

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 192.732 van 27 april 2009
in de zaak A. 184.945/IX-5734.**

In zake : 1. de NV VERIZON BELGIUM LUXEMBOURG,
2. de NV COLT TELECOM,
die woonplaats kiezen bij
advocaten A. WIRTGEN, D. LINDEMANS en J. STUYCK,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Keizerslaan 3

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door:

1. de minister van Begroting en Consumentenzaken,
2. de minister van Economie, Energie, Buitenlandse Handel en Wetenschapsbeleid,

thans de minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen,
die woonplaats kiest bij
advocaten S. DEPRÉ en R. SAMII,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 240.

DE RAAD VAN STATE, IXe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV VERIZON BELGIUM LUXEMBOURG en de NV COLT TELECOM op 27 augustus 2007 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de artikelen 48, eerste zin, 50, § 2, eerste zin, 50, § 3, derde en vierde lid, en 50, § 5, vierde tot achtste lid, van het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door adjunct-auditeur I. VOS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 27 januari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 april 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad D. MOONS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. WIRTGEN, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat K. MAN die, loco advocaten S. DEPRÉ en R. SAMII, verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van auditeur I. VOS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Normatief kader

1.1. De wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie vormt de omzetting in Belgisch recht van zes Europese richtlijnen:

- 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”) (PbEG 24 april 2002, L 108/33);
- richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (“Machtigingsrichtlijn”) (PbEG 24 april 2002, L 108/21);
- 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”) (PbEG 24 april 2002, L 108/7);
- richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en diensten (“Universeledienstrichtlijn”) (PbEG 24 april 2002, L 108/51);
- richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (“Privacy- en elektronische communicatierichtlijn”) (PbEG 31 juli 2002, L 201/37);

- richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten ("Mededingingsrichtlijn") (PbEG 17 september 2002, L 249/21).

Artikel 11, § 1, eerste lid, van die wet luidt als volgt:

"Overeenkomstig de nadere regels vastgesteld door de Koning na advies van het Instituut is het Instituut belast met:

1° het beheer van de nationale nummeringsruimte, alsook de vaststelling en de wijziging van de nationale nummerplannen;

2° de toekenning en de intrekking van gebruiksrechten voor nummers en de tenuitvoerlegging van de betreffende procedures;

3° de publicatie van de nationale nummerplannen alsook hun toevoegingen of wijzigingen tenzij die publicatie de nationale veiligheid in het gedrang zou brengen."

1.2. Het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers geeft uitvoering aan verscheidene bepalingen van voormelde wet, waaronder voormeld artikel 11, § 1, eerste lid, en legt onder meer de specifieke principes en gebruiksvoorwaarden vast van toepassing op bepaalde categorieën van nummers van een elektronisch communicatienetwerk.

Dit is het bestreden besluit. Het is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 28 juni 2007.

Meer bepaald vorderen de verzoekende partijen de nietigverklaring van de artikelen 48, eerste zin, 50, § 2, eerste zin, 50, § 3, derde en vierde lid, en 50, § 5, vierde tot achtste lid, van dit besluit, welke bepalingen onder meer de maximumtarieven vastleggen die voor oproepen naar bepaalde categorieën van nummers kunnen worden aangerekend. De artikelen 48 en 50, die betrekking hebben op de dienstidentiteiten "70" en "9", luiden als volgt:

"Art. 48. De dienstidentiteit 70 wordt gebruikt voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken, waarvan het eindgebruikerstarief voor oproepen uitgaande van een vaste locatie, maximaal gemiddeld 30 eurocent per minuut en voor oproepen uitgaande van een mobiele aansluiting, maximaal gemiddeld 60 eurocent per minuut bedraagt. (...)
(...);

Art. 50. § 1. De dienstidentiteit 9 gevolgd door twee cijfers wordt, naast de dienstidentiteit 70, gebruikt voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken. (...)

(...)

§ 2. Indien het hoogste eindgebruikerstarief dat in de sector van de elektronische communicatie toegepast wordt op een nationale oproep naar een betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk uitgaande van om het even welk elektronische-communicatienetwerk meer dan 1 EUR per oproep of 1 EUR per minuut bedraagt, worden door de aanbieder van de betalende dienst vóór het maken van de verbinding met de aanbieder van de betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk het hoogste eindgebruikerstarief dat in de sector van de elektronische-communicatie toegepast wordt op een oproep uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en het hoogste eindgebruikerstarief dat in de sector van de elektronische-communicatie toegepast wordt op een oproep uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk duidelijk vermeld. (...)

(...)

§ 3. Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 49 worden specifiek voor volwassenen bestemde betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken aangeboden in de nummerreeksen met de cijfers '06' en '07' volgend op de dienstidentiteit 9.

De tarifiering van de oproepen naar de nummers uit de nummerreeksen met de cijfers '06' en '07' volgend op de dienstidentiteit 9 is tijdsgebonden.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '06' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt maximaal 1 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en maximaal 2 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '06' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt maximaal 1 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en maximaal 2 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '07' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt maximaal 2 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en maximaal 4 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk.

§ 4. (...)

§ 5. Andere betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken worden aangeboden in de nummerreeksen met de cijfers '00', '01', '02', '03', '04', '09' volgend op de dienstidentiteit 9.

De tarifiering van de oproepen naar de nummers uit de nummerreeksen met de cijfers '00', '02' en '03' volgend op de dienstidentiteit 9 is steeds tijdsgebonden.

De tarifiering van de oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '01' volgend op de dienstidentiteit 9 kan zowel tijdsgebonden als niet tijdsgebonden zijn.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '00' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt maximaal 50 eurocent per minuut voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en maximaal 1 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '01' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt:

1° voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, maximaal 50 eurocent per minuut, indien de tarifiering van oproepen tijdsgebonden is en maximaal 50 eurocent per oproep, indien de tarifiering van oproepen niet tijdsgebonden is;

2° voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk maximaal 1 EUR per minuut, indien de tarifiering van oproepen tijdsgebonden is, en maximaal 1 EUR per oproep, indien de tarifiering van oproepen niet tijdsgebonden is.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '02' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt maximaal 1 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en maximaal 2 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronisch-communicatienetwerk.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '03' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt maximaal 1,5 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en maximaal 3 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk.

Het eindgebruikerstarief voor oproepen naar de nummers uit de nummerreeks met de cijfers '04' volgend op de dienstidentiteit 9 bedraagt maximaal 2 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie, en maximaal 4 EUR per minuut voor oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk.

(...)

§ 6. (...)"

