

Advies van de Raad voor de Mededinging van 26 februari 2007 over de ontwerpbeslissing van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) met betrekking tot de marktafbakening, de analyse of de markt daadwerkelijk concurrentieel is, de aanwijzing van operatoren met aanmerkelijke marktmacht en het opleggen van verplichtingen voor markt 15: toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken

I. Inleiding

1. Op 26 januari 2007 heeft het BIPT de in de titel vermelde ontwerpbeslissing overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging, hierna kortheidshalve “de Raad” genoemd. Zij omvat vi + 90 bladzijden, en bijlagen A tot en met E.

Aan de Raad werden tevens de reacties van de marktspelers op de nationale consultatie over markt 15, die door het BIPT georganiseerd werd, bezorgd.

2. De Raad verleent advies overeenkomstig artikel 55, § 4 en § 5 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, hierna Wet Elektronische Communicatie genoemd (B.S. 20 juni 2005, Ed. 2).

De toepasselijke Europeesrechtelijke, wettelijke en reglementaire bepalingen werden weergegeven in het eerste advies van de Raad aan het BIPT, van 25 maart 2006, dat de toegangsmarkten betrof. Voor het overzicht van die regelgeving wordt hier naar de randnummers 5 tot 13 van dat advies verwezen.

Dit is het zesde advies van de Raad, na dit over de toegangsmarkten (25 maart 2006), de markten voor vaste telefonie (15 juni 2006), de markt voor mobiele gespreksafgifte (15 juni 2006), de markt voor huurlijnen (van 14 november 2006) en de markt voor gespreksafgifte op openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie (tweede advies, van 3 januari 2007, na dit van 15 juni 2006 over vaste telefonie, dat gedeeltelijk op deze markt betrekking had).

3. Op 23 oktober 2006 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, overeenkomstig artikel 55, § 4, eerste zin, Wet Elektronische Communicatie.

4. In zijn eerste advies (25 maart 2006) heeft de Raad tevens de aandacht gevestigd op het specifieke kenmerk van deze adviesverlening, en de wederzijdse onafhankelijkheid van de adviesverlening aan het BIPT en de uitoefening door de Raad van zijn andere wettelijke bevoegdheden (randnummers 14-18). Die overwegingen gelden ook voor de draagwijdte van het voorliggende advies, en worden geacht hier te zijn hernomen (intussen is de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, naar dewelke verwezen werd op 25 maart 2006, per 1 oktober 2006 vervangen door de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006).

Meer bepaald is de Raad in zaken betreffende restrictieve mededingingspraktijken niet gebonden door standpunten die hij ingenomen heeft in zijn adviezen aan het BIPT

overeenkomstig de Wet Elektronische Communicatie, en evenmin door het nalaten in die adviezen een of ander standpunt in te nemen.

Die wederzijdse autonomie tussen adviesverlenende en beslissende functie kan mede worden gehandhaafd dank zij het volgende specifieke kenmerk van de wijze waarop de adviesverlening van de Raad aan het BIPT door de wetgever en door de Raad opgevat wordt.

De Raad geeft advies aan het BIPT, over de ontwerpbeslissing van het BIPT, en hoopt dat haar advies een toegevoegde waarde kan leveren voor de beslissing van het BIPT. De Raad baseert zich uitsluitend op het dossier dat hem door het BIPT voorgelegd wordt, en dat in essentie bestaat uit de reacties van de marktdeelnemers en de ontwerpbeslissing zelf, en op mondelinge toelichting die door medewerkers van het BIPT aan de Raad wordt gegeven. De Raad voert dus geen eigen onderzoek op de markt uit. Hij doet het onderzoek dat door het BIPT is verricht niet over. Hij neemt schriftelijke opmerkingen die hem door marktspelers of andere directe of indirecte betrokkenen rechtstreeks worden bezorgd niet in aanmerking, en hoort niemand.

Een eigen onderzoek door de mededingingsautoriteit zou de scheiding tussen de uitoefening van de adviesverlenende functie en de uitoefening van de jurisdictionele functie inzake restrictieve mededingingspraktijken doen vervagen, en de wederzijdse autonomie in de uitoefening van beide functies bemoeilijken.

II. De ontwerpbeslissing waarop dit advies betrekking heeft

5. In de voor advies voorgelegde ontwerpbeslissing komt het BIPT tot het besluit dat de (groothandels)markt voor toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken daadwerkelijk concurrentieel is, in de zin van artikel 55, § 1 Wet Elektronische Communicatie, zodat geen operatoren met aanmerkelijke marktmacht aangeduid en geen verplichtingen opgelegd worden.

