

Advies van de Raad voor de Mededinging van 22 november 2007 met betrekking tot het ontwerpbesluit van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie dat de analysebesluiten betreffende markten 1, 2, 8, 9 en 10 vervolledigt ten aanzien van de kpi's (key performance indicators)

I. Situering

1. Bij brief van 23 oktober 2007, die dezelfde dag is toegekomen op de griffie van de Raad voor de Mededinging, heeft het BIPT het voormelde ontwerpbesluit voorgelegd voor advies aan de Raad voor de Mededinging, overeenkomstig artikel 55, § 4 en § 5, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

De context van het ontwerpbesluit waarover advies wordt gevraagd, en van de adviesaanvraag zelf, kan als volgt kort worden weergegeven.

2. *Key performance indicators* (afgekort *kpi*), in het Nederlands indicatoren inzake kwaliteit van dienstverlening of performantie-indicatoren genoemd, zijn gegevens betreffende de levering van diensten, in dit geval door een operator met aanmerkelijke marktmacht, aan andere operatoren, zoals leveringstermijnen, herstellingstermijnen, desbetreffende informatieverstrekking, enz.

Zeer algemeen, en, op deze plaats, alleen met de bedoeling het begrip te verduidelijken, kan worden gesteld dat het BIPT aan een operator met aanmerkelijke marktmacht op diverse markten de verplichting wil opleggen om deze kpi bekend te maken. Volgens het BIPT is de bekendmaking een toepassing van de verplichtingen tot niet-discriminatie en transparantie. Het BIPT hoopt, kort gezegd, dat de verplichting tot bekendmaking ertoe bijdraagt dat de operator met aanmerkelijke marktmacht zijn dienstverlening zo goed mogelijk zal verzorgen, op niet-discriminerende wijze zowel in de verhouding tussen de diensten die hij aan zichzelf verstrekt en deze die hij aan zijn afnemers verstrekt, als in de onderlinge verhouding tussen de diensten die hij aan de ene en de andere afnemer verstrekt.

3. In diverse besluiten inzake marktanalyse, aanwijzing van een operator met aanmerkelijk marktmacht, en opleggen van verplichtingen aan die operator, heeft het BIPT de verplichting tot bekendmaking van kpi opgenomen, in volgende bewoordingen:

“Het Instituut kan overeenkomstig artikel 59, § 1, eerste lid, van de wet betreffende de elektronische communicatie de inlichtingen bepalen die de operator met een sterke machtspositie moet publiceren krachtens de transparantieverplichtingen. Dit impliceert de publicatie van indicatoren over de kwaliteit van de dienst (kpi of key performance indicators), waarvan het verplicht stellen wordt besproken in de delen 5.2.4.5. en 5.2.5.4. van het document ‘Revised Remedies in de ECNS regulatory framework’”.

Die passage is opgenomen in volgende besluiten, en heeft betrekking op de hierna vermelde markten en diensten:

- in het besluit van 19 juni 2006 (cluster “Toegangsmarkten “):

betreffende markten 1 (toegang tot het telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers) en 2 (toegang tot het telefoonnet op vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers), voor Carrier Pre Selection (CPS) en Wholesale Line Rental (WLR), en

betreffende markten 11 (ontbundelde toegang op wholesale niveau tot metalen (sub)netten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten), en 12 (wholesale breedbandtoegang),

- in het besluit van 11 augustus 2006 (cluster “Vaste Telefonie”), betreffende markten 8 (gespreksopbouw vaste telefonie), 9 (gespreksafgifte vaste telefonie) en 10 (gespreksdoorgifte vaste telefonie), en
- in het besluit van 17 januari 2007 (“Huurlijnen”), betreffende markt 13 (afgevend segmenten huurlijnen).

4. Op 28 februari 2007 heeft het BIPT een ontwerpbesluit “met betrekking tot de verplichting tot publicatie van wholesale performantie-indicatoren door operatoren met een sterke machtspositie” gepubliceerd als consultatiedocument.

