

Het arrest *TeliaSonera*: geen economische invulling van het begrip prijsstijging

Mr. B.J.H. Braeken*

In een met name voor verticaal geïntegreerde ondernemingen belangwekkend arrest heeft het Hof van Justitie de voorwaarden waaronder een prijsstijging (in goed Nederlands: de prijsklem) kan optreden gepreciseerd.¹ Het arrest bouwt verder op het arrest van het Hof van Justitie inzake *Deutsche Telekom*,² maar bevat op een tweetal punten belangrijke nieuwe inzichten. In de eerste plaats nuanceert het Hof van Justitie het uitgangspunt dat bij het bepalen van de tarieven en kosten moet worden uitgegaan van de tarieven en kosten van de dominante aanbieder. Volgens het Hof van Justitie kan onder omstandigheden van dit beginsel worden afgeweken. Deze door het Hof van Justitie geïntroduceerde uitzondering is evenwel opmerkelijk ruimhartig geformuleerd. In de tweede plaats bepaalt het Hof van Justitie dat een dominante onderneming zich schuldig kan maken aan een prijsstijging, ook indien op deze onderneming geen leveringsplicht rust. Dat laatste lijkt op gespannen voet te staan met een economische toepassing van artikel 102 VWEU.

HvJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, TeliaSonera

Inleiding en feiten

TeliaSonera is de historische aanbieder van elektronische communicatiediensten in Zweden. Als zodanig beschikt zij in Zweden over het grootste en meest fijnmazige communicatienetwerk. TeliaSonera is een verticaal geïntegreerde onderneming. Zo levert zij breedbanddiensten aan (zakelijke en particuliere) eindgebruikers. Deze activiteiten behoren tot – wat hierna zal worden aangeduid als – de *retail*-markt voor breedbandtoegang. Daarnaast levert zij op de van deze markt stroomopwaarts gelegen markt ook *wholesale*-breedbandtoegang aan andere aanbieders van elektronische communi-

catiediensten. Deze markt zal hierna worden aangeduid als de *wholesale*-markt voor breedbandtoegang.

De *wholesale*-markt voor breedbandtoegang is opgenomen in de Aanbeveling van de Europese Commissie betreffende elektronische communicatiemarkten die voor ex ante regelgeving in aanmerking kunnen komen.³ Veel nationale toezichthouders op de elektronische communicatiemarkten (in Nederland is dit OPTA) hebben op basis van deze aanbeveling de *wholesale*-markt voor breedbandtoegang ook daadwerkelijk gereguleerd. Ten aanzien van de voor het onderhavige arrest relevante periode (april 2000-januari 2003) was de dienst *wholesale*-breedbandtoegang in Zweden echter ongereguleerd. De afwezigheid van ex ante toezicht doet echter (vanzelfsprekend) niet af aan de toepasselijkheid van het generiek mededingingsrecht. Na een ambtshalve verricht onderzoek kwam de Zweedse mededingingsautoriteit (Konkurrensverket) tot de conclusie dat TeliaSonera haar machtspositie had misbruikt door het hanteren van een tariefbeleid waarbij het verschil tussen de tarieven voor *wholesale*-breedbandtoegang enerzijds en haar tarieven voor *retail*-breedbandtoegang anderzijds niet toereikend was voor het dekken van de kosten die TeliaSonera zelf diende te dragen om breedbandtoegangsdiensten te leveren aan haar eigen eindgebruikers. Volgens Konkurrensverket zaten afnemers van *wholesale*-breedbandtoegangsdiensten derhalve klem tussen enerzijds de *wholesale*-tarieven die zij moesten betalen aan TeliaSonera en anderzijds de *retail*-tarieven van TeliaSonera waarmee zij op de *retail*-markt voor breedbandtoegangsdiensten moesten concurreren.

Om die reden vorderde Konkurrensverket voor een Zweedse rechtbank dat aan TeliaSonera een administratieve boete zou worden opgelegd. Het is in het kader van deze procedure dat de Zweedse rechtbank door middel

157

* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat te Amsterdam (Stibbe).

1. HvJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, *TeliaSonera*.

2. HvJ EU 14 oktober 2010, zaak C-280/08, *Deutsche Telekom*.

3. Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 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 regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, Pb. EG 2007, L 344/65.

van maar liefst tien prejudiciële vragen het Hof van Justitie verzoekt uit te leggen onder welke voorwaarden een onderneming met een machtspositie misbruik maakt van deze positie door het hanteren van een prijsstijging.⁴

Deze vragen komen hierop neer:

1. Onder welke voorwaarden schendt een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie artikel 102 VWEU vanwege het verschil tussen haar tarieven voor *wholesale*-breedbandtoegang en haar tarieven voor *retail*-breedbandtoegang? Moet voor de beoordeling van deze vraag ook rekening worden gehouden met de prijzen van de concurrenten op de *retail*-markt voor breedbandtoegang?
2. Zijn (of is) voor de beantwoording van de eerste vraag (een van) de volgende factoren van belang: de afwezigheid van een regulatoire verplichting om *wholesale* breedbandtoegang te leveren, de aanwezigheid van een mededingingsbeperkend effect, de mate van marktmacht van de betreffende onderneming, de eventuele aanwezigheid van een machtspositie op de *retail*-markt voor breedbandtoegang, de vraag of de goederen of diensten onmisbaar zijn, de vraag of het gaat om de levering aan een nieuwe klant, de verwachting dat de onderneming zijn geleden verliezen kan goedmaken en, tot slot, de omstandigheid dat sprake is van een nieuwe technologie die aanzienlijke investeringen vereist?

Arrest van het Hof

Onder verwijzing naar zijn recente arrest in de zaak *Deutsche Telekom/Commissie*⁵ overweegt het Hof van Justitie allereerst dat een prijsstijging ‘gelet op het feit dat zij kan leiden tot de uitsluiting van concurrenten die minstens even efficiënt als de onderneming met een machtspositie’, bij ontbreken van enige objectieve rechtvaardiging op zich misbruik kan vormen.⁶ Van een prijsstijging zou volgens het Hof van Justitie in deze zaak sprake kunnen zijn doordat de marge tussen de tarieven van TeliaSonera voor enerzijds de dienst *wholesale*-breedbandtoegang en anderzijds de dienst *retail*-breedbandtoegang (1) negatief is ofwel (2) ontoereikend is ter dekking van de specifieke kosten die TeliaSonera moet maken voor het aanbieden van breedbandtoegangsdiens- ten aan haar eigen eindgebruikers.⁷

Met dit laatste bedoelt het Hof van Justitie dat om van een *wholesale*-dienst (de ‘input’) een *retail*-dienst te maken een verticaal geïntegreerde aanbieder altijd nog bepaalde kosten zal moeten maken. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan kosten voor marketing en bepaalde overheadkosten zoals klantenservice (de zogeheten *retail*-kosten).

4. Punt 12 van het arrest.

5. HvJ EU 14 oktober 2010, zaak C-280/08, *Deutsche Telekom/Commissie*.

6. Punt 31.

7. Punt 32.

Kort gezegd: als de marge tussen het *retail*-tarief en het *wholesale*-tarief niet toereikend is om de *retail*-kosten te dekken, dan handelt een verticaal geïntegreerde onderneming die beschikt over een machtspositie in beginsel in strijd met artikel 102 VWEU wegens het hanteren van een prijsstijging.

Dit volgt reeds uit het arrest *Deutsche Telekom*. In zijn volgende overwegingen preciseert het Hof van Justitie de toepassingscriteria voor het bestaan van een prijsstijging. Daarin bevestigt het Hof van Justitie in de eerste plaats dat moet worden uitgegaan van de kosten van de aanbieder met een machtspositie.⁸ Aldus wordt voorkomen dat aanbieders die even efficiënt zijn als de dominante onderneming worden uitgesloten van de mededinging.⁹ Bovendien is ook de rechtszekerheid gediend indien wordt uitgegaan van de kosten en tarieven van de dominante aanbieder.¹⁰ Een aanbieder kent namelijk wel zijn eigen kosten en tarieven maar het is voor hem lastig – zo niet ondoenlijk – om een inschatting te maken van de kosten en tarieven van zijn concurrenten.

