

1



Uitgifte

Repertoriumnummer 2017 / 2353
Datum van uitspraak 15 maart 2017
Rolnummer 2016/AR/1725 gevoegd met 2016/AR/1769

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Niet aan te bieden aan de ontvanger

*vermeeting besluit
Roud BIPT*

Hof van beroep

Brussel

Sectie Marktenhof

19^{de} kamer A

Kamer voor marktzaken

Arrest

Aangeboden op 21 MARS 2017
Niet te registreren <i>DHOOGHE</i>

792 + DDS

copy : Min. Telecom
Institut BIPT

COVER 01-00000812560-0001-0023-01-01-1



2016/AR/1725

3STARSNET N.V., met maatschappelijke zetel te 1200 BRUSSEL, Guledelle 92, ingeschreven met KBO-nummer 0400.985.457,

appellante,

vertegenwoordigd door Mr. LIEVENS Arent, advocaat te 8400 OOSTENDE, Nieuwpoortsesteenweg 50
vertegenwoordigd door Mr. LOVENIERS Marc, advocaat te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 132

tegen het Besluit van het BIPT van 25 augustus 2016

tegen

Het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE (BIPT), openbare instelling met rechtspersoonlijkheid, met zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building gebouw C,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. WOUTERS Tine loco Mr. DEPRE Sebastien, advocaat te 1050 BRUSSEL, Eugène Flageyplein 7
vertegenwoordigd door Mr. VERNET Philippe, advocaat te 1050 BRUSSEL, Eugène Flageyplein 7

mede in zake

1. **PROXIMUS N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-Laan 27, ingeschreven met KBO-nummer 0202.239.951,

vrijwillig tussenkomende partij,

vertegenwoordigd door Mr. VAN LIEDEKERKE Dirk, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26

2. **ORANGE N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1040 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven met KBO-nummer 0456.810.810,

vrijwillig tussenkomende partij,

vertegenwoordigd door Mr. VALLERY Anne en Mr. BATENS Freya, advocaten te 1050 BRUSSEL, Marsveldplein 5 (Wilmer Cutler Pickering Hale & Dor)



2016/AR/1769

PROXIMUS N.V., met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-Laan 27, ingeschreven met KBO-nummer 0202.239.951,

appellante,

vertegenwoordigd door Mr. VAN LIEDEKERKE Dirk, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 326 b26

tegen het Besluit van het BIPT van 25 augustus 2016

tegen

Het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE (BIPT), openbare instelling met rechtspersoonlijkheid, met zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building gebouw C,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. WOUTERS Tine loco Mr. DEPPE Sebastien, advocaat te 1050 BRUSSEL, Eugène Flageyplein 7

vertegenwoordigd door Mr. VERNET Philippe, advocaat te 1050 BRUSSEL, Eugène Flageyplein 7

mede in zake

ORANGE N.V., met maatschappelijke zetel te 1040 BRUSSEL, Bourgetlaan 3, ingeschreven met KBO-nummer 0456.810.810,

vrijwillig tussenkomende partij,

vertegenwoordigd door Mr. VALLERY Anne en Mr. BATENS Freya, advocaten te 1050 BRUSSEL, Marsveldplein 5 (Wilmer Cutler Pickering Hale & Dor)

...



Na in beraadneming op 1 maart 2017 spreekt het Marktenhof volgend arrest uit:

Gelet op:

- het verzoekschrift tot schorsing en vernietiging, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 17 oktober 2016, namens 3STARSNET (gekend onder het rolnummer 2016/AR/1725);
- het verzoekschrift tot tussenkost, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 26 oktober 2016, namens PROXIMUS;
- het verzoekschrift tot vernietiging, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 26 oktober 2016, namens PROXIMUS (gekend onder het rolnummer 2016/AR/1769);
- het verzoekschrift tot tussenkost in de zaak gekend onder het rolnummer 2016/AR/1725, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 2 november 2016, namens ORANGE;
- het verzoekschrift tot tussenkost in de zaak gekend onder het rolnummer 2016/AR/1769, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 16 november 2016, namens ORANGE;
- het tussenarrest van de 18N kamer van het hof van beroep te Brussel d.d. 30 november 2016;
- de conclusie van 3STARSNET, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 11 januari 2017;
- de syntheseconclusie van het BIPT, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 3 februari 2017;
- de eerste syntheseconclusie van PROXIMUS, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 20 januari 2017;
- de syntheseconclusie van ORANGE, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 20 januari 2017;
- de stukkenbundel van 3STARSNET, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 27 februari 2017;
- het administratief dossier en de stukkenbundel van het BIPT, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 3 februari 2017;



- de stukkenbundel van PROXIMUS, neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 20 januari 2017;
- de bundel met rechtspraak en rechtsleer van ORANGE, neergelegd ter zitting van 1 maart 2017.

Gehoord de advocaten van partijen in hun pleidooien ter openbare terechtzitting van 1 maart 2017.

I. ONTVANKELIJKHEID VAN DE BEROEPEN EN DE VRIJWILLIGE TUSSENKOMSTEN

1. Bij tussenarrest van de 18N kamer van het hof van beroep te Brussel d.d. 30 november 2016 werden de beroepen en de vrijwillige tussenkomsten – zowel in de zaak gekend onder het rolnummer 2016/AR/1725 als in de zaak gekend onder het rolnummer 2016/AR/1769 – ontvankelijk verklaard.

II. VOORWERP VAN DE VORDERINGEN

2. 3STARSNET verzoekt het volgende:

in hoofdorde en ten gronde:

- vast te stellen dat het bestreden Besluit d.d. 25 augustus 2016 op de door onderhavig beroep geveiseerde punten door onwettigheid is aangetast, en bijgevolg;
- het bestreden Besluit d.d. 25 augustus 2016 in zijn geheel te vernietigen;

1. in hoofdorde:

het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 te vernietigen en aan het BIPT op te leggen om een volledige marktanalyse uit te voeren (de cyclus respecterend die wettelijk is bepaald in artikel 55, § 1 WEC), waarin het BIPT aan PROXIMUS (en desgevallend andere/alle operatoren) oplegt om effectief IP-interconnectie voor de transmissie van spraak aan te bieden, en de inwerkingtreding van een nieuw maximumtarief wordt onderhevig aan de effectieve volledige migratie van de spraak-interconnectie-trafiek.

2. in ondergeschikte orde:

het bestreden Besluit van 25 augustus 2016 te vernietigen en aan het BIPT op te leggen om een volledige marktanalyse uit te voeren (de cyclus respecterend die wettelijk is bepaald in artikel 55, § 1 WEC), waarin het BIPT aan PROXIMUS (en desgevallend andere/alle operatoren) oplegt om effectief IP-interconnectie voor de transmissie van spraak aan te bieden, en een gestage verlaging van het maximum interconnectietarief wordt gefaseerd in de tijd, coherent met het percentage van spraak-interconnectie-trafiek dat migreert.

in ondergeschikte orde en alvorens recht te doen:

PAGE 01-00000812560-0005-0023-01-01-4



- de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie:

“Dient Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten (Kaderrichtlijn) in die zin uitgelegd te worden dat zij zich er tegen verzet dat op grond van de nationaal geldende regels inzake de schending van substantiële vormvoorschriften een tarifaire maatregel van een NRI wordt vernietigd die genomen is op basis van een marktanalyse na het verstrijken van de termijn van 3 jaar zoals neergelegd in artikel 16.6, a) Kaderrichtlijn, zonder dat enige nieuwe marktanalyse werd aangevat en zonder dat bijgevolg enige nieuwe marktanalyse, zelfs in ontwerpvorm, bij de Europese Commissie werd aangemeld, en waarvoor geen enkele verlenging is bekomen op basis van diezelfde bepaling of op basis van artikel 16.7 Kaderrichtlijn?”

