

**Advies van de Raad voor de Mededinging van 7 april 2007 naar aanleiding van het verzoek om advies aan de Raad voor de Mededinging over het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT tot vaststelling van richtsnoeren met betrekking tot de beoordeling van pricesqueeze (Officieuze vertaling door het BIPT)**

## I. Inleiding

– Met een brief van 8 maart 2007 die op 9 maart 2007 toegekomen is op de griffie van de Raad voor de Mededinging, heeft het BIPT het advies van de Raad voor de Mededinging gevraagd over het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT tot vaststelling van richtsnoeren met betrekking tot de beoordeling van pricesqueeze.

– In die brief verwijst de Raad van het BIPT naar de besluiten van het BIPT van 19 juni 2006, 11 augustus 2006 en 17 januari 2007 die in maatregelen voorzien inzake tariefcontrole op de retailprijzen op de markten voor telefonische toegang, telefoondiensten en retailhuurlijnen. De Raad vermeldt dat die maatregelen de vorm kunnen aannemen van een “pricesqueezetoets” die bestemd is om de mogelijkheid na te gaan om de retailaanbiedingen van de operator met een sterke positie op die markt te dupliceren.

De Raad van het BIPT zegt verder dat wat betreft de verplichtingen die op een retailmarkt worden opgelegd krachtens artikel 64, § 1, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, artikel 55, § 5, van dezelfde wet voorschrijft dat het BIPT het advies van de Raad voor de Mededinging over zijn besluiten moet vragen. Hij herinnert eraan dat artikel 55, § 5 bepaalt dat de Raad voor de Mededinging binnen een termijn van 30 kalenderdagen een bindend advies uitbrengt met betrekking tot de vraag of de beslissingen van het Instituut in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen.

– Zo vloeit uit die brief voort dat het BIPT zijn ontwerpbesluit tot vaststelling van richtsnoeren met betrekking tot de beoordeling van pricesqueeze voor advies voorlegt aan de Raad voor de Mededinging, overeenkomstig artikel 55, § 5, van de wet betreffende de elektronische communicatie.

## II. Toepasselijkheid van de adviesprocedure waarin artikel 55 van de wet betreffende de elektronische communicatie voorziet

– Het doel van dit ontwerpbesluit van het BIPT is als volgt geformuleerd:

« Het doel van die richtsnoeren is om de methode die door het BIPT zal worden gebruikt bij de toepassing van een pricesqueezetoets zo transparant en voorzienbaar als mogelijk te maken » (paragraaf 1 van het ontwerpbesluit).

« Hoewel de richtsnoeren de voornaamste methodologische opties verduidelijken, kan echter niet worden vooruitgelopen op alle methodologische keuzes, gelet op de complexiteit van de analyses en de talrijke parameters. Hoewel het BIPT zichzelf richtsnoeren oplegt omwille van de transparantie en de voorzienbaarheid, moet het bovendien de bijzondere omstandigheden van elke dossier onderzoeken » (paragraaf 2 van het ontwerpbesluit).

– Uit die omschrijving van het doel van dit ontwerpbesluit dat het BIPT ter advies voorlegt aan de Raad voor de Mededinging blijkt dat het niet gaat om een ontwerpbesluit om een of meer verplichtingen op te leggen aan een operator die aangeduid is als een operator met een sterke machtspositie op een gegeven retailmarkt, in de zin van artikel 64, § 1, eerste lid, van de wet betreffende de elektronische communicatie.

De wettelijke grondslag van dit verzoek om advies ligt dus niet in artikel 55, § 5, van de wet betreffende de elektronische communicatie.

Daaruit volgt dat de bepaling van dat artikel 55, § 5, volgens hetwelk na de termijn van 30 kalenderdagen, te rekenen vanaf de toezending van de ontwerpbeslissing door het Instituut, het stilzwijgen van de Raad voor de Mededinging als goedkeuring van de ontwerpbeslissing geldt, niet van toepassing is.

Wanneer de Raad voor de Mededinging zijn advies uitbrengt over de richtsnoeren van het BIPT met betrekking tot de beoordeling van pricesqueeze, doet hij dat in een geest van samenwerking met het BIPT, waarbij de bezorgdheid wordt gedeeld om de methode van die laatste zo transparant en voorzienbaar als mogelijk te maken.

### III. Verplichtingen voor de operatoren die aangeduid zijn als operatoren met een sterke machtspositie op een gegeven retailmarkt (artikel 64 van de wet betreffende de elektronische communicatie): respectieve bevoegdheden van het BIPT en van de Raad voor de Mededinging.

