

Mr. Verheyden.

Het HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL,
ACHTSTE KAMER,

Nr.: 4479

Rep.nr.:
2007/ 9382

na beraad, wijst volgend arrest :

A.R. Nr. 2006/MR/3

Beslissing inzake het beroep tegen de beslissing nr. 2006/V/M- 13 van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 1 september 2006 waarbij het verzoek wordt verworpen dat werd ingediend door de NV Tele2 Belgium met betrekking tot het aanbod "Happy Time" van Belgacom.

IN ZAKE VAN :

TELE2 BELGIUM N.V., met maatschappelijke zetel te 1780 WEMMEL, Koningin Astridlaan 166, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0459.623.216, vertegenwoordigd door de heer Per BORGKLINT, gedelegeerd bestuurder en de heer Johnny SVEDBERG, bestuurder,

verzoekster,

18 -12- 2007
vertegenwoordigd door Mr. VERHEYDEN Alexandre, Mr. CLERCKX Serge en Mr. DESMEDT Yvan, advocaten te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165,

TEGEN :

BELGACOM NV van publiek recht, met maatschappelijke zetel te 1030 Brussel, Albert II-Laan 27, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0202.239.951,

tussenkommende partij,

vertegenwoordigd door Mr. VAN LIEDEKERKE Dirk, Mr RAGOLLE Filip en Mr VAN PARYS Emmerik, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26,

Kamer 8

EINDARREST

Gezien:

- het verzoekschrift tot hoger beroep ingediend ter griffie van het hof op 5 oktober 2006;
- de beschikking van 29 november 2006 tot vaststelling van de termijnen voor de schriftelijke opmerkingen, toegekend aan de NV Belgacom, de NV Tele 2 en de Minister die de Economie onder zijn bevoegdheid heeft;
- de brief van de raadsman van Belgacom NV van 5 november 2006 m.b.t. voormelde beschikking van 29 november 2006;
- de schriftelijke opmerkingen van Belgacom NV, ingediend op 12 januari 2007, 16 april 2007 en 15 juni 2007;
- de schriftelijke opmerkingen van Tele2, ingediend op 13 februari 2007 en 16 mei 2007;

Gelet op:

- de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd door het KB van 1 juli 1999 (B.S. 1 september 1999), hierna "WBEM-1999";
- de wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd door het KB van 15 september 2006 (B.S. 29 september 2006), in voege getreden op 1 oktober 2006, hierna "WBEM- 2006"

I. Voorgeschiedenis van het geding

De betrokken ondernemingen

1. Belgacom is de historische telecommunicatiemaatschappij in België. Zij exploiteert het vroegere, met openbare middelen opgebouwd uitgebreide vaste telefoonnetwerk.

In België is Belgacom de enige onderneming die beschikt over een netwerk dat het gehele territorium van de staat omvat en alle eindgebruikers op nationaal niveau bereikt. Zij controleert de toegang tot de eindgebruikers via haar eigendomsrecht op de vaste fysieke verbinding met de eindgebruikers. Telenet die het kabeltelevisienetwerk exploiteert om diensten van spraaktelefonie en andere elektronische communicatiediensten aan te bieden is immers voornamelijk actief in Vlaanderen.

Belgacom is actief op de *retailmarkten* (markten voor diensten of producten die aan de eindgebruiker worden geleverd) en op de *Wholesalemarkten* (markten voor de inputs die nodig zijn voor exploitanten voor het leveren van diensten en producten aan de eindgebruikers). Zij biedt zowel andere telecommunicatieexploitanten als eindgebruikers toegang tot haar netwerk.

Onder het regelgevingkader van 1998 voor elektronische communicatienetwerken en –diensten, werd Belgacom aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht op verschillende marktgebieden van de telecommunicatiesector.

In het nieuwe regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten, zijn de te reguleren markten gedefinieerd overeenkomstig de principes van het Europese mededingingsrecht met het oog op de ex-ante regelgeving. Zij worden door de Commissie aangewezen in de aanbeveling van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (“Kaderrichtlijn”) aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen.

Bij de beoordeling van de aanmerkelijke marktmacht worden dezelfde methoden gehanteerd als in het mededingingsrecht.

Na het advies van de Raad voor de Mededinging te hebben ingewonnen bij toepassing van artikel 55 van de wet van 13 juni 2005 en na consultatie van de Europese Commissie bij toepassing van artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG (“Kaderrichtlijn”), heeft het BIPT bij besluit van 19 juni 2006 Belgacom aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht op alle markten voor toegang tot het openbare telefoonnet. Op de markt voor toegang tot het vaste telefoonnet voor particuliere gebruikers wordt het aandeel van Belgacom (in aantal lijnen eind 2004) geraamd op 90%.

2. In overeenstemming met de bepalingen van Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft het waarborgen van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) en van Richtlijn 98/61/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september

1998 tot wijziging van Richtlijn 97/33/EG wat betreft de nummerportabiliteit tussen exploitanten en carriervoorkeuze (-thans ingetrokken-), moeten telefoongebruikers met behoud van hun basisaansluiting met de oorspronkelijke exploitant de mogelijkheid hebben van exploitant te wisselen ingeval van afzonderlijke telefoongesprekken (carrierkeuze) of voor alle gesprekken (carriervoorkeuze).

Carriervoorkeuze houdt in dat alle oproepen (vast naar vast, vast naar mobiel, nationaal en internationaal, oproepen naar Internetbelnummers, etc) van de eindgebruiker door de Carrier Preselectie-operator ("CPS-operator") worden ontvangen, afgewikkeld en gefactureerd. Met deze functie is het echter niet mogelijk voor een eindgebruiker om verschillende CPS-operatoren te kiezen voor diverse types oproepen.

Artikel 19, § 3, van Richtlijn 2002/22/EG ("Universeledienstrichtlijn") schrijft voor: *"De nationale regelgevende instanties zorgen ervoor dat de prijsstelling voor toegang en interconnectie in verband met het aanbieden van de in lid 1 bedoelde faciliteiten kostengeoriënteerd is en dat eventuele directe kosten voor abonnees het gebruik van die faciliteiten niet ontmoedigen."* Het betreft de faciliteiten van Carrierkeuze en Carriervoorkeuze.

Artikel 63 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voorziet dat de operatoren die door het BIPT zijn aangeduid als operatoren met een sterke machtspositie bij de aanbidding van toegang tot en het gebruik van openbare telefoonnetwerken op een vaste locatie, aan hun abonnees de functies voor selectie van de operator per oproep en voor preselectie van de operator met de mogelijkheid tot afwijking van oproep tot oproep aanbieden. Volgens dezelfde bepaling, dienen de tarieven voor het aanbieden van deze functies op de kosten georiënteerd zijn.

Deze verplichtingen die op Belgacom rusten, werden door het BIPT gehandhaafd bij Besluit van 19 juni 2006 op grond van de overweging dat deze essentieel zijn voor de ontwikkeling van de concurrentie op de markten voor telefoondiensten (Besluit van het BIPT van 19 juni 2006, blz. 128).

Belgacom blijft verplicht om een referentieaanbod te doen voor de technische en tarifaire voorwaarden van de selectie en preselectie, dat aan de controle van het BIPT moet worden onderworpen ("BRIO-aanbod").

3. Tele2 is een dochtervennootschap van de Zweedse vennootschap Tele2 AB.

Sinds 2003 is Tele2 aanwezig op de Belgische markt van vaste telefonie als CPS-operator.

Zij biedt aan de eindgebruikers die toegang hebben tot het openbaar telefoonnet (OTN) van Belgacom en hiervoor een abonnement betalen, telefoondiensten aan voor uitgangsverkeer door middel van carrier-selectie (CSC) of carrier-preselectie (CPS), alsook sinds de zomer 2005 snelle Internettoegang.

Sinds november 2005 biedt Tele2 een gecombineerd aanbod (Spraaaktelefonie en ADSL Internettoegang) aan. De klanten die op dit aanbod ingaan hebben geen contractuele band meer met Belgacom.

Eind 2005 heeft Tele2 Versatel overgenomen, een operator die rechtstreekse aansluitingen op een netwerk voor elektronische communicatie aanbiedt.

Tele2 is vooral actief in Brussel en Wallonië.

Het aanbod "Happy Time" van Belgacom

4. In haar jaarverslag 2004, kondigt Belgacom aan dat zij beslist heeft, wat de vaste telefonie betreft, *'in de aanval te gaan met een energiek winback-programma voor klanten die naar de concurrentie zijn overgestapt'*. Zij beklemtoonde dat 2004 werd gekenmerkt door zeer hevige aanvallen van haar concurrenten, met de vastelijndiensten van Belgacom als mikpunt voor hun talrijke promoties (Jaarverslag, blz. 8 en 25).

5. Op 1 juni 2005 lanceerde Belgacom de formule « Happy Time ».

Met deze formule biedt Belgacom, zonder bijkomend abonnement:

- een nultarief aan voor nationale telefonische oproepen met een vaste lijn naar alle vaste lijnen, in de week tijdens de daluren en tijdens het weekend. De daluren strekken zich uit van 17u tot 8u.
- een vast tarief van € 0,30 per oproep in de piekuren, ongeacht de duur van de oproep.

Deze tarieven gelden voor alle oproepen naar vaste nummers in België, uitgezonderd oproepen naar speciale nummers (nummers met toegevoegde waarde) en internetoproepen.

Het aanbod Happy Time werd enkel opgenomen in de website van Belgacom in de rubriek bestemd voor de residentiële klanten en is slechts geldig voor één telefoonlijn per abonnee.

De optie Happy Time is niet beperkt in de tijd. Ze is niet cumuleerbaar met andere opties die voordelen bieden op nationale oproepen naar vaste nummers.

6. Aanvankelijk was het aanbod Happy Time van Belgacom toepasselijk op alle oproepen naar vaste nummers ongeacht het netwerk van het opgeroepen nummer. De tarieven waren dus ook toepasselijk op oproepen naar een Versatel of Telenet nummer ondanks het feit dat oproepen bestemd voor deze operatoren aanleiding geven tot hogere interconnectiekosten en dat het BIPT Belgacom verplicht had de interconnectietarieven van deze operatoren door te rekenen op de eindgebruikertarieven voor oproepen die voor deze operatoren bestemd zijn. De beslissingen van het BIPT van 11 juni 2002 en van 7 december 2004 die deze verplichting opleggen maken het voorwerp uit van een hoger beroep.

Op 17 oktober 2005, heeft het BIPT beslist dat gelet op voornoemde beslissingen, het aanbod Happy Time moest worden gewijzigd in die zin dat *'oproepen naar Telenet en Versatel zo worden gefactureerd dat de onderliggende kosten voor gespreksafgifte worden weerspiegeld en dit uiterlijk op 1 december 2005.'*

Oproepen naar Telenet en Versatel-nummers in de piekuren (wekdagen van 8u tot 17u) werden vanaf 8 februari 2006 aangerekend voor een vast forfaitair bedrag van 0,859 € ongeacht de duur van de gesprekken. Het nultarief blijft geldig voor oproepen naar Telenet en Versatel tijdens de daluren.

7. Volgens Belgacom, is het aanbod Happy Time een noodzakelijke reactie op het aanbod *FreePhone* dat de operator Telenet lanceerde eind november 2004 (*infra*, nr. 12), toen duidelijk bleek dat dit aanbod een blijvend karakter had. Deze stelling blijft ze handhaven in het kader van de procedure voor het hof.

De betrokken spraakdiensten en de daarmee verbonden Wholesale-diensten

- **De diensten van vaste spraaktelefonie aan de eindgebruikers**

8. Belgacom biedt de eindgebruikers rechtstreekse toegang tot haar vaste netwerk alsook diensten van telefoongesprekken.

Ze biedt aan de particuliere eindgebruikers (residentiële markt) verschillende tariefformules aan die verschillen van deze voorbehouden aan professionele eindgebruikers (zakelijke markt).

De eindgebruikertarieven van Belgacom voor de aansluiting op en toegang tot het vaste netwerk bestaan uit een abonnementsgeld. In 2005 en 2006 bedroeg de prijs van het abonnement 17,15 € per maand, inclusief BTW. In 2007 bedraagt de prijs van het abonnement 17,50 € per maand (Classic telefoonlijn).

De standaard tarieven van Belgacom voor nationale oproepen naar een vast nummer zijn de volgende:

Prijs inclusief BTW voor een oproep van een vast toestel van Belgacom naar een vast toestel in België:

	Naar vaste nummers (behalve Telenet en Versatel)	Naar vaste nummers van Telenet en Versatel
2005		
Piekuren	0,0520 €/min	0,1121€/min
Daluren	0,0260 €/min	0,0510€/min
Connectiekost	0,0520 €/oproep	0,0770€/oproep
t		
2007		
Piekuren	0,0530 €/min	0,0914 €/min
Daluren	0,0265 €/min	0,0416 €/min
Connectiekost	0,0530 € per oproep	0,0786 €/oproep
t		

Onder daluren wordt verstaan: van maandag tot vrijdag van 19u tot 8u, weekends en wettelijke feestdagen.

9. Krachtens artikel 106 § 1, 1° van de wet van 1991 was Belgacom ertoe gehouden het principe van kostenoriëntering na te leven wat betreft de spraaktelefoondienst op *retail* niveau.

Deze verplichting houdt in, volgens het BIPT, dat " *de opbrengsten van de spraaktelefonie de kosten van de spraaktelefonie dekken*" en dat " *elke tariefformule voor spraaktelefonie de kosten dekt die rechtstreeks eraan kunnen worden toegeschreven*" (Besluit van het BIPT van 19 juni 2006, hoger geciteerd, blz. 141).

Onderstreept moet worden dat het BIPT, bij dit besluit van 19 juni 2006, deze verplichting heeft opgeheven met inwerkingtreding één maand na de publicatie van dit besluit op de BIPT website.

Het BIPT was van oordeel dat het verbod van de in artikel 64 van de wet betreffende de elektronische communicatie beschreven concurrentievervalsende gedragingen – in het bijzonder het toepassen van afbraakprijzen en het belemmeren van de toegang tot de markt – , alsook het ongerechtvaardigd bundelen van diensten, volstaan om aan de problemen op de retailmarkten te verhelpen. In voornoemd besluit wordt gesteld: " *Met betrekking tot het verbod van afbraakprijzen of gedragingen op de retailmarkt die de toegang tot de markt belemmeren, zal het BIPT nagaan of de retailsaanbiedingen van de operator met een sterke machtspositie kunnen worden gedupliceerd door de efficiënte alternatieve operatoren die met name steunen op de Wholesale-aanbiedingen van de operator met een sterke machtspositie. Het BIPT zal onder meer ook een price squeeze- test toepassen om zeker te zijn dat er geen price squeeze bestaat tussen de retailsaanbiedingen en de gereguleerde Wholesale-aanbiedingen (BRUO, BROBA).*"

Om deze controle toe te laten, heeft het BIPT aan Belgacom o.a. de verplichting opgelegd elk nieuw retailsaanbod aan het BIPT te melden dertig dagen voor de inwerkingtreding ervan. Deze verplichting tot mededeling wordt als doeltreffend aangemerkt om de rendabiliteit van de aanbiedingen te beoordelen en eventuele ' *oneerlijke tariefpraktijken die hierin zouden zijn vervat op te sporen*'.

10. Zoals hoger vermeld, biedt Tele2 aan de eindgebruikers, abonnees van Belgacom, spraaktelefonie diensten aan voor uitgaand verkeer.

Haar 'standaard' tarieven zijn lager dan deze van Belgacom, wat onmisbaar is om abonnees van Belgacom te overtuigen om beroep te doen op haar diensten.

Ze concurreert met andere CPS operatoren.

11. Kabelnetwerken voor teledistributie kunnen worden omgebouwd om rechtstreekse toegang aan de eindgebruikers te bieden voor diensten van elektronische communicatie, naast televisiediensten. Er is in dat geval geen gebruik van de Wholesale-diensten van Belgacom voor het doen ontstaan van gesprekken.

Operatoren zoals Telenet in Vlaanderen, Coditel in delen van Brussel, VOO in delen van Brussel en Wallonië bieden rechtstreekse toegang aan de eindgebruikers via kabeldistributie voor breedbandinternet- en telefoniediensten.

Tele2 kan haar diensten als CPS operator niet aanbieden aan de klanten van Telenet die het kabeltelevisienet exploiteert om allerlei diensten van telecommunicatie aan te bieden, omwille van het feit dat deze operator geen collecting-diensten aan andere operatoren verleent.

12. De volgende tabel geeft een historisch overzicht weer van de aanbiedingen waarbij aan de gebruikers tarieven worden aangeboden die hem toelaten, al dan niet mits betaling van een maandelijks forfait boven de abonnementsprijs, gratis en onbeperkt te bellen en/of tegen een vast bedrag per oproep:

Datum	Aanbod	Vaste prijs per maand		Peak (week)	Tarieven			
		Abonnement	Forfait		Peak		Off peak	
					Set-up	Duration	Set-up	Duration
15.08.2003	Belgacom <i>Always on line</i>	Belgacom 17,15	12	8-19u	0,052	0,052	0	0
15.07.2004	Belgacom <i>No Limit Any Time</i>	Belgacom 17,15	19,95	8-19u	0	0	0	0
31.11.2004	Telenet <i>'FreePhone'</i>	Telenet 16,95	0	8-19u	0,052	0,052	0	0
31.11.2004	Telenet <i>FreePhone Anytime (FreePhone24)</i>	Telenet 16,95	4,95	8-19u	0	0	0	0
01.06.2005	Belgacom <i>Happy Time</i>	Belgacom 17,15	0	8-17u	0,30	0	0	0
01.06.2005	Tele2 <i>Free Time</i>	Belgacom 17,15	0	8-17u	0,28	0	0	0
03.06.2005	Talk Talk <i>Talk 2</i>	17,15 Belgacom	6,99	8-19u	0,05	0,024	0	0
03.06.2005	Talk Talk <i>Talk 3</i>	17,15 Belgacom	15	9-19u	0	0	0	0

Uit dit overzicht blijkt dat Telenet met haar aanbod 'FreePhone' de eerste was die een formule aanbod waarin de gesprekken in de daluren naar vaste nationale nummers gratis werden aangeboden zonder verhoging van het abonnement en dat Belgacom de eerste was die met haar aanbod Happy Time gratis oproepen aanbod zonder maandelijks forfaitair bedrag én de minuutvergoeding tijdens de piekuren afschafte en verving door een vaste prijs en de piekperiode van dergelijke aanbiedingen inkortte tot 17 uur (i.p.v. tot 19u).

