

Advies van de Raad voor de Mededinging van 15 juni 2006 over de ontwerpbeslissing van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) betreffende de markten 3, 4, 5, 6, 8, 9 en 10, de markten voor de zogenaamde “vaste telefonie”, geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1. | Inleiding..... | 2 |
| 2. | Korte inhoud van de ontwerpbeslissing | 2 |
| 3. | Afbakening van de relevante markten | 3 |
| 3.1. | Afzonderlijke markten particuliere en niet-particuliere gebruikers?..... | 3 |
| 3.2. | Afzonderlijke markten toegang en oproepen?..... | 3 |
| 3.3. | Afzonderlijke markten vast en mobiel?..... | 4 |
| 4. | Groothandelsmarkten: aanwijzing van operatoren met aanmerkelijke marktmacht en verplichtingen | 5 |
| 4.1. | Gespreksopbouw | 5 |
| 4.2. | Gespreksafgifte..... | 6 |
| 4.3. | Gespreksoverdracht | 7 |
| 5. | Verplichtingen op eindgebruikersmarkten..... | 7 |
| 5.1. | Artikel 64, § 1 Wet Elektronische Communicatie..... | 7 |
| 5.2. | Artikel 64, § 2 Wet Elektronische Communicatie..... | 11 |
| 6. | Besluit | 14 |

1. Inleiding

1. Op 17 mei 2006 heeft het BIPT haar voormelde ontwerpbeslissing overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging (hierna: “de Raad”), die volgende korte titel draagt: “Analyse des marchés du groupe ‘Téléphonie fixe’”.

Deze ontwerpbeslissing telt 269 bladzijden. Als bijlagen bij de ontwerpbeslissing zijn gevoegd:

- “Annexe 1: Inventaire des réactions des acteurs sur le marché à la consultation nationale relative aux marchés de la téléphonie fixe (marchés 3, 4, 5, 6, 8, 9 et 10)” (2 bladzijden) ;
- “Résumé des réactions des acteurs sur le marché à la consultation nationale relative aux marchés 3, 4, 5, 6, 8, 9 et 10 (marchés téléphonie fixe)” (17 bladzijden).

2. De Raad verleent advies overeenkomstig artikel 55, §4 en § 5 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (B.S. 20 juni 2005, Ed. 2). De toepasselijke Europeesrechtelijke, wettelijke en reglementaire bepalingen werden weergegeven in het eerste advies van de Raad, van 25 maart 2006, dat de toegangsmarkten betrof (randnummers 5 tot 13). Voor dat overzicht wordt hier naar dat gedeelte van het advies van 25 maart 2006 verwezen.

Dit is het tweede advies van de Raad, na dit van 25 maart 2006 over de toegangsmarkten.

Te benadrukken is dat de termijn van 30 dagen die de wet aan de Raad voor advies toekent, erg kort is.

3. Op 4 oktober 2005 hebben vertegenwoordigers van het BIPT aan de Raad mondelinge toelichting verstrekt betreffende een voorontwerp van de voorliggende ontwerpbeslissing.

Aldus werd overleg gepleegd tussen het BIPT en de Raad, voorafgaand aan de formele adviesverlening, zoals is voorgeschreven in art. 55, § 4, eerste zin, Wet Elektronische Communicatie.

4. In het advies van 25 maart 2006 heeft de Raad tevens de aandacht gevestigd op het specifieke kenmerk van deze adviesverlening, en het onderscheid dat gemaakt moet worden tussen deze adviezen aan het BIPT en de uitoefening door de Raad van zijn andere wettelijke bevoegdheden (randnummers 14-18). Die overwegingen gelden ook voor het voorliggende advies, en worden geacht hier te zijn hernomen.

5. De Raad staat er ook ditmaal op zijn waardering uit te drukken voor de grondigheid en de kwaliteit van de ontwerpbeslissing die hem voor advies wordt voorgelegd. Kritische opmerkingen zijn alleen bedoeld in een geest van samenwerking met het BIPT.

2. Korte inhoud van de ontwerpbeslissing

6. In navolging van de Europese Commissie heeft het BIPT volgende relevante markten afgebakend:

- Markt 3: nationale telefonische oproepen door particulieren van op een vast toestel;
- Markt 4: internationale telefonische oproepen door particulieren van op een vast toestel;
- Markt 5: nationale telefonische oproepen door niet-particulieren van op een vast toestel;
- Markt 6: internationale telefonische oproepen door niet-particulieren van op een vast toestel;
- Markt 8: gespreksopbouw;
- Markt 9: gespreksafgifte;
- Markt 10: gespreksoverdracht.

Op markten 3 tot en met 6 worden de diensten van vaste telefonie afgenomen door eindgebruikers; het zijn dus eindgebruikers- of kleinhandelsmarkten.

Op markten 9 tot en met 10 worden de diensten aangeboden en afgenomen door operatoren; het zijn groothandelsmarkten.

