

## Beslissing nr. 2006-V/M-13 van 1 september 2006

### **MEDE-V/M-05/0043: TELE2 NV / BELGACOM NV**

#### 1. Feitelijke achtergrond en beschrijving van de gevorderde voorlopige maatregelen

1. Belgacom is een Belgische NV van publiek recht, die actief is op verschillende Belgische markten voor elektronische communicatie.

Zij beschikt over een fijnmazig netwerk van lijnen dat tot in de meeste woningen en ondernemingen reikt, en haar in staat stelt particulieren en ondernemingen de mogelijkheid te bieden gesprekken te voeren via een vast telefoontoestel.

Tele2 is de Belgische dochteronderneming van de Zweedse vennootschap Tele2 AB die eveneens telefoondiensten aanbiedt.

Sinds januari 2003 biedt ook Tele2 aan eindgebruikers in België de mogelijkheid om telefoongesprekken te voeren vanop een vast toestel. Deze gesprekken verlopen via het netwerk van Belgacom.

Daartoe wordt gebruik gemaakt van de technieken van selectie of preselectie van een (andere) operator (dan Belgacom). Bij deze zogenaamde carrier-selectie of carrier-preselectie geeft de eindgebruiker manueel een prefix van vier cijfers in, alvorens het nummer van de opgeroepene te vormen (carrierkeuze – CSC – *carrier selection*), of wordt het vaste toestel zo geprogrammeerd dat het prefix automatisch wordt gevormd voor elke oproep van de eindgebruiker (carriervoorkeuze of CPS – *carrier preselection*). Korthedshalve kan Tele2 aldus een “CPS-operator” genoemd worden.

Belgacom en Tele2 zijn aldus, sinds januari 2003, concurrenten inzake het aanbieden aan eindgebruikers van vocale telefonische oproepen vanop een vast toestel (waarbij Belgacom de enige is die toegang tot haar netwerk verleent, en daarvoor een abonnementsgeld aanrekent).

Op stroomopwaartse markten (groothandelsmarkten) verzorgt Belgacom gespreksopbouw en gespreksafgifte op haar netwerk. Tele2 is afnemer van deze interconnectiediensten. De reden voor de afname van deze diensten is de volgende. Tele2 beschikt niet over hetzelfde fijnmazige netwerk als Belgacom (anders hoefde Tele2 uiteraard geen CPS-operator te zijn, of toch niet uitsluitend). Zij heeft wel een meer rudimentair netwerk, in het jargon “backbone” (ruggegraat) genoemd, maar doorgaans geen aansluitnetwerk (de zogenaamde “local loop”), dit is het gedeelte dat tot in de woningen en bedrijfsgebouwen gaat. Een telefoongesprek tussen twee eindgebruikers met een vast toestel in België verloopt dan ook als volgt: Belgacom pikt de oproep op bij de oproeper, transporteert hem over haar netwerk en geeft hem door op het netwerk van Tele2 (dit is een interconnectie); Tele2 transporteert de oproep op haar netwerk, en geeft hem ten slotte door op het netwerk van Belgacom, voor afgifte aan de opgeroepene (ook dat is interconnectie).

2. Belgacom heeft vanaf 1 juni 2005 haar “Happy Time” tarief ingevoerd voor bellers van een vast toestel naar een ander vast toestel op Belgisch grondgebied. Het bestaat in een bedrag van 0,3 € (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.

Tele2 heeft op haar beurt vanaf 1 juni 2005 haar “Free Time” tarief ingevoerd, eveneens voor bellers van een vast toestel naar een ander vast toestel in België. Het bestaat in een bedrag van 0,28 €

(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.

Tele2 houdt voor dat zij geen andere keuze had dan haar “Free Time” formule aan te bieden, wilde zij niet al haar klanten verliezen aan de “Happy Time” formule van Belgacom. De klant van Tele2 heeft immers twee leveranciers, een voor toegang tot het netwerk (Belgacom) en één voor de mogelijkheid tot het verrichten van telefonische oproepen (Tele2), en dus twee facturen, zodat het aanbod van Tele2 alleen een kans maakt als het gunstiger is dan dit van Belgacom zelf.

3. Tele2 heeft een klacht ingediend bij de Raad voor de Mededinging tegen Belgacom, wegens het aanbieden van “Happy Time”. Tevens heeft zij aan de voorzitter van de Raad voor de Mededinging gevraagd om Belgacom te bevelen dat tarief voorlopig niet meer aan te bieden, in afwachting van de uitspraak over de klacht. Die vraag tot het nemen van voorlopige maatregelen is het voorwerp van de voorliggende beslissing.

Het Korps verslaggevers heeft betreffende de vraag tot het nemen van voorlopige maatregelen een met redenen omkleed verslag voorgelegd aan de voorzitter van de Raad.

Tele2 en Belgacom werden door de voorzitter van de Raad gehoord op 24 augustus 2005 en op 30 september 2005, in aanwezigheid van vertegenwoordigers van het Korps verslaggevers, van de Dienst voor de Mededinging, en van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT), en hebben schriftelijke opmerkingen geformuleerd.

4. Tele2 verwijt Belgacom misbruik van machtspositie door middel van een wurgprijs (een zogenaamde “price squeeze”), of, anders gezegd, een marge-utholling (een zogenaamde “margin squeeze”) op de markt voor openbaar beschikbare nationale telefoondiensten vanop een vast toestel, geleverd aan particulieren.

Volgens Tele2 zou er sprake zijn van wurgprijs of marge-utholling omdat:

- Belgacom verticaal geïntegreerd is, en een machtspositie inneemt zowel op de stroomopwaartse markten voor interconnectiediensten als op de stroomafwaartse markt voor openbaar beschikbare nationale telefoondiensten met een vast toestel, geleverd aan particulieren,
- Tele2 interconnectiediensten van Belgacom moet afnemen op de stroomopwaartse markten, en
- Belgacom, door haar prijszetting op de stroomafwaartse markt voor het aanbieden van telefoondiensten met een vast toestel aan eindgebruikers, gebruik maakt van haar controle over de interconnectiediensten om Tele2 te beletten om, op die stroomafwaartse markt, winst te maken, of zelfs maar haar kosten te dekken.

5. Het beschikkende gedeelte van de aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen van Tele2 luidt als volgt:

“In afwachting van een eindbeslissing over deze klacht, verzoekt Tele2 met eerbied de voorzitter van de Raad voor de Mededinging volgende voorlopige maatregelen op te leggen:

- Belgacom te bevelen haar aanbod “Happy Time” of elk aanbod met een gelijkaardig effect op te schorten met onmiddellijke ingang na de kennisgeving van de beslissing van de voorzitter te hebben ontvangen;
- Belgacom te bevelen nationale spraaktelefoondiensten van een vast nummer naar een vast nummer voor particuliere gebruikers aan te bieden tegen een retailprijs die gelijk is aan of hoger is dan de interconnectiekosten verhoogd met alle andere kosten die een redelijk efficiënte operator moet dragen; en
- Belgacom te bevelen een dwangsom van 6200 € te betalen per dag vertraging de beslissing na te leven.”

