

Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Regulierung der Fernmeldemärkte: Die Korrektur eines Systemfehlers ist angezeigt

PETER EHRSAM* | DANIEL EMCH**

In den durch das Fernmeldegesetz (FMG)¹ regulierten Telekommunikationsmärkten spielt die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens eine zentrale Rolle. Sie entscheidet darüber, ob und in welchem Ausmass das auf diesen Märkten tätige Unternehmen der Angebots- und Preisregulierung unterliegt.

Die eminente Bedeutung des Marktbeherrschungsbegriffs bildet den Ausgangspunkt nachfolgender Überlegungen. Anhand des Beispiels der Regulierung der Fernmeldemärkte wird die Frage aufgeworfen, ob es sich um ein zweckmässiges Kriterium für die Auferlegung einer Zugangsregulierung handelt oder ob aus ökonomischer Sicht nicht andere Kriterien besser geeignet wären. Wir orientieren uns an den Erkenntnissen der Regulierungstheorie und untersuchen, ob die Praxis der Behörden und der Gerichte bei der Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffes diesen Massstäben gerecht wird. Wir kommen zum Schluss, dass die Behörden und Gerichte die Marktbeherrschung als Voraussetzung der Angebots- und Preisregulierung zu extensiv anwenden, sodass der Begriff seine vom Gesetzgeber vorgese-

hene Rolle als ökonomisch sachgerechtes Eingreifkriterium nicht zu erfüllen vermag.

Le constat de la position dominante d'une entreprise joue un rôle central sur les marchés de la télécommunication régis par la loi sur les télécommunications (LTC)¹. Un tel constat est décisif pour déterminer si et dans quelle mesure les entreprises actives sur ce marché sont soumises à la régulation de l'offre et des prix.

L'importance de la notion de position dominante constitue le point de départ des réflexions qui suivent. Sur la base de l'exemple que constitue la réglementation des marchés de la télécommunication, nous posons la question de savoir s'il s'agit d'un critère approprié pour l'adoption d'une régulation de l'accès au marché ou si, d'un point de vue économique, d'autres critères ne seraient pas plus appropriés. Nous examinons si la pratique des autorités et tribunaux en relation avec l'interprétation de la notion de position dominante respecte les exigences propres à la théorie de la régulation. Nous aboutissons à la conclusion que les autorités et tribunaux appliquent de manière trop extensive la position dominante comme condition à la régulation de l'offre et du prix, de sorte que cette notion ne peut plus remplir son rôle, justifié d'un point de vue économique et voulu par le législateur, de critère d'intervention.

- I. Marktbeherrschung und Rechtsfolge
 1. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Kartellgesetz: Marktbeherrschung allein hat keine Rechtsfolge
 2. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Fernmeldegesetz: Marktbeherrschung löst Kontrahierungszwang und Preisvorschriften aus
- II. Zugangsregulierung: Nützt es nichts, so schadet es
- III. Regulierungsdesign: Operationalisierung des volkswirtschaftlichen Begriffs Marktversagen
- IV. Vollzug des Fernmeldegesetzes: Die Marktbeherrschung wird reflexartig bejaht
 1. Vorbemerkung
 2. Fall 1: Zugang zum schnellen Bitstrom
 3. Fall 2: Zugang zu Mietleitungen
 4. Zugang zum Dienst Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen
- V. Diskussion und Schlussfolgerung
 1. Analyse des Vollzugs aus ökonomischer Sicht
 2. Analyse des Vollzugs aus institutioneller Sicht

Zusammenfassung | Résumé

I. Marktbeherrschung und Rechtsfolge

Der Begriff der Marktbeherrschung ist in Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes (KG)² definiert: Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder

² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

* MSc Econ., lic. rer. pol., Leiter Regulierung Swisscom, Bern.

** Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Bern.

¹ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC; RS 784.10).

Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Das Kartellgesetz, das Fernmeldegesetz und auch andere Erlasse knüpfen an diese Definition³ an. Ein marktbeherrschendes Unternehmen muss besondere Regeln befolgen und ist damit in seiner Wirtschaftsfreiheit stärker eingeschränkt als nicht marktbeherrschende Unternehmen. Bei der Marktbeherrschung handelt es sich um ein Schlüsselkriterium für Regulierungen bzw. Interventionen in die freie Marktwirtschaft.

1. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Kartellgesetz: Marktbeherrschung allein hat keine Rechtsfolge

Die Vermeidung unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ist einer der drei materiellen Pfeiler des Kartellgesetzes. Aus Sicht des Kartellgesetzes ist eine marktbeherrschende Stellung allein betrachtet weder unzulässig noch problematisch – im Gegenteil: In der Botschaft zum

³ Marktbeherrschende Unternehmen dürfen sich gemäss Art. 7 KG nicht missbräuchlich verhalten. Gemäss Art. 10 KG werden Zusammenschlussvorhaben von der Wettbewerbskommission untersagt oder mit Bedingungen und/oder Auflagen belegt, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würden, welche den Wettbewerb beseitigen könnte. Der Marktbeherrschungsbegriff hat aber nicht nur eine Bedeutung im Kartellrecht. Auch vor dem Preisüberwacher ist entscheidend, ob ein Unternehmen marktbeherrschend (bzw. marktmächtig) ist oder nicht. Nur marktbeherrschende Unternehmen müssen sich nämlich autoritative Eingriffe in ihre Preispolitik gestützt auf das Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) gefallen lassen. Auch bei der Regulierung der Radio- und Fernsehmärkte stellt die Frage der Marktbeherrschung entscheidende Weichen. Ob und in welchem Ausmass ein Unternehmen dem Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) unterliegt, hängt davon ab (vgl. Art. 56 Abs. 4, Art. 74 und Art. 75 Abs. 1 RTVG).

Kartellgesetz vom 23. November 1994⁴ heisst es:

«Hervorzuheben ist allerdings, dass es nicht Sinn der Wettbewerbspolitik sein kann, den Einsatz von Marktmacht zu verbieten. Die Möglichkeit, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen, muss offen bleiben. Sie stellt einen wesentlichen Anreiz zu effizienter Unternehmensführung dar. Zudem ist Wettbewerb letztlich immer ein Kampf um Marktanteile. Bemühungen, die Marktanteile zu halten oder zu vergrössern, können daher nicht an sich unzulässig sein»⁵.

Das Kartellgesetz macht also eine Trennung zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlichen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen. Nach Kartellgesetz hat eine festgestellte Marktbeherrschung für sich allein noch *keine unmittelbare Rechts- bzw. Regulierungsfolge*.

2. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Fernmeldegesetz: Marktbeherrschung löst Kontrahierungszwang und Preisvorschriften aus

Das Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10) enthält eine sektorspezifische Wettbewerbsregulierung, indem es den Zugang zu Fernmeldeinfrastrukturen ermöglicht. Nach Art. 11 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu *kostenorientierten Preisen* Zugang zu einzelnen Einrichtungen und Diensten gewähren (Zugangsregulierung). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt⁶

⁴ BBl 1995 I 468.

⁵ BBl 1995 I 569; vgl. auch J. BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, KG 4 N 15.

⁶ Das Bundesamt für Kommunikation (Bakom) instruiert für die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) die Verfahren im Falle von Streitigkeiten über den Zugang und stellt ihr Antrag.

die Wettbewerbskommission⁷. Eine festgestellte Marktbeherrschung löst nach Fernmeldegesetz *unmittelbar* einen *Kontrahierungszwang mit einer staatlichen Preisordnung* aus. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁸ handelt es sich dabei um einen *erheblichen Eingriff* in die Rechtsstellung der betroffenen Anbieterin.

Damit unterscheidet sich das FMG in zweierlei Hinsicht vom Kartellgesetz:

- Während nach Art. 7 KG ein Kontrahierungszwang nur bei Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes zu bejahen ist, führt Marktbeherrschung im Fernmelderecht zu einem Kontrahierungszwang, welcher an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft ist. Die Rechtsfolge des FMG ist mechanischer Natur. Ist ein Unternehmen marktbeherrschend, unterliegt es dem Kontrahierungszwang.
- Weiter sieht das Kartellgesetz keine staatliche Preisordnung für marktbeherrschende Unternehmen vor. Es verbietet lediglich den Missbrauch, d.h. etwa die Erzwingung unangemessener Preise oder die Preisdiskriminierung. Unter der Geltung des FMG ist bei festgestellter Marktbeherrschung der Kontrahierungszwang hingegen mit einer staatlichen Preisordnung verbunden. Sofern sich die Parteien über die Konditionen nicht einigen können, legt die ComCom die Preise und die Geschäftsbedingungen autoritativ fest⁹.