Maar het Hof van Justitie sluit niet uit dat in bepaalde omstandigheden toch ook de kosten en de prijzen van de concurrenten relevant kunnen zijn. Dat is volgens het Hof van Justitie het geval wanneer de kostenstructuur van de onderneming met een machtspositie niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Het Hof van Justitie noemt daarbij als voorbeeld dat de infrastructuur waartoe toegang wordt verleend al is afgeschreven of

‘wanneer de specifieke mededingingsvoorwaarden van de markt dit vereisen, wegens, bijvoorbeeld, de omstandigheid dat het kostenniveau van de onderneming met een machtspositie juist het gevolg is van het concurrentievoordeel dat die onderneming als gevolg van de machtspositie geniet’.¹¹

Hierop zal ik later in dit artikel nog terugkomen.

Afwezigheid van leveringsverplichting

Het Hof van Justitie gaat vervolgens in op de vraag of de afwezigheid van een leveringsverplichting voor TeliaSonera van invloed is op de vraag of TeliaSonera zich schuldig maakt aan een prijsstijging. Die vraag wordt ontkennend beantwoord. Het Hof van Justitie overweegt daartoe allereerst dat volgens vaste jurisprudentie artikel 102 VWEU slechts dan niet van toepassing is indien een mededingingsversturende gedraging (1) bij een nationale wettelijke bepaling wordt voorgeschreven of (2) indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag voor deze ondernemingen uitsluit.¹² A contrario leidt het Hof van Justitie daaruit af dat wanneer het een onderneming vrij staat haar eigen gedrag te bepalen, artikel 102 VWEU toepasselijk is.¹³

8. Punt 41.

9. Punt 43.

10. Punt 44.

11. Punt 45.

12. HvJ EG 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95 P en C-279/95 P, *Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing*, Jur. 1997, p. I-6265.

13. Punt 52.

Vereiste van mededingingsbeperkende effecten en onmisbaarheid van de door de dominante aanbieder aangeboden dienst

Interessant zijn de overwegingen van het Hof van Justitie naar aanleiding van de vraag van de Zweedse rechtbank in hoeverre belang moet worden toegekend aan de aanwezigheid van concrete mededingingsbeperkende effecten en of er voor de dienst *wholesale*-breedbandtoegang van TeliaSonera alternatieven beschikbaar zijn. Ten aanzien van dat laatste is namelijk verdedigbaar dat wanneer een onderneming een machtspositie bekleedt maar er niettemin toch alternatieven zijn voor die dienst (ook al worden die aangeboden door partijen die een duidelijk minder sterke positie op de markt bekleden), de aanwezigheid van een prijsstijging zich minder snel zal kunnen voordoen. Als de door TeliaSonera aangeboden prijs voor *wholesale*-breedbandtoegang voor *wholesale*-afnemers namelijk te hoog is, dan is het voor de levensvatbaarheid van deze afnemers bepaald relevant of zij deze dienst kunnen afnemen bij een andere aanbieder die hiervoor mogelijk een lagere prijs hanteert.

Het Hof van Justitie legt in zijn antwoord in de eerste plaats uit dat het hanteren van prijsstijging slechts misbruik kan vormen 'wanneer zij een mededingingsverstoring effect op de markt heeft', maar dat daarbij niet is vereist dat dit effect concreet is. Het is volgens het Hof van Justitie voldoende dat er een 'mogelijk concurrentieverstorend effect wordt aangetoond dat de concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie (...)'.¹⁴ In een aantal belangrijke overwegingen preciseert het Hof van Justitie vervolgens dat wanneer de betreffende *wholesale*-dienst onmisbaar is, het potentieel mededingingsbeperkende effect van een prijsstijging waarschijnlijk is.¹⁵ Indien de *wholesale*-dienst niet onmisbaar is, kan volgens het Hof van Justitie een in een prijsstijging resulterende tariefpraktijk geen (potentieel) mededingingsbelemmerend effect hebben.¹⁶ In punt 77 van het arrest herhaalt het Hof van Justitie voorts dat het potentieel mededingingsbeperkende effect van een prijsstijging 'met name' moet worden beoordeeld op basis van de onmisbaarheid van de betreffende *wholesale*-dienst.