7. In zijn ontwerpbeslissing concludeert het BIPT dat de markten 4 en 6 (internationale oproepen) daadwerkelijk concurrentieel zijn (art. 55, § 2 Wet Elektronische Communicatie), terwijl dat niet het geval zou zijn voor de markten 3 en 5 (nationale oproepen) en 8, 9 en 10 (art. 55, § 3 Wet Elektronische Communicatie).

Bijgevolg identificeert het BIPT operatoren met aanmerkelijke marktmacht (substantial market power, SMP) op de markten 3, 5, 8, 9 en 10, en legt het deze operatoren verplichtingen op (art. 55, § 3 Wet Elektronische Communicatie).

3. Afbakening van de relevante markten

8. In verband met de afbakening van de markten die het BIPT voorstelt, zou de Raad volgende opmerkingen willen formuleren.

3.1. Afzonderlijke markten particuliere en niet-particuliere gebruikers?

9. Zoals reeds aangestipt in het advies van de Raad van 25 maart 2006 over de toegangsmarkten, blijkt het onderscheid tussen particuliere en niet-particuliere gebruikers in België wat betreft toegang tot, en dus ook gebruik van, vaste telefoniediensten niet erg bruikbaar te zijn (zie randnummers 45 en 46 van het advies van de Raad van 25 maart 2006).

Voeging van markten 3 en 5 en van markten 4 en 6 zou de analyse echter niet beïnvloeden. In het eerste semester van 2005 bedroeg het marktaandeel van Belgacom op markt 3 67% en op markt 5 60%, of ongeveer 64% bij voeging, en op markt 4 30% en op markt 6 51%, of ongeveer 41% bij voeging.

3.2. Afzonderlijke markten toegang en oproepen?

10. Volgens de ontwerpbeslissing behoren toegang, enerzijds, en telefoniediensten (de oproepen), anderzijds, niet tot dezelfde markt. Het gaat inderdaad om verschillende diensten met eigen kenmerken.

Het lijkt er echter op dat toegang tot het netwerk en communicatiediensten meer en meer tezamen aangeboden zullen worden. Zo'n pakket wordt reeds aangeboden door alternatieve operatoren die een eigen netwerk hebben, meer bepaald de kabeloperatoren.

Inzake de toegangsmarkten heeft het BIPT beslist tot invoering van de verplichting tot het aanbieden van zogenaamde "wholesale line rental" (WLR). Eén van de redenen voor deze verplichting was net om het alternatieve operatoren mogelijk te maken een gezamenlijk aanbod van toegangs- en communicatiediensten te verrichten, en zo de concurrentie tussen gezamenlijke aanbiedingen door verschillende operatoren aan te wakkeren.

Dit mogelijke gevolg van de invoering van WLR zou in huidige analyse verdisconteerd moeten worden. Uiteindelijk kunnen de gevolgen van deze verplichting immers leiden tot voeging van de markten voor toegang met deze voor vaste telefonie.

De potentiële impact van WLR kan nu reeds als volgt bij benadering ingeschat worden. In het eerste semester van 2005 bedroeg het aandeel op de toegangsmarkt van de zogenaamde "carrier (pre)selection" (CPS) ten voordele van alternatieve operatoren 28%, en de directe toegang door dezelfde 0,9%. Het aantal klanten dat een operator kiest op basis van een gezamenlijk aanbod van toegang tot netwerk en communicatiediensten zou bij de invoering van WLR dus reeds bijna 30% kunnen belopen.

3.3. Afzonderlijke markten vast en mobiel?

11. Het BIPT neemt aan dat substitutie mogelijk is tussen gesprekken van een vast toestel naar een mobiel toestel ("fixed to mobile", F2M) en gesprekken van een vast toestel naar een vast toestel ("fixed to fixed", F2F), zodat F2M tot dezelfde markt behoren als F2F.

Het erkent echter geen substitutiemogelijkheid tussen oproepen met een vast toestel (F2F en F2M) en oproepen met een mobiel toestel (M2F en M2M).

Volgens het BIPT is de substitueerbaarheid aan de vraagzijde gering of zelfs onbestaande, omdat mobiele telefonie voornamelijk of uitsluitend gebruikt zou worden waar en wanneer geen vaste telefoon beschikbaar is. Een verhoging van de prijs voor mobiele oproepen zou geen toename van vaste oproepen teweegbrengen (blz. 46, eerste volledige alinea van de ontwerpbeslissing), terwijl een verlaging van de prijs voor vaste oproepen, in de grote meerderheid van de gevallen, geen afname van mobiele oproepen zou teweegbrengen (blz. 46, tweede volledige alinea van de ontwerpbeslissing).

Zoals reeds opgemerkt in het advies van de Raad betreffende de toegangsmarkten, wordt de zogenaamde SSNIP test aldus echter omgekeerd toegepast (zie randnummer 38 van het advies van de Raad van 25 maart 2006).

Aangezien de vraag luidt of mobiele oproepen begrepen moeten worden in de markt voor vaste oproepen, bestaat de test van de hypothetische monopolist erin na te gaan of een geringe doch bestendige verhoging van de prijs voor vaste oproepen een afname van vaste oproepen ten voordele van mobiele oproepen zou teweegbrengen. Uit de enkele omstandigheid dat mobiele oproepen het voordeel hebben dat zij niet van een vast toestel afhankelijk zijn, dat, met andere woorden, de mobiliteitsfunctie een vraag genereert, valt niet zonder meer af te leiden dat een mobiele oproep geen substituut kan zijn voor een vaste oproep.