⁷ Vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.1; 2009/35 E. 8.4.1; WEKO, Gutachten vom 20. November 2006 in Sachen Interkonnektionsverfahren. Mobilfunkterminierung, RPW 2006, 739–752; A. AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, N 190 ff.

⁸ BGer vom 3. Oktober 2001, 2A.503/2000, E. 7a.

⁹ Im Gegensatz zur EU wurde in der Schweiz keine *ex ante*-Regulierung eingeführt. Im Sinne einer *ex post*-Regulierung soll die ComCom nur tätig werden, wenn zwischen den Parteien keine Einigung zustande kommt.

II. Zugangsregulierung: Nützt es nichts, so schadet es

Die normative Regulierungstheorie geht davon aus, dass mit einer Zugangsregulierung ein Marktversagen bzw. ein Wettbewerbsversagen korrigiert werden kann. Ein solches tritt regelmässig dann auf, wenn in einer Industrie ein natürliches Monopol¹⁰ mit irreversiblen Kosten¹¹ vorliegt¹². In einer solchen Marktstruktur sind die Marktzutrittschranken so hoch, dass das ansässige Unternehmen weder durch aktuelle noch durch potenzielle Konkurrenz diszipliniert wird. Der «bottleneck», wie solche Einrichtungen häufig genannt werden, verleiht stabile Marktmacht, die es erlaubt, Monopolpreise zu verlangen. Aus *statischer Sicht* ergibt sich daraus ein volkswirtschaftlicher Schaden, weil Nachfrager, die bereit wären, einen kostendeckenden Preis zu bezahlen (der aber unter dem Monopolpreis liegt), nicht bedient werden. Mit einer Zugangsregulierung sollen solche «Bottleneck-Einrichtungen» geöffnet werden. Andere Anbieter ohne eigene Einrichtungen können die bestehende Infrastruktur zu (preis-)regulierten Bedingungen benutzen. Damit soll auf den dem «bottleneck» vor- und nachgelagerten Marktstufen Wettbewerb möglich werden, mit dem Ziel, dass die Endkunden in den Genuss eines besseren Preis-Leistungs-Verhältnisses der infrastrukturbasierten Dienste kommen. Es ist

allgemein anerkannt, dass Zugangsregulierungen auch volkswirtschaftliche Kosten verursachen können. Aus qualitativer Sicht geht es um Kosten, die mittelfristig aufgrund der Verzerrung von Anreizen und damit der Störung des Wettbewerbsprozesses zulasten der Entwicklung der Industrie anfallen¹³. Aus *dynamischer Sicht* beeinträchtigen Zugangsregulierungen sodann die dynamische Funktion des Wettbewerbs. Gegenstand der theoretischen Literatur sind insbesondere die negativen Auswirkungen von Zugangsregulierungen auf die Investitionsbereitschaft¹⁴ bedingt durch reduzierte Rentabilitätserwartungen¹⁵ sowie Risikoverlagerungen zu den Investoren¹⁶, was mit höheren Kapitalkosten¹⁷ verbunden ist. Neben anekdotischer Evidenz gibt es inzwischen auch eine umfangreiche Palette¹⁸ an empirischer Literatur, die den Effekt von Regulierung (Regulierungsintensität) auf das Investitionsverhalten in der Telekommunikation untersucht. Aktuellere Studien¹⁹ stützen sich dabei auf

die theoretischen und empirischen Erkenntnisse von AGHION et al.²⁰ Danach gibt es zwei gegenläufige Effekte von Wettbewerb auf Innovationen [Investitionen]: Zunehmender Wettbewerb führt anfänglich zu steigender Innovationstätigkeit. Mit Innovationen kann das Unternehmen sozusagen dem (Preis-)Wettbewerbsdruck entkommen; seine Gewinnaussichten sind trotz Investitionen in die Innovationen grösser als ohne diese Investitionen. Dieser Effekt wird «Wettbewerbsflucht» genannt. Mit hoher Wettbewerbsintensität lassen sich dagegen die Investitionen in Innovationen kaum mehr amortisieren, weshalb weniger Innovationen stattfinden. Dieser Effekt wird Schumpeter-Effekt genannt. Die empirischen Studien zur Frage der Wirkung der Regulierung auf die Investitionsperformance im Telekommarkt gehen demnach häufig der Frage nach, welcher dieser beiden Effekte dominiert. Dabei wird regelmässig die Performance in Abhängigkeit von der Intensität des Wettbewerbs bzw. der Intensität der (Preis- bzw. Zugangs-)Regulierung gesetzt. Die Mehrheit der empirischen Untersuchungen zeigt einen negativen Zusammenhang zwischen starker Zugangsregulierung und der Investitionstätigkeit²¹.

Die gegenläufigen Effekte (statischer Nutzen vs. dynamische Kosten) einer Zugangsregulierung zeigen, dass ein Eingriff nicht um jeden Preis ge-

tion and investment in the telecom sector. ESMT White Paper WP-108-01.

²⁰ PH. AGHION et al., Competition and Innovation: An inverted-U Relationship, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 120, No 2, 2005, 701–728.

²¹ R.W. CRANDALL/J.A. EISENACH/A.T. INGRAHAM, The Long-Run Effects of Copper Unbundling and the Implications for Fiber, *Telecommunications Policy* No 37, 2013, 262–281; M. BACACHE/M. BOURREAU/G. GAUDIN, Dynamic Entry and Investment in New Infrastructures: Empirical Evidence from the Fixed Broadband Industry, *Review of Industrial Organization* No 2, Vol. 44, 2014, 179–209.

¹⁰ Ein natürliches Monopol tritt dann auf, wenn die fixen Kosten der Produktion so gross sind, dass die Gesamtnachfrage mit nur einem Anbieter günstiger produziert werden kann als mit zwei oder mehreren Anbietern, die die fixen Kosten der Produktion je auch tragen müssen.

¹¹ Irreversibel oder versunken sind die Kosten dann, wenn sie bei einem Marktaustritt – etwa durch einen Verkauf – nicht wieder eingebracht werden können.

¹² Es gibt auch andere Quellen von Marktversagen, wie etwa externe Effekte, öffentliche Güter und asymmetrisch verteilte Informationen. Diese sind hier indessen nicht Gegenstand der Diskussion.

¹³ G. KNEIPS, *Wettbewerbsökonomie*, 3. Aufl., Berlin 2008.

¹⁴ M. MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, 68.

¹⁵ J. HARING/M. RETTLE/J.H. ROHLFS/H.M. SHOOSHAN III, *UNE Prices and Telecommunications Investment*, Strategic Policy Research Paper, 2002; R. PINDYCK, *Mandatory Unbundling and Irreversible Investment in Telecom Networks*, *Review of Network Economics*, Vol. 6, Issue 3, 2007, 274–298.

¹⁶ T.M. JORDE/J.G. SIDAK/D.J. TEECE, *Innovation, Investments, and Unbundling*, *Yale Journal of Regulation* No 17, 2004, 1–37; PINDYCK (Fn. 15); P. BAAKE/U. KAMECKE/C. WEY, *A Regulatory Framework for New and Emerging Markets*, *Communications & Strategies* No 40, 2005, 123–136.

¹⁷ S. INGRAHAM/J.G. SIDAK, *Mandatory Unbundling, UNE-P and Cost of Equity: Does TELRIC Pricing Increase Risk for Incumbent Local Exchange Carriers?* *Criterion Economics*, Cambridge 2004.

¹⁸ Eine Übersicht der entsprechenden Literatur bis ins Jahr 2009 findet sich bei C. CAMBINI/Y. JIANG, *Broadband investment and regulation: A literature review*, *Telecommunications Policy* No 33, 2009, 559–574.

¹⁹ H. FRIEDERISZICK/M. GRAJEK/L.-H. RÖLLER, *Analyzing the relationship between regula-*

rechtfertigt ist, sondern nur dann, wenn der Nutzen der Regulierung grösser ist als die Kosten, die sie verursacht. Wird dennoch regulatorisch eingegriffen, treten sog. Regulierungsfehler auf. Im Grunde genommen müssten beim Vollzug der Regulierung entsprechende volkswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Überlegungen angestellt und dem Entscheid zugrunde gelegt werden. Da solche Untersuchungen im Einzelfall nur sehr schwer durchzuführen wären, ist es von grosser Bedeutung, dass (i) diese Kosten-Nutzen-Überlegungen beim Design einer Regulierung bedacht werden und/oder dass (ii) sich die Vollzugsbehörde dem Dilemma bei der Rechtsanwendung bewusst ist. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, wird diesem Grundsatzproblem mangels klarer Rechtsbegriffe weder mit dem bestehenden Regulierungsdesign noch in der Behörden- und Gerichtspraxis ausreichend Beachtung geschenkt.