- in dit geval:

1. het verzoek ten gronde van 3STARSNET op te schorten tot aan het prejudicieel arrest van het Europees Hof van Justitie;
2. de stand-by situatie van partijen regelen, overeenkomstig art. 19, tweede lid Ger. W. en de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016 en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;
3. in voorkomend geval, overeenkomstig art. 2, § 4 van de Wet van 17 januari 2003 de algehele opschorting van het Besluit van 25 augustus 2016 en wel tot en met er ten gronde geoordeeld is over huidige vordering;

in ieder geval:

- 3STARSNET akte te verlenen van het recht haar vorderingen tot opschorting en tot vernietiging te wijzigen, overeenkomstig de artikelen 807 en volgende Ger. W.;

- het BIPT te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van € 1.440,00.

3. Betreffende haar eigen beroep vraagt PROXIMUS haar vorderingen ontvankelijk en gegrond te verklaren en bijgevolg:

- de bestreden Beslissing in haar geheel te vernietigen en minstens, ondergeschikt, op de punten waarop de voormelde onwettigheden geïndiceerd door de middelen van PROXIMUS zullen vastgesteld worden;

- het BIPT te veroordelen tot de kosten, inclusief de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van PROXIMUS.

4. Betreffende het beroep ingesteld door 3STARSNET vraagt PROXIMUS haar vrijwillige tussenkomst gegrond te verklaren en bijgevolg:



- in geval van relevantie van het schorsingsverzoek: minstens te oordelen dat 3STARSNET ernstige middelen aanvoert die tot de vernietiging van de bestreden Beslissing kunnen leiden;
- in geval van schorsing van de bestreden Beslissing, deze schorsing – zoals verzocht door 3STARSNET – uit te spreken met betrekking tot het geheel van de Beslissing;
- in ieder geval: de bestreden Beslissing te vernietigen;
- kosten als naar recht.

5. Het BIPT vraagt de vorderingen tot schorsing en vernietiging van 3STARSNET en PROXIMUS te verwerpen.

In ondergeschikte orde verzoekt het BIPT het hof de verdere behandeling van de zaak te schorsen en de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

“Dient Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten (Kaderrichtlijn) in die zin uitgelegd te worden dat zij een NRI toelaat om na het verstrijken van de termijn van 3 jaar na het uitvoeren van een marktanalyse zoals neergelegd in artikel 16(6)a Kaderrichtlijn, nog steeds regelgevende verplichtingen in de zin van artikel 16(2)2 Kaderrichtlijn kan opleggen aan een onderneming die in de marktanalysebeslissing aangemerkt werd als hebbende een aanmerkelijke marktmacht, weze het dat deze regelgevende verplichtingen slechts een aanpassing, vervanging, actualisering of verduidelijking inhouden van eerder aan de onderneming opgelegde verplichtingen uit de marktanalyse?”

In meer ondergeschikte orde verzoekt het BIPT dat het hof de vernietiging van de bestreden Beslissing met betrekking tot de vraag van afwezigheid van geografische differentiatie, beperkt tot het EAA-tarief.

Het BIPT vraagt 3STARSNET en PROXIMUS te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van € 1.440,00.

6. ORANGE vraagt haar verzoek tot vrijwillige tussenkomst ontvankelijk en gegrond te verklaren.

In hoofdorde vraagt zij de vorderingen ten gronde van 3STARSNET en PROXIMUS in hun geheel af te wijzen.

In ondergeschikte orde vraagt zij de vernietiging van het bestreden Besluit tot 3STARSNET te beperken en in dit geval, de gevolgen van het bestreden Besluit tijdelijk te laten voortbestaan tot het BIPT een nieuw besluit heeft aangenomen.

In verdere ondergeschikte orde vraagt zij, indien het bestreden Besluit ook voor PROXIMUS vernietigd wordt, het Besluit ook ten aanzien van ORANGE te vernietigen en in dit geval, de gevolgen van het bestreden Besluit tijdelijk te laten voortbestaan tot het BIPT een nieuw besluit heeft aangenomen.



In uiterst ondergeschikte orde, in het geval van een prejudiciële vraag, vraagt ORANGE minstens het verzoek tot opschorting van het bestreden Besluit als ongegrond af te wijzen, ondergeschikt de opschorting te beperken ten aanzien van 3STARSNET en meer ondergeschikt, indien het hof zou beslissen om het bestreden Besluit op te schorten voor 3STARSNET en PROXIMUS, om deze opschorting ook uit te breiden tot het besluit ten aanzien van ORANGE.

In ieder geval vraagt ORANGE om 3STARSNET en PROXIMUS te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van € 1.440,00.

III. BESTREDEN BESLISSING

7. De bestreden beslissing betreft het Besluit van de Raad van het BIPT van 25 augustus 2016 betreffende de *wholesaletarieven* voor gespreksafgiftediensten op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie.

Het BIPT heeft dit Besluit aangenomen om de afgiftetarieven op de vaste netwerken te verlagen. Op basis van de resultaten van een nieuw kostenmodel legt het BIPT aan de operatoren van vaste telefonie een afgiftetarief op van 0,092 eurocent/min. vanaf 1 november 2016.

Het Besluit luidt als volgt:

“173. Na overleg, besluit het BIPT dat:

173.1. de vaste afgiftetarieven opgelegd aan de operatoren met een sterke machtspositie op deze markt, dienen conform te zijn de principes uiteengezet in deel 5.4 van dit besluit;

173.2. deze tarieven voor vaste gespreksafgifte (prijs per belminuut) zijn de volgende:

Interconnectieniveau Gespreksafgiftetarief (€/minuut)

Lokaal 0,092

Intra Access Area 0,092

Extra Access Area 0,092

173.3. de tarieven vastgelegd in dit besluit vervangen de tarieven die werden opgelegd door het Besluit van de Raad van het BIPT van 2 maart 2012 met betrekking tot de marktanalyse van de markt voor gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie, § 360.

174. Ter herinnering, de websites, en desgevallend de referentieaanbiedingen, van de operatoren met een sterke machtspositie aangewezen door het besluit van 2 maart 2012 moeten worden aangepast rekening houdend met de tarieven vastgelegd in dit besluit, conform §§ 458.1 en 441 van het besluit van 2 maart 2012.”

IV. ALGEMEEN KADER EN RELEVANTE FEITEN

PAGE 01-00000812560-0008-0023-01-01-4



IV.1. De Europese Aanbeveling 2009/396/EG van 7 mei 2009

8. Op 7 mei 2009 heeft de Europese Commissie een Aanbeveling 2009/396/EG aangenomen inzake de regelgeving voor afgiftetarieven¹ van vaste en mobiele telefonie in de EU. De Europese Commissie raadt daarin de lidstaten aan om een gemeenschappelijke aanpak aan te nemen voor de controle van de gespreksafgiftetarieven (zowel vast als mobiel). De aanbeveling verwijst expliciet naar art. 13 van de Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten ("Toegangsrichtlijn") (PB. L. 24 april 2002, afl. 108, 7)².