– Volgens het ontwerp van richtsnoeren maakt het verbod om pricesqueeze toe te passen deel uit van de verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan de operatoren die aangeduid zijn als operatoren met een sterke machtspositie op een gegeven retailmarkt.

Die verplichtingen worden opgesomd in artikel 64, § 1, tweede lid, van de wet betreffende de elektronische communicatie, dat als volgt luidt:

« De verplichtingen die het Instituut oplegt, hebben betrekking op het verbod om:

1° abnormaal hoge prijzen te hanteren;

2° de toegang tot de markt te belemmeren;

3° afbraakprijzen te hanteren die de mededinging beperken;

4° ongegronde voorkeuren voor bepaalde eindgebruikers toe te passen;

5° diensten op onredelijke wijze te bundelen. »

In verband met die verplichtingen bepaalt artikel 64, § 1, eerste lid van de wet:

« Indien het Instituut vaststelt dat de verplichtingen die werden opgelegd krachtens de artikelen 58 tot 63 niet zouden leiden tot het verwezenlijken van de doelstellingen die zijn bepaald bij de artikelen 6 tot 8, kan het, overeenkomstig artikel 55, §§ 3 en 5, één of meer van de in het tweede lid genoemde verplichtingen opleggen aan operatoren die zijn aangeduid als operatoren met een sterke machtspositie op een gegeven eindgebruikersmarkt. »

De verplichtingen bedoeld in de artikelen 58 tot 63 zijn diegene die kunnen worden opgelegd aan de operatoren die over een sterke machtspositie beschikken op een wholesale-markt.

– In verschillende ontwerpbesluiten met betrekking tot de analyse van markten voor elektronische communicatie, heeft het BIPT zich voorgenomen om niet alleen verplichtingen

op te leggen op de wholesale-markten, zoals bepaald in de artikelen 58 tot 63, maar ook verplichtingen op de retailmarkten, zoals bepaald in artikel 64.

In zijn adviezen over die ontwerpbesluiten van het BIPT heeft de Raad voor de Mededinging zich op de volgende manier uitgesproken over die verplichtingen op de retailmarkt.

De Raad voor de Mededinging stelt de subsidiaire aard van de verplichtingen van artikel 64 op de voorgrond. Volgens de Raad voor de Mededinging kan het BIPT maar overwegen om een of meer van die verplichtingen op te leggen nadat het heeft vastgesteld dat de verplichtingen die zijn opgelegd krachtens de artikelen 58 tot 63 van de wet betreffende de elektronische communicatie het niet mogelijk hebben gemaakt om de doelstellingen te bereiken die vastgesteld zijn in de artikelen 6 tot 8 van de wet.

De Raad voor de Mededinging heeft ook onderstreept dat het voorbarig was om zich in de marktanalysebesluiten af te vragen of een verplichting op een retailmarkt – in de vorm van een concreet verbod - moest worden opgelegd. Die vraag zou immers pas mogen worden gesteld op het ogenblik dat een operator die een sterke machtspositie heeft op een gegeven retailmarkt zich schuldig zou hebben gemaakt aan gedrag dat het voorwerp kan uitmaken van een verbod overeenkomstig artikel 64, § 1, tweede lid van de wet.

Uit die vaststellingen en overwegingen heeft de Raad voor de Mededinging de volgende conclusies getrokken wat betreft de respectieve bevoegdheden van het BIPT en van de Raad voor de Mededinging.

Omdat artikel 64, § 1, van de wet verwijst naar § 5 van artikel 55 van de wet, beschikt de Raad voor de Mededinging over een bevoegdheid om een bindend advies uit te brengen met betrekking tot de vraag of een verplichting op een eindgebruikersmarkt kan worden opgelegd aan een operator die op die markt over een sterke machtspositie beschikt.

De Raad voor de Mededinging kan maar worden genoodzaakt om die adviesbevoegdheid uit te oefenen wanneer het BIPT hem een ontwerpbesluit voorlegt waarin het overweegt een of ander gedrag bedoeld in artikel 64, § 1, tweede lid, te verbieden.

In zijn adviezen over de ontwerpbesluiten van het BIPT betreffende de analyse van de markten, heeft de Raad voor de Mededinging zich daarom het recht voorbehouden om zijn bindend advies uit te brengen over de vraag of de besluiten van het Instituut overeenstemmen met de in het mededingingsrecht bedoelde doelstellingen, na mededeling te hebben gekregen van het ontwerpbesluit van het Instituut, overeenkomstig artikel 55, § 5 van de wet, wanneer het BIPT in de toekomst een of andere van die verplichtingen wil opleggen op een gegeven eindgebruikersmarkt.