1.3. Een eerste ontwerpversie van het bestreden besluit werd opgesteld door het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna: het BIPT) en aan de bevoegde minister voorgelegd op 8 december 2006. Vervolgens werd op vraag van de minister door het BIPT een raadpleging gehouden omtrent het ontwerp. In het kader van deze raadpleging hebben 22 organisaties opmerkingen gemaakt. Daarop heeft het BIPT een nieuwe ontwerptekst aan de minister bezorgd op 6 maart 2007.

Uit de stukken blijkt dat verschillende operatoren in het kader van de consultatie aangevoerd hebben dat het BIPT via het bestreden besluit aan prijsregulering zou doen. Het BIPT beantwoordde deze kritiek als volgt in zijn brief van 6 maart 2007 aan de minister:

“Dit is niet correct. Een van de basisideeën achter nummerplannen is dat ze informatie moeten geven over de grootteorde van het eindgebruikerstarief voor de oproepende partij. Dit kan enkel en alleen door het associëren van bepaalde nummerreeksen met bepaalde tariefbanden en maxima. Indien operatoren diensten wensen aan te bieden met bepaalde nummers, moeten ze deze maxima respecteren. Indien ze opteren voor andere eindgebruikerstarieven dan moeten andere nummerreeksen worden gebruikt of moet er een voorafgaande gratis gesproken tariefboodschap aangeboden worden.”

1.4. De Ethische Commissie voor de telecommunicatie maakte in haar advies van 13 maart 2007 de volgende opmerking:

“De Commissie stelt vast dat in het koninklijk besluit, zoals het in ontwerp voorligt, bepalingen zijn opgenomen die ofwel maximale, ofwel vaste tarieven vastleggen. Ook al lijken deze bedragen soms gevoelig hoger te liggen dan de bedragen die vandaag effectief op de markt worden toegepast, kan zij geen oordeel vellen over het prijsniveau en/of de redenen van de aanpassing ervan. Wel stelt zij zich de vraag, zeker wat betreft de vaste tarieven, of dergelijke bepalingen verenigbaar zijn met de basisbeginselen van de vrije mededinging en of zij de toets van de regelgeving op het vlak van de bescherming van de economische mededinging kunnen doorstaan.”

1.5. De afdeling wetgeving van de Raad van State stelde hierover in haar advies 42.548/4 van 16 april 2007 het volgende:

“Het vaststellen van tarieven vormt een beperking van de vrijheid van handel en nijverheid. Zulk een beperking is slechts geoorloofd wanneer ze behoorlijk gemotiveerd is met doelstellingen van algemeen belang en het evenredigheidsbeginsel nageleefd wordt.

Wat dat betreft heeft de gemachtigde van de minister de volgende uitleg gegeven :

‘Het opleggen van tariefmaxima schrijft zich in in het werken met dienstidentiteiten.

Het is inderdaad de bedoeling dat nummers voor de gebruikers een bepaalde signaalfunctie hebben en iets zeggen over de aard van de dienst die ze wensen te bereiken.

Eén van de belangrijkste karakteristieken van een dienst is zijn kostprijs. Via het type nummer (lees : dienstidentiteit) tracht men dan ook onder meer aan de oproeper een indicatie te geven van het tarief -of althans grootteorde van tarief- dat verbonden is aan de oproep die hij wil plegen (bv. dienstidentiteit 8(00) voor gratis oproepen; dienstidentiteit 4 voor mobiele oproepen die duurder zijn dan oproepen naar vaste nummers, enz...).

In het kader van de betaalnummers (artikelen 48, 50 en 71) stelt dit aspect van het leveren van tarieftransparantie via nummers zich in bijzondere mate, nu oproepen naar deze nummers een veelvoud kosten van oproepen naar ‘gewone’ vaste nummers (zone 02, enz...) of het versturen van SMS'en naar ‘gewone’ mobiele nummers (04xx-nummers) en dus bijzonder vatbaar zijn voor het onverwacht en substantieel verhogen van de factuur van de consument.

Daarom wordt het in het kader van consumentenbescherming noodzakelijk en opportuun geacht om via de rechtsbasis hierboven beschreven [artikel 11, § 1, tweede alinea, 1°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie] (1) maxima te stellen aan de tarieven die operatoren kunnen aanrekenen en (2) het leveren van een voorafgaande gratis tariefboodschap te koppelen als een vereiste aan het leveren van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken met nummers die getarifeerd worden aan een bedrag boven de drempel van 1 euro per oproep of per minuut (art. 50, § 1) of boven de drempel van maximaal gemiddeld 30 of 60 eurocent per minuut (artikel 48)’.

Gezien het doel dat wordt nagestreefd, kan worden aanvaard dat voor oproepen naar bepaalde categorieën van nummers maximumtarieven worden vastgesteld. Het is daarentegen niet duidelijk welke reden kan wettigen dat vaste

tarieven worden opgelegd. Zulk een maatregel, die een onevenredige inbreuk vormt op de vrijheid van handel en nijverheid, kan dus niet worden toegestaan.

Het ontworpen besluit moet dan ook worden herzien, zodat het opleggen van vaste tarieven wordt geschrapt, en, in voorkomend geval, de voorgeschreven vaste tarieven vervangen worden door maximumtarieven.”

1.6. Aangezien de ontwerpversie van het bestreden besluit die op 20 maart 2007 aan de afdeling wetgeving van de Raad van State werd voorgelegd een aantal fundamentele wijzigingen bevatte ten aanzien van de tekst die het BIPT op 6 maart 2007 aan de bevoegde minister had voorgelegd, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State in voormeld advies tevens gevraagd dat het BIPT een nieuw advies zou uitbrengen op het ontwerp zoals voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State.

In zijn advies van 25 april 2007 maakt het BIPT onder meer de volgende opmerking:

“Echter zijn er, in tegenstelling met de versie zoals voorgesteld door het BIPT aan de Minister op 6 maart 2007, in de versie van 20 maart 2007 voorgelegd aan de Raad van State een aantal wijzigingen gemaakt die niet alleen grote praktische moeilijkheden zullen opleveren inzake het beheer van het nummerplan maar eveneens zelfs in tegenstrijd zijn met het Europees regelgevend kader.

Het artikel 50, §§ 2 tot en met 4 stelt de eindgebruikerstarieven vast voor de betalende diensten voor oproepen naar de nummerreeksen die beginnen met de dienstentiteit 9. Deze zijn verschillend naar gelang een oproep wordt gedaan vanuit een mobiel of vast elektronisch-communicatienetwerk.