Dit besluit wordt als volgt bereikt.

6. Het BIPT bakent de relevante groothandelsmarkt 15 af via de kleinhandelsmarkt voor toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken.

De kleinhandelsmarkt is de markt waarop eindgebruikers de diensten van toegang en gespreksopbouw afnemen van mobiele operatoren (Mobile Network Operators – MNO's - met eigen netwerk, met name Belgacom Mobile, Mobistar en Base, en Mobile Virtual Network Operators – MVNO's -, die op de groothandelsmarkt de diensten van toegang en gespreksopbouw afnemen van Mobistar en Base, en die op hun beurt die diensten op de kleinhandelsmarkt aanbieden aan eindgebruikers).

In die kleinhandelsmarkt is niet begrepen: toegang en gespreksopbouw op openbare netwerken voor vaste telefonie.

In de kleinhandelsmarkt is wel begrepen:

- alle op dit ogenblik voorhanden zijnde diensten (toegang, vocaal, sms, roaming, datatransmissie,...);
- diensten op een 2G (tweede generatie) netwerk en diensten op een 3G (derde generatie) netwerk;
- residentiële en niet-residentiële klanten;
- prepaid (kaarten) en postpaid (abonnementen).

De kleinhandelsmarkt is nationaal.

7. In de groothandelsmarkt is niet begrepen: toegang en gespreksopbouw op openbare netwerken voor vaste telefonie.

In de groothandelsmarkt is begrepen:

- verschillende vormen van toegang of gespreksopbouw die door andere operatoren van Belgacom Mobile, Mobistar of Base worden of kunnen worden afgenomen, maar niet de toegang via GSM gateway;
- toegang en gespreksopbouw (dus geen gescheiden (sub)markten voor toegang en gespreksopbouw);
- toegang en gespreksopbouw op afzonderlijke mobiele telefoonnetwerken en op het geheel van de mobiele telefoonnetwerken (dus geen afzonderlijke markt per operator, zoals inzake gespreksafgifte (markt 16 en markt 9 voor vaste telefonie));
- toegang en gespreksopbouw op mobiele telefoonnetwerken van de tweede generatie en van de derde generatie.

Deze groothandelsmarkt 15 komt in België tot ontwikkeling dank zij akkoorden tussen operatoren (MVNO's) en Base en/of Mobistar.

Belgacom Mobile zou op zeer korte termijn tot deze markt kunnen toetreden, en dus ook een aanbod aan MVNO's kunnen formuleren.

Behoort eveneens tot de groothandelsmarkt: de diensten van toegang en gespreksopbouw die Belgacom Mobile aan zichzelf verleent op haar eigen mobiel netwerk, doordat zij op de kleinhandelsmarkt diensten van toegang en gespreksopbouw aanbiedt aan eindgebruikers (het zogenaamde "captieve" gedeelte van de productie van een verticaal geïntegreerde onderneming, ook de "autoconsumptie" genaamd, die in dit geval 100% bedraagt, omdat Belgacom Mobile op de groothandelsmarkt geen diensten verleent aan anderen; in het geval van Mobistar en Base is de autoconsumptie dan minder dan 100%).

De groothandelsmarkt is nationaal.

8. Vervolgens komt het BIPT tot het besluit dat noch Belgacom Mobile, Mobistar of Base individueel, noch deze drie operatoren tezamen, op de groothandelsmarkt 15 over een "sterke machtspositie" beschikken, zoals artikel 55, § 3 Wet Elektronische Communicatie het uitdrukt, waarmee is bedoeld dat zij individueel noch collectief aanmerkelijke marktmacht (Substantial Market Power – SMP) hebben.

Belgacom Mobile bezit op de kleinhandelsmarkt een aandeel van meer dan 45% wat het aantal abonnees betreft (in 2005), terwijl dit van Mobistar (34%) en zeker Base (21%) kleiner is. Deze marktaandelen zijn te beschouwen als de aanwijzing van de echte marktmacht (of het ontbreken ervan) op de groothandelsmarkt (door de autoconsumptie in aanmerking te nemen).

Toch heeft Belgacom Mobile alleen geen aanmerkelijke marktmacht op markt 15.