Zo lijkt de overweging dat mededingingsautoriteiten die zich tot dusver over de vraag gebogen hebben (blz. 46, eerste volledige alinea, laatste zin, van de ontwerpbeslissing), tot het bestaan van afzonderlijke markten hebben beslist, een louter gezagsargument, dat overigens niet gestaafd wordt met concrete verwijzingen.

Bovendien mag de vraag worden gesteld of het BIPT consistent is met zijn beslissing inzake de toegangsmarkten. Ook daar werd beslist tot afzonderlijke markten voor toegang tot vaste telefonie en toegang tot mobiele telefonie, onder meer op grond van de overweging dat het aantal vaste lijnen stabiel blijft, terwijl de prijs voor een abonnement op het vaste net is toegenomen, en de prijs voor het gebruik van het mobiele net is afgenomen (zie advies van de Raad van 25 maart 2006, randnummer 40).

Welnu, op de markten die hier aan de orde zijn vindt een vermindering van het volume aan gesprekken plaats, volgens het BIPT van 13 miljard minuten tijdens het eerste semester van 2001 tot 8,8 miljard minuten tijdens het eerste semester van 2005 (zie ontwerpbeslissing blz. 69). Met het BIPT mag worden aangenomen dat de vraag naar gesprekken op mobiele netwerken dientengevolge is toegenomen (zie ontwerpbeslissing blz. 45: “la migration des services fixes vers les services mobiles...”), hetgeen wel op substitueerbaarheid wijst.

Overigens, ook in de logica van het standpunt van het BIPT – vast als het kan, mobiel als het moet - lijkt de conclusie van afzonderlijke markten voorbarig. Technologisch bestaan er toestellen die, naargelang de behoefte, als vaste of als mobiele telefoon aangewend kunnen worden. De Raad heeft echter geen informatie over de mate waarin dergelijke technologie reeds verspreid is. Het is echter wel één van de aanwijzingen van de toekomstige convergentie tussen vaste en mobiele telefonie, waarmee de Raad het BIPT verzoekt rekening te houden.

12. Aan de aanbodzijde ziet het BIPT geen substitutie mogelijk, op grond van de overweging dat een operator van een mobiel netwerk geen vaste telefonie kan aanbieden, zonder aanpassing van zijn productiecapaciteit.

De drempel voor toetreding tot het vaste netwerk is echter lager voor een bestaande mobiele operator, die een eigen netwerk voor gespreksafgifte heeft, en daarenboven reeds met het netwerk van de historische operator geïnterconnecteerd is, en die gebruik kan maken van “carrier (pre)selection”, dan voor een nieuwkomer zonder mobiel netwerk. Mobistar, de tweede mobiele operator van het land, lijkt daarvan overigens het bewijs te leveren met zijn aanwezigheid op markten 3 t.e.m. 6 (zie blz. 32 van de ontwerpbeslissing).

Gelet op hetgeen voorafgaat komt het de Raad voor dat de substitueerbaarheid van vaste en mobiele oproepen diepgaander geanalyseerd moet worden.

4. Groothandelsmarkten: aanwijzing van operatoren met aanmerkelijke marktmacht en verplichtingen

4.1. Gespreksopbouw

13. Het BIPT stelt vast dat de markt voor gespreksopbouw (markt 8) niet daadwerkelijk concurrentieel is, en identificeert Belgacom als operator met aanmerkelijke marktmacht.

Volgens de ontwerpbeslissing worden volgende verplichtingen opgelegd aan Belgacom:

- verplichtingen inzake toegang en interconnectie;
- verplichting tot niet-discriminatie;
- transparantie met betrekking tot de toegang, meer bepaald de bekendmaking van een aanbod van referentietarieven;
- het voeren van gescheiden boekhoudingen;

- prijscontrole en verplichtingen inzake kostentoerekening.

4.2. Gespreksafgifte

14. Wat gespreksafgifte betreft, neemt de ontwerpbeslissing zoveel relevante markten in aanmerking als er operatoren zijn op wier netwerk gespreksafgifte plaatsvindt (markten 9). Met name vindt gespreksafgifte plaats op de netten van Belgacom, BT, Coditel, COLT, MCI, Mobistar, Scarlet, Telenet en Versatel. Elke operator heeft dan per definitie aanmerkelijke marktmacht op het eigen afgiftenetwerk.

Aan Belgacom zouden volgens de ontwerpbeslissing volgende verplichtingen opgelegd moeten worden:

- verplichtingen inzake toegang en interconnectie;
- verplichting tot niet-discriminatie;
- transparantie met betrekking tot de toegang, meer bepaald de bekendmaking van een aanbod van referentietarieven;
- het voeren van gescheiden boekhoudingen;
- prijscontrole en verplichtingen inzake kostentoerekening.