Zie in die zin:

- Advies van de Raad voor de Mededinging van 25 maart 2006 over het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT « betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de retailmarkten van de cluster “Toegang”, geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003 », paragrafen 85 en 86.
- Advies van de Raad voor de Mededinging van 15 juni 2006 over de ontwerpbeslissing van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) betreffende de markten 3, 4, 5, 6, 8, 9 en 10, de markten voor de zogenaamde “vaste telefonie”, geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003, paragrafen 17 tot 22.

- Advies van de Raad voor de Mededinging van 14 november 2006 over het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT betreffende de analyse van de markten voor huurlijnen, paragraaf 40.
- In hoofdstuk 7 van het ontwerp van richtsnoeren beschrijft het BIPT onder de titel “Procedure” de verschillende stappen in de concrete toepassing van de pricesqueezetoets, hetzij op basis van een klacht, hetzij op eigen initiatief (paragraaf 76 en volgende).

De raadpleging van de Raad voor de Mededinging, voordat in een concreet geval het verbod om pricesqueeze toe te passen wordt opgelegd, overeenkomstig de artikelen 64, § 1, eerste lid en 55, § 5, van de wet betreffende de elektronische communicatie, is niet in die beschrijving opgenomen.

De Raad voor de Mededinging is van mening dat het BIPT dat verbod aan een operator niet zou mogen opleggen zonder dat besluit te onderwerpen aan het voorafgaande bindende advies van de Raad voor de Mededinging, overeenkomstig artikel 55, § 5, van de wet betreffende de elektronische communicatie.

#### IV. Advies van de Raad voor de Mededinging over het ontwerp van richtsnoeren

9. Hoewel de Raad voor de Mededinging niet verzocht is een advies uit te brengen in de zin van artikel 55, § 5, van de wet betreffende de elektronische communicatie, heeft het BIPT door zijn ontwerp van richtsnoeren ter advies voor te leggen aan de Raad voor de Mededinging, zijn wil uitgedrukt om de mening van de mededingingsautoriteit te kennen over de vraag of het ontwerp overeenstemt met de doelstellingen die door het mededingingsrecht worden beoogd, zelfs met de positieve regels van het mededingingsrecht.

##### **Aard van het ontwerp dat door het BIPT wordt voorgesteld**

10. Het doel van het ontwerp van richtsnoeren bestaat erin de methode die door het BIPT zou worden toegepast bij de beoordeling van pricesqueeze<sup>1</sup> op de markten 1, 2, 3, 5 en 7<sup>2</sup> zo transparant en voorzienbaar als mogelijk te maken.

Die eindgebruikersmarkten zijn de markten waarvoor het BIPT in het kader van zijn marktanalyse geoordeeld heeft dat aan de vereiste voorwaarden voldaan is opdat de regulator correctiemaatregelen op retailniveau kan opleggen, namelijk: (i) het gaat om retailmarkten waarop geen concurrentie heerst (ii) waarvoor zowel de correctiemaatregelen op wholesale-niveau als het beroep op het mededingingsrecht ontoereikend zijn geacht om het gebrek aan daadwerkelijke mededinging te verhelpen dat verband houdt met het bestaan van een SMP-operator op die retailmarkt.

Het verbod op afbraakprijzen die de concurrentie<sup>3</sup> beperken is een van de correctiemaatregelen op retailniveau die door het BIPT worden opgelegd om het gebrek aan daadwerkelijke concurrentie op die retailmarkten te verhelpen, een correctiemaatregel die het

---

<sup>1</sup> Punt 1 van het ontwerp.

<sup>2</sup> De punten 29 en 30 van het ontwerp.

<sup>3</sup> Punt 11 van het ontwerp.

BIPT toepast via een verplichting tot voorafgaande mededeling van de tariefaanbiedingen door de SMP-operator en door de toepassing van pricesqueezetoetsen<sup>4</sup>.

11. De voorgestelde beoordeling van het bestaan van pricesqueeze is een toets inzake “dupliceerbaarheid” van de aanbiedingen van de SMP-operator door zijn concurrenten op de stroomafwaarts gelegen markt.

Het BIPT vindt<sup>5</sup> dat de EEO-test ( « equally efficient operator test » ), die nagaat of de verticaal geïntegreerde onderneming stroomafwaarts geen rendabele activiteiten zou kunnen uitoefenen door te steunen op de prijs die zijn poot stroomopwaarts op zijn concurrenten<sup>6</sup> toepast, de meest geschikte benadering vormt om een pricesqueezetoets toe te passen.

Het BIPT vindt het echter nodig om die toets bij te sturen om de ontwikkeling van de concurrentie op langere termijn aan te moedigen.<sup>7</sup> Die bijstellingen slaan op het meetellen van onvermijdelijke wholesale-kosten voor de alternatieve operatoren maar die niet worden gedragen door de SMP-operator wanneer zij relevant zijn<sup>8</sup> en de correctie van de retailkosten die worden meegerekend om rekening te houden met de schaal- en breedtevoordelen die de SMP-operator geniet.