Ten eerste neemt haar marktaandeel van jaar tot jaar af. De nummeroverdraagbaarheid zou daar niet vreemd aan zijn.

Bovendien hebben haar concurrenten:

- hetzelfde mobiele netwerk als zij (dus heeft zij geen voordeel van niet-duplicerbare structuur);
- toegang tot dezelfde activa en technische mogelijkheden;
- eenzelfde toegang tot kapitaal en evenveel financiële middelen; en

- dezelfde verticaal geïntegreerde structuur.

Er is evenmin sprake van collectieve aanmerkelijke marktmacht. Het gaat weliswaar om een tamelijk geconcentreerde markt, met slechts drie operatoren. De markt is vrij transparant zodat de concurrenten elkaar kunnen monitoren, om eenzelfde gedrag aan te nemen of om afwijkend gedrag af te straffen, hetgeen gecoördineerd gedrag eveneens in de hand zou kunnen werken. Maar twee operatoren, Mobistar en Base, geven hoegenaamd geen blijk van gedrag dat MVNO's uit de kleinhandelsmarkt zou willen of kunnen sluiten, nu zij reeds overeenkomsten met MVNO's hebben gesloten. En de beslissing van Base, en vervolgens van Mobistar, om zo'n overeenkomsten te sluiten, heeft niet geleid tot represailles (van Belgacom en Mobistar in het eerste geval, of van Belgacom in het tweede geval).

Ten slotte laat het zich niet voorzien dat tijdens de periode waarop de marktanalyse slaat nieuwe belemmeringen van toegang of groei van de markt opgeworpen zullen worden. In 2001 heeft er zich geen vierde licentiehouders aangeboden, hetgeen erop wijst dat de afwezigheid van andere leveranciers op de groothandelsmarkt dan Belgacom Mobile, Mobistar en Base niet aan een toetredingsbelemmering, maar aan gebrek aan belangstelling te wijten is. Anderzijds groeit de markt, mede dank zij (nieuwe) MVNO's.

Tot zover de verkorte weergave van de ontwerpbeslissing van het BIPT.

III. Het advies van de Raad: opzet

9. De voorliggende ontwerpbeslissing van het BIPT doet bij de Raad tal van vragen rijzen, waarop de Raad zelf geen gereed antwoord heeft, en evenmin een antwoord hoeft te geven (en wellicht zonder eigen onderzoek - zie randnummer 4 hierboven - niet kan geven).

Het komt aan het BIPT toe uit te maken of het antwoord op de vragen die de Raad zal stellen ter zake dienend is voor zijn beslissing over markt 15.

In dat licht moet het hiernavolgende advies worden gelezen.

IV. Algemene beoordeling van de ontwerpbeslissing

10. In het voorstel van de Europese Commissie tot de herziening van de Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 “betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en –diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen”, wordt de vraag gesteld of de markt voor toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefonienetwerken nog wel op de lijst van te reglementeren markten moet voorkomen: “The Commission seeks, in particular, stakeholders’ views on the continued need for inclusion of: Access and call origination on public mobile telephone networks” (Public Consultation on a Draft Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services, Commission Staff Working Document, tweede uitgave, 28 juni 2006, SEC(2006) 837, blz. 43).

In dit document, hierna “voorstel van aanbeveling” genoemd, drukt de Commissie immers de volgende bedenkingen uit:

- Er kunnen nog wel technische toegangsbelemmeringen tot die markt bestaan, maar deze zouden verder kunnen verdwijnen: “This market is still subject to entry barriers. Undertakings without spectrum assignments can only enter this market on the basis of future spectrum allocations and assignment or secondary trading of spectrum. This may not be an absolute entry barrier, however, in case operators voluntarily share spectrum” (voorstel van aanbeveling, blz. 40).
- In het algemeen laat de graad van concurrentie op deze markt die reeds vastgesteld kan worden, veronderstellen dat een ex ante reglementering wellicht moeilijk verantwoord kan worden: “The degree of competition generally observed in this market at the retail level indicates that ex-ante regulatory intervention at a wholesale level may not be warranted in all countries alike. In addition, in most Member States the wholesale mobile access and call origination market is effectively competitive as mobile network operators conclude access agreements on commercial terms” (voorstel van aanbeveling, blz. 40).
- De Commissie verwacht niet dat deze markt bij toekomstige herzieningen van de Aanbeveling nog aangehouden zal worden als één van de te analyseren markten: “On balance, there seem to be arguments both in favour and against maintaining this market in the revised Recommendation. The starting point is that the Commission indicated in the Explanatory Memorandum of its initial Recommendation that it was not anticipated that this market would be included in future revisions of this Recommendation” (voorstel van aanbeveling, blz. 41).