Het BIPT is van mening dat het bepalen van vaste eindgebruikerstarieven in een koninklijk besluit strijdig is met artikel 10 juncto artikel 81 EG-Verdrag, aangezien op deze wijze iedere concurrentiemogelijkheid tussen operatoren weggenomen wordt. Eveneens wordt een maatregel opgelegd aan alle operatoren zonder dat werd aangetoond dat de wholesalemaatregelen uit de Toegangsrichtlijn niet voldoende zouden zijn om de doelstelling van artikel 6 tot en met 8 van (de) Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie te verwezenlijken.

Ook is het Instituut van mening dat het vastleggen van grote verschillen (vb. bij 0904-nummers een meerprijs van 2 EURO per minuut voor een gesprek vanuit een mobiel netwerk in vergelijking met een vast netwerk) wat betreft de eindgebruikerstarieven voor oproepen die vertrekken vanuit vaste en mobiele elektronische communicatie-netwerken discriminerend is en nooit kan worden verrechtvaardigd door het mogelijke verschil in wholesalekosten tussen vaste en mobiele netwerken.

Het instituut is wel van mening dat - zoals in het buitenland - moet worden gewerkt met tariefmaxima die dezelfde zijn voor zowel de vaste als mobiele elektronische communicatienetwerken gekoppeld aan de dienstentiteiten, vermits dit essentieel is voor de eindgebruikerstarieftransparantie voor de

oproep tarieven naar dergelijke nummers. De rechtsbasis hiervoor is te vinden in artikel 11, § 1, tweede alinea, 1°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, zoals die eruit zal zien na aanname van de wet houdende diverse bepalingen (IV) (Stukken van de Kamer, Doc. 2873/027, artikel 167, thans geëvoceerd door de Senaat, Dossier 2121). Die bepaling luidt:

‘De voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor nummers die de Koning overeenkomstig het eerste lid vaststelt mogen enkel verband houden met:

1° de aanwijzing van de dienst waarvoor het nummer wordt gebruikt alsook alle vereisten met betrekking tot het verlenen van die dienst’

Die bepaling is een omzetting van artikel 6 van Richtlijn 2002/20/EG (Machtigingsrichtlijn) en punt C.1. van de bijlage bij de Machtigingsrichtlijn.”

1.7. Het ontwerpbesluit werd vervolgens aangepast aan de kritiek van de afdeling wetgeving van de Raad van State inzake het vaststellen van vaste tarieven. Voor wat de in de onderhavige procedure bestreden bepalingen betreft, werden de vaste tarieven uit het ontwerp telkens vervangen door een maximumtarief dat even hoog ligt als het initiële vaste tarief.

1.8. In het verslag aan de Koning worden de bestreden bepalingen als volgt toegelicht:

“De ‘070’-nummerreeks, bedoeld in artikel 48, is eveneens een reeks die vóór de liberalisering werd ingevoerd ten behoeve van hoofdzakelijk bedrijven die niet wensten dat klanten een verschillend tarief dienden te betalen al naargelang ze toevallig wel of niet vanuit dezelfde telefoonzone als het betrokken bedrijf belden. Tegenwoordig doen deze nummers, waaraan nog een tariefstandaard verbonden is die vergelijkbaar is met de tariefstandaard van vóór de liberalisering, dienst als ‘low cost premium rate’ (of betaal)nummers. Deze de facto herpositionering van de ‘070’-nummerreeks wordt thans officieel vastgelegd. Om de functie van de dienstidentiteit ‘9’ als indicator voor betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken zoveel mogelijk te vrijwaren, wordt het aantal mogelijke types van diensten die onder deze nummerreeks worden aangeboden beperkt en wordt een mechanisme ingevoerd dat ervoor moet zorgen dat het tariefniveau van deze reeks lager ligt dan het laagste tariefniveau in de ‘0900-reeks’.

(...)

Artikel 50 regelt de principes en de inhouds- en tariefindicaties die verbonden worden aan de reeksen achter de dienstidentiteit 9. Het eerste cijfer dat volgt op de dienstidentiteit 9 kan niet ‘2’ of ‘3’ zijn, omdat dit een conflict veroorzaakt met de nationale geografische E.164 nummers die gebruikt worden in de zone Gent.

Qua indicatie van het toepasselijke tarief kiest dit besluit twee sporen. Enerzijds wordt er getracht via de cijfers achter de dienstidentiteit 9 een zekere bewustwording van de verschillende tarieven geassocieerd met de verschillende nummerreeksen te creëren (met name door de regel dat binnen eenzelfde inhoudsklasse (zie verder) het hogere eindgetal wijst op een hoger tarief).

Omdat de ervaring en studies leren dat de consument de aanduiding van de hoogte van het tarief via de prefixen niet of nauwelijks oppikt, bestaat een tweede maatregel, uitgewerkt in § 2, erin om vanaf een bepaald bedrag aan het gebruik van een betaalnummer een verplichting tot het verstrekken van een tariefboodschap te verbinden.

Een tariefboodschap dient de vorm aan te nemen van een tariefwaarschuwingsbericht vertoond op het computerscherm van de gebruiker, wanneer de betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk geen gebruik maakt van spraak.

De vereiste dat het toepasselijke tarief en gevormde nummer op een ondubbelzinnige wijze moeten meegedeeld worden is bedoeld om erop te wijzen (1) dat het verboden is prefixen op enige wijze te splitsen wanneer ze, mondeling of schriftelijk, vermeld worden en (2) dat in reclame of vermeldingen die niet enkel hoorbaar zijn het verplicht is de prefix te scheiden door een spatie, een streepje of gelijk welk ander leesteken.

Qua inhoud worden drie verschillende categorieën van nummerreeksen gecreëerd :

1) de algemene betaalnummerreeksen, zijnde de 900-, 901-, 902-, 903-, 904- en 909-nummerreeksen;

2) de reeks waaronder spelletjes, competities (televoting, enz) en andere vormen van ontspanning (downloaden van logo's en beltonen) moeten worden aangeboden, zijnde de 905- reeks; De bevoegdheid van het Instituut om binnen de 905-reeks subreeksen vast te stellen voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken waaraan in uitvoering van andere wettelijke of reglementaire bepalingen bijzondere vereisten gekoppeld zijn dient om de operatoren of andere betrokken partijen in staat te stellen om tegemoet te komen aan verplichtingen, zoals deze die voortvloeien uit het koninklijk besluit van 10 oktober 2006 houdende de voorwaarden waaraan spelen die aangeboden worden in het kader van televisieprogramma's via nummerreeksen van het Belgische nummerplan, waarvoor het toegelaten is om van de oproeper, naast de prijs van de communicatie, ook de betaling van de inhoud te vragen, doch beperkt tot deze reeksen waarop het eindgebruikerstarief geen functie is van de tijdsduur van de oproep en die een totaalprogramma inhouden dienen te voldoen. Er wordt hierbij bijvoorbeeld gedacht aan de verplichting van de operator om de mogelijkheid te voorzien om elkeen die hierom persoonlijk verzoekt, of op verzoek van de wettelijke vertegenwoordiger voor minderjarigen, via de prefix 'spelinhoud' te blokkeren (art. 9.2 van het koninklijk besluit van 10 oktober 2006).

