



**Advies van de Raad voor de Mededinging van 8 september 2008 in antwoord op de adviesaanvraag van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) met betrekking tot het ontwerpbesluit betreffende de analyse van de markten
3/03 en 5/03**

I. Adviesaanvraag van het BIPT

1. Bij brief van 8 augustus 2008 heeft het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie overeenkomstig artikel 55, §§ 4 en 5 van de wet betreffende de elektronische communicatie (*B.S.* 20 juni 2005, hierna de “WEC”) haar ontwerpbesluit betreffende de analyse van de markten 3/03, de markt voor openbaar beschikbare nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers, en 5/03, de markt voor openbaar beschikbare nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers (hierna het “ontwerpbesluit”), voorgelegd aan de Raad voor de Mededinging voor advies.

Naast de tekst van het ontwerpbesluit werden de volgende documenten overgemaakt aan de Raad:

- De bijdragen uit de sector tot de nationale consultatie;
- Een samenvatting van de bijdragen uit de sector tot de nationale consultatie;
- Een presentatie gegeven tijdens de prenotificatievergadering;
- Een dossier met het antwoord op de door de Raad naar aanleiding van de prenotificatievergadering gestelde vragen.

2. Voorafgaand aan deze adviesaanvraag heeft er op 2 juli 2008 een prenotificatievergadering plaatsgevonden waar vertegenwoordigers van het BIPT aan vertegenwoordigers van de Raad en van de Europese Commissie het voorontwerp van de voorliggende ontwerpbesluit mondeling hebben toegelicht. Naar aanleiding hiervan heeft de Raad een aantal vragen gesteld aan het BIPT waar zij, samen met de adviesaanvraag, op heeft geantwoord.

3. Het BIPT heeft op 26 augustus 2008 geantwoord op een aantal bijkomende vragen die de Raad haar had voorgelegd.

4. De eindgebruikersmarkten 3/03 en 5/03, hoewel enigszins anders gedefinieerd, waren beide opgenomen in de eerste aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003 betreffende de producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen.

5. In navolging van die aanbeveling en overeenkomstig de WEC heeft het BIPT op 11 augustus 2006 een besluit aangenomen waarin deze markten 3/03 en 5/03 op Belgisch niveau werden geanalyseerd en de operator met een sterke machtspositie op deze markten aan *ex ante* regelgeving werd onderworpen. Dit besluit gold voor een periode van twee jaar (besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2006 betreffende de definitie van de markten, de

analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de markten van de cluster “Vaste Telefoon”, geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003”, hierna “het besluit van 11 augustus 2006”, blz. 116).

6. Op 17 december 2007 heeft de Europese Commissie haar tweede aanbeveling betreffende de producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (hierna de “tweede aanbeveling”), aangenomen.

7. De eindgebruikersmarkten 3/03 en 5/03 maken geen deel meer uit van deze aanbeveling. Dit impliceert dat de Europese Commissie van oordeel is dat, rekeninghoudend met de drie criteria test, beide markten niet langer voor ex ante regelgeving in aanmerking komen. Toch kan het BIPT markten die in de eerste aanbeveling waren opgenomen maar niet meer voorkomen in de tweede aanbeveling aan een analyse en desgevallend ex ante regelgeving onderwerpen indien deze markten op grond van de nationale omstandigheden aan de drie criteria test voldoen. De volgende drie cumulatieve criteria dienen vervuld te zijn. In de eerste plaats moeten er op de markt nog hoge toegangsbelemmeringen bestaan die niet van voorbijgaande aard zijn. Daarnaast mag de relevante marktstructuur niet neigen naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. Tenslotte zou de toepassing van het mededingingsrecht alleen het marktfalen in kwestie niet voldoende verhelpen.