11. De Raad kan zich niet van de indruk ontdoen dat de voorliggende analyse van het BIPT sterk beïnvloed is door dit standpunt van de Europese Commissie. Het BIPT lijkt te zijn uitgegaan van een gunstig vooroordeel ten aanzien van het voldoende concurrentieel zijn van deze markt, en van ontstentenis van reglementering die van die vaststelling het gevolg moet zijn.

Dit blijkt met name uit de eerder intuïtieve benadering (in tegenstelling tot een meer doorgedreven analyse) en de vlotheid (in tegenstelling tot meer nuancering) waarmee in het ontwerpadvies sommige conclusies bereikt worden.

Vandaar de boven aangekondigde behoefte van de Raad om enkele vragen te stellen.

12. Overigens zou het BIPT deze markt voor reglementering ex ante in aanmerking kunnen nemen indien daartoe grond bestaat, al was zij niet door de Commissie aanbevolen.

Dit blijkt uit artikel 15, lid 1 van de Kaderrichtlijn (2002/21/EG, Pb. 24 april 2002, L 108/33), dat bepaalt: “Daarin [in de aanbeveling van de Commissie inzake markten voor relevante producten en diensten] worden overeenkomstig bijlage I de markten voor productie en diensten in de sector elektronische communicatie vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn, *onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd.*” (cursivering door de Raad)

In dezelfde zin wordt in overweging (29) van de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten (2002/C 165/03, Pb. 11 juli 2002, C 165/6) gesteld: “Er wordt van uitgegaan dat op markten die niet in de aanbeveling worden genoemd, ook geen voorafgaande sectorspecifieke regulering gerechtvaardigd is, tenzij de NRI een dergelijke regulering op een aanvullende of andere relevante markt kan motiveren overeenkomstig de procedure van artikel 7 van de Kaderrichtlijn.”

Dit wordt in het voorstel van aanbeveling herhaald: “In any event, if the market were removed from the list, this would not preclude individual NRAs from finding on the basis of national circumstances that the market meets the three criteria test and is susceptible to ex ante regulation. Similarly, if the market is maintained in the list, this does not require NRAs to regulate this market as they may find the market in their country effectively competitive as a number of NRAs have concluded so far” (voorstel van aanbeveling, blz. 41).

V. Wat betreft de marktafbakening

13. Zoals het BIPT uit vorige adviezen bekend is, vraagt de Raad zich af of toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken en toegang en gespreksopbouw op openbare vaste telefoonnetwerken effectief tot verschillende markten behoren (zie bijvoorbeeld randnummers 11 en 12 van het advies van de Raad van 15 juni 2006 over de markten voor vaste telefonie).

Ook het BIPT blijkt een overdreven segmentering van de markten principieel in vraag te stellen, mede gelet op technologische ontwikkelingen (zie blz. 10 van de ontwerpbeslissing).

14. Het opnemen in dezelfde markt van residentiële en niet-residentiële klanten gelet op de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde (blz. 53 en 54 van de ontwerpbeslissing) lijkt niet consistent met het in aanmerking nemen van een markt voor particuliere gebruikers en een markt voor niet-particuliere gebruikers inzake vaste telefonie (zie ook in de openbare versie van 17 januari 2007 van de samenvatting van de reacties van de marktspelers op de nationale consultatie over markt 15, commentaar C16).

De Raad heeft in vorige adviezen de vraag gesteld of gescheiden (sub)markten verantwoord konden worden (zie advies van 15 juni 2006 markten vaste telefonie, randnummer 9, en advies 25 maart 2006 toegangsmarkten, randnummers 45 en 46), doch zonder dat het BIPT zijn beslissing op dit punt gewijzigd heeft, zodat de inconsistentie blijft.

15. In het voorgaande verband kan ook verwezen worden naar de verklaring van het BIPT volgens dewelke het niet uitgesloten zou zijn dat Belgacom Mobile een sterk marktaandeel op het niet-residentieel segment van de mobiele telefonie heeft kunnen verwerven dank zij de sterke positie van Belgacom op de markt voor vaste telefonie (blz. 54 bovenaan van de ontwerpbeslissing). Het verwijst aldus naar het zogenaamde hefboomeffect.