Mate van marktmacht/omvang van machtspositie

Het Hof van Justitie stelt dus dat, zelfs indien een onderneming beschikt over een machtspositie, het voor de vraag of een prijsstijging misbruik oplevert, mede wordt bepaald door de onmisbaarheid van de dienst die door de dominante aanbieder wordt aangeboden. Daarmee lijkt het Hof van Justitie, impliciet, te suggereren dat een machtspositie in verschillende gradaties kan bestaan. Maar zo ver wil het Hof van Justitie echter niet gaan. Het Hof van Justitie overweegt namelijk dat de mate van marktmacht 'veeleer' gevolgen heeft voor de draagwijdte van het gedrag van de betrokken onder-

neming dan voor het bestaan van het misbruik als zodanig.¹⁷

Een hieraan gerelateerde vraag is of voor het vaststellen van een prijsstijging van belang is of de onderneming met een machtspositie op de markt voor *wholesale*-breedbandtoegang ook beschikt over een machtspositie op de *retail*-markt voor breedbandtoegang. Die vraag wordt ontkennend beantwoord. Het Hof van Justitie herinnert daartoe aan zijn jurisprudentie in (onder meer) de zogeheten *TetraPak*-zaak,¹⁸ waaruit volgt dat

'bij onderscheiden, doch met elkaar in verband staande markten, bijzondere omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat artikel 102 VWEU wordt toegepast op een gedraging die is vastgesteld op de verbonden, niet gedomineerde markt, die effecten heeft op deze markt zelf.'¹⁹

Van een dergelijke situatie kan volgens het Hof van Justitie sprake zijn

'wanneer de gedragingen van een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie op een stroomopwaartse markt ertoe strekken op de stroomafwaartse markt minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten, met name door de uitholling van hun marges.'

Voor het vaststellen van een prijsstijging is een machtspositie op de *wholesale*-markt dus toereikend.

Levering aan nieuwe klant/mogelijkheid verliezen goed te maken/aanwezigheid nieuwe technologie

Het Hof van Justitie maakt tot slot in een aantal korte overwegingen duidelijk dat voor de aanwezigheid van een prijsstijging de volgende factoren irrelevant zijn: de omstandigheid dat het een levering aan een nieuwe klant betreft,²⁰ de (on)mogelijkheid om (de als gevolg van de prijsstijging) geleden verliezen goed te maken,²¹ en de aanwezigheid van nieuwe technologie.²²

Commentaar

Zoals in de inleiding bij deze annotatie is toegelicht, is het arrest van het Hof van Justitie met name in twee opzichten van belang. In de eerste plaats preciseert het Hof van Justitie het beginsel dat bij de bepaling van de kosten en tarieven moet worden uitgegaan van de kosten en tarieven van de dominante aanbieder. In de tweede plaats maakt het Hof van Justitie duidelijk dat een dominante onderneming zich ook zonder een (wettelijke)

14. Punt 64.

15. Punt 70, 71.

16. Punt 72.

17. Punt 81.

18. HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94 P, *Tetra Pak/Commissie*, *Jur.* 1996, p. I-5951.

19. Punt 86.

20. Punt 95.

21. Punt 103.

22. Punt 111.

leveringsverplichting schuldig kan maken aan een prijs-squeeze. Op beide aspecten zal ik hierna ingaan.

Punt één: kosten en tarieven van de dominante aanbieder

In het arrest *Deutsche Telekom* overwoog het Hof van Justitie dat een onderneming met een machtspositie geen tariefpraktijken mag toepassen die concurrenten die minstens even efficiënt zijn van de betrokken markt kunnen verdrijven en dat een dominante onderneming zelf moet kunnen vaststellen of haar tariefpraktijken in overeenstemming zijn met artikel 102 VWEU.²³

In *TeliaSonera* maakt het Hof van Justitie duidelijk dat hierop uitzonderingen mogelijk zijn. Onder omstandigheden moet worden uitgegaan van de tarieven en kosten van de concurrenten van de dominante aanbieder. Jammer is dat het arrest niet eenduidig is over de vraag wanneer de omstandigheden dusdanig zijn dat kan – of zelfs moet – worden uitgegaan van de tarieven en kosten van de concurrenten van de dominante onderneming.