De Raad voor de Mededinging merkt op dat het BIPT niet overweegt om die aanpassingen systematisch toe te passen en dat het over een manoeuvreerruimte<sup>9</sup> moet beschikken bij het meetellen van die kosten om met die kosten slechts rekening te houden wanneer ze relevant<sup>10</sup> zijn en in de gevallen waarin het gepast zou worden geacht om de toets aan te passen.<sup>11</sup>

Het advies van de Raad voor de Mededinging heeft daarom betrekking op de volgende vragen:

I. Beantwoordt de beoordeling van de pricesqueeze aan de hand van een toets, zoals door het BIPT wordt voorgesteld, van de « dupliceerbaarheid » van de aanbiedingen van de SMP-operator door de alternatieve operatoren aan de doelstellingen die door het mededingingsrecht worden beoogd?

II. Beantwoorden de aanpak die het BIPT voorstelt, en in het bijzonder, de aanpassingen die in de zogenaamde EEO-test (‘equally efficient operator test’) worden aangebracht aan de doelstellingen die door het mededingingsrecht worden beoogd?

I. Beantwoordt de beoordeling van de pricesqueeze aan de hand van een toets, zoals door het BIPT wordt voorgesteld, van de « dupliceerbaarheid » van de aanbiedingen van de SMP-

---

<sup>4</sup> Punt 13 van het ontwerp.

<sup>5</sup> Punt 46 van het ontwerp.

<sup>6</sup> Zie considerans 117 van de Bekendmaking van de Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector, PB 98/C 265/02 van 22 augustus 1998.

<sup>7</sup> Punt 47 van het ontwerp.

<sup>8</sup> Punt 59 van het ontwerp en vergelijking ii.

<sup>9</sup> Punt 48 van het ontwerp.

<sup>10</sup> Punt 59 van het ontwerp.

<sup>11</sup> Punt 63 van het ontwerp.

operator door de alternatieve operatoren aan de doelstellingen die door het mededingingsrecht worden beoogd?

12. De basisdefinitie van onrechtmatige pricesqueeze verwijst naar situaties waarin een verticaal geïntegreerde operator met een sterke machtspositie op de stroomopwaarts gelegen markt zijn macht op die markt gebruikt om zijn concurrenten op de stroomafwaarts gelegen markt voorwaarden te bieden die deze laatsten beletten om op de stroomafwaarts gelegen markt winst te maken.

De dominante operator kan dat doel op drie manieren bereiken.

In een eerste scenario verhoogt hij de prijs op de stroomopwaarts gelegen markt totdat de activiteit op de stroomafwaarts gelegen markt voor zijn concurrenten onrendabel wordt gemaakt (praktijk equivalent met een weigering om te verkopen).

In een tweede scenario verkoopt hij met verlies op de stroomafwaarts gelegen markt (praktijk van afbraakprijzen) en ondersteunt hij die verliezen met de winst die stroomopwaarts wordt gerealiseerd (kruissubsidiëring).

In een derde scenario past hij een tariefdiscriminatie toe tussen de interne verrekenprijs die wordt gehanteerd ten opzichte van zijn poot op de stroomafwaarts gelegen markt (« retail arm », « downstream operation ») en de prijzen die aan de concurrenten worden gefactureerd, zodat die laatsten op de stroomafwaarts gelegen markt geen winst kunnen maken.

In het kader van het toepassingsgebied van de prizesqueezetest die door het BIPT is bepaald, worden de aanbodvoorwaarden van de dominante operator op de wholesale-markt gereguleerd, zowel op het vlak van de verplichting om de toegang te leveren als op het vlak van de prijzen waartegen die toegang wordt aangeboden, welke op de kosten gebaseerd moeten zijn. Pricesqueeze is daarom voornamelijk het gevolg van praktijken in verband met prijsdiscriminatie, kruissubsidiëring of afbraakprijzen.

A priori zouden de doelstellingen van de sectorale regulering en die van het mededingingsrecht in de gevallen van pricesqueeze moeten samenvallen. Beide soorten van regulering streven ernaar te achterhalen in welke mate de gelaakte tariefstructuren pricesqueeze veroorzaken op de stroomafwaarts gelegen markt en daardoor de concurrentie op die markt aantasten.