Voor de andere operatoren zouden volgende verplichtingen volstaan:

- verplichting tot niet-discriminatie;
- transparantie met betrekking tot de toegang;
- prijscontrole en verplichtingen inzake kostentoerekening.

15. De tarieven voor gespreksafgifte (“fixed termination rates”- FTR) van de andere operatoren moeten volgens het BIPT verlaagd worden, volgens een zogenaamd “glide path”.

Het BIPT acht het buitensporig om de andere operatoren dan Belgacom te verplichten dezelfde maximale FTR te hanteren als Belgacom, ook op het einde van de periode die gereguleerd wordt (blz. 224 van de ontwerpbeslissing). Het neemt zich dus voor asymmetrische maximumtarieven te blijven opleggen.

De keuze tussen wederkerige en asymmetrische FTR wordt ook in het buitenland gemaakt. De Franse¹, Duitse², Italiaanse³ en Nederlandse⁴ regulatoren hebben zich uitgesproken ten voordele van een lichte asymmetrie, op grond van de overweging dat het verschil in marktaandeel tussen historische operator, enerzijds, en alternatieve operatoren, anderzijds, aldus gecompenseerd wordt. Alleen de Engelse regulator houdt het bij wederkerige FTR, dus geen hogere tarieven voor alternatieve operatoren.⁵

Het “glide path” zou er als volgt uitzien:

- de andere alternatieve operatoren dan Telenet en Versatel: FTR voor Belgacom plus 15%;

¹ Beslissing ARCEP nr. 05-0425 van 27 september 2005.

² Beslissing BNezA van 2 juni 2006 in zaak DE/2006/0343.

³ Beslissing AGCOM van 24 mei 2006 in zaken IT/2006/383 tot 385.

⁴ Beslissing OPTA van 21 december 2005.

⁵ OFTEL, Review of fixed geographic call termination markets, Final Explanatory Statement and Notification, 28 November 2003.

- Telenet en Versatel: progressieve aanpassing van FTR tot, op het einde van de te reguleren periode, FTR voor Belgacom plus 15%.

De geleidelijke aanpassing voor Telenet en Versatel is volgens het BIPT wenselijk omdat het verschil tussen hun gemiddelde FTR en het gemiddelde BRIO-tarief 2006 momenteel 550% bedraagt.

Het “glide path” dat het BIPT voorstelt voor markt 9 wordt in het advies van de Raad over markt 16 (mobiele gespreksafgifte, waar de “mobile termination rates”- MTR aan de orde zijn) nader onderzocht in vergelijking met het “glide path” dat het BIPT voorstelt voor markt 16. Naar die bespreking wordt hier dan ook verwezen.

4.3. Gespreksoverdracht

16. Op de markt voor gespreksoverdracht (markt 10) ten slotte wordt Belgacom als operator met aanmerkelijke marktmacht geïdentificeerd, en wordt voorgesteld aan Belgacom dezelfde verplichtingen op te leggen als deze op de twee andere groothandelsmarkten.

5. Verplichtingen op eindgebruikersmarkten

5.1. Artikel 64, § 1 Wet Elektronische Communicatie

17. Het BIPT neemt zich voor om niet alleen voormelde verplichtingen op te leggen aan de operatoren met aanmerkelijke marktmacht op de groothandelsmarkten 8, 9 en 10, maar om tevens verplichtingen op te leggen aan de operator met aanmerkelijke marktmacht op eindgebruikersmarkten 3 en 5, Belgacom.

Het BIPT neemt zich voor artikel 64, § 1, tweede lid Wet Elektronische Communicatie toe te passen, dat voorziet in:

“(…) het verbod om

1° abnormaal hoge prijzen te hanteren;

2° de toegang tot de markt te belemmeren;

3° afbraakprijzen te hanteren die de mededinging beperken;

4° ongegronde voorkeuren voor bepaalde eindgebruikers toe te passen;

5° diensten op onredelijke wijze te bundelen.”

Het BIPT is van oordeel dat het tevens alle maatregelen kan nemen om de doeltreffendheid van die verbodsmaatregelen te waarborgen (aldus op blz. 109, onderaan, van de ontwerpbeslissing: *“L’IBPT peut également prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l’effectivité de ces interdictions, en particulier en se rapportant aux objectifs des articles 6 à 8 de la loi sur les communications électroniques et à l’obligation de communication de documents”*). Meer bepaald worden vermeld:

- een verplichting tot mededeling en aanmelding van tarieven, en
- een verplichting tot het voeren van gescheiden boekhoudingen.

18. Bij het voornemen van het BIPT om de in het vorig randnummer vermelde verplichtingen op te leggen zou de Raad volgende opmerkingen willen maken.