Dat ontwerpbesluit strekte ertoe de principiële beslissing van het BIPT dat de operator met aanmerkelijke marktmacht kpi diende bekend te maken met betrekking tot een reeks markten, verder uit te voeren.

5. Bij arrest van 1 juni 2007 (2006/AR/2154) heeft het Hof van beroep te Brussel uitspraak gedaan over het beroep van Belgacom tegen het besluit van het BIPT van 19 juni 2006 met betrekking tot de markten van de cluster “Toegang”, in zoverre dit besluit de markten 1 en 2 omvat (en dus niet de markten 11 en 12, waarvoor het BIPT om institutionele redenen niet alleen bevoegd bleek te zijn).

Het Hof heeft dat besluit vernietigd, onder meer in zoverre het de bekendmaking van indicatoren over de kwaliteit van de dienst oplegt (“annule la décision attaquée en ce qu’elle (...) impose la publication d’indicateurs sur la qualité des services (cf. page 123)”).

Die vernietiging geldt voor de passage die hierboven in randnummer 3 is aangehaald, waar deze voorkomt in het besluit van 19 juni 2006. De vernietigde verplichting gold voor de wholesale diensten die Belgacom krachtens die beslissing verplicht is te verstrekken met betrekking tot markten 1 en 2, namelijk Carrier Pre Selection (CPS) en Wholesale Line Rental (WLR).

6. Het ontwerpbesluit dat thans voor advies aan de Raad voor de Mededinging wordt voorgelegd, strekt ertoe een nieuwe beslissing te nemen waarbij Belgacom de verplichting wordt opgelegd om kpi bekend te maken, ten minste gedeeltelijk.

De nieuwe beslissing is slechts gedeeltelijk, omdat de verplichting tot bekendmaking zoals opgenomen in het voorliggende ontwerpbesluit alleen geldt voor de dienst van Carrier Pre Selection (CPS), en dus niet voor deze van de Wholesale Line Rental (WLR). Met betrekking tot de verplichting tot bekendmaking van kpi voor WLR, bereidt het BIPT een ander ontwerpbesluit voor (aldus randnummer 6, tweede alinea, van het voorliggende ontwerpbesluit).

7. Het voorliggende ontwerpbesluit heeft een tweede bedoeling, naast het treffen van een beslissing na de vernietiging van de eerdere beslissing door het Hof van beroep te Brussel.

Zoals boven vermeld komt de principiële beslissing om aan Belgacom de verplichting tot bekendmaking van kpi op te leggen, die door het Hof van beroep te Brussel is vernietigd in zoverre zij voorkwam in het besluit van 19 juni 2006, met betrekking tot markten 1 en 2, eveneens voor in andere besluiten met betrekking tot andere markten.

Het voorliggende ontwerpbesluit strekt ertoe die principiële beslissing, in zoverre zij voorkomt in het besluit van 11 augustus 2006 over markten 8, 9 en 10 (de bewoordingen zijn aangehaald in randnummer 3 hierboven), aan te vullen. Met betrekking tot de verplichting tot bekendmaking van kpi voor markt 13 bereidt het BIPT een ander ontwerpbesluit voor (aldus voetnoot 7 en randnummer 6, tweede alinea, van het voorliggende ontwerpbesluit).

II. Ontwerpbesluit dat voor advies wordt voorgelegd

8. Het BIPT beslist dat Belgacom bepaalde kpi, die in de bijlagen 1 en 2 bij het ontwerpbesluit vermeld worden, moet bekendmaken.

9. De redengeving die in het ontwerpbesluit is opgenomen kan als volgt samengevat worden weergegeven.

Het BIPT benadrukt dat volgens de Europese regelgeving die het opleggen, *ex ante*, van verplichtingen aan operatoren met aanmerkelijke marktmacht op markten van elektronische communicatie beheerst, transparantie en niet-discriminatie wezenlijk zijn om de concurrentie en de ontwikkeling van de interne markt te bevorderen.