III. Regulierungsdesign: Operationalisierung des volkswirtschaftlichen Begriffs Marktversagen

Aus regulierungstheoretischer Sicht sollte eine Zugangsregulierung nur bei Vorliegen eines Marktversagens – bedingt durch einen «bottleneck» – auferlegt werden. Das Aufgreifkriterium der Zugangsregulierung im FMG ist die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens. Marktbeherrschend im Sinne des Kartellgesetzes ist ein Unternehmen, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. In Kombination mit der Praxis zur Marktabgrenzung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eröffnet die

Marktbeherrschungsdefinition einen Ermessensspielraum, in welchem auch Unternehmen als marktbeherrschend qualifiziert werden können, wenn kein Marktversagen vorliegt: Nach Art. 11 Abs. 3 VKU umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Dieser Ansatz eignet sich nicht zwingend, um Marktversagen zu identifizieren, weil im Vollzug die Tendenz besteht, vor allem die Sicht der Marktgegenseite einzunehmen und bei der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse die Situation in den Endkundenmärkten zu wenig in Betracht zu ziehen. So kann zwar ein Zwischenhändler (Marktgegenseite) auf einen Input angewiesen sein, weil er ihn weder selber duplizieren noch substituieren kann. Der Anbieter des Inputs dürfte in diesem Fall als marktbeherrschend qualifiziert werden. Ob in diesem Fall aber tatsächlich ein Marktversagen vorliegt, kann indessen nicht allein anhand der Abhängigkeitssituation beurteilt werden. Dass die Marktgegenseite keine Ausweichmöglichkeit hat, ist keine hinreichende Bedingung für das Auftreten eines Marktversagens.

Beispiel: Aus Sicht eines konkurrierenden Anbieters (A) kann bspw. die Produktionsanlage seines Konkurrenten (B) eine Art «bottleneck» sein, da es aus seiner Sicht keine Substitutionsmöglichkeiten (*supply side substitution*) gibt. Das will indessen nicht heissen, dass der Eigentümer (B) der wesentlichen Einrichtung Monopolmacht ausüben kann. Selbst eine «Bottleneck»-Einrichtung kann aus der Sicht des Endkunden einem kompetitiven Druck ausgesetzt sein. Ein häufig genanntes Beispiel ist die Pipeline, die eine Stadt mit Heizöl versorgt. Die Pipeline erfüllt aus Sicht eines Öllieferanten zwar die genannten «Bottleneck»-Eigenschaften. Dennoch kann der Eigentümer der Pipeline keine Monopolmacht ausüben, denn die Stadt wird gleichzeitig auf dem Seeweg mit Heizöl versorgt. Daneben lassen sich die Häuser dieser Stadt sowohl mit Elektrizität als auch mit Gas beheizen. Im Bereich der Pipeline liegt sodann kein Marktversagen vor.

Bei der Analyse, ob ein Marktversagen vorliegt, müssen die Ausweich-

möglichkeiten der Endkunden (*demand side substitution*²²) berücksichtigt werden. Können sie ausweichen, liegt im Bereich der «Bottleneck»-Einrichtung kein Marktversagen vor. Bei der Auferlegung einer Zugangsregulierung, d. h. bei der Überprüfung, ob die Voraussetzungen für eine solche gegeben sind, muss zwischen wirtschaftlichen Abhängigkeiten und Marktversagen unterschieden werden. Das Ziel der Zugangsregulierung ist nicht in erster Linie ein Schutz von einzelnen Wettbewerbern, sondern es sollen die statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen zugunsten der Endkunden bestmöglich erfüllt bzw. simuliert werden, wo sie wegen eines Marktversagens beeinträchtigt werden. In allen anderen Fällen ist ein regulatorischer Eingriff aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht gerechtfertigt.

Im US-amerikanischen Kartellrecht wurde die Figur der «essential facility» entwickelt, um unter bestimmten Umständen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit abzuweichen und ein Unternehmen zu verpflichten, seinem Konkurrenten Zugang zu einer Anlage zu gewähren oder ihn mit einem Input zu beliefern²³. Materiell ist die Essential Facilities Doktrin (EFD) ein Anwendungsfall der kartellrechtlichen Bestimmungen betr. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eines marktbeherrschenden Unternehmens (Art. 7

²² Zur Diskussion zu den kompetitiven Effekten der *supply* und *demand side substitution* vgl. anstelle vieler: M. Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, 102 ff.

²³ Für einen Überblick: R. PITORSKY/D. PATTERSON/J. HOOKS, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, *Antitrust Law Journal*, 2003 (scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1342&context=facpub) und M. VLČEK, *Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Zürich 2013, 75.

Abs. 2 lit. a KG)²⁴. Ähnlich wie die schweizerische Gesetzgebung fokussiert auch die EFD nicht explizit auf die Frage, ob ein Marktversagen vorliegt. Vielmehr ist auch bei der EFD das Verhältnis zweier Konkurrenten im Fokus: *The doctrine seeks to prevent the firm with monopoly control over an essential asset from unlawfully excluding actual or potential rivals...*²⁵.

Zur Identifikation eines Marktversagens in der Telekommunikation haben JERRY HAUSMAN und GREGORY SIDAK einen Test²⁶ entwickelt (Hausman/Sidak-Test), der bei der EFD ansetzt, aber explizit die Marktverhältnisse in den Endkundenmärkten berücksichtigt. Damit von einem Marktversagen ausgegangen werden kann, müssen die nachstehenden Bedingungen *kumulativ* erfüllt sein:

- Es muss technisch möglich sein, den Zugang zu gewähren;
- der Netzbetreiber hat sich geweigert, Zugang zu einem kostenorientierten Preis, der die totalen langfristigen Zusatzkosten berücksichtigt, zu gewähren;
- es ist unmöglich und ökonomisch unvernünftig, das Netzwerkelement (mit alternativer Technologie) zu duplizieren;
- das Netz wird von einem Unternehmen kontrolliert, das den Endkunden in seinem Einzugsgebiet als Monopolist Telekommunikationsdienste anbietet;

- das Unternehmen kann im Angebot von Telekommunikationsdiensten an Endkunden im relevanten Markt Marktmacht ausüben, indem es den Zugang auf das Netz einschränken kann.

Der Test kombiniert technische Aspekte sowie angebots- (*supply side substitution*) und nachfrageseitige (*demand side substitution*) Substitutionsmöglichkeiten. Indem nur bei tatsächlichem Marktversagen eingegriffen wird, soll der Hausman/Sidak-Test sicherstellen, dass Regulierungsfehler mit ihren schädlichen Auswirkungen möglichst vermieden werden.

IV. Vollzug des Fernmeldegesetzes: Die Marktbeherrschung wird reflexartig bejaht

1. Vorbemerkung

In diesem Abschnitt wird der Vollzug der im FMG vorgesehenen Zugangsregulierung – speziell die Frage, wie das Aufgreifkriterium Marktbeherrschung in der Praxis angewendet wird – näher untersucht. Zur Erinnerung: Mit dem FMG wurde eine Zugangsregulierung eingeführt. Danach müssen *marktbeherrschende* Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbietern zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren²⁷. Ist in einem Zugangsverfahren

die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, wird diese von der Wettbewerbskommission begutachtet²⁸. Das Gutachten spielt eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzung der Marktbeherrschung für die sektorspezifische Regulierung erfüllt ist. Bei der Umsetzung des revidierten Fernmeldegesetzes war die Frage der Marktbeherrschung nur bei den Zugangsformen schneller Bitstrom, bei gewissen Mietleitungen und beim Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen für Grosskunden strittig. In allen drei Fällen wurde Swisscom als marktbeherrschend qualifiziert.

2. Fall 1: Zugang zum schnellen Bitstrom

a) Ausgangslage

Der schnelle Bitstrom-Zugang²⁹ (Bitstream Access, BSA) ist eine Hochgeschwindigkeitsverbindung auf der Kupferleitung im Anschlussnetz der Swisscom. Internetserviceprovider (ISPs) können auf der Basis dieses Vorleistungsdienstes Endkunden ihre Internetzugangsdienste anbieten. ISPs, die auf BSA-Basis Endkundendienste anbieten, sind in Konkurrenz mit den Diensten, die nebst Swisscom den Endkunden auch andere Netzeigentümer wie Kabelfernsehtznetzbetreiber und neuerdings auch ISPs auf den Datennetzen der Elektrizitätswerke an-

sich die Parteien (Anbieterin und Nachfragerin von Zugangsdiensten) – wo immer möglich – über den Vertragsinhalt einigen. Einigen sich die Parteien nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, werden diese auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bakom von der ComCom (ex post) verfügt.