Volgens het werkdokument van de Europese Commissie over de toepassing van artikel 82 op misbruik van de dominante positie, is er sprake van afbraakprijzen in geval van gedragingen die tot uitsluiting kunnen leiden (« foreclosure ») :

*« By foreclosure is meant that actual or potential competitors are completely or partially denied profitable access to a market. Foreclosure may discourage entry or expansion of rivals or encourage their exit »<sup>12</sup>.*

Het onderzoek in welke mate de aanbiedingen van de SMP-operator niet door de huidige of potentiële concurrenten kunnen worden "gedupliceerd", die daardoor verstoken zouden blijven van een winstgevende groei op een markt of van de toegang tot een markt,

---

<sup>12</sup> DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Public consultation, Brussels, December 2005, n° 58. Considerans 55 van de Discussion Paper luidt : “Harm to intermediate buyers is generally presumed to create harm to final consumers”.

aanbiedingen die daarom uiteindelijk nadelig zijn voor de consument, ligt in de lijn van de benadering van de hierboven vermelde afbraakprijs in het werkdocument van de Europese Commissie.

II. Beantwoorden de aanpak die het BIPT voorstelt, en in het bijzonder, de aanpassingen die in de zogenaamde EEO-test ('equally efficient operator test') worden aangebracht aan de doelstellingen die door het mededingingsrecht worden beoogd?

13. De lange bespreking in de richtsnoeren over de methodologische keuzes die het BIPT beoogt in het kader van de toepassing van zijn pricesqueezetest toont aan dat er niet één pricesqueezetest bestaat maar dat verschillende toetsen mogelijk zijn. Om na te gaan in welke mate een bepaalde test voldoet aan de doelstellingen van het mededingingsrecht, moet worden onderzocht in welke mate de methodologische keuzes die inherent zijn aan een bepaalde test samengaan met de beoordeling van de gelaakte afbraakprijzen en in het bijzonder in welke mate de specifieke eigenschappen van de sector van de elektronische communicatie tot een aantal bijzondere methodologische keuzes leiden.

In verband met dat laatste punt merkt de Raad voor de Mededinging op dat de Europese Commissie het noodzakelijk heeft geacht om in een bekendmaking te verduidelijken hoe het mededingingsrecht van toepassing is op de telecommunicatiesector, in het bijzonder op de overeenkomsten inzake toegang (Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector, op. cit.)

In dat document preciseert de Commissie in considerans 117 dat pricesqueeze wordt beoordeeld op basis van de zogenaamde EEO-test « equally efficient operator test » (EEO) die erin bestaat te beoordelen of de verticaal geïntegreerde SMP-operator stroomafwaarts geen rendabele activiteiten zou kunnen uitoefenen, door te steunen op de prijs die zijn poot op de stroomopwaarts gelegen markt op zijn concurrenten toepast.

In considerans 118 van dat document (overgenomen in punt 45 van het ontwerp), vermeldt de Commissie:

*« In voorkomende gevallen kunnen wurgprijzen ook worden aangetoond door te bewijzen dat de marge tussen de prijs die bij concurrenten op de stroomafwaartse markt (met inbegrip van de eigen bedrijfsonderdelen) in rekening wordt gebracht voor toegang en de prijs die de netwerkexploitant 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 (tenzij de overheersende onderneming kan aantonen dat haar stroomafwaartse bedrijfsonderdelen uitzonderlijk efficiënt zijn) ».*

Zoals vermeld in punt 45 van het ontwerp, maakt die alternatieve test, die « reasonably efficient operator test » (REO) wordt genoemd, het mogelijk om rekening te houden met de onvermijdelijke kosten die een efficiënte concurrerende operator zou dragen:

*« Bij de REO-toets kan rekening worden gehouden met het feit dat de kosten die een redelijk efficiënte nieuwkomer oploopt, hoger kunnen liggen dan de kosten van de historische operator. Een verticaal geïntegreerde SMP-operator kan immers concurrentievoordeel hebben die met name voortvloeit uit zijn vroegere monopoliepositie ».*

Op het einde van considerans 118 van de Bekendmaking van de Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de

telecommunicatiesector wordt gesuggereerd dat de geïntegreerde operator het voordeel heeft van een « efficiency defence ».

Het document van de Commissie verduidelijkt echter niet in welke gevallen bij voorkeur de REO-test moet worden toegepast in plaats van de EEO-test.

14. De Raad merkt op dat de regelgevende instanties van oordeel zijn dat de beoordeling van afbraakprijzen gepaard gaand met de aanwezigheid van pricesqueeze kan verschillen naargelang die plaatsvindt in het kader van de sectorale regulering of in het kader van het mededingingsrecht<sup>13</sup>.