9. De essentiële principes die uit de Aanbeveling van 7 mei 2009 voortvloeien, zijn de volgende:

- artikel 1: de gespreksafgiftetarieven moeten in principe symmetrisch zijn en het (enige) kostenniveau van een efficiënt geachte operator weerspiegelen;
- artikelen 2 en 3: het kostenniveau van de efficiënte kosten moet worden bepaald door middel van een model van het type "bottom-up LRIC", met de mogelijkheid tot een eventuele verzoening met de resultaten van modellen van het "top-down" type;
- artikel 4: de modelvorming van de kosten moet rekening houden met "de efficiënte technologieën die beschikbaar zijn in de voor het model relevante periode. Het kerngedeelte van zowel vaste als mobiele netwerken zou derhalve in principe gebaseerd kunnen worden op Next-Generation-Network (NGN)";

¹ Afgiftetarieven of beëindigingstarieven zijn de tarieven die telecomoperatoren elkaar op groothandelsvlak aanrekenen wanneer een gesprek dat op één netwerk ontstaat op een ander netwerk dient beëindigd te worden (b.v. een klant aangesloten op het netwerk van Telenet, belt een klant aangesloten op het netwerk van Proximus, of omgekeerd).

² Deze bepaling luidt als volgt:

"Verplichtingen inzake prijscontrole en kostentoerekening

1. Een nationale regelgevende instantie kan overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke Interconnectie- en/of toegangstypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. De nationale regelgevende instanties houden rekening met de door de exploitant gedane investeringen en laten toe dat hij een redelijke opbrengst verkrijgt uit zijn kapitaalbreng, de aangegane risico's in aanmerking genomen.

2. De nationale regelgevende instanties zien erop toe dat regelingen voor het terugverdienen van kosten en tarifieringsmethoden die worden opgelegd erop gericht zijn efficiëntie en duurzame concurrentie te bevorderen en de consument maximaal voordeel te bieden. In dat verband kunnen de nationale regelgevende autoriteiten ook rekening houden met beschikbare prijzen van vergelijkbare concurrerende markten.

3. Wanneer voor een exploitant een verplichting inzake kostenoriëntering van zijn tarieven geldt, is het aan hem om aan te tonen dat de tarieven worden bepaald op basis van de kosten verhoogd met een redelijk investeringsrendement. Voor de berekening van de kosten verbonden aan efficiënte dienstverlening, kunnen de nationale regelgevende instanties boekhoudkundige kostenberekeningsmethoden gebruiken die los staan van de door de onderneming gebruikte methoden. De nationale regelgevende instanties kunnen van een exploitant verlangen dat deze volledige verantwoording aflegt over zijn tarieven en indien nodig dat deze worden aangepast.

4. De nationale regelgevende instanties zorgen ervoor dat, wanneer de invoering van een kostentoerekeningssysteem verplicht wordt gesteld met het oog op prijscontrole, een beschrijving van dit systeem ter beschikking van het publiek wordt gesteld waarin ten minste de hoofdcategorieën waarin de kosten worden ingedeeld en de voor de toerekening van de kosten toegepaste regels worden vermeld. Een gekwalificeerde onafhankelijke instantie ziet toe op de inachtneming van het kostentoerekeningssysteem.

Ieder jaar wordt een verklaring betreffende de inachtneming van het systeem gepubliceerd."



- artikel 6: de methode voor de berekening van de kosten moet van het type "zuivere LRIC" ("pure LRIC (Long Run Incremental Costs)" ("lange termijn incrementele kosten")) zijn, wat betekent dat alleen nog de "vermijdbare kosten" die overeenstemmen met het hypothetische geval van een operator die de gespreksafgiftedienst niet zou verstrekken, kunnen worden terugverdiend via de gespreksafgiftetarieven. De gemeenschappelijke kosten van de onderneming (algemene kosten, kosten van de vergunningen, minimale dekking, commerciële kosten, enz.) en de kosten die gemeenschappelijk zijn aan verschillende diensten (b.v. de gespreksafgifte en de gespreksopbouw of spraak) mogen niet langer worden meegeteld in de berekening van de kosten van de dienst voor gespreksafgifte;
- artikel 7: de methode van economische afschrijvingen waarbij het niveau van de afschrijvingen gelinkt wordt aan de vraag (verkeersvolume) is aanbevolen.

IV.2. Het Besluit van het BIPT van 2 maart 2012³

10. Op 2 maart 2012 heeft het BIPT een besluit aangenomen betreffende de markt voor gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie als "markt 3" opgenomen in de lijst van de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector⁴.

In dit Besluit werd geconcludeerd dat elke operator die actief is op de markt voor vaste telefonie, over een monopolie beschikt voor de levering van gespreksafgifte op zijn eigen netwerk. Dit betekent dat elke operator die gesprekken termineert op zijn eigen vaste netwerk over een SMP-positie (sterke machtspositie) op de markt beschikt⁵. Bijgevolg moeten de SMP-operatoren worden onderworpen aan een aantal correctiemaatregelen die erop gericht zijn de vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen. Daarom zijn aan deze operatoren door het Besluit van 2 maart 2012 een aantal verplichtingen opgelegd (inzake toegang en interconnectie, transparantie, non-discriminatie, prijscontrole en enkel voor PROXIMUS systeem voor kostentoerekening).

11. Een van de voornaamste opgelegde correctiemaatregelen was de controle op de afgifteprijzen. Het vorige marktanalysebesluit⁶ en zijn aanvulling⁷ hadden het aan de alternatieve operatoren

³ Besluit van de Raad van het BIPT van 2 maart 2012 met betrekking tot de marktanalyse van de markt voor gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie.

⁴ Aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante 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.

Op 9 oktober 2014 heeft de Europese Commissie een nieuwe lijst van relevante markten gepubliceerd (cf. Aanbeveling 2014/710/EC van de Commissie van 9 oktober 2014 betreffende de relevante 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). In deze lijst wordt de markt voor gespreksafgifte op afzonderlijke vaste netwerken vermeld als "markt 1".

⁵ Als operatoren die over een sterke machtspositie beschikken voor de *wholesale* levering van gespreksafgifte op het vaste openbare telefoonnetwerk werden onder meer volgende operatoren aangewezen: de nv 3STARSNET, de nv PROXIMUS, de nv ORANGE BELGIUM en de nv TELENET.

⁶ 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



toegestaan om een marge van 15 % te factureren bovenop de gespreksafgiftetarieven die werden vastgesteld voor PROXIMUS. Het Besluit van 2 maart 2012 heeft dit systeem van 15 % marge afgeschaft, zodat voortaan tussen de operatoren symmetrische tarieven gehanteerd worden, overeenkomstig de Aanbeveling van de Europese Commissie van 7 mei 2009 betreffende vaste en mobiele gespreksafgiftetarieven (zie *supra* randnr. 9).

Het BIPT bepaalde het volgende:

"360. Het kostenbaseringsprincipe ten behoeve van de regulering van de gespreksafgiftetarieven in België tijdens de nieuwe marktanalyseperiode (2012-2015) moet concreet als volgt worden geïnterpreteerd en toegepast:

360.1. De huidige tariefverschillen tussen de FTR ("Fix Termination Rate")-tarieven van de Belgische vaste operatoren vallen volledig weg op de 1^e dag van de maand volgend op de publicatie van dit besluit (symmetrie). Vanaf dat moment zullen de maximumtarieven die toepasselijk zijn voor alle operatoren de tarieven zijn die momenteel gelden voor Belgacom:

Soort oproep	Set-upkosten oproep		Prijs per minuut	
	Piekuur	Daluur	Piekuur	Daluur
Lokale gespreksafgifte	0,314	0,164	0,514	0,270
Gespreksafgifte binnen de toegangszone	0,443	0,232	0,727	0,381
Gespreksafgifte buiten de toegangszone	0,568	0,298	0,932	0,489

Figuur 36: afgiftetarieven van toepassing op alle operatoren met een significante machtspositie op de markt (in eurocent).

