



Advies van de Raad voor de Mededinging van 13 oktober 2008 met betrekking tot het ontwerpbesluit van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie dat het analysebesluit betreffende markt 13 (Aanbeveling 2003) vervolledigt ten aanzien van de kpi's (key performance indicators).

I. Situering

1. Bij brief van 12 september 2008, die dezelfde dag is toegekomen op de griffie van de Raad voor de Mededinging, heeft het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) het voormelde ontwerpbesluit aan de Raad voor de Mededinging voorgelegd voor advies, overeenkomstig artikel 55, § 4 en § 5, van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

2. Op 22 november 2007 heeft de Raad voor de Mededinging advies verleend over het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT dat de analysebesluiten betreffende markten 1, 2, 8, 9 en 10 (Aanbeveling 2003) vervolledigt ten aanzien van de kpi's (key performance indicators).

Het voorliggende advies van de Raad voor de Mededinging betreft een ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT dat aansluit bij het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT waarover de Raad op 22 november 2007 advies heeft verleend.

In het advies van 22 november 2007 heeft de Raad voor de Mededinging de context van het ontwerpbesluit waarover advies werd gevraagd, en van de adviesaanvraag, beschreven. Naar die beschrijving, die ook voor het voorliggende advies pertinent is, wordt hier verwezen. Bovendien wordt de bedoelde context volledigheds- en duidelijkheidshalve nogmaals beknopt weergegeven in de volgende randnummers.

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

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

4. In diverse besluiten op het gebied van marktanalyse, aanwijzing van een operator met aanmerkelijk marktmacht, en opleggen van verplichtingen aan die operator

(onder Aanbeveling 2003), heeft het BIPT de verplichting tot bekendmaking van kpi opgenomen, in volgende bewoordingen:

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

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

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

- betreffende markten 1 (toegang tot het telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers) en 2 (toegang tot het telefoonnet op vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers), voor Carrier Pre Selection (CPS) en Wholesale Line Rental (WLR), en
- betreffende markten 11 (ontbundelde toegang op wholesale niveau tot metalen (sub)netten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten), en 12 (wholesale breedbandtoegang),
- in het besluit van 11 augustus 2006 (cluster “Vaste Telefonie”), betreffende markten 8 (gespreksopbouw vaste telefonie), 9 (gespreksafgifte vaste telefonie) en 10 (gespreksdoorgifte vaste telefonie), en
- in het besluit van 17 januari 2007 (“Huurlijnen”), betreffende markt 13 (afgevend segmenten huurlijnen).

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

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

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

Het Hof heeft dat besluit vernietigd, onder meer in zoverre het de bekendmaking van indicatoren over de kwaliteit van de dienst oplegt (“annule la décision attaquée en ce

qu'elle (...) impose la publication d'indicateurs sur la qualité des services (cf. page 123)").

Die vernietiging geldt voor de passage die hierboven in randnummer 4 is aangehaald, waar deze voorkomt in het besluit van 19 juni 2006. De vernietigde verplichting gold voor de wholesale diensten die Belgacom krachtens die beslissing verplicht is te verstrekken met betrekking tot markten 1 en 2, namelijk Carrier Pre Selection (CPS) en Wholesale Line Rental (WLR).

7. Het ontwerpbesluit dat voorwerp was van het advies van de Raad voor de Mededinging van 22 november 2007, strekte ertoe een nieuwe beslissing te nemen waarbij Belgacom de verplichting wordt opgelegd om kpi bekend te maken, ten minste gedeeltelijk.

De nieuwe beslissing was slechts gedeeltelijk, omdat de verplichting tot bekendmaking zoals opgenomen in het ontwerpbesluit alleen gold voor de dienst van Carrier Pre Selection (CPS), en dus niet voor deze van de Wholesale Line Rental (WLR).

8. Het ontwerpbesluit dat voorwerp was van het advies van de Raad voor de Mededinging van 22 november 2007 had een tweede bedoeling, naast het treffen van een beslissing na de vernietiging van de eerdere beslissing door het Hof van beroep te Brussel.

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

Het ontwerpbesluit dat voorwerp was van het advies van de Raad voor de Mededinging van 22 november 2007 strekte ertoe die principiële beslissing, in zoverre zij voorkomt in het besluit van 11 augustus 2006 over markten 8, 9 en 10 (de bewoordingen zijn aangehaald in randnummer 4 hierboven), aan te vullen.

Het voorliggende ontwerpbesluit betreft dan op zijn beurt de verplichting tot bekendmaking van kpi voor markt 13. (De voorbereiding van het voorliggende ontwerpbesluit was aangekondigd in voetnoot 7 en randnummer 6, tweede alinea, van het ontwerpbesluit dat voorwerp was van het advies van de Raad voor de Mededinging van 22 november 2007).