Wel heeft Tele2 in haar schriftelijke opmerkingen verwezen naar de verschillende mogelijke maatregelen die het Korps verslaggevers intussen had voorgesteld (zie hieronder randnummer 21:

intrekking “Happy Time” of verlaging interconnectietarieven), en gesteld geen bijzondere voorkeur voor de ene of te andere te hebben.

## 2. Het verslag van het Korps verslaggevers

6. Artikel 35, § 1, tweede lid WBEM bepaalt dat de voorzitter van de Raad voor de Mededinging de aanvraag tot voorlopige maatregelen overmaakt aan het Korps verslaggevers die hem een met redenen omkleed verslag voorlegt, dat, in voorkomend geval, de maatregelen vermeldt die het Korps nodig acht om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van onderzoek uitmaken te schorsen.

In zijn verslag heeft het Korps onderzocht of de wettelijke toepassingsvoorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen, vervat in artikel 35, § 1, eerste lid WBEM, vervuld zijn.

Artikel 35, § 1, eerste lid WBEM bepaalt dat de gevraagde en bevolen voorlopige maatregelen bestemd moeten zijn om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zijn voor het algemeen economisch belang.

7. Volgens het Korps verslaggevers heeft Tele2 een klacht ten gronde ingediend, en doet zij blijken van een rechtstreeks en dadelijk belang. Op dat gedeelte van het verslag wordt in deze beslissing niet nader ingegaan.

Steeds volgens het verslag zijn ook de vereisten van het gekwalificeerde nadeel en van de schade aan het algemeen economisch belang vervuld. Of dit vereiste vervuld is zal verder in deze beslissing onderzocht kunnen worden, eventueel met incidentele verwijzing naar het verslag, zonder dat het nodig is de inhoud van het verslag op dat punt afzonderlijk samengevat weer te geven.

8. Het Korps verslaggevers is ook tot het besluit gekomen dat Belgacom zich “prima facie” schuldig maakt aan misbruik van machtspositie door een wurgprijs toe te passen op de Belgische markt voor de telefonische oproepen vanop een vast toestel, en zo de winstmarge van Tele2 uit te hollen.

Dat gedeelte van het verslag kan als volgt samengevat weergegeven worden.

9. Het Korps verslaggevers wijst volgende relevante markten aan:

- de markt voor toegang tot het openbare telefoonnet vanop een vast toestel voor particuliere gebruikers,
- de markt voor telefonische oproepen van een vast toestel naar een vast toestel (of naar een vast toestel en naar een mobiel toestel) voor particuliere gebruikers,
- de markt voor de gespreksopbouw, en
- de markt voor de gespreksafgifte.

De eerste twee zijn eindgebruikers- of kleinhandelsmarkten (ook wel stroomafwaartse markten of benedenmarkten genoemd), de laatste twee stroomopwaartse groothandelsmarkten (ook wel bovenmarkten genoemd).

Zij zijn alle nationaal.

10. Volgens het verslag neemt Belgacom een machtspositie in op elk van deze markten.

Naast Belgacom verleent ook Telenet toegang tot telefoniediensten, zij het aan aanzienlijk minder abonnees. Telenet verleent echter toegang tot een ander netwerk dan Belgacom, waarop geen carrier(voor)keuze mogelijk is. Bijgevolg is Belgacom de enige die toegang verleent tot het net waarop Tele2 telefoondiensten aanbiedt.

Op de markt voor telefonische oproepen bedroeg het aandeel van Belgacom in 2004:

- uitgedrukt in miljoen euro omzet:
  - vast toestel naar vast toestel (“fixed to fixed” of “F2F”): [vertrouwelijk] [60-70]% ;
  - vast toestel naar mobiel toestel (“fixed to mobile” of “F2M”): [vertrouwelijk] [55-65]%.
- uitgedrukt in miljoen minuten (volume):
  - F2F: [vertrouwelijk] [60-70]% ;
  - F2M: [vertrouwelijk] [55-65]%.

Het Korps verslaggevers noteert de aanwezigheid op deze markt van een zevental andere operatoren, waarvan Tele2 en Telenet de belangrijkste zijn.

De marktaandeelen van Tele2 bedroegen in 2004:

- uitgedrukt in miljoen euro omzet:
  - F2F: [vertrouwelijk] [10-15]%
  - F2M: [vertrouwelijk] [10-15]%;
- uitgedrukt in miljoen minuten:
  - F2F: [vertrouwelijk] [10-20]%
  - F2M: [vertrouwelijk] [10-20]%.

De overige operatoren halen hoogstens enkele procenten marktaandeel.

Op de markten voor gespreksopbouw en voor gespreksafgifte is Belgacom als enige actief.

11. Wat de vaststelling van misbruik van machtspositie door middel van wurgprijs of marge-utholling betreft, gaat het Korps verslaggevers als volgt tewerk (zie de randnummers 12 tot en met 20 hieronder).

12. Op basis van de eerste zeven weken van het “Happy Time” aanbod (van Belgacom) en het “Free Time” aanbod (van Tele2) (beide zijn ingegaan op 1 juni 2005; het gaat dus om de maand juni en de eerste twee weken van de maand juli 2005) werd het gemiddelde aantal oproepen per maand van een abonnee berekend waarvoor die abonnee dient te betalen, dus oproepen van 8 tot 17 uur op een werkdag.

Met “Happy Time” bedraagt het gemiddelde aantal betalende oproepen per maand en per abonnee [vertrouwelijk], met “Free Time” 22,80. Aldus is een oproepprofiel bepaald voor “Happy Time” en voor “Free Time”, ten minste voor de onderzochte periode.

Zo kan de opbrengst van het “Happy Time” aanbod berekend worden, steeds per klant en per maand, door de prijs van een oproep, die in het “Happy Time” tarief 0,248 € zonder BTW (0,30 € BTW inclusief) bedraagt, te vermenigvuldigen met het aantal betalende oproepen, hetzij volgens het “Happy Time” profiel, hetzij volgens het “Free Time” profiel.

De gemiddelde opbrengst bedraagt aldus:

- [vertrouwelijk] oproepen aan 0,248 € is [vertrouwelijk] € per klant per maand volgens het “Happy Time” profiel, of
- 22,80 oproepen aan 0,248 € is 5,6544 € per klant per maand volgens het “Free Time” profiel.

13. Vervolgens worden de netwerkkosten berekend.

Het gaat in de eerste plaats om de eigenlijke interconnectiekosten, de kosten dus voor gespreksopbouw (“collecting”) en gespreksafgifte (“terminating”).

De BRIO tarieven voor 2005 worden toegepast. BRIO staat voor “Belgacom Reference Interconnection Offer” (vrij vertaald: het Belgacom referentieaanbod voor interconnectie). Het zijn de tarieven tegen dewelke Belgacom, onder toezicht van het BIPT, verplicht wordt interconnectiediensten aan te bieden aan andere operatoren.

Er is een bedrag verschuldigd voor het aangaan van de interconnectie zelf (“setup charge”) en naar gelang de duur (“duration”). Beide tarieven zijn hoger tijdens de piekperiode (8 uur tot 19 uur) dan tijdens de dalperiode.

