconnectiekosten voor het on-net verkeer van Belgacom. Zij zijn dus niet in aanmerking genomen in de gescheiden boekhouding omdat Belgacom zelf als verticaal geïntegreerde operator deze kosten niet oploopt (supra, randnummer 193).

220. De ramingen van vaste interconnectiekosten die in de door de auditeur-generaal gemaakte simulaties beperkt zijn tot het Happy Time product (zie supra in randnummer 194) komen ongeveer op een kost van [...] €/minuut. Op basis van een aantal minuten van vast telefonieverkeer op het Belgacom netwerk van 8,973 miljard minuten in 2005, 9,150 miljard minuten in 2006 en 8,819 miljard minuten in 2007 (Antwoord van de auditeur-generaal op de opmerkingen van Belgacom bij het Verslag, blz.30), zouden de vaste interconnectiekosten op die basis oplopen tot [...]€ in 2005, [...]€ in 2006 en [...]€ in 2007.

Deze ramingen worden gebruikt om bovenstaande marge opnieuw te berekenen in de toepassing van de REO test op niveau van het vaste telefonieverkeer van Belgacom.

Tabel 2: Raming van de REO marge voor Belgacom aanbiedingen van verkeer telefoniediensten op het vaste netwerk.

€	2005	2006	2007
Traffic revenues	[...]	[...]	[...]
Traffic ABC costs	[...]	[...]	[...]
Traffic total costs	[...]	[...]	[...]
marge EEO	[...]	[...]	[...]
IC-links en ATAP kosten	[...]	[...]	[...]
marge REO	[...]	[...]	[...]
marge REO/inkomsten	[...]%	[...]%	[...]%
marge voor ABC kosten	[...]	[...]	[...]
marge voor ABC kosten/inkomsten	[...]%	[...]%	[...]%

221. Voor de drie jaren waarvoor gedetailleerde informatie vanuit de gescheiden boekhouding in het dossier beschikbaar is, zijn de marges in de REO test, zowel over netwerkkosten als over alle kosten, positief en laten een redelijke winst toe aan een concurrent die zo efficiënt als Belgacom zou zijn op de stroomafwaartse markt van vaste telefonie diensten en de aanbiedingen van Belgacom aan dezelfde klanten zou repliceren.

G.1.3. Conclusie over de repliceerbaarheid van de vaste telefonieaanbiedingen van Belgacom

222. Zowel de EEO test als de REO test voor een full CPS operator toegepast op de vaste telefonie aanbiedingen van Belgacom over de periode 2005-2007 tonen aan dat er een significante positieve marge bestaat tussen de retailprijzen en de kosten – inclusief de commerciële kosten in de stroomafwaartse markt - van Belgacom.

G.2. De repliceerbaarheid van het Happy Time aanbod van Belgacom

223. Om de wurgprijzetest toe te passen op het niveau van het Happy Time aanbod is informatie over de inkomsten en de kosten van dit product nodig. De auditeur-generaal heeft de marge-utholling op basis van het gemiddeld verbruik van een doorsnee klant van het Happy Time aanbod berekend over de periode 2005 tot en met begin 2009. Gelet op het feit dat het meest betwiste punt de raming van de stroomafwaartse kosten van het Happy Time aanbod is, zal de toepassing van de wurgprijzetest in twee fasen gebeuren. In eerste instantie worden de gegenereerde inkomsten (inkomsten per klant per maand) berekend op basis van het gemiddelde consumptieprofiel van Happy Time klanten. Vervolgens worden de netwerkkosten van deze gemiddelde consumptie berekend die bestaan uit zowel terminating- en collectingdiensten als, in geval van de REO test, uit kosten van IC-link en ATAP. Vertrekkend van deze inkomsten en kosten wordt een marge berekend die bepaalt in welke mate de retailprijzen van het Happy Time aanbod hoog genoeg zijn om de stroomafwaartse kosten te dekken.

Zou die marge negatief zijn, dan is het wel duidelijk – zoals opgemerkt in de Deutsche Telekom case – dat een concurrent het Happy Time aanbod niet kan repliceren zonder verlies te maken. Is de marge positief dan wordt, in tweede instantie, de vraag gesteld of deze marge groot genoeg is om de stroomafwaartse kosten, meer specifiek de commerciële kosten van het Happy Time product van Belgacom te dekken.