8. Naar aanleiding van deze tweede aanbeveling en na controle van de drie criteria is het BIPT tot de conclusie gekomen dat de markten 3/03 en 5/03 op grond van de nationale omstandigheden nog steeds in aanmerking komen voor ex ante regelgeving. Zij heeft daarom een nieuwe analyse van de markten 3/03 en 5/03 ondernomen waarbij zij tot de vaststelling komt dat deze markten nog niet daadwerkelijk concurrerend zijn.

9. Het BIPT stelt voor een aantal ex ante verplichtingen die in haar besluit van 11 augustus 2006 aan de operator met een sterke machtspositie werden opgelegd, te handhaven en een aantal andere verplichtingen in te trekken. De verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding wordt ingetrokken (ontwerpbesluit, nummer 308) evenals het verbod om diensten op onredelijke wijze te bundelen (ontwerpbesluit, nummer 296).

10. De volgende verplichtingen worden behouden (ontwerpbesluit, nummers 292 tot 297; nummer 309, figuur 4.3). Een ex ante verbod zou worden gehandhaafd om buitensporige prijzen te vragen, om afbraakprijzen te hanteren die de concurrentie beperken of de toegang tot de markt belemmeren, en om ongegronde voorkeuren voor bepaalde eindgebruikers toe te passen (ontwerpbesluit, nummer 290). Daarnaast wordt de zogenaamde transparantieplichting behouden, maar dient de operator met een sterke machtspositie enkel de wijzigingen van zijn tariefplannen die voortvloeien uit een verlaging van de tarieven voor vaste of mobiele gespreksafgifte uit eigen beweging en op voorhand mee te delen aan

het BIPT (ontwerpbesluit, nummers 298 tot 307; zie onder meer nummer 301 over kosten toerekening). Andere informatie dient enkel op verzoek van het BIPT verstrekt te worden. Dit ontwerpbesluit vormt het voorwerp van het advies van de Raad.

II. Aard van het advies van de Raad

11. Het BIPT heeft de Raad om een advies verzocht op basis van artikel 55, §§ 4 en 5 WEC.
12. De aard van het advies van de Raad, bindend of niet-bindend voor het BIPT, wordt bepaald door het onderdeel van het ontwerpbesluit waarop het betrekking heeft en door het type ex ante maatregelen dat het BIPT beoogt op te leggen en/of te handhaven op de geanalyseerde markten 3/03 en 5/03.
13. Het advies van de Raad krijgt daardoor een duaal karakter. Het onderdeel van onderhavig advies dat betrekking heeft op de marktdefinitie en -analyse is overeenkomstig artikel 55, § 4 WEC niet-bindend voor het BIPT. Het luik van het advies van de Raad omtrent de verplichtingen die het BIPT overeenkomstig artikel 64 WEC wenst op te leggen op de eindgebruikersmarkten, en waarvan de Raad dient na te gaan of zij in overeenstemming zijn met de doelstellingen van het mededingingsrecht, heeft een bindend karakter.
14. De Raad merkt op dat hij zich in zijn hoedanigheid als administratief rechtscollege bij de toepassing van de wet tot bescherming van de economische mededinging, niet gebonden acht door de adviezen die hij heeft verstrekt op basis van de wet betreffende de elektronische communicatie van 13 juni 2005. In individuele zaken waarin de Raad op basis van de wet tot bescherming van de economische mededinging (hierna de “WBEM”) uitspraak dient te doen, kunnen marktdefinities worden gehanteerd die afwijken van de markten in het kader van zijn adviesverlening inzake sectorspecifieke regelgeving. Ook de aanwijzing van een onderneming als onderneming met een sterke machtspositie op een markt die met het oog op ex ante regelgeving is gedefinieerd, impliceert niet automatisch dat deze onderneming volgens de Raad over een machtspositie beschikt in de zin van artikel 3 WBEM of in het kader van de concentratiecontrole. Tenslotte kan de Raad in individuele zaken maatregelen bevelen die verschillen van de verplichtingen waarover het BIPT beschikt in het kader van de WEC.