19. Artikel 64, § 1, eerste lid Wet Elektronische Communicatie luidt als volgt:

“Indien het Instituut vaststelt dat de verplichtingen die werden opgelegd krachtens de artikelen 58 tot 63 niet zouden leiden tot het verwezenlijken van de doelstellingen die zijn bepaald bij de artikelen 6 tot 8, kan het, overeenkomstig artikel 55, § 3 en 5, één of meer van de in het tweede lid genoemde verplichtingen opleggen aan operatoren die zijn aangeduid als operatoren met een sterke machtspositie op een gegeven eindgebruikersmarkt”, correcter uitgedrukt: operatoren met aanmerkelijke marktmacht op een gegeven eindgebruikersmarkt.⁶

De verplichtingen opgelegd krachtens artikelen 58 tot 63 Wet Elektronische Communicatie zijn deze die het BIPT wil opleggen aan de operatoren met aanmerkelijke marktmacht in de markten 8, 9 en 10.

⁶ De artikelen 6 t.e.m. 8 Wet Elektronische Communicatie luiden als volgt:

“Art. 6.

Bij de uitvoering van de taken die aan het Instituut krachtens deze wet zijn opgelegd, bevordert het de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken, van elektronische-communicatiediensten en van bijhorende faciliteiten, op de volgende wijze:

1° het zorgt ervoor dat de gebruikers maximaal voordeel behalen wat betreft de keuze, prijs en kwaliteit;

2° het zorgt ervoor dat er in de sector van de elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is;

3° het bevordert efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur en steunt innovaties;

4° het bevordert efficiënt gebruik en zorgt voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en van de nummervoorraad.

Art. 7.

Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet aan het Instituut zijn opgelegd, draagt het bij tot de ontwikkeling van de interne markt van elektronische-communicatienetwerken en -diensten, op de volgende wijze:

1° het moedigt het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten op Europees niveau aan;

2° het moedigt het opzetten en ontwikkelen van trans-Europese netwerken en de interoperabiliteit van pan-Europese diensten en eind-tot-eindconnectiviteit aan;

3° het zorgt ervoor dat in vergelijkbare omstandigheden geen verschil in behandeling is van operatoren die elektronische-communicatienetwerken en -diensten aanbieden;

4° het werkt met andere nationale regelgevende instanties en met de Europese Commissie op transparante wijze samen om te zorgen voor de ontwikkeling van consistente regelgevende praktijken op Europees niveau.

Art. 8.

Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet aan het Instituut zijn opgelegd, waakt het over de belangen van de gebruikers, op de volgende wijze:

1° het controleert de naleving van de universeledienstverplichtingen zoals bepaald in deze wet;

2° het waarborgt de consument een hoog niveau van bescherming bij zijn relaties met de leveranciers;

3° het draagt bij tot het waarborgen van een hoog niveau van bescherming van de persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer;

4° het bevordert de verstrekking van duidelijke informatie, met name door te verplichten tot transparantie ten aanzien van tarieven en de voorwaarden voor het gebruik van openbare elektronische-communicatiediensten;

5° het houdt rekening met de behoeften van specifieke maatschappelijke groepen, met name gehandicapte eindgebruikers;

6° het zorgt voor de integriteit en de veiligheid van de openbare-communicatienetwerken.”

20. De Raad is van oordeel dat artikel 64 Wet Elektronische Communicatie volgende draagwijdte heeft (zie ook reeds randnummer 86 van het advies van 25 maart 2006 betreffende de toegangsmarkten).

Indien het BIPT in de toekomst zou beslissen om één of meerdere van de verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan operatoren met aanmerkelijke marktmacht op een eindgebruikersmarkt, vermeld in artikel 64, § 1, tweede lid Wet Elektronische Communicatie, effectief op te leggen, dan dient die beslissing, overeenkomstig artikel 55, § 5 Wet Elektronische Communicatie, in ontwerp aan de Raad te worden voorgelegd, die binnen 30 kalenderdagen een bindend advies uitbrengt met betrekking tot de vraag of de beslissing van het BIPT in overeenstemming is met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen.

Concreet verloopt die beslissingsprocedure als volgt.

Het BIPT zou vaststellen dat de operator met aanmerkelijke marktmacht op de eindgebruikersmarkt voor nationale oproepen van op een vast toestel voor particuliere gebruikers zich schuldig zou maken aan één van de inbreuken (toepassing van abnormaal hoge prijs, belemmering van toegang tot de markt, toepassing van een afbraakprijs die de mededinging beperkt, toepassing van ongegronde voorkeur voor bepaalde eindgebruikers, onredelijke bundeling van diensten).

Het BIPT treft een ontwerpbeslissing waarbij die concrete inbreuk verboden wordt. Die ontwerpbeslissing wordt voorgelegd aan de Raad. Adviseert de Raad dat de ontwerpbeslissing in overeenstemming is met het mededingingsrecht, dan keurt hij de beslissing goed, en mag het BIPT het verbod opleggen. Is het advies van de Raad negatief, dan kan het verbod niet opgelegd worden, althans niet in de door de Raad afgekeurde vorm.

Op grond van de voorliggende ontwerpbeslissing van het BIPT kan de Raad het BIPT niet toestaan of verbieden om één of meerdere van de verbodsmaatregelen betreffende de eindgebruikersmarkten op te leggen. Er wordt immers geen concrete ontwerpbeslissing ter advies voorgelegd.