De verplichting om kpi bekend te maken past volgens het BIPT in het raam van transparantie en niet-discriminatie. Het BIPT verwijst naar artikel 9, punt 3 van de Toegangsrichtlijn, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld: “De nationale regelgevende instanties kunnen preciseren welke informatie beschikbaar moet worden gesteld, hoe gedetailleerd zij moet zijn, en op welke wijze zij moet worden gepubliceerd.”

Het BIPT sluit zich aan bij randnummers 5.2.4.5. en 5.2.5.4. van de “Remedies paper” 2006 van ERG (European Regulators Group), die woordelijk worden aangehaald, en waaruit volgens het BIPT blijkt dat bekendmaking van kpi “een gepast hulpmiddel” kan zijn om transparantie en niet-discriminatie te bewerkstelligen.

Vervolgens verwijst het BIPT naar de overwegingen van IRG (Independent Regulators Group), die in haar “Principles of implementation and best practice regarding LLU” van oktober 2001, gewijzigd in mei 2002 (LLU is ontbundeling van het aansluitnetwerk) Service Level Agreements (SLA) en Key Performance Indicators behandelt. (Een SLA bepaalt welke de kpi moeten zijn, in de verhouding met een bepaalde afnemer.)

Ten slotte wijst het BIPT erop dat ECTA (Europese vereniging van alternatieve operatoren) het bekendmaken van kpi de hoogste score toekent, wanneer wordt nagegaan in welke mate het regelgevend kader bijdraagt tot een concurrentiële marktwerking.

Het besluit van het BIPT luidt: “Het nut van SLA’s en KPI’s wordt dus ruimschoots benadrukt in de vakliteratuur en het is dus op grond daarvan dat het BIPT ervoor heeft gekozen aan Belgacom KPI’s op te leggen in de analyse van markten 1 en 2”.

10. Voorts wijst het BIPT erop dat alternatieve operatoren zich in twee consultaties voor de bekendmaking van kpi hadden uitgesproken, naast SLA.

11. Het BIPT noemt de verplichting niet disproportioneel, nu zij geen buitensporige kosten voor Belgacom zou teweegbrengen, aangezien deze het grootste deel van de informatie toch reeds nodig heeft voor het beheer en de follow-up van haar eigen SLA-overeenkomsten.

Volgens het BIPT volstaat een bekendmaking in de loop van de maand die volgt op het einde van elk kwartaal, voor het eerst in januari 2008 voor het laatste kwartaal van 2007, met uitzondering van gegevens die Belgacom nog niet ter beschikking heeft, en die voor het eerst pas na verloop van zes maanden na dit besluit bekendgemaakt moeten worden (bijlage 2 bij het ontwerpbesluit).

12. De bekendmaking moet gebeuren in een Excel bestand, en voor het publiek gemakkelijk toegankelijk zijn.

III. Advies van de Raad voor de Mededinging

13. Het ontwerpbesluit is uitvoeriger gemotiveerd dan de vernietigde beslissing wat betreft de vraag in welk opzicht de bekendmaking van kpi transparantie en niet-discriminatie bevordert, alsmede wat betreft de vraag of de kosten die met de bekendmaking gepaard gaan niet buiten verhouding staan tot het voordeel dat met de bekendmaking beoogd wordt.

Zelfs na de publieke consultatie die in augustus en september 2007 plaatsvond, werd nog een motief toegevoegd dat het nut van het bekendmaken van kpi met het oog op het bevorderen van transparantie onderstreept:

« Par la transparence qu'ils établissent sur le marché, les indicateurs de performance encouragent non seulement l'opérateur qui y est soumis à continuellement améliorer la qualité de son service mais ils permettent également aux utilisateurs de déterminer à quel opérateur ils doivent attribuer tel ou tel niveau de qualité de service.» (punt 5, blz. 8 van het voorliggende ontwerpbesluit).

14. De vraag blijft echter of deze motivering afdoende is. In punt 58 van het arrest van het Hof van beroep te Brussel van 1 juni 2007 wordt het BIPT uitgenodigd de noodzaak van de publieke bekendmaking specifiek met redenen te omkleden, met andere woorden aan te geven waarom het niet volstaat dat dezelfde kwaliteitsnormen gehanteerd worden ten aanzien van verschillende klanten.