3) de reeksen bedoeld voor erotisch of seksueel getinte inhoud, zijnde de 906- en 907-nummers.

De reden voor deze driedeling heeft te maken met de noodzaak om een efficiënte 'Call Barring' of oproepblokkering te kunnen organiseren. Ouders moeten de keuze kunnen maken om hun kinderen af te schermen van voor hen schadelijke en niet bestemde inhoud (volwasseneninhoud) en diezelfde kinderen toch toegang te bieden tot spelletjes of andere ontspanningsmogelijkheden (bv. het deelnemen aan een televoting of het downloaden van ringtones of chatten) geleverd via betaalnummers. Tegelijkertijd moeten bedrijven oproepen naar zowel de seksueel en erotisch getinte nummerreeksen als de spelletjes- en ontspanningsreeksen kunnen blokkeren. Deze twee doelstellingen tegelijkertijd realiseren is niet mogelijk met een tweedeling volwasseneninhoud versus niet-volwasseneninhoud, zoals die momenteel bestaat.

Wat betreft de grensgevallen in de categorisering (bv. tot welke reeks behoort een erotisch spelletje?) heeft § 4 van artikel 50 de bedoeling de stelregel in te voeren dat, indien er twijfel kan bestaan over het erotisch of seksueel karakter van een ontspanningsdienst, de dienst ondergebracht moet worden onder de 906 en 907 nummerreeksen voor volwasseneninhoud. Enkel door een

dergelijke regel te hanteren wordt de grootst mogelijke bescherming (onder meer in termen van Call Barring) bereikt.

In artikel 50, § 5 wordt naast de 'residuele' betaalnummers (zijnde de 900, 901, 902, 903 en 904-nummerreeksen) ook een bijzondere nummerreeks behandeld, met name de 909-nummerreeks.

Deze reeks is de reeks met flexibele tarifiering. Dit wil zeggen dat de kostprijs (vast tarief, variabel tarief per tijdseenheid of combinatie van beide) van een gesprek naar een dergelijk nummer vrij te kiezen is. Bijzonder aan deze reeks is naast de geboden flexibiliteit ook dat zodra de oproeper toegang heeft verkregen tot een nummer uit de 909-reeks deze op een verplichte basis voor elke oproep een kosteloze aankondiging (m.a.w dit gedeelte van de oproep is volledig gratis) te horen of te zien (on-line) moet krijgen, ongeacht het tarief dat op de oproep van toepassing is. Deze boodschap heeft als doel de tarifiering van de oproep uit te leggen. Indien de oproeper na de informatie over de gesprekskosten niet wenst door te gaan met de oproep dient zij/hij na deze aankondiging dit onmiddellijk aan te geven. Dit kan door middel van bijvoorbeeld het inhaken, het versturen van een DTMF-boodschap, enz. Deze mogelijkheid tot beëindiging van de oproep zonder kosten moet duidelijk worden vermeld in de boodschap. Pas nadat de klant uitdrukkelijk de dienst heeft aanvaard kan worden aangerekend.

Om grote financiële drama's die soms veroorzaakt worden door een overmatig gebruik van betaalnummers zoveel mogelijk te vermijden wordt de flexibiliteit geassocieerd aan de 909-reeks beperkt door een absoluut plafond van 31 EUR per oproep. Omdat er een variabele tarifiering geassocieerd is met de 909-reeks komt dit niet noodzakelijk neer op een maximum van 31 EUR per oproep. Indien er geopteerd werd voor een tarifiering per minuut, is het maximum toegelaten tarief in de meeste gevallen de facto 3,10 EUR per minuut (aangezien de duur van oproepen die op tijdsbasis gefactureerd worden in toepassing van artikel 50, § 6, maximaal 10 minuten mag bedragen). Elke andere combinatie van een tarifiering per minuut met een vaste component (bv. vaste kost van 6 euro aangerekend aan het begin van de verbinding met het 0909-nummer en vervolgens 2,5 euro per minuut) is ook mogelijk voorzover de absolute drempel van 31 euro niet overschreden wordt."

Ontvankelijkheid van het beroep

2.1. In een eerste exceptie betwist de verwerende partij de hoedanigheid in hoofde van de verzoekende partijen.

Zij stelt dat niet voldaan is aan artikel 4, 3°, van het procedure-reglement, overeenkomstig welke bepaling de verzoekende partij, indien zij een rechtspersoon is, bij het verzoekschrift een afschrift dient te voegen van haar geldende statuten en van de akte van aanstelling van haar organen, alsmede het bewijs dat het daartoe bevoegde orgaan beslist heeft in rechte te treden. Met name is volgens de verwerende partij niet aangetoond dat de beslissingen van de verzoekende partijen om in rechte te treden, werden genomen door een geldig samengesteld orgaan, vermits die beslissingen telkenmale ondertekend zijn door twee bestuurders, terwijl blijkens de respectieve statuten van de verzoekende partijen hun raden van bestuur slechts geldig samengesteld zijn door drie bestuurders.

Bovendien wijst de verwerende partij erop dat het document neergelegd door de eerste verzoekende partij niet kan worden aanvaard, aangezien het een kopie betreft die niet ondertekend is door een gedelegeerd bestuurder, wat in strijd is met artikel 23 van haar statuten, en dat uit de beslissingen om in rechte te treden voorgelegd door de verzoekende partijen de intentie blijkt om de vernietiging te vragen van de bestreden akte in zijn geheel, terwijl het voorwerp van het annulatieberoep hiermee niet in overeenstemming is.

2.2. De verzoekende partijen antwoorden dat bij het nemen van de beslissing om in rechte te treden de raad van bestuur van de eerste verzoekende partij, bestaande uit twee leden, wel degelijk was samengesteld overeenkomstig artikel 12 van haar statuten, aangezien zij slechts twee aandeelhouders heeft. Zelfs indien geoordeeld zou worden dat de raad van bestuur niet geldig was samengesteld, wijzen zij op artikel 17.A van de statuten van de eerste verzoekende partij dat bepaalt dat de vennootschap rechtsgeldig in rechte wordt vertegenwoordigd door één bestuurder, alleen handelend. Ook met betrekking tot de tweede verzoekende partij wijzen zij onder meer op de statuten, die stellen dat deze in rechte vertegenwoordigd kan worden door een bestuurder, alleen handelend.