360.2. De toepassing van dit besluit mag niet als voorwendsel dienen om ten aanzien van de huidige situatie eenzijdig een nieuwe kwalificatie te geven aan de diensten (lokaal, IAA, EAA) die een operator verkoopt of koopt, met als bedoeling een hoger tarief te vorderen of een lager tarief te betalen. Het BIPT verwijst in verband daarmee naar zijn mededeling van 11 oktober 2006 betreffende het vaststellen van de gespreksafgiftetarieven wat de referentieprijzen betreft (lokaal/IAA/EAA)."

Voormelde tarieven werden opgesteld op basis van een "top-down" model. Ze waren dus nog niet gebaseerd op het gebruik van een "bottom-up" model en de kosten waren niet bepaald aan de hand van de toepassing van een "zuivere LRIC-methode".

verplichtingen voor de retailmarkten van de cluster "vaste telefonie", geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003.

⁷ Besluit van de Raad van het BIPT van 7 maart 2007 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 telefonie", geselecteerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003 ter aanvulling voor de operatoren Brutélé, Equant, Scarlet Business, Tele2, Toledo, Wavecrest Belgium, Weepee Studio's, Sound & Motion, Realroot, 3 Stars Net en ipness van het Besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2006 met betrekking tot markt 9: gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie.



Deze tarieven waren geografisch gedifferentieerd in die zin dat zij afhankelijk waren van de afstand tussen (a) de plaats in het netwerk van de operator waarop de oproep door een andere operator werd overgedragen (interconnectie) en (b) de localisatie waarop de opgeroepen klant zich bevond en waar de oproep bijgevolg diende beëindigd te worden.

12. In het Besluit van 2 maart 2012 heeft het BIPT tevens besloten dat het zo spoedig mogelijk nieuwe gespreksafgiftetarieven zou bepalen die gebaseerd zijn op de zuiver incrementele kosten ("zuivere LRIC") van een efficiënte operator⁸, waarbij zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de Aanbeveling van 2009:

"360.3. Het BIPT zal zo spoedig mogelijk en zoveel mogelijk rekening houdende met de Aanbeveling van 7 mei 2009 gespreksafgiftetarieven bepalen op basis van de incrementele kosten van een efficiënte operator. Deze kosten zullen worden bepaald met behulp van een bottom-up kostenmodel overeenkomstig de vastgelegde principes van de Aanbeveling van de Europese Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU. Het BIPT zal dus alles in het werk stellen om de pure LRIC tarieven zo spoedig mogelijk toe te passen en ten laatste in de loop van het jaar 2013."

13. In uitvoering van voormelde paragraaf werd aan Analysys Mason gevraagd om voor rekening van het BIPT een model op te stellen voor de berekening van de kosten van het type "bottom-up" voor het NGN ("Next Generation Network")/NGA ("Next Generation Access")-netwerk.

Dit kostenmodel diende volgende methodologische grondslagen (zoals bepaald in het Besluit van 2 maart 2012) toe te passen:

- de kostenberekening moet gebaseerd zijn op een "bottom-up" benadering die het model maakt van een efficiënte operator;
- de kostenberekening moet worden gemaakt op basis van de methode van de zuiver incrementele langetermijncosten ("pure LRIC");
- de kostenberekening moet stroken met de aanbeveling van de Europese Commissie van 2009.

Dit kostenmodel vormt de onderliggende basis waarmee de tarifaire elementen van het Besluit van 25 augustus 2016 werden bepaald.

IV.3. Het Besluit van het BIPT van 25 augustus 2016

14. In de bestreden Beslissing bepaalt het BIPT symmetrische vaste afgiftetarieven, die identiek zijn voor een lokale, een Intra Access Area of een Extra Access Area interconnectie, op 0,092 eurocent per minuut.

⁸ Vereenvoudigd gesteld, worden deze incrementele kosten bepaald door eerst na te gaan welke kosten de betrokken operator allemaal heeft wanneer hij al zijn diensten verleent en deze (totale) kosten nadien te vergelijken met de kosten die de operator nog zou hebben indien hij nog steeds al zijn diensten zou verlenen doch met uitzondering van de beëindigingsdienst die hij aan andere operatoren levert. De kosten die hij in dit laatste scenario uitspaart of vermijdt (de zogenaamde "vermijdbare kosten"), zijn dan de incrementele kosten die door de beëindigingsdienst veroorzaakt worden en die kosten kan de operator dan terugverdienen via de (gereguleerde) tarieven die hij aanreken voor de verlening van zijn beëindigingsdienst.

De geografisch gedifferentieerde tarieven worden derhalve vervangen door één uniek tarief.

15. Het nieuwe tarief is gesteund op het NGN/NGA-kostenmodel. Dat model maakt het mogelijk om de kosten te bepalen van verschillende *wholesalediensten* aangeboden door een efficiënte operator.

Voor de uitwerking van dit model heeft het BIPT zich gebaseerd op onder meer volgende elementen:

- a. het theoretisch begrip "efficiënte operator" met verwijzing naar PROXIMUS:

"46. De efficiënte operator wordt bij voorkeur op het model van Proximus gestoeld, aangezien het NGN/NGA-model is bedoeld om de tarieven van een brede waaier van vaste-netwerkdiensten te bepalen die Proximus aanbiedt op de wholesalemakten en niet alleen het gespreksafgiftetarief. Deze aanpak garandeert dat de gespreksafgiftetarieven symmetrisch zijn en dat ze de kosten van een efficiënte operator weerspiegelen zoals opgelegd door het besluit van 2 maart 2012." (zie Besluit van 25 augustus 2016, § 46).

- b. de interconnectie-architecturen TDM en IP en het aantal interconnectiepunten:

De TDM interconnectie-architectuur is een bestaande architectuur; de IP-architectuur wordt beschouwd als een doelarchitectuur of een toekomstige architectuur.

"56. Het kostenmodel maakt het mogelijk om de interconnectie-interfaces op basis van de TDM-technologie enerzijds en de IP-technologie anderzijds te modelleren. In beide gevallen is de corearchitectuur van het netwerk gelijkaardig en stemt ze overeen met een netwerk van de nieuwe generatie. Enkel de interconnectie-interfaces verschillen en, desgevallend, worden de gateway-media (MGW - die de IP in de core omzetten naar TDM) op de rand van het netwerk geplaatst in het kader van een TDM-interconnectie in de plaats van IP-routers ("Peering Routers", die de IP-interconnectie verzorgen). Bovendien kan dankzij het model een geleidelijke overgang worden verzekerd van een TDM-interconnectie naar een IP-interconnectie over een gegeven periode.