Er wordt niet betwist dat het aanbod *FreeTime* van Tele2 dat in voege trad op dezelfde datum als het aanbod *Happy Time*, na dit laatste aanbod werd gelanceerd. De formule *Free Time* biedt dezelfde voordelen als het aanbod "Happy Time" van Belgacom voor oproepen tussen 17 u en 8 u. Voor de te betalen oproepen werd de prijs op 0,28€ per oproep bepaald in plaats van 0,30€ bij Belgacom.

Een aantal van deze aanbiedingen werden gewijzigd en nieuwe aanbiedingen werden gelanceerd.

Sinds 8 februari 2006, betaalt de abonnee van Belgacom met het Happy Time aanbod, een vast bedrag van 0,859 € per oproep naar Versatel en Telenet tijdens de piekuren. Dit hoger tarief werd vastgesteld naar aanleiding van het Besluit van het BIPT van 17 oktober 2005.

Zoals hoger aangeduid bedraagt het abonnement bij Belgacom voor de vaste lijn 17,50€ per maand in 2007.

Met het aanbod *FreePhone 24* (vroeger genoemd '*FreePhone Anytime*') kan de Telenet-klant sinds mei 2006 onbeperkt bellen naar alle vaste nationale nummers met het basisabonnement van 19,15 € per maand, herleid tot 17,15 € per maand als de klant een Telenet breedbandinternet abonnement bij bestelt. In de loop van 2007 werd de formule omgevormd tot een betalende optie.

13. Zoals hoger gemeld, worden aan de eindgebruikers spraaktelefonie en andere diensten zoals ADSL gezamenlijk aangeboden door diverse operatoren, met formules die voordelen bieden voor de eindgebruiker die verschillende diensten bij dezelfde operator afneemt.

Tele2 biedt de formule "Tele2 All in" aan waarbij de klant een vast bedrag betaalt per maand voor breedbandtoegang tot Internet en spraaktelefonie. De spraaktelefonie wordt geleverd via een "voice over DSL"-toepassing. Wat betreft de tarieven voor de gesprekken kan de eindgebruiker kiezen tussen verschillende formules, waaronder de formule Free Time. De eindgebruiker die voor deze formule opteert betaalt geen abonnement aan Belgacom.

Telenet biedt ook diverse 'Packs' aan waarmee de klant tegen een vast bedrag per maand kan surfen, bellen en televisie kijken.

- De betrokken toegangsdiensten als intermediair verbruik

14. Er bestaan verschillende manieren voor een onderneming die diensten aan de eindgebruikers wil aanbieden om zich tot de retailmarkten te richten.

Hierbij wordt verwezen naar de toelichting van de Commissie bij haar aanbeveling betreffende de relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector, waarin wordt toegelicht dat de belangrijkste alternatieven bestaan uit opbouw en/of aankoop van de elementen die het belangrijkste zijn voor het produceren of leveren van telefoniediensten op retail-niveau: gespreksopbouw, gespreksdoorgifte en gespreksafgite.

De verschillende Wholesale-diensten die Belgacom levert aan de ondernemingen die willen toetreden tot de retailmarkten en die het voorwerp uitmaken van een referentieaanbod van Belgacom worden als volgt onderverdeeld:

- "BRIO" (Belgacom Reference Interconnect Offer) dat o.a. de voorwaarden bepaalt onder welke Belgacom de Collecting Access Services aanbiedt aan de CPS operatoren;
- "BRUO" (Belgacom Reference Unbundled Local Loop Offer) dat betrekking heeft op o.a. de ontbundelde toegang (volledig of gedeeltelijk) tot het aansluitnet, die toelaat spraaktelefoniediensten en/of datatransmissiediensten aan te bieden (Zie Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk); dit aanbod laat andere operatoren toe om de controle te verwerven over de koperparen die de eindgebruikers met het netwerk van Belgacom verbinden en deze op hun eigen netwerk aan te sluiten;

- BROBA (Belgacom Reference Offer for Beatstream Acces) dat de breedband-internetaansluiting betreft via de techniek van ADSL; Breedbandlijnen kunnen op groothandelsvlak, onder diverse vormen, bij Belgacom worden afgenomen om te worden aangesloten op het netwerk van de alternatieve operator. Deze techniek kan worden gebruikt voor het leveren van spraaktelefonie ("Voice over Broadband" of "VoB") en wordt gebruikt voor een gecombineerd aanbod 'All in' van spraaktelefonie en Internettoegang, o.a. door Tele2 en Scarlet. De eindgebruiker dient hiervoor te beschikken over een Internet breedbandaansluiting.

15. Belgacom biedt CPS- telecommunicatieaanbieders toegang tot haar netwerk voor het leveren van communicatiediensten op eindgebruikersniveau (BRIO).

De CPS-operatoren beschikken over een beperkt netwerk dat meestal als "backbone" wordt omschreven en hebben geen rechtstreekse toegang tot de eindgebruikers. Zij dienen diensten voor intermediair verbruik van Belgacom te betrekken en zijn hierop aangewezen om op de stroomafwaartse product- of dienstenmarkt te kunnen concurreren met Belgacom, zowel als onderling.

De prijzen voor de diensten voor intermediair verbruik zijn geregleerde prijzen die moeten beantwoorden aan het beginsel van kostprijsgerichtheid. Het betreft, volgens het BIPT, enerzijds de vaste kosten voor interconnectieverbindingen (IC-links) en voor de toegang tot de interconnectiepunten (ATAP's), anderzijds de interconnectiekosten voor gespreksopbouw en gespreksafgifte van oproepen die bestaan uit een vaste vergoeding voor de connectie ('setup') en uit een vergoeding berekend op basis van het gebruik (looptijd van de gesprekken).

16. Voor het verkeer dat afgeleverd wordt op andere netwerken dan deze van Belgacom, zijn ook interconnectiekosten verschuldigd.

Wat betreft Telenet en Versatel, zijn de tarieven voor de oproepen vanuit België hoger dan deze van Belgacom. Als gevolg van beslissingen van het BIPT van 11 juni 2002 en 7 december 2004, moesten de eindtarieven van Belgacom voor oproepen naar Telenet en Versatel de hogere interconnectiekosten voor deze oproepen weerspiegelen.

Voor de gesprekken afkomstig uit het buitenland zijn deze tarieven, tengevolge een beslissing van het BIPT, dezelfde als de BRIO tarieven.

Overzicht van de verschillende procedures en beslissingen over het aanbod Happy Time.

17. Op 5 juli 2005 heeft Tele2 een klacht ingediend bij de Raad voor de Mededinging met betrekking tot het aanbod Happy Time van Belgacom.

Op dezelfde datum heeft Tele2 een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend op grond van artikel 35 § 1 van de WBEM-1999.

Bij beslissing van 1 september 2006 werd dit verzoek als ongegrond afgewezen. Onderhavige procedure betreft het beroep tegen deze beslissing.

18. In uitvoering van de sectorspecifieke voorschriften waaraan Belgacom was onderworpen, heeft Belgacom op 23 mei 2005 het BIPT op de hoogte gebracht van de lancering van het aanbod Happy Time.

Tele 2 en andere operatoren – ook mobiele operatoren- hebben in de loop van de maand juni 2005 aan het BIPT laten weten dat zij bezwaren hadden tegen het lanceren van dit aanbod.

Op 14 juli 2005 heeft het BIPT een ontwerpbeslissing i.v.m. het Happy Time aanbod toegezonden aan Belgacom en aan Tele2. Dit ontwerpbesluit werd eveneens overgemaakt aan het Korps van Verslaggevers bij de Raad voor de Mededinging.

Op 5 september 2005 werd een nieuw ontwerpbesluit gepubliceerd op de BIPT website en aan consultatie onderworpen.

Op 17 oktober 2005 heeft het BIPT een beslissing genomen betreffende het Happy Time aanbod van Belgacom (<http://www.bipt.be/bipt.htm>).

19. In zijn besluit van 17 oktober 2005 gaat het BIPT vooreerst na of Belgacom, met haar aanbod Happy Time, de wettelijke verplichting naleefde die toen op haar rustte om het principe van kostenoriëntering te respecteren voor de diensten van spraaktelefonie (artikel 106 § 1 van de wet van 21 maart 1991).

Het Instituut oordeelt dat, in het kader van deze toetsing, enkel rekening moet worden gehouden met de kosten die rechtstreeks in verband kunnen worden gebracht met het tariefplan Happy Time, inclusief de commerciële kosten verbonden aan dit aanbod. Worden aldus volledig buiten beschouwing gelaten, de kosten tot werving en behoud van klanten omdat deze volgens het Instituut alle tariefaanbiedingen van Belgacom inzake telefonie betreffen. Het Instituut voegt hieraan toe: *"Wat de kosten betreft die aangegaan worden voor de werving of het behoud van klanten (...) is het Instituut van oordeel dat het moeilijk kan zijn om die rechtstreeks aan Happy Time te koppelen. Men kan immers ervan uitgaan dat de inspanningen van Belgacom erop gericht zijn om klanten te werven en te behouden, los van het tariefplan dat ze kiezen."*

Worden eveneens uit de berekeningen geweerd, de algemene en administratieve kosten van Belgacom om dat deze kosten verband houden met het geheel van de activiteiten van Belgacom als onderneming. Volgens de interpretatie die het Instituut geeft aan de verplichting tot kostenoriëntering van de tarieven, is het niet vereist *'dat het plan Happy Time bijdraagt tot de dekking van die kosten.'*

In zijn appreciatie maakt het Instituut een onderscheid tussen oproepen naar Telenet en Versatel enerzijds, en andere oproepen naar vaste nummers (Belgacom en andere vaste operatoren zoals MCI, Mobistar vast, Colt) anderzijds.

Om het effect van het aanbod Happy Time en van het gelijksoortige aanbod Free Time op het belpatroon van de abonnees van Belgacom te evalueren, neemt het BIPT als tijds kader:

- juni en augustus 2005 wat betreft het aanbod Happy Time;
- de eerste zeven weken van de lancering van het aanbod Free Time wat betreft de Tele2 klanten;

Het Instituut merkt op dat *'het resultaat van de analyse bijzonder gevoelig zou kunnen zijn voor de schommelingen van het gemiddelde consumptiepatroon'*.

Het Instituut oordeelt dat het aanbod Happy Time voldoende inkomsten genereert om de kosten die rechtstreeks verbonden zijn aan het aanbod Happy Time te dekken.

Het Instituut stelt anderzijds vast dat de tarieven voorzien in het aanbod Happy Time de kosten die eigen zijn aan het verkeer bestemd voor Telenet en Versatel niet dekken en een negatieve marge opleveren. Het beslist dat de oproepen naar Telenet en Versatel zo moeten worden gefactureerd dat de onderliggende kosten voor gespreksafgifte worden weerspiegeld en dit uiterlijk op 1 december 2005.

Vervolgens gaat het BIPT na of de alternatieve operatoren die van Belgacom afhangen in de mogelijkheid verkeren een concurrerend aanbod te doen. Het BIPT onderstreept dat dit onderzoek op eigen initiatief gebeurt en louter in het kader van zijn adviesbevoegdheid. Uit de beslissing blijkt dat het BIPT immers er van uitging dat het geen bevoegdheid had - in afwachting van de conclusies van de marktanalyses waartoe het moest overgaan bij toepassing van het nieuwe regelgevingskader - Belgacom te bevelen een einde te maken aan een praktijk van "price-squeeze" (prijsschaar).

In het kader van dit onderzoek neemt het BIPT als kosten:

- de vaste kosten voor IC-links en ATAP's die een CPS-operator aan Belgacom betaalt, berekend op basis van de BRIO tarieven 2005;
- de kosten voor gespreksopbouw en afgifte van oproepen, berekend op basis van de interconnectietarieven die Belgacom aanrekent aan Tele2;
- de commerciële kosten die rechtstreeks verbonden zijn aan een met Happy Time gelijksoortig aanbod;

Tele2 wordt door het BIPT als een redelijk efficiënte operator beschouwd.

Het BIPT houdt verder rekening met het gemiddelde patroon van een Tele2 klant, voor en na het lanceren van het aanbod Free Time.

De volgende tabel geeft de marge van Tele2, bij toepassing van het tariefaanbod Free Time (28 cent per oproep tijdens de piekuren):

van Tele2	Marge	Oproepen naar Telenet en Verstatel	
		Inbegrepen	Niet inbegrepen
Profiel			
Voor de lancering van Free Time	36,17%	37,83%	
Free Time na 2 weken	- 0,08%	2,02%	
Free Time na 3 weken	2,88%	4,99 %	
Free Time na 7 weken	13,12%	15,11 %	
Free Time augustus 05	20,76%	22,55%	

Het BIPT besluit dat "in combinatie met het consumptiepatroon van de Free-Timeklanten, 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 is tijdens de eerste twee weken"(Besluit blz.31).

Gezien een alternatieve operator zoals Tele2 nog andere kosten draagt dan deze die in aanmerking werden genomen (zoals de kosten van zijn eigen netwerk en de kosten die niet rechtstreeks verband houden met een specifiek tariefplan) concludeert het BIPT als volgt: "Het is niet uitgesloten dat hoewel de directe kosten van Belgacom worden gedekt, het aanbod Happy Time een price squeeze (wurgprijzen) kan veroorzaken".

Het Instituut beslist dat zijn besluit aan de Raad voor de Mededinging dient te worden overgemaakt 'om bij te dragen tot het onderzoek dat bij die instantie is gestart.' Het betreft het onderzoek dat gestart is naar aanleiding van de klacht met verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen uitgaande van Tele2.

20. Tele2 heeft geen beroep ingesteld tegen dit besluit van 17 oktober 2005 van het BIPT.

Belgacom heeft een beroep ingesteld (zaak 2005/AR/3114) en een tussenarrest werd geveld op 22 juni 2006.

Procesverloop voor de Raad voor de Mededinging

De klacht ingediend door Tele2 voor de Raad voor de Mededinging

21. Op 5 juli 2005 heeft Tele2 een klacht ingediend bij de Raad voor de Mededinging, in het Nederlands opgesteld, ter vervanging van de klacht die op 28 juni 2005 was neergelegd in het Frans. De taalwijziging gebeurde op verzoek van het Korps van Verslaggevers dat aan Tele2 gemeld heeft dat de procedure in het Nederlands zou worden voortgezet.

De klacht wordt niet voorgelegd zodat het hof moet voortgaan op de beschrijving van deze klacht door het Korps van Verslaggevers in zijn verslag, waarin wordt aangestipt dat Tele2 aan Belgacom verwijt misbruik te maken van haar machtspositie "door (i) marge uitholling (margin squeeze), (ii) roofprijzen (predatory prices) toe te passen, en (iii) deze praktijken te financieren door middel van kruissubsidies."

Tot op heden heeft de Raad voor de Mededinging zich niet uitgesproken over deze klacht.

Het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen en de daaropvolgende procedure

22. Op 5 juli 2005 heeft Tele2 een verzoek tot voorlopige maatregelen neergelegd bij de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op grond van artikel 35 § 1 van de WBEM-1999.

Tele2 verzocht de Voorzitter van de Raad, in afwachting van een eindbeslissing over de klacht, Belgacom te bevelen:

- haar aanbod "Happy Time" of elk ander aanbod met een gelijkaardig effect op te schorten;
- 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;
- een dwangsom van 6.200 € te betalen per dag vertraging de beslissing na te leven.

23. Ter staving van haar verzoek tot het treffen van voormelde voorlopige maatregelen betoogde Tele2 dat het aanbod Happy Time een misbruik van machtspositie uitmaakt, onder de vorm van "marge-utholling" (*margin squeeze*) en dat deze praktijk tot doel en tot gevolg heeft dat Tele2 en andere soortgelijke operatoren uit de markt worden gedreven .

Belgacom zou een dominante positie hebben op de volgende relevante markten, geografisch afgebakend tot het Belgische grondgebied, gezien haar marktaandelen en deze van haar concurrenten die als volgt werden geraamd door Tele2 in haar verzoek, op basis van de toestand eind 2004:

	Belgacom	Telenet	Tele2	Anderen
Retail-markten				
- toegang tot het OTN op een vaste locatie voor particuliere gebruikers	90%	10%		
- nationale telefonische oproepen van een vast nummer naar een vast nummer voor particuliere gebruikers	67% in volume 76% in waarde	10%	14%	8%
Wholesale-markten				
- gespreksopbouw	100%			
- gespreksafgifte	100%			

Volgens Tele2 is de markt voor nationale telefonische oproepen van een vast nummer naar een vast nummer voor particuliere gebruikers een relevante markt, die onderscheiden moet worden van de volgende markten:

- de markt voor elektronische communicatie diensten (overdracht van gegevens via internet, televisie);
- de markt van internationale telefoongesprekken;
- de markt van telefoongesprekken voor professionele gebruikers;
- de markt van mobiele telefoongesprekken;
- de markt van de diensten betreffende telefoongesprekken van vast naar mobiel of van mobiel naar vast.

Tele2 sluit niet uit dat de relevante markt nog verder moet worden gesegmenteerd door een onderscheid te maken tussen de oproepen tijdens de piekuren en deze tussen de daluren.

24. Tele2 verwijt Belgacom zich schuldig te maken aan misbruik van machtspositie door de druk die ze met het aanbod Happy Time uitoefent op de winstmarge die haar concurrenten halen uit de diensten die zij aanbieden aan de eindgebruikers, waardoor het voor Tele2 en andere operatoren onmogelijk wordt om met Belgacom te concurreren op de stroomafwaartse markt van de nationale telefoongesprekken voor particuliere gebruikers van vast naar vast.

Om het effect van marge-utholling aan te tonen, betoogde Tele2 dat het verschil tussen de door Belgacom gefactureerde prijzen stroomopwaarts en stroomafwaarts niet voldoende is opdat een redelijk efficiënte concurrent een normale winst kan behalen (*'reasonably efficiënt service provider'* test).

In haar verzoek stelde Tele2 dat indien ervan uitgegaan wordt dat het Happy Time aanbod geen invloed heeft op het belprofiel van de particuliere gebruikers, de inkomsten per klant en per maand van gemiddeld 9.56 € voor de lancering van Happy Time naar gemiddeld 5.96 € gevallen zijn en de brutomarge van Belgacom (de inkomsten verminderd met de kosten van gespreksopbouw en gespreksafgifte), per maand en per klant, slechts 2.30 € bedraagt met het aanbod Happy Time, ten aanzien van 5.93 € met het 'Standaard aanbod' van Belgacom.

Echter, gelet op de wijzigingen in het belprofiel die het aanbod Happy Time onmiddellijk teweegbracht, zou de brutomarge van Belgacom herleid zijn tot 0,238 € per maand en per klant.