Het peil van de tarieven verschilt ook naargelang de plaats waar de interconnectie geschiedt.

De interconnectieniveaus zijn, van hoog naar laag: “extra area access” (vrij vertaald: toegang buiten een gebied), “intra area access” (toegang binnen een gebied) en “local area access” (toegang tot een lokaal gebied). Naar gelang het niveau gaan ook de tarieven van hoog naar laag. Inzake gespreksopbouw bestaan alleen de twee laatstvermelde niveaus, inzake gespreksafgifte bestaan zij alle drie.

“Extra area access” betekent dat de alternatieve operator slechts gebruik maakt van één contactpunt met het netwerk van Belgacom. Bij “intra area access” (hierna kortheidshalve “IAA”) is de alternatieve operator verbonden met 8 interconnectiepunten in 8 verschillende zones over het gehele Belgische grondgebied. Bij “local area access” (hierna kortheidshalve “local”) is de alternatieve operator verbonden met lokale interconnectiepunten waarvan Belgacom er 594 heeft over het gehele Belgische grondgebied.

De plaats van interconnectie is afhankelijk van de omvang van het eigen netwerk van de alternatieve operator. Hoe meer lijnen de alternatieve operator zelf heeft, hoe minder hij een beroep moet doen op het netwerk van Belgacom, en hoe lager het interconnectieniveau (en hoe lager de tarieven).

Volgens cijfers opgegeven door Belgacom geldt een gemiddelde weging van [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”.

Het BIPT is in de beslissing waarbij het zijn bevoegdheden heeft uitgeoefend ten aanzien van het “Happy Time” aanbod uitgegaan van een weging van [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”, voor het interconnectieniveau van een alternatieve operator zoals Tele2.

In het verslag worden dan de interconnectiekosten per klant per maand berekend, zowel voor gespreksopbouw als voor gespreksafgifte, telkens naar gelang het aantal en de duur van de oproepen in het voormelde “Happy Time” profiel en het aantal en de duur van de oproepen in het voormelde “Free Time” profiel, enerzijds, en volgens de ene of de andere weging van “local” en “IAA”, anderzijds.

14. Naast de interconnectiekosten is er nog een tweede soort netwerkkosten, die betrekking hebben op de interconnectiepunten tussen verschillende netwerken. Indien een oproep vertrekt op het netwerk van Belgacom (gespreksopbouw), overgedragen wordt op het netwerk van Tele2, en vervolgens overgedragen wordt op het netwerk van Belgacom (gespreksafgifte) wordt gebruik gemaakt van twee interconnectiepunten (“IC-link”). Er zijn twee vergoedingen verschuldigd aan Belgacom, één voor het gebruik van het interconnectiepunt, en één voor de toegang tot het interconnectiepunt (“access to an access point” – “ATAP”).

In navolging van het BIPT neemt het verslag twee types van “IC-link” in aanmerking, één voor het interconnectieniveau “local” en een andere voor het interconnectieniveau “IAA”, en een afschrijvingsduur van de installatiekosten van vier jaar.

Vervolgens worden de kosten per minuut berekend, en daartoe moet een bepaalde vullingsgraad in aanmerking genomen worden. Hoe hoger de vullingsgraad (in minuten) van een “IC-link”, hoe lager de kost per minuut.

In het verslag worden twee verschillende vullingsgraden in aanmerking genomen. De ene is afkomstig van Belgacom, en bedraagt [vertrouwelijk] minuten. De andere is ook gebruikt door het BIPT, en bedraagt [vertrouwelijk].

De kosten per klant per maand van de “IC-link” en de “ATAP” worden dan berekend, andermaal volgens het voormelde “Happy Time” profiel en volgens het voormelde “Free Time” profiel.

15. De bedoeling is de winst- of verliesmarge te berekenen, door de kosten van de inkomsten per klant per maand (kleinhandels- of retailprijs) af te trekken.

Naast de netwerkkosten neemt het verslag het door Tele2 opgegeven cijfer voor kosten eigen aan de kleinhandelsmarkt van [vertrouwelijk] € per klant per maand in aanmerking. Het gaat om kosten van facturatie, onbetaalde facturen, personeel, marketing.

16. Vervolgens worden in het verslag verschillende berekeningen van marges gemaakt, telkens met andere parameters.

Er wordt een hoofdonterscheid gemaakt, naar gelang alleen met de oproepen van een vast toestel naar een vast toestel (F2F), of eveneens met de oproepen van een vast toestel naar een mobiel toestel (F2M) rekening wordt gehouden.

In het eerste geval (F2F) worden 16 margeberekeningen gemaakt: 8 volgens het “Happy Time” profiel, en 8 volgens het “Free Time” profiel.

Het verslag komt tot 8 verschillende berekeningen per oproepprofiel, door 4 berekeningen te maken waarbij de interconnectiekosten voor gespreksafgifte op het netwerk van Telenet niet in overweging worden genomen, en 4 berekeningen te maken waarin die kosten wel in aanmerking genomen worden. Interconnectiekosten voor gespreksafgifte op het netwerk van Telenet zijn hoger dan deze voor gespreksafgifte op het netwerk van Belgacom.

De 4 berekeningen onderscheiden zich van elkaar door verschillende netwerkkosten, naar gelang de weging tussen “local” en “IAA”, en naar gelang de vullingsgraad van de “IC-links”.

Zo komt het verslag tot 16 berekeningen, met volgende parameters:

1. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
2. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
3. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
4. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
5. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.
6. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.
7. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.
8. profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.

9. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
10. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
11. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
12. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet.
13. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.
14. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.
15. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.
16. profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet.

17. Per hypothese (1 tot 16 van vorig randnummer) worden drie marges berekend.

Bij de berekening van marge 1 worden de netwerkkosten van de inkomsten afgetrokken.

Bij de berekening van marge 3 worden naast de netwerkkosten ook de andere kosten ([vertrouwelijk] €) afgetrokken van de inkomsten.

Marge 2 bestaat uit de inkomsten, verminderd met de netwerkkosten en een gedeelte van de andere kosten, in het verslag de “niet-marketing”-kosten genoemd.

Tele2 heeft het cijfer van [vertrouwelijk] € aan Bdgacom kenbaar gemaakt, doch niet het cijfer van het gedeelte dat uit “niet-marketing”-kosten bestaat, en dat zij als vertrouwelijk beschouwt. Belgacom kent marge 2 dus niet, en Tele2 wil dat ook zo houden. Het is dan ook niet nodig marge 2 hier expliciet te vermelden.

Elke hypothese (van 1 tot 16; zie vorig randnummer) geeft een positief resultaat voor de marge na aftrek van de netwerkkosten (marge 1 in het verslag), en een negatief resultaat voor de marge na aftrek van alle kosten (marge 3 in het verslag). Anders gezegd: worden alleen netwerkkosten (groothandels- of wholesaleprijs) afgetrokken, dan blijft de marge op de kleinhandelsprijs positief; worden alle kosten afgetrokken, dan worden zij negatief.