²⁸ Art. 11a Abs. 2 FMG.

²⁹ Schneller Bitstrom-Zugang: Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten (Art. 3 lit. d^{er} FMG).

²⁴ Die EFD ist auch in der Schweizer Rechtsprechung verankert, vgl. zuletzt das Bundesgericht im Fall «Étivaz» bzw. BGE 139 II 316 ff. E. 6 betr. Zugang zu einer AOC-Käse-Genossenschaft, oder auch im Fall «EEF/WATT/MIGROS» bzw. BGE 129 II 497 E. 6.5 betr. Stromdurchleitung.

²⁵ Für einen Überblick: PITOFSKY/PATTERSON/HOOKS (Fn. 23).

²⁶ J.A. HAUSMAN/G. SIDAK, A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks, *The Yale Law Journal* Vol. 109, 2009 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=205670).

bieten. Mit Verweis auf die Wettbewerbssituation hat Swisscom geltend gemacht, sie sei nicht marktbeherrschend und hat sich dementsprechend geweigert, den schnellen Bitstrom-Zugang zu regulierten Bedingungen im Sinne von Art. 3 lit. d^{ter} i.V. mit Art. 11 FMG anzubieten. Mit Gesuch vom 10. April 2007 hat Sunrise bei der ComCom beantragt, Swisscom sei zu verpflichten, ihr auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den schnellen Bitstrom-Zugang zu gewähren. Swisscom hat geltend gemacht, dass es in der Schweiz ca. 2,5 Millionen breitbandfähige Kabelnetzanschlüsse gäbe. Damit hätten mehr als 80% der etwa 3,1 Millionen Haushalte für den schnellen Internetzugang die Wahl zwischen zwei unabhängigen Festnetzinfrastrukturen. Im Übrigen würden solche Internetzugangsdienste faktisch flächendeckend auch über drahtlose, namentlich Mobilfunknetze angeboten. Des Weiteren könnten Fernmelde-dienstanbieterinnen ohne eigenes Anschlussnetz mit dem durch das revidierte FMG neu eingeführten Zugangsdienst «vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss»³⁰ selber Breitbandverbindungen zu den Endkunden herstellen. ISPs hätten zudem die Möglichkeit, bei ihr kommerzielle, d. h. nicht preisregulierte, Bitstromdienste (Breitbandvorleistungsdienste) zu beziehen.

b) Würdigung durch Behörden und Gerichte

In ihrem *Gutachten*³¹ vom 3. September 2007 kommt die *Weko* zum Schluss, dass Swisscom aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie aufgrund des nicht genügend disziplinierenden Einflusses des nachgelagerten Marktes auf dem Markt

für Zugänge zu Breitbanddiensten als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) wird der Markt aus Sicht der nachfragenden Geschwister Sunrise abgegrenzt. Sie ist im vorliegenden Fall die Marktgegenseite, die den regulierten Dienst beziehen will. Bei der Beurteilung der Marktstellung stützt sich die *Weko* auf die «vertikalen wirtschaftlichen Abhängigkeiten». Danach kann sich ein Unternehmen dann unabhängig verhalten, wenn aus Sicht der Marktgegenseite oder der betroffenen Marktteilnehmer keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen (N 38). Bei der Frage, ob und wie der Endkundenmarkt zu berücksichtigen sei, verweist die *Weko* auf einen Bundesgerichtsentscheid, der die Substituierbarkeit des Empfangs von Fernsehprogrammen ab Satellit mit demjenigen über Kabelnetze verneint³². Gemäss diesem Entscheid seien nicht perfekte Substitute bei der Analyse der Wettbewerbssituation nur begrenzt zu berücksichtigen und es sei primär auf die Wettbewerbskräfte im relevanten Markt abzustellen. Gäbe es im relevanten Markt keine Wettbewerber, dürften mögliche disziplinierende Einflüsse aus anderen Märkten nur begrenzt zu einer Einschränkung der Verhaltensspielräume des betroffenen Unternehmens führen (N 65). Ferner wird geltend gemacht, dass die Kundschaft träge sei (N 76), dass lokale und regionale Kabelnetzbetreiber keine schweizweiten Angebote machen könnten (N 78), dass die Technologie der Swisscom vergleichsweise stärker wachse als die Kabeltechnologie (N 80), dass die historische Betreiberin über ein landesweites Netz und eine grosse Kundenbasis verfüge, was ihr Vorteile verschaffe (N 81) und dass es im Retailmarkt gleichbleibende Preise gäbe (N 83). All dies spre-

che insgesamt für eine schwache Disziplinierung. Zusammenfassend wird festgehalten, dass ein gewisser Wettbewerbsdruck vonseiten der Kabelnetzbetreiber bestehe. Dieser sei indes nur begrenzt zu berücksichtigen und nur beschränkt vorhanden, weshalb sich Swisscom unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten könne (N 88) und daher als marktbeherrschend zu qualifizieren sei (N 90). Die *ComCom* stützt sich in ihrer *Verfügung*³³ vom 21. November 2007 weitestgehend auf das Gutachten der *Weko*.

Im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid der *ComCom* vom 21. November 2007 betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom vor dem Bundesverwaltungsgericht ging es vor allem um die Frage des disziplinierenden Einflusses des Endkundenmarktes. Das *Bundesverwaltungsgericht* ist in seinem *Entscheid*³⁴ der Vorinstanz gefolgt: «Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, von der umfassenden und klaren Begründung der Vorinstanz, die weitgehend mit dem Gutachten der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde übereinstimmt, abzuweichen. Sie [Swisscom] vermag nicht darzulegen, inwiefern der Vorinstanz eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist. Insbesondere geht ihr Vorwurf, die Vorinstanz habe, indem sie die Wettbewerbsverhältnisse nicht eingehend abgeklärt habe, weder den Vollbeweis noch den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der marktbeherrschenden Stellung erbracht, [...] fehl. Es kann somit festgehalten werden, dass weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbewerb besteht, der das Verhalten der [Swisscom] disziplinieren würde»³⁵.

³⁰ Art. 3 lit. d^{bis} und Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG.

³¹ Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 in Sachen «TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG» betreffend schneller Bitstromzugang, RPW 2008, 222 ff.

³² BGE 130 II 449 ff. E. 5.5.

³³ Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission *ComCom* vom 21. November 2007 betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom.

³⁴ BVGer vom 12. Februar 2009, A-109/2008.

³⁵ BVGer vom 12. Februar 2009, A-109/2008, E. 9.4.4.

c) Kritik

Die Verfügung betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom stützt sich auf den Umstand, dass es in der Schweiz kein alternatives Wholesaleangebot gebe, welches demjenigen der Swisscom ebenbürtig wäre. Seitens der Kabelnetzbetreiber existiere nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf Swisscom. Bei Vorhandensein von nur zwei relevanten Infrastrukturanbieterinnen im Sinne eines Duopols bilde wirksamer Wettbewerb die Ausnahme. Dieser «Zwei sind nicht genug»-Grundsatz wird volkswirtschaftlich nicht näher begründet. Angesichts hoher Fixkosten ist die Zahl der Wettbewerber, die profitabel am Telekommunikationsmarkt wirtschaften können, nicht unbegrenzt³⁶. Das Aufgreifkriterium der Zugangsregulierung bedient sich am Begriff der Marktbeherrschung, welche gemäss Art. 4 Abs. 2 KG dann gegeben ist, wenn sich das Unternehmen in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Diese strenge Anforderung ist geeignet, um den aus ökonomischer Sicht restriktiven Anforderungen an eine Regulierungsvoraussetzung (vgl. Kapitel III.) gerecht zu werden. Die Behörden und das Bundesverwaltungsgericht haben es aber versäumt, zu zeigen, dass sich Swisscom tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Eine aus regulierungsökonomischer Sicht sachgerechte Beurteilung hätte nachweisen müssen, dass das Unternehmen

in seinem Geschäftsgebaren von Konkurrenten, der Marktgegenseite und gegenüber den Endkunden nicht genügend diszipliniert wird und es so zu volkswirtschaftlichen Schäden kommt (Art. 1 KG). Stattdessen haben die Behörden und Gerichte den Wholesale vom Retailmarkt unterschieden und den sachlich relevanten Markt zu eng als Wholesalemarkt für Breitbanddienste, der die zum Wiederverkauf angebotenen Breitbandzugänge umfasst, abgegrenzt.