III. Afbakening van de markten

15. De Raad sluit zich in grote mate aan bij de marktdefinitie die door het BIPT wordt gehanteerd in haar ontwerpbesluit waar uitgegaan wordt van een markt voor openbaar beschikbare nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers en eenzelfde maar onderscheiden markt voor niet-particuliere gebruikers.
16. Toch heeft de Raad een aantal bemerkingen ten aanzien van deze marktdefinitie.
17. Ten eerste gaat het BIPT, zoals de Raad in zijn advies van 15 juni 2006 reeds had opgemerkt, er nog steeds vanuit dat toegang en telefoondiensten tot onderscheiden markten

behoren. Beide worden echter steeds meer samen tegen één prijs aangeboden zowel door kabeloperatoren als door andere alternatieve operatoren met een VoB aanbod. Het BIPT heeft in het kader van de marktdefinitie niet onderzocht of diensten inzake toegang en telefoondiensten onder invloed van deze evolutie tot één en dezelfde markt zijn gaan behoren. De Raad neemt aan dat het gebrek aan een operationeel “Wholesale Line Rental” aanbod (hierna “WLR”), waardoor CPS-operatoren nog steeds niet in staat zijn om toegang en telefoondiensten samen aan te bieden, het BIPT heeft doen besluiten dat deze twee diensten vooralsnog tot onderscheiden markten behoren.

18. Bovendien houdt het BIPT nog steeds vast aan onderscheiden markten op basis van het type gebruikers, met name particuliere dan wel niet-particuliere gebruikers. In zijn advies van 25 maart 2006 had de Raad erop gewezen dat voor wat toegang betreft, dit onderscheid niet overeen lijkt te stemmen met de marktomstandigheden in België en een onderscheid op basis van capaciteit de voorkeur heeft boven een onderscheid op basis van de hoedanigheid van de afnemer. De Raad heeft deze redenering in zijn advies van 15 juni 2006 doorgetrokken naar de markten voor telefoniediensten. In het huidige ontwerpbesluit merkt het BIPT zelf op dat voornamelijk voor vrije beroepen en zelfstandige vaklui de scheiding tussen markten op basis van de hoedanigheid van de gebruiker, met name particulier of niet-particulier, een vage grens kent. Daarnaast merkt het BIPT op dat in de grote meerderheid van de gevallen particuliere aanbiedingen en niet-particuliere aanbiedingen aan verschillende behoeften beantwoorden en verschillende tariefniveaus hebben. Hiermee lijkt het BIPT zelf aan te geven dat een onderscheid op basis van het type aangeboden diensten een beter criterium vormt voor het beoordelen van de substitueerbaarheid van de verschillende diensten dan de hoedanigheid van de afnemer. De Raad geeft daarom nog steeds de voorkeur aan een marktdefinitie op basis van de kenmerken van de aangeboden telefoniediensten, onder meer inzake kwaliteit en capaciteit, dan op basis van de hoedanigheid van de afnemer.

19. Tenslotte gaat het BIPT ervan uit dat openbaar beschikbare telefoondiensten op een vaste locatie niet substitueerbaar zijn met openbaar beschikbare telefoondiensten op een niet-vaste locatie. Het BIPT komt tot deze conclusie op basis van het verschil in functionaliteit, gebruik en prijs tussen vaste en mobiele telefoniediensten. Bovendien zou de meerderheid van de huishoudens nog steeds beschikken over een vast en een mobiel toestel wat eerder op complementariteit dan op substitueerbaarheid wijst. Terwijl de Raad in zijn advies van 15 juni 2006 bedenkingen had bij dit gebrek aan substitueerbaarheid, sluit hij zich in het kader van het voorliggend ontwerpbesluit aan bij het standpunt van het BIPT. Hoewel de Raad vaststelt dat het BIPT opnieuw een omgekeerde toepassing lijkt te maken van de zogenaamde SSNIP-test, heeft het Instituut daarnaast ook onderzocht of een kleine maar significante en permanente prijsstijging van de vaste telefoniediensten consumenten zou doen overschakelen naar mobiele telefoniediensten. Gezien het zeer verschillende prijsniveau van de twee diensten acht het BIPT dit niet waarschijnlijk. Deze conclusie wordt niet ondersteund door een consumentenonderzoek maar uit een reeks studies van Eurobarometer is wel gebleken dat het aantal particuliere gebruikers dat enkel over een mobiel telefoontoestel beschikt, het