Als dit zo is, dan lijken de markten voor (niet-residentiële) vaste telefonie en deze voor (niet-residentiële) mobiele telefonie aangrenzend, of nauw verwant te zijn.

De Raad zou dan willen verwijzen naar artikel 14, lid 3 van de Kaderrichtlijn (2002/21/EG, Pb. 24 april 2002, L 108/33), dat bepaalt: “Wanneer een onderneming aanmerkelijke marktmacht op een specifieke markt bezit, kan zij ook worden aangemerkt als onderneming met een aanmerkelijke marktmacht op een nauw verwante markt als de koppelingen tussen beide markten van dien aard zijn dat de marktmacht op de ene markt op de andere markt zo kan worden gebruikt dat de marktmacht van de onderneming wordt vergroot.”

In dezelfde zin luidt artikel 55, § 3, tweede lid, van de Wet Elektronische Communicatie: “Als een operator wordt geacht een sterke machtspositie op een relevante markt te hebben, kan hij ook worden geacht een sterke machtspositie op een nauw verwante markt te hebben, als de koppelingen tussen beide markten van dien aard zijn dat de operator, via het hefboomeffect, op de ene markt de marktmacht kan gebruiken die hij op de andere heeft.”

16. Diensten op de kleinhandelsmarkt die verstrekt worden door een mobiel netwerk van de tweede generatie (2G) kunnen weliswaar substitueerbaar zijn door diensten verstrekt door een mobiel netwerk van de derde generatie (3G), zoals het BIPT stelt (op blz. 51 van de ontwerpbeslissing), maar dat lijkt niet te gelden voor het omgekeerde, in zoverre het 3G netwerk nieuwe diensten aanbiedt (zie ook in de openbare versie van 17 januari 2007 van de samenvatting van de reacties van de marktspelers op de nationale consultatie over markt 15, commentaar C13).

Op de groothandelsmarkt zou het 3G netwerk van Belgacom Mobile thans weliswaar nog niet voldoende ontwikkeld zijn om eenzelfde dekking te verlenen als een 2G netwerk (zoals dit van Mobistar of Base), maar dat zou tijdens de periode waarop de analyse betrekking heeft wel het geval kunnen worden (aldus op blz. 66-67 van de ontwerpbeslissing). De concurrenten van Belgacom Mobile vrezen dat zij niet in staat zullen zijn tijdens deze periode het 3G netwerk van Belgacom Mobile te dupliceren zodat een aanbod van 'nationale roaming' aan Belgacom Mobile opgelegd zou moeten worden (zie in de openbare versie van 17 januari 2007 van de samenvatting van de reacties van de marktspelers op de nationale consultatie over markt 15, commentaren C31 en C37).

17. Het BIPT stelt voor verschillende vormen van toegang en gespreksopbouw in de relevante groothandelsmarkt te begrijpen, kennelijk met de bedoeling geen enkele vorm of gradatie van MVNO (operator zonder eigen netwerk) uit te sluiten.

De toegang via GSM gateway is volgens het BIPT echter wel uitgesloten van markt 15, op grond van volgende overwegingen. De operator van een GSM gateway koopt een kleinhandelsdienst bij een mobiele operator om aan derden gespreksafgifte op het mobiel netwerk van die operator te kunnen aanbieden. Aldus, en in tegenstelling tot een MVNO, biedt een GSM gateway operator geen toegang of gespreksopbouw aan eindafnemers aan, maar een substituuat voor de groothandelsdienst van gespreksafgifte. Bijgevolg wordt geen toegevoegde waarde geleverd op de kleinhandelsmarkt. Aangezien een groothandelsmarkt tot doel heeft zo'n toegevoegde waarde of input voor de kleinhandelsmarkt te verstrekken, behoren GSM gateways niet tot de groothandelsmarkt.

Hierbij lijkt de vraag te mogen worden gesteld in welk opzicht de GSM gateway operator verschilt van andere operatoren die het BIPT wel als afnemers op markt 15 beschouwt, zoals de zogenaamde indirecte toegangverschaffers en de zogenaamde "airtime resellers" (die het BIPT identificeert op blz. 61 van de ontwerpbeslissing), waarvan de prestaties eveneens beperkt lijken te zijn tot voortverkoop van bij netwerkoperatoren aangekochte diensten (zogenaamde lichte MVNO's).