In het dictum van het arrest beantwoordt het Hof van Justitie de op dit onderwerp betrekking hebbende prejudiciële vraag als volgt:

‘[Er](...) moet in beginsel in eerste instantie rekening worden gehouden met de prijzen en de kosten van de betrokken onderneming op de markt voor retaildiensten. Slechts wanneer het, gelet op de omstandigheden, onmogelijk is zich op die prijzen en kosten te baseren, moeten de prijzen en kosten van de concurrenten op deze markt worden onderzocht (...).’

Dit doet de vraag rijzen wat nu met ‘onmogelijk’ wordt bedoeld. Doelt het Hof van Justitie hiermee op een feitelijke onmogelijkheid of moet ‘onmogelijk’ ruimer worden uitgelegd en ziet het bijvoorbeeld ook op die situaties waarin het in strijd is met de doelstelling van artikel 102 VWEU om uit te gaan van de prijzen en kosten van de dominante onderneming?

Punt 45 van het arrest lijkt dat laatste te suggereren. Daarin overweegt het Hof van Justitie dat de kosten en de prijzen van concurrenten relevant kunnen zijn

‘(...) wanneer de specifieke mededingingsvoorwaarden van de markt dat vereisen, wegens, bijvoorbeeld de omstandigheid dat het kostenniveau van de onderneming met een machtspositie juist het gevolg is van het concurrentievoordeel dat die onderneming als gevolg van de machtspositie geniet.’

Zeker daar waar het netwerksectoren betreft, zoals ook in onderhavig arrest, zal de dominante onderneming – die dus ook over een aanzienlijk marktaandeel beschikt – schaalvoordelen hebben als gevolg waarvan zij bepaalde kostenvoordelen geniet die haar concurrenten niet zullen hebben. De dominante onderneming kan namelijk haar vaste kosten, die in netwerksectoren de bulk vormen van de totale kosten, over een groter aantal

klanten spreiden dan haar concurrenten kunnen. In dergelijke gevallen zal dan ook vaak kunnen worden gezegd dat het kostenniveau van de onderneming ‘het gevolg is van het concurrentievoordeel dat die onderneming als gevolg van de machtspositie geniet’. Betekent dit dat er in zo een geval steeds reden is voor het maken van een uitzondering op het uitgangspunt dat van de tarieven en kosten van de dominante onderneming moet worden uitgegaan? Dat heeft mogelijk tot gevolg dat de uitzondering vaker moet worden toegepast dan de hoofdregel. Dat lijkt nu juist haaks te staan op de bedoeling van het Hof van Justitie zoals verwoord in het dictum waarin het Hof onderstreept dat ‘in beginsel’ en ‘in eerste instantie’ moet worden uitgegaan van de tarieven en kosten van de dominante aanbieder en dat daarvan slechts onder omstandigheden kan worden afgeweken.

Geheel duidelijk wordt het allemaal niet. Het Hof van Justitie lijkt de uitzondering ruimer te hebben geformuleerd dan hem voor ogen stond en aldus een aanknopingspunt te hebben geformuleerd voor toekomstige juridische geschillen over de juiste toepassing van de prijs-squeezetoets.