voorbijge jaar gestagneerd is.¹ Ook daaruit zou kunnen worden afgeleid dat voor de meerderheid van de consumenten mobiele telefoniediensten (nog) geen substituut vormen voor vaste telefoniediensten.

20. Toepassing van de drie criteria test op de aldus gedefinieerde markten doet het BIPT besluiten dat deze markten voor telefoniediensten nog steeds in aanmerking komen voor ex ante regelgeving. Voor wat betreft het eerste criterium blijft het voor de Raad, gezien de enge marktdefinitie en voornamelijk de vaststelling dat toegang tot de markt relatief gemakkelijk is, deels onduidelijk hoe het BIPT tot de vaste overtuiging komt dat er nog hoge toegangsbelemmeringen bestaan die niet van voorbijgaande aard zijn. Uit de analyse van het BIPT leidt de Raad daarentegen af dat de toegangsbelemmeringen verminderd zijn. Tegelijkertijd is de Raad zich ervan bewust dat het ontbreken van een operationeel WLR aanbod en de moeilijkheid voor CPS operatoren om forfaitaire aanbiedingen te doen, hun concurrentiepositie in een sterk krimpende markt en hun aantrekkingskracht voor eindgebruikers aantast (ontwerpbesluit, nummers 244, 246 met figuur 3.29 en 248). Volgens de Raad volstaat dit echter niet om tot de conclusie te komen dat er nog hoge toegangsbelemmeringen voor markttoegang bestaan die niet van voorbijgaande aard zijn. De Raad verzoekt derhalve het BIPT om op eenduidige wijze toe te lichten welke hoge toegangsbelemmeringen er met betrekking tot deze specifieke eindgebruikersmarkten bestaan en aan te geven waarom deze niet binnen de relevante tijdshorizon zullen worden overwonnen.

IV. Handhaving en intrekking van verplichtingen

21. De Raad stelt vast dat het BIPT naar aanleiding van de tweede aanbeveling van de Europese Commissie in de eerste plaats is overgegaan tot een nieuwe analyse van de eindgebruikersmarkten 3/03 en 5/03. Volgens de toelichting van de Commissie bij deze tweede aanbeveling dienen echter eerst de stroomopwaartse groothandelsmarkten te worden geanalyseerd en kan pas nadien, rekening houdend met de ex ante verplichtingen die op deze stroomopwaartse groothandelsmarkten zijn opgelegd (inclusief Carrier Selection en Carrier Pre-Selection en, indien van toepassing, WLR), gekeken worden naar de eindgebruikersmarkten.² Pas wanneer blijkt dat zelfs met de verplichtingen op groothandelsniveau de eindgebruikersmarkt(en) niet daadwerkelijk concurrerend is (zijn), kunnen overeenkomstig artikel 64 WEC ook verplichtingen opgelegd worden op die markt(en).

22. In het kader van de voorliggende analyse van de markten 3/03 en 5/03 heeft het BIPT rekening gehouden met de groothandelsverplichtingen die reeds werden opgelegd naar aanleiding van de eerste reeks marktanalyses. De marktdefinitie en -analyse van deze groothandelsmarkten zal naar aanleiding van de tweede reeks marktanalyses, waartoe het

¹ Eurobarometer, E-Communications Household Survey 2007 en 2008.

² Zie overweging 15 tweede aanbeveling en Explanatory Note accompanying document to the Commission Recommendation on relevant product and service markets, p. 13 en 19.