Rekening houdend met de andere kosten die elke CPS-operator draagt naast de interconnectiekosten, betoogde Tele2 dat het duidelijk is dat het verschil in de prijzen die Belgacom stroomopwaarts en stroomafwaarts aanrekent, een redelijk efficiënte concurrent niet in staat stelt om een gelijksoortige offerte te doen zonder aanzienlijke verliezen te lijden.

Bovendien merkte Tele2 op dat aangezien met een aanbod zoals dat van Happy Time, de gebruikers meer en langere gesprekken voeren, de netwerkkosten die evenredig zijn met het gebruik van de betrokken diensten veel hoger zijn met een dergelijk aanbod dan met een standaardaanbod.

Verder diende volgens Tele2 nog rekening te worden gehouden met de grotere wanverhouding tussen de gebruikersprijzen en de Wholesale-tarieven voor oproepen tussen 17 u en 19 u, aangezien Belgacom in deze periode nog steeds haar Wholesale-prijzen die van toepassing zijn in piekuren aanrekent, terwijl de retail-prijzen tot nul worden herleid.

Tele2 voerde ook nog aan dat de druk op de marge nog toeneemt door het feit dat het aanbod Happy Time geldig was voor alle oproepen naar vaste nummers in België, ook deze die aan Versatel en Telenet toebehoren, hoewel deze operatoren veel hogere interconnectietarieven hanteren dan Belgacom.

25. Wat betreft het spoedeisend karakter, legde Tele2 uit dat zij gedwongen werd een gelijkaardige formule aan te bieden (de formule *Free Time*), met aanzienlijke financiële verliezen als gevolg aangezien deze formule haar kosten niet dekt.

Tele2 betoogde dat ondanks haar aanbod *Free Time*, haar klanten massaal naar Belgacom terugkeerden en dat het aantal nieuwe klanten fors verminderde.

Tele2 voerde tevens aan dat de gewraakte praktijk schade veroorzaakt aan het algemeen belang, aangezien zij belet dat operatoren die geen eigenaar zijn van een eigen netwerkinfrastructuur spraaktelefoondiensten blijven aanbieden aan de eindgebruikers die over een vaste lijn beschikken.

Ze onderstreepte dat een CPS operator geen andere inkomsten heeft dan deze uit de telefoondiensten die hij aan de gebruikers aanbiedt. Belgacom zou echter wel een formule van nultarief gemakkelijk kunnen dragen dankzij de inkomsten uit de abonnementen die de gebruikers (inclusief de klanten van Tele2) aangaan voor de toegang tot haar netwerk en dankzij de opbrengst van de interconnectiediensten.

26. Het verzoek tot voorlopige maatregelen werd aan het Korps van Verslaggevers overgemaakt op 5 juli 2005 met verzoek zijn verslag voor te leggen tegen 19 augustus 2005.

Een kopie van de klacht en van het verzoek om voorlopige maatregelen werden ter beschikking van Belgacom gesteld.

Het standpunt van het Korps van Verslaggevers over het verzoek tot voorlopige maatregelen

27. Het Korps van Verslaggevers diende zijn schriftelijk verslag in op 22 augustus 2005, samen met het onderzoeksdossier en een voorstel met betrekking tot de beoordeling van het vertrouwelijke karakter van de ingewonnen inlichtingen, waarin voor elk stuk aangegeven wordt of het vertrouwelijk is en ten aanzien van wie.

Dit verslag werd neergelegd in verschillende exemplaren:

- de integrale versie;
- de versie bestemd voor Belgacom, aangepast op 29 augustus 2005;
- de versie bestemd voor Tele2;

28. Het Korps besloot dat het verzoek tot voorlopige maatregelen ontvankelijk en gegrond is.

Het stemt in met de definitie van de relevante markten voorgesteld door Tele2, en stelt vast dat Belgacom op deze vier markten een dominante positie bekleedt.

Verwijzend naar de toelichting bij de aanbeveling van de Commissie i.v.m. de relevante markten in de elektronische communicatiesector (2003/311/EG), alsook naar de gegevens in zijn bezit en de reacties van de ondervraagde ondernemingen neemt het Korps als uitgangspunt aan dat twee soorten relevante markten in aanmerking dienen te worden genomen: die van diensten of voorzieningen die worden geboden aan de eindgebruikers (retail) en die van toegang tot voorzieningen die nodig is om dergelijke diensten aan exploitanten te kunnen aanbieden (Wholesale).

Wat betreft de retail-markten, neemt het Korps aan:

- dat de markt voor toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie en verzorging van gespreksontvangst en de markt van uitgaande gesprekken afzonderlijke markten zijn;
- dat binnen deze twee soorten markten een onderscheid moet worden gemaakt tussen de zakelijke en particuliere markten;
- dat met betrekking tot uitgaande gesprekken, nationale en internationale gesprekken afzonderlijke markten vormen;

Hoewel het Happy Time aanbod de professionele eindgebruikers niet uitsluit, neemt het Korps aan dat dit aanbod de particuliere eindgebruikers beoogt.

Verder oordeelt het Korps dat binnen de markt van uitgaande nationale gesprekken van een vaste locatie voor particuliere eindgebruikers engere markten dienen te worden gedefinieerd: die van de uitgaande gesprekken naar vaste nummers (F2F) en die van de uitgaande gesprekken naar mobiele telefoons (F2M). Het Korps deelt het standpunt van de Commissie in voormelde Toelichting dat gesprekken naar vaste nummers en gesprekken naar mobiele telefoons door de eindgebruikers niet worden beschouwd als deel uitmakend van dezelfde vraagmarkt.

Het Korps wijst op het enorme prijsverschil tussen de tarieven voor gesprekken naar vaste nummers en deze naar mobiele nummers die circa 400% hoger liggen, en leidt hieruit dat de resultaten van de SSNIP-test enkel maar negatief kunnen uitvallen bij een significante prijsverhoging voor de gesprekken F2F of een significante prijsverhoging van F2M. Het Korps is ook van oordeel dat de diensten verschillende kenmerken vertonen die een substitutie aan de vraagzijde in de weg staan, zoals de mogelijkheid om een persoon met zijn mobiele nummer te bereiken ongeacht de plaats waar hij zich bevindt. Het baseert zich tevens op de vaststelling dat verschillen in het gebruik bestaan: F2F gesprekken duren gemiddeld twee keer langer dan F2M gesprekken en het aantal gesprekken F2F is veel hoger.

Ook op grond van aanbodssubstitutie is het Korps de mening toegedaan dat in België een engere definitie dan deze die door de Commissie wordt voorgesteld dient te worden weerhouden op grond van de overweging dat *'dienstenleveranciers die een categorie van diensten leveren, naar verwachting de benodigde Wholesale-elementen, met inbegrip van aflevering op het mobiele netwerk, kunnen inkopen wanneer een hypothetische monopolist probeert de prijzen te verhogen'*.

Het Korps merkt desbetreffend op dat *'de operatoren een verschillend tarief moeten toepassen voor deze types van gesprekken omdat de kosten voor terminating, aangerekend door de mobiele operatoren, duidelijk hoger liggen dan de kosten aangerekend door de vaste operatoren. Hieruit vloeit trouwens het grote verschil in tarieven (...) voort waarbij het onmogelijk wordt voor de operatoren van vaste telefonie om één enkel tarief vast te stellen voor alle vaste én mobiele nationale gesprekken'*. Het Korps verwijst tevens naar de aanbiedingen "Happy Time", "No limit National Anytime" en "Just Nationaal" van Belgacom voor de residentiële klanten die een onderscheid maken naargelang het opgeroepen nummer een vaste of een mobiele nummer is.

Op de Wholesale-markten onderzoekt het Korps de situatie op het niveau van gespreksopbouw (collecting) en gespreksafgifte (terminating).

Wat betreft de toegang en gespreksopbouw kan uit het verslag worden afgeleid dat de relevante markt, volgens het Korps, omvat de gespreksopbouw voor telefoongesprekken (exclusief de gespreksopbouw voor het initiëren van inkiesverbindingen om toegang tot Internetdiensten te krijgen) via het verkrijgen van verbindingen naar relevante delen van het openbare telefoonnetwerk.

Het Korps stelt vast dat het verwerven van rechtstreekse toegang via het tot stand brengen van netwerktoegang tot de locatie van de eindgebruiker of het kopen of huren van een bestaande netwerkverbinding naar de locatie van de eindgebruiker in de huidige context geen alternatieven zijn voor een onderneming die telefonie op retail-niveau verzorgt, omdat deze aanzienlijke investeringen met zich meebrengen.

Wat de gespreksafgifte betreft, wordt de relevante markt gedefinieerd als de lokale gespreksafgifte aan alle abonnees waarbij de markt even breed is als elk van de netwerkexploitanten. Het Korps verwierpt de stelling van Belgacom als zou een verdere segmentering moeten worden doorgevoerd op basis van het interconnectieniveau met het OTN (EAA, IAA en lokaal).

Wat betreft de geografische afbakening, gaat het Korps uit van het bestaan van nationale markten.

Het korps concludeerde dat Belgacom een dominante positie inneemt op alle relevante retailmarkten en een feitelijke monopolie heeft op de relevante Wholesalemarkten.

29. Met betrekking tot de gewraakte praktijk, blijkt vooreerst uit het verslag dat het Korps van oordeel is dat aangezien Tele2 in haar verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen enkel het aspect "Margin Squeeze" (marge-utholling) behandelt en de andere grieven in de klacht niet herneemt (afbraakprijzen en kruissubsidies), deze andere grieven onbesproken mochten blijven.

Het Korps besloot tot het bestaan van 'Prijschaar' (Price Squeeze). Zijn redenering kan als volgt worden samengevat.

Vooreerst stelt het Korps vast dat de betrokken collecting- en terminatiediensten van Belgacom (BRIO-aanbod), verleend aan concurrenten die tot de relevante retailmarkt willen toetreden middels carrieselectie of -preselectie, deze concurrenten niet in staat stellen verschillende eindgebruikerdiensten te leveren. Met de betrokken Wholesale-diensten kunnen ze enkel spraakdiensten leveren voor uitgaande gesprekken. Hieruit volgt dat de door Belgacom geleverde diensten voor intermediair gebruik en voor eindgebruikers vergelijkbaar zijn.

Het Korps verwerpt hierbij de stelling van Belgacom dat bij het onderzoek van de betrokken markt op Wholesale-niveau rekening moet worden gehouden met alle andere Wholesale-diensten die een onderneming kan verkrijgen om in staat te zijn dezelfde diensten aan de gebruikers te leveren (Brio- Bruo- Broba). Onderstreept moet worden dat het Korps als uitgangspunt neemt dat de vraagzijde van de eindgebruikers hierbij doorslaggevend is en verder de doelstellingen van de sectoriële regelgeving in aanmerking neemt om te besluiten dat het gebeurlijke bestaan van alternatieven geen doeltreffende basis kan zijn om de effecten van het aanbod Happy Time te analyseren.

Vervolgens berekent het Korps de marge in euro per cliënt en per maand tussen de opbrengsten uit de betrokken diensten op retail-niveau rekening houdend met de tarieven van het aanbod Happy Time en met de kosten.

Het neemt als tijds kader de eerste zeven weken van het bestaan van het Free Time aanbod.

De opbrengsten worden berekend op basis van de tarieven van het Happy Time aanbod.

Vooreerst worden als kosten aangemerkt de netwerkkosten: de interconnectiekosten (collecting en terminating) en de kosten verbonden aan de IC-link en aan de ATAP's die bij elke verbinding verschuldigd zijn zoals deze zijn bepaald in het BRIO aanbod van Belgacom. Deze kosten worden begroot op basis van de Brio-tarieven 2005, voor het nationale verkeer, inclusief voor oproepen naar Telenet nummers.

Verder worden als kosten in aanmerking genomen: de retailkosten bestaande uit marketing kosten (uitgaven voor marketing, klantenwerving en behoud van klanten) en niet marketing kosten (facturatie, invordering, algemene en administratieve kosten).

Om de 'wurgprijstest' uit te voeren, neemt het Korps de retailkosten van Tele2 in aanmerking, en niet deze van Belgacom. Voor de begroting van deze kosten baseert het zich op een door Deloitte geauditeerde berekening van de retailkosten in 2004. Het Korps stelt vast dat op het eerste gezicht, Tele2 veel efficiënter is op het niveau van de retailmarkt dan Belgacom. Na toebedeling van de totale retailkosten aan de gesprekken V2V in verhouding tot de bijdrage van dat verkeer in de brutomarge (59%), worden de totale retail-kosten per klant en per maand, begroot.

Het betreft dus de kosten die rechtstreeks voortvloeien uit het aanbod Free Time ('*billing & bad debt- sales & marketing*') maar ook een proportie van alle retailkosten. Het Korps wijkt in dit verband af van de analyse van het BIPT in het ontwerpbesluit van 14 juli 2005.

De berekeningen zijn gemaakt zowel op basis van het gemiddelde belpatroon van een Tele2-klant die gekozen heeft voor het aanbod 'Free Time' van Tele2, dat afgestemd is op het aanbod 'Happy Time' van Belgacom, als op basis van het belpatroon van de abonnees van Belgacom die gekozen hebben voor het aanbod Happy Time, omdat dergelijke aanbiedingen tot een ander belgedrag aanzetten.

Het Korps stelt vooreerst vast dat in alle hypothesen, het verschil tussen de opbrengsten en de kosten van de diensten die de CPS operator bij Belgacom afneemt (interconnectie- en netwerkkosten) positief is. In meerdere van de uitgevoerde testen bedraagt de marge meer dan 25%.

Het Korps stelt verder vast dat het verschil tussen de opbrengsten en de totale kosten (inclusief retailkosten) negatief is, zodat het voor Tele2 onmogelijk is op de relevante markt met Belgacom te concurreren.

In het verslag worden andere berekeningen gemaakt op basis van een bredere definitie van de relevante markt, die zowel de F2F als de F2M gesprekken omvat. In deze veronderstelling komt het Korps tot het besluit dat het verschil tussen de opbrengsten en de kosten, inclusief de marketing- en retentiekosten in alle gevallen negatief is. Indien geen rekening wordt gehouden met de marketing- en retentiekosten, is de marge zo gering dat er tevens sprake is van misbruik van machtspositie.

30. Wat de te bevelen maatregelen betreft, stelde het Korps aan de voorzitter voor om:

“Ofwel

- *Belgacom de voorlopige intrekking te bevelen, binnen twee werkdagen volgend op de bekendmaking van de beslissing, van het ‘Happy Time’ aanbod of van elk ander aanbod of elk ander contract met gelijkwaardig effect;*
- *Belgacom te verbieden om vanaf de bekendmaking van de te nemen beslissing enig aanbod te doen of tarief aan te bieden met een gelijkwaardig effect als het ‘Happy Time’ aanbod;*
- *Belgacom de bekendmaking van de beslissing te bevelen aan alle klanten, die ingegaan zijn op de aanbiedingen in kwestie en dit binnen de vijf werkdagen volgend op de bekendmaking van de beslissing.*

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.*
- *Belgacom te bevelen de beslissing bekend te maken aan al zijn ‘wholesale’-klanten, die toegang hebben tot zijn BRIO-aanbod en dit binnen de vijf werkdagen volgend op de bekendmaking van de beslissing.*

Bovendien stelde het Korps voor om Belgacom te bevelen het beschikbare gedeelte van de beslissing te publiceren op zijn internet site en in elk tijdschrift dat gewoonlijk bestemd is voor informatie aan zijn klanten. Ook stelt het voor om een dwangsom op te leggen van 6.200 € per dag vertraging in de naleving van de beslissing.

31. Het verslag werd neergelegd in verschillende versies:

- de integrale versie bestemd voor de voorzitter van de Raad;
- de versie bestemd voor Belgacom
- de versie bestemd voor Tele2

De procedure voor de voorzitter van de Raad voor de Mededinging

32. Het dossier bevat geen beslissing van de voorzitter van de Raad wat betreft het vertrouwelijke karakter van de stukken.

33. Tijdens de eerste hoorzitting die plaats vond op 24 augustus 2005, werden de termijnen bepaald voor het indienen van schriftelijke opmerkingen.

Uit de notulen van de zitting blijkt dat Belgacom mededeling vroeg van alle gegevens, in het verslag en in het onderzoeksdossier, die als vertrouwelijk werden aangemerkt volgens het voorstel van het Korps van Verslaggevers.

34. Tele2 heeft schriftelijke opmerkingen ingediend op 5 juli 2005.

Belgacom heeft een memorie ingediend op 12 september 2005.

Tele2 heeft nog een memorie ingediend op 21 september 2005 waarin berekeningen worden uitgevoerd op basis van de reële consumptie van de klanten (i) in de maand augustus 2005 en (ii) in de periode van 2 tot 11 september 2005, om aan te tonen dat het belprofiel van de consument beïnvloed blijft door een aanbod zoals dat van Happy Time of Free Time, ook na verloop van tijd.

Belgacom heeft aanvullende en samenvattende opmerkingen ingediend op 27 september 2005. Hierbij verstrekt Belgacom gegevens over de evolutie van het belprofiel van haar Happy Time klanten voor de maand augustus 2005 en de eerste drie weken van september 2005 om aan te tonen dat de marges hoger liggen dan de marges die voortvloeien uit de profielgegevens van de maand juni 2005.

Van elk van deze procedurestukken werd door de auteur ervan een niet-vertrouwelijke versie opgemaakt bestemd voor de andere betrokken partij.

Zowel Tele2 als Belgacom hebben bijkomende stukken bij hun schriftelijke opmerkingen gevoegd.

35. Een tweede hoorzitting vond plaats op 30 september 2005 waarbij vertegenwoordigers van het BIPT aanwezig waren, op vraag van de voorzitter van de Raad.

Uit de notulen van de zitting blijkt dat vragen werden gesteld aan het BIPT die werden beantwoord. Noch de vragen noch de antwoorden werden genoteerd.

36. De voorzitter van de Raad werd in kennis gesteld van het besluit van 17 oktober 2005 van het BIPT betreffende het aanbod Happy Time van Belgacom. Zoals hoger aangemerkt, werd dit besluit aan de Raad overgemaakt om bij te dragen aan het onderzoek over de klacht van Tele2.

Na de hoorzitting van 30 september 2005, hebben zowel Belgacom (schrijven van 27 oktober 2005) als Tele2 (schrijven van 3 november 2005) gereageerd op het besluit van het BIPT van 17 oktober 2005 door mededeling aan de voorzitter van de Raad van hun standpunt over de interpretatie die aan deze beslissing dient te worden gegeven.

Bijkomende gegevens werden eveneens verstrekt en toegelicht in verband met:

- de overname van Versatel door Tele2 op 10 oktober 2005;
- het rapport van Tele2 over de resultaten van het derde kwartaal 2005;
- de advertentie betreffende het aanbod Happy Time die Belgacom aan haar abonnees heeft gestuurd in oktober 2005.