57. Het traditionele TDM-spraaknetwerk ("legacy") van Proximus wordt momenteel gemigreerd naar een architectuur op basis van IP:

57.1. De telefooncentrales en hun TDM-apparatuur zullen geleidelijk aan buiten dienst worden gesteld tegen 2018 en de lokale interconnectiepunten ("Local Access Point") zullen achterhaald raken. Er wordt eveneens voorzien in de migratie van de huidige zonale toegangspunten (AAP - Area Access Points) over de periode 2015-2018 om in 2018 slechts drie paar interconnectiepunten over te houden die de toegang tot drie zones mogelijk maken (Vlaanderen, Brussel en Wallonië).

57.2. De MGW's zullen geïnstalleerd worden in de nieuwe zonecentra over de periode 2015-2018 vóór een geleidelijke migratie naar een IP-interconnectie die gepland is over de periode 2018-2019.

58. Het BIPT meent dat een overgang van een TDM-interconnectie naar IP redelijk is vanuit het standpunt van de gemodelleerde efficiënte operator. Wat betreft de kostenmodellering meent het BIPT overigens dat het niet onredelijk is dat de overgang van de gemodelleerde efficiënte operator geleidelijk gebeurt over een periode van drie jaar, met name 2015-2018. Het BIPT acht dat deze



periode redelijk is, meer bepaald in het licht van de praktijken vastgesteld in andere buurlanden. In Frankrijk heeft ARCEP een overgangperiode van 30 maanden opgelegd tussen de invoering van een IP-interconnectie en de sluiting van een TDM-interconnectie. In Duitsland zien we dat de historische operator momenteel een buitendienststelling van zijn TDM-interconnectie plant drie en een half jaar na de verplichting om de IP-interconnectie te verstrekken.

59. *De duur van deze periode is overigens vergelijkbaar met deze waarin Proximus voorziet voor de buitendienststelling van zijn TDM-netwerk, met name 2015-2018. Proximus beoogt een overgang naar de IP-interconnectie in een tweede fase tegen 2018-2019 na in een eerste fase MGW's te hebben ingevoerd in zijn netwerk. Dit zou een tijdelijke inefficiëntie kunnen vormen, onvermijdbaar indien tegelijk een IP-interconnectie zou worden ingevoerd en het TDM-netwerk buiten dienst zou worden gesteld in plaats van in een tweede overgangsfase.” (zie Besluit van 25 augustus 2016, §§ 56-59).*

Het kostenmodel maakt het mogelijk om verschillende scenario's te gebruiken wat betreft het aantal interconnectiepunten.

c. de kost van verscheidene netwerkelementen:

De analyse van het BIPT onderscheidt activa die variabel zijn in functie van de opname van het uitgaand verkeer, van andere activa.

16. Op basis van dit model heeft het BIPT het unieke tarief van 0,092 eurocent per minuut (uitgedrukt in nominale waarde voor het jaar 2016) bepaald, rekening houdend met verscheidene elementen:

- de tarifiering van de gespreksafgiftedienst op lokaal niveau;
- de differentiëring in de tarifiering van de gespreksafgiftedienst op regionaal en nationaal niveau;
- een eventueel *glide path* (of overgangperiode in de toepassing van de tarieven) voor de verschillende interconnectieniveaus (het BIPT heeft het idee van een *glide path* verworpen);
- de vergelijking met de kosten van PROXIMUS;
- de vergelijking met de zilverre "LRIC"-tarieven van andere landen van de EU;
- de asymmetrische situatie.

17. Het Besluit van 25 augustus 2016 is in werking getreden op 1 november 2016.

V. BESPREKING

V.1. Gegrondheid van de beroepen van 3STARSNET en PROXIMUS

Eerste middel van PROXIMUS/tweede middel van 3STARSNET: schending van substantieel vormvoorschrift omwille van afwezigheid van voorafgaande raadpleging van de mededingingsautoriteit

- *Standpunt van PROXIMUS en 3STARSNET*

PAGE 01-00000812560-0014-0023-01-01-4



Ad.

18. De bestreden Beslissing werd niet voorafgaandelijk voor advies voorgelegd aan de nationale Mededingingsautoriteit, hoewel uit de paragrafen 3 en 4-4/1 van art. 55 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie ("WEC") volgt dat de nationale Mededingingsautoriteit voorafgaandelijk moet geraadpleegd worden voor beslissingen betreffende SMP-operatoren inzake de oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen die gepast geacht worden. De specifieke bepalingen van de WEC betreffende maatregelen inzake prijscontrole (art. 62 WEC) verwijzen ook nog eens uitdrukkelijk naar de raadplegingsprocedure voorzien in art. 55 die systematisch moet gevolgd worden.

PROXIMUS en 3STARSNET verwijzen naar het arrest van 29 juni 2016 in de zaak gekend onder het rolnummer 2015/AR/196, waarin het hof heeft bevestigd dat de wetgever geen uitzonderingen heeft voorzien op de verplichting van voorafgaande raadpleging van de nationale Mededingingsautoriteit en dat die raadpleging een substantiële vormvereiste betreft, waarvan de schending de nietigheid van de akte tot gevolg heeft⁹. Het komt daarbij niet aan de regulator toe om de opportuniteit van een raadpleging te beoordelen.

19. Volgens PROXIMUS en 3STARSNET gaat het *in casu* wel degelijk om een maatregel inzake prijscontrole die ten aanzien van alle SMP-operatoren wordt opgelegd en waarbij een zeer drastische verlaging van de afgiftetarieven aan die operatoren wordt opgelegd. Diezelfde verlaging is het beweerde resultaat van een methodologie die in een eerdere beslissing, in algemene bewoordingen en zonder enige uitwerking daarvan, werd opgelegd en in de bestreden Beslissing (in ieder geval) wordt behouden. Of het nu om het opleggen van een nieuwe verplichting gaat, dan wel het behouden (of handhaven) van een bestaande verplichting, zoals het BIPT beweert, vast staat dat de Beslissing in ontwerp niet aan de Belgische Mededingingsautoriteit werd voorgelegd door het BIPT, dat ook niet verklaart waarom geen dergelijke voorafgaandelijke raadpleging is tussengekomen. Aangezien het, zoals de rechtspraak van het hof bevestigt, gaat om de schending van een substantieel vormvoorschrift dient de bestreden beslissing alleen al om deze reden vernietigd te worden.

20. Ter staving van haar standpunt verwijst PROXIMUS naar de bestreden beslissing zelf, in het bijzonder naar randnummer 24. In deze passage citeert het BIPT art. 141 WEC, dat de rechtsgrond vormt voor de aanmelding bij de Europese Commissie. De in dat art. 141 gebruikte bewoordingen komen precies overeen met de termen gebruikt in art. 55 WEC die de voorafgaande aanmelding bij de nationale mededingingsautoriteit voorschrijven. De in punt 24 geciteerde rechtsgrond uit art. 141 verwijst overigens uitdrukkelijk naar art. 55.3 WEC dat precies voorschrijft dat de BMA dient geraadpleegd te worden voorafgaand aan iedere beslissing "*tot de oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen als beschreven in de artikelen 58 tot 65/1*" (waarvan art. 62 WEC uiteraard ook deel uitmaakt).

21. PROXIMUS en 3STARSNET merken bovendien op dat de raadpleging van de BMA zich des te meer opdrong gelet op het feit dat de mededingingsautoriteit in haar advies van 21 november 2011 voorafgaand aan de Beslissing houdende marktanalyse van 2 maart 2012 zelf had aangegeven dat zij meerdere belangrijke vragen had bij de door het BIPT vooropgestelde invoering van een nieuwe kostenmethodologie en de wijze waarop de daaruit voortvloeiende tarieven zouden worden

⁹ Brussel 29 juni 2016, 2015/AR/196, in het bijzonder rechtsoverwegingen 29 en 32.



opgelegd. Bij gebrek aan meer gedetailleerde informatie kon de mededingingsautoriteit daarover echter, op dat ogenblik, geen standpunt innemen.