Meer fundamenteel is de vraag hoe het BIPT zich voorneemt op GSM gateways te reageren in de toekomst, in de veronderstelling dat hun activiteit niet verdwijnt, niettegenstaande het feit dat zij ingevolge de vermindering van de mobiele gespreksafgiftetarieven niet meer rendabel zou zijn, waar het BIPT lijkt vanuit te gaan.

Zullen mobiele operatoren nog verplicht zijn toegang aan GSM gateways te verschaffen, met andere woorden afgifte te verzorgen van gesprekken die niet via interconnectie maar via GSM gateway op hun netwerk zijn terechtgekomen?

In welk opzicht kan het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen die het Hof van beroep te Brussel bij arrest van 6 april 2006 heeft gesteld het standpunt van het BIPT beïnvloeden?

18. Volgens het BIPT behoren toegang en gespreksopbouw tot dezelfde markt, voornamelijk omdat zij op de Belgische markt tezamen worden aangeboden (zie blz. 49 van de

ontwerpbeslissing voor de kleinhandelsmarkt en blz. 64 van de ontwerpbeslissing voor de groothandelsmarkt).

Dat toegang en gespreksopbouw op de Belgische markt tezamen worden aangeboden vloeit onder meer voort uit het feit dat de “carrier (pre) selection” thans niet beschikbaar is voor de mobiele telefonie (ontwerpbeslissing, blz. 64), in tegenstelling tot de vaste telefonie waar de verplichting om “carrier (pre) selection” toe te staan wel opgelegd wordt (zie in dezelfde zin in de openbare versie van 17 januari 2007 van de samenvatting van de reacties van de marktspelers op de nationale consultatie over markt 15, commentaar C11).

Aangezien de vraag rijst of één of meerdere operatoren op markt 15 niet de verplichting opgelegd moet worden om “carrier (pre) selection” toe te staan, zodat toegang en gespreksopbouw afzonderlijk zouden worden aangeboden, lijkt het motief van het BIPT dan ook niet beslissend.

In zijn advies van 15 juni 2006 over de markten voor vaste telefonie (waar toegang en gespreksopbouw krachtens de beslissing van het BIPT wel tot verschillende relevante markten behoren) heeft de Raad de aandacht van het BIPT gevraagd voor de omstandigheid dat in de toekomst de eindgebruiker meer en meer gezamenlijke toegang en gespreksopbouw zou verkiezen. Die bedenking van de Raad was echter mede ingegeven door het bestaan van “Wholesale Line Rental”, die niet wordt opgelegd inzake mobiele telefonie.

19. Het IBPT neemt de autoconsumptie in aanmerking bij de omschrijving van markt 15. Hoewel Belgacom Mobile geen toegang en gespreksopbouw aanbiedt aan andere operatoren, voor voortverkoop op de kleinhandelsmarkt, wordt zij wel geacht tot de aanbodzijde van markt 15 te behoren, tezamen met Mobistar en Base, die wel toegang en gespreksopbouw verlenen aan andere operatoren. Bovendien worden de marktaandelen van respectievelijk Belgacom Mobile, Mobistar en Base in markt 15 geacht overeen te stemmen met de marktaandelen van deze zelfde spelers op de kleinhandelsmarkt voor toegang en gespreksopbouw.

Zoals het BIPT weet, is de Raad voorstander van het in aanmerking nemen van de autoconsumptie. Met name in zijn advies van 25 maart 2006 betreffende de toegangsmarkten voor vaste telefonie, heeft de Raad het BIPT verzocht de autoconsumptie in aanmerking te nemen voor de afbakening van markten 11 en 12, en heeft hij toen gewezen op het gebrek aan coherentie met de analyse van markt 15 (zoals die toen reeds bekend was uit een preconsultatiedocument van het BIPT), waarbij de autoconsumptie wel in aanmerking genomen zou worden (zie randnummer 33 van het advies van de Raad van 25 maart 2006).

De ontwerpbeslissing verantwoordt het in aanmerking nemen van de autoconsumptie in het geval van markt 15 door middel van de SSNIP toets, namelijk met het argument dat Belgacom Mobile op heel korte termijn op de groothandelsmarkt zou kunnen toetreden bij een geringe maar significante en duurzame verhoging van de tarieven van Base en Mobistar voor hun diensten van toegang en gespreksopbouw (zie ontwerpbeslissing blz. 58).