In deze advertentie staat het volgende: *"Op 3 juli hadden reeds 338.086 klanten Belgacom Happy Time aangevraagd."* Met deze advertentie worden de abonnees van Belgacom aangespoord om aan Belgacom de toelating te geven tot desactivatie van de preselectie over te gaan.

In januari 2006, werden brieven naar de voorzitter verstuurd en werden hem nieuwe gegevens verstrekt naar aanleiding van de nieuwe interconnectietarieven van Belgacom (BRIO 2006) en het lanceren door Tele2 van het aanbod "All in" (Brief van Belgacom van 6 januari 2006 en van Tele2 van 10 januari 2006).

In februari 2006 werden brieven naar de voorzitter verstuurd naar aanleiding van een wijziging in het tariefplan Happy Time: de tarieven voor oproepen tijdens de piekuren naar de netwerken van Versatel en van Telenet werden verhoogd ter uitvoering van het Besluit van het BIPT van 17 oktober 2005.

In mei 2006 heeft Belgacom een brief gericht naar de voorzitter i.v.m. de aanpassing door Telenet van haar tariefplan 'FreePhone'.

Op deze brieven werd niet gereageerd.

37. Op 11 augustus 2006 heeft het BIPT een besluit genomen betreffende de markten van de cluster "Vaste telefonie". In dit besluit komt het BIPT tot de conclusie dat oproepen van vast naar mobiel en oproepen van vast naar vast tot dezelfde relevante markt behoren vanwege de sterke substitutie aan de aanbodzijde en ondanks de vaststelling dat *"aan de vraagzijde de substitueerbaarheid tussen de telefoondiensten van vast naar mobiel en de telefoondiensten van vast naar vast onvoldoende is om ze in dezelfde relevante markt op te nemen"* (Besluit van 11 augustus 2006, blz. 48).

Dit besluit werd genomen na overleg met de Raad voor de Mededinging bij toepassing van artikel 55 van de wet van 13 juni 2005. Noch het advies van 17 mei 2006 van de Raad noch het besluit van het BIPT maken deel uit van de stukken van het dossier van de voorzitter van de Raad, zoals aan het hof overgemaakt.

De bestreden beslissing van 1 september 2006

38. De voorzitter van de Raad heeft eerst uitspraak gedaan over het middel van schending van de rechten van verdediging, voorgedragen door Belgacom, die had laten gelden dat haar toegang moest worden verleend tot alle documenten waarvan de voorzitter kennis zou hebben genomen in het kader van de gevoerde procedure, inclusief de documenten die volgens het voorstel van het Korps van Verslaggevers als vertrouwelijk werden aangemerkt.

Dienaangaande oordeelt de voorzitter dat het middel grondslag mist om reden dat *"voldoende bescherming wordt geboden door de regel dat de beslissing niet gegrond mag zijn op een gegeven of stuk waarvan de vertrouwelijkheid erkend is."*

39. Voorts heeft de voorzitter gesteld dat zijn rechtsmacht niet verder kan strekken dan de beoordeling van de vraag of een bevel tot schorsing van het aanbod Happy Time zich opdringt. Hij was van oordeel dat de andere voorgestelde maatregelen (een bevel tot schorsing van elk aanbod met gelijkwaardig effect als het aanbod Happy Time of een bevel tot verlaging van de interconnectietarieven) buiten zijn rechtsmacht vallen.

40. Verder oordeelde de voorzitter dat de voorgelegde feiten niet toelaten tot het besluit te komen dat Belgacom, met het aanbod Happy Time, zich op het eerste gezicht schuldig maakt aan misbruik van machtspositie door Price Squeeze. Hierbij gaat hij uit van volgende rechtsopvattingen over het begrip 'misbruik van machtspositie'.

Hij stelt vooreerst dat misbruik van machtspositie moet onderscheiden worden van *'normaal (of ten minste: toelaatbaar) concurrentieel gedrag van de onderneming met machtspositie, en het uitgangspunt voor het onderscheid is welke de verklaring is voor de restrictieve mededingingspraktijk'*. Verwijzend naar de aanbiedingen van Telenet, Versatel en Yellow Telecom die de mogelijkheid bieden om gratis oproepen te verrichten, oordeelt hij dat *'het dus normaal is dat Belgacom haar netto verlies tracht te beperken dank zij Happy Time'*.

Verder stelt hij dat – gelet op het voorgaande – er slechts sprake kan zijn van misbruik van machtspositie indien zou blijken dat met het aanbod Happy Time, Belgacom nog meer verliezen zou lijden dan zonder dit aanbod. Desbetreffend merkt hij op dat Belgacom er geen belang bij heeft verlies te willen lijden met de bedoeling haar concurrenten uit de markt te drijven. Deze overweging steunt op de vaststelling dat er voor Belgacom geen vooruitzicht kan zijn op monopolie-winsten, aangezien het BIPT de eindgebruikertarieven van Belgacom controleert op hun kostenoriëntatie.

Verwijzend naar de *'reasonably efficiënt competitor test'* die door het Korps van Verslaggevers werd verricht en die volgens de Voorzitter *'het bestaan van een wurgprijs op het eerste gezicht aanvaardbaar maakt'* alsook naar het besluit van het BIPT van 17 oktober 2005 waarin wordt gesteld dat *'niet definitief kan worden uitgesloten dat het Happy Time aanbod een wurgprijs veroorzaakt'*, merkt hij echter op dat het oproep- of verbruikersprofiel dat in aanmerking werd genomen voor de berekeningen steunt op een analyse van het gedrag van de verbruikers gedurende de eerste zes weken na het lanceren van het Happy Time aanbod van Belgacom en het Free Time van Tele2. Echter, naar zijn oordeel, zouden de in het raam van de procedure voorgelegde cijfers ook wijzen op een verandering in de eerste daarop volgende weken, die erin bestaat *'dat eindgebruikers minder lang bellen dan aanvankelijk, en na enige tijd zelfs hun oproepen niet meer doelbewust uitstellen tot na het piekuur'*. Volgens de voorzitter mag worden aangenomen *'dat die wijziging bestendig is'* met als gevolg dat de feiten voor de vaststelling van een inbreuk na de periode van zes weken niet vaststaan.

De voorzitter stelde verder vast dat volgens de berekeningen van het verslag, in alle weerhouden hypothesen, de inkomsten de netwerkkosten overtreffen zodat het bestaan van een wurgprijs alleen afhangt van de hoogte van de andere kosten. Evenwel zijn er naar zijn oordeel geen objectieve gegevens voorhanden ter ondersteuning van de raming die het Korps gemaakt heeft *'van de andere kosten, deze die eigen zijn aan de kleinhandelsmarkt'*.

41. In de veronderstelling dat het bestaan van een misbruik van machtspositie prima facie zou vaststaan, overweegt de voorzitter dat Tele2 niet voldoende aantoont dat de gewraakte praktijk een ernstig nadeel veroorzaakt.

Uit diens beslissing blijkt dat hij beaamt dat Tele2 een aanzienlijk klantenverlies en een ernstig inkomstenverlies lijdt

Niettemin wordt met betrekking tot het klantenverlies geoordeeld dat het erg moeilijk is met enige graad van zekerheid te bepalen welk gedeelte van het verlies van klanten aan "Happy Time" toe te schrijven is, *'aangezien andere telecomoperatoren gunstige tarieven aanbieden die ook (huidige en potentiële) klanten van Tele2 afsnoepen'*. Het besluit luidt dat het vereiste oorzakelijk verband tussen de praktijk en het nadeel niet vaststaat.

Wat betreft het ingeroepen inkomstenverlies, stelt de voorzitter vast dat dit nadeel niet onherstelbaar is gelet op de mogelijkheid voor Tele2 om na een eindbeslissing over de gewraakte praktijk, volledig vergoed te worden voor de geleden schade. Hij merkt op dat deze eindbeslissing kan genomen worden hetzij door de Raad voor de Mededinging bij de uitspraak over de klacht, hetzij door het BIPT in uitoefening van zijn bevoegdheden die bij artikel 64 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie zijn toegekend, hetzij nog door de gewone rechter.

42. De voorzitter is de mening toegedaan dat het Happy Time aanbod geen toestand in het leven roept of dreigt in het leven te roepen die schadelijk kan zijn voor het algemeen economische belang. Desbetreffend stelt hij dat uit de overwegingen van de beslissing blijkt dat dit aanbod een reactie is op prijsverminderingen van bepaalde operatoren, dat andere operatoren hun eindgebruikertarieven voor vaste telefonie ook verminderd hebben, dat op grond van de voorliggende feiten niet aangenomen kan worden dat het lanceren van het aanbod Happy Time tot doel of tot gevolg heeft dat (de meeste) concurrenten uit de markt worden gedreven en dat niet voldoende blijkt dat de

alternatieve operatoren geen kostendekkend aanbod meer zouden kunnen formuleren.

De voorzitter overweegt tenslotte dat *'nadelig voor de eindgebruikers kan het tarief dus niet genoemd worden'*.

43. De beslissing werd aan de raadsman van Belgacom betekend bij schrijven en fax van 1 september 2006 met verzoek zijn opmerkingen over te maken betreffende de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens.

Bij het schrijven van 6 september 2006 werd een verschoonde versie van de beslissing aan de raadsman van Tele2 betekend. Tele2 werd eveneens verzocht de gegevens aan te duiden die uit de publieke versie moesten worden geweerd.

II. De procedure voor het hof

44. Bij het op 5 oktober 2006 ter griffie van het hof ingediende verzoekschrift, heeft Tele2 beroep ingesteld strekkende tot vernietiging van de beslissing van 1 september 2006 van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging waarbij haar verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen werd verworpen (hierna "bestreden beslissing").

Dit verzoekschrift houdt tevens een verzoek in om Belgacom te bevelen het Happy Time aanbod of elk ander aanbod met een gelijkaardig effect te schorsen met onmiddellijke ingang na de kennisgeving van het arrest, onder verbeurte van een dwangsom van 5% van de dagelijkse omzet van Belgacom per dag vertraging in de volledige en onvoorwaardelijke naleving van het tussen te komen arrest.

Bij aangetekend schrijven met ontvangstbewijs heeft Tele2, in overeenstemming met artikel 75 § 2 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 15 september 2006, binnen de vijf dagen na het indienen van het verzoekschrift in hoger beroep, een kopie van het verzoekschrift gestuurd aan Belgacom, aan de Raad voor de Mededinging en aan de Minister van Economische Zaken.

Volgens het dispositief van haar schriftelijke opmerkingen, ingediend op 19 juni 2006, strekt het beroep van Tele2 tot:

- voor zover als nodig, nietigverklaring van de bestreden beslissing;
- in hoofdde, het nemen van de in het verzoekschrift in hoger beroep gevorderde voorlopige maatregelen, met dien verstaande dat het bevel tot schorsing van het aanbod Happy Time of van elk ander aanbod met een gelijkaardig effect zowel op de huidige klanten als op de toekomstige klanten van Belgacom betrekking heeft;
- in ondergeschikte orde, schorsing van het aanbod Happy Time of van elk ander aanbod met een gelijkaardig effect voor alle toekomstige klanten;

In uiterst ondergeschikte orde, vraagt Tele2 dat het Auditoraat bij de Raad voor de Mededinging wordt gelast met een bijkomend onderzoek over de gevolgen van het aanbod Happy Time.

45. Belgacom heeft schriftelijke opmerkingen ingediend op 12 januari 2007 ingediend. Zij besluit tot verwerping van het beroep en in ieder geval van de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen. Ze vraagt om verzoekster te veroordelen in de kosten.

Bij haar schriftelijke opmerkingen ingediend op 16 april 2007, vraagt Belgacom, in ondergeschikte orde, dat het hof, bij wijze van beslissing alvorens recht te doen, haar toegang zou verlenen tot de vertrouwelijke stukken en informatie in het dossier die door Tele2 tegen Belgacom worden ingeroepen alsook tot de overige vertrouwelijke informatie in het dossier die voor haar verdere verdediging nuttig of dienstig kan zijn, en in ieder geval elke informatie te weren waartoe Belgacom geen toegang heeft.

In nog meer ondergeschikte orde vraagt ze het hof om alvorens uitspraak te doen, een bijkomend onderzoek te bevelen, gelet onder meer op het feit dat de gegevens eenzijdig aangevoerd door Tele2 niet het voorwerp zijn geweest van enig onderzoek. Hierbij wenst ze de mogelijkheid om haar opmerkingen te formuleren bij de resultaten van een dergelijk bijkomend onderzoek.

46. Door beide partijen worden aan het hof gegevens verstrekt over de ontwikkeling van de markt na 1 september 2006, datum van de bestreden beslissing.

Zowel Tele2 als Belgacom voegen bij hun dossier documenten die als vertrouwelijk worden aangemerkt ten aanzien van de andere partij.

47. De Raad heeft geen schriftelijke opmerkingen ingediend en aldus geen gebruik gemaakt van het recht dat aan de nationale mededingingsautoriteiten (NMA's) bij artikel 15 van de EG Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 wordt gegeven om uit eigen beweging schriftelijke opmerkingen te maken.

48. De partijen werden gehoord op de terechtzittingen van 18 en 19 juni 2007.

III. BEOORDELING.

1. Toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels

49. Uit artikel 3 van Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag volgt dat de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten ertoe verplicht worden ook de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toe te passen wanneer ze het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten en praktijken welke de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden.

50. De communautaire mededingingsregels zijn toepasselijk op het voorliggende geval. Op dit punt bestaat er overigens geen betwisting.

2. De bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteit om, hangende een onderzoek, voorlopige maatregelen te bevelen. Over de aard en de omvang van de rechtsmacht van het hof als beroepsrechter.

Doel van voorlopige maatregelen hangende een onderzoek voor de Raad voor de mededinging

51. Verordening nr.1/2003 maakt een onderscheid tussen de nationale mededingingsautoriteiten (NMA) en de nationale rechterlijke instanties.

Het onderscheid dat fundamenteel is, steunt op de overweging dat de nationale rechterlijke instanties de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende subjectieve rechten beschermen *'door geschillen tussen particulieren te beslechten'* (overweging 7), terwijl de NMA's net als de Commissie optreden als *'openbare handhavingsinstanties'*.

Artikel 5 van Verordening nr.1/2003, die rechtstreekse werking heeft, geeft aan de door de Lid- Staten aangewezen mededingingsautoriteit, met het oog op de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, in individuele gevallen, de bevoegdheid om, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, de beëindiging van een inbreuk te bevelen en om voorlopige maatregelen op te leggen.

52. Het hof neemt als uitgangspunt dat de bevoegdheid die de Raad voor de Mededinging (sensu lato) put uit Verordening nr.1/2003 om voorlopige maatregelen te treffen in het licht van het communautaire mededingingsrecht dient te worden geïnterpreteerd.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat voorlopige maatregelen tot doel hebben het nuttige effect te garanderen van eventuele beschikkingen die beogen de ondernemingen te dwingen een einde te maken aan de vastgestelde inbreuken (Arrest HvJ EG van 17 januari 1980, Zaak 792/79 R, Camera Care, Jurispr. 1980, blz.119).

In tegenstelling tot het kort geding voor de hoven en rechtbanken, dat een van het bodemgeschil duidelijk onderscheiden onderwerp en bestaansreden heeft (Cass., 11 mei 1990, T.B.H., blz. 778, met noot Lindemans), worden voorlopige maatregelen door de Commissie of door de NMA's getroffen om te voorkomen dat de uitoefening van hun bevoegdheid om de beëindiging van een inbreuk te bevelen, uiteindelijk onwerkzaam of zelfs illusoir wordt wegens het optreden van de ondernemingen. Het recht om voorlopige maatregelen te nemen vloeit bijgevolg rechtstreeks voort uit de bevoegdheid van de mededingingsautoriteit om de beëindiging van een inbreuk te bevelen. Deze bevoegdheid kan in opeenvolgende fases worden uitgeoefend ten einde te voorkomen dat tijdens het onderzoek dat door de autoriteit wordt verricht schade wordt veroorzaakt die door de eindbeslissing niet meer ongedaan kan worden gemaakt.

Verder staat het vast dat voorlopige maatregelen door de mededingingsautoriteit kunnen worden genomen - zelfs ambtshalve - teneinde een situatie af te wenden die aan degene die een klacht neerlegt ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen maar ook teneinde een situatie af te wenden die vanuit het oogpunt van het algemeen belang onduldbaar is.

De mededingingsautoriteit is hierbij niet gebonden door de kwalificatie die degene die een klacht neerlegt en voorlopige maatregelen vraagt aan de praktijk geeft, noch door de maatregelen die door deze partij worden gevraagd. Ze draagt wel de bewijslast van de bij tussenbeslissing of eindbeslissing door haar vastgestelde inbreuken terwijl de bewijslast, in een burgerlijk proces, op de eisende partij rust.

Het vereiste van urgentie heeft ook niet dezelfde draagwijdte als in artikel 584, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek. De onherstelbare schade waarmee de mededingingsautoriteit rekening moet houden, is de schade die niet meer ongedaan kan worden gemaakt door de beslissing waartoe zijzelf aan het eind van de administratieve procedure zal komen. Bij de beoordeling van de vraag of voorlopige maatregelen onverwijld vereist zijn, komt de mogelijkheid voor degene die om voorlopige maatregelen verzoekt om een vordering tot schadevergoeding in te stellen, nadat is vastgesteld dat de mededingingsregels werden geschonden, niet in aanmerking (arrest van het Gerecht van Eerste aanleg van 24 januari 1992, La Cinq t.Commissie, Zaak T-44/90, r.o. 77-80).

De invulling van de bevoegdheid van de voorzitter van de Raad om voorlopige maatregelen te treffen.

53. In de bestreden beslissing wordt als uitgangspunt genomen dat de voorzitter van de Raad gebonden is door de economische analyse of door de kwalificatie die de verzoeker geeft van de aangeklaagde praktijk in zijn verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen. In navolging van het standpunt van het Korps, wordt het onderzoek immers beperkt tot de vraag of er sprake is van *Price Squeeze*.

Verder wordt in de bestreden beslissing als uitgangspunt genomen dat voorlopige maatregelen die verder strekken dan de bescherming van de partij die de klacht neerlegt niet kunnen worden getroffen. In de beslissing wordt bijvoorbeeld gesteld dat *"nog afgezien van de vraag of (de voorzitter van) de Raad rechtsmacht heeft om in te grijpen op de BRIO-tarieven, zou de verplichte verlaging ervan, voor alle operatoren, een algemeen ordenend kenmerk vertonen dat het belang van Tele2 overschrijdt"*.

