

VAT-Stellungnahme im Rahmen der Konsultation des gemeinsamen ERG/EC-Entwurfs über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen im Rahmen des New Regulatory Framework

Der österreichische Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) dankt für die Möglichkeit der Stellungnahme im Rahmen der oben genannten Konsultation und erlaubt sich, ein paar grundsätzliche Anmerkungen für die Festnetzmärkte und deren Vorleistungsmärkte einzubringen.

1. Zum vorliegenden Konsultationsdokument

Wir erachten dieses Dokument, das die wichtigsten bekannten Wettbewerbsprobleme sowie zu deren Verhinderung passende Vorabverpflichtungen theoretisch darstellt, für ein wichtiges Hilfsmittel, das die Arbeit der nationalen Regulierungsbehörden vereinfachen kann.

Gleichzeitig weisen wir darauf hin, dass ein solcher abstrakter Ansatz niemals in der Lage sein kann, sämtliche in der Praxis vorkommenden Wettbewerbsverstöße abschließend zu umfassen. Die konkreten Ausgestaltungsmöglichkeiten sind so zahlreich, dass es unmöglich erscheint, die im Einzelfall notwendigen Vorabverpflichtungen in einem Handbuch vorab definitiv festzulegen.

Angesichts der Kreativität mancher Incumbents und der sich ständig neu- und weiterentwickelnden Wettbewerbsprobleme kann und darf das vorliegende Dokument daher nicht als ein allumfassendes Rezeptbuch gesehen werden, das für alle Probleme die richtige Antwort weiß, so dass andere Antworten gar nicht in Betracht gezogen werden und Probleme, die darin nicht angeführt sind, nicht weiter beachtet werden. So hilfreich dieses Dokument daher auch für die Regulierungsbehörden sein mag, kann und darf es sie jedoch nicht im Einzelfall von einer selbstständigen, genauen Prüfung der aufzuerlegenden Vorabverpflichtungen entbinden.

Dies geht auch aus der rechtlichen Einordnung des Dokumentes als einer zusammenfassenden Darstellung der wichtigsten Wettbewerbsprobleme und Vorabverpflichtungen nicht aber als einer Mitteilung oder Empfehlung der Kommission hervor.

In diesem Sinne erübrigt es sich auch, auf einzelne theoretische Ungenauigkeiten bzw. Unvollständigkeiten¹ einzugehen, da aus unserer Sicht die aus heutiger Perspektive wichtigsten Probleme im vorliegenden Dokument behandelt werden.

2. Grundsätzliches zur Auferlegung von Vorabverpflichtungen

Der VAT möchte einen Punkt, der hinsichtlich der Auswahl und Auferlegung von Vorabverpflichtungen von größter Bedeutung ist und auch im Konsultationsdokument angesprochen wird, besonders hervorheben:

Bei den von der Kommission und den einzelnen nationalen Regulierungsbehörden für eine Vorabregulierung identifizierten Märkten handelt es sich um solche, auf denen nachgewiesenermaßen kein effektiver Wettbewerb herrscht und ex-post Regulierung zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen nicht ausreicht.

Es ist daher für die Auferlegung von Vorabverpflichtungen nicht notwendig, dass der SMP-Operator auf diesem Markt bereits gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen hat. Dies wäre vielmehr ein Fall für die ex-post Wettbewerbsaufsicht. Vielmehr reicht die aufgrund der konkreten Marktgegebenheiten vorliegende abstrakte Möglichkeit, auf diesem Markt Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, aus um Vorabverpflichtungen aufzuerlegen.

Genauso ist bei der Auswahl, welche Vorabverpflichtungen auferlegt werden, nicht davon auszugehen, wie sich der SMP-Operator gerade auf dem Markt verhält oder wie er sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von allen Möglichkeiten auszugehen, die ihm offen stehen um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Konsumenten zu übervorteilen.

Dementsprechend kann und darf der Grundsatz, dass das gelindeste Mittel aufzuerlegen ist, auch nicht so verstanden werden, dass zunächst einmal nur eine möglichst wenig belastende Vorabverpflichtung (vielleicht die Transparenzverpflichtung) auferlegt wird, um dann einmal abzuwarten und zu schauen, ob der SMP-Operator trotz dieser einen Vorabverpflichtung

¹ So ist beispielsweise die Erläuterung der Nicht-Diskriminierung auf Seite 10 des Executive Summary insofern unvollständig als sie sich nur auf die Diskriminierung gegenüber den eigenen Tochterunternehmen oder Partnern beschränkt – demgegenüber kann auch eine Ungleichbehandlung von Dritten untereinander vorkommen und ebenso wettbewerbswidrig sein.

Ebenso ist die Erläuterung zur Kostentrennung (ebenfalls Seite 10) unvollständig. Hier wird lediglich auf den vertikalen Transfer abgestellt, wohingegen die Vorabverpflichtung der Kostentrennung sehr wohl auch dann zum Einsatz kommen muss, wenn es um Quersubventionierung bei *horizontalem leveraging* geht.