II. Ontwerpbesluit dat voor advies wordt voorgelegd

9. De Raad van het BIPT beslist dat Belgacom bepaalde kpi, die vermeld worden in bijlagen 1 en 2 bij het ontwerpbesluit, moet bekendmaken.

Aan die bekendmaking worden volgende voorwaarden gesteld.

De kpi moeten trimestrieel bekendgemaakt worden op de website van Belgacom. De eerste bekendmaking mag zes maanden na de publicatie van het voorliggende besluit van de Raad gebeuren.

De kpi moeten gemakkelijk toegankelijk zijn voor de operatoren en voor het publiek.

III. Advies van de Raad voor de Mededinging

10. In zijn advies van 22 november 2007 met betrekking tot het ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT dat de analysebesluiten betreffende de markten 1, 2, 8, 9 en 10 vervolledigt ten aanzien van de kpi's, luidde de conclusie van de Raad voor de Mededinging dat de verplichting tot bekendmaking van kpi's zoals het ontwerpbesluit deze aan Belgacom opgelegd wilde zien, door de verplichtingen tot transparantie en niet-discriminatie verantwoord leek te kunnen worden.

De Raad voor de Mededinging heeft in dat advies wel de aandacht van de Raad van het BIPT gevraagd voor de motivering van deze verantwoording.

De Raad heeft zelf suggesties gedaan van een mogelijke verantwoording van bepaalde modaliteiten van de verplichting tot bekendmaking. Hij heeft zich daarbij laten inspireren door motieven die in beslissingen van buitenlandse regelgevende instanties gevonden konden worden.

De Raad heeft er wel de nadruk op gelegd dat de motivering van het besluit van de Raad van het BIPT zich deze mogelijke motieven eigen moest maken, door de redenen te vermelden die daadwerkelijk voorhanden waren om de noodzaak en de proportionaliteit van de voorgenomen modaliteiten van de verplichting tot bekendmaking te verantwoorden.

11. De conclusie van het advies van 22 november 2007 kan hernomen worden met betrekking tot het voorliggende ontwerpbesluit.

In het voorliggende ontwerpbesluit worden weliswaar enkele van de motieven aangehaald die buitenlandse regulatoren vermelden om bepaalde aspecten van de verplichting tot bekendmaking te verantwoorden (motieven die ook de Raad voor de Mededinging in zijn advies van 22 november 2007 had geciteerd). De noodzaak van concrete verantwoording blijft echter onverlet.

12. Volgende voorbeelden kunnen dit illustreren.

13. De vraag kan worden gesteld of de bekendmaking, op het openbare, niet-beveiligde gedeelte van de website van Belgacom, van statistisch minder relevante gegevens, wel noodzakelijk en proportioneel is (zie over het principe van de (niet-) bekendmaking van statistisch minder relevante gegevens: OFCOM, "Review of the Wholesale Broadband Access", 18 maart 2005 in: www.ofcom.org.uk/consult/condocs/wbamp/wholesalebroadbandreview/chapter4/).

Voor zover de Raad voor de Mededinging bekend is, lijken in België de huurlijnen met een capaciteit van minder dan 2 Mbps slechts relatief weinig afnemers te kennen. De vraag is dan of de kpi betreffende deze huurlijnen bekendgemaakt moeten worden, of op dezelfde wijze bekendgemaakt moeten worden als statistisch meer relevante gegevens.

14. Het is de Raad voor de Mededinging opgevallen dat in het ontwerpbesluit een verzoek van het Platform Telecom Operators & Service Providers vzw om bepaalde aanvullende performantie-indicatoren te doen bekendmaken wordt ingewilligd, met loutere vermelding dat dit verzoek redelijk is.

Dit is bijvoorbeeld het geval voor de bekendmaking van een “a% of average delay” betreffende de “provisioning kpi’s – installation delay”, voor lijnen tot 34 Mbps.

Anderzijds wordt het verzoek van het Platform dan weer niet ingewilligd, eveneens zonder vermelding van motieven. Zo had het Platform hetzelfde verzoek gedaan voor lijnen vanaf 140 Mbps, alsmede voor Ethernetlijnen, maar het ontwerpbesluit laat dit verzoek onbesproken.

Volledigheidshalve kan worden aangestipt dat in het ontwerpbesluit evenmin wordt ingegaan op de bemerking van het Platform om de tekst van de bijlage in overeenstemming te brengen met de tekst op bladzijde 9 van het voorliggende ontwerpbesluit, die betrekking heeft op de subcategorieën van afgevend segmenten van huurlijnen waarvoor kpi bekendgemaakt moeten worden.