Voorts stellen zij dat de kopie van de beslissing om in rechte te treden die namens de eerste verzoekende partij werd neergelegd met het verzoekschrift geen afschrift van de notulen van de raad van bestuur betreft in de zin van artikel 23 van haar statuten dat ondertekend dient te zijn door haar gedelegeerd bestuurder. Zij merken op dat het een vaststaand gebruik is dat slechts kopieën worden neergelegd en dat het originele stuk pas wordt neergelegd indien daarop wordt aangedrongen. Voorts wijzen zij erop dat voormeld artikel 23 niet de bevoegdheid beperkt van de bestuurders om de vennootschap te vertegenwoordigen en evenmin van toepassing is indien geen gedelegeerd bestuurder werd benoemd, zoals in casu.

Zij betogen ten slotte dat een advocaat die aangesteld wordt om een procedure in te leiden vanzelfsprekend het gevorderde kan beperken tot hetgeen juridisch zinvol is. Immers, wie het meerdere kan, kan ook het mindere. Het zou volgens hen proceseconomisch onverantwoord geweest zijn om het bestreden besluit in zijn geheel aan de beoordeling van de Raad van State te onderwerpen. In elk geval menen zij dat hieruit niet kan worden afgeleid dat niet voldaan zou zijn aan het vereiste van artikel 4, 3°, van het procedurereglement, aangezien deze bepaling geen nadere specificatie vereist.

2.3. De verzoekende partijen hebben de vereiste machtigingen om in rechte op te treden aan de Raad van State voorgelegd.

Zij merken dienaangaande terecht op dat overeenkomstig hun statuten beide vennootschappen rechtsgeldig in rechte worden vertegenwoordigd door één bestuurder, alleen handelend. Aangezien beide machtigingen ondertekend zijn door twee bestuurders, is in elk geval op geldige wijze beslist om in rechte te treden, ongeacht de vraag of hun raad van bestuur geldig was samengesteld.

Samen met hun memorie van wederantwoord hebben zij tevens de originele machtigingen neergelegd, zodat de vraag of het oorspronkelijk neergelegde afschrift van de eerste verzoekende partij geldig was, niet dient te worden onderzocht.

Voorts is het toelaatbaar dat een raadsman om juridische redenen beslist om slechts een gedeeltelijke vernietiging van een besluit te vorderen terwijl de machtiging betrekking heeft op het gehele besluit, overeenkomstig het principe dat wie het meerdere kan ook het mindere mag. De raadsman zal dienaangaande weliswaar verantwoording dienen af te leggen aan zijn cliënt, doch niet ten aanzien van de Raad van State.

De exceptie kan niet worden aangenomen.

3.1. In een tweede exceptie werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij hun beroep en hun middel, aangezien zij geenszins aantonen hoe hun situatie beïnvloed is door de bestreden akte, noch hoe de wijziging die zij vragen, met name de verwijdering van de maximumtarieven waarbij geen onderscheid meer gemaakt wordt in functie van het toestel dat de eindgebruiker gebruikt, hun situatie zou kunnen veranderen.

3.2. De verzoekende partijen antwoorden dat zij operatoren zijn die diensten van vaste telefonie aanbieden. Aldus menen zij evident belang te hebben bij de vernietiging van bepalingen die volgens hen op volstrekt willekeurige wijze en kennelijk in het voordeel van de mobiele operatoren de maximumtarieven vastleggen die voor oproepen naar bepaalde categorieën van nummers kunnen worden aangerekend en die verschillen naargelang de oproep uitgaat van een elektronisch-communicatienetwerk verzorgd op een vaste locatie of van een mobiel elektronisch-communicatienetwerk. De bestreden bepalingen laten volgens hen toe

dat de mobiele operatoren grotere winstmarges kunnen realiseren dan operatoren die diensten van vaste telefonie aanbieden, zodat de oneerlijke concurrentie in de hand wordt gewerkt.

3.3. Een verzoeker heeft belang bij het bestrijden van een reglementair besluit wanneer dat besluit op hem zou kunnen worden toegepast en zijn situatie in ongunstige zin zou kunnen beïnvloeden.

In hun memorie van wederantwoord wordt door de verzoekende partijen op voldoende wijze uiteengezet waarom zij als operatoren die diensten van vaste telefonie aanbieden rechtstreeks en ongunstig kunnen worden geraakt door het bestreden besluit.

De exceptie kan niet worden aangenomen.

Ten gronde

4.1. In een enig middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van het redelijkheidsbeginsel, op zichzelf beschouwd en gelezen in het licht van het door de richtlijnen vastgestelde principe van technologische neutraliteit, en van het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid, doordat de Koning op volstrekt willekeurige wijze maximumtarieven zou hebben vastgesteld die aan de eindgebruiker kunnen worden aangerekend voor oproepen naar bepaalde categorieën van nummers en die verschillen naargelang de oproep uitgaat van een elektronisch-communicatienetwerk verzorgd op een vaste locatie of van een mobiel elektronisch-communicatienetwerk.

Zij stellen dat de maximale eindgebruikerstarieven zo bepaald zijn dat voor oproepen uitgaande van een mobiele aansluiting exact het dubbele kan worden aangerekend van oproepen uitgaande van een vaste locatie, voor welk onderscheid geen redelijke verantwoording zou bestaan. Zij verwijzen dienaangaande ook naar het advies van het BIPT waarin geoordeeld werd dat dit verschil discriminerend is en nooit kan worden gerechtvaardigd door het mogelijk verschil in wholesalekosten tussen vaste en mobiele netwerken en dat moet worden gewerkt met dezelfde tariefmaxima vermits dit essentieel is voor de eindgebruikers-transparantie van de oproepstarieven naar dergelijke nummers.

Zij wijzen ook op de verklaring van de gemachtigde van de minister aan de afdeling wetgeving van de Raad van State dat de maxima worden gesteld met het oog op tarieftransparantie. Aangezien de bedoeling van transparantie erin gelegen is de eindgebruiker op voorhand te laten weten hoeveel een bepaalde oproep zal kosten, schiet de handelsbelemmering van de maximumtarieven volgens hen evenwel haar doel voorbij, nu ondanks die tarieven het precieze bedrag van de oproep alsnog onzeker blijft. Bovendien zou noch voormelde verklaring noch het verslag aan de Koning bij het bestreden besluit enige verantwoording bevatten voor het onderscheid tussen vaste en mobiele elektronische communicatienetwerken. Zij merken tevens op dat artikel 50, § 4, tweede lid, en artikel 50, § 5, laatste lid, van het bestreden besluit, die ook respectievelijk een maximaal eindgebruikerstarief en maximaal totaalbedrag opleggen, geen dergelijk onderscheid maken.