De Raad merkt overigens op dat het gebruik van een pricesqueezetoets als correctiemaatregel op een markt waarop het mededingingsrecht en in het bijzonder de toepassing van de pricesqueezetoets, ontoereikend is geacht om het gebrek aan daadwerkelijke concurrentie te verhelpen, doet vermoeden dat de beoordeling van de afbraakprijs die gepaard gaat met een gegeven tariefstructuur kan verschillen naargelang van het beschouwde regelgevingskader.

Volgens de ERG<sup>14</sup> vloeit die ontoereikendheid voornamelijk voort uit het feit dat sommige vormen van uitsluiting niet als zodanig worden geïdentificeerd door de mededingingsautoriteiten omdat het voor die laatsten niet altijd gemakkelijk is om rekening te houden met de eventuele verschillen in kosten tussen de historische operator en zijn concurrenten:

*« It cannot be assumed that obligations under competition law will be sufficient to prevent a price squeeze in a regulatory environment. This is because a competition authority, in assessing whether or not a dominant position has been abused, would tend to base its calculations on the costs actually incurred by the dominant undertaking. In particular, this would allow the dominant player to take credit for economies of scope or scale and consequently to be able to operate a profitable downstream service on thinner margins than would be possible for an entrant. Any such action will tend however to foreclose the downstream market, contrary to the intentions of the regulator ».*

Die verschillen in kosten tussen de historische operator en zijn concurrenten doen zich in het bijzonder voor bij de evaluatie van de prijsdiscriminatie tussen interne transacties en externe transacties.

15. In het derde scenario dat in nummer 12 hierboven is vermeld, ligt de praktijk van interne verrekenprijzen die verschillen van de groothandelsprijzen die aan derde operatoren worden gefactureerd aan de basis van de pricesqueeze. Zoals opgemerkt in het ERG-document in punt 5.2.3.1., heeft het feit van gunstiger voorwaarden toe te passen voor de poot die actief is op de stroomafwaartse markt (« retail arm », « downstream operation ») dan voor onafhankelijke derde operatoren vaak een concurrentieverstorend effect.

---

<sup>13</sup> Zo preciseert Oftel in de zaak « New Freeserve » in considerans 27 dat het gebruik van verschillende methodologische keuzes verantwoord kan zijn naargelang het geval al dan niet binnen het kader van de sectorale regulering valt: « Oftel's initial view is that the alternative formulation [REO test] is not relevant to the new Freeserve case under the Competition Act 1998, both because sectoral powers are not being used and because of the absence of significant legacy cost advantages for BT in retail broadband Internet access... » (Oftel, « Analytical Framework for New Freeserve Case », 14 augustus 2003).

<sup>14</sup> « Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework », mei 2006, ERG (06) 33, Textbox 5 : Price Squeeze, p.120.

Artikel 10 (2) van de Toegangsrichtlijn (Richtlijn 2002/19/EG van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en de interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, PB L 108/7 van 24 april 2002) bepaalt in verband daarmee:

*« Verplichtingen inzake non-discriminatie moeten er in het bijzonder voor zorgen dat de exploitant ten aanzien van andere ondernemingen die gelijkwaardige diensten aanbieden onder gelijkwaardige omstandigheden gelijkwaardige voorwaarden toepast, en aan anderen diensten en informatie aanbiedt onder dezelfde voorwaarden en van dezelfde kwaliteit als die welke hij zijn eigen diensten of diensten van zijn dochterondernemingen of partners biedt. »*

Het voornaamste probleem schuilt in de interpretatie van de term "gelijkwaardige omstandigheden". Is een « end-to-end » verrichting op eenzelfde netwerk bijvoorbeeld gelijkwaardig aan een verrichting waarbij verschillende netwerken worden ingezet die geïnterconnecteerd moeten worden?

Geradin en O'Donoghue merken in verband hiermee het volgende op<sup>15</sup>: *“There may be legitimate reasons why an incumbent can offer lower prices to its downstream operations. Vertical integration may allow the incumbent to realize economies of scale and scope, which may translate in lower delivery costs to its integrated downstream operations”.*

Het feit van gunstiger voorwaarden te hanteren ten opzichte van de poot die actief is op de stroomafwaartse markt kan aldus eenvoudigweg een weerspiegeling zijn van de voordelen van de verticale integratie.

In theorie kan alleen een structurele scheiding tussen de stroomopwaartse activiteiten - waar de geïntegreerde operator dominant is en waarvoor de concurrerende operatoren afhankelijk<sup>16</sup> zijn van de geïntegreerde operator - en de stroomafwaartse activiteiten dat probleem van non-discriminatie tussen interne en externe transacties volledig oplossen.