Deze opvatting kan niet worden beaamd. Ze is ontleend aan de beginselen die de basis vormen van de leiding van het geding door de rechter, inzonderheid de vrije beschikkingsmacht van de partij die een vordering instelt, hoewel deze beginselen niet toepasselijk zijn op de rechtspleging voor de Raad voor de Mededinging omdat deze niet is gevat van een geschil tussen twee partijen.

De taak van de Raad bestaat erin de vrije mededinging te beschermen door inbreuken op de mededingingsregels op te sporen en te beteugelen, gebeurlijk uit eigen beweging ter bescherming van het openbaar belang.

De rol van de voorzitter van de Raad kan bijgevolg evenmin worden ingeperkt door de wijze waarop de partij die de klacht heeft neergelegd en voorlopige maatregelen vraagt de aangeklaagde praktijk beschrijft en in rechte ontleend in het licht van het mededingingsrecht. Voorlopige maatregelen worden immers getroffen teneinde het nuttig effect van de beslissingsbevoegdheid van de Raad te waarborgen.

Aard van het hogere beroep

54. Bij de bepaling van de opdracht van het hof bij hoger beroep tegen een beslissing van de Raad of van de voorzitter van de Raad, dient rekening te worden gehouden met de eigen kenmerken van de rechtspleging voor de Raad voor de Mededinging en met het doel van voorlopige maatregelen.

De stelling van Tele2 volgens dewelke het hof optreedt als kortgedingrechter in tweede aanleg en in de zin van artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek kan niet worden bijgetreden.

Uit de bewoordingen van artikel 75 WBEM(2006) zou op het eerste gezicht kunnen worden afgeleid dat het beroep tegen beslissingen van de Raad en van de voorzitter, net als het hogere beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen, "*het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep*" zoals bepaald in artikel 1068 Gerechtelijk wetboek. Dergelijke interpretatie is nochtans niet bestaanbaar met de bevoegdheden die de Raad voor de Mededinging, als openbare handhavingsinstantie, rechtstreeks uit de Verordening 1/2003 put om, hangende een onderzoek en bij tussenbeslissing, voorlopige maatregelen te nemen. Ze spoort evenmin met het feit dat de verwijzing naar artikel 1068 Gerechtelijk Wetboek – die voorhanden was in het voorontwerp van wet - niet behouden bleef in de huidige WBEM.

Vooreerst maakt het hogere beroep het onderzoek over de gewraakte

praktijken dat de Raad voert naar aanleiding van de klacht, niet aanhangig voor het hof. De stelling als zou de voorzitter van de Raad zijn 'rechtsmacht' hebben uitgeput door een beslissing tot afwijzing van het verzoek tot voorlopige maatregelen ingediend door Tele2 is ook onjuist. Hangende het onderzoek dat de Raad voor de Mededinging voert en ondanks het bestaan van deze eerste beslissing, kan de voorzitter van de Raad nog altijd op zijn beslissing terugkomen.

Hij kan eventueel op grond van nieuwe ontwikkelingen, vaststellen dat er dringende redenen zijn om voorlopige maatregelen te treffen teneinde, in afwachting van een eindbeslissing, te voorkomen dat de voortzetting van de litigieuze praktijken bij gebreke aan dergelijke voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade zou veroorzaken.

Vervolgens is het hof van beroep te Brussel niet aangewezen als mededingingsautoriteit. In het kader van een beroep tegen een beslissing tot afwijzing van voorlopige maatregelen, heeft het hof niet als taak om hangende het onderzoek voor de Raad, ervoor te zorgen – middels het treffen van voorlopige maatregelen- dat de bevoegdheid van de Raad om inbreuken vast te stellen en de beëindiging ervan te bevelen op doeltreffende wijze wordt uitgeoefend. Het recht om voorlopige maatregelen te nemen behoort tot de bevoegdheid van de mededingingsautoriteit die desbetreffend beschikt over een beoordelingsmarge en hierbij rekening kan houden, o.a., met de complexiteit van de materie en de tijd die vereist is om een eindbeslissing te nemen.

De stelling als zou het hof in tweede aanleg uitspraak moeten doen over een geschil tussen de ondernemingen betrokken bij het onderzoek dat de Raad voert of heeft gevoerd, valt ook met de vaststelling dat de Raad voor de Mededinging geen uitspraak doet in een geschil wanneer hij een tussenbeslissing of een eindbeslissing neemt over het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht of van een verzoek van de Minister. Dit werd in de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp benadrukt. Het geschil dat voor het hof aanhangig wordt gemaakt door het hogere beroep vindt zijn oorsprong in de bestreden beslissing zelf, wat door Tele2 trouwens wordt erkend .

Tenslotte rust de bewijslast van een inbreuk op de Raad en niet op degene die het bestaan van een inbreuk aanvoert. Om die reden heeft de Raad verregaande onderzoeksbevoegdheden en is de Raad ook gemachtigd om met het oog op de bewijsvoering en de doeltreffende uitoefening van het recht van verdediging, de vertrouwelijkheid op te heffen van de gegevens verzameld in het kader van het onderzoek. Het hof vermog dan ook niet om na een nieuw onderzoek en na afweging van de belastende of ontlastende elementen, zelf te beslissen over de noodzaak om bepaalde gegevens aan een tegensprekelijk debat te

onderwerpen met het oog op de vaststelling door het hof van een inbreuk. In dat geval zou het zich immers de bevoegdheden van de Raad toeëigenen zonder de processuele garanties die de WBEM en de algemene rechtsbeginselen bieden aan de ondernemingen te kunnen verzekeren.

55. De toekenning aan het hof van bevoegdheid met volle rechtsmacht houdt dus niet in dat het hof dezelfde rechten en bevoegdheden uitoefent als de Raad voor de Mededinging. Dit kan ook afgeleid worden uit de bewoordingen van artikel 75 WBEM (2006) waar het stelt dat het hof met de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangevochten beslissing 'kan' rekening houden. Indien het hof in alle gevallen zijn eigen soevereine appreciatie zou mogen stellen in de plaats van deze van de Raad, dan zou de inachtneming van de marktgegevens op het tijdstip van het arrest als een verplichting zijn verwoord.

De bevoegdheid met volle rechtsmacht houdt wel in dat het hof van beroep te Brussel zich niet mag beperken tot toezicht op de toepassing die gemaakt werd van het recht maar ook moet nagaan of de bestreden beslissing een correcte analyse maakt van de feiten.

56. Uit het voorgaande volgt dat Tele2 zich ten onrechte beroept op de bevoegdheid van het hof om met volle rechtsmacht te oordelen om te stellen dat het hof op grond van haar soevereine appreciatie uitspraak mag doen over haar verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen, zonder voorafgaandelijk de bestreden beslissing te hebben nietig verklaard.

57. Tele2 stelt ook ten onrechte dat bij vernietiging van een beslissing tot afwijzing van voorlopige maatregelen een efficiënte rechtsbescherming vergt dat het hof zelf voorlopige maatregelen kan bevelen.

Vooreerst kan Tele2 steeds, met het oog op de voorlopige bescherming van haar subjectieve rechten, een procedure in kort geding instellen.

Ten tweede dient het hof als uitgangspunt te nemen dat bij vernietiging van een beslissing tot afwijzing van voorlopige maatregelen, de Raad het verzoek opnieuw zal onderzoeken, aan de hand van de informatie die op dat ogenblik beschikbaar is, en rekening houdend met de motieven van het arrest.

Het achterhaald karakter van de gegevens opgenomen in het Verslag en in de bestreden beslissing.

58. Belgacom merkt terecht op dat de gegevens opgenomen in het Verslag en in de bestreden beslissing alsook de gegevens die opgenomen zijn in het besluit van het BIPT van 17 oktober 2005 en op basis waarvan wurgprijssimulaties werden uitgevoerd, om verschillende redenen niet meer actueel zijn

De tarieven in het aanbod Happy Time zijn gewijzigd wat betreft oproepen naar de nummers van Versatel en van Telenet.

De terminatietarieven van Telenet en Verstatel werden op 1 januari 2007 verlaagd ter uitvoering van het Besluit van het BIPT van 11 augustus 2006 betreffende de markten van de cluster "Vaste telefonie".

In het verslag worden de BRIO-tarieven 2005 gehanteerd voor de berekening van de kosten, terwijl deze tarieven werden verlaagd zowel voor 2006 als voor 2007.

De terminatievergoedingen van de mobiele operatoren die van kracht waren in 2005, gebruikt in het Verslag, zijn eveneens verlaagd als gevolg van het Besluit van het BIPT van 11 augustus 2006 m.b.t. tot "*Markt 16*": *Gespreksafgifte op elk mobiel netwerk*.

De berekening van de retailkosten van Tele2, die in het Verslag gebeurde op basis van een geauditeerde boekhouding voor het jaar 2004, is eveneens achterhaald onder meer omwille van het feit dat Tele2 vanaf 2005, naast diensten van spraaktelefonie, nog andere diensten levert.

59. Nieuwe cijfers, berekeningen en simulaties worden door Tele2 aangebracht.

Gelet op de evolutie van de marktgegevens verzoekt Tele2 het hof deze gegevens, berekeningen en simulaties aan een onderzoek door het Auditoraat te onderwerpen, op grond van artikel 78 § 2, 8° WBEM(2006).

Zoals hoger vermeld, kan het niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat het hof tot een geheel nieuw onderzoek zou overgaan op basis van de op het tijdstip van het arrest beschikbare gegevens, na een onderzoek dat door het Auditoraat van de Raad zou worden gevoerd. Overigens is het onderzoek nog steeds hangende in onderhavige zaak en het hof beschikt over geen enkele informatie over de stand van dit onderzoek.

Zoals Belgacom stelt, moet de bestreden beslissing aldus beoordeeld worden in het licht van de informatie die voor de voorzitter van de Raad beschikbaar was en waarmee hij rekening diende te houden.

3. Over de middelen met betrekking tot de procedure voor het hof

Over het belang in hoofde van Tele2

60. Uit de schriftelijke opmerkingen van Belgacom blijkt dat zij het belang van Tele2 om hoger beroep in te stellen betwist omdat deze, volgens haar een afdoend belang om voorlopige maatregelen te vorderen niet heeft aangetoond en nog steeds niet aantoot.

Belgacom trekt het ingeroepen belang in twijfel *'omdat de concurrentie op de markt uiteraard veel ruimer is dan een concurrentie Tele2 vs. Belgacom'*, en verder, omdat niet is aangetoond dat een bevel tot staking van de gewraakte praktijk *op zich* volstaat om het ingeroepen nadeel naar de toekomst toe te vermijden.

61. Vooreerst stelt Belgacom dat de voorlopige maatregelen enkel betrekking kunnen hebben op het aanbod Happy Time. Met deze overweging schijnt zij te stellen dat een bevel tot staking of tot aanpassing van dit aanbod geen afbreuk kan doen aan haar recht om gelijkaardige aanbiedingen te lanceren.

Deze opvatting die ertoe leidt dat de bevoegdheid tot het nemen van voorlopige maatregelen zou worden uitgehold, kan niet worden gevolgd.

62. Verder voert Belgacom aan dat een bevel tot schorsing van het aanbod of tot aanpassing van dit aanbod op zich niets wijzigt aan de positie van Tele2. Om een risico van verder verlies te verminderen, zou Tele2 na inwilliging van haar verzoek een verhoging van haar eigen tarieven moeten doorvoeren.

Het middel is ongegrond.

De bestreden beslissing heeft het verzoek van Tele2 tot het nemen van voorlopige maatregelen afgewezen, wat volstaat om aan te nemen dat Tele2 belang heeft om hoger beroep in te stellen.

Aangezien het bestreden aanbod *Happy Time* niet is ingetrokken op het tijdstip van het arrest en de Raad voor de Mededinging nog geen beslissing heeft genomen over het rechtmatige karakter van de aangeklaagde praktijk die het voorwerp maakt van de klacht van Tele2 of van andere ondernemingen, behoudt Tele2 een belang bij de berechting van het hoger beroep.

De vragen die opgeworpen worden door Belgacom zijn niet relevant in het kader van de beoordeling van het belang van Tele2 bij een beroep tot vernietiging van de bestreden beslissing maar betreffen de voorwaarden die voorhanden moeten zijn voor het nemen van voorlopige maatregelen.

Over de toegang tot het dossier

63. Belgacom verzoekt het hof de vertrouwelijkheid van de als vertrouwelijk aangemerkt informatie op te heffen voor zover deze informatie tegen haar wordt gebruikt en haar toe te laten desbetreffend verweer te voeren.

Indien de vertrouwelijkheid niet wordt opgeheven, vraagt zij dat de documenten die vertrouwelijke gegevens bevatten uit de debatten worden geweerd.

Zij verwijst hierbij o.a. naar de vertrouwelijke versie van alle procedurestukken (verslag, schriftelijke opmerkingen van Tele2 voor de voorzitter van de Raad) alsook naar de stukken die Tele2 in het kader van de procedure voor het hof neerlegt en als vertrouwelijk aanmerkt.

64. Op een algemeen verzoek van een partij om toegang te krijgen tot alle stukken die een vertrouwelijke behandeling hebben gekregen in de administratieve procedure of waarvoor een vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd voor het hof, kan niet worden ingegaan.

De partij die toegang vraagt tot vertrouwelijke informatie dient aan te tonen dat de beschermde gegevens voor de uitoefening van haar procesrechten dienstig kunnen zijn.

In zover het debat beperkt blijft tot een discussie over de juistheid van de rechtsopvattingen waarop de bestreden beslissing steunt of beperkt blijft tot de vraag of de voorzitter van de Raad een correcte analyse heeft gemaakt van de toegankelijke gegevens, heeft Belgacom geen belang om de mededeling te vragen van de stukken die commerciële gegevens van Tele2 bevatten.

Alleen indien het onderzoek verder reikt, dient het hof ervoor te zorgen dat Belgacom in staat wordt gesteld om zich te verdedigen tegen de aantijgingen gemaakt op basis van vertrouwelijke informatie, door mededeling van de stukken die deze aantijgingen zouden kunnen staven of weerleggen, en dan in een niet vertrouwelijke versie.

Over de ontvankelijkheid van middelen die niet in het verzoekschrift zijn voorgedragen

65. Belgacom betwist in algemene termen de ontvankelijkheid van de middelen die Tele2 voordraagt voor zover ze niet in het verzoekschrift tot hoger beroep zijn opgenomen, of stelt dat ze desbetreffend voorbehoud maakt.

66. Belgacom preciseert nochtans niet welke middelen nieuw zouden zijn ten opzichte van de vermeldingen in het verzoekschrift. Argumenten en voorbeelden aanhalen staat niet gelijk met het voordragen van nieuwe middelen.

Het middel kan dus niet worden aangenomen.

4. Over het toereikende karakter van de motivering van de bestreden beslissing

67. Tele2 stelt dat de motivering van de bestreden beslissing ontoereikend is enerzijds omdat op haar middelen en argumenten niet wordt geantwoord, anderzijds omdat de beslissing haar niet in staat stelt kennis te hebben van de reden waarom haar argumenten op verscheidene cruciale punten worden afgewezen en evenmin objectieve gegevens vermeldt ter staving van de overwegingen die tot afwijzing van het verzoek hebben geleid.

68. De Raad voor de Mededinging is nochtans niet verplicht om alle middelen en argumenten te beantwoorden. In het licht van de taak die aan de Raad is opgedragen, kunnen hij en zijn voorzitter volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van de beslissing van wezenlijk belang zijn.

De motivering dient echter toereikend te zijn. De motivering moet bijgevolg ter zake dienend te zijn, en derhalve toegespitst op de situatie die aan de voorzitter is voorgelegd.

De motivering dient ook het hof in staat te stellen zijn controle uit te oefenen. Een motivering is onvoldoende wanneer geen melding wordt gemaakt van de feitelijke gegevens waarop de beslissing steunt (Vgl. zaak GEA, T-44/90, geciteerd onder randnummer 51, r.o.41 en de daarin opgenomen verwijzingen).

Als het, zoals te dezen, een spoedprocedure betreft, is het verder ter verwerping van het verzoek voldoende om aan te tonen dat aan één van de cumulatieve voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen niet is voldaan. Hieruit volgt dat wanneer uit de beslissing blijkt dat de afwijzing van het verzoek steunt op de vaststelling dat geen enkele voorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen voorhanden is, een gebrek aan motivering enkel weerhouden kan worden indien blijkt dat de motivering voor geen enkele van de voorwaarden toereikend is.

69. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de voorzitter de invloed van het aanbod op het verbruiksprofiel als een wezenlijk element beschouwt bij de beoordeling van de vereiste vaststelling van een inbreuk en het verlies aan klanten door Tele2 als een wezenlijk element beschouwt bij de beoordeling van het vereiste van het risico van een ernstige en onherstelbare schade.

In de beslissing wordt gesteld dat *'mag worden aangenomen'* dat de invloed van het aanbod Happy Time op het verbruik van spraaktelefonie diensten, welke in de eerste weken van het aanbod waargenomen werd, tijdelijk is en verder dat *"niet vaststaat 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"*.

Tele2 voert terecht aan dat uit de beslissing niet kan worden afgeleid op welke gegevens deze overwegingen berusten.

Wat betreft de invloed van het aanbod op het verbruikersprofiel wordt in de bestreden beslissing enkel verwezen naar het verslag dat op 22 augustus 2005 werd neergelegd en naar het besluit van het BIPT van 17 oktober 2005. De gegevens opgenomen in deze beide documenten kunnen nochtans geen betrekking hebben op de evolutie van het verbruikprofiel tussen het lanceren van het aanbod Happy Time op 1 juni 2005 en de datum van de beslissing die op 1 september 2006 is genomen.

Bij ontstentenis van verwijzing naar stukken die aan de voorzitter werden overgemaakt na neerlegging van het verslag, laat de overweging dat *"de in het raam van onderhavige rechtspleging voorgelegde cijfers"* eveneens er op wijzen *"dat de eindgebruikers minder lang bellen dan aanvankelijk, en na enige tijd zelfs hun oproepen niet meer doelbewust uitstellen tot na het piekuur"* ook niet toe uit te maken met welke precieze gegevens de voorzitter rekening heeft gehouden op het tijdstip van zijn beslissing, of met de gegevens die door Tele2 werden verstrekt (die een periode van meer dan drie maanden bestrijkt) rekening is gehouden of nog, of de informatie verstrekt door Belgacom en Tele2 na de hoorzitting als geldig is beschouwd.

De bewering van Belgacom dat deze vaststellingen berusten op de informatie die zij aan de voorzitter heeft verstrekt (Vertrouwelijke Bijlagen 19 en 24 bij haar eerste opmerkingen en Vertrouwelijke Bijlage N bij haar aanvullende opmerkingen), vindt geen steun in de beslissing, onder meer omdat in de beslissing wordt gesteld dat deze niet gegrond mag zijn op een gegeven of stuk waarvan de vertrouwelijkheid is erkend (bestreden beslissing, punt 23).