Dit zijn de resultaten van deze berekeningen, per hypothese (van 1 tot 16, zie vorig randnummer):

- |                                       |                  |
|---------------------------------------|------------------|
| 1. marge na aftrek van netwerkkosten: | [vertrouwelijk]€ |
| marge na aftrek van alle kosten:      | [vertrouwelijk]€ |
| 2. marge na aftrek van netwerkkosten: | [vertrouwelijk]€ |
| marge na aftrek van alle kosten:      | [vertrouwelijk]€ |
| 3. marge na aftrek van netwerkkosten: | [vertrouwelijk]€ |
| marge na aftrek van alle kosten:      | [vertrouwelijk]€ |
| 4. marge na aftrek van netwerkkosten: | [vertrouwelijk]€ |
| marge na aftrek van alle kosten:      | [vertrouwelijk]€ |

5. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
6. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
7. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
8. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
9. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
10. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
11. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
12. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
13. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
14. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
15. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€
16. marge na aftrek van netwerkken: marge na aftrek van alle kosten:	[vertrouwelijk]€ [vertrouwelijk]€

18. Van laag naar hoog kunnen de netwerkken, de variabele factor (hogere netwerkken geven een lagere winstmarge 1 en een hogere verliesmarge 3), als volgt gerangschikt worden, zowel in het “Happy Time” profiel als in het “Free Time” profiel:

(i) hypothesen 3, 7, 11 en 15: vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten en weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”;

(ii) hypothesen 1, 5, 9 en 13: vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten en weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”;

(iii) hypothesen 4, 8, 12 en 16: vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten en weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”;

(iv) hypothesen 2, 6, 10 en 14: vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten en weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”.

19. Wordt niet alleen rekening gehouden met de oproepen van vast toestel naar vast toestel (F2F), maar ook met deze van vast toestel naar mobiel toestel (F2M), dan komt het verslag tot de volgende



berekeningen, in de twee hypothesen per oproepprofiel met respectievelijk de laatste en de hoogste netwerkkosten:

- profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet (vgl. met hypothese 3 hierboven):
  - marge na aftrek van netwerkkosten: [vertrouwelijk]€
  - marge na aftrek van alle kosten: [vertrouwelijk]€
- profiel “Happy Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet (vgl. met hypothese 6 hierboven):
  - marge na aftrek van netwerkkosten: [vertrouwelijk]€
  - marge na aftrek van alle kosten: [vertrouwelijk]€
- profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; geen gespreksafgiftekosten Telenet (vgl. met hypothese 11 hierboven):
  - marge na aftrek van netwerkkosten: [vertrouwelijk]€
  - marge na aftrek van alle kosten: [vertrouwelijk]€
- -profiel “Free Time”; vullingsgraad [vertrouwelijk] minuten; weging [vertrouwelijk]% “local” en [vertrouwelijk]% “IAA”; wel gespreksafgiftekosten Telenet (vgl. met hypothese 14 hierboven):
  - marge na aftrek van netwerkkosten: [vertrouwelijk]€
  - marge na aftrek van alle kosten: [vertrouwelijk]€.

Ook wanneer F2M wordt inbegrepen (zoals in dit randnummer), geeft elke hypothese een positief resultaat voor de marge na aftrek van de netwerkkosten (marge 1 in het verslag), en een negatief resultaat voor de marge na aftrek van alle kosten (marge 3 in het verslag).

20. Het Korps verslaggevers leidt uit deze cijfers af dat het “Happy Time” tarief altijd tot een verliesmarge leidt.

Het besluit van het verslag luidt dat het “Happy Time” tarief “prima facie” een wurgprijs betekent, zodat Belgacom zich “prima facie” schuldig maakt aan misbruik van machtspositie in de zin van artikel 3 WBEM en ook, aangezien de handel tussen de lidstaten merkbaar kan worden beïnvloed, van artikel 82 EG.

21. Als concrete voorlopige maatregelen ziet het Korps verslaggevers twee mogelijkheden: ofwel de intrekking van het “Happy Time” aanbod “of van elk ander aanbod of van elk ander contract” bevelen; ofwel “Belgacom te bevelen om zijn BRIO-tarieven zodanig aan te passen dat zijn concurrenten een normale winst kunnen maken door zich te conformeren aan de tariefvoorwaarden van het ‘Happy Time’ aanbod”.

### 3. Recht van verdediging

22. Belgacom doet gelden dat zij niet is uitgenodigd om opmerkingen te maken op punten van bezwaar vooraleer het gemotiveerd verslag van het Korps verslaggevers werd opgesteld.

Overeenkomstig artikel 35, § 1, tweede lid WBEM maakt de voorzitter van de Raad de aanvraag tot voorlopige maatregelen over aan het Korps verslaggevers die hem een met redenen omkleed verslag voorlegt dat de maatregelen vermeldt die het nodig acht om de praktijk te schorsen. Anders dan in geval van een verslag over een klacht (zie artikel 24, § 3 WBEM) voorziet de wet niet in de mededeling van punten van bezwaar.

Overigens heeft Belgacom inzage van het verslag gekregen, en is zij er door de voorzitter over gehoord, zoals voorgeschreven in artikel 35, § 2, tweede lid WBEM, zodat zij haar recht van verdediging heeft kunnen uitoefenen.

23. Zowel Belgacom als Tele2 en andere ondernemingen die ondervraagd werden tijdens het onderzoek met het oog op het opstellen van het verslag van het Korps verslaggevers, hebben gevraagd dat sommige stukken of gegevens vertrouwelijk behandeld zouden worden, opdat hun zaken geheimen niet zouden worden prijsgegeven. Het Korps verslaggevers heeft bij het verslag een voorstel gevoegd, waarin voor elk stuk aangegeven wordt of het vertrouwelijk is en ten aanzien van wie. Dat voorstel is door de voorzitter van de Raad bevestigd. Met die beslissing inzake vertrouwelijkheid is rekening gehouden bij de raadpleging van het dossier en het verslag door partijen.

Met name Belgacom beklaagt zich erover geen toegang te hebben gehad tot tal van gegevens die geleid zouden hebben tot het verslag (verslag dat adviseert tot – voor Belgacom nadelige – voorlopige maatregelen). Bovendien klaagt zij aan dat de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, die over het voorliggende verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen uitspraak doet, beslist heeft over de vertrouwelijkheid, en dus kennis genomen heeft van de stukken en gegevens waartoe Belgacom geen toegang heeft gehad.

Uit de motieven van deze beslissing zal blijken welke gegevens of stukken haar ondersteunen, en hoe de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens of stukken Belgacom's procedurele rechten niet benadeelt.

De (huidige) wet kent aan de voorzitter van de Raad voor de Mededinging de exclusieve bevoegdheid toe om kennis te nemen van de aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen, en kent aan de voorzitter van de Raad voor de Mededinging eveneens de exclusieve bevoegdheid toe om uitspraak te doen over de vertrouwelijkheid van stukken en gegevens. Het is weliswaar mogelijk dat de ene of de andere taak in een bepaalde zaak wordt vervuld door een lid van de Raad dat de functie van voorzitter van de Raad waarneemt (zie artikel 2, derde lid van het huishoudelijk reglement van de Raad voor de Mededinging), maar een verplichting om in een zelfde procedure de onderscheiden taken door twee verschillende leden van de Raad te laten uitoefenen, bestaat niet (naar geldend recht).