De enkele omstandigheid dat het BIPT, in de voorliggende ontwerpbeslissing die de Raad op 17 mei 2006 ter advies is voorgelegd, melding maakt van de mogelijkheid om in de toekomst de beslissing te nemen één of meerdere van de verbodsmaatregelen te treffen, kan niet tot gevolg hebben dat de Raad nu reeds zijn adviesbevoegdheid van artikel 55, § 5 uitput. Met andere woorden, goedkeuring door de Raad in het voorliggende advies kan niet tot gevolg hebben dat het BIPT verbodsbeslissingen kan treffen zonder adviesaanvraag bij de Raad, terwijl afkeuring in het voorliggende advies niet zou kunnen betekenen dat het BIPT de verbodsmaatregelen nooit meer kan uitspreken. Overigens zijn goed- of afkeuring eenvoudigweg niet mogelijk, omdat de concrete feiten waarop de verbodsmaatregel toepassing zou moeten vinden niet bekend zijn. In abstracto kan het soort verbodsbepaling dat in artikel 64, § 1, eerste lid genoemd wordt uit zijn niet onbestaanbaar zijn met het mededingingsrecht, aangezien het gaat om het soort maatregel dat opgelegd kan worden bij misbruik van machtspositie.

21. Het BIPT lijkt thans reeds een principiële beslissing te willen nemen om in de toekomst verbodsmaatregelen op de eindgebruikersmarkten te kunnen opleggen.

Volgens de Raad is dit overbodig. Het BIPT ontleent de bevoegdheid om deze maatregelen te bevelen immers hoe dan ook aan artikel 64 Wet Elektronische Communicatie.

Het BIPT lijkt echter van oordeel te zijn dat nu reeds vastgesteld kan worden dat de verplichtingen die krachtens artikelen 58 tot 63 Wet Elektronische Communicatie opgelegd

worden niet toereikend zouden zijn, en acht het blijkbaar nodig zich uitdrukkelijk het recht voor te behouden om die verbodsmaatregelen in de toekomst uit te spreken.

In zoverre het de bedoeling van het BIPT zou zijn om later concrete maatregelen te treffen zonder voorafgaand bindend advies van de Raad overeenkomstig artikel 55, § 5, moet de Raad zich hiertegen verzetten.

Bovendien heeft de Raad hoe dan ook volgende bedenkingen bij de stelling van het BIPT, luidens dewelke verbodsmaatregelen op de eindgebruikersmarkten 3 en 5 nu reeds verantwoord kunnen worden.

22. Zoals de Raad er reeds in zijn advies van 25 maart 2006 betreffende de toegangsmarkten op gewezen heeft, moet elke opgelegde verplichting aangepast zijn aan het probleem dat een oplossing behoeft, geen onevenredig zware belasting met zich brengen (het minst bezwarend alternatief moet verkozen worden), en verantwoord zijn in het licht van de na te streven doelstellingen (de bevordering van de mededinging, de ontwikkeling van de interne markt en de bescherming van de eindgebruikers) (zie randnummers 60 e.v. van het advies van 25 maart 2006).

De verplichtingen op de eindgebruikersmarkten lijken op dit ogenblik bezwaarlijk aan deze criteria te kunnen voldoen, al was het maar om de enkele reden dat de wetgever zelf heeft voorgeschreven dat zij subsidiair zijn ten aanzien van de verplichtingen betreffende de groothandelsmarkten, en niet zonder meer aangenomen kan worden dat deze laatste niet doeltreffend zouden zijn.

De enige verantwoording die het BIPT lijkt te (kunnen) geven bestaat erin dat Belgacom zich aan de bedoelde misbruiken schuldig zou kunnen maken, omwille van zijn verticaal geïntegreerde aanwezigheid, met aanmerkelijke marktmacht, op groothandelsmarkten én op eindgebruikersmarkten. Maar dat betekent dat verplichtingen op de eindgebruikersmarkt altijd aan de historische operator opgelegd zouden mogen worden, wat niet aanvaard kan worden.

Op dit punt blijft de vereiste motivering dan ook in gebreke (zie over de vereisten die aan die motivering gesteld worden: randnummers 60 e.v. van het advies van de Raad van 25 maart 2006).

23. Overigens lijkt uit gegevens die in de ontwerpbeslissing van het BIPT vermeld worden te kunnen worden afgeleid dat verplichtingen op groothandelsmarkten wel degelijk hebben bijgedragen tot meer concurrentie op de eindgebruikersmarkten.

Zo blijkt het marktaandeel (in volume, dus beltijd) van Belgacom, spijs soms agressieve tariefaanbiedingen, op vier jaar tijd te zijn teruggevallen:

- in markt 3 (nationale oproepen door particulieren): van 96% in het eerste semester van 2001, over 72% in eerste semester van 2004, tot 67% in het eerste semester van 2005,
- in markt 5 (nationale oproepen door niet-particulieren): van 87% in het eerste semester van 2001, over 64% in het eerste semester van 2004, tot 60% in het eerste semester van 2005.

Wordt deze evolutie geëxtrapoleerd naar het eerste semester van 2008, dan zou het aandeel van Belgacom op markt 3 nog slechts 37%, en op markt 5 36% bedragen.