Wat betreft de evolutie van het klantenbestand van Tele2 wordt uitsluitend verwezen naar cijfers voor de periode van juni 2005 tot 19 september 2005 hoewel de voor deze periode beschikbare informatie geen basis kan vormen voor de vaststelling op 1 september 2006, dat het niet vaststaat dat het verlies van klanten zich na september 2005 heeft doorgezet. De reden waarom geen rekening is gehouden met de cijfers die door Tele2 bij haar brief van 16 februari 2006 aan de voorzitter werden overgemaakt, blijkt niet uit de beslissing hoewel deze gegevens een periode van 8 maanden bestrijken en aantonen, althans volgens Tele2, dat het klantenverlies zich wel degelijk heeft doorgezet na september 2005.

Uit de beslissing blijkt verder dat de kosten van Tele2, andere dan deze die betrekking hebben op de afname van wholesalediensten, bij Belgacom als doorslaggevend worden beschouwd voor de vaststelling van Margin Squeeze. De voorzitter oordeelt echter dat *“dat de berekeningen van het verslag berusten op het kostencijfer (...) maar het verslag laat niet toe de realiteit van dit cijfer te toetsten aan objectieve gegevens, die op het eerste gezicht betrouwbare conclusies zouden wettigen.”*

Uit deze motivering kan niet worden afgeleid waarom de voorzitter beslist dat er geen objectieve gegevens bestaan voor de raming van deze kosten. Uit de lezing van het verslag blijkt duidelijk met welke gegevens het Korps rekening heeft gehouden om deze kosten te ramen en waarom deze gegevens als betrouwbaar werden aangemerkt. De gegevens maken ook deel uit van de stukken die aan de voorzitter werden overgemaakt.

Hun vertrouwelijk karakter ten aanzien van Belgacom kon geen hindernis vormen voor hun vermelding met het oog op een toereikende motivering van de beslissing tot afwijzing van het verzoek van Tele2 op basis van een gemotiveerde vaststelling dat de gegevens niet objectief zouden zijn. De cijfers die Tele2 heeft ingeroepen ter staving van haar kosten kunnen immers verwijderd worden uit de versie van een beslissing tot afwijzing van het verzoek, bestemd voor Belgacom.

70. Belgacom beroept zich tevergeefs op alle argumenten die zij in het kader van de administratieve procedure heeft ingeroepen om aan te tonen dat het weerhouden cijfer niet geloofwaardig is. De bestreden beslissing maakt geen gewag van die argumenten.

In tegenstelling tot wat Belgacom stelt, bestaat de motivering uit overwegingen die als subjectief kunnen worden aangemerkt. Immers, op grond van gegevens die een zeer korte periode bestrijken of wegens de vaststelling dat er geen beschikbare informatie is voor de periode na september 2005, gaat de voorzitter over tot een prospectieve inschatting van de mogelijke gevolgen van het aanbod Happy Time na september 2005 hoewel de werkelijke weerslag van het aanbod Happy Time, dat op het tijdstip van de beslissing meer dan een jaar oud was, kon worden vastgesteld op basis van geactualiseerde en concrete cijfers.

71. Belgacom benadrukt terecht dat de bestreden beslissing gezien moet worden in het licht van de informatie die voor de voorzitter beschikbaar was en waarmee hij rekening kon houden.

Evenwel leidt zij hieruit verkeerdelijk af dat de voorzitter van de Raad voor de Mededinging genoeg moet nemen met gegevens die alvast onvolledig zijn geworden, gelet op de tijd die is verlopen sinds de overlegging van het verslag of sinds de laatste hoorzitting. Met het oog op een doeltreffende uitoefening van het recht om voorlopige maatregelen te nemen dat hem is opgedragen, dient de voorzitter te beschikken over alle relevante informatie op het tijdstip van zijn beslissing en desnoods deze informatie op te vragen. De beoordelingsvrijheid waarover de voorzitter beschikt laat hem immers niet toe prospectief te redeneren over een periode die al voorbij is.

Het middel is bijgevolg gegrond.

72. Gelet op de bevoegdheid met volle rechtsmacht waarover het hof beschikt, dient niettemin te worden nagegaan of de afwijzing van het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen gehandhaafd kan blijven omwille van de overige redengeving in de bestreden beslissing.

5. Over het vereiste van de vaststelling van een inbreuk op het eerste gezicht

Over de ontstentenis van enige overweging in de bestreden beslissing over de relevante markten en de positie van Belgacom op de relevante markten

73. In de bestreden beslissing wordt niet onderzocht of Belgacom over een machtspositie beschikt. De beslissing bevat evenmin een verwijzing naar de conclusies van het verslag op dit punt.

Aangezien de voorzitter wel onderzoekt of Belgacom zich schuldig maakt aan misbruik van machtspositie door het lanceren en het handhaven van het aanbod Happy Time, meent Tele2 dat de voorzitter zich de conclusies van het Verslag heeft toegeëigend zowel wat betreft de definitie van de relevante markten als wat betreft de positie van Belgacom op de onderscheiden relevante markten.

Belgacom bestrijdt dit standpunt en stelt dat verondersteld moet worden dat de voorzitter is uitgegaan van de redenering dat zelfs indien men op die punten het standpunt van Tele2 en het Verslag zou volgen, dit nog steeds niet zou kunnen leiden tot het opleggen van voorlopige maatregelen. Belgacom benadrukt hierbij dat ze het standpunt van het Korps inzake marktdefinitie betwist heeft in het kader van de rechtspleging voor de voorzitter.

74. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat "het verbod van artikel 82 EG om misbruik te maken van een machtspositie op de markt voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, ziet op gedragingen die de structuur kunnen beïnvloeden van een markt waar, juist door de aanwezigheid van een onderneming met dergelijke positie, de mededinging reeds is verzwakt, en die met andere middelen dan bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen en diensten gebruikelijk zijn, de instandhouding of de ontwikkeling van het nog op die markt aanwezige concurrentieniveau kunnen verhinderen (arrest van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, punt 70, arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04 P, punt 66).

Volgens vaste rechtspraak, volgt uit artikel 82 EG dat in bepaalde omstandigheden, gedragingen of handelingen van ondernemingen met een machtspositie kunnen worden verboden die op zich geen misbruik opleveren en niet eens laakbaar zijn indien zij het werk waren van ondernemingen die geen machtspositie innemen (Hof van Justitie, arresten van het Gerecht van 17 juli 1998, ITT Promedia/Commissie, T-111/96, punt 139, en van 30 januari 2007, France Telecom/Commissie, T-340/03, punten 185-187).

Of een gedrag een misbruik oplevert in de zin van artikel 82 EG kan bijgevolg niet worden beoordeeld los van de vraag of dit gedrag tot doel of tot gevolg heeft de machtspositie van de onderneming te versterken, wat de voorafgaande vaststelling van een machtspositie impliceert.

75. Het verzoek tot voorlopige maatregelen werd afgewezen omdat het bestaan van een misbruik van machtspositie naar het oordeel van de voorzitter niet voldoende vaststond en, in ondergeschikte orde, omdat het oorzakelijk verband tussen de aangeklaagde praktijk en het ingeroepen ernstig nadeel niet vaststond.

Of deze vaststelling gepaard ging met de impliciete erkenning dat Belgacom een machtspositie heeft blijkt niet uit de beslissing met als gevolg dat geen enkel besluit op dit punt kan worden getrokken.

76. Bij het onderzoek van de middelen, dient het hof nochtans er van uit te gaan dat de bestreden beslissing impliciet de overwegingen en de conclusies van het Verslag volgt wat betreft de relevante dienstenmarkten, de positie van Belgacom op de relevante wholesale en retailmarkten, en de vaststelling dat Belgacom op alle relevante markten een machtspositie bekleedt.

Anders oordelen zou tot gevolg hebben dat Tele2 zich onmogelijk zou kunnen weren tegen de beslissing die haar verzoek afwijst. Het voordragen van middelen tegen het besluit dat het prima facie niet vaststaat dat Belgacom zich schuldig maakt aan misbruik en dat hoe dan ook het bewijs van een onherstelbaar nadeel niet vaststaat, heeft immers geen nut indien men aanneemt dat de hele bestreden redenering gebaseerd is op een loutere werkhypothese dat Belgacom een machtspositie heeft.

Over de machtspositie van Belgacom

77. Om uit te maken of Belgacom met haar aanbod Happy Time een politiek van wurgprijs voert, hoeft niet te worden aangetoond dat Belgacom een machtspositie heeft op de retailmarkt. Artikel 82 EG kan worden toegepast op een gedraging op een andere markt dan de gedomineerde markt, die effecten heeft op deze markt zelf, wanneer de onderscheiden markten nauw met elkaar in verband staan (Hof van Justitie, arrest van 14 november 1996, C-333/94 P, Tetra Pak c. Commission ('Tetra Pak II), 27-31).

Hieruit volgt dat de discussie betreffende de positie van Belgacom op de retailmarkten voor toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers en voor oproepen van een vast nummer, of op een breder gedefinieerde markt, ter zake niet dienend is. Hetzelfde geldt voor de discussie over de druk die Telenet of andere operatoren op de mededinging op deze markten uitoefenen.

78. Met het Korps van Verslaggevers dient te worden aangenomen dat Belgacom een monopolie bezit op de betrokken wholesalem Markt wegens haar totale beheersing van de wholesalediensten die nodig zijn opdat andere ondernemingen CPS diensten zouden kunnen aanbieden voor uitgaande gesprekken van een vaste lijn.

Belgacom is door het BIPT bij besluit van 19 juni 2006 aangewezen als operator met een machtspositie op alle relevante nationale markten voor toegang tot het openbare telefoonnet.

Gezien de analyse waarop dit besluit steunt, gevoerd werd bij toepassing van de communautaire mededingingsregels, dient Belgacom te worden aangemerkt als een onderneming met een machtspositie in de zin van artikel 82 EG, dit is een economische positie die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markten te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk consumenten te gedragen.

Aan Belgacom is overigens op grond van de sectoriële reglementering en gelet op haar marktmacht, de verplichting opgelegd om aan haar concurrenten op de retailmarkt toegang te verlenen tot de onderdelen van haar netwerk die zij nodig hebben om hun activiteit als CPS operator te ontwikkelen.

79. Belgacom betoogt dat er voor het aanbieden van spraaktelefoniediensten aan de eindgebruikers alternatieven voorhanden zijn en dat er geen hindernissen zijn die het gebruik van deze alternatieven onmogelijk of zelfs onredelijk moeilijk maken.

De verplichting die Belgacom heeft om de gereguleerde BRIO- diensten aan te bieden, berust nochtans op de overweging dat vanuit een mededingingsrechtelijk oogpunt, de betrokken netwerkonderdelen en bijhorende faciliteiten onontbeerlijk zijn voor het leveren van retaildiensten van vaste spraaktelefonie op een economisch rendabele basis alsook op de overweging dat voor nieuwkomers op de markt de CPS-functie die het mogelijk maakt een cliënteel op te bouwen, essentieel is voor de ontwikkeling van de mededinging.

Uit de conclusies van Belgacom kan overigens worden afgeleid dat ze erkent dat de BRUO- of BROBA-diensten geen reëel alternatief zijn voor de BRIO- diensten met het oog op het ontwikkelen van een activiteit die tot het leveren van spraaktelefonie diensten beperkt zou zijn.

De betrokken BRIO-diensten hebben bijgevolg een "onontbeerlijk" karakter in de zin van de communautaire rechtspraak (HvJ EG arrest van 26 november 1998. - Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG en Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. - Zaak C-7/97).

Voor zover de betreden beslissing impliciet steunt op de vaststelling dat Belgacom een machtspositie heeft, is de kritiek van Belgacom op dit punt aldus onterecht.

Over de toetsing van de geïncrimineerde praktijk beperkt tot het misbruik van machtspositie door Price Squeeze.

80. Uit de overwegingen van de bestreden beslissing blijkt dat de voorzitter ervan uitgegaan is dat hij enkel vermag na te gaan of het aanbod Happy Time van Belgacom een misbruik van machtspositie door Price Squeeze oplevert.

Dit volgt uit punt 29. van de beslissing waarin wordt gesteld dat de motieven betreffende de beoordeling van het bestaan van een inbreuk op het eerste gezicht (punten 30 tot en met 34) dienen te worden gelezen in relatie met de vraag of Belgacom zich schuldig maakt aan misbruik van machtspositie 'door middel van een wurgprijs'.

Dit blijkt ook uit de afwezigheid van enige overweging in de beslissing betreffende de vraag of het aanbod *Happy Time* een ander misbruik van machtspositie oplevert dan een misbruik door *Price Squeeze*.

81. Deze enge toetsing, die overigens door het Korps van Verslaggevers werd gesuggereerd, moet worden verworpen om de redenen die boven al zijn vermeld.

82. Bovendien is de vaststelling dat Tele2 zich er toe beperkt heeft het bestaan van wurgprijzen aan te klagen onjuist.

Vooreerst staat het vast dat Tele2, in haar klacht, ook heeft aangevoerd dat Belgacom, met haar aanbod *Happy Time*, zich schuldig maakt aan afbraakprijzen.

Verder kan evenmin worden gesteld dat Tele2, in haar verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen, zich uitsluitend heeft beroepen op het bestaan van een wurgpraktijk.

In haar verzoekschrift tot het nemen van voorlopige maatregelen en in haar schriftelijke opmerkingen voor de voorzitter, heeft Tele2 weliswaar betoogd dat het aanbod *Happy Time* een uitsluitingseffect heeft als gevolg van het verdringingseffect veroorzaakt door *Price Squeeze*, gelet op de relatie tussen de retailprijzen en de wholesaletarieven. Hiermee heeft Tele2 voornamelijk aangevoerd dat het aanbod *Happy Time* de capaciteit van de met Belgacom concurrerende ondernemingen om met Belgacom te rivaliseren op de retailmarkt beperkte, en dus een nadelige invloed had op het aanbod van spraaktelefonie diensten middels de CPS-functie.

Maar Tele2 heeft ook betoogd dat het aanbod *Happy Time* een uitsluitingseffect heeft ten aanzien van haar (en van andere CPS-operatoren), omdat dit tariefplan onmiddellijk en rechtstreeks een weerslag had op de vraag van de eindgebruikers, abonnees van Belgacom, naar CPS diensten, en onderlijnd dat deze weerslag kon worden waargenomen hoewel de tarieven van Tele2 met haar aanbod *Free Time* aan de eindgebruikers lager zijn dan deze van het aanbod *Happy Time*.

Door te stellen dat de gewraakte praktijk niet alleen een invloed kon hebben op het aanbod van spraaktelefoniediensten middels CPS, dat het typisch effect is van Price Squeeze, maar ook een onmiddellijke invloed had op de vraag naar deze diensten, wat zelden voorkomt bij Price Squeeze, heeft Tele2 duidelijk de aandacht van de Raad en van zijn voorzitter gevestigd op het mogelijk bestaan van een misbruik van machtspositie omwille van het klantenbindingeffect van het aanbod.

Tele2 heeft een reeks concrete gegevens verstrekt om de onmiddellijke weerslag van het aanbod op de vraag naar CPS diensten en de omvang ervan aan te tonen. Deze weerslag wordt erkend in de bestreden beslissing, alvast voor de eerste weken die op het lanceren van het aanbod Happy Time volgden. De rechtstreekse invloed die het aanbod Happy Time heeft op de vraag van de abonnees van Belgacom naar CPS diensten, wordt ook erkend door Belgacom o.a. waar zij aanhaalt dat uit een onderzoek dat ze verricht heeft blijkt dat van de abonnees van Belgacom die op 15 juli 2005 gebruik maakten van de CPS-diensten van Tele2, op 5 april 2006 van deze abonnees 40% de CPS-diensten hadden verlaten ten voordele van het aanbod Happy Time en 20% ten voordele van een ander aanbod van Belgacom.

Wanneer, zoals in onderhavige zaak, sterke aanwijzingen bestaan dat een aanbod van een dominerende onderneming dat naar de eindgebruikers is gericht een uitsluitingeffect heeft ten aanzien van concurrerende ondernemingen omwille van de invloed van het aanbod op de keuze van de eindgebruikers, dient eerst te worden onderzocht of de betrokken offerte geen misbruik oplevert omwille van haar klantenbindingeffect. Dergelijk onderzoek kan immers uitmonden in de conclusie dat een zeer complex onderzoek naar het bestaan van een wurgprijs-praktijk geheel overbodig is.

Een klantenbindingeffect kan worden vastgesteld op basis van een analyse van het aanbod zelf en van haar mogelijke effecten op het gedrag van de eindgebruiker die vrij een keuze moet kunnen maken tussen de ondernemingen die hen identieke of gelijkwaardige diensten aanbieden. Dergelijke analyse slaat op de voordelen van het aanbod in vergelijking met de voorheen geldende aanbiedingen van de onderneming met machtspositie, op de modaliteiten en voorwaarden tot toekenning van die voordelen, als ook op de kenmerken van het aanbod waaronder haar al dan niet tijdelijk karakter. Deze analyse moet worden verricht rekening houdend met de eigenschappen van de diensten waarop het aanbod betrekking heeft zoals hun al dan niet innoverend karakter.

Aan de hand van dergelijke analyse kan worden vastgesteld of het aanbod Happy Time tot gevolg heeft of tot gevolg kan hebben dat de eindgebruikers gestimuleerd worden om zich uitsluitend tot Belgacom te richten voor het volledige of het grootste deel van hun totale behoeften aan de betrokken diensten. Een reden hiervoor kan bijvoorbeeld zijn dat het nultarief dat aangeboden wordt tijdens de daarin voorziene daluren de eindgebruikers afhoudt van enige inspanning om na te gaan of concurrerende offertes even aantrekkelijk of meer aantrekkelijk zijn.

Indien een uitsluitingseffect als gevolg van een klantenbindingseffect kan worden vastgesteld, dient verder te worden onderzocht of het lanceren van het aanbod Happy Time de getrouwde van de abonnees van Belgacom niet op een onrechtmatige wijze aanmoedigt voor de toegang tot haar netwerk en het gebruik van haar spraaktelefonie- en andere telecommunicatiediensten, gezien de positie van Belgacom op de retailmarkt en de gevolgen die het aanbod kan hebben op de instandhouding of de ontwikkeling van het op de markt aanwezige concurrentieniveau. Hierbij rijst de vraag of het uit de betrokken offerte voortvloeiende klantenbindingseffect op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berust (Vgl. HvJ EG, arrest van 15 maart 2007, British Airways, C-95/04 P).