Overigens wordt voldoende bescherming geboden door de regel dat de beslissing niet gegrond mag zijn op een gegeven of stuk waarvan de vertrouwelijkheid erkend is.

#### 4. Beperking wat betreft de aard van de voorlopige maatregel

24. Zoals boven (zie randnummer 5) werd aangegeven strekt het verzoek van Tele2 niet alleen tot schorsing van het aanbod “Happy Time”, maar van “elk aanbod met een gelijkaardig effect”, en tot het bevel de dienst aan te bieden tegen “een retailprijs die gelijk is aan of hoger dan de interconnectiekosten verhoogd met alle andere kosten die een redelijk efficiënte operator moet dragen”.

Het Korps verslaggevers gaat nog een stap verder (zie randnummer 21): intrekking van “Happy Time” of elk aanbod “met gelijkwaardig effect”, dan wel verlaging van de BRIO tarieven (de groothandelsprijs dus).

25. De enige voorlopige maatregel waartoe het voorliggende verzoek kan leiden, is een schorsing van het aanbod “Happy Time” (eventueel gepaard gaande met publicatiemaatregelen en een dwangsom). Andere maatregelen zouden vallen buiten de rechtsmacht van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, uitspraak doende inzake voorlopige maatregelen.

De voorzitter kan met name niet ordenend optreden door in algemene termen een verbod van wurgprijs op te leggen. In de eerste plaats vloeit dat verbod voort uit de wet (artikel 82 EG en artikel 3 WBEM), zodat het geen rechterlijke herhaling behoeft. Bovendien kan de voorzitter niet iets

verbieden dat (nog) niet gebeurt. Na schorsing van “Happy Time” is hoegenaamd niet zeker dat een plaatsvervangend aanbod van Belgacom aan hetzelfde euvel zou lijden.

Nog afgezien van de vraag of (de voorzitter van) de Raad rechtsmacht heeft om in te grijpen op de BRIO tarieven (voor de interconnectie), zou de verplichte verlaging ervan, voor alle operatoren, een algemeen-orderend kenmerk vertonen dat het belang van Tele2 overschrijdt. Het verslag bevat trouwens geen concrete aanwijzing over de hoegrootheid van zo’n verlaging.

26. Of de toepassingsvoorwaarden met het oog op het nemen van voorlopige maatregelen vervuld zijn, moet en kan hier dus alleen nagegaan worden met betrekking tot dit concrete “Happy Time” aanbod.

## 5. De beoordeling van een restrictieve mededingingspraktijk inzake voorlopige maatregelen

27. Opdat “de restrictieve mededingingspraktijken” die voorwerp van onderzoek zijn voor schorsing in aanmerking komen, is wettelijk vereist dat “het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang” (aldus artikel 35, § 1, tweede lid WBEM).

De “restrictieve mededingingspraktijk” is nog voorwerp van onderzoek, zodat de Raad voor de Mededinging nog niet heeft vastgesteld dat het daadwerkelijk om een restrictieve mededingingspraktijk gaat, terwijl de Raad (of, in de nieuwe wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging: de Auditeur) ook nog zou kunnen beslissen dat dat niet het geval is. In dit laatste geval is er geen reden tot schorsing; schorsing loopt immers per definitie vooruit op een definitief verbod. De voorzitter van de Raad voor de Mededinging kan de vraag of het om een restrictieve mededingingspraktijk gaat niet uit de weg gaan, al heeft hij niet de rechtsmacht om er zelf uitspraak over te doen.

28. Belgacom doet gelden dat het voldoende zeker moet zijn dat het “Happy Time” tarief misbruik van machtspositie is. Indien daarmee wordt bedoeld dat een voldoende mate van waarschijnlijkheid vereist is, kan dat standpunt niet worden gevolgd.

Voorlopige maatregelen kunnen worden verantwoord als de voorgelegde feiten op het eerste gezicht, ogenschijnlijk dus, vatbaar zijn om als restrictieve mededingingspraktijk te worden aangemerkt. Het is niet vereist dat de inbreuk op het mededingingsrecht naar alle waarschijnlijkheid, of met voldoende waarschijnlijkheid of zekerheid, of met een op een andere wijze omschreven gehalte aan waarschijnlijkheid of zekerheid, vaststaat. Alleen wanneer het kennelijk onredelijk zou zijn de feiten als een inbreuk op het mededingingsrecht te beschouwen, zou de beslissing tot het nemen van voorlopige maatregelen in strijd zijn met artikel 35, § 1, eerste lid WBEM.

## 6. Beoordeling van de restrictieve mededingingspraktijk in deze zaak

29. De voorgelegde feiten staan niet toe tot het besluit te komen dat Belgacom, met het “Happy Time” aanbod, zich op het eerste gezicht schuldig maakt aan misbruik van machtspositie door middel van een wurgprijs, die in aanmerking komt voor schorsing bij wijze van voorlopige maatregel.

Dat blijkt onder meer en voornamelijk uit het volgende.

30. Misbruik van machtspositie moet onderscheiden worden van normaal (of ten minste: toelaatbaar) concurrentieel gedrag van de onderneming met machtspositie. Uitgangspunt voor het onderscheid is

welke de verklaring is voor de beweerde restrictieve mededingingspraktijk. Het verslag ziet alleen op de verhouding tussen Belgacom en Tele2, zodat de indruk ontstaat dat het Belgacom er om te doen was klanten te ontnemen aan Tele2 of, zelfs, Tele2 uit de markt te werken. De houding van Belgacom lijkt echter veeleer verklaard te moeten worden als reactie op agressieve prijsverminderingen door rivaliserende ondernemingen.

Telenet biedt in Vlaanderen vaste telefoniediensten aan via de kabel. Vanaf 30 november 2004 heeft zij haar “Free Phone” aanbod gelanceerd. Voor de toegang rekent Telenet 16,95 € aan (het abonnementsgeld van Belgacom, dat de klanten van alle andere operatoren moeten betalen, bedraagt 17,15 €); er is geen forfaitair bedrag verschuldigd voor de mogelijkheid om oproepen te verrichten; een oproep tijdens de piekuren (8 u. tot 19 u. tijdens de week) kost 0,052 € plus 0,052 € per minuten een oproep tijdens de daluren is gratis. Optioneel (“Telenet Freephone Anytime”) kunnen oproepen tijdens de piekuren eveneens gratis zijn, indien een forfaitair bedrag van 4,95 € wordt betaald. Ook Versatel en Yellow Telecom hebben gratis oproepen aangeboden, zowel tijdens piekuren als tijdens daluren, tegen betaling van het abonnementsgeld (van Belgacom: 17,15 €).