Dit argument lijkt nochtans niet geheel overtuigend te zijn. Een stijging van de prijzen op de groothandelsmarkt vergroot de winst voor de MNO die de diensten van toegang en gespreksopbouw verleent, maar heeft tevens een negatieve invloed op de MVNO's die op de kleinhandelsmarkt met de MNO's moeten concurreren. Zoals de Franse Conseil de la concurrence het in zijn advies heeft gesteld, heeft een MNO er belang bij op de groothandelsmarkt toe te treden wanneer de concurrentiële positie van de MVNO's dermate sterk is dat de groei van deze MVNO's aanzienlijke effecten heeft op de marktaandelen van de MNO op de kleinhandelsmarkt: “En effet, face à des MVNO développés, il devient plus intéressant pour chaque opérateur d'héberger les MVNO susceptibles d'entrer en concurrence

frontale avec lui que de les laisser conclure avec les autres : en accueillant un MVNO, l'opérateur de réseau récupère au moins les revenus issus des services de gros" (advies nr. 05-A-09 van 4 april 2005 over de ontwerpbeslissing van ARCEP omtrent markt 15, randnummer 60).

De toetreding van Belgacom Mobile tot de groothandelsmarkt lijkt dus niet afhankelijk te zijn van een prijsstijging op die markt, maar kan door andere factoren worden veroorzaakt.

VI. Wat betreft de verhouding tussen kleinhandelsmarkt en groothandelsmarkt

20. Volgens de ontwerpbeslissing blijkt het BIPT als volgt te redeneren. Als de autoconsumptie in aanmerking wordt genomen, komen de marktaandelen van de MNO's op de groothandelsmarkt overeen met hun marktaandelen op de kleinhandelsmarkt. Aldus beschouwt het BIPT de structuur van de kleinhandelsmarkt als een belangrijke factor voor het beantwoorden van de vraag of de operatoren op de groothandelsmarkt aanmerkelijke marktmacht bezitten of niet (zie blz. 77 van de ontwerpbeslissing).

Omgekeerd zou de beslissing van het BIPT, dat er geen operatoren met aanmerkelijke marktmacht aanwezig zijn op de groothandelsmarkt, dan de indruk kunnen geven dat geen van deze operatoren een machtspositie heeft op de kleinhandelsmarkt.

De Raad is echter van oordeel dat deze zienswijze, of ten minste de indruk die zij teweeg zou kunnen brengen, ernstig genuanceerd moet worden.

21. Overweging (7) van de Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 schrijft inderdaad voor dat "het startpunt" de afbakening van de kleinhandelsmarkten is, en dat vervolgens tot aanwijzing van de relevante groothandelsmarkten overgegaan kan worden (zie blz. 44 van de ontwerpbeslissing).

Daaruit vloeit echter niet voort dat de structuur van de kleinhandelsmarkt zonder meer overgeplaatst kan worden op de groothandelsmarkt, en dat de operatoren zich op beide markten identiek kunnen of zullen gedragen.

Zo zijn er meer spelers op de kleinhandelsmarkt dan op de groothandelsmarkt, indien op eerstvermelde markt ook MVNO's van allerlei soort actief zijn. Het is dan ook theoretisch denkbaar dat de kleinhandelsmarkt daadwerkelijk concurrentieel zou zijn of worden, terwijl op de groothandelsmarkt toch één of meerdere spelers aanmerkelijke marktmacht zouden bezitten.

Het omgekeerde is eveneens denkbaar, namelijk aanmerkelijke marktmacht op de kleinhandelsmarkt, terwijl de groothandelsmarkt met drie operatoren, waarvan er ten minste twee toegang tot MVNO's verlenen, concurrentieel is.

Bijgevolg kan de vaststelling gewettigd zijn dat Belgacom Mobile geen aanmerkelijke marktmacht heeft op groothandelsmarkt 15, zonder dat dit noodzakelijk insluit dat zij geen machtspositie zou hebben op de kleinhandelsmarkt voor toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken.

22. Het zou zeker niet gerechtvaardigd zijn om uit de vaststelling dat Belgacom Mobile geen aanmerkelijke marktmacht heeft op markt 15, enig besluit te trekken betreffende de vraag of Belgacom Mobile al dan niet een machtspositie inneemt op de kleinhandelsmarkt, in de zin van artikel 82 EG en artikel 3 WBEM, en zeker niet betreffende de vraag of haar misbruik van machtspositie in de zin van die bepalingen verweten kan worden.