Uit het voorgaande volgt dat de voorzitter het verzoek van Tele2 tot het nemen van voorlopige maatregelen niet kon afwijzen op grond van de overweging dat niet afdoend is aangetoond dat het aanbod Happy Time Price Squeeze oplevert, zonder te hebben onderzocht of dit aanbod geen geval van misbruik van machtspositie oplevert omwille van zijn klantenbindingseffect.

Over de geïncrimineerde redengeving met betrekking tot de vraag of er sprake is van Price Squeeze ("Prijsschaar").

83. Uit de beslissing blijkt dat de voorzitter aanneemt dat een praktijk van Price Squeeze een misbruik van machtspositie oplevert.

Volgens Belgacom is er binnen de toepassing van het mededingingsrecht echter geen ruimte voor een afzonderlijke vorm van misbruik dat louter zou gebaseerd zijn op een "Price Squeeze"-test. Met andere woorden zou in het kader van de toepassing van het mededingingsrecht, nog altijd moeten worden aangetoond dat de prijzen die door Belgacom worden gehanteerd op de retailmarkt haar eigen productiekosten niet dekken en/of dat de prijzen die door haar worden gehanteerd voor de Wholesalediensten abnormaal hoog zijn.

Belgacom stelt terecht dat om een misbruik van machtspositie vast te stellen het niet volstaat om aan te tonen dat de concurrenten van een verticaal geïntegreerde onderneming zoals Belgacom genoodzaakt zijn om hun CPS diensten met verlies te verkopen om zo te trachten zich op de markt te handhaven.

Belgacom kan niet omwille van haar machtspositie, worden verplicht haar Wholesalediensten beneden haar productiekosten te verkopen of haar winstmarge voor de retaildiensten te verhogen opdat concurrenten op de markt zouden kunnen standhouden (Hof van Justitie, arrest van het Gerecht van 30 november 2000, *Industries des poudres sphériques /Commission, T-5/97, 117-187*).

Zoals in dit arrest wordt gesteld, kan de omstandigheid dat het voor een onderneming onmogelijk is om te concurreren op de retailmarkt met de dominerende onderneming, aan diverse oorzaken te wijten zijn, waaronder –wanneer de producten of diensten gelijkwaardig zijn– een gebrek aan efficiëntie.

84. Belgacom stelt echter onterecht dat het bewijs van een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG niet kan worden aangetoond door de resultaten van een Price Squeeze Test, daar dergelijke test enkel zou slaan op de verhouding tussen beide Wholesale- en Retailprijzen. Ze beweert eveneens onterecht dat in de communautaire rechtspraak geen geval bekend is van vaststelling van een misbruik van machtspositie aan de hand van een Price Squeeze Test.

De Price Squeeze testen die als doeltreffend worden beschouwd om wurgprijzen aan te tonen, houden rekening met het niveau van efficiëntie van de dominerende onderneming en/of met het niveau van efficiëntie dat de concurrerende ondernemingen op de retailmarkt, die dergelijke praktijk aanklagen, moeten bereiken opdat zou kunnen worden opgetreden op grond van het mededingingsrecht wegens Price Squeeze. (Beschikking van de Commissie van 19.10.88, Zaak 88/518/EEC *Napier Brown-Britisch sugar*; Beschikking van de Commissie van 21 mei 2003, Zaak COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.529 – *Deutsche Telekom*; Beschikking van de Commissie van 4 juli 2007, Zaak COMP/37.784 – *Wanadoo Espana vs. Telefonica*).

Zoals in de bestreden beslissing wordt gesteld, kan Price Squeeze vooreerst worden aangetoond door te bewijzen dat het eigen stroomafwaartse bedrijfs onderdeel van de dominerende onderneming niet rendabel zou kunnen opereren op basis van de prijs die het stroomopwaarts bedrijfs onderdeel van zijn concurrenten verlangt ('equally efficient competitor test').

De vraag is of Belgacom in staat zou zijn de betrokken retaildiensten aan te bieden zonder een verlies te lijden, in de hypothese dat Belgacom de prijs voor de diensten van intermediair gebruik die zij aan derden aanrekent zou moeten betalen en toerekenen aan de betrokken retailactiviteit.

Price Squeeze kan ook worden aangetoond door te bewijzen dat de marge tussen de prijs die de dominerende onderneming van haar concurrenten op de stroomafwaartse markt vraagt voor de diensten van intermediair gebruik en de prijs die de dominerende onderneming op de stroomafwaartse markt vraagt, niet hoog genoeg is om een redelijk efficiënte dienstverrichter op deze markt in staat te stellen een normale winst te behalen ('hypothetical reasonably efficient competitor test').

85. Belgacom stelt anderzijds ook onterecht dat in het kader van de toepassing van het mededingingsrecht, het bestaan van wurgprijzen bezwaarlijk kan worden aangetoond op basis van een test die enkel rekening zou houden met de reële kosten van de concurrenten, andere dan de kosten voor afname van de Wholesalediensten die de dominerende onderneming aanrekent.

Zij argumenteert dat deze 'andere kosten' vertrouwelijk zijn en leidt hieruit af dat in het kader van een controle ex-post, anders dan in het kader van een controle ex ante, aan de dominerende onderneming niet kan worden verweten een gedraging te hebben aangenomen waarvan ze de gevolgen onmogelijk op voorhand kon in schatten (In die zin, Damien Geradin en Robert 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, juni, 2005, Deel III, C).

Een misbruik van machtspositie kan echter worden vastgesteld buiten elke fout om (Hof van Justitie, arrest van het Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum t. Commissie, T 65/99).

Anders dan Belgacom stelt, is de kennis van de kosten van de concurrerende ondernemingen bijgevolg niet altijd vereist opdat een gedraging als een misbruik van machtspositie wegens wurgprijzen zou kunnen worden aangemerkt.

Verder, wanneer vaststaat dat een dominerende onderneming weet of redelijkerwijze zou moeten weten dat de door haar gevolgde strategie van prijszetting tot wurgprijzen aanleiding geeft, is dat voldoende om het bestaan van een inbreuk op het eerste gezicht vast te stellen.

De relevante vraag was, in dit opzicht, of het niet voor de hand liggend is dat de uitsluiting van concurrerende ondernemingen door een strategie van wurgprijs het beoogde resultaat is van het aanbod Happy Time, dat gericht is op de versterking van de binding van de gebruikers aan Belgacom.

Hierbij diende te worden onderzocht of Belgacom wist of verondersteld was te weten op het tijdstip van het lanceren van het aanbod dat de concurrerende ondernemingen naar aanleiding van het Happy Time aanbod, er toe gedwongen zouden worden om niet uit de markt te worden gedreven :

- een nultarief toe te kennen aan de eindgebruikers voor een aanzienlijk gedeelte van het verkeer (verkeer in de daluren die zich uitstrekken van 17 u tot 8 u, in plaats van 19 u tot 8u);
- tegelijkertijd hun tarieven voor het ander gedeelte van het verkeer te verlagen door een vast bedrag aan te rekenen ongeacht de gespreksduur, dat bovendien lager moet zijn dan het tarief van het aanbod Happy Time, gezien het algemeen bekend is dat nieuwkomers op de markt er toe verplicht zijn om, met het oog op het lokken van de klanten van een gevestigde onderneming hun aanzienlijk hogere voordelen aan te bieden;
- deze voordelen toe te kennen zonder een tegenprestatie ;
- het hoofd te bieden aan een gevoelige stijging van de kosten als gevolg van een voorspelbare wijziging van het oproepprofiel, van een prijszetting die niet meer functie is van de omvang van het verkeer en van de gespreksduur alsook van de instandhouding van de hogere interconnectietarieven voor de piekuren van 17 u tot 19 u.

86. Verder is de stelling van Belgacom dat er slechts sprake zou kunnen zijn van misbruik van machtspositie wanneer wordt aangetoond hetzij dat de retailprijzen afbraakprijzen zijn hetzij dat de Wholesaleprijs buitenmatig hoog is, uitdrukkelijk weerlegd door de Commissie bij de Beschikking van 4 juli 2007 in de zaak Wanadoo Espana tegen Telefonica (Case COMP/38.784, punt 283).

87. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de voorzitter het onderzoek of Belgacom met haar aanbod Happy Time een wurgprijs praktijk toepast aanvat met de vraag of Belgacom normaal handelt ter verdediging van haar eigen belangen.

Hij stelt vast dat Belgacom geconfronteerd is met agressieve concurrerende aanbiedingen van meerdere operatoren. Hieruit leidt hij af dat het aanbod Happy Time eerder als een reactie op agressieve prijsverminderingen door rivaliserende ondernemingen moet worden verklaard.

Hij stelt verder vast: *'het verslag ziet alleen op de verhouding tussen Belgacom en Tele 2'*, waardoor onterecht de indruk ontstaat dat het aanbod Happy Time moet verklaard worden als een strategie om aan Tele2 klanten te ontnemen.

Op basis van deze overwegingen komt de voorzitter tot de conclusie *"dat het normaal is dat Belgacom haar nettoverlies (aan klanten) tracht te beperken dank zij Happy Time"*.

88. Bij de beoordeling van de vraag of een gedraging –ongeacht de kwalificatie die eraan wordt gegeven- in een concreet geval een misbruik van machtspositie kan uitmaken, mag het onderzoek nochtans niet aanvangen met de beoordeling van de mogelijke rechtvaardigingsgronden die de dominerende onderneming aanvoert voor haar verweer.

Eerst moet worden nagegaan of de gedraging van de dominerende onderneming tot gevolg heeft of tot gevolg kan hebben dat zij de instandhouding of de ontwikkeling van de op de betrokken markt aanwezige concurrentieniveau kan verhinderen. Enkel wanneer vaststaat dat de door de dominerende onderneming gevolgde strategie van aard is dat zij haar positie versterkt, dient aandacht te worden besteed aan de ingeroepen rechtvaardigingsgronden.

Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EG, wordt de vraag of de onderneming met machtspositie zich terecht beroept op haar recht om haar prijzen aan te passen aan deze van haar concurrenten, beantwoord nadat is onderzocht met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval, of deze aanpassing een uitsluitingseffect veroorzaakt (Zie bvb. Arrest van het Gerecht van 30 januari 2007, T-340/03, France Telecom t. Commissie, 171-187).

De bestreden beslissing huldigt bijgevolg onterecht een vooringenomen uitgangspunt dat de verweten gedraging rechtmatig ('normaal') is.

89. Vervolgens wordt door de voorzitter gesteld dat onderzocht moet worden of de verlaging van de eindgebruikertarieven die Belgacom heeft doorgevoerd met haar aanbod "Happy Time" geen overdreven reactie is ten aanzien van concurrerende aanbiedingen.

Opdat de reactie als overdreven zou kunnen worden aangemerkt, dient in de gevolgde redenering vervolgens aangetoond te worden dat *"door Belgacom nog meer verlies wordt opgelopen dan zonder deze prijsvermindering"*.

Uit de beslissing blijkt niet wat met *"verlies"* in dit stadium van het onderzoek wordt bedoeld. Een verlies kan ontstaan door een vermindering van de winstmarge maar ook veroorzaakt zijn omdat de opbrengst de variabele en/of de vaste kosten niet dekt.

Blijkbaar wordt ervan uitgegaan dat de gevolgen van de prijsverlaging op de rentabiliteit van de betrokken activiteit op de retailmarkt vergeleken zouden moeten worden met de gevolgen die uit een totale afwezigheid van reactie van de dominante onderneming op aantrekkelijke aanbiedingen van concurrenten zouden kunnen voortvloeien.

Een scenario van een afwezigheid van reactie van de dominante onderneming op concurrerende aanbiedingen mag nochtans niet als vergelijkingspunt worden gekozen omdat het er precies om gaat vast te stellen of de reactie redelijk is of integendeel buitenmatig is (Liam Colley en Sebastian Burnside, Margin Squeeze abuse, in European Competition Journal, juli 2006, blz 187).

Hoe dan ook wordt in de beslissing niet verder ingegaan op de daarin gestelde vraag of Belgacom meer verlies lijdt met de toepassing van de tarieven Happy Time dan in een situatie waarin zij niet zou hebben gereageerd zodat Tele2 onmogelijk precies kan verstaan wat daardoor wordt bedoeld.

Wat betreft de appreciatie van het redelijke karakter van de reactie van Belgacom op concurrerende aanbiedingen, wordt in de bestreden beslissing enkel gewag gemaakt van een reeks aanbiedingen van andere operatoren.

Een vergelijking van de voordelen die de onderscheiden aanbiedingen inhouden voor de eindgebruikers wordt niet gemaakt.

Zoals Tele2 stelt, wordt bijgevolg ten onrechte geen aandacht besteed aan het vaststaande feit dat de tarieven van het aanbod Happy Time lager zijn dan deze die op het tijdstip van het lanceren van dit aanbod door de concurrenten van Belgacom voor dezelfde diensten (spraaktelefonie) werden gehanteerd hoewel dit feit op zich aantoonde dat Belgacom zich er niet toe beperkt heeft haar eindtarieven aan te passen aan deze van haar concurrenten. Het feit dat de geciteerde operatoren niet over dezelfde slagkracht beschikken als Belgacom blijft onbesproken

Er wordt evenmin enige aandacht besteed aan het op het tijdstip van de bestreden beslissing vaststaande feit dat het aanbod Happy Time nog in voege was zodat de reactie van Belgacom niet kan kaderen in een strategie om diensten tijdelijk te promoten en de impact van de praktijk ook een langdurig effect kan hebben.

90. De daaropvolgende overweging in de beslissing heeft meteen betrekking op de vraag of de positie van Belgacom na uitsluiting van haar concurrenten, haar zou kunnen toelaten verliezen goed te maken. De voorzitter oordeelt desbetreffend als volgt: *“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 eindgebruikerstarieven 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.”*

Deze stelling huldigt een opvatting die niet kan worden gevolgd inzake de voorwaarden die voorhanden moeten zijn opdat er sprake zou zijn van Price Squeeze.

Price Squeeze ontstaat enkel wanneer de dominante onderneming Wholesalediensten aanbiedt die door andere ondernemingen dienen te worden afgenomen om diensten aan te bieden op een retailmarkt waarop de dominante onderneming ook actief is. Price Squeeze levert dan een misbruik van machtspositie op omdat er bij een onderneming met een machtspositie een relatie bestaat tussen de prijzen voor intermediair verbruik voor diensten aan haar concurrenten in een stroomopwaartse markt en de eindgebruikerprijzen in een stroomafwaartse markt, waardoor de mededinging op de markt voor intermediair verbruik of de eindgebruikersmarkt wordt ingeperkt.

Wanneer voor vergelijkbare diensten, de gemiddelde eindgebruikerprijzen onder het niveau van de bedragen voor intermediair verbruik liggen, kan men van Price Squeeze uitgaan.

In dat geval kunnen de concurrenten van de onderneming met een machtspositie onder geen beding winst behalen, zelfs wanneer ze minimaal net zo efficiënt zijn als de gevestigde exploitant, omdat ze naast de bedragen voor intermediair verbruik nog extra kosten hebben, bijv. voor marketing, facturering, incasso, en dergelijke.

Wanneer de gemiddelde eindgebruikerprijzen boven het niveau liggen van de prijzen voor intermediair verbruik is er sprake van Price Squeeze indien blijkt dat de productspecifieke kosten van de dominante onderneming voor het leveren van zijn eigen eindgebruikerdiensten in een stroomafwaartse markt hoger zijn dan de positieve marge tussen eindgebruikerprijzen en prijzen voor intermediair verbruik. In een dergelijke situatie wordt de winstmarge van de concurrenten onder druk gezet, omdat de marges ofwel helemaal niet bestaan ofwel te gering zijn om hen in staat te stellen op de stroomafwaartse markt te concurreren met de gevestigde onderneming.

91. Om een praktijk van Price Squeeze vast te stellen hoeft niet in alle gevallen te worden aangetoond dat de onderneming met machtspositie verlies maakt zodat de vraag of ze bij machte is haar verlies na uitschakeling goed te maken zich niet in alle gevallen stelt. Spijts de toepassing van te lage eindgebruikertarieven, kan de onderneming met machtspositie die verticaal geïntegreerd is haar winst halen op een nauw verbonden stroomopwaartse markt eerder dan op de retailmarkt en de praktijk kan haar zelfs tot voordeel strekken tijdens de periode gedurende welke de inbreuk wordt gepleegd (Damien Geradin en Robert O. Donoghue, o.c. deel I, E, 2).

92. Toegepast op onderhavig geval rijst dan de vraag of de praktijk Happy Time en de door deze praktijk uitgelokte reacties van andere operatoren die zoals Tele2 even of meer aantrekkelijke aanbiedingen lanceren, niet tot gevolg heeft dat de opbrengst die Belgacom haalt uit de interconnectietarieven vermeerderd omdat het volume van verkeer stijgt.

Eveneens rijst de vraag of het door deze praktijk veroorzaakte klantenbindingseffect Belgacom in een positie plaatst waarin ze, dankzij aanbiedingen waarbij spraaktelefonie samen met andere diensten worden aangeboden in een gezamenlijk pakket, globaal geen enkel verlies lijdt wat zou kunnen verklaren waarom het litigieuze aanbod niet is ingetrokken.

Bovendien kan de dominerende onderneming ook belang hebben bij de uitsluiting van concurrenten op een specifieke retailmarkt, hoewel deze concurrenten van haar bepaalde Wholesale diensten afnemen, wanneer haar activiteit op de betrokken Wholesalemarkt niet rendabel genoeg is, wat het geval kan zijn bij gereguleerde prijzen, of wanneer zij er belang bij heeft andere soorten Wholesale diensten te promoten.

93. Het uitgangspunt volgens hetwelk moet worden aangetoond dat Belgacom in een positie verkeert die haar toelaat de verliezen goed te maken is ook niet consistent indien men de door Belgacom doorgevoerde prijsverlaging enkel bekijkt in het licht van de voorwaarden die aanwezig moeten zijn voor de vaststelling van afbraakprijzen, in de horizontale relatie.

Deze opvatting strijdt met de vaste communautaire rechtspraak over afbraakprijzen (HvJ EG, arrest van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, punt 100; arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, punt 151; bevestigd door het HvJ EG bij het arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/commissie, C-333/94 P).

Het bestaan van afbraakprijzen wordt altijd aanvaard wanneer de prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten liggen die door een onderneming met een machtspositie worden gehanteerd. In dat geval worden de gehanteerde prijzen geacht op zich misbruik op te leveren omdat het enige belang dat de onderneming bij het hanteren van dergelijke prijzen kan hebben ligt in de uitschakeling van haar concurrenten. Een ander economisch doel dan de uitschakeling van een concurrent is in dat geval niet denkbaar, omdat elke geproduceerde en verkochte eenheid voor de onderneming verlies oplevert. Een oogmerk om de concurrenten uit te schakelen behoeft dus niet te worden aangetoond.