Volgens het BIPT zou het niet te verwachten zijn dat het aandeel van Belgacom op de eindgebruikersmarkten 3 en 5 binnen afzienbare tijd onder 50% zal dalen, voornamelijk omdat:

- Belgacom de voordelen heeft van verticale integratie, en schaal- en diversificatievoordelen kent, en
- Belgacom een overwegende positie inneemt op de markt voor communicatiediensten met hoog debiet, en dus een belangrijke leverancier van “voice over broadband” (VOB) is (bladzijde 96, derde volledige alinea van de ontwerpbeslissing).

Alleen een zeer optimistische kijk op de groei van VOB en het aandeel van Belgacom daarin lijkt echter de voorspelling van een afremming van de inkrimping van het marktaandeel van Belgacom in markten 3 en 5 te kunnen ondersteunen.

In dit verband meent de Raad nog de vraag te mogen stellen of het BIPT Belgacom's schaal- en diversificatievoordelen niet overschat.

Mogen de verplichtingen op diverse groothandelsmarkten waaraan Belgacom onderworpen is, zoals de verplichting tot het aanbieden van “carrier (pre)selection” (CPS), aan tarieven die kostengeoriënteerd zijn, gepaard gaande met een interne en externe niet-discriminatieverplichting, niet geacht worden het schaalvoordeel (beheersing van het traject van de oproep van toestel tot toestel) te neutraliseren?

Diversificatie-economieën zouden het gevolg kunnen zijn van de aanwezigheid van Belgacom op andere markten van elektronische communicatie, wat niet geldt voor andere operatoren. Belgacom kan de kosten van haar netwerkinfrastructuur omslaan over een reeks diensten. Maar worden ook hier die voordelen niet tenietgedaan door de verplichtingen die reeds op de historische operator wegen?

In ieder geval lijken schaal- en diversificatievoordelen tot dusver de daling van het marktaandeel van Belgacom niet te hebben afgeremd.

5.2. Artikel 64, § 2 Wet Elektronische Communicatie

24. Tot zover het standpunt van de Raad betreffende de toepassing van artikel 64, § 1 Wet Elektronische Communicatie.

Afgezien van de verplichtingen bedoeld in artikel 64, § 1, worden in de ontwerpbeslissing volgende verplichtingen opgelegd:

- transparantie, in de vorm van mededeling en aanmelding van tarieven;
- het voeren van een gescheiden boekhoudingen voor de groothandelsactiviteiten, enerzijds, en de kleinhandelsactiviteiten, anderzijds; en
- prijscontrole en verplichtingen inzake kostentoerekening.

Deze worden in de ontwerpbeslissing in ongeveer gelijklopende bewoordingen geformuleerd als de verplichtingen die kunnen worden opgelegd op groothandelsmarkten (zie randnummers 12, 13 en 14, hierboven), meer bepaald artikelen 59 (transparantie), 60 (gescheiden boekhoudingen) en 62 (prijscontrole en kostentoerekening) Wet Elektronische Communicatie.

Ook de verplichting tot niet-discriminatie wordt vermeld (art. 58 Wet Elektronische Communicatie), maar aangezien deze hier de vorm aanneemt van het verbod ongegronde

voorkeuren voor bepaalde eindgebruikers toe te kennen, is zij opgenomen in artikel 64, § 1, tweede lid, zodat het zo-even besproken regime van die bepaling van toepassing is.

Maar ook voor de verplichting tot mededeling en aanmelding van tarieven en de prijscontrole en kostentoerekeningsverplichtingen moet rekening worden gehouden met specifieke bepalingen inzake eindgebruikertarieven. Zij zijn vervat in artikel 64, § 2 Wet Elektronische Communicatie, dat bepaalt:

“Indien het Instituut krachtens § 1 de eindgebruikertarieven wenst te controleren, kan het de noodzakelijke en geëigende kostentoerekeningssystemen bepalen, die de geïmplementeerde operator toepast.

In geen geval kunnen de bevoegdheden die door het vorige lid aan het Instituut worden toegekend, de verplichting inhouden voor een operator met (aanmerkelijke marktmacht) op een bepaalde markt, om zijn retailtarieven vooraf ter goedkeuring aan het Instituut voor te leggen.

Een erkende bedrijfsrevisor, aangeduid door de operator, ziet, op kosten van de operator, toe op de inachtneming van de kostentoerekeningssystemen. Het Instituut publiceert ieder jaar een verklaring betreffende de inachtneming van deze systemen.”

25. Vooreerst moet de vraag gesteld worden of deze maatregelen, die strekken tot omkadering van eventuele verbodsbepalingen op eindgebruikersmarkten, wel noodzakelijk zijn.

Het voorhanden zijn van verplichtingen op de groothandelsmarkten, met inbegrip van de invoering van WLR, de eigen diagnose door het BIPT betreffende de dynamiek van de markten 3 en 5 (zie randnummer 23), de onzekere ontwikkeling van VOB, zijn evenveel factoren die lijken te wijzen in de richting van een negatief antwoord op die vraag.