Voorts stellen zij dat de Koning weliswaar over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt om maximale eindgebruikerstarieven te bepalen, doch dat dit hem niet toelaat om hierbij op willekeurige wijze te werk te gaan. In casu ontbreken volgens hen objectieve en aanvaardbare motieven die de verschillende maximumtarieven kunnen verantwoorden, alsook het verschil in maximumtarief naargelang de oproepen uitgaan van een mobiele aansluiting of van een vaste locatie.

Bovendien betogen zij dat het vaststellen van tarieven een beperking is van het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid, welke beperking slechts geoorloofd is wanneer ze behoorlijk is gemotiveerd met doelstellingen van algemeen belang en wanneer het evenredigheidsbeginsel nageleefd wordt. Aan deze voorwaarden is volgens hen niet voldaan, nu er geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat voor de ongelijke behandeling van operatoren.

Dit alles klemt volgens hen des te meer, nu het door de Koning gemaakte onderscheid tussen oproepen uitgaande van een mobiele aansluiting en van een vaste locatie strijdig is met de Europese richtlijnen inzake elektronische communicatie. Zij verwijzen hierbij vooreerst naar artikel 10, 1°, van de Kaderrichtlijn, de artikelen 5, 2°, en 6, 1°, van de Machtigingsrichtlijn en artikel 2, 4°, van de Mededingingsrichtlijn, die objectieve, transparante en niet-discriminerende procedures of voorwaarden vooropstellen. Daarnaast is het door de Koning gemaakte onderscheid tussen de vaste en mobiele operatoren volgens hen flagrant in strijd met het principe van de technologische neutraliteit waarop de Europese richtlijnen inzake telecommunicatie en de Kaderrichtlijn in het bijzonder gebaseerd

zijn, nu hierdoor een bepaald type van technologie bevoordeeld wordt, met name dat van de mobiele operatoren.

4.2. De verwerende partij antwoordt dat het mechanisme dat in de bestreden bepalingen wordt vooropgesteld erin bestaat om voor quasi ieder type van nummer (volgens dienstidentiteit) een type van dienst en een maximumtarief te bepalen. De combinatie van deze twee elementen is volgens haar essentieel om aan de eindgebruiker toe te laten zijn facturen preventief te controleren en eventueel een filter te plaatsen voor zijn oproepen.

Zij stelt dat het aan de Raad van State toekomt om het werkelijk voorwerp van de vordering te bepalen. De verzoekende partijen geven volgens haar immers een deels tegenstrijdige toelichting bij hun enige middel : enerzijds lijken zij niet het principe zelf van de maximumtarieven te betwisten, maar enkel het gemaakte onderscheid tussen vaste en mobiele lijnen, anderzijds argumenteren zij dat het bepalen van maximumtarieven op zich een handelsbelemmering is die haar doel voorbij zou schieten. In dit laatste geval is het werkelijk voorwerp van het beroep volgens haar niet de vernietiging van de bestreden bepalingen als gevolg van het gemaakte onderscheid naargelang het type lijn, doch wel de verwijdering van alle maximumtarieven. In dat geval pleiten de verzoekende partijen hetzij voor ongelimiteerde vrijheid, wat onverantwoord is in het kader van het algemeen belang en de consumentenbescherming, hetzij voor vaste prijzen, wat de afdeling wetgeving van de Raad van State net afgewezen heeft.

In ondergeschikte orde merkt de verwerende partij op dat het verschil in maximumtarief als gevolg van het onderscheid tussen mobiele en vaste lijnen wettelijk verantwoord en evenredig is. Het verschil in behandeling maakt het volgens haar mogelijk om de werkelijkheid van de telefoonnetwerken in acht te nemen, om een betere transparantie en voorzienbaarheid aan de eindgebruiker aan te bieden en om een discriminerende behandeling tussen de beheerders van vaste en mobiele netwerken te vermijden.

Met name betoogt zij dat wanneer zij geen onderscheid zou hebben gemaakt inzake de maximumtarieven, zij de realiteit van de sector zou hebben miskend. Onder verwijzing naar drie stukken van het administratief dossier stelt zij dat zij een grondige opzoeking heeft uitgevoerd naar de eindgebruikers-tarieven toegepast door Belgacom en Telenet (vaste lijnen) en Proximus, Mobistar en Base (mobiele nummers), welke studie een groot verschil aantoonde op het vlak

van tarifiering naargelang de oproepen gevormd werden vanaf een vaste lijn dan wel via een mobiele telefoon en dit voor alle soorten oproepen, onder meer naar nummers van hetzelfde netwerk, naar andere netwerken, naar internationale lijnen en naar dienstverlenende nummers. Dit verschil wordt volgens de verwerende partij gemakkelijk uitgelegd: het uitbaten van een mobiel telefoonnetwerk leidt tot veel hogere kosten dan het uitbaten van een vast lijnnetwerk en de vergunning om dergelijk netwerk uit te baten is onvergelijkbaar duurder dan de vergunning voor het uitbaten van een vast lijnnetwerk.

Uit het feit dat artikel 50, § 4, tweede lid, en artikel 50, § 5, laatste lid, van het bestreden besluit geen onderscheid maken tussen vaste en mobiele lijnen, kan volgens haar geen argument gehaald worden, aangezien het hier uitzonderingsgevallen zou betreffen. Bovendien argumenteert zij dat een gelijke behandeling van mobiele en vaste lijnen tot een discriminerend resultaat zou leiden, aangezien de beheerders van mobiele netwerken in dat geval kleinere winstmarges zouden hebben dan de beheerders van vaste lijnen.

In uiterst ondergeschikte orde vraagt zij om een gebeurlijke vernietiging te beperken tot welbepaalde onderdelen van de bestreden bepalingen, welke zij met name aangeeft. Die gedeeltelijke vernietiging zou tot gevolg hebben dat dezelfde maximumtarieven voor elk type van oproep van toepassing zouden zijn.

4.3. De verzoekende partijen repliceren dat de verwerende partij eraan voorbijgaat dat met het middel niet alleen de schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd, maar ook de schending van de materiële motiveringsplicht, van het redelijkheidsbeginsel, op zichzelf beschouwd en gelezen in het licht van het door de richtlijnen vastgestelde principe van de technologische neutraliteit, en van het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid. Deze andere onderdelen van het middel worden volgens hen door de verwerende partij geheel onbesproken gelaten, waaruit een gebrek aan een verweer terzake zou blijken.

De uiteenzetting van de verwerende partij over het werkelijk voorwerp van de vordering is volgens hen hoogst gekunsteld en volstrekt irrelevant. Bovendien merken zij op dat de verwerende partij het principe zelf van het vaststellen van maximumtarieven verantwoordt, terwijl ze eerst stelt dat dit door de verzoekende partijen niet wordt betwist.