22. PROXIMUS verwijst tevens naar het arrest van het hof d.d. 7 mei 2009¹⁰, waarin het hof in antwoord op een middel van PROXIMUS dat uitging van de bezorgdheid dat latere uitvoeringsbeslissingen betreffende bepaalde opgelegde en nog niet volledig uitgewerkte verplichtingen niet aan de vereiste raadplegingen zouden worden onderworpen, het volgende heeft bevestigd: *“Hetzelfde geldt voor een beroep dat zou gebaseerd zijn op een eventuele schending van de procedures van institutionele samenwerking, aangezien die procedures moeten gerespecteerd worden voor de uitwerking van uitvoeringsmaatregelen”*¹¹. Voor zover nodig, bevestigt dit dat zelfs pure uitvoeringsmaatregelen ook het voorwerp dienen te zijn van de voorafgaande raadplegingsprocedures. Dit geldt *a fortiori* wanneer het BIPT, zoals *in casu*, beweert dat het gaat om het nemen van maatregelen waarbij het over een beoordelingsvrijheid zou beschikken (wat dan ook weer tegensprekt dat het om een loutere berekening zou gaan).

23. In verband met het schrijven van de BMA van 14 november 2016 merkt PROXIMUS onder meer het volgende op:

“Het wekt ook verbazing op zich, weze het alleen al omwille van zijn bestaan of de omstandigheden waarin dit schrijven werd bewerkstelligd.

Eenzijds, komt het evenmin de BMA toe om naar opportuniteit te oordelen of het BIPT de wet moet respecteren door de door de wet voorgeschreven raadpleging te volgen. Het komt de BMA dan ook niet toe om hierover een standpunt in te nemen in een procedure voor het Hof.

Anderzijds, bevat dat schrijven van 14 november 2016 een belangrijke voorwaarde in de hierna door Proximus onderlijnde passage: “Indien het besluit van het BIPT van 25 augustus 2016 zich in essentie beperkt tot een eenvoudige (her)berekening van de FTR-tarieven volgens de principes die werden vastgelegd in het besluit van 2 maart 2012, stelt de BMA dat een nieuwe consultatie in de zin van artikel 55 WEC noch nuttig, noch noodzakelijk was, [...]”. Aan die voorwaarde is in casu in ieder geval niet voldaan gelet op de aard van de Beslissing. Naast de inhoud ervan, die op zich een hele reeks keuzes bevat die hoegenaamd niet zijn “vastgelegd” in de Beslissing van 2 maart 2012, blijkt op zich eveneens uit het verloop van tijd sinds die Beslissing dat zij geen loutere mathematische (her)rekenoefening bevat waarvoor alle principes en parameters reeds eerder zouden zijn vastgelegd.” (zie eerste syntheseconclusie van PROXIMUS p. 20, randnr. 23).

Standpunt van het BIPT en ORANGE

24. Het BIPT betwist niet (i) dat er geen voorafgaande aanmelding bij de BMA werd verricht en (ii) dat indien de aanmeldingsverplichting van toepassing is en bijgevolg geschonden werd, dat het om

¹⁰ Brussel 7 mei 2009, 2008/AR/787, rechtsoverweging 267. Het is overigens nuttig op te merken dat in rechtsoverweging 265 van dat arrest het hof onderstreept dat na het nemen van de marktanalyse geen nieuwe verplichtingen mogen worden opgelegd die niet geïdentificeerd of beschreven zouden zijn in de marktanalyse, zodat de uitvoeringsmaatregelen waarover het hof het heeft ultraard slaan op verplichtingen die al in de marktanalyse werden opgelegd.

¹¹ Vrije vertaling van: *“Il en est de même d'un recours qui serait fondé sur la violation éventuelle des procédures de coopération institutionnelle, dès lors que ces procédures doivent être respectées pour l'élaboration des mesures d'exécution”*.



de miskening van een substantieel vormvoorschrift gaat dat tot de vernietiging van de beslissing dient te leiden¹².

25. Het BIPT betwist daarentegen dat *in casu* de door PROXIMUS en 3STARSNET ingeroepen bepalingen van de WEC die de voormelde raadplegingsplicht voorschrijven van toepassing zouden zijn. Volgens het BIPT bevat de bestreden beslissing geen marktanalyse, legt ze geen nieuwe verplichtingen op en wijzigt ze geen eerder opgelegde verplichtingen. De bestreden beslissing is een uitvoering van een verplichting die werd opgelegd (in de zin van art. 55.3 WEC) in een voorgaande beslissing. Betreffende die eerdere beslissing, de marktanalyse van 2012, werd de aanmeldingsplicht gerespecteerd en heeft de mededingingsautoriteit haar consultatiebevoegdheid uitgeput, zoals deze autoriteit ook bevestigt in een schrijven van 14 november 2016.

26. Het BIPT gaat bovendien niet akkoord met de interpretatie die PROXIMUS geeft aan het advies van de Mededingingsautoriteit voorafgaandelijk aan het marktanalysebesluit van 2012. Volgens het BIPT formuleerde dit advies een opmerking aangaande het onvoldoende transparante karakter van de geviseerde tarifaire maatregel, maar zonder te besluiten dat een nieuwe raadpleging nodig zou zijn.

27. Het BIPT betwist de parallel tussen het overmaken van de ontwerpbeslissing aan de Europese Commissie en aan de Belgische Mededingingsautoriteit. Immers, art. 141 WEC vormt de omzetting van art. 7 van de Kaderrichtlijn en heeft als doel "*de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele Europese Unie te waarborgen*"¹³, terwijl art. 55 WEC de omzetting vormt van art. 16 van de Kaderrichtlijn, dat enkel toepasselijk is voor wat betreft marktanalysebeslissingen. Het BIPT wijst er bovendien op dat de rol van de Europese Commissie en deze van de BMA verschillend zijn: de Europese Commissie waakt over de consolidatie van de interne markt door het reglementaire kader op een coherente wijze toe te passen ten aanzien van alle lidstaten; de BMA is enkel bevoegd voor het beoordelen van beslissingen die haar worden voorgelegd met betrekking tot het Belgische mededingingsrecht.

28. ORANGE is van oordeel dat het BIPT niet verplicht was om de BMA te consulteren omdat (i) de BMA reeds geconsulteerd was aangaande de toepasselijke remedie, dit is de prijscontrolemaatregel, vóór de aanneming van het Besluit van 2012 en (ii) het bestreden besluit geen bijkomende (nieuwe) prijscontrolemaatregel bevat, maar integendeel bestaat uit een zuivere berekening van de toepasselijke tarieven op basis van de beginselen en het kostenmodel bepaald en vastgesteld in het Besluit van 2012.