Het besluit van het BIPT zou aangevuld kunnen worden aan de hand van twee recente besluiten van de Franse telecomregulator ARCEP, waaruit blijkt dat het loutere voegen van kwaliteitsnormen bij offertes, zonder publieke bekendmaking, onvoldoende effectief is gebleken om niet-discriminatie op groothandelsmarkten te bewerkstelligen.

ARCEP heeft als volgt uitgedrukt in zijn beslissingen van 21 mei 2005 (05-0277 betreffende een offerte equivalent aan BRUO, en 05-280 betreffende een offerte equivalent aan BROBA):

« Si la qualité de service des offres aval commercialisées par les opérateurs alternatifs dépend de la qualité de leurs propres prestations, elle est également fonction de la qualité des offres de gros achetées auprès de France Télécom à partir desquelles elles sont construites.

Dans ces circonstances, les opérateurs alternatifs ont des besoins légitimes en termes de qualité de service qui peuvent être résumés par les deux points suivants :

- les niveaux de qualité de service (délais de livraison, de réparation, taux de panne, délai de fourniture d'informations, etc.) annoncés dans les offres de gros doivent être compatibles avec les niveaux de qualité pratiqués, en particulier par France Télécom, sur les marchés de détail – cet objectif correspond notamment à l'obligation de non discrimination à laquelle est soumise France Télécom ;
- les niveaux de qualité annoncés dans les offres de gros doivent être respectés par France Télécom, afin que les opérateurs alternatifs aient suffisamment de visibilité et puissent s'engager eux-mêmes sur des niveaux de service auprès de leurs clients.

Or, l'historique des marchés de gros du haut débit a mis en évidence que ces deux conditions au développement de la concurrence sur les marchés aval n'étaient pas remplies sans la mise en place de mécanismes spécifiques. Notamment, l'exemple du dégroupage a montré que la simple inscription à l'offre de référence de délais maximaux pour la livraison ou le rétablissement des paires n'était pas suffisant pour garantir leur respect. De plus, comme l'Autorité l'a rappelé dans différents avis, la qualité de service du dégroupage n'est toujours pas alignée sur les niveaux de qualité prévalant pour d'autres offres de France Télécom... ».

Uit deze beslissingen van ARCEP blijkt dat de specifieke processen ("mécanismes spécifiques"), waarvan sprake in het hierboven aangehaalde uittreksel, uit twee luiken bestaan.

Het eerste luik is een toezegging van France Telecom omtrent de kwaliteit van de dienstverlening, met mogelijk een financiële bestraffing om France Telecom ertoe aan te zetten zich aan deze toezegging te houden: "En premier lieu, France Télécom doit proposer aux opérateurs un « engagement de niveau de service », i.e. un mécanisme qui l'incite au respect des niveaux de qualité de service annoncés dans l'offre de référence, afin que ces niveaux soient garantis pour les opérateurs. Ce mécanisme pourra notamment reposer sur un système de pénalités incitatives ou sur la reconnaissance par France Télécom de sa responsabilité commerciale » (ARCEP, aangehaalde beslissing 05-277 van 21 mei 2005).

Het tweede luik is een verplichting tot meting en bekendmaking van kpi: "En second lieu, afin de s'assurer de l'effectivité du système d'incitation mis en place par France Télécom et de vérifier que les niveaux de qualité de service de l'offre de gros sont non discriminatoires par rapport à ce que France Télécom propose à ses propres services sur les marchés aval, l'Autorité estime nécessaire que l'opérateur mesure et publie mensuellement des indicateurs de qualité de service pour l'offre de gros, ainsi que pour les offres aval correspondantes » (ARCEP, aangehaalde beslissing 05-277 van 21 mei 2005).