3. Fall 2: Zugang zu Mietleitungen

a) Ausgangslage

Mietleitungen³⁷ sind Datenleitungen, auf denen eine hohe Übertragungsqualität garantiert wird. Sie werden regelmässig von Geschäftskunden nachgefragt. Die Konkurrenzsituation auf dem Mietleitungsmarkt ist regional sehr unterschiedlich. In Ballungszentren sind verschiedene Netzbetreiber tätig, während in ländlichen Regionen der Wettbewerb weniger stark ausgeprägt ist. Geschäftskunden, die grosse Kapazitäten nachfragen, werden regelmässig von verschiedenen Netzbetreibern bedient. Mit Verweis auf die Marktstrukturen und die sich daraus ergebende Wettbewerbssituation (in Ballungszentren und für grosse Kapazitäten liege keine Marktbeherrschung vor) beschränkte Swisscom ihr reguliertes Angebot an Mietleitungen im Sinne von Art. 3 lit. e^{bis} i.V. mit Art. 11 FMG auf solche mit einer geringen Kapazität und ausserhalb der Agglomerationen Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich.

Mit Gesuch vom 30. September 2008 hat Sunrise bei der ComCom beantragt, Swisscom sei zu verpflichten, ihr regulierte Mietleitungen techno-

logieneutral und mit den markt- und branchenüblichen Übertragungskapazitäten (d. h. ohne Beschränkung auf 2 Mbit/s) sowie ohne regionale Beschränkung in der ganzen Schweiz anzubieten.

b) Würdigung durch Behörden und Gerichte

In ihrem *Gutachten*³⁸ vom 23. Juni 2008 kam die Weko zum Schluss, dass Swisscom betreffend Mietleitungen im Anschlussnetz als marktbeherrschend und im Fernnetz als nicht marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Die Auffassung von Swisscom, wonach in den sechs grossen Agglomerationen mehr Konkurrenz aktiv sei als in der übrigen Schweiz, sei teilweise zutreffend. Nichtsdestotrotz stellte die Weko eine flächendeckend wirkende beherrschende Stellung der Swisscom fest. Die ComCom stützte sich in ihrer *Verfügung*³⁹ vom 10. März 2010 materiell weitgehend auf das Gutachten der Weko. Dies insbesondere hinsichtlich der Frage der Wettbewerbsverhältnisse in den sechs zur Diskussion stehenden Ballungszentren und der Differenzierung nach Bandbreiten. Die Kabelnetze (Glasfasernetze und Koaxialnetze) wurden nicht zum gleichen Markt gezählt, obschon sich Koaxialkabel «grundsätzlich für die Herstellung von Mietleitungen eignen» (E. 2.3.2.1). Das Bundesverwaltungsgericht stützte die Argumentation der ComCom mit Urteil vom 28. Februar 2012 weitgehend. Insbesondere wies das Gericht darauf hin, dass es sich bei der ComCom und auch bei der Weko um Fachorgane handle,

³⁶ Zwar ist denkbar, dass das Wettbewerbspotenzial mit der Zahl der Marktteilnehmer grösser wird. Umgekehrt führt starker Wettbewerb aber auch dazu, dass die Zahl der Marktteilnehmer sinkt. Können auf einem Markt viele – teils ineffiziente – Unternehmen überleben, kann dies ebenso gut für fehlenden Wettbewerb sprechen (S. BUEHLER / C. KAISER / F. JÄGER, *Competition Policy and Exit Rates: Evidence from Switzerland*, Contributions to Economic Analysis & Policy Vol. 4, 2005, www.zora.uzh.ch/52191/1/wp0405.pdf).

³⁷ Mietleitungen: Bereitstellung von transparenten Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen (Art. 3 lit. e^{bis} FMG).

³⁸ Gutachten der Wettbewerbskommission vom 23. Juni 2008 in Sachen «Colt Telecom AG vs. Swisscom (Schweiz) AG» betreffend Mietleitungen, RPW 2008, 751 ff.

³⁹ Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 10. März 2010 betreffend Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF).

weshalb deren Entscheide nur mit Zurückhaltung überprüft würden⁴⁰.

c) Kritik

In der Mietleitungsverfügung werden die Koaxialkabel der Kabelnetzbetreiber ohne eingehende Abklärungen vollständig vom relevanten Markt ausgenommen und im Zusammenhang mit der Marktstellung vertritt die ComCom die Ansicht, dass selbst die Berücksichtigung des 160 000 km langen Glasfasernetzes von Cablecom nichts an der Marktstellung von Swisscom ändere. Eine eingehende Prüfung der Marktwirkungen der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber wurde so zum Vornherein vermöglicht. Als Folge davon wurden die aktuellen und potenziellen Angebote von den Kabelnetzbetreibern in der Marktbeurteilung nicht berücksichtigt.

Nur wenn hohe Marktzutrittschranken bestehen, können Wettbewerbsvorteile tatsächlich dazu führen, dass sich ein Unternehmen unabhängig verhalten kann. Gerade diesbezüglich enthält die Verfügung indessen nur pauschale Aussagen, die nicht auf nähere Abklärungen und Analysen abstellen. Ebenso wenig stichhaltig ist der Hinweis auf die Praxis der EU, nach welcher gemäss ComCom ab 50% Marktanteil per se Marktbeherrschung vermutet werde (E. 2.3.3.1.2, 36). Im schweizerischen Recht besteht eine derartige Vermutung nicht. Vielmehr hielt bereits die Botschaft des Bundesrates zum Kartellgesetz⁴¹ fest: «Das im Konzept des wirksamen Wettbewerbs zum Ausdruck kommende Wettbewerbsverständnis lehnt jeden strukturellen Determinismus ab, wonach aufgrund statischer Strukturmerkmale (Anzahl Firmen, Konzentration der Marktanteile etc.)

zwingend auf bestimmte Verhaltensweisen oder Wettbewerbsergebnisse zu schliessen wäre.» In ähnlicher Weise hat sich zu dieser Frage auch das Bundesgericht geäussert: «Er [ein hoher Marktanteil] kann auch das Resultat von Wettbewerb sein, wenn nämlich die Kunden zur Auffassung kommen, dass das Angebot des Marktführers tatsächlich das günstigste ist, und somit nicht auf das andere Angebot ausweichen wollen, obwohl sie dies ohne weiteres könnten» (BGE 130 II 449 E. 5.7.2). Auch im Mietleitungsfall fehlt bei der Beurteilung der Marktbeherrschung als Regulierungsvoraussetzung eine Prüfung aus der Sicht der Endkunden. Vielmehr wird auch hier vom Grundsatz ausgegangen, dass jedes Netz einen separaten Markt darstellt und dass der Eigentümer eines Netzes daher marktbeherrschend sein muss.

4. Zugang zum Dienst Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen

a) Ausgangslage

Das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen (VTA) ermöglicht es einer Anbieterin von Sprachtelefondiensten ebenfalls, den Telefonanschluss, der dem Endkunden von einer (anderen) marktbeherrschenden Netzbetreiberin angeboten wird, in Rechnung zu stellen. So erhält der Kunde nur noch eine Rechnung. Es gibt verschiedene Telefonanschlusstypen; im vorliegenden Fall interessiert der sog. Primäranschluss (PRA), über den gleichzeitig 30 Telefongespräche geführt werden können. Solche Anschlüsse werden regelmässig von Geschäftskunden nachgefragt, die an einem Standort gleichzeitig mehrere Telefonanschlüsse benötigen. Swisscom anerkannte ihre fernmeldegesetzliche Angebotspflicht für alle Anschlusstypen ausser für Primäranschlüsse. Für diese verweigerte sie ein reguliertes Angebot und machte stattdessen geltend, dass sie im Grosskundengeschäft im Angebot

von PRA mit anderen Anbieterinnen im Wettbewerb stehe und sich daher nicht unabhängig verhalten könne. Mit Gesuch vom 20. August 2007 reichte Sunrise bei der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom ein. Darin wurde unter anderem beantragt, Swisscom sei zu verpflichten, Sunrise die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses für Primäranschlüsse auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen zu gewähren.

b) Würdigung durch Behörden und Gerichte

Die Weko kam in ihrem Gutachten⁴² vom 3. Juni 2008 zum Schluss, dass Swisscom auf dem Markt der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei (N 51). Marktgegenseite seien Fernmelde-diensteanbieterinnen, die ihren Endkunden neben Sprachtelefondiensten auch den Anschluss in Rechnung stellen wollen. Zu dieser Dienstleistung würden systembedingt keine Substitutionsmöglichkeiten existieren (N 14). Aus Endkundensicht seien die Netze von Kabelnetzbetreibern mögliche Substitute (N 20). Der Anschluss eines Endkunden durch das Verlegen von Glasfaserkabeln komme aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten praktisch nur für Geschäftskunden infrage (N 21). Den Einwand der Swisscom, wonach einzig die Marktverhältnisse im Bereich der Primäranschlüsse – also bei Grosskunden – Gegenstand dieses Verfahrens vor der ComCom seien und sie dort im Wettbewerb mit anderen Anbietern (Sunrise, Colt, Cablecom und Stromversorgern) stehe

⁴⁰ BVGer vom 28. Februar 2012, A-2969/2010, E. 2.2, 12.4.1, 12.4.5, 13.1, 27.5.1 und 30.5.