In die omstandigheden vraagt de Raad zich af of het niet verkieslijk is de evolutie van de markten te observeren en over enige tijd (bijv. na verloop van een jaar) opnieuw te evalueren (de zogenaamde “wait and see” optie), eerder dan de omkaderingsmaatregelen onmiddellijk in te voeren.

Andermaal zou dus nader verantwoord moeten worden of de verplichtingen – hier dus de omkaderingsverplichtingen – volgens de geëigende criteria aangepast, evenredig en verantwoord zijn (zie hierover randnummers 60 en volgende van het advies van 25 maart 2006).

26. Indien de omkadering toch verantwoord zou kunnen worden, zou de Raad het volgende willen opmerken betreffende de maatregelen zelf.

Volgens de ontwerpbeslissing is Belgacom ertoe gehouden elke nieuw eindgebruikertarief of wijziging ervan 30 dagen op voorhand aan het BIPT te melden. Tarieven die op maat van een klant worden aangeboden moeten op verzoek van het BIPT meegedeeld worden. Bovendien kan het BIPT bij Belgacom elke relevante inlichting ter controle van de tarieven opvragen (blz. 110 van de ontwerpbeslissing).

De bedoeling is het BIPT te laten onderzoeken of de prijs aan de eindgebruiker niet onder één van de verbodsbepalingen vermeld in artikel 64, § 1, tweede lid valt.

27. Een eerste vraag luidt of de verplichting tot voorafgaande mededeling van voorgenomen kleinhandelsprijzen niet in strijd is met het wettelijk verbod om retailtarieven vooraf ter goedkeuring aan het BIPT voor te leggen (art. 64, § 2, tweede lid).

Volgens het BIPT is het antwoord ontkennend, omdat Belgacom het tarief, voorwerp van aanmelding, mag toepassen zonder de expliciete goedkeuringsbeslissing van het BIPT te moeten afwachten (zie blz. 111 onderaan van de ontwerpbeslissing). Na het verstrijken van de termijn, hier bepaald op 30 dagen, mag het tarief immers hoe dan ook toegepast worden.

Deze redenering kan gevolgd worden, op voorwaarde dat het vrijwel uitgesloten zou zijn dat het BIPT het verbod om een bepaald tarief toe te passen kan uitvaardigen binnen de termijn van voorafgaande aanmelding. Anders zou het BIPT een eindgebruikerstarief kunnen verbieden vooraleer het toegepast wordt, wat wel in strijd zou zijn met het wettelijk verbod van voorafgaande goedkeuring.

Die voorwaarde (dat het BIPT binnen de aanmeldingstermijn geen maatregel tot verbod van een bepaald tarief kan nemen) lijkt te zijn vervuld, zeker wanneer de aanmeldingstermijn niet op 30 dagen wordt behouden maar verkort wordt (zie volgend randnummer), ten minste indien met de Raad wordt aangenomen dat het ontwerpverbod voorafgaandelijk aan de Raad ter goedkeuring wordt voorgelegd (zie randnummers 18 t.e.m. 20 hierboven). Krachtens artikel 55, § 5 Wet Elektronische Communicatie heeft de Raad dan immers een termijn van 30 dagen om advies uit te brengen, en hij zal deze naar alle waarschijnlijkheid grotendeels gebruiken.

28. De volgende vraag betreft de verantwoording van de lengte van de termijn. De bevrozing van het geldende tarief gedurende 30 dagen lijkt een buitensporige beperking van de commerciële manoeuvre ruimte van de operator. Bovendien wordt het mededingingsproces erdoor vertraagd, en de concurrentie er dus door gehinderd.

29. Volgens de ontwerpbeslissing zouden de verplichtingen betreffende eindgebruikersmarkten niet alleen voor de klassieke vaste telefonie, maar ook voor de “voice over broadband” dienst (VOB) van de types 1 tot 4 moeten gelden.

Ook hier moet de vraag worden gesteld of dit niet voorbarig is. Vooreerst wordt in de ontwerpbeslissing niet vermeld of Belgacom deze diensten reeds aanbiedt, en, in voorkomende geval, tegen welke voorwaarden. Het succes van deze dienst kan nu nog niet ingeschat worden, en dus evenmin de noodzaak van enige desbetreffende verplichting.

Volgens de Europese Commissie dienen alle producten die tot een relevante markt behoren alvast niet noodzakelijk aan dezelfde verplichtingen onderworpen te zijn.⁷

⁷ Commission Staff Working Document, Annexes accompanying the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Market reviews under the EU Regulatory Framework-Consolidating the internal market for electronic communications, [COM(2006) 28 final], Commission of the European Communities, Brussel, 06/02/2006.

6. Besluit

30. In dit advies over de ontwerpbeslissing van het BIPT inzake de markten voor vaste telefonie heeft de Raad, binnen het hem toegemeten korte tijdsbestek van 30 dagen, gemeend enkele vragen te mogen stellen bij de afbakening van de relevante markten, en, vooral, de nadruk te moeten leggen op de bevoegdheidsverdeling tussen het BIPT en de Raad betreffende verplichtingen op eindgebruikersmarkten.