15. Wat de proportionaliteit betreft, zou het besluit van het BIPT nuttig aangevuld kunnen worden met een verantwoording als deze van de Britse telecomregulator OFCOM, volgens dewelke, met het oog op niet-discriminatie, de verplichte bekendmaking van kpi beter aan de proportionaliteitstoets voldoet dan het opleggen aan de operator met aanmerkelijke marktmacht van identieke processen voor de dienstverlening op de groothandelsmarkt aan zichzelf dan wel aan de afnemers.

Deze verantwoording is vermeld in een consultatiedocument van 2004 waarbij OFCOM voorstelt de kpi die aan British Telecommunications (BT) opgelegd worden te wijzigen (OFCOM, “Proposed requirement on British Telecommunications to publish Key Performance Indicators”, raadpleging augustus 2004):

“3.2 Whilst it may be possible to address this concern by requiring BT to provide wholesale services to other communications providers using the same operational processes and interfaces as it uses to supply itself ("transactional equivalence"), the high cost of replacing legacy systems means that this may not always be practical, or indeed proportionate.

3.3 An alternative is to require BT to publish information about the quality of wholesale services that it provides to both itself and to other communications providers. Following the market reviews (...) where BT was found to have SMP and a Quality of Service condition was imposed, Ofcom is proposing that BT should publish a set of KPIs for key wholesale products. By providing transparency, BT's competitors will be able to identify where potential discrimination exists.

(...)

3.5 It is important to emphasise that the proposed KPI publication obligations are not intended to set an absolute standard for BT's performance, of the type that would normally be set out in a Service Level Agreement (SLA). The intention is only to ensure that the relative performance of BT in relation to different providers is not unduly discriminatory...”.

16. De marginale toetsing van de proportionaliteit van de voorgestelde verplichting slaat niet alleen op de vraag of de bekendmaking van kpi de voorkeur verdient boven het opleggen van identieke processen voor de dienstverlening op de groothandelsmarkt. Proportionaliteit houdt ook in dat de verplichte bekendmaking zich beperkt tot die performantie-indicatoren die nodig zijn om transparantie en niet-discriminatie te bewerkstelligen en dat de bij de inzameling van de indicatoren betrokken kosten niet te hoog zijn in verhouding tot de beoogde transparantie.

In het hierboven aangehaalde consultatiedocument van OFCOM van augustus 2004 wordt het als volgt uitgedrukt:

“3.7 ... For each of these wholesale services, Ofcom has selected a small number of KPIs that are representative of key business processes, and where the need for transparency regarding the Quality of Service is paramount. Ofcom has not attempted to define a complete set of KPIs that cover all aspects of operational performance, since to do so would place a disproportionate reporting burden on BT.

3.8 The Quality of Service report produced under the Condition 65 included a great deal of detailed analysis of individual operators' performance, down to the level of individual line faults. Ofcom believes it would be disproportionate to require this level of analysis on a routine basis. The proposed KPIs are intended to be high level indicators, used to identify potential discrimination in areas which are business critical for BT's wholesale customers. A more detailed analysis would only be required if the KPIs revealed a potential concern”.

Een ander document van OFCOM, “Requirement on BT to publish Key Performance Indicators: Statement and Directions”, van 23 september 2004 (http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/bt_kpi/statement/statement_directions.pdf) gaat in dezelfde zin:

“3.52 In order to ensure that the KPI requirement is proportionate, Ofcom proposed that BT should publish only a small number of KPIs that are representative of key business processes and provide transparency of the quality of service BT provides to itself and to other providers. Where practicable, Ofcom has proposed KPIs that are in line with BT's legacy systems.

(...)

3.54 Although BT did not initially provide cost information as part of its response to the consultation, an assessment has subsequently been provided confidentially.

Ofcom's response.

3.55 Having analysed the data provided, Ofcom is satisfied that the proposed requirements are not onerous, particularly when balanced against the benefits of transparency...”.

De vraag mag gesteld worden of ook het BIPT dergelijke selectie heeft gemaakt. Is dat het geval, dan verdient het aanbeveling dit in het besluit te doen blijken, en tevens de selectiecriteria weer te geven. Is dat niet het geval, dan zou het besluit moeten verantwoorden waarom geen selectie gemaakt werd.

17. De toetsing van de proportionaliteit moet ook betrekking hebben op de methode van bekendmaking, namelijk de vraag of performantie-indicatoren op het openbare, niet beveiligde onderdeel van de webstek van de operator met aanmerkelijke marktmacht dan wel op het beveiligde onderdeel van de betrokken webstek moeten worden bekendgemaakt, of zelfs maar te vertrouwelijke titel aan de regulator moeten worden medegedeeld.

Andermaal kan worden verwezen naar het document van OFCOM van 23 september 2004:

“1.1 This document contains a Statement and final Directions for a set of Key Performance Indicators ("KPIs") that BT is required to publish in respect (of) products and services. The Directions set out in detail the information which BT is required to publish under the Quality of Service conditions, which were confirmed in the following reviews of competition in communications markets, undertaken by Oftel/Ofcom.

For the purpose of this document references to the requirement to publish KPIs includes the requirement to provide specific KPIs to Ofcom where this is required for confidentiality purposes”.

Het blijkt dus dat de verplichting tot bekendmaking van kpi in het Verenigd Koninkrijk twee verschillende vormen kan aannemen: sommige performantie-indicatoren worden toegankelijk gemaakt voor het publiek, op de webstek van BT, terwijl andere kpi gewoon aan OFCOM worden medegedeeld.

18. In het ontwerpbesluit wordt alleen melding gemaakt van de verplichting van Belgacom de kpi op het openbare, niet beveiligde onderdeel van zijn webstek bekend te maken, zodat niet alleen de bestaande afnemers maar ook potentiële afnemers van Belgacom, en dus ook potentiële toetreders op de betrokken markten, kennis zouden kunnen nemen van de kwaliteit van de wholesale diensten van Belgacom.

Aldus wordt beoogd de dienstverlening op niet-discriminerende wijze tussen bestaande afnemers en potentiële afnemers, en niet alleen tussen de ene en de andere bestaande afnemer, te garanderen (zie daarover punt 2.1, laatste alinea van het ontwerpbesluit: “...l’Institut a choisi de maintenir l’obligation de publier ces indicateurs sur la partie publique du site de

Belgacom afin que les opérateurs qui envisageraient de pénétrer sur le marché belge puissent connaître en détail la qualité de service à laquelle ils pourraient s'attendre s'ils s'adressaient à Belgacom pour des services de gros, et ainsi établir leurs plans d'affaires sur des bases solides”).

Deze verplichting tot bekendmaking van kpi op het openbare onderdeel van de webstek van de operator met aanmerkelijke marktmacht wordt door BIPT ook geacht proportioneel te zijn omdat kpi in wezen geaggregeerde, gemiddelde gegevens zijn.

19. Het blijkt evenwel dat sommige performantie-indicatoren van andere operatoren dan Belgacom niet moeten worden bekendgemaakt en alleen maar aan BIPT moeten worden medegedeeld: het gaat om performantie-indicatoren op markt 9 (gespreksafgifte vaste telefonie), waarop elke operator een aanmerkelijke marktmacht op de markt voor de afgifte op zijn eigen netwerk heeft (besluit van BIPT van 11 augustus 2006 over de cluster “Vaste Telefonie”). Deze alternatieve operatoren met aanmerkelijke marktmacht zijn derhalve onderhevig aan de verplichting tot niet-discriminatie, maar zijn evenwel niet onderhevig aan de verplichting van bekendmaking van kpi (zie in het bijzonder punt 6 “Décision” in het voorliggende ontwerpbesluit).

Het voorliggende ontwerpbesluit bevat echter geen enkele verantwoording van deze beslissing om de andere operatoren met aanmerkelijke marktmacht op markt 9 dan Belgacom vrij te stellen van de verplichting van bekendmaking van kpi. Men zou hieruit kunnen concluderen dat BIPT het standpunt van het “Platform” in zijn reactie op de raadplegingen van februari/maart en van augustus/september 2007 aanvaardt, volgens dewelke het gerechtvaardigd is dat enkel Belgacom verplicht wordt kpi te publiceren aangezien de marktomstandigheden uitwijzen dat Belgacom een duidelijk overwicht heeft.

Dit standpunt werd als volgt geformuleerd:

“Finally, as regards market 9, the Platform considers that in the light of the market circumstances, it is justified to only impose KPI on Belgacom and not on the alternative operators. Indeed, given Belgacom’s clear overweight in this market and countervailing buyer power, it is evident that Belgacom should be subject to more stringent obligations than the alternative operators as regards its wholesale access offers”.

Zie ook de “samenvatting van de bijdragen tot de raadpleging van het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 28 februari 2007 met betrekking tot de verplichting tot publicatie van wholesale performantie-indicatoren door operatoren met een sterke machtspositie”: “Wat markt 9 betreft is het volgens het Platform gerechtvaardigd gezien de marktomstandigheden met een duidelijk over[ge]wicht van Belgacom dat enkel Belgacom verplicht wordt KPI’s te publiceren”.

20. De vraag moet gesteld worden of een verantwoording zoals deze die OFCOM geeft om de alternatieve operator Kingston vrij te stellen van de verplichting van bekendmaking van kpi niet verkieslijk is:

“2.13 Although an equivalent Quality of Service condition is not proposed for Kingston Communications, the Directions do not unduly discriminate as it is only appropriate to impose such a condition where there is sufficient demand for a wholesale service such that the data

provided will be statistically meaningful. This is currently not the case in respect of Kingston” (OFCOM, aangehaald document, 23 september 2004).

Volgens OFCOM moet de regulator zich aldus ervan vergewissen dat het aantal aanvragen voor een dienst van een marktspeler dermate groot is, dat de indicatoren inzake kwaliteit van de betrokken dienstverlening van de betrokken marktspeler statistisch wel relevant zijn. In het licht van dit door OFCOM vooropgestelde argument, zou het begrijpelijk kunnen zijn dat de verplichting tot bekendmaking van geaggregeerde, gemiddelde gegevens op de webstek van een operator met veel afnemers wel proportioneel kan worden geacht omdat zij statistisch relevant zijn (zie hierboven randnummer 18 in fine).

Voor alternatieve operatoren met weinig afnemers, daarentegen, zou het begrijpelijk kunnen dat de verplichting tot transparantie zich beperkt tot de mededeling van kpi aan de regulator, omdat niet vertrouwelijke, gemiddelde gegevens, statistisch niet relevant zouden kunnen zijn en omdat het niet proportioneel zou zijn de alternatieve operatoren te verplichten individuele vertrouwelijke gegevens op een openbare webstek bekend te maken.

IV. Besluit

21. Op grond van het dossier dat aan de Raad voor de Mededinging is voorgelegd, en de eigen inbreng van de Raad die binnen het korte tijdsbestek van 30 dagen dat hem is toegemeten mogelijk was, lijkt de verplichting tot bekendmaking van kpi zoals het ontwerpbesluit deze aan Belgacom opgelegd wil zien, door de verplichtingen tot transparantie en niet-discriminatie verantwoord te kunnen worden.

Of die verantwoording daadwerkelijk bestaat, is afhankelijk van de motieven die voor het besluit dienstig kunnen zijn. De motiveringsplicht is niet louter formeel. De redenen die de verantwoording van noodzaak en proportionaliteit kunnen bieden moeten ook in werkelijkheid voorhanden zijn.

Het ontwerpbesluit is reeds behoorlijker gemotiveerd dan de beslissing die door het Hof van beroep te Brussel vernietigd werd.

In dit advies heeft de Raad voor de Mededinging enkele mogelijke redenen willen aanreiken, die ontleend zijn aan de praktijk van buitenlandse telecomregulators. Het komt het BIPT toe te beoordelen in hoeverre zij ook kunnen gelden voor de betrokken Belgische markten.