Dergelijke geschillen spelen momenteel bij de uitleg van het sectorspecifieke (ex ante) toezicht op de markten voor elektronische communicatiediensten. Vooralnog heeft de toezichthouder op die markten (OPTA) het standpunt ingenomen dat moet worden uitgegaan van de kosten van de dominante aanbieder (de zogeheten *equally efficient operator*) en niet van de kosten van een redelijk efficiënte aanbieder (de zogeheten *reasonably efficient operator*). De reden daartoe is dat OPTA het, in het bijzonder gelet op de belangen van de eindgebruikers, niet redelijk acht indien aanbieders die minder efficiënt zijn dan de dominante aanbieder worden beschermd tegen marge-utholling.²⁴ Bij uitspraak van 3 mei 2011 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven OPTA’s lijn bevestigd.²⁵

Punt twee: voor bestaan prijs-squeeze is leveringsplicht niet vereist

Het tweede vernieuwende aspect van het arrest is de overweging van het Hof van Justitie dat een dominante onderneming zich ook zonder een (wettelijke) leveringsverplichting schuldig kan maken aan een prijs-squeeze. Het Hof van Justitie wijkt daarmee expliciet af van de conclusie van advocaat-generaal Mazak.²⁶ Mazak beschouwt de prijs-squeeze als een bijzondere vorm van een leveringsweigering. Op basis daarvan concludeert Mazak onder meer dat

‘indien er op een onderneming met een machtspositie geen met het recht van de Europese Unie verenigbare wettelijke verplichting rust om de betrokken producten te leveren, of indien die producten niet onmisbaar zijn, deze onderneming in beginsel geen onrechtmati-

23. HvJ EU 14 oktober 2010, zaak C-280/08, *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 203.

24. Zie bijv. OPTA, marktanalysebesluit vaste telefonie 19 december 2008, OPTA/AM/2008/202721, randnr. 773.

25. Cbb 3 mei 2011, LJN BQ3146. De auteur is bij deze procedure betrokken geweest.

26. Conclusie A-G Mazak van 2 september 2010.

ge prijssqueeze ten laste kan worden gelegd op de loutere grond dat de marge tussen de groothandelsprijzen en de eindgebruikersprijzen onvoldoende groot is.²⁷

Daarmee is de conclusie van Mazak grotendeels in lijn met de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU.²⁸ Daarin bepaalt de Commissie dat een prijs-squeeze – in de Richtsnoeren beschouwd als een bijzondere vorm van leveringsweigering – een handhavingsprioriteit is indien (onder meer) de *wholesale*-dienst objectief onmisbaar is om daadwerkelijk op een stroomafwaartse markt te kunnen concurreren.

Voor de redenering van Mazak valt vanuit economisch oogpunt het nodige te zeggen. Indien een onderneming met een machtspositie niet is gehouden een dienst of product te leveren maar hier uit eigen beweging toch voor kiest, is het mededingingsverstoring effect van een eventuele prijssqueeze even groot als in het geval de dominante aanbieder niet de betreffende dienst had geleverd. Verdedigbaar is dat het onder dergelijke omstandigheden niet in de rede ligt om een onderneming die vrijwillig een dienst is gaan leveren een boete op te leggen. Die redenering is aan het Hof van Justitie echter niet besteed. Op basis van een technisch-juridische redenering, waarin het Hof van Justitie verwijst naar het hiervoor aangehaalde arrest inzake *Ladbroke Racing*, overweegt het Hof van Justitie dat artikel 102 VWEU enkel betrekking heeft op mededingingsverstoring gedragingen waartoe de ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten.²⁹ Dat betekent dat een onderneming die ervoor kiest een dienst te leveren zonder dat zij daartoe is verplicht er zorg voor dient te dragen dat zij zich in haar tariefstelling niet schuldig maakt aan een prijssqueeze.

Juridisch-dogmatisch bezien lijkt op deze overweging niet veel aan te merken. De naar mijn mening negatieve consequentie van deze rechtsuitleg is echter dat een (verticaal geïntegreerde) onderneming die niet is verplicht een bepaalde *wholesale*-dienst te leveren zich voortaan wel twee keer zal bedenken voordat zij op vrijwillige basis daartoe zal besluiten. In een dergelijke situatie zijn aan het niet-leveren van de betreffende *wholesale*-dienst namelijk geen risico's verbonden. Maar als de dominante onderneming ervoor kiest wel te gaan leveren, dan dient zij er bij de vaststelling van haar tarieven voor te waken dat er geen prijssqueeze tussen haar *retail*- en *wholesale*-tarieven ontstaat. Vooral indien de onderneming met een machtspositie op de *wholesale*-markt kampt met stevige concurrentie op de *retail*-markt, zou het vrijwillig leveren van de *wholesale*-dienst er wel eens toe kunnen leiden dat zij zich te beperkt zou voelen in haar tariefbeleid. Om ervoor te zorgen dat er