Voorts merken zij op dat zij in hun verzoekschrift nergens hebben gepleit voor ongelimiteerde vrijheid, noch voor vaste prijzen, noch voor tariefmaxima, doch enkel de onwettigheid hebben toegelicht van de bestreden bepalingen aangezien de maximumtarieven op volstrekt willekeurige wijze worden vastgesteld en bovendien verschillen naargelang de oproep uitgaat van een elektronisch-communicatienetwerk verzorgd op een vaste locatie of van een mobiel elektronisch-communicatienetwerk. Zij herhalen nogmaals uitdrukkelijk dat het principe van de maximumtarieven door hen niet wordt betwist zodat het verweer dienaangaande irrelevant is.

Na inzage van het administratief dossier voeren zij voorts aan dat de door de verwerende partij aangehaalde stukken op geen enkele wijze aantonen dat deze een grondige studie zou hebben uitgevoerd van de bestaande tarieven. Met name zouden deze stukken bijna allemaal dateren van na de uitvaardiging van het bestreden besluit en konden ze dus niet in aanmerking worden genomen bij de voorbereiding ervan. Bovendien is de beweerde grondige opzoeking beperkt tot slechts vijf operatoren, terwijl er nog heel wat andere operatoren op de Belgische markt actief zijn. Voorts blijkt uit de bestreden bepalingen dat de maximale eindgebruikerstarieven voor oproepen uitgaande van een mobiel netwerk telkens exact het dubbele bedragen van deze uitgaande van een vaste locatie, welke verhouding geenszins kan worden teruggevonden in de stukken van het administratief dossier die volgens de verwerende partij de grondige studie zouden bevatten.

Ook de uitleg van de verwerende partij dat de uitbating van een mobiel telefoonnetwerk tot veel hogere kosten leidt dan de uitbating van een vast lijnnetwerk en dat de vergunning om een mobiel netwerk uit te baten onvergelijkbaar duurder is dan deze voor een vast lijnnetwerk, betreft volgens hen loze beweringen die op geen enkele wijze worden gestaafd door de stukken van het administratief dossier. Zij zijn van mening dat van een zorgvuldige overheid mag worden verwacht dat deze een nauwkeurige kosten-batenanalyse doet alvorens zij de prijzen in een bepaalde sector reguleert en dat het uitsluitend in acht nemen van een beperkt aantal tarieven die reeds in de betrokken sector worden gehanteerd hiertoe niet kan volstaan. Uit het administratief dossier is gebleken dat de verwerende partij al evenzeer het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden.

Voorts merken zij op dat de ontwerpversie van het bestreden besluit, die tot 6 februari 2007 ter consultatie aan de sector, aan de Ethische Commissie voor de Telecommunicatie en aan het BIPT werd voorgelegd, geen

onderscheid maakte tussen vaste en mobiele netwerken en dat blijkbaar geen enkele operator zich hierover heeft beklagd. Ook de Ethische Commissie en het BIPT hebben hierover geen opmerking gemaakt, terwijl het BIPT dit wel gedaan heeft in zijn laatste advies bij het ontwerp van besluit dat wel in een onderscheid voorzag. Het verslag aan de Koning en het administratief dossier bevatten volgens hen nergens een verantwoording waarom dit laatste advies van het BIPT terzijde werd geschoven.

4.4. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij zich inmiddels bewust is van de aangevoerde onwettigheid. Recent werden zij immers, samen met andere operatoren, op verzoek van de verwerende partij uitgenodigd door het BIPT om deel te nemen aan een openbare raadpleging over een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van diverse bepalingen van het bestreden besluit. In het ook aan raadpleging onderworpen ontwerp van verslag aan de Koning is te lezen dat de artikelen 48 en 50 van het bestreden besluit discriminerend zijn voor zover de erin vermelde maximumtarieven toelaten dat mobiele operatoren een eindgebruikerstarief mogen vragen dat dubbel zo hoog is als het tarief dat de operatoren van vaste telefonie mogen vragen.

4.5.1. In zijn advies van 25 april 2007 stelt het BIPT dat “het vastleggen van grote verschillen (vb. bij 0904-nummers een meerprijs van 2 EURO per minuut voor een gesprek vanuit een mobiel netwerk in vergelijking met een vast netwerk) wat betreft de eindgebruikerstarieven voor oproepen die vertrekken vanuit vaste en mobiele elektronische communicatie-netwerken discriminerend is en nooit kan worden verrechtvaardigd door het mogelijke verschil in wholesalekosten tussen vaste en mobiele netwerken.” Het is dan ook van mening “dat - zoals in het buitenland - moet worden gewerkt met tariefmaxima die dezelfde zijn voor zowel de vaste als mobiele elektronische communicatienetwerken gekoppeld aan de dienstidentiteiten, vermits dit essentieel is voor de eindgebruikerstarieftransparantie voor de oproepstarieven naar dergelijke nummers”.

Anders dan in dit advies wordt voorgesteld, maakt de verwerende partij in de bestreden bepalingen telkenmale het onderscheid tussen mobiele elektronische-communicatienetwerken en elektronische-communicatienetwerken verzorgd op vaste locatie, waarbij, gekoppeld aan bepaalde categorieën van nummers, de maximumtarieven voor oproepen uitgaande van een mobiel netwerk telkens exact het dubbele bedragen van de maximumtarieven voor oproepen uitgaande van een vaste lijn.

De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Uit het administratief dossier blijkt niet dat het met de bestreden bepalingen ingevoerde verschil in behandeling tussen operatoren, naargelang zij beschikken over een vast dan wel een mobiel elektronische-communicatienetwerk, berust op een verantwoording die de toets aan de regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie kan doorstaan. Met name bestaat de zogenaamde grondige studie die de verwerende partij heeft uitgevoerd, uit een louter onderzoek van de bestaande tarieven van een beperkt aantal operatoren. Er blijkt geen onderzoek te zijn gedaan naar de werkelijke meerkost van een oproep voor de mobiele operatoren, welke meerkost eventueel een maximumtarief zou kunnen verantwoorden dat hoger is dan dat voor de operatoren van vaste telefoondiensten. Terecht voeren de verzoekende partijen aan dat een grondige kostenanalyse door de verwerende partij ontbreekt.

Het ontbreken van een onderzoek naar de werkelijke kosten is te dezen des te opvallender, nu het BIPT in zijn advies van 25 april 2007 uitdrukkelijk gewezen heeft op het discriminerend karakter van de ontworpen regeling.

Bij gebreke van een op een zorgvuldig onderzoek steunende verantwoording voor het in het middel bekritiseerde verschil in behandeling, moet besloten worden dat de bestreden bepalingen discriminerend zijn voor bepaalde operatoren.