Zonder vermindering van het eigen tarief zou Belgacom klanten verliezen ingevolge deze tarieven. Het is dus normaal dat Belgacom haar netto verlies tracht te beperken dank zij “Happy Time”. De reactie (de prijsvermindering door Belgacom) zou echter niet overdreven mogen zijn, in die zin dat in werkelijkheid nog meer verlies wordt opgelopen dan zonder deze prijsvermindering door Belgacom. Dit laatste blijkt echter niet, en kan op het eerste gezicht niet zonder meer aangenomen worden. Anders gezegd, de verklaring van het gedrag van Belgacom als zijnde de normale concurrentiële reactie is op het eerste gezicht voor de hand liggend.

31. Hetgeen in het vorige randnummer werd gesteld houdt ook verband met het volgende. Waarom zou Belgacom verlies willen lijden, met de bedoeling Tele2 (en andere alternatieve operatoren) uit de markt te werken? Er is geen vooruitzicht van monopoliewinsten, aangezien het BIPT de eindgebruikstarieven controleert op hun kostenoriëntatie. In het recht inzake misbruik van machtspositie is een evolutie merkbaar om (meer) gewicht te hechten aan de (on)mogelijkheid tot prijsverhoging na de uitsluiting.

32. Het verslag grijpt terug naar de klassieke referentie inzake wurgprijs in de telecommunicatiesector, vervat in de “Bekendmaking betreffende toepassing van mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector – Kader, relevante markten en beginselen” (Pb 98/C 265 van 22 augustus 1998), dat in haar randnummers 117 en 118 bepaalt:

“117. Wanneer de exploitant een machtspositie inneemt op de product- of dienstenmarkt, kunnen wurgprijzen een vorm van misbruik van machtspositie zijn. Dat er sprake is van wurgprijzen, kan worden aangetoond door te bewijzen dat het eigen stroomafwaartse bedrijfsonderdeel van de dominerende onderneming niet rendabel zou kunnen opereren op basis van de prijs die het stroomopwaartse-bedrijfsonderdeel van zijn concurrenten verlangt. (...)

118. In voorkomende gevallen kunnen wurgprijzen ook worden aangetoond door te wijzen op 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.”

Het gaat om twee toetsen: in de eerstvermelde (117) worden de eigen kosten van de dominante operator in aanmerking genomen (de zogenaamde “as-efficient competitor” of “equally efficient competitor” test), in de tweede (118) deze van de alternatieve operator (de zogenaamde “reasonably efficient competitor” test).

In het verslag wordt de tweede toets gebruikt. Op te merken is dat het BIPT in de uitoefening van zijn bevoegdheid om toe te zien op de kostenoriëntatie van een eindgebruikerstarief op 17 oktober 2005 beslist heeft dat het “Happy Time” tarief “de directe kosten van Belgacom dekt” (de eerste toets), maar dat “niet definitief kan worden uitgesloten” dat het “Happy Time” aanbod een wurgprijs kan veroorzaken (volgens de tweede toets, 118).

Waarom kan een wurgprijs volgens het BIPT niet definitief worden uitgesloten?:

“In combinatie met het consumptiepatroon van de Free-Time klanten, zou het huidige tarief van 28 cent (6% minder dan de 30 cent van Belgacom) het voor Tele2 onmogelijk maken om zijn interconnectiekosten en directe commerciële kosten te dekken, indien zijn klanten blijvend een consumptiepatroon zouden aannemen zoals dat waargenomen (...) tijdens de eerste twee weken. Dat resultaat wordt beter indien men een langere (7 weken) of recentere observatieperiode neemt.

Het is belangrijk er nogmaals aan te herinneren dat de voormelde berekeningen voor de alternatieve operator alleen rekening houden met de interconnectiekosten en commerciële kosten die rechtstreeks verband houden met het onderzochte aanbod. Een operator loopt nog andere kosten op zoals de kosten van zijn eigen netwerk (in het bijzonder de kosten van minstens een switch en commerciële kosten die niet rechtstreeks verband houden met een specifiek tariefplan.

(...)

Gelet op enerzijds de afname van de inkomsten die een aanbod zoals Happy Time of Free Time met zich brengt (...) en anderzijds het feit dat geen rekening wordt gehouden met de eigen switchingkosten van Tele2 en het bestaan van kleinere breedte- en schaalvoordelen bij Tele2 in vergelijking met Belgacom, kan niet worden uitgesloten dat de afbrokkeling van de winstmarges die daaruit voortvloeit, als concurrentievervalsing kan worden bestempeld.”

Het BIPT heeft de vraag niet dieper onderzocht, omdat het niet bevoegd was om een wurgprijs op de eindgebruikersmarkt te beteugelen. Maar de uitdrukking dat hij “niet definitief kan worden uitgesloten” is hoe dan ook een smalle basis.

In het verslag van het Korps verslaggevers wordt de “reasonably efficient competitor test” dus wel toegepast. Met het verslag kan worden aangenomen dat het bestaan van een wurgprijs op het eerste gezicht aanvaard zou kunnen worden met toepassing van deze test die de kosten van de efficiënte alternatieve operator in aanmerking neemt, en dit afgezien van de vraag of het BIPT gevolgd moet worden in zijn overwegingen betreffende de aard van de kosten van de redelijk efficiënte alternatieve operator – waarop het antwoord hier in het midden kan worden gelaten.

Bij de premissen van het verslag passen echter volgende bedenkingen (randnummers 33 en 34), die in de weg staan aan het besluit tot een ogenschijnlijke inbreuk. (Andere kritiek van Belgacom kan hier buiten beschouwing blijven.)

33. Het verslag neemt het oproep- of verbruikersprofiel gedurende de eerste zeven weken in aanmerking. Het BIPT wijst er echter op, en ook in het raam van de voorliggende rechtspleging voorgelegde cijfers wijzen dit uit, dat het profiel reeds verandert in de eerste daarop volgende weken, en er mag worden aangenomen dat die wijziging bestendig is. Zij bestaat erin dat eindgebruikers minder lang bellen dan aanvankelijk, en na enige tijd zelfs hun oproepen niet meer doelbewust uitstellen tot na het piek uur.

Deze wijziging beïnvloedt de berekening van de marge fundamenteel. En de schorsing als voorlopige maatregel geldt per definitie voor een periode die volgt op de eerste weken van het verlaagde tarief.

Hiermee is niet gezegd dat het vaststaat dat de marge niet meer negatief is na de eerste zeven weken. Alleen zijn de feiten voor de vaststelling van een ogenschijnlijke inbreuk na die periode niet voorhanden.

34. In geen enkele van de 16 hypothesen F2F (vast naar vast) of de hypothesen F2F plus F2M (vast naar mobiel) overtreffen de netwerkkosten de inkomsten. Alles is dus afhankelijk van de andere kosten, deze die eigen zijn aan de kleinhandelsmarkt.

De berekeningen van het verslag berusten op het kostencijfer [vertrouwelijk] €, maar het verslag laat niet toe de realiteit van dit cijfer te toetsen aan objectieve gegevens, die op het eerste gezicht betrouwbare conclusies zouden wettigen.