ORANGE verduidelijkt dat de bestreden Beslissing deel uitmaakt van de eerdere marktanalyse en het Besluit van 2 maart 2012. De bestreden Beslissing bestaat niet onafhankelijk van het Besluit van 2 maart 2012 en vormt een zuivere berekening van de tarieven uitgevoerd volgens de beginselen die ontwikkeld en vastgesteld werden, op basis van de eerdere marktanalyse, in de eerdere beslissing. De bestreden beslissing bevat geen onafhankelijke marktanalyse noch een prijscontrolemaatregel, doch enkel een herberekening van de kosten die reeds werden opgelegd door het Besluit van 2 maart 2012. Volgens ORANGE zou de BMA niets hebben kunnen toevoegen, omdat er geen mededingingsbeginselen werden toegepast, zodat het niet vereist was om de BMA te consulteren. In haar advies van 21 november 2011 aangaande het ontwerpbesluit van 2012, had de

¹² Ook de tussenkomenende partij ORANGE betwist deze vaststellingen niet.

¹³ H.v.J. 14 Januari 2016, nr. C-395/14, Vodafone, § 48.



Mededingingsautoriteit reeds haar mening meegedeeld en het opleggen van een prijscontrolemaatregel zelfs goedgekeurd, alsook de beginselen en de methodologie die gingen worden toegepast, zoals voorgesteld door het BIPT¹⁴.

29. ORANGE verwijst tevens naar de brief van de BMA van 14 november 2016, waarin de BMA vaststelt "dat het Besluit van 25 augustus 2016 valt onder de bredere context van het Besluit van het BIPT van 2 maart 2012 m.b.t. de marktanalyse van de markt voor gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie". Aangezien het Besluit van het BIPT van 25 augustus 2016 zich inderdaad "in essentie beperkt tot een eenvoudige (her)berekening van de FTR-tarieven volgens de principes die werden vastgelegd in het besluit van 2 maart 2012", stelt de BMA "dat een nieuwe consultatie in de zin van artikel 55 WEC noch nuttig, noch noodzakelijk was", omdat de autoriteit hierover reeds een definitief standpunt heeft ingenomen in het advies van 21 november 2011.

- *Beoordeling*

30. Artikel 55, §§ 3, 4 en 4/1 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bepaalt het volgende:

*§ 3. Wanneer het Instituut vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrentieel is, identificeert het overeenkomstig § 4 elke operator die op die markt afzonderlijk of gezamenlijk met één of meer andere operatoren over een sterke machtspositie beschikt, en beslist het tot de oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen als beschreven in de artikelen 58 tot 65/1, op die het gepast acht.
(...).*

§ 4. Voor de beslissingen van het Instituut waarvoor naar deze paragraaf wordt verwezen pleegt het Instituut vooraf overleg met de Belgische Mededingingsautoriteit. De Belgische Mededingingsautoriteit geeft binnen 30 kalenderdagen, te rekenen vanaf de toezending van de ontwerpbeslissing door het Instituut, zijn advies. Zodra die termijn verstreken is, is geen advies van de Belgische Mededingingsautoriteit meer vereist.

§ 4/1. Het Instituut zendt zijn beslissingen waarvoor naar deze paragraaf wordt verwezen, vooraf aan de Belgische Mededingingsautoriteit, die binnen dertig dagen, te rekenen vanaf de toezending van de ontwerpbeslissing door het Instituut, een advies uitbrengt met betrekking tot de vraag of de voorgenomen beslissingen van het Instituut in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen. Zodra die termijn verstreken is, is geen advies van de Belgische Mededingingsautoriteit meer vereist."

Uit deze bepaling volgt dat de Mededingingsautoriteit moet geraadpleegd worden voor beslissingen van oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen als beschreven in de artikelen 58 tot

¹⁴ Avis 2011/-A/A-04 du Conseil de la concurrence du 21 novembre relatif au projet de décision du Conseil de l'IPBT concernant l'analyse du marché des services de terminaison d'appel vocal sur le réseau public fixe (marché 3 de la liste de la Recommandation 2007), http://www.lbpt.be/public/files/fr/1767/3724_fr_avis_lbpt_march_3_21112011.pdf.



65/1 WEC, die gepast geacht worden. Het is niet vereist dat de beslissingen een marktanalyse inhouden.

De raadpleging van de Mededingingsautoriteit betreft een substantiële vormvereiste, waarvan de schending de nietigheid van de akte tot gevolg heeft (zie: arrest van het hof van 30 juni 2006 in de zaak gekend onder het rolnummer 2003/AR/2474, randnr. 53 en arrest van het hof van 29 juni 2016 in de zaak gekend onder het rolnummer 2015/AR/196, randnr. 32).

31. De discussie tussen partijen betreft de aard van de bestreden Beslissing en de al dan niet toepasselijkheid van voormelde bepaling die daaruit volgt.

De bestreden Beslissing werd door het BIPT aangenomen om de afgiftetarieven op de vaste netwerken, die eerder waren bepaald in het Besluit van 2 maart 2012, te verlagen.

In het Besluit van 2 maart 2012 betreffende de markt voor gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie, werd geconcludeerd dat elke operator die actief is op de markt voor vaste telefonie, over een monopolie beschikt voor de levering van gespreksafgifte op zijn eigen netwerk. Dit betekent dat elke operator die gesprekken termineert op zijn eigen vaste netwerk over een SMP-positie (sterke machtspositie) op de markt beschikt. Bijgevolg moeten de SMP-operatoren worden onderworpen aan een aantal correctiemaatregelen die erop gericht zijn de vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen. Een van de voornaamste opgelegde correctiemaatregelen was de controle op de afgifteprijzen.

In het Besluit van 2 maart 2012 werden geografisch gedifferentieerde symmetrische tarieven opgelegd aan de operatoren.

Het BIPT kondigde tegelijkertijd aan dat het zo spoedig mogelijk nieuwe gespreksafgiftetarieven zou bepalen die gebaseerd zijn op de zuiver incrementele kosten (zuivere "LRIC") van een efficiënte operator.

Met het oog op de vaststelling van de nieuwe gespreksafgiftetarieven werd aan Analysys Mason gevraagd om voor rekening van het BIPT een model op te stellen voor de berekening van de kosten van het type *bottom-up* voor het NGN/NGA-netwerk.

In het bestek voor de ontwikkeling van een kostenmodel voor een netwerk van de nieuwe generatie (NGN) werd uitdrukkelijk het volgende bepaald in verband met het reguleringsmechanisme van de gespreksafgiftelasten: *"De aannemer dient verscheidene mogelijke reguleringsscenario's voor te stellen voor de komende jaren en dient het BIPT een impactstudie voor te leggen op basis waarvan het voorspelbare effect van deze diverse scenario's op de verschillende betrokken partijen, met name de historische operator Belgacom, de andere vaste Belgische operatoren en de consumenten, objectief kan worden gekwantificeerd."*

Hieruit volgt dat de nieuwe gespreksafgiftetarieven niet louter het gevolg zijn van een nieuwe berekening of een herberekening van de tarieven vastgelegd in het Besluit van 2 maart 2012, maar van een nieuwe methodologie, waarbij het BIPT geopteerd heeft voor een bepaald scenario dat niet was vastgelegd in het Besluit van 2 maart 2012.



Me

De nieuwe gespreksafgiftetarieven dienen dus te worden gekwalificeerd als een maatregel inzake prijscontrole die ten aanzien van alle SMP-operatoren wordt opgelegd en waarbij een zeer drastische verlaging van de afgiftetarieven aan die operatoren wordt opgelegd.

Artikel 62, § 1, eerste lid Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bepaalt het volgende in verband met prijscontrole:

"Het Instituut kan overeenkomstig artikel 55, paragrafen 3 en 4/1, verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken operator de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers."