geen prijssqueeze ontstaat, zal zij er namelijk voor moeten zorgen dat haar *retail*-tarieven niet te laag zijn of haar *wholesale*-tarieven niet te hoog. Het eerste alternatief leidt ertoe dat de betreffende onderneming te veel klanten zal verliezen, terwijl het tweede alternatief tot gevolg kan hebben dat de marge op de *wholesale*-tarieven niet interessant genoeg meer is. Bedrijfseconomisch gezien zou het in dergelijke omstandigheden lucratiever kunnen zijn om niet uit eigen beweging de *wholesale*-dienst te gaan leveren zodat de onderneming op *retail*-niveau fel kan blijven concurreren. Het is echter de vraag of dit voor de ontwikkeling van de concurrentie op een bepaalde markt uiteindelijk niet een negatiever effect heeft dan de (al dan niet: tijdelijke) aanwezigheid van een prijssqueeze op een deel van het dienstenportfolio van de dominante onderneming.

Het is aan de ene kant jammer dat het Hof van Justitie aan deze mogelijke consequenties van zijn rechtsuitleg geen aandacht besteedt. Aan de andere kant biedt het arrest nog wel een uitweg. Het Hof van Justitie bepaalt namelijk tevens dat slechts sprake is van misbruik indien het gedrag een (potentieel) mededingingsbeperkend effect heeft. Daarbij moet volgens het Hof van Justitie nadrukkelijk worden meegewogen of het misbruik ziet op een *wholesale*-dienst die onmisbaar is voor de levering van de *retail*-dienst. Volgens het Hof van Justitie kan

‘niet worden uitgesloten dat een in een prijssqueeze resulterende tariefpraktijk louter als gevolg van de omstandigheid dat het groothandelsproduct niet onmisbaar is voor de levering van het retailproduct, geen (...) mededingingsbelemmerend effect kan hebben.’³⁰

Aan de onmisbaarheid van een *wholesale*-dienst zal in toekomstige prijssqueezezaken dus een belangrijke rol toekomen. Toch kan volgens het Hof van Justitie ook indien een *wholesale*-dienst niet onmisbaar is een prijs-squeeze mededingingsbelemmerende effecten hebben.³¹ Juist ten aanzien van dergelijke situaties is de rechtsuitleg van het Hof van Justitie moeilijk te verenigen met het economisch inzicht dat het mededingingsbeperkend effect van een prijssqueeze nooit groter kan zijn dan het effect van een algehele leveringsweigering.

Conclusie

Het arrest *TeliaSonera* is in grote lijnen een voortzetting van de door het Hof van Justitie reeds in het arrest *Deutsche Telekom* gegeven uitleg van het begrip prijs-squeeze. Op een tweetal punten bevat het enkele belangrijke nieuwe inzichten. Het Hof van Justitie nuanceert in de eerste plaats het uitgangspunt dat bij de vaststelling van de tarieven en kosten moet worden uitgegaan van de tarieven en kosten van de dominante aanbieder.

27. Conclusie A-G Mazak van 2 september 2010, punt 29.

28. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, 24 februari 2009, C 45/7.

29. Punt 49.

30. Punt 72.

31. Punt 72, tweede volzin.

In de tweede plaats overweegt het Hof van Justitie dat ook een dominante onderneming op wie geen leveringsverplichting rust zich schuldig kan maken aan een prijs-squeeze. Met die laatste overweging wijkt het Hof van Justitie nadrukkelijk af van zowel de meer economisch geïnspireerde conclusie van advocaat-generaal Mazak als van de Richtsnoeren van de Commissie inzake de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU. Het arrest wekt dan ook stellig de indruk dat in misbruik van machtspositie-zaken economisch gefundeerde argumenten (nog steeds) niet eenvoudig ingang vinden bij het Hof van Justitie.