## 7. Gekwalificeerd nadeel voor verzoeker en schade aan het algemeen economisch belang

35. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat er in de voorliggende zaak geen “restrictieve mededingingspraktijk” is die in aanmerking komt voor schorsing in de zin van artikel 35, § 1, eerste lid WBEM, met andere woorden, geen door EG recht of Belgische wet ogenschijnlijk verboden restrictieve mededingingspraktijk (meer bepaald de toepassing van een wurgprijs als misbruik van machtspositie).

Uit hetgeen volgt zal blijken dat het evenmin “dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang”, zoals door hetzelfde artikel 35, § 1, eerste lid WBEM wordt voorgeschreven. Het navolgend onderzoek vindt dus alleen ten overvloede plaats, en gaat noodzakelijk uit van de veronderstelling dat de praktijk die voorwerp van onderzoek is wel inbreuk op het mededingingsrecht zou vormen.

36. Tele2 voert aan klantenverlies en inkomstenverlies te lijden ingevolge de invoering van “Happy Time”.

Volgens Tele2 bestaat haar klantenverlies in het verlies van bestaande klanten en een vermindering van het aantal nieuwe klanten.

Voor de invoering van “Happy Time” was het tarief van Tele2 gunstiger dan dit van Belgacom. Alleen zo kon Tele2 enig marktaandeel verwerven. Belgacom zou anders immers aantrekkelijker zijn, niet alleen voor haar bestaande klanten, die geen reden zouden hebben gehad om over te stappen naar Tele2, maar ook voor nieuwe klanten, die geneigd zouden zijn zich de last van twee facturen door twee leveranciers (toegang en oproepen) te besparen.

Toen Belgacom “Happy Time” heeft ingevoerd, had Tele2 dan ook geen andere keuze dan een minstens even gunstig tarief aan te bieden. (Het is “Free Time” geworden, dat marginaal gunstiger is: 0,28 € tegen 0,3 € per oproep). Anders zou Tele2 zer waarschijnlijk op korte en middellange termijn bijna al haar klanten verloren zijn, en in ieder geval nog zeer moeilijk nieuwe klanten hebben kunnen winnen.

Niettegenstaande de invoering van “Free Time” doet Tele2 op geloofwaardige wijze gelden:

- dat zij tussen 1 juni 2005 en eind augustus 2005 of eind september 2005 bestaande klanten verloren heeft,
- dat het aantal nieuwe klanten dat zij in die periode kon verwerven minder groot is dan in de periode die 1 juni 2005 voorafgaat, en
- dat vele van deze verloren of misgelopen klanten klant zijn geworden bij Belgacom.

Terecht doet Tele2 ook gelden dat verlies van bestaande klanten en het niet verwerven van nieuwe klanten afzonderlijke en dus gezamenlijk in aanmerking te nemen schadeposten zijn.

37. Het blijkt echter wat moeilijker te zijn om dit beginsel van schadebegroting te erkennen in de door respectievelijk Tele2 en Belgacom vooruitgeschoven cijfers.

Tele2 voert aan dat haar klantenaantal, dat op 1 juni 2005 ongeveer 450.000 bedroeg, van 1 juni 2005 tot en met eind augustus 2005 met 39.587 eenheden verminderd zou zijn, waarvan er [vertrouwelijk] naar Belgacom zouden zijn teruggekeerd, terwijl er [vertrouwelijk] hun abonnement bij Belgacom zouden hebben opgezegd. (Deze laatsten zijn dus niet ingegaan op “Happy Time”.)

Belgacom doet echter gelden dat de vermindering van het aantal klanten van Tele2 kleiner zou zijn, en dat Tele2 in de maanden voorafgaand aan 1 juni 2005 maandelijks een aantal klanten verloren heeft dat niet veel kleiner was dan het maandelijks verlies aan klanten van juni tot augustus 2005.

Belgacom verwijst naar cijfers die door Tele2 zelf worden opgegeven, en die in het algemeen overeenstemmen met haar eigen gegevens, waaruit blijkt dat tussen 1 juni 2005 en 1 september 2005 Tele2 slechts [vertrouwelijk] CPS-klanten verloren heeft.

Dat aantal moet in ieder geval worden vermeerderd met een onbekend aantal verloren klanten (op een totaal van ongeveer 100.000) die niet genoten van carriërvorkeuze (CPS) maar van carrièrekeuze. Is dat verlies in dezelfde verhouding als dit van CPS-klanten ([vertrouwelijk] op ongeveer 350.000), dan bedraagt het ongeveer [vertrouwelijk] klanten (op 100.000).

Het totaalverlies zou dan ongeveer [vertrouwelijk] ([vertrouwelijk] + [vertrouwelijk]) bedragen, of ruim minder dan de helft van het aantal van ongeveer 39.500 dat door Tele2 wordt voorgehouden.

Het verschil tussen het cijfer van Tele2 en dit van Belgacom lijkt verklaard te moeten worden door de omstandigheid dat Belgacom het verlies van bestaande Tele2 klanten verminderd heeft met het aantal nieuwe CPS-klanten van Tele2 (en dit ten onrechte).

Een andere opwerping van Belgacom lijkt dit te bevestigen. Belgacom doet gelden dat, indien van juni tot en met augustus 2005 39.500 klanten Tele2 hebben verlaten, het verlies in de drie voorafgaande maanden (maart, april en mei 2005) meer dan [vertrouwelijk] klanten bedroeg. Alleen in juni 2005 zou het aantal verloren klanten merkkelijk hoger zijn geweest. Hier vergelijkt Belgacom wel het verlies van bestaande klanten, zonder vermindering van dit aantal met de nieuwe klanten.

Door zich te beperken tot het cijfer van [vertrouwelijk] verloren klanten (eventueel te vermeerderen tot [vertrouwelijk] zoals hierboven aangegeven) wil Belgacom echter het nadeel van Tele2 te beperkend omschrijven. De huidige toestand moet worden vergeleken met de toestand waarin Tele2 zou gekomen zijn zonder “Happy Time”. Om het nadeel te begroten moet dan ook niet alleen het verlies van bestaande klanten, maar tevens de vermindering van het aantal nieuwe klanten in aanmerking genomen worden, steeds in zoverre zij rechtstreeks worden veroorzaakt door “Happy Time”.

Het aantal van [vertrouwelijk] of [vertrouwelijk] geeft in dubbel opzicht een vervormd beeld. Niet alleen worden de nieuwe klanten in mindering gebracht van de verloren klanten. Bovendien wordt geen rekening gehouden met klanten die niet verworven konden worden. Nochtans zou zonder “Happy Time” het aantal nieuwe klanten voor Tele2 groter zijn geweest.

In werkelijkheid is het nadeel inzake verlies van klanten dus niet kleiner maar groter dan 39.587, in de veronderstelling dat dit cijfer alleen de voormalige klanten weergeeft. Als dat zo is, moet het immers worden vermeerderd met het verlies aan toename van nieuwe klanten (de toename die niet verwezenlijkt werd omwille van “Happy Time”).