In de voorliggende zaak diende bijgevolg rekening te worden gehouden met het feit dat elk uitgaand gesprek tijdens de daluren verlieslatend is voor Belgacom en met de onzekerheid betreffende de opbrengsten tijdens de piekuren.

In de tweede plaats worden prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten liggen, maar boven de gemiddelde variabele kosten, als misbruik beschouwd, wanneer kan worden aangetoond dat zij zijn vastgesteld ter uitvoering van een plan dat op uitschakeling is gericht

Verder volgt uit deze rechtspraak dat zodra het risico bestaat dat concurrenten worden uitgeschakeld, tegen een praktijk van afbraakprijzen moet kunnen worden opgetreden. Of deze praktijk voor de onderneming met machtspositie een reële kans biedt om haar concurrenten uit te schakelen –en aldus monopolie winsten te maken-, hoeft niet te worden aangetoond.

In de bestreden beslissing wordt bijgevolg ten onrechte geoordeeld dat opdat er sprake zou kunnen zijn van op uitschakeling gerichte tarieven, bovendien aangetoond moet worden dat Belgacom een reële kans heeft om haar verliezen goed te maken.

94. De omstandigheid dat de tarieven gereguleerd zijn, is hoe dan ook niet pertinent bij de vraag of Belgacom in een positie verkeert de verliezen die ze zelf zou lijden ingevolge de strategie van Price Squeeze goed te maken.

In de eerste plaats is de controle ex ante van de tarieven door de regulator enkel van aard om de capaciteit van de dominante operator om op uitsluiting gerichte praktijken door te voeren in te perken doch zij sluit het risico van dergelijke praktijk niet uit ("Toegangsrichtlijn", overweging 20 en artikel 13; Damien Geradin et Robert O'Donoghue, o.c., onder I, C).

Vervolgens is de overweging dat "*het BIPT de eindgebruikertarieven controleert op hun kostenoriëntatie*" feitelijk onjuist. Op het tijdstip van de bestreden beslissing had het BIPT de verplichting tot kostenoriëntatie van de eindgebruikertarieven ingetrokken bij besluit van 11 augustus 2006. Enkel een verbod van buitensporige prijzen werd opgelegd, wat geen drempel vormt voor te lage prijzen.

Ten slotte heeft het BIPT heeft in zijn besluit van 17 oktober 2005 betreffende het Happy Time aanbod uitdrukkelijk gesteld dat het niet uitgesloten is dat het aanbod Happy Time een geval van Margin Squeeze oplevert hoewel de tarieven de kosten zouden dekken die het BIPT in aanmerking heeft genomen om te controleren of de tarieven kostengeoriënteerd waren.

Bijgevolg kon niet worden gesteld dat Belgacom met te refereren naar de bevoegdheid van het BIPT, had aangetoond dat het goed maken van de verliezen onmogelijk zou zijn.

95. Om dezelfde reden, stelt Belgacom ten onrechte dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen diende te worden afgewezen op grond van de vaststelling dat het BIPT bij besluit van 17 oktober 2005 vastgesteld heeft dat het aanbod Happy Time van Belgacom niet strijdt met de verplichting tot kostenoriëntering (conclusies, blz. 153) en Tele2 geen beroep heeft ingesteld tegen dit besluit.

Uit deze beslissing blijkt bovendien dat het BIPT geen rekening heeft gehouden met de kosten die Belgacom oploopt voor de werving en behoud van klanten - hoewel Belgacom nooit betwist heeft dat het aanbod Happy Time erop gericht is haar verlies aan klanten goed te maken en nieuwe klanten aan te werven- noch rekening heeft gehouden met de algemene en administratieve kosten van Belgacom.

Nochtans blijkt uit de aanbevelingen van de Commissie inzake kostentoe wijzing, dat niet alleen dient rekening te worden gehouden met de direct toewijsbare kosten maar ook met de niet- toerekenbare kosten die over de verschillende boekhoudingen dienen te worden verdeeld. De kosten die worden toegewezen aan "retail" omvatten interne verrekeningen die verband houden niet alleen met het gebruik van netwerkmiddelen of -diensten die worden verstrekt door de lokaletoegangsnetwerkactiviteit of de kernnetwerkactiviteit, maar ook de marketing- en factureringskosten die verband houden met de levering van diensten aan eindgebruikers (Aanbeveling van de Commissie van 19 september 2005 inzake scheiding van boekhoudingen en kostenberekeningsystemen onder het regelgevingskader voor elektronische communicatie, *Publicatieblad Nr. L 266 van 11/10/2005 blz. 0064 – 0069*, en aanbeveling van de Commissie van 8 april 1998 inzake interconnectie in een geliberaliseerde telecommunicatiemarkt (Deel 2 - Scheiding van boekhoudingen en kostenberekeningen) *Publicatieblad Nr. L 141 van 13/05/1998 blz. 0006 – 0035*).

Verder is de overweging van het BIPT dat de tarieven Happy Time conform zijn met het principe van kostengerichtheid zeer twijfelachtig. In zijn besluit erkent het BIPT dat de toepassing van deze tarieven een enorme daling van de opbrengst teweeg brengt in vergelijking met de opbrengst die Belgacom haalt bij toepassing van haar standaardtarieven. Deze laatste tarieven waren op het tijdstip van het besluit van het BIPT gereguleerde tarieven wat betekent dat ze geacht worden te zijn bepaald op basis van de kosten verhoogd met een redelijk investeringsrendement.

Over het vereiste bewijsniveau bij een inbreuk op het eerste gezicht.

96. In het kader van een vraag tot het nemen van voorlopige maatregelen, kan wegens de vaststelling van een inbreuk op het eerste gezicht inzake de zekerheid ervan niet hetzelfde niveau worden gevegd als in het geval van een eindbeslissing. Voorlopige maatregelen kunnen niet geweigerd worden op grond dat na een summier onderzoek van de feiten niet van een duidelijke en flagrante inbreuk is gebleken (Hof van Justitie, arrest van het Gerecht van 24 januari 1992, La Cinq/Commission, zaak T-44/90, 59-63).

97. Uit de bestreden beslissing blijkt nu dat de voorzitter het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen heeft afgewezen op grond van de overweging dat de resultaten van de Price Squeeze testen die uitgevoerd werden door het Korps van Verslaggevers met inachtneming van de totale kosten van Tele2 -voor wat betreft de andere kosten dan deze die voortvloeien uit de afname van de diensten voor intermediair verbruik van Belgacom-, niet betrouwbaar zouden zijn omdat voor deze kosten geen objectieve gegevens voorhanden zouden zijn.

Hierdoor wordt een te strenge bewijslevering gevegd, gelet op de andere elementen van het dossier, in het bijzonder het feit dat de uitgevoerde testen aantonen dat, in tegenstelling tot wat in de bestreden beslissing wordt vastgesteld, de berekening van marge 1 en marge 2, in de 16 onderzochte hypothesen, niet gestoeld op de totale kosten van Tele2.

Een evaluatie van de totale kosten van Tele2 werd enkel gebruikt voor de berekening van marge 3, die in alle hypothesen ook negatief is.

98. In de bestreden beslissing wordt verder geoordeeld dat de concrete gevolgen van de gedraging van Belgacom op de marges die Tele2 of andere operatoren kunnen realiseren met een aanbod dat afgestemd is op dat van Happy Time, beïnvloed zijn door het belgedrag van de abonnees van Belgacom die op dergelijk aanbod ingaan.

Daar er geen zekerheid zou bestaan over het toekomstige belgedrag van de eindgebruikers, wordt geoordeeld dat voorlopige maatregelen, die 'per definitie' voor de toekomst gelden, niet kunnen worden genomen.

Deze redenering kan niet worden gevolgd.

Wanneer een onderneming met machtspositie daadwerkelijk een praktijk toepast die tot gevolg kan hebben dat haar concurrenten van de markt worden uitgesloten, vormt de omstandigheid dat het verhoopte resultaat niet wordt bereikt geen voldoende reden om de kwalificatie van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG terzijde te schuiven.

In het kader van een procedure tot voorlopige maatregelen volstaat aldus dat aangetoond wordt dat er een risico bestaat dat de mededinging wordt beperkt. In tegenstelling tot wat de bestreden beslissing aanneemt, is niet vereist dat het uitsluitingseffect van het aanbod Happy Time kan worden gekwantificeerd.

6. Betreffende het vereiste van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel.

99. In de bestreden beslissing wordt gesteld dat het oorzakelijk verband tussen het aanbod Happy Time en het klantenverlies dat Tele2 inroept onvoldoende vaststaat.

De beslissing verwijst desbetreffend naar het feit dat ook andere operatoren gunstige tarieven aanbieden die ook bestaande en potentiële klanten van Tele2 afsnoepen zodat het onmogelijk zou zijn om te bepalen welk gedeelte van het verlies aan Happy Time is toe te schrijven.

Belgacom acht deze overweging feitelijk correct en relevant in rechte.

100. Nochtans kan ook deze redenering niet worden beaamd.

Vereisen dat Tele2 aantoont welk gedeelte van het verlies aan klanten aan het aanbod Happy Time toe te schrijven is komt er op neer te stellen dat voorlopige maatregelen slechts kunnen worden genomen wanneer de schade zich al heeft voorgedaan, wat strijdig is met het doel zelf van voorlopige maatregelen.

Om voorlopige maatregelen te nemen volstaat naar recht dat wordt aangetoond dat een gedraging die op het eerste gezicht een inbreuk oplevert een toestand veroorzaakt die aan degene die om de maatregelen verzoekt ernstige en onherstelbare schade *kan* toebrengen of die voor het algemeen belang onduelbaar is.

De bewijslast die aan Tele 2 wordt opgedragen in de bestreden beslissing heeft bovendien een onmogelijk karakter. Het zou betekenen dat Tele2 zou moeten aantonen dat het zware verlies aan klanten waarvan het bestaan wordt erkend, hoofdzakelijk te wijten is aan het lanceren van het aanbod Happy Time en niet aan andere mogelijke oorzaken die Belgacom opsomt, o.a. het feit dat Tele2 vanaf juli 2005 haar marketing inspanningen heeft verlegd van haar klassieke spraakdiensten naar andere diensten en dat Tele2 bovendien aannemelijk zou moeten maken dat deze wijziging in haar strategie niet het gevolg is van het verlieslatend karakter van haar activiteit als CPS operator.

101. Hoewel niet moest worden aangetoond dat de gelaakte praktijk op het tijdstip van het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen of op het tijdstip van de bestreden beslissing al concrete gevolgen heeft gehad, staat het vast, volgens de gegevens die Belgacom zelf verstrekt, dat:

- het aantal actieve Belgacom lijnen met CPS voor Tele2 een spectaculaire groei heeft gekend tussen de lancering in 2003 en 2004;
- deze groei zich heeft verder gezet na de lancering door Telenet van haar FreePhone aanbod, eind 2004, doch niet in dezelfde mate;
- voor de periode tot en met augustus 2005, circa 63% van het nettoverlies van Tele2 in aantal CPS lijnen het gevolg is van de opzegging van de onderliggende aansluiting op het Belgacom netwerk (grafieken, schriftelijke opmerkingen van Belgacom, p 221);
- ondanks de lancering van het aanbod FreeTime door Tele2 gelijktijdig met het aanbod Happy Time van Belgacom en niettegenstaande de tarieven van FreeTime nog aantrekkelijker waren dan deze van Belgacom, het aantal CPS lijnen van Tele2 is gedaald;
- het aantal nieuwe CPS activaties van Tele2 is in toenemende mate verminderd: het aantal nieuwe activaties tijdens de tweede helft van 2006 belooft nog slechts 5% van het aantal nieuwe activaties die tijdens de eerste helft van 2005 werd geregistreerd;
- na augustus 2005, het verlies aan klanten van Tele2 zich heeft doorgezet, zoals blijkt uit de cijfers aangehaald door Belgacom (schriftelijke opmerkingen, blz. 224);

- van de abonnees van Belgacom die op 15 juli 2005 gebruik maakten van de CPS-dienst van Tele2 op 5 april 2006 40% van deze abonnees de CPS dienst hadden verlaten voor het aanbod Happy Time en 20% voor een ander aanbod van Belgacom (schriftelijke opmerkingen voor Belgacom, nr. 254).

Gelet op deze elementen konden voorlopige maatregelen niet worden geweigerd op grond van de overweging dat Tele2 een bewijs van ernstig nadeel wegens het verlies aan klanten dat het aanbod Happy Time kan veroorzaken, niet voldoende had geleverd, zonder het belang van de genoemde elementen te ontzenuwen.

102. In de bestreden beslissing wordt ook nog overwogen dat het nadeel wegens inkomstenverlies in ieder geval niet onherstelbaar is omdat financiële verliezen het voorwerp kunnen uitmaken van een vordering tot schadevergoeding.

Deze stelling spoort echter niet met het vereiste van een onmiddellijk, ernstig en onherstelbaar nadeel.

Hoger werd reeds aangegeven dat de onherstelbare schade voorhanden is wanneer ze niet meer ongedaan kan worden gemaakt door de beslissing die de Raad aan het eind van de procedure over de klacht zal nemen.

103. Ten slotte wordt hierover gesteld dat de huidige eindgebruikertarieven enkel als positief kunnen worden beschouwd.

Belgacom leidt hieruit verkeerdelijk af dat de bestreden beslissing rekening heeft gehouden met de korte en de lange termijn belangen van de gebruikers en de voordelen waarvan zij kunnen genieten op grond van een competitieve marktwerking.

Met de overweging dat een prijsoorlog op het eerste gezicht ten goede komt van de eindgebruikers, gezien de *'huidige tarieven'*, wordt evenwel niet overtuigend aangetoond dat de gedraging geduld kan worden in het licht van de toepassing van artikel 82 EG.

Artikel 82 ziet niet alleen op praktijken die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar ook op praktijken die hen benadelen doordat wordt ingegrepen in een structuur van daadwerkelijke mededinging (HvJ EG, arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, punt 26).

Verbruikers kunnen benadeeld worden wanneer na verloop van tijd hun keuze aan diensten dreigt te worden beperkt, wat het geval kan zijn wanneer de verbruiker in feite verplicht wordt om in te gaan op een gezamenlijk aanbod van diensten om voordelige tarieven te krijgen voor de specifieke diensten die hij nodig heeft, en wanneer als gevolg van de versterking van de machtspositie, de prijzen na verloop van tijd dreigen te stijgen.

In de voorliggende zaak rijst desbetreffend dan eerst de vraag of het vermogen van de in België gevestigde dienstverleners om elkaar te beconcurreren bij de levering aan de gebruikers van diensten van spraaktelefonie en om de vraag voor dergelijke diensten te stimuleren niet is aangetast door het lanceren en handhaven van een tariefaanbod zoals dit van Happy Time.

7. Betreffende de strekking van de maatregelen die de Voorzitter vermag te nemen.

104. De bestreden beslissing oordeelt dat de voorzitter van de Raad niet vermag maatregelen te nemen die het belang van Tele2 zouden overschrijden.

Hoger heeft het hof al aangegeven dat deze stelling strijdt met de opdracht van de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter ter bescherming van het algemeen economisch belang.

Dat voorlopige maatregelen ten goede zouden komen aan andere ondernemingen dan deze die een klacht hebben neergelegd staat er aldus zeker niet aan in de weg dat ze worden getroffen, aangezien een misbruik van machtspositie door middel van Price Squeeze of door middel van een praktijk die een uitsluitingseffect veroorzaakt wegens het beoogde klantenbindingseffect, alle ondernemingen die op de stroomafwaartse markt actief zijn op identieke wijze treft en daarenboven de toegang tot de markt voor nieuwkomers belet.

105. Wat betreft de aard van de maatregelen die hangende het onderzoek van de klacht door de voorzitter kunnen worden genomen, staat hem enkel te onderzoeken of de voorgenomen maatregelen toegelaten zijn in het licht van het mededingingsrecht alleen, rekening houdend met het feit dat de mededingingsautoriteit in tegenstelling tot de sectoriële regulator geen nieuwe verbintenissen kan opleggen, en of die maatregelen niet verder gaan dan wat vereist is om de inbreuk te doen beëindigen.

Ter beteugeling van zuivere afbraakprijzen kan de mededingingsautoriteit zeker een verhoging van de verlieslatende prijzen opleggen.

In een geval van Price Squeeze, kan vanuit een mededingingsrechtelijk perspectief, aan de onderneming met machtspositie niet alleen de verplichting worden opgelegd om haar retailprijzen te verhogen maar ook de verplichting om haar wholesaletarieven te verlagen of om beide tarieven aan te passen. De omstandigheid dat de wholesaletarieven onderworpen zijn aan een controle ex ante door het BIPT kan een optreden ex post door de Raad voor de Mededinging niet belemmeren.

Zo ook kan in dat geval een verlaging van de interconnectietarieven wel degelijk worden opgelegd door de Raad voor de Mededinging.

Betreft het een aanbieding die onrechtmatige klantenbinding tot gevolg heeft, dan kan de Voorzitter evenzo elke nuttige maatregel opleggen waardoor zulk effect wordt vermeden.

OM DEZE REDENEN

HET HOF

In acht genomen artikel 24 van de wet op het gebruik van talen in gerechtszaken,

Beslist na tegenspraak ten aanzien van Tele2 Belgium en Belgacom,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk.

Verklaart het gegrond in de hierna bepaalde mate

Doet de bestreden beslissing nr. 2006/V/M-13 van 1 september 2006 van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging teniet.

Veroordeelt de Belgische Staat in de gedingkosten verbonden aan de rechtspleging voor het hof, begroot op 671,97 euro (186 + 485,97) voor verzoekster en op 485,97 euro voor Belgacom.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke **achtste kamer** van het hof van beroep te Brussel, op **ACHTTIEN DECEMBER 2007**

waar aanwezig waren en zitting hielden :

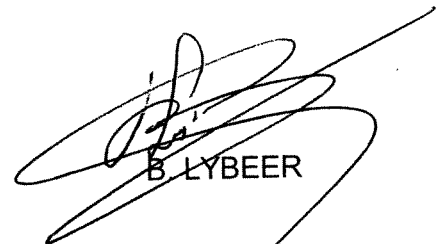
Paul BLONDEEL
Christine SCHURMANS
Bruno LYBEER
Jan VAN DEN BOSSCHE

Voorzitter
Raadsheer
Raadsheer
Adjunct-Griffier

J. VAN DEN BOSSCHE



B. LYBEER



C. SCHURMANS



P. BLONDEEL