⁴¹ BBl 1995 I 513; vgl. auch die Ausführungen der Weko im Fall «Siemens/Elektrowatt», RPW 1997, 540 ff.

⁴² Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. Juni 2008 in Sachen «Sunrise Communications AG (Sunrise) vs. Swisscom Fixnet AG» betreffend Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA), RPW 2008, 745 ff.

(N 22), liess die Weko nicht gelten. Die ComCom stützte sich in ihrer Verfügung⁴³ vom 23. Dezember 2008 weitestgehend auf das Gutachten der Weko. Die strittige Frage, ob sich die Marktbeherrschung auf die Primäranschlüsse bezieht oder auf das Verrechnen von solchen, beantwortet die ComCom eindeutig. Ihrer Ansicht nach gehe es um die nachgefragte Zugangsform und damit um die Marktbeherrschung beim Verrechnen von Primäranschlüssen. Sie stützte sich dabei auf Art. 11 Abs. 3 VKU, wonach der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen umfasse, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen würden. Die Marktgegenseite seien Fernmeldediensteanbieterinnen, welche Anschlüsse der Swisscom ihrer Kundschaft verrechnen wollten. Endkundinnen und Endkunden, die Primäranschlüsse nachfragen, würden nicht die Marktgegenseite bilden (E. 3.2.3, 20). Massgebend sei, dass die Verrechnung des Anschlusses nur von der Inhaberin des Anschlusses angeboten respektive gewährt werden könne. Daraus folge, dass im Bereich der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes jede Anschlussinhaberin an sich für die Verrechnung ihrer Teilnehmeranschlüsse marktbeherrschend sei.

c) Kritik

In der Verfügung betreffend Verrechnung des Teilnehmeranschlusses wurden zur Beurteilung der Marktbeherrschung nicht die Wettbewerbsverhältnisse bei den Primäranschlüssen untersucht. Vielmehr wurde der sachlich relevante Markt auf das Verrechnen

des Anschlusses abgegrenzt. Die Marktgegenseite sind die Fernmeldediensteanbieterinnen; Ausweichmöglichkeiten sind bei dieser engstmöglichen Marktabgrenzung keine vorhanden. Damit verliert der Marktbeherrschungsbegriff als Aufgreifkriterium für die Zugangsregulierung gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c FMG jeglichen Sinn.

V. Diskussion und Schlussfolgerung

1. Analyse des Vollzugs aus ökonomischer Sicht

Aus ökonomischer Sicht legitimiert sich eine Zugangsregulierung nur bei Vorliegen eines Marktversagens. Andernfalls muss davon ausgegangen werden, dass die volkswirtschaftlichen Kosten den Nutzen des Eingriffs überwiegen. Ansatzpunkt für die Identifikation eines Marktversagens bildet der Hausman/Sidak⁴⁴-Test. Dieser Test nimmt – anders als die Vorgabe von Art. 11 Abs. 3 VKU – die Sicht der Endkunden ein. Nachfolgend wird dieser Test auf die zur Diskussion stehenden Zugangsdienste schneller Bitstromzugang (BSA), regulierte Mietleitungen nach FMG (MLF) und Verrechnung des Teilnehmeranschlusses für Primäranschlüsse mit 30 Kanälen (VTA PRA) schematisch angewendet (siehe Tabelle nächste Seite).

Die schematische Analyse zeigt, dass in keinem der drei Fälle, in denen eine Marktbeherrschung als Regulierungsvoraussetzung festgestellt und dementsprechend nach Massgabe des Fernmeldegesetzes eingegriffen wurde, die Hausman/Sidak-Kriterien kumulativ erfüllt waren. Gemessen an diesen Kriterien liegt in keinem der drei Fälle ein durch einen «bottleneck» verursachtes Marktversagen vor. Die Qualifikation der Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Zu-

gangsregulierung orientiert sich in der Praxis offensichtlich nicht am Kriterium Marktversagen. Die Beurteilung der Marktbeherrschung erfolgt vielmehr nach «klassischer» kartellrechtlicher Vorgehensweise: Es werden in einem ersten Schritt Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VKU aus Sicht der nachfragenden Fernmeldediensteanbieterin abgegrenzt. Dabei stellen die einzelnen Zugangsdienste eigene relevante Märkte dar, was zu einer engen Marktabgrenzung führt. Das muss nicht unbedingt problematisch sein, wenn zur Beurteilung einer Marktbeherrschung die kompetitiven Wirkungen von angrenzenden und nachgelagerten Märkten sowie die Marktverhältnisse auf den Endkundenmärkten angemessen analysiert und entsprechend berücksichtigt würden. Die Vorgehensweise der Behörden und Gerichte zielt aber offensichtlich nicht darauf ab, zu prüfen, ob unabhängiges Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG möglich ist. Vielmehr wird nach der engen Marktabgrenzung eine mögliche Substituierbarkeit von Zugangsdiensten tendenziell verneint und die kompetitive Wirkung – etwa aus Endkundenmärkten – wird mit eher formalistischen Argumenten ausgeblendet. Sodann ergibt sich die festgestellte Marktbeherrschung aus einer Aneinanderreihung von Strukturmerkmalen, die in keinem Fall eindeutig gegen wirksamen Wettbewerb bzw. für ein Vorliegen eines Marktversagens bedingt durch einen «bottleneck» sprechen. Immer wieder betont werden die Marktanteile, welche für eine Marktbeherrschung sprechen würden. Marktanteile stellen aber kein hinreichendes Kriterium für Marktbeherrschung und damit einhergehend hohe (nicht wettbewerbsmässige) Preise dar. Hohe Marktanteile können geradezu das Resultat niedriger Preise sein. Insgesamt vermag die Kausalität der Argumentationskette aus ökonomischer Sicht in keinem der drei Fälle zu überzeugen, sodass in den drei Fällen der Nachweis einer aus ökonomischer

⁴³ Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 23. Dezember 2008 betreffend Bedingungen der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (VTA).

⁴⁴ HAUSMAN/SIDAK (Fn. 26).

Kriterium nach Hausman/Sidak	Regulierter Zugangsdienst nach Fernmeldegesetz		
	BSA	MLF	VTA PRA
Die Gewährung des Zugangs zum Netzelement ist technisch möglich.	Ja	Ja	Ja
Der Netzbetreiber weigert sich, das Netzelement zu langfristigen Kosten der Netzelemente (total element long run incremental costs, TELRIC) anzubieten.	Ja	Ja	Ja
Es ist für einen Marktneuling faktisch unmöglich und unvernünftig, das Netzwerkelement zu duplizieren.	Nein Auf Basis der regulierten TAL («letzte Meile») kann der Marktneuling das Netzwerkelement zur Herstellung eines BSA mit wenig Aufwand selber herstellen. EWs sind Marktneulinge und haben die erforderlichen Netzwerkelemente dupliziert.	Nein Offensichtlich nicht: für hohe Bandbreiten und in städtischen Agglomerationen (Geschäftskunden) sind Mietleitungsnetze mehrfach dupliziert. Auf der Basis der regulierten TAL kann der Marktneuling das Netzwerkelement zur Herstellung von MLF mit wenig Aufwand selber herstellen.	Nein Offensichtlich nicht: bei Grosskunden sind PRA dupliziert. Auf Basis der TAL kann der Marktneuling das Netzwerkelement zur Herstellung eines PRA mit wenig Aufwand selber herstellen.
Das nachgefragte Netzwerkelement liegt in der Kontrolle eines Monopolanbieters von Telekommunikationsdiensten gegenüber Endkunden.	Nein Kabelnetze für Privatkunden TAL	Nein Alternative Mietleitungsnetze vorhanden TAL	Nein Netze anderer Telefonanbieter vorhanden TAL
Der Eigentümer des angeforderten Netzwerkelements übt gegenüber Endkunden im Angebot von Telekommunikationsdiensten Monopomacht aus.	Nein Netzwerkelement (Breitbanddienst) ist mit anderen Breitbanddiensten auf Basis anderer Infrastrukturen bei Endkunden im Wettbewerb.	Nein Netzwerkelement bzw. Mietleitungsdienste ist mit anderen Mietleitungen auf Basis anderer Infrastrukturen bei Endkunden im Wettbewerb.	Nein Netzwerkelement bzw. PRA-Dienst ist mit anderen Telefonanschlüssen auf Basis anderer Infrastrukturen bei Grosskunden im Wettbewerb.

Sicht sachgerechten Regulierungsvoraussetzung nicht erbracht wurde. In keinem der drei Fälle wurde ansatzweise geprüft, ob sich das Unternehmen unabhängig verhalten könnte bzw. ob ein Marktversagen vorliegt. Wir kommen daher zum Schluss, dass der Marktbeherrschungstest in regulatorischen Zugangsverfahren seine vorgesehene Funktion als ökonomisch sachgerechte Voraussetzung der Regulierung, d. h. als

Kriterium zur Feststellung eines Marktversagens, nicht erfüllt.

2. Analyse des Vollzugs aus institutioneller Sicht

Mit der Liberalisierung im Jahr 1998 wurde der Telecom PTT ihr bisheriger Monopolschutz für das Erbringen von Fernmeldediensten entzogen. Vor der Liberalisierung durften weder die existierenden

Kabelfernsehnetze noch andere Netzbetreiber Telefon- und Internetdienste anbieten⁴⁵. So gab es zum Zeitpunkt der Liberalisierung im Festnetzbereich für die Telefonie und den Internetzugang (noch) keinen Markt und keinen Wettbewerb. Aus diesem Grund wurde der seit Jahrzehnten etablierten und vormaligen Monopolanbieterin Swisscom gleichzeitig mit der Liberalisierung eine Zugangsverpflichtung auf ihr Telefonnetz (Interkonnektion) auferlegt.

Mit der Einführung der sektorspezifischen Regulierung wurden auch die entsprechenden Institutionen geschaffen. Die ComCom ist die unabhängige Konzessions- und Regulierungsbehörde im Fernmeldebereich und wurde durch das Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997 ins Leben gerufen. Sie ist wie die WEKO eine unabhängige Behördenkommission. Die Unabhängigkeit der Sachverständigen soll sicherstellen, dass fachliche und sachliche Kriterien bei der Tätigkeit der Kommissionsmitglieder im Vordergrund stehen⁴⁶. Dies gerade im Hinblick auf die mitunter politisch heiklen Entscheide, die die ComCom zu fällen hat, wie es das Bundesgericht feststellte⁴⁷. Nichtsdestotrotz dürften in der Öffentlichkeit Entscheide zuungunsten der ehemaligen Monopolistin Swisscom als Entscheide für den Wettbewerb (und für die Konsumenten) und umgekehrt gewertet worden sein. Wir stellen die These auf, dass sich die ComCom, die kein Gericht, sondern eine Behördenkommission ist, dem Druck der Öffentlichkeit und der Medien nicht vollständig entziehen konnte. In einer analogen Rolle dürfte sich die Wettbewerbskommission befunden haben, welche einen Grossteil ihrer Ressourcen im Bereich der Infrastrukturmärkte für Untersuchungen gegen die Swisscom verwendete.

⁴⁵ BBl 1996 III 1410.

⁴⁶ BBl 1996 III 1447.

⁴⁷ BGer vom 3. Oktober 2001, 2A.503/2000.

Inzwischen sind seit der Liberalisierung über fünfzehn Jahre vergangen; die Technologien, die Marktteilnehmer, die Netze und die Infrastrukturen sowie die angebotenen Dienste haben sich stark entwickelt. Insbesondere die Digitalisierung ermöglichte es, dass über alle – teilweise schon lange bestehenden – Kommunikationsinfrastrukturen (Telefon-Kupferleitungen, Fernseh-Koaxialkabel, Glasfasernetze, Mobilfunknetze) die gleichen Dienste (Telefonie, schneller Internetzugang und Fernsehen) angeboten werden können. Die programmatische Aussage in der Botschaft zur Marktliberalisierung (1996), dass es «Sinn macht, diese Netze gegenseitig in Wettbewerb treten zu lassen»⁴⁸, hat sich im Markt bewahrt. Auch bei den Geschäftskunden stehen gerade in Ballungszentren und angrenzenden Gewerbegebieten sowie für das Angebot von hohen Bandbreiten mehrere Netzbetreiber miteinander im Wettbewerb⁴⁹.

Nichtsdestotrotz scheinen die Behörden ComCom und Weko diesen Infrastrukturwettbewerb – mithin die Abwesenheit eines Marktversagens im regulierungsökonomischen Sinn – nicht im gebotenen Ausmass zu anerkennen. Vielmehr wird die Marktbeherrschung in den Verfahren sozusagen reflexartig bejaht und damit der Kontrahierungszwang und die Preisvorschriften des FMG im Einzelfall «in Kraft gesetzt».

Dies wäre grundsätzlich nicht problematisch, da die ComCom die Zugangsverfahren nicht letztinstanzlich beurteilt und Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat uneingeschränkte Kognition und kann insbesondere auch die Ermessensausübung durch die ComCom überprüfen und bei Unangemessenheit den Entscheid aufheben oder korrigieren. Dies erscheint umso wichtiger, als es sich bei der Kommunikationskommission gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁰ um keine richterliche Behörde handelt und diese – wie dargelegt – gerade bei politisch heiklen Fragen einer gewissen Voreingenommenheit verhaftet sein dürfte.

In fernmelderechtlichen Verfahren schränkt das Bundesverwaltungsgericht die eigene Kognition hingegen sehr stark ein: Das Gericht verweist jeweils darauf, dass es sich bei der ComCom als Vorinstanz und der Weko als Gutachterin nicht um gewöhnliche Vollzugsbehörden, sondern um verwaltungsunabhängige Kollegialbehörden mit besonderen Fachkompetenzen handle. Damit rechtfertigt sich eine Zurückhaltung bei der Überprüfung der Entscheide der ComCom, insbesondere wenn es um die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe gehe. Beim Marktbeherrschungsbegriff handle es sich trotz der Definition in Art. 4 Abs. 2 KG um einen unbestimmten Gesetzesbegriff⁵¹. Die ComCom urteile zudem in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Na-

tur zu beantworten seien. Damit stehe der ComCom ein eigentliches «technisches» Ermessen zu, welches durch das Bundesverwaltungsgericht nicht angefasst werde, sofern die erforderlichen Abklärungen sorgfältig durchgeführt wurden⁵². Da das Bundesverwaltungsgericht die Marktbeherrschung als unbestimmten Gesetzesbegriff und auch die damit verbundenen Fragen ökonomischer Natur nur auf Plausibilität hin überprüft, besteht hinsichtlich der Frage, ob in einem konkreten Fall das Aufgreifkriterium «Marktbeherrschung» für die Zugangsregulierung gegeben ist, kein wirksamer Überprüfungsmechanismus für Verfügungen der ComCom. Das institutionelle «Setting» scheint damit eine Tendenz aufzuweisen, dass im Zweifelsfall regulierend in die Märkte eingegriffen wird.

Um ökonomisch sachgerechtere Regulierungsentscheide sicherzustellen, wäre bei der Beurteilung der Marktbeherrschung eine Praxisänderung in Richtung einer genaueren und umfassenderen Überprüfung der Rechtsanwendung durch das Bundesverwaltungsgericht angezeigt. Sollte sich eine solche Praxisänderung als nicht möglich erweisen, wäre im Fernmelderecht die Ablösung der Regulierungsvoraussetzung «Marktbeherrschung» durch einen Test auf der Basis der von HAUSMAN und SIDAK erarbeiteten Kriterien, d.h. mit einer zwingenden Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf der Stufe der Endkunden, zu prüfen.

⁴⁸ BBl 1996 III 1417.