In haar schriftelijke opmerkingen van 19 september 2005 meldt Tele2 trouwens 15,2% van haar cliënteel verloren te zijn. Wordt dit percentage toegepast op haar 450.000 oorspronkelijke klanten, dan gaat het om 68.400 klanten. Tele2 kan moeilijk bedoelen dat zij van 1 september 2005 (toen zij “slechts” 39.587 klanten verloren had) tot 19 september 2005 ongeveer 28.900 klanten verloren is. Wellicht wijst de 15,2% dan ook op verloren voormalige klanten plus gemis van aangroei met nieuwe klanten.

38. Het klantenverlies van Tele2 in de bedoelde periode was belangrijk. Om te kunnen gewagen van een ernstig nadeel dat door “Happy Time” is veroorzaakt, is echter meer vereist. Ten eerste moet het oorzakelijk verband met “Happy Time” voldoende vaststaan. Ten tweede moet een aanzienlijk klantenverlies bestendigd worden na september 2005.

Wat het eerste punt betreft doet Belgacom terecht gelden dat niet alle klanten die Tele2 verlaten of niet kan verwerven klant worden van Belgacom door in te gaan op het “Happy Time” aanbod. Zoals vermeld meldt Belgacom dat Tele2 ongeveer [vertrouwelijk] CPS-klanten heeft verloren; daarvan zijn er [vertrouwelijk] bij Belgacom gebleven, wellicht voor het tarief “Happy Time”; de resterende [vertrouwelijk] zijn overgestapt op een andere operator.

Aangezien andere telecomoperatoren gunstige tarieven aanbieden die ook (huidige en potentiële) klanten van Tele2 afsnoepen, wordt het erg moeilijk om met enige graad van zekerheid te bepalen welk gedeelte van het verlies van klanten aan “Happy Time” toe te schrijven is. Met name in de periode volgend op de eerste maanden na de lancering van Happy Time laat het zich aanvoelen dat Belgacom minder en minder afbreuk doet aan het marktaandeel van Tele2.

Het oorzakelijk verband staat dus in onvoldoende mate vast om van een ernstig nadeel te gewagen.

Wat het tweede punt betreft staat niet vast dat het verlies van klanten zich in dezelfde mate doorzet na september 2005. Het ligt eerder voor de hand dat wie Tele2 wil verlaten voor “Happy Time”, dit tijdens de eerste maanden na de lancering van het aanbod doet.

Het besluit moet luiden dat ernstig nadeel uit klantenverlies niet vaststaat.

39. De tweede door Tele2 aangevoerde schadepost is inkomstenverlies. De netto afname van het aantal klanten van Tele2, en de overstap van – waarschijnlijk – een aanzienlijk aantal klanten naar het “Free Time” tarief (100.000 volgens Tele2) betekenen een vermindering van de inkomsten.

Dit erkent ook Belgacom. Zij maakt volgende berekening, uitgaande van de berekening die voorkomt in het verslag van het Korps verslaggevers.

Met een invullingsgraad van de interconnectieverbinding van [vertrouwelijk] minuten, en een weging van [vertrouwelijk]% lokaal verkeer en [vertrouwelijk]% IAA verkeer, bedraagt het verschil tussen de opbrengsten en de netwerkkosten volgens het verslag [vertrouwelijk] € per klant per maand.

In het standaardtarief van Tele2 (voor de invoering van “Free Time”) zou dat verschil [vertrouwelijk] € hebben bedragen.

Het verschil tussen beide winstmarges bedraagt [vertrouwelijk] €. Volgens Belgacom moet het echter om diverse redenen bijgestuurd worden, zodat het uiteindelijk niet meer dan ongeveer [vertrouwelijk] € zou kunnen bedragen.

Het is echter niet nodig de afname van de gemiddelde winstmarge per klant cijfermatig te kennen, om inkomstenverlies te kunnen vaststellen, en evenmin om het als ernstig te bestempelen.

Tele2 heeft in de eerste plaats minder inkomsten, omdat haar klantenaantal afneemt.

Zoals zij terecht aanvoert, betekent het voortijdig verlies van een klant dat de recruiteringskost die zij voor die klant heeft gemaakt niet volledig afgeschreven kan worden over de periode waarvan zij mocht aannemen dat de klant bij haar zou blijven, vooraleer “Happy Time” aangeboden werd.

Bovendien nemen de kosten van de interconnectieverbindingen gemiddeld toe, aangezien het verlies van klanten een lagere invullingsgraad teweegbrengt. Tele2 heeft een aantal interconnectieverbindingen uit dienst moeten nemen.

De recruiteringskosten van nieuwe klanten nemen toe aangezien het “Free Time” aanbod verhoudingsgewijze minder aantrekkelijk is dan het standaardaanbod van Tele2 (dat aanzienlijk



goedkoper was dan dit van Belgacom, hetgeen voor “Free Time” niet meer het geval is ten aanzien van “Happy Time”), terwijl zij niet meer afgeschreven kunnen worden gelet op de verkorte levensduur van de klant en de verminderde inkomsten van het “Free Time” tarief.

40. Is het nadeel wegens inkomstenverlies ernstig, toch is het niet onherstelbaar.

Uitgangspunt is dat Belgacom later verbod krijgt opgelegd de “Happy Time” formule aan te bieden. Het verbod kan uitgaan van het BIPT, in uitoefening van zijn door artikel 64 Wet Elektronische Communicatie toegekende bevoegdheden, of van de Raad voor de Mededinging, uitspraak doende over de klacht van Tele2 waarop voorliggende aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen geënt is. De inbreuk zou ook door de gewone rechter vastgesteld kunnen worden.

In elk van die gevallen kan Tele2 een vordering tot vergoeding van haar volledige schade geldend maken tegen Belgacom. Het laat zich niet voorzien dat Belgacom die schuld niet zou kunnen betalen.

41. Evenmin kan worden aangenomen dat het Happy Time tarief een toestand in het leven roept of dreigt in het leven te roepen die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

Boven (randnummer 30) is er reeds op gewezen dat het aanbod “Happy Time” op het eerste gezicht het antwoord van Belgacom was op agressieve prijsverminderingen van bepaalde operatoren, en dat sedertdien ook andere operatoren hun eindgebruikerstarieven voor vaste telefonie verminderd hebben. Er werd eveneens overwogen (randnummer 31) dat op grond van de voorliggende feiten niet aangenomen kan worden dat het “Happy Time” tarief bedoeld was of tot gevolg kan hebben om (de meeste) concurrenten uit de markt te werken, om vervolgens het eindgebruikerstarief te verhogen tot boven het concurrentiële peil. Nadelig voor de eindgebruikers kan het tarief dus niet genoemd worden.

De alternatieve operatoren doen gelden dat zij geen aanbod dat kostendekkend is meer kunnen formuleren, maar die bewering is op grond van de voorliggende feiten onvoldoende geloofwaardig om een schorsingsbevel op te gronden.

## 8. Besluit

42. De vereisten die door artikel 35, § 1, eerste lid WBEM worden gesteld om voorlopige maatregelen op te leggen, zijn in de voorliggende zaak niet vervuld.

De aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen kan niet worden ingewilligd.

Om deze redenen,

De voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

Verwerpt de aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen.

Aldus beslist op 1 september 2006 door Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging.