

Advies van de Raad voor de Mededinging van 22 juni 2007 over het ontwerpbesluit van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) tot aanvulling van het besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2006 betreffende de regeling van de gespreksafgiftetarieven der mobiele operatoren vanaf 2008.

I. Inleiding

1. Bij brief van 24 mei 2007, die dezelfde dag is toegekomen ter griffie van de Raad voor de Mededinging (hierna: de Raad), heeft het BIPT de Raad om advies gevraagd over zijn ontwerp van bijkomend besluit met betrekking tot de relevante markt 16, de markt voor de gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele telefoonnetwerken.

Het ontwerpbesluit wordt voor advies aan de Raad voorgelegd in overeenstemming met artikel 55, § 4 en § 5 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Bij de brief zijn gevoegd: de reacties uit de sector op de nationale consultatie (op CD-R), en de inventaris en samenvatting van die reacties.

II. Voorgeschiedenis

2. Het BIPT neemt zich voor het thans voor advies voorgelegde ontwerpbesluit te nemen nadat het volgende zich heeft voorgedaan.

3. Op 17 mei 2006 heeft het BIPT zijn ontwerpbesluit marktanalyse voor markt 16, de markt voor de gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele telefoonnetwerken (geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003), aan de Raad ter advies voorgelegd, overeenkomstig artikel 55, §§ 4 en 5 van de Wet Elektronische Communicatie.

In dat ontwerpbesluit stelde het BIPT onder meer volgende beslissingen voor:

- Er zijn zoveel relevante markten als er mobiele netwerken zijn waarop gesprekken beëindigd worden. Op hun respectievelijke netwerken en dus relevante markten zijn Belgacom Mobile, Mobistar en Base operatoren met aanmerkelijke marktmacht (in de

onhandige terminologie van artikel 55, § 3 Wet Elektronische Communicatie: operator die over een sterke machtspositie beschikt).

- Het BIPT legt onder meer de verplichting op om niet te discrimineren tussen afnemers van gespreksafgiftediensten. Voor Belgacom Mobile en Mobistar geldt die verplichting zowel voor de gespreksafgiftediensten die de andere operatoren van hen afnemen (verbod tot externe discriminatie), als voor de gespreksafgiftediensten die zij aan zichzelf leveren (verbod tot interne discriminatie), terwijl voor Base die verplichting alleen geldt voor de gespreksafgiftediensten die de andere operatoren van haar afnemen (verbod tot externe discriminatie), niet voor de gespreksafgiftediensten die zij aan zichzelf levert (geen verbod tot interne discriminatie).
- Het BIPT legt aan elk van de drie mobiele operatoren onder meer de verplichting op om de tarieven te oriënteren op de kosten, en om maximumtarieven die door het BIPT worden opgelegd niet te overschrijden.

Het BIPT legt aldus de verplichtingen op waarin artikel 62, § 1 Wet Elektronische Communicatie voorziet. Het gaat meer bepaald om de verplichting inzake de kostenoriëntering van tarieven, bedoeld in de eerste alinea van artikel 62, § 1 (advies van de Raad overeenkomstig artikel 55, § 4 van de wet), en prijscontrole, bedoeld in de tweede alinea van artikel 62, § 1 (advies van de Raad overeenkomstig artikel 55, § 5 van de wet).

De maximale gespreksafgiftetarieven die het BIPT toen voor ogen had zagen er als volgt uit.

	2005	1/7/06	1/1/07	1/7/07	1/1/08	1/7/08
Belgacom	12,66	11,10	9,73	8,53	7,48	6,56
Mobistar	15,98	13,99	12,24	10,71	9,38	8,21
Base	19,60	17,27	15,22	13,41	11,82	10,41

(in constante eurocent, d.i. zonder inflatie in aanmerking te nemen).

De tarieven van Base en Mobistar waren aldus eind 2005 respectievelijk 51,04% en 25,83% hoger dan het tarief van Belgacom Mobile.

Tijdens de te reguleren periode zouden de tarieven afnemen volgens een zogenaamd glijpad. Op het einde van die periode, in juli 2008, zouden zij ongeveer gehalveerd zijn, maar de onderlinge verschillen zouden behouden gebleven of zelfs aanzienlijker geworden zijn. Zo zouden in juli 2008 de tarieven van Base en Mobistar respectievelijk 58,69% en 25,15% hoger zijn dan deze van Belgacom Mobile.

Volgens het ontwerpbesluit van toen zouden de tarieven dus geleidelijk afnemen, maar asymmetrisch blijven (geen identieke tarieven voor de drie operatoren), terwijl de asymmetrie niet zou afnemen, maar zelfs zou toenemen.

De maximumtarieven zijn gemiddelden. Zolang dit gemiddelde niet overschreden wordt mag de operator zijn tarieven moduleren in functie van de eigen kenmerken van zijn gespreksafgifteverkeer, zij het met toepassing van bepaalde basisprincipes die door het BIPT worden vastgelegd.

Deze principes zijn voornamelijk de volgende:

- voor elke oproep bestaat de structuur van het gespreksafgiftetarief uit een vaste som voor het tot stand brengen van de oproep (“set-up charge”) en uit een som die proportioneel is aan de duur van de oproep;
- piek- en daluren zijn voor alle operatoren identiek.

4. Op 15 juni 2006 heeft de Raad advies uitgebracht over voormeld ontwerpbesluit.

De Raad heeft vastgesteld dat de asymmetrie tussen de gespreksafgiftetarieven van de drie operatoren ongemeen groot was en bleef tijdens de te reguleren periode, zeker in vergelijking met andere landen.

Hij heeft erkend dat hiervoor een verantwoording kon bestaan, maar het BIPT wel verzocht de asymmetrie en haar omvang met redenen te omkleden.

Bovendien heeft de Raad gevraagd de verantwoording te mogen kennen van de beperkingen die het BIPT de operatoren oplegt aan het toepassen van verschillende tarieven zolang het gemiddelde niet wordt overschreden.

5. In een document van 5 juli 2006, dat aan de Raad werd bezorgd op 7 juli 2006, heeft het BIPT het advies van de Raad van 15 juni 2006 beantwoord.

Wat de asymmetrie van de gespreksafgiftetarieven betreft, stelt het BIPT dat de kostenstructuur van de drie operatoren dermate verschillend is, dat voor de duur van de te reguleren periode, inclusief het einde ervan, symmetrische tarieven zouden betekenen dat Belgacom Mobile boven zijn kosten zou mogen tarifieren, en Base (en wellicht ook Mobistar) een tarief zou moeten hanteren dat zijn kosten niet zou kunnen dekken. Indien Base zich niet zou kunnen handhaven, zou de concurrentie op termijn zeker niet gediend zijn.

Het BIPT verdedigt ook de beperkingen waaraan het de variatie van tarieven binnen het maximale gemiddelde wil onderwerpen, voornamelijk vanuit het oogpunt van continuïteit en transparantie.

6. Vervolgens is het ontwerpbesluit van het BIPT ter advies voorgelegd aan de Europese Commissie, die ook kennis heeft kunnen nemen van het advies van de Raad.

Op 4 augustus 2006 heeft de Commissie in haar advies opgemerkt dat mobiele gespreksafgiftetarieven in beginsel symmetrisch moeten zijn, en dat asymmetrie, die in vele gevallen aanvaardbaar kan zijn, behoorlijk gemotiveerd moet worden.

Zo kan voor de Commissie in uitzonderlijke gevallen de asymmetrie verantwoord worden door objectieve verschillen in kosten die de betrokken operator niet in de hand heeft. Kunnen voor de Commissie als objectieve verschillen in aanmerking worden genomen: de verschillende exploitatiekosten van een netwerk GSM900 en een netwerk DCS1800; data van het betreden van de markt die aanzienlijk uit elkaar liggen.

De Commissie verwacht dat de verschillen die het gevolg zijn van de aangewende technologie gering zijn, en nodigt het BIPT uit ze nader te kwantificeren, indien ze al voorhanden zouden zijn.

Voorts kunnen voor de Commissie latere toetreding tot de markt en het kleinere marktaandeel dat daarvan het gevolg is, slechts tijdens een overgangperiode een hoger gespreksafgiftetarief verantwoorden. De later toegetreden operator moet zich na voldoende lange tijd aan de marktvoorwaarden kunnen aanpassen en efficiënt worden. Het hoger tarief mag de kleine operator niet ontmoedigen om een groter marktaandeel te verwerven.

Hoe dan ook moet voor de Commissie de asymmetrie binnen een redelijke termijn uitgeschakeld worden, en moeten de tarieven convergeren naar de kosten van een efficiënte

operator. En de gespreksafgiftetarieven van Mobistar en Base moeten aanzienlijker verminderen, nog tijdens de te reguleren periode.

Concreet vraagt de Commissie het BIPT dan ook zijn ontwerpbesluit aan te passen, in de volgende zin:

- De tarieven van Belgacom Mobile en van Mobistar moeten symmetrisch worden tijdens de te reguleren periode, dus voor 2008. Zij zijn beiden sinds meer dan tien jaar actief op de Belgische markt, ze gebruiken dezelfde technologie, en het BIPT heeft vastgesteld dat hun kostenstructuur convergeert. In de meeste EU-lidstaten zijn de tarieven van de eerste en de tweede mobiele operator symmetrisch.
- De tarieven van alle operatoren moeten symmetrisch geworden zijn kort na het einde van de te reguleren periode, tenzij het BIPT van oordeel zou zijn dat een kleine asymmetrie verantwoord kan worden door een objectief verschil in kost van Base ten aanzien van de andere operatoren, waarop Base geen invloed heeft. Maar ook in dat geval moet de asymmetrie reeds tijdens de te reguleren periode aanzienlijk verminderd worden.

In verband met de aan Belgacom Mobile en Mobistar opgelegde verplichting tot interne niet-discriminatie, vraagt de Commissie het BIPT het risico op kruissubsidiëring of een andere vorm van concurrentievervalsing nader te verantwoorden, nu ook de verplichting tot kostenoriëntering van de gespreksafgiftetarieven wordt opgelegd.

7. In zijn besluit van 11 augustus 2006, dat met het thans voorliggende ontwerpbesluit wordt aangevuld, bepaalt het BIPT het glijpad van de maximale gespreksafgiftetarieven als volgt:

	2005	1/11/06	1/5/07	1/1/08	1/7/08
Belgacom	12,66	10.13	8.09	7.48	6.56
Mobistar	15,98	12.75	10.19	9.38	8.21
Base	19,60	15.81	12.76	11.82	10.41

(in constante eurocent, d.i. zonder inflatie in aanmerking te nemen).

Het glijpad is aangepast in vergelijking met dit van het aanvankelijk ontwerpbesluit (zie tabel hierboven). Deze tarieven gelden echter alleen tot 31 december 2007.

Het BIPT kondigt aan in 2007 een nieuw besluit te zullen voorbereiden, waarin wordt tegemoetgekomen aan de bezwaren die de Europese Commissie heeft geformuleerd in haar voormeld advies van 4 augustus 2006. Het zal de maximumtarieven vanaf 1 januari 2008 bevatten.

Tevens kondigt het BIPT aan de verplichting tot interne niet-discriminatie opnieuw te zullen onderzoeken in het aanvullend besluit van 2007, eveneens om tegemoet te komen aan de Europese Commissie.

8. Het ontwerpbesluit dat thans door het BIPT voor advies van de Raad wordt voorgelegd, is het besluit dat in dit van 11 augustus 2006 wordt aangekondigd.

III. Het ontwerpbesluit van het BIPT, voorwerp van advies.

9. Het ontwerpbesluit bevat volgende beslissingen.

10. In de eerste plaats wordt de te reguleren periode uitgebreid tot 1 juli 2009.

De maximale gespreksafgiftetarieven zouden er als volgt uitzien:

	1/1/08	1/7/08	1/1/09	1/7/09
Belgacom	8,03	7,96	7,85	7,73
Mobistar	9,06	7,96	7,85	7,73
Base	10,76	8,75	8,62	8,49

(in constante eurocent, d.i. zonder inflatie in aanmerking te nemen).

Er is symmetrie tussen de tarieven van Belgacom Mobile en deze van Mobistar vanaf 1 juli 2008.

Er blijft een asymmetrie tussen deze tarieven en het tarief van Base, op grond van de overweging dat Base voornamelijk de DCS1800-technologie gebruikt terwijl Belgacom Mobile en Mobistar voornamelijk de GSM900-technologie gebruiken.

11. Voorts stelt het BIPT de tariefstructuur aanzienlijk te willen vereenvoudigen vanaf 1 januari 2008. De Raad begrijpt de nieuwe regels als volgt.

Eenzelfde gespreksafgiftetarief dient te gelden, ongeacht het tijdstip waarop wordt gebeld. Er mag dus geen verschillend tarief meer zijn voor zogenaamde piek- of daluren, of in de week of tijdens het weekend.

Bovendien moet het gespreksafgiftetarief per gesprek strikt proportioneel zijn aan het aantal seconden gespreksduur, zodat o.m. geen vaste som voor het tot stand brengen van een oproep (“set-up charge”) meer aangerekend mag worden.

12. Ten slotte wordt de verplichting tot niet-discriminatie (die, wat Belgacom Mobile en Mobistar betreft, zowel intern als extern geldt, en, wat Base betreft, alleen extern geldt), bevestigd zoals zij was opgelegd in het besluit van 11 augustus 2006.

IV. Advies van de Raad

13. In zijn advies van 15 juni 2006 heeft de Raad de vraag gesteld of de asymmetrie tussen de gespreksafgiftetarieven van de drie operatoren, en zeker tussen deze van Belgacom Mobile en Base, niet te aanzienlijk was, niet alleen tijdens het glijpad maar ook op het einde van de te reguleren periode, en heeft hij ten minste een verantwoording daarvan gevraagd.

In het voorliggende ontwerpbesluit stelt het BIPT voor:

- dat de maximale gespreksafgiftetarieven vanaf 1 juli 2008 symmetrisch zullen zijn, met een afwijking van ongeveer 10% meer voor Base, die gering lijkt, en
- dat zij intussen verder naar elkaar zouden evolueren.

In zijn advies van 6 augustus 2006 heeft de Commissie bevestigd dat symmetrie moet worden nagestreefd.

Het is duidelijk dat dit doel met het voorliggende besluit veel beter wordt bereikt dan met het vorige besluit.

Bovendien nemen de gespreksafgiftetarieven nog verder af na 1 juli 2008, wat per definitie een gunstige ontwikkeling is.

14. Zoals in alle besluiten behoort de keuze van het BIPT voor bepaalde maatregelen en de invulling van die maatregelen verantwoord te worden door een doel, dat kadert in de objectieven van de Europese regelgeving inzake elektronische communicatie, zoals bevordering van de mededinging, ontwikkeling van de interne markt en bescherming van de belangen van de eindgebruikers (zie artikel 8 van de Kaderrichtlijn). Dat doel mag bovendien niet op een minder belastende wijze bereikt kunnen worden, anders is de maatregel disproportioneel.

Het besluit van het BIPT dient op deze punten – legitiem oogmerk en proportionaliteit - met redenen omkleed te zijn. Pas dan kan de mededingingsautoriteit nagaan of er overeenstemming is met de doelstellingen van het mededingingsrecht.

Hierna wordt ingegaan op de maatregelen van het voorliggende ontwerpbesluit waarvoor in het ontwerpbesluit ofwel geen motivering gegeven wordt of lijkt te worden, dan wel waarvoor de motivering de test van legitiem doel en proportionaliteit niet haalt. In het eerste geval nodigt de Raad het BIPT uit de motivering alsnog te verstrekken; in het tweede geval moet de motivering verfijnd worden, of, zo dat niet mogelijk blijkt, de maatregel in vraag gesteld worden.

15. Het BIPT kiest voor een andere invulling van het begrip “efficiënte prestatie” op het vlak van gespreksbeëindiging van een operator dan in zijn besluit van 11 augustus 2006.

Het BIPT stelt dat het schaalvoordeel voor Belgacom Mobile, dat er in de benadering van het besluit van 11 augustus 2006 toe geleid heeft dat de kosten dermate asymmetrisch waren, thans uitgeschakeld wordt door voor elk van de drie operatoren een theoretisch marktaandeel van 33% in aanmerking te nemen.

Deze nieuwe benadering – theoretische marktaandelen die even groot zijn – wordt met andere woorden verkozen omwille van het resultaat dat zij teweegbrengt, namelijk symmetrische tarieven. Daarmee is de keuze voor de nieuwe methode echter nog niet verantwoord.

Volgens het BIPT behoort de keuze van de methode tot zijn onaantastbare beoordelingsbevoegdheid. Dit neemt niet weg dat de keuze met redenen moet worden omkleed zoals in randnummer 14 aangegeven.

De Raad stelt de vraag of het BIPT haar ontwerpbesluit heeft gebaseerd op een studie die nagaat welke de impact op de concurrentieverhoudingen in de markt kan zijn van de methode die thans wordt verkozen.

16. De Europese Commissie had in zijn advies van 6 augustus 2006 de mogelijkheid gelaten voor een permanente asymmetrie in de gespreksafgiftetarieven, toe te schrijven aan technologische verschillen die een hogere kost meebrengen en waarop een operator geen vat heeft, met verwijzing naar verschillende exploitatiekosten voor een netwerk GSM900 en voor een netwerk DCS1800.

Het BIPT baseert zich op die technologische verschillen om voor Base asymmetrische tarieven te behouden.

De Commissie had vereist, ten eerste dat het aangehaalde technologische verschil in de voorliggende zaak, dus ten aanzien van Belgacom Mobile, Mobistar en Base, pertinent zou zijn, ten tweede dat het verschil nauwkeurig gekwantificeerd zou worden, en, ten derde dat het tot een klein verschil in tarieven zou leiden. Deze vereisten lijken in het licht van het legitieme doel en de proportionaliteit van de maatregel – in dit geval: een afwijking van de symmetrie die bij hypothese nagestreefd moet worden – terecht gesteld.

Het voorliggende ontwerpbesluit is echter op geen van deze punten met voldoende redenen omkleed.

Wat het eerste punt betreft, blijkt uit het ontwerpbesluit dat Base hoofdzakelijk de DSC1800-technologie gebruikt, maar ook de GSM900-technologie, terwijl Belgacom Mobile en Mobistar hoofdzakelijk de GSM900-technologie aanwenden, maar ook de DSC1800-technologie. Dit doet twijfel doet rijzen bij de pertinentie van het onderscheid.

In verband met het tweede punt blijkt uit het ontwerpbesluit niet waarom de duurdere technologie Base aanspraak moet geven op een ongeveer 10% hoger gespreksafgiftetarief.

Voor het derde punt geeft het ontwerpbesluit geen enkel aanknopingspunt om tot het besluit te komen dat die 10% volgens welke maatstaf ook (zoals, bijvoorbeeld, vergelijking met andere landen) gering is.

17. Zoals de Raad het begrijpt houdt het ontwerpbesluit verbod in van de aanrekening van een vaste som voor het tot stand brengen van een oproep, alsmede van onderscheiden tarieven naargelang het tijdstip waarop een oproep tot stand komt. Als dit zo is, wordt de mededinging beperkt.

Naast administratieve vereenvoudiging voert het BIPT ter verantwoording aan dat een eenheidstarief transparanter is en beter in overeenstemming met het niet-discriminatiebeginsel dan de mogelijkheden die inzake de tariefstructuur werden geboden door het besluit van 11 augustus 2006.

Daarmee is echter niet gezegd dat de concurrentie en de belangen van de eindgebruikers beter gediend zijn. Onderscheiden tarieven kunnen transparant aangekondigd en toegepast worden, en het valt niet in te zien hoe verschillende tarieven in functie van verschillende kenmerken van het gespreksafgifteverkeer bestaanbaar zijn met het niet-discriminatiebeginsel.

18. Zoals aangekondigd in het besluit van 11 augustus 2006 onderwerpt het BIPT de verplichting tot interne niet-discriminatie voor Belgacom Mobile en Mobistar aan een nieuw onderzoek, overeenkomstig het verzoek van de Europese Commissie.

De meer uitvoerige motivering die de Commissie voor deze maatregel had gevraagd, kan in het ontwerpbesluit echter niet worden aangetroffen.

Ontoereikend is de motivering van de proportionaliteit, waaraan volgens het BIPT voldaan is omdat de bedoelde verplichting ook reeds bestond onder het regelgevend kader dat de marktanalyses na 2003 voorafging. Het is uiteraard niet omdat een maatregel vroeger bestond, dat hij (nu nog) noodzakelijk is om de concurrentie te bevorderen, of dat hij niet overbodig is of door een minder belastende vervangen kan worden.

V. Besluit

19. De Raad stelt vast dat met dit ontwerpbesluit de doelstellingen dat de eindgebruikerstarieven van de verschillende Belgische mobiele operatoren nader tot elkaar

zouden toegroeien, en zelfs identiek zouden worden, en dat deze tarieven verder zouden afnemen, bereikt worden.

20. Overeenkomstig hetgeen hierboven werd overwogen verwacht de Raad echter van het BIPT een motivering, of een meer uitvoerige motivering, ter verantwoording van het legitieme doel of de proportionaliteit van de maatregel als middel om dat doel na te streven, wat betreft volgende onderdelen van het ontwerpbesluit:

- De gekozen methode (zie randnummer 15).
- De blijvende assymetrie van het gespreksafgiftetarief van Base (zie randnummer 16).
- De verplichting van een uniek en uniform gespreksafgiftetarief, dat alleen proportioneel mag zijn aan de duur van de oproep (zie randnummer 17).
- Het behoud van de verplichting tot interne discriminatie opgelegd aan Belgacom Mobile en Mobistar (zie randnummer 18).

Zonder de gewenste verantwoording kan de Raad niet gunstig adviseren over het ontwerpbesluit.