Bij gebrek aan structurele scheiding<sup>17</sup>, heeft de ERG daarom de volgende mening:

*“It is significant that Article 10 is drafted so as to permit discretion to NRAs to formulate a fully effective remedy. In particular, where justified, non-discrimination rules compliant with Article 10 may be formulated by NRAs so as to place SMP players under more stringent obligations than they would face if they were considered to be dominant for the purposes of competition law. This is particularly so where the rationale for such variation is that the SMP player is able to benefit from an economy of scope or scale which is not available to independent third parties.*

*Economies of scope may arise because there are things which a dominant provider does not need to do in order to provide the equivalent product A to itself. One possible approach is to recalculate the incumbent's unit costs, disallowing the economies of scope. This amounts to assuming that the dominant provider supplies precisely the same product on precisely the same terms to itself as to others. There are dynamic efficiency arguments for this, along the lines of those discussed below under economies of scale. But this amounts to raising the dominant provider's own charges above*

---

<sup>15</sup> Geradin and O' Donoghue, "The concurrent application of Competition Law and Regulation : the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector", Journal of Competition Law & Economics, volume I, N° 2, juni 2005, p. 373.

<sup>16</sup> en die een beduidend deel van de kosten van de concurrerende operatoren vertegenwoordigen.

<sup>17</sup> Het nettovoordeel van dat soort van correctiemaatregel is niet vanzelfsprekend, rekening houdende met de verwachte kosten van die scheiding, onder andere in termen van verlies van breedtevoordelen en toename van de transactiekosten.

*the minimum level they need to be. The NRA needs to be clear that the dynamic efficiency gains from competition will outweigh the short-term consumer disadvantage*<sup>18</sup>.

16. Dat concurrentieverstorende effect dat zijn oorsprong heeft in de voordelen van de verticale integratie van de SMP-operator wordt alleen waargenomen in de gevallen waarin de concurrenten op de stroomafwaartse markt voor de levering van de wholesale-producten afhankelijk zijn van de geïntegreerde operator en wanneer die wholesale-producten een significant deel van hun totale kosten vertegenwoordigen.

Zo ook kan de dominante operator bij significante schaalvoordelen op de stroomafwaarts gelegen markt, wegens zijn marktaandeel concurrerende operatoren verdringen die minder efficiënt zijn dan zijn eigen poot die actief is op de retailmarkt.

Ook in dat geval stelt het ERG-document voor om de kosten van de dominante operator te corrigeren en de effecten uit te schakelen die worden veroorzaakt door schaalvoordelen door zich te baseren op de kosten van een operator met 25 % marktaandeel.

Het grote aantal methodologische keuzes en vandaar de concrete werkwijze voor de toepassing van de pricesqueezetest, in het bijzonder de aanpassingen die worden aangebracht in de zogenaamde EEO-test ('equally efficient operator test'), weerspiegelen de diversiteit van de situaties die zich voordoen op de retailmarkten waarop die richtsnoeren betrekking hebben.

De mate waarin de concurrenten afhankelijk zijn van de SMP-operator<sup>19</sup> of van de schaalvoordelen op het vlak van de commercialisering kan aldus beduidend variëren naargelang van het beschouwde geval.

De aanpassingen die het BIPT van plan is aan te brengen in de EEO-toets maken het aldus mogelijk om de concurrenten van de SMP-operator een compensatie te bieden voor hun "inefficiëntie" (onvermijdelijke kosten, geen of kleinere schaal- en breedtevoordelen dan de SMP-operator). Dit wordt "geformaliseerd" in de vergelijkingen (ii) en (iii) in de paragrafen 60 en 63 van het ontwerp, die de klassieke toets die wordt gegeven door vergelijking (i) in punt 41 van het ontwerpbesluit veranderen in gunstige zin voor de alternatieve operatoren.

Die aanpassingen zijn maar verantwoord<sup>20</sup> wanneer de SMP-operator kosten heeft die beter uitvallen dan die van zijn concurrenten wegens de specifieke en niet-duplicateerbare voordelen die hij geniet door de historische aard van zijn netwerk. Daarom is het belangrijk om bij elke beslissing om de pricesqueezetoeets toe te passen, de methodologische keuzes te

---

<sup>18</sup> "Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework", ERG (06)33, mei 2006 p.121.

<sup>19</sup> Sommige operatoren bieden wholesale-producten aan in concurrentie met het gereguleerde aanbod van de SMP-operator, een aanbod dat niet gelijkwaardig is met dat van de SMP-operator in termen van geografische beschikbaarheid en uitgebreidheid van het gamma van aangeboden producten. Naargelang van de beschouwde gevallen kan dat alternatieve aanbod voldoende zijn om de concurrenten in staat te stellen om niet afhankelijk te zijn van de SMP-operator.