⁴⁹ Offensichtlich lohnt es sich, solche Kunden direkt anzuschliessen. In vielen Schweizer Städten herrscht schon seit Jahren ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Netzbetreibern, denn neben Swisscom und Cablecom verlegten dort z. B. auch Sunrise und Colt Telecom Glasfaserleitungen. Grosse Anbieter sind Baldata, EWB Bern, Cablecom (Schweizweit), EWZ, Sunrise, SIG und andere. Energieversorgungsunternehmen haben dabei den Vorteil, dass sie ihre bestehenden Kabelkanäle für das Verlegen von Telekommunikationsleitungen nutzen können. Quelle: Elektrotechnik ET Ausgabe 3/10, 18, www.elektrotechnik.ch.

⁵⁰ BGer vom 3. Oktober 2001, 2A.503/2000, 5.

⁵¹ Ein unbestimmter Gesetzesbegriff liegt immer dann vor, wenn eine Norm die Tatbestandsvoraussetzungen in besonders offener und unbestimmter Weise umschreibt. Der Marktbeherrschungsbegriff ist trotz entsprechender Definition im Kartellgesetz als solche Norm zu qualifizieren (BGer vom 22. Februar 2007, 2A.327/2006, E. 7.2).

⁵² Vgl. statt vieler Urteile BVGer vom 28. Februar 2012, A-2969/2010, E. 2.2 und hierzu kritisch: M. MÜLLER/R. FELLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung. Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009, ZBI 2009, 442 ff.

Zusammenfassung

Eine Zugangsregulierung kann ein Marktversagen korrigieren. Der Regulierungseingriff verursacht regelmässig aber auch volkswirtschaftliche Kosten. Die Zugangsregulierung ist aus volkswirtschaftlicher Sicht daher nur dann gerechtfertigt, wenn ein Marktversagen – bedingt durch einen sogenannten «bottleneck» – vorliegt und der Nutzen des Eingriffs grösser als seine Kosten ist. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist ein Regulierungseingriff ökonomisch nicht sachgerecht.

Das FMG sieht als Voraussetzung für die Zugangsregulierung in den Telekommunikationsmärkten das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vor. Die Analyse der Praxis der Behörden und der Gerichte in FMG-Fällen hat gezeigt, dass dieses Kriterium vor dem Hintergrund der regulierungsökonomischen Erkenntnisse und Anforderungen zu extensiv angewendet wird bzw. dass das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zugangsregulierung zu rasch bejaht wird. Damit hat der Marktbeherrschungstest im Vollzug nicht den volkswirtschaftlichen Anforderungen standgehalten. Die Ursache für diese unbefriedigende Praxis liegt u. E. aber eher in einer fehlerhaften Rechtsanwendung als in einer fehlerhaften Gesetzgebung. Würde nämlich konsequent die vom Gesetzgeber vorgesehene Testfrage beurteilt, ob sich das zu beurteilende Unternehmen in erheblichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann (Art. 4 Abs. 2 KG), wären die hier analysierten Fälle anders entschieden worden. Von den Behörden und Gerichten wurde für die sachliche Marktabgrenzung regelmässig von einem separaten, sachlich relevanten Markt ausgegangen («ein Netz, ein Markt», «ein Dienst – ein Markt»). Unberücksichtigt blieb dabei, dass Wettbewerbsdruck aus vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten Verhaltensspielräume in aller Regel einengt. Mit anderen Worten wurden die «Abhängigkeiten» auf der eng definierten

Wholesale-Stufe viel stärker gewichtet als der auf den Endkundenmärkten bestehende Wettbewerb. Damit ist der im Zweckartikel des FMG vorgesehene Fokus auf den Endkunden vergessen gegangen. Es ist unklar, was die Ursache für diese extensive Anwendung der Zugangsregulierung des FMG ist. Möglich ist, dass das von der VKU vorgesehene Marktabgrenzungsdogma eine Rolle gespielt hat. Es könnte aber auch sein, dass das institutionelle Setting dafür verantwortlich ist: Die Weko und die ComCom müssen politische heikle Entscheide fällen; dabei agieren sie nicht im politischen Vakuum. Vielmehr dürfte die öffentliche Wahrnehmung so sein, dass Entscheide der ComCom gegen die ehemalige Monopolistin automatisch als Entscheide für den Wettbewerb, mithin für die Konsumenten empfunden werden. Das Bundesverwaltungsgericht kann die Verfügungen der ComCom zwar mit voller Kognition überprüfen; es ist dabei aber sehr zurückhaltend. Diese Verknüpfung einer «politischen» ersten Instanz mit einem zurückhaltenden Gericht in der zweiten Instanz führt zu Vollzugsdefiziten. Um zukünftig sachgerechtere Regulierungsentscheide sicherzustellen, wäre bei der Beurteilung der Marktbeherrschung eine Praxisänderung etwa bei der Überprüfung der Rechtsanwendung durch das Bundesverwaltungsgericht angezeigt. Allenfalls wäre auch zu prüfen, im Fernmelderecht die Ablösung der Regulierungsvoraussetzung «Marktbeherrschung» durch ein Kriterium zu ersetzen, welches – in Anlehnung an den HAUSMAN/SIDAK-Test – die Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf der Stufe der Endkunden zwingend in Betracht zieht.

Résumé

Une régulation de l'accès peut corriger une défaillance du marché. L'intervention réglementaire entraîne toutefois aussi régulièrement des coûts élevés pour la société. Du point de vue économique, la

régulation de l'accès n'est donc justifiée qu'en présence d'une défaillance du marché, résultant de ce qu'on appelle un «bottleneck», et lorsque l'utilité d'une telle intervention est supérieure à ses coûts. Si ces conditions ne sont pas remplies, une intervention réglementaire n'est pas justifiée économiquement.

A teneur de la LTC, la régulation de l'accès aux marchés de la télécommunication dépend de l'existence d'une position dominante. L'analyse, à la lumière des principes et des exigences économiques en matière de régulation, de la pratique des autorités et des tribunaux dans des cas soumis à la LTC montre que ce critère est appliqué de manière trop extensive, respectivement qu'il est trop rapidement considéré que les conditions d'une régulation de l'accès sont réunies. Lors de sa mise en œuvre, le test de la position dominante n'a ainsi pas résisté aux exigences économiques. Selon nous, cette pratique insatisfaisante est cependant plutôt due à une mauvaise application du droit qu'à une mauvaise législation. En effet, si la question test prévue par le législateur, soit celle de savoir si l'entreprise concernée est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart), était appliquée avec rigueur, les cas analysés ici auraient été tranchés différemment. Pour la délimitation du marché pertinent, les autorités et les tribunaux se fondent en général sur un marché de services distinct («un réseau, un marché», «un service – un marché»). Or, cela ne tient pas compte du fait que la pression concurrentielle provenant des marchés en amont, en aval ou voisins réduit en règle générale la marge de manœuvre d'une entreprise. En d'autres termes, il y a eu une plus forte pondération des «dépendances» au niveau étroitement défini des fournisseurs que de la concurrence s'exerçant effectivement sur le marché des clients finaux. Ainsi, la focalisation sur les clients finaux prévue dans l'article de la LTC consacré à son but a eu tendance à être oubliée. La cause

d'une application aussi extensive de la régulation de l'accès prévue dans la LTC n'est pas claire. Il est possible que le dogme de l'OCCE en matière de délimitation du marché pertinent ait joué un rôle, mais il est également possible que le cadre institutionnel en soit responsable: la Comco et la ComCom doivent rendre des décisions politiquement délicates, dans un cadre politique. Ainsi, l'opinion publique est telle que les décisions que la ComCom rend à l'encontre d'une entreprise qui exerçait anciennement un monopole sont

automatiquement perçues comme des décisions en faveur de la concurrence, donc en faveur des consommateurs. Le Tribunal administratif fédéral a certes un plein pouvoir de cognition pour revoir les décisions de la ComCom; il le fait toutefois avec beaucoup de réserve. Une telle combinaison d'une première instance «politique» et d'un tribunal de deuxième instance sur la réserve a pour conséquence des manquements dans la mise en œuvre. Afin d'assurer que des décisions plus appropriées soient rendues à l'avenir en

matière de régulation, il conviendrait que la pratique en matière d'examen de la position dominante change, notamment que le Tribunal administratif fédéral contrôle la manière dont le droit est appliqué. Il pourrait également être utile de remplacer, en droit de la télécommunication, la condition de régulation que constitue la position dominante par un critère qui tiendrait obligatoirement compte des rapports de concurrence au niveau des clients finaux, à l'instar du test HAUSMAN/SIDAK.