Aangezien de stroomafwaartse kosten dezelfde zijn naargelang de EEO test dan wel de REO test toegepast wordt, worden in G.2.1. en G.2.2. hierna de resultaten van de eerste fase weergegeven, namelijk de berekening van de marge op basis van de stroomopwaartse kosten. G.2.1. hierna overloopt de marges op basis van de EEO test, terwijl G. 2.2. de resultaten van de marges bekijkt in geval van 100% off-net verkeer (REO test). Vervolgens bekijkt G.2.3. hierna of deze marges – in een EEO test en in een REO test – hoog genoeg zijn om de stroomafwaartse kosten van het Happy Time product te dekken.

G.2.1. Berekening van de marge over de stroomopwaartse kosten in een EEO test

224. In een EEO test worden alleen maar variabele interconnectiekosten in aanmerking genomen.

225. De test is gevoerd onder de volgende parameters, die, onder andere, gebruikt zijn door de auditeur-generaal in zijn simulaties:

- De oproepprofielen van gebruikers van het Happy Time aanbod van Belgacom hebben betrekking op de periode juni 2005 tot februari 2009.
- Alleen oproepen van vaste nummers naar vaste nummers zijn opgenomen in deze simulaties.
- De gepubliceerde tarieven van Belgacom voor de variabele (collecting en terminating) netwerk kosten zijn gebruikt en een assumptie van [...] % local en [...] % IAA is gemaakt.

226. Op basis van deze assumpties geeft tabel 3 de ramingen weer van het verschil tussen opbrengsten en variabele netwerkkosten over de periode juni 2005 tot februari 2009 (Verslag blz. 72 tot 80). Soms is meer dan één marge per jaar berekend wanneer componenten van de marge (kleinhandelsprijs van het Happy Time aanbod of groothandelsprijzen van de netwerk kosten) van prijs veranderd zijn.

Tabel 3: Samenvatting van de ramingen van de EEO marge berekend op basis van het verschil tussen inkomsten en netwerkkosten in een scenario van een mix van local en IAA interconnectiepunten (Verslag blz. 72 tot 80)

	2005	2006	2007 (1)	2007 (2)	2008 (1)	2008 (2)	2008 (3)	2009
Inkomsten/ Klant/maand	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Variabele netwerkkosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge/inkomsten (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge/netwerk kosten (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

227. De marge is dus groter of gelijk aan [...] € per klant per maand over de hele periode. Ze maakt ongeveer [...] % van de inkomsten en tussen [...] en [...] % van de netwerk kosten uit.

G.2.2. Berekening van de marge over de stroomopwaartse kosten in een REO test

228. Zoals uiteengezet in randnummer 195 hierboven beslist de Raad om met twee scenario's van vullingsgraden te werken om de vaste netwerkkosten om te zetten in vaste netwetwerkosten per minuut (het zogenaamde minutariseren): de vullingsgraden gebruikt door de auditeur-generaal in zijn simulaties en een constante vullingsgraad van [...] minuten per IC-link per maand.

229. De vullingsgraden gebruikt door de auditeur-generaal in zijn simulaties schommelen tussen [...] minuten per IC-link per maand in 2005 en [...] minuten in 2009.

De berekeningen per maand en per klant van de marge tussen inkomsten van het Happy Time tariefplan en variabele en vaste netwerkkosten zijn opgenomen in Tabel 4.

Tabel 4: Samenvatting van de ramingen van de REO marge in een scenario van variabele vullingsgraden voor de IC-links (Verslag blz. 72 tot 80)

	2005	2006 (1)	2006 (2)	2007 (1)	2007 (2)	2008 (1)	2008 (2)	2008 (3)	2009
Inkomsten/ Klant/maand	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netwerk kosten waarvan	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Variabele kosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Vaste kosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Publieke versie

Marge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge/inkomsten (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge/netwerk kosten (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

230. De marge is groter of gelijk aan [...]€ per klant per maand over de hele periode. Ze maakt tussen [...]% en [...]% van de inkomsten en tussen [...]% en [...]% van de netwerkkosten uit.

231. Wanneer een constante vullingsgraad van [...] minuten per IC-link per maand toegepast wordt, verhoogt de marge in 2006 met [...]%, in 2007 met [...] en [...]%, in 2008 met [...]%, [...]% en [...]% en in 2009 met [...]% (zie Tabel 5).

De marge wordt dan groter of gelijk aan [...]€ per klant en per maand over de hele periode. Ze maakt tussen [...]% en [...]% van de inkomsten en tussen [...]% en [...]% van de netwerk kosten uit.