4.5.2. Het discriminerend karakter lijkt ondertussen door de verwerende partij zelf te zijn erkend.

Zoals aangegeven door de verzoekende partijen, heeft de verwerende partij het BIPT immers gevraagd om via zijn website een openbare consultatie te organiseren omtrent een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van diverse bepalingen van het bestreden besluit. Dit ontwerp was vanaf 9 juli 2008

consulteerbaar. Met betrekking tot de ontworpen wijziging van artikel 48 van het bestreden besluit, stelt het ontwerpverslag aan de Koning het volgende:

“De voornaamste wijziging die artikel 2 aanbrengt aan artikel 48 betreft het wegwerken van het te grote verschil inzake maximale eindgebruikerstarieven die toegepast mogen worden door operatoren van vaste telefoniediensten, enerzijds, en de mobiele operatoren, anderzijds.

De maximale eindgebruikerstarieven van artikel 48 van het KB Nummering zijn thans zo opgebouwd dat mobiele operatoren een eindgebruikerstarief mogen vragen dat dubbel zo hoog is als het eindgebruikerstarief dat de operatoren van vaste telefonie mogen vragen. Dit is discriminerend en kan volgens het advies van het BIPT van 25 april 2007 voorafgaand aan het KB Nummering van 27 april 2007 nooit worden verrechtvaardigd door het mogelijk verschil in wholesalekosten tussen vaste en mobiele netwerken.

Dit besluit opteert dan ook voor een regeling waarbij het maximumeindgebruikerstarief voor oproepen vanaf beide netwerken hetzelfde is, met uitzondering van een (kleine) meerkost (van enkele eurocenten) die mobiele operatoren mogen aanrekenen om het verschil in kosten voor de gespreksopbouw (‘collecting’) tussen oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie en oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk te weerspiegelen. Omdat het tarief voor collecting vanaf een mobiele elektronische-communicatienetwerk niet transparant is voor de markt en de consumenten, daar dit tarief niet gereguleerd wordt, voorziet het besluit dat de betrokken meerkost niet hoger mag zijn dan de waarde van het tarief voor gespreksafgifte (of ‘terminating’) van de betrokken operator, dat wel gereguleerd en gepubliceerd wordt. Er wordt immers aangenomen dat het tarief voor collecting van dezelfde grootte-orde is als het tarief voor terminating. (...)”

Met betrekking tot de ontworpen wijziging van artikel 50 van het bestreden besluit stelt dat ontwerpverslag het volgende:

“De voornaamste wijzigingen die artikel 4 aanbrengt aan artikel 50 zijn: het wegwerken van het te grote verschil inzake maximale eindgebruikerstarieven die toegepast mogen worden door operatoren van vaste telefoniediensten, enerzijds, en de mobiele operatoren, anderzijds; (...)”

De maximale eindgebruikerstarieven van artikel 50, §3 t.e.m. 5 van het KB Nummering zijn thans zo opgebouwd dat mobiele operatoren quasi systematisch een eindgebruikerstarief mogen vragen dat dubbel zo hoog is als het eindgebruikerstarief dat de operatoren van vaste telefonie mogen vragen. Dit is discriminerend en kan volgens het advies van het BIPT van 25 april 2007 voorafgaand aan het KB Nummering van 27 april 2007 nooit worden verrechtvaardigd door het mogelijk verschil in wholesalekosten tussen vaste en mobiele netwerken.

Dit besluit (zie nieuwe § 6) opteert voor een regeling waarbij het maximumeindgebruikerstarief voor oproepen vanaf beide type netwerken hetzelfde is, met uitzondering van een (kleine) meerkost (van enkele eurocenten) die mobiele operatoren mogen aanrekenen om het verschil in kosten voor de gespreksopbouw (‘collecting’) tussen oproepen uitgaande van een elektronische-communicatienetwerk, verzorgd op een vaste locatie en

oproepen uitgaande van een mobiel elektronische-communicatienetwerk te weerspiegelen. Omdat het tarief voor collecting vanaf een mobiele elektronische-communicatienetwerk niet transparant is voor de markt en de consumenten, daar dit tarief niet gereguleerd wordt, voorziet het besluit dat de betrokken meerkost niet hoger mag zijn dan de waarde van het tarief voor gespreksafgifte (of 'terminating') van de betrokken operator, dat wel gereguleerd en gepubliceerd wordt. Er wordt immers aangenomen dat het tarief voor collecting van dezelfde grootte-orde is als het tarief voor terminating. (...)"

Hieruit blijkt dat de verwerende partij erkent dat de bestreden bepalingen een discriminatie inhouden door toe te laten dat mobiele operatoren een eindgebruikerstarief mogen vragen dat dubbel zo hoog is als het eindgebruikerstarief dat de operatoren van vaste telefonie mogen vragen.

De Raad van State stelt vast dat in het nieuwe ontwerp wordt geopteerd voor een regeling waarbij het maximale eindgebruikerstarief voor oproepen vanaf beide type netwerken hetzelfde is, met uitzondering van de kleine meerkost van de "collecting"-kosten die de mobiele operators mogen aanrekenen, waarvan het bedrag niet hoger mag zijn dan het tarief van de "terminating"-kosten. Aldus maakt de verwerende partij nog wel een onderscheid tussen de oproepen uitgaande van een vast of mobiel netwerk, maar dan door rekening te houden met de werkelijke meerkost van een oproep voor de mobiele operator.

4.5.3. Het middel is gegrond.

4.5.4. Op de vraag van de verwerende partij om de bestreden bepalingen slechts gedeeltelijk te vernietigen, kan niet ingegaan worden. De gedeeltelijke vernietiging zou erop neerkomen dat per categorie van nummers een uniform maximumtarief zou gelden voor oproepen, ongeacht van welk type netwerk ze zouden uitgaan. Het is echter zaak van de regelgever om te bepalen op welke wijze tegemoetgekomen kan worden aan de verplichting om de regels van gelijkheid en niet-discriminatie te eerbiedigen. Het staat daarentegen niet aan de Raad van State om de bestreden bepalingen in een bepaalde zin te herschrijven en om zich aldus in de plaats te stellen van de regelgever.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Vernietigd worden de artikelen 48, eerste zin, 50, § 2, eerste zin, § 3, derde en vierde lid, en § 5, vierde tot achtste lid, van het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers.

Artikel 2.

Dit arrest zal bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

Artikel 3.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 27 april 2009, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	D. MOONS,	staatsraad,
	B. THYS,	staatsraad,
	W. GEURTS,	griffier.

De griffier,



W. GEURTS.

De voorzitter,



P. LEMMENS.