BIPT is gehouden, echter niet noodzakelijk dezelfde uitkomst bieden als ten tijde van de eerste reeks. Bijgevolg is het op dit ogenblik niet duidelijk of en, zo ja, welke verplichtingen op de groothandelsmarkten zullen worden opgelegd, gehandhaafd dan wel ingetrokken.

23. In die omstandigheden is het voor de Raad bijzonder moeilijk om te beoordelen of de verplichtingen die het BIPT wenst op te leggen op de eindgebruikersmarkten in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen.

24. Bovendien wijst de Europese Commissie er in de toelichting bij haar tweede aanbeveling op dat mededingingsbeperkingen die nog kunnen voorkomen op de markt voor telefoniediensten, zoals onder meer wurgprijzen die door de operator met een sterke machtspositie zouden worden toegepast, op basis van het mededingingsrecht kunnen worden aangepakt.³

25. Desalniettemin zal de Raad op grond van het voorliggende ontwerpbesluit van het BIPT trachten te beoordelen of, rekening houdend met de bestaande verplichtingen op de groothandelsmarkten en ervan uitgaande dat er verder niets verandert, de door het BIPT vooropgestelde verplichtingen op de eindgebruikersmarkten in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen.

26. Het opleggen van een verbod aan een operator met een sterke machtspositie om abnormaal hoge prijzen te hanteren, om afbraakprijzen te hanteren die de mededinging beperken en om ongegronde voorkeuren voor bepaalde eindgebruikers toe te passen, doet op zich vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen bezwaren rijzen. Het BIPT wil de operator met een sterke machtspositie met dit verbod voornamelijk dwingen om iedere verlaging van de tarieven voor mobiele of vaste gespreksafgifte onmiddellijk en volledig door te rekenen in zijn eindgebruikerstarieven. De maatregel is volgens het BIPT proportioneel omdat deze geen invloed heeft op de brutomarge van de operator met een sterke machtspositie die in absolute waarde onveranderd zou blijven en procentueel zou stijgen (ontwerpbesluit, nummer 300). Vanuit het oogpunt van de doelstellingen van het mededingingsrecht lijkt deze maatregel aanvaardbaar en proportioneel. Zoals blijkt uit het besluit van de Raad van het BIPT van 25 juli 2008 (Besluit van de Raad van het BIPT van 25 juli 2008 tot oplegging van een administratieve boete aan Belgacom wegens de niet-naleving van het besluit van 11 augustus 2006 wat betreft de oproeptarieven naar mobiele netwerken) en gezien de beperkte concurrentiedruk die uitgaat van de alternatieve operatoren wordt de operator met een sterke machtspositie immers niet aangezet om deze verlaging in zijn kosten door te rekenen aan de eindgebruiker zoals het geval zou zijn op een volledig concurrerende markt.

27. De zogenaamde transparantieplichting die het BIPT aan de operator met een sterke machtspositie wenst op te leggen vormt, gezien de recente ervaring van het BIPT, een logische implementatiemaatregel van de verplichting opgelegd op grond van artikel 64 WEC en een noodzakelijk accessorium daarvan om het BIPT in staat te stellen om de naleving van

³ Explanatory Note accompanying document to the Commission Recommendation on relevant product and service markets, p. 28.

het hierboven vermelde verbod te controleren. Aangezien de operator met een sterke machtspositie uit eigen beweging slechts de wijzigingen aan zijn tariefplannen als gevolg van een aanpassing van de tarieven voor mobiele of vaste gespreksafgifte op voorhand dient mee te delen aan het BIPT en deze operator intern over deze informatie zou beschikken of deze voor zijn eigen behoeften zou opstellen, lijkt deze maatregel geen buitensporige last op hem te leggen en evenmin in staat om de mededinging te verstoren ten nadele van deze laatste.

28. De Raad is van oordeel dat de op grond van artikel 64 WEC opgelegde maatregelen in overeenstemming zijn met de doelstellingen van het mededingingsrecht en proportioneel zijn.