Weiters ist die Zuordnung von Wettbewerbsproblemen zu den vier grundlegenden Markt-konstellationen unvollständig. So ist etwa die diskriminierende Zurückhaltung von Informationen, das strategische Design eines Produktes oder predatory pricing sicher auch bei *horizontalem leveraging* denkbar oder excessive pricing auch bei *vertikalem leveraging*, u.v.m.

Schließlich sei als letztes Beispiel die sich durch das gesamte Dokument ziehende Einschränkung angeführt, wonach *vertical leveraging* stets nur vom *upstream wholesale market* zum *downstream retail market* betrachtet wird. Zumindest theoretisch könnte es demgegenüber auch die Möglichkeit geben, dass die Marktmacht vom *retail market* auf den zugehörigen *wholesale market* übertragen wird, indem die *nachfrageseitige* Marktmacht am *wholesale market* missbraucht wird.

wettbewerbsmissbräuchliches Verhalten an den Tag legt. Eine solche Vorgangsweise würde es erlauben, und mit großer Sicherheit dazu führen, dass die Mitbewerber ruiniert und aus dem Markt gedrängt werden.

Demgegenüber muss daher der Grundsatz des gelindesten Mittels so angewendet werden, dass bereits bei der ersten Auferlegung von Vorabverpflichtungen sämtliche Vorabverpflichtungen auferlegt werden, die notwendig sind, um jedes mögliche wettbewerbswidrige Verhalten des SMP-Operators zu verhindern. Nur dann, wenn mehrere Wege sicher zum Ziel führen, hat die Wahl auf die gelindere Verpflichtung zu fallen. Anders ausgedrückt: Wann immer die Auferlegung einer (zusätzlichen) Vorabverpflichtung die Möglichkeit eines Verstoßes nimmt oder auch nur erschwert, so ist diese Vorabverpflichtung aufzuerlegen!

Das gleiche gilt natürlich auch für die in Artikel 17 USD genannten Vorabverpflichtungen. Die Vorschrift, wonach diese nur dann auferlegt werden können, wenn die übrigen Vorabverpflichtungen nicht ausreichen würden, darf daher keineswegs so verstanden werden, dass zunächst bei der ersten Auferlegung von Vorabverpflichtungen nur die übrigen Maßnahmen in Betracht gezogen werden und die Verpflichtungen nach Artikel 17 USD erst im Zuge einer weiteren Marktanalyse und Auferlegung von Vorabverpflichtungen zur Anwendung kommen können, wenn sich die anderen Maßnahmen als nicht ausreichend herausgestellt haben. Vielmehr sind auch die Verpflichtungen nach Artikel 17 USD in der theoretischen ex-ante Prognoseentscheidung in Betracht zu ziehen, wenn der SMP-Operator auch bei Auferlegung aller anderen Vorabverpflichtungen immer noch die theoretische Möglichkeit hätte, missbräuchlich zu handeln und den Wettbewerb zu verzerren. Gerade bei *vertical leveraging* in Form von *margin squeeze* wird daher im Regelfall auch die Auferlegung der Kostenkontrolle der Endkundenpreise im Sinne von Artikel 17 USD notwendig sein.

3. Effektive Sanktionen und Kosten-Nutzen-Rechnung des Incumbent

Der VAT möchte weiters einen Punkt bestärken, der im vorliegenden Dokument bereits klar angesprochen wird. Es handelt sich darum, dass alle Vorabverpflichtungen so auferlegt werden sollten, dass der Anreiz zu einem marktkonformen, nicht wettbewerbsverzerrenden Verhalten bedeutend größer ist, als die möglichen Vorteile, die der SMP-Operator durch ein missbräuchliches Verhalten erlangen könnte.

Dies bedingt, dass

- die in Aussicht gestellten Sanktionen auch einen finanzstarken SMP-Operator wirklich schmerzen,
- Strafen (und möglicherweise Ausweitungen der Vorabverpflichtungen) möglichst rasch auferlegt werden, um die Zeitspanne, in der aus missbräuchlichem Verhalten Vorteile gezogen werden können, möglichst kurz zu halten, und
- die Sanktionen im Falle eines Verstoßes auch effektiv durchgesetzt werden.

4. Emerging markets

Schließlich erscheint es dem VAT wichtig, bei sogenannten *emerging markets* zwischen jenen Märkten zu unterscheiden, die auf einer Ausweitung bzw. Aufwertung von bestehender Infrastruktur des Incumbents basieren und solchen, wo das nicht der Fall ist.

So kann etwa ein „neuer“ Dienst, der über die vorhandenen Kupferleitungen erbracht wird – auch wenn er zusätzliche Investitionen bedingt – keineswegs als regulierungsfrei betrachtet werden. Vielmehr müssen in solchen Fällen sehr wohl geeignete Vorabverpflichtungen auferlegt werden, damit andere Marktteilnehmer die für die Erbringung des „neuen“ Dienstes notwendigen „alten“ Vorleistungen ebenso rechtzeitig und zu den gleichen Bedingungen beziehen können, wie der Incumbent selbst.