Voormelde bepaling verwijst uitdrukkelijk naar art. 55, §§ 3 en 4/1 WEC dat een voorafgaande aanmelding bij de Mededingingsautoriteit oplegt.

De bestreden Beslissing diende derhalve vooraf te worden aangemeld bij de Belgische Mededingingsautoriteit.

32. Bovendien moet worden opgemerkt dat het ontwerpbesluit werd genotificeerd aan de Europese Commissie op grond van art. 141, § 1, 3° WEC, zoals weergegeven in randnummer 24 van de bestreden Beslissing:

"Voor zover een ontwerpbeslissing van het Instituut invloed kan hebben op de handel tussen de lidstaten en erop gericht is:

(...)

3° verplichtingen ten aanzien van een operator met een sterke machtspositie op een relevante markt op te leggen of te wijzigen, overeenkomstig artikel 55, § 3

(...)

raadpleegt het Instituut de Europese Commissie, BEREC en de nationale regelgevende instanties van de lidstaten.

(...)

§ 2. Het Instituut houdt zoveel als mogelijk rekening met de opmerkingen die het binnen de maand van de kennisgeving van de ontwerpbeslissing zijn toegezonden door de Europese Commissie, BEREC en de nationale regelgevende instanties van de lidstaten."

Deze bepaling verwijst uitdrukkelijk naar art. 55, § 3 WEC dat precies voorschrijft dat de BMA dient geraadpleegd te worden voorafgaand aan iedere beslissing "tot de oplegging, handhaving of wijziging van de verplichtingen als beschreven in de artikelen 58 tot 65/1".

De raadpleging van de Europese Commissie op grond van art. 141, § 1, 3° WEC, zoals weergegeven in de bestreden Beslissing, toont aan dat ook de Belgische Mededingingsautoriteit diende te worden geraadpleegd. De verschillende doelstelling van de raadpleging van de Europese Commissie enerzijds en van de nationale Mededingingsautoriteit anderzijds doet daaraan geen afbreuk.



33. Hoewel het hof niet gebonden is door de inhoud van het schrijven van de Belgische Mededingingsautoriteit d.d. 14 november 2016, waarop het BIPT en ORANGE hun standpunt in verband met de raadpleging van de Mededingingsautoriteit mede steunen, stelt het hof vast dat dit schrijven de zienswijze van het BIPT en ORANGE geenszins bevestigt. De BMA schrijft immers het volgende: *“Indien het besluit van het BIPT van 25 augustus 2016 zich in essentie beperkt tot een eenvoudige (her)berekening van de FTR-tarieven volgens de principes die werden vastgelegd in het besluit van 2 maart 2012, stelt de BMA dat een nieuwe consultatie in de zin van artikel 55 WEC noch nuttig, noch noodzakelijk was, de autoriteit heeft hierover een definitief standpunt ingenomen in diens advies van 21 november 2011.”*

Zoals hiervoor reeds geoordeeld, houdt de bestreden Beslissing niet louter een nieuwe berekening of een herberekening in van de tarieven vastgelegd in het Besluit van 2 maart 2012, waarvoor alle principes en parameters reeds eerder zouden zijn vastgelegd.

34. Gelet op de schending van de substantiële vormvereiste bestaande uit de raadpleging van de Mededingingsautoriteit, vernietigt het hof het Besluit van de Raad van het BIPT van 25 augustus 2016 betreffende de *wholesaletarieven* voor gespreksafgiftediensten op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie.

Overige middelen

35. Gelet op de gegrondheid van het eerste middel van PROXIMUS/tweede middel van 3STARSNET, dat de nietigheid van de bestreden Beslissing rechtvaardigt, dient het hof de overige middelen niet te onderzoeken.

V.2. Vordering van 3STARSNET

36. Naast de vernietiging van de bestreden Beslissing vordert 3STARSNET aan het BIPT op te leggen om een volledige marktanalyse uit te voeren (de cyclus respecterend die wettelijk is bepaald in art. 55, § 1 WEC), waarin het BIPT aan PROXIMUS (en desgevallend andere/alle operatoren) oplegt om effectief IP-interconnectie voor de transmissie van spraak aan te bieden, en de inwerkingtreding van een nieuw maximumtarief wordt onderhevig aan de effectieve volledige migratie van de spraak-interconnectie-traffic.

37. Het hof heeft geen rechtsmacht om een marktanalyse op te leggen aan het BIPT noch om vooraf te bepalen welke maatregelen in het kader van een uit te voeren marktanalyse dienen te worden opgelegd. Het opleggen van bepaalde maatregelen zou immers vooruitlopen op de analyse die door het BIPT zou moeten worden uitgevoerd op basis van alle relevante feiten. Het zou ook ingaan tegen de beoordelingsvrijheid waarover het BIPT beschikt en tegen het feit dat de procedures van interinstitutionele samenwerking dienen te worden gerespecteerd.

V.3. Rechtsplegingsvergoeding

38. De vorderingen van 3STARSNET en PROXIMUS betreffen niet in geld waardeerbare vorderingen.



116

Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt € 1.440,00 (geïndexeerd; art. 3 Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in art. 1022 Ger. W. en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007, B.S. 9 november 2007).

OM DEZE REDENEN,

HET MARKTENHOF

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Rechtsprekende op tegenspraak;

Verklaart het beroep van 3STARSNET N.V. en PROXIMUS N.V. gegrond;

Verklaart de vrijwillige tussenkomst van PROXIMUS N.V. gegrond;

Vernietigt het Besluit van de Raad van het BIPT van 25 augustus 2016 betreffende de *wholesale* tarieven voor gespreksafgiftediensten op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie;

Verklaart zich zonder rechtsmacht om kennis te nemen van de vordering van 3STARSNET N.V. om aan het BIPT op te leggen om een volledige marktanalyse uit te voeren (de cyclus respecterend die wettelijk is bepaald in art. 55, § 1 WEC), waarin het BIPT aan PROXIMUS (en desgevallend andere/alle operatoren) oplegt om effectief IP-interconnectie voor de transmissie van spraak aan te bieden, en de inwerkingtreding van een nieuw maximumtarief wordt onderhevig aan de effectieve volledige migratie van de spraak-interconnectie-trafiek;

Verklaart de vrijwillige tussenkomst van ORANGE N.V. ongegrond;

Veroordeelt het BIPT tot de kosten van het geding, in hoofde van 3STARSNET N.V. en PROXIMUS N.V. voor elk afzonderlijk begroot op € 210 (rolrechten) + € 1.440,00 (rechtsplegingsvergoeding) en in hoofde van hemzelf niet begroot, daar ze ten zijne laste blijven;

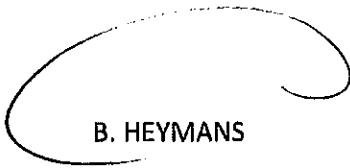
Zegt dat ORANGE N.V. haar eigen kosten dient te dragen.

PAGE 01-00000812560-0022-0023-01-01-4



Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 15 maart 2017 door

M. BOSMANS	Raadsheer dd. voorzitter
K. PITEUS	Raadsheer
C. VERBRUGGEN	Raadsheer
B. HEYMANS	Griffier




B. HEYMANS



C. VERBRUGGEN



K. PITEUS



M. BOSMANS



Eensluidend verklaarde kopie
Afgeleverd aan: B.I.P.T.

art. Bericht
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Brussel, 23-03-2017




B. VANDERGUCHT
Griffier