Tabel 5: Herberekening van de REO marge van Tabel 3 in geval van een assumptie van een constante vullingsgraad van de IC-link

	2005	2006 (1)	2006 (2)	2007 (1)	2007 (2)	2008 (1)	2008 (2)	2008 (3)	2009
Inkomsten/ Klant/maand	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Netwerk kosten waarvan	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Variabele kosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Vaste kosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge/inkomsten (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marge/netwerk kosten (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

G.2.3. Zijn de marges hoog genoeg om de stroomafwaartse kosten te dekken?

232. Zijn de marges berekend in G.2.1 en G.2.2. hoog genoeg om de stroomafwaartse kosten van het Happy Time aanbod te dekken?

233. De Raad heeft beslist verschillende ramingen van Belgacom stroomafwaartse kosten te gebruiken.

Belgacom's stroomafwaartse kosten voor het Happy Time tariefplan zijn geraamd op basis van (zie supra, randnummers 211 tot 213):

- [...] tot [...]% van de inkomsten

- [...] tot [...]€ per klant per maand
- 23 tot 25% van de netwerk kosten

234. Tabellen 3 tot 5 tonen aan dat marges per klant per maand altijd hoger liggen dan [...]€ en dat deze marges altijd meer dan [...]% van de inkomsten uitmaken en meer dan 25% van de netwerkkosten uitmaken behalve in de eerste periode van 2007 waar deze marge [...]% van de netwerkkosten uitmaakt en in de eerste periode van 2008 wanneer de marge [...]% van de netwerkkosten uitmaakt. In deze twee gevallen, zijn de vaste netwerkkosten berekend op basis van het gemiddelde van de vullingsgraad van groothandelsklanten van Belgacom. Wanneer de vullingsgraad constant gehouden wordt, blijft de marge altijd boven de 25% van de netwerkkosten.

H. Algemene conclusie over het bestaan van wurgprijzen

235. Vier wurgprijzentesten zijn gevoerd zie supra, randnummers 171 en 215): een “equally efficient operator” test (EEO) op het niveau van het geheel van de kleinhandelsaanbiedingen voor het vaste telefoonverkeer (supra, randnummers 217 en 218), een “reasonably efficient operator” test (REO) eveneens op het niveau van het geheel van de kleinhandelsaanbiedingen voor het vaste telefonieverkeer (supra, randnummers 219 en 220), een EEO test op het niveau van het Happy Time tariefplan (supra, randnummers 225 en 226) en een REO test eveneens op het niveau van het Happy Time tariefplan (supra, randnummers 229 tot 231).

Geen enkele van deze testen leidt tot een negatieve marge voor een even efficiënte operator op de stroomafwaartse markt.

Deze marges zijn voldoende om tot het besluit te komen dat geen uitsluitingseffect van even efficiënte operatoren op de stroomafwaartse kleinhandelsmarkt kan worden teweeggebracht.

236. In deze beslissing was het onderzoek van de Raad beperkt tot de vraag of Belgacom marge-uitholling, als een vorm van misbruik van machtspositie, kan worden verweten door het op de markt brengen en behouden van haar Happy Time aanbod voor vaste telefonie. Op grond van de gegevens waarover de Raad beschikt is niet voldaan aan de voorwaarden om vast te stellen dat Belgacom misbruik van machtspositie heeft gepleegd wegens marge-uitholling zoals door de klager en in het verslag aangeklaagd. Voor de Raad bestaat er dan ook geen reden om op te treden (artikel 5, tweede lid, van Verordening 1/2003 en artikel 51 WBEM).

VIII. Dispositief

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

- Zegt dat, op grond van de gegevens waarover de Raad beschikt, niet voldaan is aan de voorwaarden om vast te stellen dat Belgacom zich schuldig heeft gemaakt aan een misbruik van machtspositie wegens marge-uitholling door het op de markt brengen en behouden van haar Happy Time aanbod voor vaste telefonie,
- Beslist dat er bijgevolg geen reden bestaat om op te treden.

Publieke versie

Aldus beslist en uitgesproken op 29 november 2012 door de Derde kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging en voorzitter van de Derde kamer van de Raad, Christian Huveneers, ondervoorzitter van de Raad, en Elisabeth de Ghellinck – van Hecke, raadslid.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt aan Belgacom NV van publiek recht, aan KPN Belgium NV, Mobistar NV en aan de Minister die de Economie in zijn bevoegdheid heeft.