<sup>20</sup> « A related point is that a dominant company is not required by competition law to compensate its competitors for disadvantages that they may be under (unless, of course, it has caused them) ... In contrast, under regulation, the incumbent firm may have affirmative duties that could not be imposed under competition law ... It [competition law] does not give a competition authority power to impose any *new* obligations ... Regulatory powers may impose new types of obligations on the addressees of the particular regulatory framework » (D. Gérardin en R. O'Donoghue, op. cit., pp. 361 – 362).

Tot besluit is de Raad van oordeel dat de aanpak die door het BIPT wordt voorgesteld, waarbij afhankelijk van het beschouwde geval diverse methodologieën worden gebruikt bij de toepassing van de pricesqueezetoets, en in het bijzonder de aanpassingen die in de EEO-test worden aangebracht, niet in strijd zijn met de doelstellingen van het mededingingsrecht omdat de keuze van de methodologie op basis waarvan de pricesqueeze wordt geïdentificeerd, nu eenmaal wordt gemotiveerd door het feit dat de correctiemaatregel aangepast en evenredig moet zijn.

rechtvaardigen die gemaakt zijn in het beschouwde geval, om zich ervan te vergewissen dat de correctiemaatregel gepast en evenredig is.

17. De Raad voor de Mededinging vindt dat in het kader van de evenredigheid van de correctiemaatregel het belangrijk is om de pricesqueezetoets alleen toe te passen in de gevallen waarin de gelaakte tariefstructuur invloed kan uitoefenen op de concurrentiële werking van de stroomafwaartse markt. Het feit van in te grijpen op een gereguleerde markt mag de noodzaak niet wegnemen om (in dat potentiële geval) de weerslag van de gelaakte tariefstructuur op de vermindering van de daadwerkelijke concurrentie op de stroomafwaartse markt te analyseren. De definitie die het BIPT in aanmerking neemt in punt 15 van het ontwerp, onderstreept het effect van de tariefstructuur op de concurrentie op de stroomafwaarts gelegen markt om het bestaan van pricesqueeze te kunnen bepalen:

*« Er is sprake van pricesqueeze (...) wanneer de prijzen die stroomopwaarts en stroomafwaarts worden vastgesteld door een verticaal geïntegreerde onderneming met een sterke machtspositie op een stroomopwaarts gelegen markt (SMP), concurrentiebelemmerende effecten hebben op de stroomafwaarts gelegen markt... ».*

18. De kwestie van rekening te houden met de effecten van de gelaakte praktijk op de concurrentie moet in verband worden gebracht met de kwestie van het niveau waarop de pricesqueezetest wordt toegepast. Hoe meer het niveau beperkt wordt, hoe groter de kans dat de impact op de daadwerkelijke concurrentie op de stroomafwaartse markt gering is.

Aannemen dat elk tariefaanbod – het niveau dat van het Instituut de voorkeur krijgt in punt 38 van zijn ontwerp – of elk aanbod op maat dat door de concurrenten niet kan worden gedupliceerd, een significante vermindering van de daadwerkelijke concurrentie op de stroomafwaartse markt tot gevolg heeft, verhoogt het risico op een fout van type II, namelijk de fout van gedragingen te verbieden die niet concurrentiebelemmerend zijn (« false negative »).

19. Het risico voor een fout van type II is des te hoger omdat de benadering die door het BIPT wordt gevolgd, geen afbraakprijzen op de stroomafwaarts gelegen markt vereist om het bestaan van pricesqueeze vast te stellen, zoals vermeld is in punt 28 van het ontwerp:

*« Pricesqueeze impliceert daarentegen niet noodzakelijk verlies voor de SMP-operator, omdat de retailprijs boven de kostprijs van de verticaal geïntegreerde SMP-operator kan liggen. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de SMP-operator over al zijn activiteiten stroomafwaarts en stroomopwaarts winst boekt, hoewel een even efficiënte concurrent stroomafwaarts niet in staat is om daarmee de concurrentie aan te gaan, omdat die in werkelijkheid een prijs betaalt voor de input stroomopwaarts die hoger is dan die welke de poot van de SMP-onderneming stroomafwaarts betaalt »* (de tekst is onderstreept door de Raad voor de Mededinging).

20. Samengevat vereist het principe van de proportionaliteit van het mededingingsrecht dat de regulator de pricesqueezetoevoegingscorrectiemaatregel op retailniveau, slechts toepast in de gevallen waarin de gelaakte tariefstructuur van de SMP-operator de concurrentiële werking van de stroomafwaarts gelegen markt kan aantasten. De keuze van het niveau waarop de test wordt toegepast, moet in zijn motivering de impact van de gelaakte tariefstructuur op de daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaarts gelegen markt beoordelen.