Niet alleen is het oogmerk van een nationale regelgevende instantie (NRI) inzake elektronische communicatie verschillend van dit van de mededingingsautoriteiten (zie in dezelfde zin: overwegingen (25) tot (28) van de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten – 2002/C 165/03, Pb. 11 juli 2002, 165/6). Bovendien doet de NRI geen uitspraak over misbruik (zie in dezelfde zin overwegingen (30) en (31) van dezelfde Richtsnoeren).

VII. Wat betreft de vraag of er operatoren met aanmerkelijke marktmacht zijn

23. Afgezien van de vraag of de positie van de operatoren op de kleinhandelsmarkt wel determinerend kan zijn voor hun positie op de groothandelsmarkt (zie hierboven onder VI), moet de methode voor het bepalen van marktaandelen als sterke indicator van machtspositie in vraag worden gesteld.

Voor het bepalen van de marktaandelen van Belgacom Mobile, Mobistar en Base op de kleinhandelsmarkt, gaat het BIPT uit van het aantal klanten (in volume). De vraag rijst of de marktaandelen ook niet in aantal beleenheden (bijv. minuten) of in waarde bepaald moeten worden.

De forse advertentieuitgaven van de marktspelers op de kleinhandelsmarkt lijken immers tot doel te hebben om het omzetcijfer per klant (de zogenaamde Average Revenue Per User - ARPU) te maximaliseren, eerder dan het aantal klanten uit te breiden. De groei van het omzetcijfer per klant wordt bekomen door een intensiever gebruik (meer beleenheden) of door de verkoop van andere diensten naast de vocale dienst (zie in die zin het advies nr. 05-A-09 van de Franse Conseil de la concurrence van 4 april 2005 over de ontwerpbeslissing van ARCEP omtrent markt 15, randnummer 25).

Indien de methode van berekening van de marktaandelen in beleenheden of in waarde tot andere resultaten zou leiden dan deze van de berekening op basis van het aantal klanten, moet de vraag worden gesteld welke methode verkieslijk is.

Bovendien betreffen de meest recente gegevens die de ontwerpbeslissing bevat de marktaandelen eind 2005, veertien maanden geleden, zodat zij aan actualisering toe zijn.

24. Collectieve machtspositie of het risico van gecoördineerd gedrag tussen operatoren vertaalt zich hier naar de kans dat Belgacom Mobile, Mobistar en Base geen toegang en gespreksopbouw meer zouden verlenen aan MVNO's.

Het BIPT verwerpt die mogelijkheid, op grond van de enkele overweging dat eerst Base en daarna ook Mobistar toegang en gespreksopbouw hebben aangeboden aan MVNO's, zonder represaillemaatregelen van Belgacom en Mobistar in het eerste geval, en van Belgacom Mobile in het laatste geval.

Uitgangspunt van deze analyse zou echter ook kunnen zijn dat Belgacom Mobile er tot dusver geen voordeel in ziet om zelf een aanbod te doen op groothandelsmarkt 15, en er evenmin nadeel van ondervindt dat Mobistar en Base dit wel doen. Eens Mobistar, Base, en/of MVNO's erin slagen een groter marktaandeel te verwerven op de kleinhandelsmarkt, zou de strategie van Belgacom Mobile op dat vlak kunnen wijzigen (zie supra randnummer 19). Eerder dan de concurrentie met de MVNO's aan te gaan, zou gecoördineerd gedrag tussen de drie operatoren in hun wederzijds belang kunnen zijn, zeker wanneer de netwerken van Mobistar en Base een grotere bezettingsgraad zullen kennen dank zij eigen klanten.

Bovendien is het reeds thans de vraag of met name Belgacom Mobile zich wel degelijk onthoudt van represailles op de kleinhandelsmarkt, zoals het BIPT zonder meer lijkt aan te nemen. Agressieve aanbiedingen zouden een andere indruk kunnen geven (zie in de openbare versie van 17 januari 2007 van de samenvatting van de reacties van de markspelers op de nationale consultatie over markt 15, commentaar C32).

25. In zijn prospectieve analyse stelt het BIPT vast dat er in 2001 geen belangstelling bestond voor een vierde mobiele licentie in België. Daaruit volgt echter nog niet dat toetreding mogelijk was geweest indien er wel belangstelling was geweest. Het gebrek aan belangstelling kan ook een teken zijn dat er wel degelijk toetredingsbelemmeringen bestaan. Het BIPT lijkt in dit verband zelf te verwijzen naar de onbeschikbaarheid van radio-elektrisch spectrum.